

202 Siendo, como es axioma constante de derecho que al que tiene la accion, repele la legitima excepcion: es tambien indubitado que al comprador, à quien el vendedor reconviene por el precio de la cosa que le vendió, se socorre con la admision de la compensacion de la que se le quitó por eviccion. (1) Y lo propio milita, si le reconviene por otra suma fuera del precio, à causa de que tal vez ya estaba pagado antes que se le quitase la alhaja. (2) Y no solo por el precio, sino por el interés de el que se obligó à eviccion, se puede deducir la compensacion; pero sino se obligó à aquella solo tendrá lugar esta por el precio, porque este siempre se debe, à menos que otra cosa se haya pactado. (3) Lo mismo procede para con el comprador que reconviene al vendedor de eviccion por la cosa que se le quitó, pues éste le puede oponer la compensacion de el precio de ella que no le pagó. (4)

203 No sucederá lo expuesto en el num. anterior para con el evincente si el comprador le opone la compensacion de la cosa que le quitó en juicio, por el precio pagado por ella; y asi no se le debe admitir, porque por este no debe proceder contra él sino contra el vendedor; (5) pues de lo contrario resultaria que se le admitia de lo que un tercero debia, lo qual no permiten las disposiciones legales. (6) Pero si el comprador hizo mejoras en la alhaja, se le permite usar por ellas de la retencion de esta contra el evincente, porque ceden en su utilidad, y nadie debe lucrarse en detrimento de tercero; (7) bien que en este caso el evincente podrá replicarle de la compensacion de las mejoras con los frutos percibidos de la alhaja, como lo dice la ley

Sum-

(1) Ley Vindicantem, ff. de Eviction.

(2) Bart. in leg. Eleganter, n. 7. ff. de Pignorat. actio. Mangil. de Eviction. quest. 83. n. 24. Medices de Compensat. part. 2. quest. 25. numer. 5. Caroc. de Except. except. 27. n. 13.

(3) Ley Actorem, §. Qui autem, ff. de Actio. empti. Palma consult. 12. Urseol. consult. 2. n. 43.

(4) Glos. in leg. Res, verb. consistere, Cod. de contrahend. emptio.

(5) Ley Super empti, & ibi Bruneman Cod. de eviccion.

(6) Ley Ejus Cod. de compensacion. y ley In rem, §. Creditor, ff. Eod. tit.

(7) Ley Sumptus 48. ff. de Reivindicacion.

Sumptus 48. ff. de reivindicacion. ibi: Impensas, quas ad meliorandam rem vos erogasse constiterit, habita ratione fructuum, restitui vobis jubebit. Lo qual se entiende, reduciendo los frutos à cantidad, mas no, si existen, porque esta no se compensa con la especie. (1)

204 Sin embargo de que la compensacion aunque en el acto es solucion imaginaria, y fingida, no se diferencia en el efecto de la verdadera: si en el retracto de consanguinidad manda el estatuto que lo permite, que el retrayente pague real, y efectivamente en dinero al cotado el precio de la finca que retrae, no se le debe admitir la compensacion de su credito. (2) Pero si el estatuto habla simplemente en quanto al precio, se puede admitir la compensacion por dos razones, la primera, porque esta equivale à la verdadera paga, y satisfaca à la restitucion del precio; (3) y la segunda, porque el consanguineo hace las veces del comprador, y este las del vendedor, al qual se puede objetar la compensacion del precio que pide, (4) como en el número 201: queda sentado. Y lo mismo procede, quando el credito que se quiere compensar, fue cedido sin fraude al consanguineo. (5)

205 Aunque por derecho antiquissimo no surtia sus efectos ipso jure la compensacion en los contratos *Stricti juris*, y si solo en los de buena fé: se ha suprimido esta diferencia por el posterior; por lo que generalmente hablando, todas las acciones reales, personales, y mistas, ya provengan de contrato, ultima voluntad, ò fideicomiso, y el credito, y debito derivan de una misma causa, fuente, y hecho, ò de diversas, v. g. el uno de mutuo, y el otro de venta, locacion, ò otra cosa, y el uno conste en instrumento público, y el otro en privado, son habiles para ser

ad-

(1) Borsan. de Compensacion. c. 2. quest. 35. per tot. y cap. 3. quest. 24 n. 24. y sig.

(2) Thusc. lit. C. conclus. 488. n. 17. Maur. de Solut. cap. 2. §. 5. n. 4.

(3) Tiraquel. de Retract. §. 2. glos. 5. num. Coppel. de Compensat. cap. 7. n. 32. Bellon. cap. 17. n. 3.

Gracian. discip. cap. 728. n. 9.

(4) Ley Si ex venditione, Cod. de compensat. Tiraquel. ibi §. 3. glos. 3. n. 5. Borsan. cap. 2. quest. 30. n. 1. al 5.

(5) Medices de Compensat. part. 1. quest. 11. n. 2. Borsan. ibi n. 12. Sr. Castill. lib. 4. Controv. capit. 40. n. 75.

admitidos; (1) pues para que se admita la compensacion, basta el que por algun derecho se nos deba algo, ya sea por el natural, ò civil, ò por ambos juntamente, (2) porque descende de lo bueno y equitativo, y no es mera, ò pura accion, sino mixta de accion, y excepcion. (3)

