

expliqué en el cap. 4. de mi primera parte §. 5. num. 140. y estendi en el 184. §. final, á donde puede verla el lector.

§. II.

QUIEN PUEDE PEDIR EXECUCION, y ser executado: cuántas clases hay de bienes, y en quáles se puede, ó no trabajar: y si el acreedor que intentó la vía ordinaria, podrá dexarla, y pasar á la executiva.

EN virtud de qualquiera de los documentos expresados en el §. anterior que traen aparejada execucion, puede pedirla toda persona, á quien por derecho se permite comparecer en juicio, ya esté, ó no nombrada en el instrumento, con tal que si no lo está, se trate de su interés, y le competa accion por el instrumento: y que al tiempo de pedirla, legitime su persona, pues de no hacerlo, puede el Juez repelerle de oficio, y no debe despacharla: (1) y así el socio puede pretenderla por las deudas de la compañía, aunque no tenga poder, ni cesion de sus consoceios: (2) porque á estos está permitido defenderse judicialmente sin el dándose la fianza prevenida en el cap. 1.º de mi primera parte num. 15; y porque quando la ley hace division de los bienes entre algunos, no es necesaria la cesion del hombre, y el marido por la dote que se le prometió, y no entregó, y á sea constante matrimonio, ó después de disuelto, porque la hace suya en virtud de la responsabilidad, y restitucion á que se obliga,

(1) Cap. Causam o. de Judic. Ve. la disert. 27. n. 4. Sr. Olea de Cession. tit. 3. quest. 7. y de los quest. 7. y 10. Castill. en la ley 6. de Trib. verb. *De los deudores*. Carlew. tit. 2. disp. 7. n. 20. y 21. Parlador. ibi. n. 5.

lib. 2. cap. fin. part. 3. §. 1. n. 1. 2. y 7. Ley 1. tit. 21. Partid. 3. y en ella el Sr. Greg. Lop. gloss. 6. y ley 6. tit. 10. Partid. 5. Parlador. ibi. n. 5.

gó; (1) y tambien por los bienes parafernales, como conjunto, y á nombre de su muger; (2) mas no cobrarlos sin poder suyo, porque no adquiere dominio en ellos como en los dotales; (3) por lo que no es responsable á su importe, y solo le compete su administracion, no pactando con ella lo contrario al tiempo de casarse.

58 El heredero del acreedor justificando serlo á lo menos al tiempo de la oposicion, puede pedir execucion contra el deudor de éste; y si hay dos, ó mas herederos, cada uno por sola su parte, á menos que tenga poder, ó cesion de los coherederos antes de la litis, ó que se lo den pendiente ésta, ratificando lo que actuó; (4) pero para que se le admita en el juicio, debe legitimar ante todas cosas su persona. (5) Lo propio pueden hacer el comprador de la herencia contra los deudores de ésta, (6) el testamentario universal, á quien dió potestad el testador para distribuir sus bienes, pues se tiene en lugar de heredero, y se le transfieren las acciones utiles, y directas que el testador tenia; (7) y tambien el legatario, y fideicomisario contra el que tiene lo que se le legó, sin que necesite cesion del heredero. (8)

59 Puede pedir execucion el fiador contra el principal deudor, y obligado, por lo que pagó por él voluntariamente, ó apremiado, despues de cumplido el pla-

(1) Ley Si pro te. Cod. de Dot. missio. ley De dote ancilla. Cod. de Revindicacion. ley Si Soror.

(2) Ley Lucius; ff. Solus matrimon. y ley 1. y 7. tit. 11. Partid. 4.

(3) Ley Maritus, Cod. de Procurator. Gom. en la go. de Toro, numer. 20. Sr. Castill. lib. 4. Contrap. cap. 40. n. 2. Sr. Olea, de Cession. tit. 4. quest. 6. n. 24.

(4) Ley Communium, y Cod. de Solutio. Bart. in leg. Maritus, Cod. de Procurator. Rodrig. de Execution. cap. 3. n. 12.

(5) Ley Pro hereditate, Cod. de Hereditat. action. Rodrig. ibi, numer. 13. al 17.

(6) Carlew. tit. 2. disp. 4. cit. Ro-

(7) Leyes 2. y 4. tit. 10. Partid. de Sentencia; dicho cap. 3. n. 10. Sr. Covar. in cap. Joane de Testam. n. 5. Speculator; in tit. de Instrument. edition. §. Nunc. vero. n. 27. y sig. 1. 2. y 3. tit. 11. Partid. 4.

(8) Ley Legato, Cod. de Legat. Sr. Olea tit. 4. quest. 5. num. 37. y tit. 7. quest. 1. n. 14. Rodrig. ibi, num. 20. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 3. §. 3. n. 9. y 10. U. y 1. n. 1.

zo, presentando la escritura de obligación que aquel constituyó, y la cesion, ó lasto del acreedor, ya tenga, ó no otorgado a su favor el deudor escritura de indemnidad; (1) pero si el acreedor no le cediere sus acciones, ni hubiere escritura de indemnidad, deberá por la accion *Mandati* dirigir las suyas contra él, pues por haber hecho su negocio, le competen segun derecho, (2) para reintegrarse de su desembolso; lo qual se entienda en via ordinaria, porque por no estar obligado a su favor executivamente, y faltar la cesion, y la indemnidad que traen aparejada la execucion, debe proceder ordinariamente a la exaccion de su dinero; (3) bien que lo mejor es, que se las ceda en el acto de la paga, con lo qual cesa toda disputa.

6o Igualmente puede pedirla contra los demás fiadores por lo que pagó por ellos a prorrata de la obligación que cada uno constituyó, baxada su parte, presentando el lasto del acreedor, pues sin él no se dá accion al fiador contra los confideyosores; (4) ni a los mancomunados contra los demás corteos de deber; (5) Lo qual se entiende, ya se formalice con fe de entrega, y numeracion del dinero, ó con confesion de su anterior recibo, y renunciacion de la excepcion de la *non numerata pecunia*, pues basta que en él confese el acreedor que el fiador le pagó su credito por sí, y por los confideyosores, (6) porque ninguna ley manda que intervenga la numeracion, y fe de entrega, ni por no intervenir, lo invalida, ni priva al fiador del beneficio de la cesion de acciones, y para que los fiadores, y mancomunados no sean perjudicados, ha

(1) Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 3. §. 4. n. 2. Sr. Olea de Cesion. jur. tit. 4. quest. 5. n. 45. 53. y 58. Rodrig. ibi n. 26 y 27. 2. de juribus homi.
 (2) Leyes 11. 16. y 21. tit. 12. Partid. 5. de obligat. vel sol.
 (3) Ley 2. de per tot. tit. ff. Mandati Parlad. dicho §. 4. y part. 3. num. 39.
 (4) Ley Ur. fidejussor. ff. de Fidejussorib. Parlad. lib. 2. cap. fin.

dis-

part. 4. §. 6. n. 1. Sr. Olea de obligat. vel sol. part. 4. §. 6. n. 1.

(5) Ley 1.ª Cod. de Duobus reis stipuland.
 (6) Leyes Per diversas y Ab Anastasio Cod. Mandati. Gom. lib. 2. Var. cap. 13. n. 13. Parlad. dicha part. 4. y §. 6. n. 7. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 63. n. 12. Rodrig. ibi n. 29. y 30. Daenias regul. 337. n. 4.

dispuesto el derecho (1) que reusando el acreedor darles el lasto, no tenga accion á exigir de ellos su debito, y que esta excepcion le obste su recibo hasta que se lo dé. Se previene que si el negocio toca principalmente en todo, ó parte al fiador, ó mancomunado, no le compete accion alguna contra los demás, porque hizo el suyo, y no el de éstos. (2) Que si renunciacion la excepcion de la cesion de acciones, puede el acreedor reconvenir á todos á prorrata, ó por el todo á uno solo, y pagandole éste, librar á los consocios. (3) Y que si constituyeron fianza, u obligación respectiva por ciertas, y determinadas sumas, v. g. el uno por 20. y el otro por 40. &c. y alguno de ellos se constituye insolvente, ó fallido, no están obligados sus consocios á pagar la parte de éste; (4) pero si fue constituida simplemente, se ha de dividir proporcionalmente entre ellos, (5) porque es visto haberse obligado así; y tomado á su respectivo cargo la insolvencia del consocio.