206 Pero para su admision, ò inadmission debe tener presentes el Juez quatro cosas, à saber: si el debito es, ò no compensable: si la obligacion es, ò no valida: si la cantidad está, ò no liquida, ò se puede liquidar brevemente: y si el que opone la compensacion, tiene ò no facultad de compensar. (4) Y ha de hacerla à pedimento de parte, y no de oficio, excepto en los casos en que *ipso jure* se hace, en los quales debe declararla hecha total, ò parcialmente, segun sea el debito, y lo que se pretende compensar. Y si el demandado la deduce de mayor suma que la que le pide el demandante, debe hacerla unicamente hasta la concurrente cantidad, y no condenar à este en el exceso, à menos que sobre él sea reconvenido por aquel, porque la compensacion no es propriamente reconveccion, y asi no recae en ella la prorrogacion de jurisdiccion que en ésta. (5) Y sin embargo de que segun derecho no se debe admitir la paga que el deudor quiere hacer de parte de la deuda contra la voluntad de su acreedor, (6) porque es contra equidad el que experimente incomodidad, y detrimento, el que hizo el beneficio: no milita esto en la compensacion, porque esta no es paga de presente, sino paga que ya está hecha, y admitida por el acreedor espontaneamente, por lo que como cesa la razon ex-

(1) Ley Etiam si, y ley ult. Cod. de Compensat. y §. In bonæ fidei Institutione Actio. Bersan. de Compensat. cap. 2.º quest. 1.º n. 1.º, 2.º y 24.º y quest. 12.º y 15.º per tot.  
(2) Petr. Gregor. Syntagm. jur. lib. 2.º cap. 22.º n. 3.º. Sr. Castill. dicho cap. 40.º n. 73.  
(3) Wesembec tit. de Compensat. n. 7. Coppel. eod. tit. cap. 6.º num. 1.º. Bersan. dicho cap. 2.º quest. 1.º n. 36.º y sig.

(4) Bald. in leg. ult. n. 15. Cod. de Compensat. Bersan. cap. 1.º questio. 10.º n. 5.º Medices part. de Compensat. quest. 37.º n. 2.º

(5) Angel in §. In bonæ fidei, numer. 21. Gilbert. de Reconvention. cap. 6.º n. 7.º Bersan. dicho cap. 1.º quest. 10.º n. 6.º al 11.º y quest. 13.º

(6) Ley Obsignationes, Cod. de Solutio. lib. y ley Pure, ff. Familie circumsunde.

puesta, se debe admitir la parte que se quiere compensar. (1)

207 De la regla general propuesta en el num. 205. se exceptúan algunos creditos y cosas que no admiten compensacion; el primero es el deposito ya consista en especie, ò en cosa numerada, medida, ò pesada; y asi el depositario debe restituir las depositadas en él, y luego podrá usar de su derecho contra el deponente sobre la exaccion y cobranza de su credito. (2) Lo primero, porque de lo contrario se infringiria, y padeceria lesion la confianza, y buena fe que debe intervenir en este contrato, y por la compensacion se impediria la restitucion del deposito que sin excepcion se debe hacer al instante. Lo segundo, porque el que no observa la ley de él, se dice que despoxa al deponente, y el despojado debe ser restituído ante todas cosas. Y lo tercero, porque la compensacion no se admite acerca de lo que se debe restituír, sino pagar, y el deposito debe ser restituído. (3)

208 Lo qual se entiende, lo uno sin embargo de que el dinero se deposita como cantidad, pues no muda la naturaleza de el deposito. (4) Lo otro aunque éste sea irregular, quiero decir, que se constituya en terminos que el depositario pueda usar de él, y se le transfiera su dominio. (5) Lo otro, no obstante que sea confesado, porque por la confesion se prueba la verdadera numeracion, à menos que se acredite que esta no se hizo, ò que intervino fraude. (6) Lo otro, en el caso de que el deposito se deba por ambas partes. (7) Y lo otro, aun quando provenga de contrato anterior, v. g. si uno debe ciento por razon de

(1) Bersan. cap. 1.º de compensatio. quest. 17.º per tot.

(2) Ley 27.º tit. 14.º Partid. 5.º ley penult. Cod. depositi. ley ult. Cod. de compensation. cap. bona fides de deposito.

(3) Bersan. cap. 2.º de compensat. quest. 22.º n. 2.º al 4.º

(4) Dicha ley penult. Cod. depositi. Niger de Exception. capit. 13.º §. 12.º n. 19.º Nata co. sil. 438 n. 7.º

(5) Purpurat. in leg. 2.º col. 3.º ff.

Si certum petat. Niger ibi num. 10.º. Gras. except. 16.º num. 7.º. Sard. consil. 246.º n. 10.º lib. 2.º

(6) Bersan. cap. 2.º quest. 22.º dichos n. 8.º al 13.º y otros

(7) Barbos in leg. 8.º §. Ob donaciones, num. 13.º ff. Solut. matrimonia. Petr. Gregor. in Syntagm. jur. lib. 2.º cap. 22.º n. 7.º Medices de Compensat. part. 1.º quest. 19.º n. 3.º Tyndor. de Compensat. artic. 5.º n. 4.º

mutuo que de consentimiento de el acreedor quedaron depositados en el mutuario, (1) pues donde no falta lo substancial de la obligacion, el debito que proviene de una causa, se puede convertir indirectamente en otra; (2) y así no se debe admitir la compensacion contra el deponente, ni contra sus herederos, porque éstos le representan, y por la muerte de aquel no se muda la naturaleza del contrato. (3)

(209) Por no exceptuar de la compensacion la ley final *Cod. de Compensationibus* mas que la accion de deposito, parece que en la de *Commodato* no habrá lugar; pero como aquella excepcion no es privativa ni limitada para el deposito, ni por no admitirse en éste, excluye su inadmisión en otras acciones; y la ley citada como conseqüente à las anteriores del propio título, hablo solamente de las cosas fungibles en su genero, que son las que se cuentan, miden, y pesan, y regularmente se depositan, y ademas la ley final *Cod. de Commodato* no exonera al comodatario de restituir la alhaja conmodada, antes bien la preceptúa, segun se prueba de su tenor, ibi: *Prætextu debiti restitutio Commodati non probabiliter recusatur*, no debe admitirse la compensacion, porque no repugna una disposicion legal à la otra, à causa de ser diversa la razon; pues en el comodato como que se hace de especies que se prestan para usarse, y se deben restituir, y no otras por ellas, no cabe dicha compensacion; (4) por lo que esta se repelen en él por la naturaleza de la cosa, y en el deposito por la de la accion. (5) Lo qual se limita quando por deterioracion de la alhaja conmodada se viene à su estinacion, porque ésta no se gradúa como especie, sino como cantidad, y así se constituye habil para la compensacion. (6)

(1) *Gras. except. 16. dicha n. 73. Casta. consil. 170. lib. 2. n. 1. Nata. consil. 478.*

(2) *Cast. in leg. Singularia ff. Si certum petat.*

(3) *Caroc. de Deposit. part. 1. tit. de Cas. num. 19.*

(4) *Glos. in §. in bonæ fidei, verb. Depositi, institut. de Actio. Barbos.*

*in leg. Prætextu, n. 4. Cod. de Commodata.*

(5) *Sr. Castill. lib. 3. controvers. cap. 16. n. 11.*

(6) *Glos. in leg. Prætextu cit. & in leg. in rebus §. quod autem, verb. Compensationis ff. Commodati Arias de Mesa lib. 2. Var. cap. 34. n. 20. Cayn. de acquitat. lib. 3. c. 22. n. 28.*

Y se limita tambien quando se trata de oponer la indirecta (que es la retencion) por las expensas hechas en la alhaja hasta que se paguen al comodatario; pues donde no tiene cabimiento la directa, y verdadera, puede entrar la retencion. (1)

(210) Con los creditos pertenecientes al Fisco por razon de Alcabalas, y otros pechos, derechos, y contribuciones reales, ya sean personales, prediales, annuales, ò de otra clase, no se admite compensacion à su deudor. (2) Lo qual se amplía para con el conductor de las rentas de diversas Provincias, ò ramos pues lo que anticipa por la conduccion de una, no le sirve de pago para la otra, porque de permitirse esta aplicacion, se confundirian los officios en perjuicio de los oficiales, y administraciones, (3) excepto que haya costumbre contraria. Lo mismo se debe practicar con el administrador de bienes de qualquiera persona executado por el alcance de una administracion pues no se le admitirá compensacion de lo que resulte à su favor en otra administracion de la misma persona, (4) porque de las cosas separadas no se debe hacer ilacion. Pero si es una sola la administracion, se le debe admitir de todas las partidas liquidadas así en la cuenta, como en la execucion. (5) Se amplía igualmente para con la exaccion del precio que el Fisco pide de la cosa que vendió, y no se le pagó, pues no se debe compensar con lo que por otra causa debe al comprador; cuyo privilegio es especial en él, mediante que à qualquiera otro comprador se admite la compensacion no solo del crédito que tiene contra el vendedor por el mismo contrato sino por lo que fue obligado à pagar con motivo de la venta por culpa del vendedor, segun se prueba de la ley 7. *Cod. de Compensationib.* que dice: *Si ex venditione*

*pre-*

(1) *Leg. in rebus §. possunt, ff. de Acquir. possess. glos. cit. in leg. Prætextu, & ibi Bruneman Bersan. de Compensatione. cap. 2. quest. 23.*

(2) *Leg. in ea Cod. de Compensation. ley 25. tit. 14. Partid. 5. glos. in §. in bonæ fidei cit. Medicis de Compensation. part. 1. quest. 38. n. 34. Fontanel. decis. 466. n. 10. vol. 2.*

(3) *Bruneman in leg. 1. Cod. de Compensation. Amaya in leg. 2. Cod. Ne Fiscus rein quam vendidit. n. 18. al 20.*

(4) *Leyes 1. y 3. Cod. de Compensat. Affict. decis. 19. n. 4. Escobar de Ratiocin. cap. 34. n. 1. al 5.*

(5) *Escobar ibi n. 1. y 2. Parlador lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 11. n. 30.*

*pretium venditori debetur: compensationis ratio opponitur. Adversus Fiscum enim solummodo emptores petitioni pretii compensationem objicere prohibentur.* (1) Asimismo se amplía à las penas impuestas à los reos por la utilidad pública, à fin de que los delitos no queden impunes; mas no, si miran à la privada. (2) Y à lo que debe à otro que al compensante, excepto que aquel obtenga cesion de éste contra el Fisco. (3) Pero fuera de estos casos: de el de que suceda à su acreedor, pues entonces se confunden los derechos, y acciones: y de el que explicaré al fin de el número siguiente debe sufrir la compensacion. (4)

211 Tampoco admite compensacion lo que se debe à la República, ò Comun de algun Concejo, ò Pueblo por razon de censo, ò portazgos, ò siempre que trata de pagar al Rey sus contribuciones, ò de exigir repartimientos para reedificar muros, construir puentes, ò fuentes, comprar armas, dar raciones à los soldados, ò otros que están en el Real Servicio; ò en el del mismo Comun. Y lo propio milita quando establece à otro por su heredero con la condicion de que despues de sus dias pase la herencia à la Real Cámara, ò à dicho Comun; ò le dá en fieltad, ò confianza dinero, ò otra cosa cierta para que se lo entregue. (5) Y así en todos los casos propuestos en este número, y en el anterior, y otros semejantes debe pagar al Fisco, y à la República ante todas cosas, lo que les debe, porque de lo privado no se admite compensacion con lo público, (6) y luego podrá usar de su derecho contra ellos por su credito.