61. Disuelto el matrimonio, puede pedir execucion la muger por la dote que su marido recibió, y arras que la prometió, contra sus herederos; y asimismo por la que se la ofreció, y no entregó á su marido, contra el oferente, porque por la oferta la hizo suya, y el promitente quedó obligado á darla. Y lo mismo procede por su mitad de gananciales contra los deudores de su marido, (6) sin necesitar cesion de sus herederos, ni que se haga division, y adjudicacion, porque por derecho le toca, y la hace suya, aunque en el instrumento no suenen las deudas á su favor, sino al de su marido.

62. El Procurador, ó A poderado, ya tenga poder especial para executar, ó general para pleitos, puede pedir

dir de Uouis rei judicate.
 (1) Sr. Greg. Lop. en la ley 1.ª tit. 12. Partid. 5. glos. 5. Parlad. dicho §. 6. n. 5.
 (2) Bart. Paul. y otros en la ley Modestinus. ff. de Solutioib. Parlad. ibi n. 2. y 3. de obligat. vel sol. tit. 12. Partid. 5. glos. 5. Rodrig. ibi n. 29. y 30. Daenias regul. 337. n. 4.
 (3) Bald. in leg. fin. §. ultim. Cod. Falic. Rubr. §. 66. n. 7.

dir execucion en su virtud; (1) mas no cobrar la deuda, sin que en el p.º en otro conste de esta facultad, y si solo pretender se asegure, hasta que su dueño ocurra a su cobro. (2) Tampoco puede pedir la execucion de cosa juzgada, si no tiene poder especial para ello, (3) o el general carece de esta especialidad; por lo que en los poderes para pléitos conviene poner la clausula: *De que defienda al poder dante basta conseguir executoria con execucion de ella, sin que para seguir la execucion necesite nuevo, y especial poder, y pues se ha de tener por tal para ello, y para todo lo demás que ocurra hasta la integra conclusio del negocio, y que no quede resultia alguna; y quanto intente en su utilidad, con la qual se le estimará parte legítima, como si el poder fuera especial; lo que tendrá presente el Escribano para no omitirla, ni causar gastos superfluos a las partes.*

63. La cesion de derechos, y acciones puede ser de dos maneras, una *translativa*, y otra *extintiva*, ó *abdicativa*. (4) La translativa es aquella, por la qual el cedente se abdicca, y priva del derecho, y accion que tiene, y lo transfere en beneficio del sugeto, á cuyo favor constituye la cesion. (5) Y la extintiva, ó abdicativa es la que extingue el derecho que tiene el que la hace, y no lo transfere en otro, pues por ella solo se induce, y sigue una nuda privacion, y exclusion de él, sin que intervenga transaccion en otra persona determinada; y esta mas es renunciacion que cesion. (6) de lo qual traté mas largamente en los cap. 17, y 14. de mi primera parte, ultimamente adicionada, á donde remito al lector. Puede constituirse por comodidad del cedente, y del cesionario; y se conocerá á la de qual de

(1) Ley 7. tit. 14. Partid. 5. Rod. dig. lib. 1.º. y en el mismo título de que-
ros. (2) Ley 26. tit. 2.º. Partid. ibi.
(3) Ley 2.º. tit. 2.º. Partid. 5.º.
(4) Ley 1.º. tit. 2.º. Partid. 7.º. No-
guero de allegat. 361. de Sango. de Reg.
part. 4. cap. 3. n.º 126.
(5) Ley 1.º. Procurator. §. 1.º. ff. de
Procurator. Si. Coteri lib. 1.º. Var.
cap. 6. num.º. vices. Quinto de Rubr.

de Testam. part. 2. n.º 42.

(4) Boellier de Success. cap. 2.
theorem. 42. Molles ad consi. Nea-
polit. de Renat. cap. 6. n.º 1.

(5) Ley Cum oportet, §. penult.
vers. Sed nisi, Cod. de Bon. que li-
ber. y ley 4. Cod. de Repud. heredit.
(6) See. tom. 3. decis. 286. n.º 7.
Sr. Olea de Cesio. jur. tit. 1. quest. 2.
tu. 13. al. 23. n.º 40. ni. dist. 13.

los dos se hace, atendiendo á qual toca el peligro del credito cedido, pues á la de éste pertenece principalmente; (1) bien que á veces suele efectuarse por comodidad del cedente, y en peligro del cesionario, y al contrario. Supuesto lo referido, digo que si la cesion se constituyó *solutiois causa*, ó de otra suerte en comodidad del cedente, puede éste, aunque sea después de constituida, transgír el debito, confesar su paga, liberar de él al deudor, ó parecer en juicio, y exigirlo de él executiva, y ordinariamente, exercitándolo, y usando de las acciones directas que le competen contra él, y son incesibles, segun senté en el cap. 4.º num. 7.º de mi primera parte adicionada. (2) Lo qual se limita en los quatro casos que trae la ley 3.º *Cod. de Novationib.* y al principio dice: *Si delegatio non est interposita debitoris sui, de propria actione apud te remanserunt, quamvis creditor tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones: tamen antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non poteris, & eo modo tu creditor eadentem contra eum inbibere.* Fuera de cuyos casos podrá revocar la cesion, y al cesionario, ó Procurador en causa propia la facultad de exigir, y cobrar el credito cedido; (3) á menos que en ella se obligue á no practicarlo; pero en ellos no, como diré en el número 199. de este capitulo. Y si la cesion se hizo por comodidad del cesionario, se distinguen tres casos: el primero, quando después de hecha ningun derecho quedó al cedente; en cuyo caso nada de lo expuesto podrá practicar, y si lo practicare, se le podrá repeler por la excepcion de cesion de acciones, y carencia de estas, que es legítima; y como tal admisible. (4) El segundo, quando en el cedente

(1) Arg. leg. Secundum naturam, ff. de Regulis jur. Sr. Olea tit. 8.º. quest. 2.º. n.º 10.

(2) Glos. in leg. 3.º ff. Pro socio, & in leg. 1.º Cod. de Action. & obligatio. Parlad. lib. 2.º. cap. fin. part. 3.º.

(3) Sr. Olea dicho tit. 8.º. quest. 2.º. n.º 12. 13. 16. y 24.

(4) Glos. in leg. Sicut, §. Procurator, ff. Quibus modis pignus, vel hypotheca solvit. ff. in leg. Qui turba, §. Plane, ff. de Procurator. Si libi Balf. & Paul. Decio consil. 62.º. in 6.º. vol. 4.º. de II.º. de Obligatio. Si libi Sr. Olea dicho quest. 2.º. n.º 7.º y 28.º y otros que cita.

queda la accion directa, pero inutil, è ineficáz, v. g. *Sz subnoga al cesionario en su Jugor, y le transfiere toda la esperanza, y exercicio de la accion, ò le constituye dueño, y Procurador actor en su propio negocio, ò jura no contravenir la cesion;* y entoncez, aunque ninguno de los casos de la ley inserta concurran, nada podrá hacer tampoco. (1) Y el tercero, quando despues de la cesion permanece en el cedente la accion directa no inutil, ni ineficáz; y en este caso, aunque no falta quien diga que nada puede hacer, está mas recibida la opinion contraria, excepto en los casos de dicha ley inserta. Acerca de lo qual, y de otras especies utiles, vease al *Sr. Olea en el tit. 8. quest. 2.* que lo explica con la energia, y claridad propias de su profundo talento, y literatura.

64. Al modo que el cedente puede pedir execucion por lo que se le debe, en los terminos explicados en el número precedente, aun despues de hecha la cesion; del mismo modo el cesionario, ò Procurador en su misma causa por el importe de lo que le ha cedido, ya sea graciosamente con título de donacion, ò con el de venta, si interviene precio; bien que interviniendo éste, no podrá pedir por mas que por lo que dió al cedente. (2) Pero se advierte lo primero, que si la cesion es onerosa, se ha de hacer al tiempo que el cesionario entrega el importe del debito, pues mediando intervalo, de nada servirá, porque como el acreedor está reintegrado de antemano, ninguna accion tiene ya que ceder; (3) y así quando el dinero no parece al tiempo de la cesion, no se ha de decir que está hecho antes el pago, sino que se hará. (4) Y lo segundo, que para pedir execucion el cesionario contra el deudor, si la cesion se le hizo por escritura, debe presentarla quando la pide, con el documento del debito; y si es cesionario en virtud de endoso de algun vale, ò otro papel simple, no

(1) Sr. Olea ibi, n. 29.
(2) Bald. in leg. Per diversas Cod. Mandati, quest. 10. Alex. & Paul. in leg. Postulante, ff. ad Trebellian. Roman. consil. 192. Rodrig. Suar. in extension 7. ad leg. Tolet. Mon-

talv. in repertor. verb. obligacion; Parlador. dicho §. 4. n. 1. 7. y 8.

(3) Ley. Modestinus, ff. de Solutionib. ley 11. tit. 12. Partid. 5. y glos. in leg. Papinianus, ff. Mandati.

(4) Parlador. dicho §. 4. n. fin.

solo debe pedir, y hacer que lo reconozca el deudor que lo hizo, sino tambien que el endosante, ò cedente confiese igualmente su endoso, pues sin este previo requisito no acredita ser dueño, y verdadero cesionario, porque puede haber substraído otro el papel, tomado el nombre del endosante, y hacer el endoso; ni por consiguiente parte legitima para repetir contra el deudor; y si se le opone esta excepcion, se enervará la execucion que sin la confesion, ò reconocimiento del endosante se haya expedido, como lo he visto. En quanto à si es, ò no preciso que el cesionario haga constar previamente la causa justa con que la cesion se le hizo, hay variedad de opiniones. Lo cierto es en mi concepto, que no tiene obligacion de liquidar antes su credito, ni el deudor puede alegar injusticia en la cesion, pues no es de su inspeccion el que la causa de ésta sea, ò no justa, y gratuita, ò onerosa, ni el que la haya, ò no para hacerla, sino de pagar quando se le demande en su virtud, pasado el plazo, que es la obligacion que constituyó, y à cuyo cumplimiento puede ser compelido por el cedente, ò legitimo cesionario, y que le competirá solamente la excepcion de si es, ò no reprobada por derecho, y si fue hecha à persona cabilosa, ò mas poderosa por su empleo que el cedente; en lo que se le puede arguir cometiéndolo, como expuse en el cap. 11. de mi primera parte, número 32. al fin. El Abogado que quiera instruirse, vea los Autores, (1) pues al Escribano, como que no lo ha de defender, ni juzgar, no le incumbe, ni le precisa saberlo.

65. Puede ser executado, no solo el que contrajo la obligacion, sino su heredero, acreditando serlo realmente, y no de otra suerte; (2) pero si éste aceptó la herencia *con beneficio de inventario*, lo hizo con la pureza, y escrupulosidad legal; y acredita haberlo formalizado así, como debe (pues no le basta protestar que lo hará, sino hacerlo real-

(1) Sr. Olea tit. 1. question 3. Per tot. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 3. §. 4. Rodrig. dicho art. 4. n. 22. al 25. Cancr. part. 1. Var. cap. 17. n. 40. y part. 2. cap. 9.

(2) Ley Ex contractu, ff. de Re

judicat. Avendañ. tit. De las excepciones, n. 24. Rodrig. de Execucion. cap. 4. n. 12. Canev. tit. 3. disp. 9. Parlador. lib. 2. part. 4. cap. fin. §. 1. n. 1. al 9.

realmente) se le ha de executar solamente por su importe; y si la aceptó sin esta igualdad, puede ser executado *ultra vires hereditarias*; aunque diga que no alcanza para la satisfaccion del debito. (1) Acerca de lo qual vease lo explicado en el cap. 14. de mi primera parte num. 3. al 5. y en el cap. 1. num. 44. del libro primero de ésta.

66 Si el heredero del deudor reconociere llanamente el vale hecho por éste, se puede despachar execucion contra él por su importe; pero no puede ser compelido à hacer el reconocimiento sino quiere, porque es iniquo obligar al sucesor à que jure de hecho, y lo que no ha visto escribir, ni firmar, ni tal vez tiene noticia de ello, como lo dice el §. 2. de la ley *Marcellus 11. ff. de Rerum amatorum actione*; ibi: *Jurare autem tam vir, quam usor cogetur: Pater autem jurare non cogitur; cum iniquum sit de alieno facto alium jurare; is ergo cogitur jurare, qui amovisse dicitur, & idcirco neque vires ejus; qui, quæve amovisse dicitur, jurare cogetur*; (2) pues puede ser suplantado, para lo que no faltan perfectos imitadores de letras, que debian ser severamente castigados. Por lo que no reconociendolo en la forma expuesta, deberá el acreedor seguir la via ordinaria para reintegrarse de su credito, pues no debe despacharse execucion contra el heredero, hasta que se executorie el pleito, por no ser executivo el vale no reconocido.

67 Habiendo dos, ó mas herederos del deudor, ha de ser executado cada uno à prorrata de su haber, y no mas, porque la obligacion de su causante se dividió proporcionalmente entre todos; de modo que aunque éste los hubiese obligado, ó alguno no tenga de que pagar su quota, no se debe exigir de los coherederos, à excepcion de que el acreedor proceda por accion hipotecaria, pues entonces, como la obligacion sigue la hipoteca, y es individua, è inseparable de ella hasta que se extingue, puede proceder *in solidum* contra el que la posea, ya sea heredero, ó sucesor singular, sin que necesite hacer excusion, ni division, quan-

(1) Leyes 10. 11. y 12. tit. 6. y ley 7. tit. 19. Partid. 6. Cariev. disp. 9. dicha, n. 13. y n. fin.

(2) Rodrig. de Execution. cap. 1.

artic. 2. n. 14. Acerv. en la ley 6. tit. 21. lib. 4. Recop. n. 16. Parlador. lib. 2. part. 1. cap. ultim. §. 5. num. 9.

dandole el regreso, ó repeticion contra los demás participantes con el lasto del acreedor por lo que satisfaga por ellos. Lo propio milita en el emphiteusi, y censo consignativo por los redditos vencidos; sobre lo qual (que es corriente en la práctica) veanse los Autores. (1)

68 Tambien puede ser executado el hijo mejorado en tercio, y quinto, por las deudas de la herencia paterna, materna, ó abolenga à prorrata de la parte que conste haberle tocado en ella. Lo qual procede, y ya parezcan al tiempo de la particion, ó despues, y la mejora sea hecha en cosa cierta, ó incierta de los bienes del mejorante, pues está obligado à su proporcional solucion, (2) como con legal apoyo he sentado en el cap. 1. §. 5. num. 77. de mi primera parte, sobre cuya inteligencia vease à *Rodrig. de Execut. cap. 4. ex num. 19. al 22.* y à los Autores que cita.

69 Se puede practicar lo expuesto en el número inmediato en cinco casos: el primero, quando acepta la herencia, y se le adjudican ésta, y la mejora: el segundo, quando repudia la herencia, y acepta la mejora, y los acreedores tratan de executarle, pues entonces se conceptúa como heredero, y puede ser reconvenido à prorrata, sin que preceda excusion en los herederos; cuyos dos casos son los de la ley 21. de Toro; el tercero, quando se pide simultaneamente la execucion contra los herederos, y el mejorado: el quarto, quando se trata de convenir al sucesor del mayorazgo por el debito à que sus bienes están obligados, ya provenga éste desde su institucion, ó se haya impuesto el censo, ó gravamen sobre ellos con facultad Real, ó en otro caso permitido; pues aunque el poseedor no haya heredado al instituyente, puede ser executado por los redditos, ó pensiones del censo, à cuya responsabilidad por la especial hipoteca están ligados, y sujetos: y el quinto, quando se intenta solamente la accion contra el sucesor en el mayorazgo, y no proporcionalmente contra él, y los herederos del fundador à

(1) Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 4. §. 1. n. 11. hasta el fin. Ro-

drig. dicho cap. 4. n. 13. y 14. al 18.

(2) Ley 5. tit. 6. lib. 5. Recop.

un propio tiempo, (que es lo que se debe hacer , como mas seguro) en cuyo caso se ha de continuar sin embargo la via executiva , para evitar el circulo dilatatorio , y perjudicial de demandar primero à éstos , pues se debe proceder , atendida la verdad del hecho , lo qual basta para compelerle à pagar. Cuyos cinco casos trae *Noguerol*, *allegat.* 4. *num.* 57. *al* 71. en donde los podrá ver con mas extension el aplicado , porque son prácticos , y acasen con frecuencia.