212 Al modo que no se debe retardar la solucion de lo líquido por lo ilíquido: del mismo modo no se debe admitir la compensacion de esto con aquello, porque surte el

(1) Ley si ex venditione Cod. de Compensationib. & ibi D. D. Bersan. cap. 1. eod. tit. quest. 36. n. 1. al g. y cap. 3. quest. 24.  
(2) Medicæ part. 1. de Compensation. quest. 38. n. 6. Bersan. cap. 2. eod. tit. quest. 10. n. 14. y 15.  
(3) Medicæ ibi n. 7.  
(4) Ley fin. ff. de Compensation.

ley Aufertur §. qui Compensationem ff. de jure Fisci. Bersan. dicha q. 10. num. 1. al 2.

(5) Dicha ley 26. tit. 14. Partid. 5. ley in ea 3. Cod. de Compensation.

(6) Fermosin. var. tract. cap. 2. de Ordin. Cognitio. quest. 7. n. 2. Fontanel. decis. 466. n. 21. lib. 2.

efecto de paga. (1) Lo qual se limita quando se puede liquidar brevemente, pues entonces es admisible; (2) y la razon es, porque el debito que no está líquido, pero se puede liquidar brevemente, se reviste y constituye de la propia naturaleza que el que lo está, y tan líquido se dice el que al instante se puede liquidar, como el que por sí lo es. (3) Previendo que en derecho se llama líquido de tres modos, à saber: por confesion del adversario: por el genero de la question: y por la celeridad de la prueba, ya conste por instrumento, ò sentencia; (4) y ilíquido lo que en quanto à la quota, y no à la substancia de la cantidad debida padece muchas dificultades, y está embuelto en muchos ambages; pues la substancia necesariamente debe ser cierta, y la liquidacion sobre el mas, ò menos es la qualidad, la qual no puede estar sin ente, ò sugeto. (5)

213 Así como no son exequibles los debitos condicionales, à dia cierto, ò incierto, ni alternativos hasta que se purifique, ò cumpla la condicion, ò llegue el dia, ò se haga la eleccion: (6) tampoco son compensables, porque el debito cuya exaccion no existe, ni se puede hacer al tiempo que se pide, no se estima por tal. (7) El debito litigioso aunque parece tiene la identidad de el ilíquido, y admite compensacion; y la razon es, para que el acreedor mas diligente no se constituya de peor condicion que el que no es tanto, como lo dice la ley 8. ff. de Compensationib. ibi: *In compensationem etiam id deducitur quo nomine cum alore his contestata est, ne diligenter quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur*, porque la litis contextacion lejos de hacer peor la condicion de el que context-

(1) Ley fin. Cod. de Compensation. §. in bonæ fidei, institut. de Action. & ibi D. D.

(2) Dicha ley fin. & ibi D. D. Bersan. dicho c. 2. quest. 3. n. 5. y 6.

(3) Bclion de his que incontinenti lib. 1. cap. 17. n. 4.  
(4) Barbo. in leg. si constar. n. 10. Cod. de Compensation. Zanger de exception. part. 3. cap. 6. n. 3. Ber-

san. ibi n. 2.

(5) Gracian. discrep. forens. c. 490. n. 24. Bersan. ibi n. 3 y 4.

(6) Ley 1. ff. de Condition. & demonstrat. ley cedere diem ff. de Verbor. significat. ley quod in diem, y ley si debeas ff. de Compensation.

(7) Bersan. cap. 2. de Compensation. quest. 4. y otros.

testa, la hace mejor, (1) y el pleito no recae sobre la substancia de el debito, sino sobre su cantidad. Pero lo dicho se entiende quando se puede liquidar facilmente el debito litigioso, porque de lo contrario no se debe admitir la compensacion, à causa de obstarle lo dispuesto por la ley final. *Cod. de Compensationibus.* (2)

214 Sobre sí al demandado por los alimentos que está obligado à dar, se deberá, ò no admitir la compensacion, se ha de distinguir: si la demanda está puesta por los futuros, no es admisible, (3) y la razon es, porque éstos no sufren dilacion, (4) y el que resiste darlos, parece que pretende matar al alimentario. (5) Lo qual se limita, quando se deben baxo de condicion, v. g. de que éste ha de practicar ciertas cosas, pues hasta que las execute, se le puede oponer la compensacion, porque segun la naturaleza de el contrato, ( que es *ultra, citroque*, ò reciprocamente obligatorio) no se dá acción à una parte contra la otra, mientras ésta no cumple lo que debe. (6) Pero los alimentos pasados son compensables, porque como el alimentario está socorrido, cesan la razon de indigencia, y demás expresadas, y no gozan de los privilegios que los futuros; y así no solo puede el reconvenido oponer la compensacion por lo que le debe el que los pide, sino por lo que éste debió hacer, y no hizo, y se admitirá à prorrata. (7) Y por lo concerniente de las pensiones que se dan por via de alimentos, se debe observar lo explicado à cerca de los futuros, porque versa identidad de razon; bien que si las pensiones son de cosa propia, v. g. la locacion de la casa, ò fundo, habrá lugar la compensacion, porque no militan los

(1) Ley nemo enim 86. ff. de Reg. jur.

(2) Bart. y Alberic. en la ley in Compensatione ff. de Compensation. Peguera decis. 175. n. 2. Bersan. cap. 2. dicho quest. 5.

(3) Ley in ea Cod. de Compensation. Ciriac. controvers. 34. n. 26. Gracian. discept. cap. 728. n. 33.

(4) Ley 2. ff. de Feris. Bos. de Alim. cap. 19. n. fin. Surd. eod. tit.

tit. 8. prev. 53. n. 7.

(5) Ley necare ff. de liber. agnoscend.

(6) Ley Julianus §. offerri, ff. de Action Surd. ibi n. 9. Medices de Compensation. part. 1. quest. 14. num. 4.