70 No solo pueden ser executados los herederos expresamente instituidos , sino los que en su lugar poseen la herencia del deudor , (que llaman herederos *Anomalos*) y son el fideicomisario universal , el legatario de todos los bienes , el Fisco , que sucedió en los del delincente , ò del que falleció sin dexar parientes , el Monasterio , ò Convento por los que obtuvo en representacion del Religioso , y los testamentarios universales , à quienes el difunto cometió la distribucion de todos sus bienes en sufragios por su alma ; ò en otros fines ; (1) pues estos hacen veces de herederos , y están obligados à satisfacer las deudas de aquel cuya herencia poseen , porque es responsable à ellas.

71 Se puede proceder executivamente contra el poseedor de la cosa litigiosa , ya estuviese el pleito pendiente al tiempo de su adquisicion sobre accion Real , ò dominio , ò sobre la personal. Y aun quando se hubiese enagenado à Clerigo despues de incoado el pleito , puede el Juez secular proceder contra él , y executar en ella la sentencia , hasta que sea efectivo el pago , porque à qualquiera parte , ò persona à donde vaya , lleva el gravamen con que está ligada , mientras no se liberte. (2) Y del mismo modo se puede proceder contra el que en instrumento público se obligó à hacer alguna cosa , y no la executó , pues pasado el tiempo prefinido , se le puede executar por la verdadera estimacion del hecho , (3) porque sucede la obligacion à ésta

(1) Ley Regulariter , ff. y ley fin. Cod. de Hereditat. petitio. Rodrig. de Execut. cap. 4. dicho n. 23. y 24. Parlador. lib. 2. part. 4. cap. fin. §. 2. n. 1. al 3.

(2) Sr. Saig. de Reg. part. 4.

cap. 8. n. 110. y 168. Sr. Valenz. consil. 19. num. 41. Carlew. tit. 3. disp. 11. n. 2. Noguerol alleg. 29. n. 233.

(3) Parlador. lib. 1. cap. 6. §. 2. por tot.

despues de la mora en la execucion de lo prometido ; de lo qual trata con distincion de casos *Corrieval de Judic. tit. 3. disp. 3.* à quien puede ver el Legista para su mayor instruccion.

72 La muger casada puede ser executada por la mitad de las deudas , que durante su matrimonio contrajo juntamente con su marido , ò éste solo , en quanto alcance su mitad de gananciales , y no mas : y si ambos se obligaron por el todo *in solidum* , se la puede pedir toda la deuda hasta en su importe ; mas no , si los renunció al tiempo , ò antes de casarse , ò despues de casada. (1) Pero esto se limita quando el marido se constituyó fiador de otro , y por la insolvencia de éste pagó por él ; pues respecto no estar obligada à la fianza segun derecho , tampoco lo estará la mitad de sus gananciales ; (2) bien que esto no lo tengo por tan corriente como sienta *Rodriguez* , porque la muger no adquiere dominio perfecto en los gananciales , hasta que su marido muere , y solo podrá repetir contra la parte de éste por la mitad de los exigidos à consecuencia de la fianza , disuelto que sea el matrimonio ; pero no contra el que lo compró.

73 Habiendose despachado executoria contra ella antes de contraer matrimonio , se puede hacer execucion despues de contraido , en sus bienes , aunque sean dotales , si carece de otros , citando previamente à su marido ; (3) porque el importe de lo que debia no era suyo , ni pudo haberlo entregado à éste por dote. Igualmente debe ser executada en sus propios bienes por el alcance de la tutela de sus hijos , habidos en su anterior matrimonio , pues por legal ministerio están obligados à su solucion , y tambien los de su actual marido. (4)

Del

(1) Ley 14. tit. 20. lib. 3. del Fuero Real , y ley 9. tit. 9. lib. 5. Recop. Sr. Covar. lib. 3. Var. cap. 19. n. 3. Parlador dicho §. 2. y part. 4. n. 4. Rodrig. dicho cap. 4. n. 29.

(2) Ley 7. tit. 3. lib. 5. Recop. y en ella Matienz. glos. 1. n. 2. y en la 3. glos. 7. n. 3. tit. 9. Rodrig. ibi vers. *Fallit tamen.*

(3) Menoch. de Arbitr. lib. 2. cas. 123. y 125. Sr. Saig. de Reg. part. 4. cap. 8. n. 231. Giurb. ad Consuetudin. cap. 1. glos. 9. n. 7.

(4) Ley Si mater , Cod. In quibus causis pignus , vel hypotheca , leyes 23. y 26. tit. 13. Partid. 5. y ley 5. al fin. tit. 16. Partid. 6.

74 Del mismo modo se puede proceder executivamente contra el socio obligado por las deudas de la sociedad, el qual tiene facultad de pagarlas de los bienes de ésta, y luego con el lasto del acreedor sacar del fondo comun lo que satisfizo por los consocios; mas no el importe de las que contrajo en su privativa utilidad, porque à estas son responsables unicamente los suyos propios. (1)

75 El deudor del principal deudor puede ser executado por el acreedor privado personal, con tal que para ello concurren copulativamente tres circunstancias: La primera, que aquel confiese el débito, ò por otro medio legal conste que es deudor del deudor principal. La segunda, que éste sea condenado à su solution. Y la tercera, que à consecuencia de todo preceda excusion en sus bienes, y no los tenga, ò no alcancen para el total pago, y no en otros terminos. (2) Pero si el Fisco es el acreedor, puede executarle en tres casos, que explicaré en el cap. 3. de este libro, num. 82, sin que concurren todas las referidas circunstancias.

76 Suelen muchas veces los deudores para mayor seguridad de lo que reciben al fiado, dar fiadores que los abonen; y porque el Escribano descarta saber si los acreedores podrán pedir à estos sus créditos, sin hacer excusion en los bienes de aquellos; para que se instruya de lo que es excusion, y en que casos es necesario que preceda, digo que la excusion es un juicio en el qual se averiguan exácta, y diligentemente las facultades del principal deudor, à fin de que si está insolvente en todo, ò parte, pueda el acreedor repetir por lo que no pague, contra los fiadores, ò secundariamente obligados. (3) Es necesaria la excusion en los siguientes casos: el primero, quando el principal deudor está presente, (4) excepto que renuncie como pue-

(1) Ley 16. tit. 10. Partid. 5.

(2) S. Saig ubi proxime, n. 147. y de Ranc part. 2. cap. 28. Sr. Olea de Casion. tit. 4. quest. 4. n. 9. Gutier. de Gabel. quest. 164. n. 18. Noguea allegat. 4. n. 76. y alleg. 35. num. 17.

(3) Ley Decem, ff. de Verbor. obligat. ley Moschis, ff. de Jure fisci, y ley 1. Cod. de His que in fraud. creditor.

(4) Authent. Presente tamen, Cod. de Fidejussorib. y ley 9. tit. 12. Partid. 5.

de, este beneficio; (1) pero es de advertir, lo uno, que al fiador de indemnidad no perjudica su renunciacion, (2) porque este fiador es el que se obliga à pagar el debito quando el deudor no tenga con que satisfacerlo, (3) por lo que el que constituye obligacion de pagar à cierto día, en caso de no practicarlo el principal obligado, no es fiador de indemnidad. (4) Y lo otro que los fiadores de los Jueces, Tutores, y demás à quienes la ley obliga à afianzar, no deben ser compelidos à renunciar el beneficio de la excusion, porque al modo que à nadie está prohibido renunciar lo que le es propicio: (5) del mismo modo no se le debe compeler à renunciarlo contra su voluntad. (6) El caso segundo es, quando la finca hipotecada está en poder de tercero poseedor; pues entonces no puede ser reconvenido este regularmente, sin que se haga la excusion en el principal, (7) aunque sea por dote; (8) bien que acerca de esto vease lo que diré en el num. 84. al 86. El tercero, quando el deudor enagenó la finca en fraude de sus acreedores. (9) El quarto quando, el padre enagenó los bienes que tocaban à sus hijos por su madre, pues estos han de hacer previa excusion en los paternos, para reconvenir al que posea los maternos enagenados. (10) El quinto, quando el heredero gravado à restituir el sobrante de la herencia, está obligado à reservar para el fideicomisario à lo menos la quarta parte, pues aunque no se

la

(1) Glos. in Authent. de Fidejussorib. §. Si quis igitur, & ibi DD. Duñ. regul. 335. limit. 6. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 4. §. 7. num. 5. al 7.

(2) Bart. in leg. 1. Cod. de Conven. facti debitor. lib. 10. Bald. in dict. Authent. Presente. Gutier. de Jaram. confirm. part. 1. cap. 23. Carlew. in Apologia ad decision 79. num. 9.

(3) Parlador. ibi, n. 10.

(4) Ley Fidejussorib. obligari, §. fin. ff. de Fidejussorib. & ibi gloss.

(5) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pact.

(6) Ley Invitum, Cod. de Con-

trahend. emptio. y ley Nec emere Cod. de Jure deliberand.

(7) Authent. Hoc si debitor, Cod. de Pignori. y ley 14. tit. 13. Partid. 5.

(8) Glos. in leg. Ubi adhuc, Cod. de Jur. dot. Palac. Rub. in cap. Per vestras, §. 24. Sr. Greg. Lop. en la ley 15. tit. 13. Partid. 5.

(9) Los tit. Cod. y ff. de His que in fraudem creditor. y §. Item Si quis in fraudem, Institut. de Actio. n. 67.

(10) Ley 24. tit. 13. Partid. 5. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 8. n. 5. Garcia de Expens. cap. 13. n. 20.

la reserve, no puede repetir éste contra los compradores de los bienes de ella, à menos que haga excusion en los del gravado. (1) Y el sexto, quando la muger renunció el derecho hipotecario en el contrato de enagenacion que su marido hizo. (2) En quanto à los medios, y modos de hacer la excusion, y acreditarla en Juicio, vease à *Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 4. §. 7. n. 18. y 19.* pues por incumbir al Juez, y no al Escribano, omito explicarlo; advirtiéndole que en un mismo libelo, y juicio se puede intentar, y seguir la causa hipotecaria, y la de excusion. (3)

77 En los casos explicados con legales apoyos en el cap. 4. de mi primera parte §. 5. num. 127. al 129. *inclusive*: en el de que el deudor verdadero no pueda ser convenido con facilidad por razon de su persona, ò del lugar, ò privilegio: y en el de que el fiador se haya obligado con juramento à satisfacer la deuda, consintiendo ser reconvenido antes que el principal obligado, se puede dirigir la accion executiva contra el mismo fiador, sin hacer excusion en los bienes del deudor. (4)

78 Lo mismo puede practicarse quando el fiador es cambiante público, pues no goza del beneficio de la excusion por la utilidad pública, y buena fé que éstos deben tener, y observar para con el Público: Y quando el deudor tiene bienes, y no se puede hallar comprador sino con dificultad, dilacion, y perjuicio del acreedor; en cuyo caso se le reputa insolvente, y éste no tiene obligacion de esperar, ni de recibir sus bienes *in solutum* por la tasa, antes bien puede repetir contra su fiador. (5) Y se previene que la sentencia dada contra el deudor principal,

(1) Authent. *Contra eum rogatus*, Cod. ad Trebellian. Jason in §. Si quis in fraudem, cit.

(2) Bart. in tractat. de Excussione, in fin.

(3) *Ibid.* in leg. *Con testamentum*, Cod. de Testamentar. manumission. Alex. consil. 83. vol. 6. *Palac. Rub.* in leg. 63. Tauri, n. 47. Sr. Greg. Lop. in leg. 14. tit. 13. Partid. 5. Pa-

ris consil. 50. n. 46. lib. 1. *Parlador.* lib. n. 21.

(4) Gom. lib. 2. Var. cap. 13. n. 14. vers. *Quinto limita*: *Rodrig. de Execucion* dicho cap. 4. num. 30. al 44. *Parlador* dicho lib. 2. cap. fin. part. 4. y §. 7.

(5) Gom. *lib. 1. vers. Quarto limita.* y vers. *Octavo limita.*

pal, se puede executar sin que intervenga citacion, nuevo juicio, ni proceso, contra su fiador; (1) pero esto se entiende contra el fiador de *judicatum solvendo*, mas no contra el de contrato, ni el de *judicio sisti*, como afirman los Autores, (2) porque aquella fianza se dirige à pagar lo que se juzgare, y sentenciare contra el principal deudor, y éstas no. Advirtiéndole que el fiador que paga como tal, puede compeler al acreedor à que le dé lasto para demandar con él toda la deuda al principal obligado, y à prorrata à los confideyosores, y hasta que se lo dé no debe ser compelido à pagarle, aunque está condenado à ello por executoria, y si admitirse esta excepcion en la execucion de la sentencia. En quanto à si el fiador, ò correo, ò mancomunado que pagó toda la deuda, podrá con el lasto de el acreedor repetir contra cada uno de los demás confideyosores; ò mancomunados por el todo de ella, ò à prorrata, baxada su parte; vease à *Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 4. §. 6. y al Sr. Olea de Cesion. jur. tit. 5. quest. 5.* que lo traen bien, y yo lo toqué de paso en el cap. 4. de mi primera parte adicionada n. 154.

79 Por las deudas del Concejo se debe hacer execucion en sus Propios. Lo qual parece se debe entender, quando se convirtieron en su utilidad, y el Ayuntamiento las contrato en su nombre; mas no si los individuos de él se obligaron en el suyo, ò no se convirtieron en utilidad de aquél. (3) Sobre lo qual vease à *Rodrig. de Execut. cap. 4. num. 31. al 35.* que controvirtiendo este punto, afirma con varios Autores, que ya se conviertan, ò no en utilidad del Concejo, se ha de dirigir la accion contra sus Propios, y no contra los de los que lo representan, porque no se obligan como personas privadas, sino como individuos de él, y en su nombre; y que si los individuos del Ayuntamiento obligan los bienes del Pueblo, y de sus vecinos, y éstos lo consenten, ò hay costumbre de que puedan obligarlos en defecto.

(1) *Ley Si quis pro eo*; §. Si numeros ff. de Fidejussorib. Gom. lib. 2. Var. cap. 13. n. 1. & ibi Aillon n. 2.

(2) *Carlov. de Judic. t. 1. disp. 2. n. 318.* Aillon ad Gom. lib. 2. Var.

cap. 13. num. 2. y otros muchos que cita.

(3) *Ley Civitas 27. ff. de Rebus credit. ley Si is, qui 11. ff. de Figur. nor.*

fecto de Propios del Pueblo, quedarán obligados à prorratea, y podrán ser executados; y así se observa.

80 No há lugar la execucion contra el comprador de la herencia, à menos que el acreedor no pueda cobrar su deuda del vendedor: ni contra el donatario, excepto que el donante ningun otro heredero haya dexado, pues entonces se reputa universal, porque en él se refundea todos los bienes. Acerca de lo qual vease al *Sr. Salg. part. 2. Labir. cap. 26. per tot.* en donde trata del donante, y vendedor de sus bienes con condicion de pagar à sus acreedores, ò sin ella; y de quando se ha de convenir al comprador, y donatario; y al *Sr. Olea de Cesion. jur. tit. 3. quest. 9. num. 20.* y à los que cita.

81 Contra el usufructuario singular no há lugar tampoco, pero sí contra el universal: bien entendido, que la execucion se ha de pedir contra los bienes, y heredero propietario, con el qual, y con el usufructuario se debe seguir, y substanciar, porque se trata del perjuicio de ambos; (1) aunque el *Sr. Salg.* en su *Labir. part. 1. cap. 2. §. unic. n. 5.* dice con otros muchos que cita, que los acreedores no tienen accion contra el usufructuario, sino contra el heredero, porque pasan inmediatamente à éste todas las acciones activas, y pasivas del instituyente, y sucede en ellas.

82 Sin embargo de que el tutor se obligue como tal por las deudas de su menor, no há lugar execucion contra él, ni sus bienes, à menos que no manifieste los de éste; pues ofreciendo dar cuenta con pago, como regularmente se pone en semejantes contratos, se ha de proceder contra él en via ordinaria, porque con su oferta excluye, è impide el uso de la executiva, hasta que se verifique el alcance líquido: excepto que se obligue en su propio nombre. (2) Y si el menor no tiene curador, se le debe proveer de él, para seguir el pleito, nombrandolo él en caso de haber entra-

(1) Parlador. lib. 2. part. 4. cap. fin. §. 3. n. 6. *Sr. Covar.* lib. 2. Var. c. p. 2. num. 4. *Rodrig.* dicho cap. 4. n. 25. y 26.