(7) Ciriac. controvers. 34. n. fin. Calvin. de acquirit. lib. 1. cap. 62. n. 5. Bersan. dicho cap. 2. quest. 7.

los fundamentos que en las otras. (1)

215 Porque para la execucion de alguna obra, ò hecho se consideran la industria de la persona electa, y el lugar en que se debe executar: y la obligacion del hecho no recibe la fundacion con otro debito acerca del pago: (2) se sigue de aquí que no tiene lugar, ni se debe admitir la compensacion del hecho, ni la del executado en otro lugar que en el pactado. Lo qual se entiende aunque un tercero v. g. el fiador cumpla por el promitente, pues este cumplimiento no basta, porque para dicho efecto debe ser personal; (3) y lo propio milita de un hecho con otro hecho. (4) Pero si se trata del interés por defecto de cumplimiento de la obligacion, ò por no haberla cumplido en el lugar destinado, ò modo estipulado: entonces entra la compensacion con el credito del reconvenido por el interés, porque en el efecto se hace de cantidad à cantidad, y no de cantidad à especie. (5) Y lo mismo procede quando por ambas partes consiste el debito en la obligacion del hecho, ò el de la una solamente, y el de la otra en cantidad, y por su mutuo consentimiento, ò de otro modo se convierte el hecho en interés. (6)

216 Y si se trata, ò intenta compensar el credito con las obras ò servicios que alguno hace; aunque parece que éstas se estiman à manera de especie, y la especie ni con otra, ni con la cantidad se compensa: (7) no obstante, se compensarán, como lo dice la ley 20. *Cod. de Solutionibus.* ibi: *Si operas certi seroi pro pecunia sumpta sibi in debitum compensare placuit creditori, bis secundum conventionis fidem prestitis, de mancipio restituendo pacti tenor servari debet*; y la razon es, porque el que ha de recibir las obras ò servicios, no las pide, sino su estimacion, y así no se trata de especie, sino de cantidad, al modo que con el ali-

men-

(1) Bersan. dicho cap. 2. quest. 8. y otros.

(2) Ley 2. §. item ff. de eo quod certo loco. Medices de Compensation. part. 1. quest. 44. n. 2.

(3) Ley si debitor ff. de solutionibus.

(4) Bruneman in leg. inter artifices n. 3. ff. de Solutionibus.

(5) Faber in §. in bonae fidei, institut. de Adion. Medices de Compensation. quest. 44. dicho num. 3. Thuse. lit. C. conelus. 490. n. 27.

(6) Oynot. indict. §. in bonae fidei n. 29. Bersan. cap. 2. dicho quest. 38.

(7) Ley Si couenerit ff. de Pignorat. action.

mentario. Y lo propio milita quando el debito de ambas partes consiste en las obras, si hay similitud en ellas de suerte que sea igual su estimacion. (1)

217 No solo en los debitos, y acciones ha lugar la compensacion, sino tambien en los delitos, è injurias de una misma especie, y no de diversa, quando se trata de ellos civilmente por la utilidad privada de la parte; mas no, quando se intenta la accion criminal: lo uno, porque en este caso quedarían impunes, y la vindicta pública lesa, y en perjuicio del derecho público no se admite compensacion; y lo otro, porque esta surte el efecto de paga, la qual no se debe hacer sino al verdadero acreedor, ò à otro de su mandato. (2) Pero aun en dicho caso no se debe admitir al que por delito que cometió contra alguno, fue condenado judicialmente à pagarle la pena que se le impuso. (3) Tambien se admite la compensacion del dolo malo con otro igual dolo cometido acerca de un mismo hecho, y si este fue diverso, con tal que aquel mire à un propio fin. (4) Lo mismo procede en quanto à la culpa lata (que se equipara al dolo) con otra igual; y de la leve, y levisima con las que lo sean. (5) Pero el dolo no se compensa con la culpa, ni la lata, ò grave con la leve, ni ésta con la levisima. (6)

218 Por no deducir la compensacion de su credito el que se constituye deudor de alguno, no es visto confesar que le está pagado, ni de su omision se prueba, porque respecto de el no es necesaria, sino puramente voluntaria, y à nadie se puede compeler à que use del privilegio que le es-

(1) Zacharias quest. moral. juridic. 71. n. 3. Medicis decis. 100. n. 3. y part. 1. de Compensat. quest. 40. n. 2. Zavio in dict. §. in bonae fidei. Bersan. cap. 2. quest. 37.

(2) Ley quemadmodum 38. §. fin. ff. de Novatib. Aditio ley Si ambo §. quoties ff. de Compensat. y ley Si publice, ff. ad leg. Jul. majest. Bersan. cap. 2. dicho quest. 25. n. 1. al 10.

(3) Ley 27. tit. 14. Partid. 5.

(4) Ley Si duo ff. de Dolo Malo Bersan. dicho cap. 2. quest. 27. n. 1. al 3.

(5) Bersan. ibi n. 10. y sig.

(6) Leyes 13. tit. 10. y 13. tit. 14. Partid. 5. Felician de Societat. c. 37. n. 13. Medicis de Compensat. part. 1. quest. 21. n. 12. Bruneman la leg. si ambo n. 3. ff. de Compensat. Bersan. ubi proxime n. 14. y 15.