(2) *Ley 17. tit. 16. Partid. 6.* ley Si con scriptis, Cod. y ley 3. ff. de Administrat. tutor. ley Si se non ob-

tulit, §. Tutor quoque, ff. de Re iudicat. y ley 1. al princip. Cod. Quando ex facto tutor. *Gutier.* de Tuel. part. 2. cap. 23. *Baez.* de Decim. tutor. cap. 2. n. 168. *Rodrig.* ibi, n. 30. *Parlador.* ibi, §. 3. n. 1. y 2.

trado en la pubertad, ò el Juez, si se resistiere à nombrarlo, ò el que elija no admitiere el encargo, (1) por escusa legitima que le exima. Pero acabada la tutela, no habrá lugar la execucion contra los fiadores del tutor por las cosas que éste de su espontanea voluntad administró pertenecientes à su menor, porque es negocio, y obligacion nueva, à que aquellos no se constituyeron responsables, por no estar obligados fuera del tiempo de la tutela; lo que será al contrario antes de espirar ésta. (2)

83 Lo propio milita para con los Administradores, Factores, y Procuradores, que como tales se obligan por sus principales: pues se puede proceder contra ellos, durante su encargo, y no despues, porque en el instante que cesaron en él, espiró su obligacion, aunque no la de éstos. (3) Y se previene, que si el tutor fuere condenado por sí, y como tal, y quisiere parecer despues en juicio, puede ser repellido, y oponersele la excepcion de cosa juzgada, como dice el *Sr. Salg. de Reg. protecti. part. 4. cap. 8. num. 283.*

84 En quanto à si habrá, ò no lugar la execucion contra el tercero poseedor de los bienes obligados: (no llamo aqui tercero poseedor, ni trato del que es heredero, ò sucesor del deudor, contra el qual compete principalmente el derecho executivo por el todo, ò parte, aunque intermedien muchos poseedores, y sucesores, sino del que hubo sus bienes por título de venta, donacion, ò otro singular,) digo que no, regularmente hablando, ya se pretenda por cosa juzgada, ò otro instrumento que la traiga aparejada, y sea anterior al de el tercero; y ya se proceda por accion Real, ò personal, pues primero se ha de dirigir contra el principal, y sus fiadores, hacerse excusion en sus bienes, y luego seguirse con el tercero en via ordinaria, hasta que

(1) *Ley Non ideo*, Cod. de Procurator. *ley Clarum*, Cod. de Auctoritat. prestand. *ley 1.* Cod. Qui petant tutores, y *ley 3. ff. eod. tit.* *Parlador.* ibi, §. 4. n. 1. al 4.

(2) *Ley Lucius 47. §. Paulus*, ff. de Procurator. *Parlador.* dicho §. 3. n. 3 y 4.

Rem pupilli Salvam fore, y *ley fin. Cod. de Perical. tutor.* *Parlador.* dicho lib. 2. y §. 12. limit. 7. n. 58.

(3) *Ley fin. ff. de Institor. action.* *ley Procurator qui*, ff. de Procurator. *Parlador.* dicho §. 3. n. 3 y 4.

por executoria se anule el título con que posee, y revoque la enagenación en él hecha: (1) y le basta probar su posesión, sin necesidad de presentar el título con que posee, porque de la posesión se presume, y así es suficiente que lo alegue; y en otros términos no debe ser demandado.

85 Dixe regularmente hablando, porque así como toda regla general tiene su excepción que constituye regla en contrario segun derecho: (2) así tambien de ésta se exceptúan trece casos en los quales se puede proceder executivamente contra el tercero poseedor, citandole precisamente para todas las diligencias executivas, porque se trata de su interés, y no de otra suerte, sin ser necesario hacer excusión en los bienes del principal, ni citarlos aunque haya algo que liquidar, pues basta hacer la liquidación con el tercero; (3) de cuyos casos el primero, es, quando la alhaja que posee se halla hipotecada especialmente à la deuda, pues la obligación es madre de la acción, è inseparable de la hipoteca, hasta que se extingue la deuda à que está afectada. (4) El segundo, quando la posee con título evidentemente nulo; en cuyo caso, y no en otro se admite la excepción de nulidad, como notoria, para poder seguir la ejecución. (5) El tercero, quando el título proviene de contrato simulado, pues es nulo *ipso jure*: mas no siendo fraudulento, porque en este caso no es nulo, sino que se debe rescindir, ò suplir su justo precio, por el engaño que en él hubo, y esto ha de ser en via ordinaria. (6) El quarto,

(1) Leyes 1. y 3. tit. 17. Partid. 3. leyes 7. 14. y 38. tit. 13. Partid. 5. y ley 1. y todo el tit. Cod. Quibus res iudicata non nocet; ley 5. de Re iudicat. ley Nam postea 9. §. fin. ff. de Jurejurand. ley 1. §. 1. ff. de Litigios. Parlador. dicha part. 4. §. 5. n. 1. al 3. y n. 20. y fin. Rodrig. dicho cap. 4. num. 45. y 46. Carlew. tit. 3. disp. 11. n. 1.

(2) Ley Nam, quod liquide 4. §. ult. ff. de Peni legat. ley Quassum 12. §. Idem respóndit. vers. Denique, Neratius; ff. de Fundo instruct.

(3) Parlador. dicho §. 5. n. 18. y

19. y otros que citó.

(4) Sr. Covar. lib. 3. Var. cap. 7. n. 7. Gaspar Rodrig. de Redditib. lib. 2. quest. 9. n. 61. Cencio de Censib. part. 2. quest. 5. artic. 9. n. 20. Sr. Saig. part. 1. Labir cap. 17. n. 44.

(5) Giurb. observat. 80. Nogueurol allegat. 3. num. 19. Hermosill. en la ley 46. tit. 5. Partid. 5. glos. 7. n. 7. Sr. Saig. de Reg. part. 4. cap. 8. Parlador. lib. 2. part. 4. y §. 5. dichos, num. 4.

(6) Parlador. ibi n. 10. y 11. Giurb. observat. cit. Señor Olea de Cesión. tit. 4. quest. 3. n. 10.

to, quando el deudor se obligó à no enagenarla, sino con el gravamen del débito, hipotecandola tambien à la observancia de este pacto, y sin embargo la vendió, ò enagenó sin aquel; pues como la enagenación es nula en virtud de la obligación constituida, se considera que permanece su dominio en el deudor, segun he sentado en el capítulo 4. de mi primea parte, §. 4. num. 89. y cap. 5. num. 31. mas no si faltó el pacto, pues entonces debe preceder la excusión en los bienes del principal obligado, y despues seguirse via ordinaria contra el tercero. (1) El quinto, quando el deudor enagenó los bienes, pues antes de su tradicion, ò posesion real verdadera, ò ficta, se puede trabar en ellos la ejecución, porque hasta que se entregan al tercero no se constituye dueño, ni verdadero poseedor; (2) excepto en las deudas, y acciones, en que con solo el título, y enagenación, y sin necesidad de cesion se le transfiere su dominio. (3) El sexto, quando el tercero tiene en mutuo, conmodato, ò deposito la alhaja hipotecada, porque la posee en nombre del deudor, y no en el suyo; y así la sentencia en que se condena à éste, se ha de executar con su citación en la alhaja contra el que la posee; (4) y lo mismo se entiende quando la tiene arrendada simplemente, pues ni el acreedor está obligado à pasar por el arrendamiento, (5) ni la acción personal del conductor impide el uso real de la enagenación de la cosa locada; bien que los frutos pendientes son suyos. (6) Pero si en la Escritura de locación anterior à la obligación hipotecaria se

(1) Ley Si creditor, §. fin. ff. de Distractio. pignori. y ley fin. tit. 5. Partid. 5. Rodrig. dicho cap. 4. n. 47. al 51. Gutier. in leg. Nemo potest, ff. de legat. 1. n. 35. y 38. Parlador. ibi n. 16. al 19. Sr. Olea tit. 1. quest. 1. num. 76. vers. Sed circa: Sr. Saig. de Reg. part. 4. cap. 14. n. 64.

(2) Ley 14. tit. 13. Partid. 5. Sr. Greg. Lop. en las dos limitaciones de su glos. 5. Cascer. part. 1. Var. cap. 13. n. 23. y cap. 17. n. 41. Barbo. in leg. Maritum, ff. Solut. matrimo. n. 85.

(3) Autores ultimamente cit. Gom.

lib. 2. Var. cap. 2. n. 6. Scacia de Commerce. §. 2. glos. 5. n. 28.

(4) Ley Licet, §. Rei deposita, ff. Depositi, ley A Divo Pio, ff. de Re iudicat. glos. in Authent. de Fidei-jurorib. §. Sed neque debitorem, colat. 1. Rodrig. dicho cap. 4. n. 55. Parlador dicho §. 5. n. 12.

(5) Ley Officium, ff. de Reivindicatio. ley Certa, ff. de Precar. y ley Emprom, Cod. de Locato. Parlador. ibi n. 13.

(6) Cur. Philip. part. 2. §. 11. num. 4.

pacífate que durante el tiempo de ella no se ha de poder gravar, ni enagenar la alhaja, y la hipotecáre à la observancia de este pacto, habrá lugar la execucion en la alhaja, y en sus pensiones, y hasta que espire el arrendamiento no podrá ser despojado el conductor, como senté en el cap. 6. de mi primera parte num. 29. al fin. El septimo, quando la muger contrajo la deuda antes de casarse; pues se puede proceder subsidiariamente por su importe contra sus bienes dotales, y contra su marido, que los posee en su nombre, en defecto de los parafernales, y de otros extradotales, por no ser justo que por haberse casado defraude à sus acreedores; (1) pero por el débito legitimamente contraído mientras están casados, no se puede proceder contra sus frutos, porque pertenecen al marido por ayuda à superar las cargas matrimoniales; (2) ni tampoco en los bienes dotales, ni en sus frutos por la deuda contraída durante matrimonio, aunque sí en los parafernales. (3) El octavo, quando el deudor enagenó la finca despues de executada, pues se puede continuar en ella la execucion, por haber sido dolosa su enagenacion. (4) El noveno, quando el tercero adquirió la alhaja litigiosa despues de emplazado el deudor sobre su dominio, ò quasi dominio, ò por accion personal despues de la contestacion, por ser fraudulenta, y hecha con dolo su enagenacion. (5) Lo qual se presume quando se hizo à conjunta persona; ò no se recibió el dinero; ò no consta de su paga sino por confesion del enagenante; ò el deudor enagenó todos, ò la mayor parte de sus bienes, pendiente el pleito, de modo que no dexó con que pagar. (6) El decimo, quando el acreedor tiene accion

(1) Sr. Cast. de Alim. cap. 66. Lara de Vita homin. cap. 22. Carlev. tit. 3. disp. 19. n. 9. Ciriac. controvers. 37.

(2) Ley Dotis fructus, ff. y ley Pro oneribus, Cod. de Jure dot.

(3) Carlev. disp. 19. dicha, n. 12. y sig. Amat. Var. tom. 2. resolut. 45. n. 24.

(4) Nogueroi allegat. 29. n. 208. Parlador, ibi n. 13. y 14.

(5) Sr. Valenz. consil. 19. n. 41. Sr. Saig. de Reg. part. 4. cap. 8. num. Carlev. disp. 11. dicha num. 2. Parlador, dicho 5. n. 6. al 9. Rodrig. dicho cap. 4. n. 52.

(6) Surd. consil. 533. num. 5. Sr. Covar. Pract. cap. 16. num. 7. Giurb. decis. 62. n. 5. Cancr. lib. 3. Va. cap. 17. n. 461. 462. y 466. Guier. de Juran. contrum. part. 1. cap. 23. n. penult. y fin.

real, y el deudor hizo cesion de bienes; ò él, ò estos están ausentes de aquella jurisdiccion; ò aunque presentes, no pueden ser convenidos; ò es notorio que no puede pagari en cuyos casos basta acreditar la excusion en el principal, para repetir contra el tercero, aunque no intervenga dolo, ni fraude; pero si le compete solamente accion personal contra él, es menester no solo hacer la excusion en sus bienes, sino probar haber sido dolosa la enagenacion. (1) El undecimo, quando el deudor entregó al acreedor la prenda, ò hipoteca, ò le dió su posesion real, ò ficta, constituyendose poseedor precario de ella en su nombre, y despues la enagenó. (2) El duodécimo, quando el acreedor dirige su accion contra la deuda de su deudor obligada, pues no necesita hacer excusion en los demás bienes de éste para executar à el suyo. (3) Y el decimotercio por débitos reales, pues aunque el tercero no sea sucesor universal, ò heredero del deudor fiscal, sino que posea por título particular de compra, donacion, ò otro los bienes de éste, puede el fisco usar contra él como su poseedor de la via executiva, no obstante que el deudor los haya adquirido despues de celebrado el asiento, ò contrato de conduccion, y locacion con el Rey: y esto se entiende, ya estén especial, ò generalmente obligados, respecto no distinguir la ley; lo qual se prueba del cap. 11. de la 27. tit. 11. lib. 9. Recop. que dice: *El derecho de la via executiva que se tiene contra los bienes que obligan, es mi voluntad que pase contra los terceros que sucedieren en los bienes obligados por compra, donacion, ò herencia, ò por otro qualquier título.* Pero no se amplia su disposicion à otros casos fuera del de conduccion de Rentas Reales, como afirma Nogueroi alleg. 33. n. 69. y sig. sobre cuya inteligencia, vease à Carlev. y Boler. (4) Y

(1) Ciriac. controvers. 5. 120. y 388. Señor Orea de Cesion. tit. 6. quest. 11. Sr. Castill. lib. 5. Controvers. cap. 89. n. 124. Sr. Molin. de Primogen. lib. 4. cap. 1. n. 39. Veia dissert. 20. num. 4. y 16. Rodrig. de Reditib. lib. 2. quest. 9. n. 61.

(2) Ley 14. tit. 13. Partid. 5. Sr. Greg. Lop. en ella glos. 5. limit. 1.

(3) Rodrig. de Execucion. c. 4. n. 55. 388. Señor Orea de Cesion. tit. 6. y glos. 5. vers. *Tertio limita*: Alex. consil. 16. vol. 6. Negutano de Pignorib. memb. 1. part. 8. num. 19. Rodrig. cap. 4. dicho, n. 54.

(4) Carlev. tit. 3. disp. 11. cit. num. 6. Boler. de Deception. tit. 5. quest. 28. n. 14. y 15.

Y acerca de los casos referidos, y otros, al Sr. *Greg. Lop. en la glos. 5. de la ley 14. tit. 13. Part. 5.* que trae diez y ocho.

86 Para que el acreedor pueda proceder executivamente contra el tercero poseedor, es preciso que éste tenga título, ó causa del deudor, contra quien competia principalmente al acreedor el derecho de executar. Y se dice, y entiendo tener título suyo, no solo quando hubo la alhaja de él mismo, sino de otro, ú otros que de él la hubieron: por lo que justificandose que el deudor la poseía al tiempo que contrajo la obligación, se presume que el tercero tiene título, ó causa suya, y se puede proceder contra él, aunque se hayan pasado muchos años, y mediado diversos poseedores, (1) y reconvenirle en el lugar, y fuero que al deudor principal, porque *ipso jure* se le transfiere la hipoteca con este gravamen. (2) Y se previene lo primero, que quando há lugar la execucion contra el tercero poseedor, no debe oponer como tal otras excepciones que las que competían al deudor principal en cuyo lugar se subrogó, porque el que sucede en el de alguano, debe usar de el mismo derecho que éste, el qual no puede transferirle mas que el que tiene; (3) pero podrá usar de las que por su propia persona, ó por otra le sufraganen. Y lo segundo, que si el acreedor ignora que hay otro poseedor mas que el deudor, no necesita litigar con el tercero, especialmente si es Clérigo; basta citar solamente al deudor. (4)

87 Fundados algunos Autores en dos textos civiles, (5) afirman que el tercero que posee con justo título, y buena fé los bienes hipotecados á la seguridad del censo, puede prescribir su hipoteca por tiempo de diez años entre presentes, y por veinte entre ausentes, contandose la prescripción desde el en que se dexaron de pagar los réditos.