está concedido, sino quiere; (1) y así le queda salvo su derecho para repetir su credito. (2) Y à fin de que se reintegre de él, se le socorre con dos remedios, el uno es el de la condicion de lo indebidamente satisfecho, (que en el derecho, y por los Legistas se llama *conditio indebiti*.) por error de hecho, y no de derecho; (3) pues siendo de derecho, no le protege, porque al modo que el que paga lo que sabe que no debe, no puede repetirlo, excepto que sea menor: (4) del mismo modo el que sabe que puede compensar, si no obstante, paga por error de derecho, no le compete el beneficio, ò remedio expresado. (5) Y el otro es el de la repeticion de su credito, quando no puede usar del primero, como lo dice la ley 30. ff. de *Condit. indebiti*. por estas palabras: *Qui invicem creditor, idemque debitor est, in casibus, in quibus compensatio locum non habet, si solvit, non habet conditionem veluti indebiti soluti; sed sui crediti repetitionem*. Y la misma repeticion se concede al que paga dudando si es deudor, ò no, pues probando que no lo es, le debe restituir su presunto acreedor lo que recibió, porque el que duda, se equipara al ignorante. (6) No me dilato mas en esta materia de compensaciones, por parecerme suficiente lo explicado para tinturar mas que medianamente al Escribano principiante; el Legista que apetezca mas profunda instruccion, vea los autores citados, y especialmente à *Bartholome Bersano*, el qual en las 99 cuestiones de los cinco capitulos que à cerca de ella escribió, la trata latissimamente con otras muchisimas especies, cuya pericia es indispensable à los Juristas, y no à los Escribanos.

Pa-

(1) Ley Invito 69. y ley Invitus 156. ff. de Reg. Jur.

(2) Donel. Commentar. Jure lib. 16. cap. 15. col. ult. n. 20. Medicis part. 2. de Compensat. quest. 31. n. 51. Gracian. discept. cap. 356. n. 42. Bersan. de Compensat. cap. 5. quest. 1.

(3) Coppel de Compensat. c. 10. n. 6. Gaballini de Totius univers negotiat. tom. 2. lib. 5. c. 2. art. 8. n. 5.

(4) Ley Indebitum Cod. de Condit. indebiti, y ley 30. tit. 14. Partid. 5.

(5) Bruneman in leg. Si ambo, n. 3. ff. de Compensat. Coppelo dicho cap. 10. num. 7.

(6) Dicha ley 30. tit. 14. Partid. 5. verb. è otrosi: y ley fin. Cod. de Condit. indebiti. Bersan. cap. 5. de Compensat. quest. a. per tot.

219 Para enervar, y desvanecer la execucion, se admite tambien por excepcion legitima en la via executiva la *transaccion* hecha ante Juez, o ante Escribano público, la qual impide sentenciar la causa de remate, acreditandose en bastante forma en los diez dias legales, porque perame, y extingue enteramente la controversia de los litigantes, y la accion que la motiva. (1) Pero es de advertir, que aunque en virtud de ella se puede despachar execucion, segun la ley 4. tit. 21. lib. 4. Recop. si se hace, ò otorga con una persona, no daña, ni se debe estender à otra; (2) al modo que tampoco el pacto; (3) ni aun à las que tienen derecho connexo; (4) y asi la execucion se debe pedir por el mismo acreedor contenido en el de transaccion, y no por otro, aunque intervenga en ella; y contra el principal deudor, y no contra un tercero. (5)

220 La *novacion de contrato* (que se llama asi, porque produce nuevos efectos, y nueva accion) es transfusion, y translacion del primer débito, y obligacion en otra nueva obligacion civil, ò natural sin intervencion de nueva persona; de suerte que la primera queda extingta, se desvanecen la hipoteca, y prenda ligadas à ella, y cesan, ò dexan de correr los intereses en ella pactados, estando hecha legitimamente, y asi se puede oponer como excepcion en la via executiva. (6) Es de dos maneras: *voluntaria*, y *necesaria*: la primera es la que se hace fuera de juicio, la qual siempre es privativa, y extingtiva de la primera obligacion, por lo que impide el progreso de la via executiva, si se acredita en forma en el término legal, y

(1) Ley fin. ff. de Usucapion. pro suo. Antonio Canario de Execucion. Intrum. quest. 12. Parador. dicho § 11. num. 13.

(2) Ley 3. ff. de Transaccionib. y ley Si suspensa, § Quamvis, ff. de Inofficis. testam.

(3) Paul. in leg. Si unus, §. Ante omnia, ff. de Pact.

(4) Ley 1. Cod. de Transaccionib. y ley Si ex duobus, ff. de Tutel

(5) Bald. y Jason en la ley 3. ff. de Transaccionib. glos. id. Clemen-

tin. 1. verb. *Contra*, de Re judicat. Jason in leg. Certe conditio, §. Quoniam, ff. de Reb. credit. Socia. in leg. 1. num. 93. ff. Solut. matrimon. Rodrig. de Execucion. cap. 1. art. 1. n. 18. y 19.

(6) Ley 1. ff. y ley ultim. Cod. de Novation. y §. Præterea, Institut. Quibus modis tollitur obligatio y ley 15. tit. 14. Partid. 5. Parador. dicho §. 11. n. 12. y part. 1. cap. fin. §. 12. limit. 6. n. 41. y 42.

por ella queda sin vigor el primer contrato, (1) excepto que en el segundo se ponga la clausula: *De que queden salvos, y no sea visto innovarse el dia, è hipoteca de la primera obligacion, ni su prerrogativa*, (2) pues entonces no se enerva, ni debilita. Y la segunda es la que se hace en juicio, la qual se llama *augmentativa*, ò *acumulativa*, porque no extingue la obligacion primera, antes bien la robustece, y fortifica mas. (3)

221 Y para que no ignore el principiante quando hay, y se induce, ò no haber novacion; digo que para que se entienda hecha, es preciso que las partes lo expresen claramente, y no de otra suerte, como se prueba de la ley final Cod. de *Novationib.* que dice: *Novationum nocentia corrigentes volumina, & veteris juris ambiguitates reserantes, sancimus: si quis vel aliam personam aduerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam, vel minuendam esse crediderit, vel conditionem, seu tempus addiderit, vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris juris conditores introducebant novationes: nihil penitus prioris cautela innovari, sed anteriora stare, & posteriora incrementum illis accedere: nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, & hoc expresserint: quod secundam magis pro anterioribus elegerint.* Y tambien se prueba del §. *Præterea* Institut. *Quibus modis tollitur obligatio*: ibi: *Ideo nostra processit constitutio, quæ apertissime definitum solum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod præter novationem prioris obligationes convenerint.* Y asi porque uno se oblique dos veces à una misma cosa, no es visto recederse del primer contrato, infringirlo, ni mudar su causa, sino afirmarlo mas, añadiendo obligacion à obligacion; (4) pues

(1) Ley 2. Cod. de Novation. ley. Minor 25. annis, cui, ff. de Minorib. y ley 2. Cod. de Execucion. rei judicat.