Yo

(1) *Barbos. vot. 97. n. 40. Señor Olea tit. 1. quæst. 1. n. 76. Sr. Larrea alleg. 43. n. 21. Rodrig. cap. 4. cit. n. fin. Parlador. dicho §. 5. n. penult. y ún. Cariev. disput. 11. dicha.*

(2) *Noguerol alleg. 14. n. 4. Cancer. lib. 2. Var. cap. 2. n. 189.*

(3) *Ley Qui in jus, y ley Aliud,*

§. fin. ff. de Reg. jur. regla Qui in jus, eod. tit. lib. 6. y ley Nemo potest, ff. eod. tit. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 11. n. 59.

(4) *Sr. Valenzuel. consil. 116. Noguerol alleg. 3. Sr. Saig. de Reg. part. 4. cap. 14. n. 59.*

(5) *Leyes 1. y 2. Cod. Si adversus prescriptionem.*

Yo venero su dictamen; pero no me adhiero á él por las razones expuestas en el c. 4. n. 76. y en el 5. n. 43. de mi primera parte, en donde refiero la executoria del Consejo, por la qual se declaró lo contrario en el pleito del Marqués de Santo Floro con la Villa de Estremera, y para el pago de principal, y réditos se vendió un molino harinero, que era una de las hipotecas, y lo poseía Don Josef Genaro de Salazar menor, á quien se dió lasto contra la Villa; y lo he visto practicar otras veces: sobre lo qual vease á *Paz tom. 1. part. 4. cap. 3. num. 15. y 16.* que lo trata con mas diffusion.

88 En el cap. 4. de mi primera parte §. 4. num. 54. traté (bien que laconicamente) de las clases, ó especies de bienes que hay, y ofrecí tratar de ellas en éste con extension; pero antes de proceder á explicar en cuáles se puede trabar, ó no la execucion, debo sentar para radical instruccion del Escribano principiante, que los bienes se dividen en *muebles*, y *semovientes*; en *raices*, y en *derechos*, y *acciones*. Muebles, y semovientes son los que segun su naturaleza, y sin deshacer su forma, se mueven por sí mismos, y pueden ser movidos; y raices, los que ni se mueven, ni pueden ser movidos. (1)

89 Son tambien raices los alfolies, graneros, y horreos, de que usan en Asturias; y las cubas, tinajas, y otras cosas semejantes, que por ser grandes no se pueden mover, ó aunque se pueda, están medidas en la tierra; mas no, sino lo están, y se pueden mover sin deshacer su forma. (2) Lo mismo sucede con las tejas, ladrillos, piedra, madera, puertas, ventanas, llaves, cerrojos, y demás cosas medidas en la fábrica de la casa, ó edificio, ó quitadas para bolverlas á meter; y con el molino, sus rodeznos, muelas, y demás aperos tocantes á su edificio, hallandose puestos en él, ó quitados para bolverlos á poner, porque todas estas cosas como son de la casa, y molino, y se contemplan parte precisa de ellos, siguen su natu-

(1) *Ley Moventium, ff. de Verb. significat. ley 1. tit. 17. Partid. 2.*

(2) *Ley 29. tit. 5. Partid. 5. Herley 4. tit. 29. Partid. 3. y ley 10. tit. 33. Partid. 7. Parlador. lib. 2.*

part. 5. cap. fin. §. 3. n. 7. y 8.

(3) *Ley 29. tit. 5. Partid. 5. Herley 4. tit. 29. Partid. 3. y ley 10. tit. 33. Partid. 7. Parlador. ubi proxime, n. 9. y 10.*

turaliza; pero si no se hallan puestas, aunque estén preparadas para este efecto; ó si se quitaron con ánimo de no ponerse, se gradúan por muebles. (1)

90. Se estiman igualmente por bienes raíces los colmenares de abejas, palomares, y estanques de pescados, estando incorporados, ó metidos en la tierra; y por muebles, si se hallan separados, y son movibles; ó quando se mencionan solamente las abejas, palomas, y pescado (2) El hato de ganado, si se considera con el sitio en que está, se tiene por alhaja raíz; y si separado de éste, por semoviente. (3) Lo propio milita para con los frutos, los quales estando pendientes en los arboles, viñas, olivos, y heredades que los producen, son parte del fundo, por lo que se reputan por raíces; y si están cogidos, y separados de ellas, por muebles. (4)

91. Los derechos, y acciones de mero derecho constituyen tercera especie de bienes, y por no hallarse declarados en él se graduarán por muebles, ó raíces, segun la clase á que competen, y sea preciso computarlos; (5) y asi las deudas se contemplan muebles, porque miran principalmente á la persona, siempre la siguen, (6) y en ellas se puede hacer execucion en defecto de otros bienes, con tal que el deudor confiese el débito, ó conste por instrumento guarentigío, y no de otra suerte. (7)

92. Los censos, y oficios públicos aunque sean vitalicios, y los derechos perpetuos, que pueden constituir hipoteca,

(1) Ley Granaria, §. Tegula, y ley Fundi, §. Quæ pice, vers. Item quod insula; ff. de Actio. empti, y ley 28. tit. 5. Partida 5. Hermosill. en esta glos. 4. y en la 29. cit. Parlad. ibi: n. 11.

(2) Ley 6. tit. 20. Partida 2. Hermosill. en la 30. tit. 5. Partida 5. glos. 1. n. 1. y 5. Parlad. dicho §. 3. n. 12. y 13.

(3) Ley 3. tit. 2. 1. Partida 2. Hermosill. en la 15. tit. 5. Partida 5. glos. 1. n. 18.

(4) Gom. en la ley 70. de Toro, n. 29. Parlad. dicho n. 13. Sr. Co-

var. lib. 1. Var. cap. 3. y cap. 15. num. 1.

(5) Thusc. litter. B. conclus. 61. Parlad. dicha part. 5. y §. 3. n. 15. Sedé decís. 122. n. 7. Glurb. ad Constitucionem, cap. 12. glos. 5. num. 6. y 7.

(6) Peregrin consil. 60. num. 29. Thusc. litter. B. cit. conclus. 103. n. 25. al 27. Glurb. ibi, n. 16.

(7) Ley A. Divo Pio 15. §. Siæ quoque iudices 8. y sig. ff. de Re iudicat. & ibi Imol. Paul. Alex. y Jason. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 3. num. 43.

poteca, y admitir gravamen, son raíces, como he sentado en el citado cap. 4. de mi primera parte §. 4. num. 54. y en quanto á los réditos de censos, distinguen los Autores: si se trata de los anuales, y de sus derechos, dicen que se han de numerar entre los bienes raíces, y si de los corridos, entre los muebles; y lo mismo si lo son de censo redimible, ó del que se constituye hasta cierto tiempo, y de pensiones redimitiles; (1) pero yo siempre los graduaré á todos por muebles.

93. Supuesto lo referido: para que el Escribano entienda la clausula: *hacedla conforme á derecho*: que se pone en los mandamientos executivos, digo que esta clausula tiene su tendencia á que el Alguacil no trabé la execucion en bienes que no deben ser executados. Y porque dudará quales son, ó no exceptuados, y querrá no errar, ni quedar en descubierta, digo asimismo que (regularmente hablando) se puede hacer, ó trabar execucion en todas, y en qualquiera de las tres clases de bienes expresadas, con tal que no haya legal prohibicion por especial esencion, ó privilegio que esté concedido á algunos; y de los que lo gozan, trataré con individualidad en los numeros desde el 100. al 112.

94. Se puede hacer, ó trabar la execucion en la alhaja dada á enfiteusí, dexando salvo para el Señor del dominio directo su annual pension; pero si se concedió no para los herederos, sino para los hijos, y nietos como tales, no puede embargarse, ni venderse, ni el dominio útil, para satisfacer á los acreedores del enfiteuta, porque éste no es dueño absoluto de él sino por su vida, y de venderse, se perjudica á sus sucesores, bien que se podrán sequestrar los frutos para hacerles pago mientras viva, y despues pasará libremente al sucesor. (2)

95. Tambien se puede hacer en la sujeta á servidumbre, y venderse con ésta; y en los frutos, y comodidad que com-

(1) Felician. de Censib. lib. 2. cap. 3. n. 32. Sedé ubi supra, n. 27. Rodrig. de Redditib. lib. 1. quest. 3. n. 8. 10. y 11.

(2) Sr. Salg. Labir. part. 3. cap. 3. n. 33. Nogueroal alleg. 37. num. 65. Parlad. ibi, n. 33.