(2) Ley Creditor acceptis pignoribus 3. ff. Qui potiores in pignore habeantur. Parador. lib. 2. Rer. cap. fin. part. 1. §. 11. limit. 6. n. 54. al 56.

(3) Sr. Salg. part. 3. Labir. cap. 1. §. Unic. n. 26. al 31.

(4) Ley Aliam, 29. ff. de Novation. ley Id, quod, ff. de Constitut. pecun. Sr. Salg. de Reg. part. 3. cap. lit. 1. y part. 3. Labir. cap. 11. numer. 78. y sig.

la pluralidad de actos, ó instrumentos no induce la de contratos, quando las cosas esenciales, y substanciales son las mismas, antes bien se presume continuadas, y no diversas; y si la obligacion segunda es contraria á la primera, aunque ambas subsisten, puede el acreedor usar de la que quiera, de modo que por la eleccion de la una quede libre el deudor de la otra. (1)

222 En consecuencia de lo expuesto en el número inmediato, no se hace novacion por la intervencion de nueva persona en el contrato, á menos que se pacte expresamente, antes bien se ha de interpretar de suerte que se excluya; y principalmente si la obligacion segunda contiene menor suma, es mas nociva al acreedor, y los actos son compatibles entre sí, pues no se presume que éste quiso novar en su perjuicio, y así siempre se excluye la novacion. (2) Ni quando la obligacion segunda se constituye por cautela, y mayor seguridad. (3) Ni en la accion privilegiada de dote, (4) porque ésta tiene entre otros acreedores tal privilegio, que acerca de ella no se puede hacer novacion, ni delegacion en su detrimento, ni en el del marido, y muger, á quien compete. (5) Ni por la mutacion de la finca hipotecada, ó acensuada, pues existe la obligacion primera, y no quedan libres los fiadores que haya. (6) Ni por la estipulacion inutil, porque de ella ni nace, ni se origina nueva obligacion; y así no es visto haberse recibido de la primera. (7) Ni por el segundo contrato irritado, ó rescindido, pues aunque por él conste expresamente la novacion, no extingue la obligacion primera, porque lo que por derecho no surte efecto, no causa im-

(1) Ley Triticum, ley Scire debemas, ley Quibus, y ley Qui usumfructum, ff. de Verbor. obligat. y ley Functum Cornelianum, 28. ff. de Novation. Decian. consil. 11. Parador, part. 2. y limit. 6. cit. n. 44. al 47.

(2) Sabelli in §. Novatio, n. 3. Altograd. consil. 4. num. 32. y sig. lib. 1.

(3) Altograd. consil. 95. n. 102. lib. cit.

(4) Gratian. Disceptat. cap. 509. n. 13. y 21.

(5) Mart. Medic. decis. 66. n. 56. y sig. cum addit. num. 13. & in §. Dos, n. 9. & in §. Pactum, n. 15. Sabelli, libi n. 4.

(6) Gratian. cap. 113. n. 81.

(7) Rot. part. 14. decis. 114. Gratian. cap. 962. n. 12. Altograd. consil. 17. n. 28. lib. 1.

pedimento. (1) Ni por la modificacion del contrato, pues ésta lexos de acreditar su extincion, presupone su existencia. Ni por la prorrogacion del término pactado para la paga, no estipulando obligacion nueva. Ni aunque el fiador, siendo preguntado, preste su consentimiento, si falta el del acreedor. (2) Ni por la dacion *in solutum* de algun vale, crédito, libranza, ò otra cosa, para que el acreedor se reintegre del suyo, si interviene la clausula, ó protesta de que no se ha de innovar en los derechos de la primera obligacion, hipoteca, y fiadores, ò otra semejante, pues en este caso es visto darse *causa solutionis*, para que se haga pago, y si no tiene efecto, poder repetir contra el dador, por no haberse contentado, ni tomado en sí, ni á su riesgo el acreedor la deuda, ó cosa cedida, y haber diferencia en recibirla *in solutum* por su cuenta, ó solamente *causa solutionis* por la de el que la dá, ó cede; y lo mismo procede quando el acreedor la acepta con la condicion de que sea efectiva, y exequible, pues en estos casos no recibe en sí el peligro de su cobranza, y queda en su fuerza la deuda, y obligacion primera para repetir contra su deudor por ella. Ni tampoco en otros contratos, aunque se innoven, si por su incompatibilidad no pueden surtir efecto, ni dañar al primero. (3)

223 Sin embargo de lo que en los dos numeros anteriores queda sentado, se induce la novacion en los casos siguientes: El primero, por la intervencion de nueva persona, v. g. quando se delega el credito; y el acreedor acepta la delegacion, pues á ella se sigue la liberacion del deudor delegante; (4) lo qual se entiende en los términos que explicaré en el num. 199. El segundo, por la adicion, ó imposicion de nueva pena, ó supresion, ó remision de la puesta en el primer contrato. (5) El tercero, quando el

(1) Ley 1. §. 1. y ley Novatione, ff. de Novation. Giurb. decis. 63. num. 4. Sr. Castill. tom. 4. controvers. cap. 59. n. 48. Caacer. part. 3. Var. cap. 3. n. 309. Sr. Salg. part. 4. Labir. cap. 14.

(2) Santellic. decis. 253. Sabelli libi, n. 14.

Tom. III.

(3) Casar. de Comerc. d'isc. 21. n. 6. y sig. Begnod. Bbilot. verb. *Novatio*, (4) Añch. decis. 353. Altograd. consil. 6. num. 60. Gratian. cap. 64. cap. 3. n. 309. Sr. Salg. part. 4. Labir. cap. 14.

(5) Gratian. dicho cap. 509. numer. 36. Alderism. de Simbol. contract. tit. 1. cap. 6.



hecho, ò pacto segundo es diverso del primero, ò en la obligación segunda se prefiere mayor término para la paga. (1) El quarto, quando se calcularon, y reduxeron à un cómputo todas las partidas del libro, y el deudor hizo à favor del acreedor un resguardo, reduciendolas à suma, ò partida menor. (2) El quinto, quando el primer acto, ò contrato era imperfecto, y el segundo es perfecto. (3) El sexto, quando se altera la naturaleza del negocio en las cosas que son substanciales, v. gr. si se añade, ò disminuye el precio; ò si el pacto segundo es diverso del primero respecto de la cantidad, y modo de satisfacerla. (4) El septimo, quando el acreedor recibió parte de su credito del que aceptó la letra, ò libranza, y acerca del residuo le fió, ò concedió plazo, ò trató con él sobre el modo, y tiempo de pagarselo. (5) El octavo, quando la cosa locada fue subarrendada, ò enagenada à otro, pues el fiador del primer conductor no queda obligado mas. (6) El noveno, quando en quanto à la solucion de la pensión se variaron los pactos primeros, v. g. si estos fueron de pagar en grano, y los segundos en dinero, ò al contrario: en cuyo caso queda libre tambien el fiador. (7) El decimo, quando concluida la locacion, continúa tacitamente en ella el conductor; pues en quanto à esta recondución quedan libres los fiadores dados para la locacion, excepto que presten nuevo consentimiento. (8) El undecimo, quando el contrato acabado, ò concluido se renovó tácita, ò expresamente, pues en este caso debe proceder en virtud de éste, y no del primero el acreedor; excepto que en él se diga: *Que quedan salvas las prerrogativas del primero, y del*

- (1) Bart. in leg. Pacta, Cod. de Pact. Ludovic. decis. 30. Gratian. cap. 290. n. 31. y cap. 509. num. 3. y 17. Maur. de Fidejussor. part. 2. §. 4. n. 26.  
 (2) Gratian. dicho cap. 509.  
 (3) Gratian. ibi, n. 25. y 31.  
 (4) Gratian. ibi, n. 3.  
 (5) Gait. de Credit. tit. 7. cap. 2. n. 2416. Casa Reg. discurs. 44. n. 9.

- Pereir. decis. 126. num. 7. Sr. Olea tit. 7. quest. 3. n. 42. al fin, y sig.  
 (6) Ley Novatione, Cod. de Fidejussorib. Maur. §. cit. n. 9.  
 (7) Maur. ibi supr. n. 10.  
 (8) Carroc. de Locat. quest. 22. ad §. Qui impleto, n. 4. Maur. de Fidejussorib. part. 2. sect. 5. cap. 2. n. 9. y §. 33. n. 16. Gracian. cap. 68. n. 36.

del día, è hipotecas, y que no se entiendan renovadas. Porque entonces, aunque el contrato se novó, quedan ilevas, y salvas las hipotecas, y demás, como sino se hubiera novado. (1) Y el duodécimo, quando los contratos son incompatibles, pugnantes, perplexos, y contrarios, y no de otra suerte; pues se presume novación, (2) excepto que esté puesta la clausula: *Sin perjuicio de los primeros derechos*: ò que el segundo contrato sea nulo; ò quando no aparece el consentimiento del acreedor, en cuyos tres casos no se induce. (3)

224 Se induce la executiva por el compromiso, y sentencia de árbitro con las clausulas de hecho, y de derecho correspondientes, de tal suerte que si se sigue la sentencia sobre el negocio principal, se liberte el fiador, à menos que el acreedor reserve su derecho contra él. (4) Tambien se induce cumulativa, y no extintivamente la novación por la litis contestación, y sentencia; (5) y la necesaria para la transacción, y concordia principiada entre el principal deudor, y acreedor, de tal suerte que se liberte el fiador. (6) Sobre todo lo qual, y otras muchas especies concernientes à la novación, vease à *Tusch. litter. N. conclus. 119. à Marco Antonio Sabelli, t. 3. §. Novatio*, y à los que citan, pues para dar una tintura al Escribano, basta lo expuesto; y si quiere saber qué cosas se requieren para que un acreedor se subroge en el lugar de otro anterior vea à *Carleval, tit. 3. disp. fin.* en donde para la mayor claridad, è inteligencia distingue ocho ca-

sos,

- (1) Ley Cum Hermes, Cod. de Locato. ley Item queritur, §. Qui impleto, ff. Locati. ley 3. Cum quinquennium, ff. de Jure fisci. ley Si constante, Cod. de Donat. ante nuptias. ley Novatione, Cod. de Novationib. y ley 3. ff. Qui postiores in pigore habeantur. Parlador. dicho §. 12. limitat. 7. n. 54. al 56.  
 (2) Menoch. lib. 3. præsump. 134. cit. num. 39. Maur. dicha part. 2. sect. 50. §. 4. n. 22. Gratian. cap. 290. n. 17. cap. 509. n. 16. y cap. 553. n. 34. Altograd. consil. 17. n. 30. y sig. lib. 1.  
 (3) Thusc. litter. N. conclus. 119. Menoch. loco cit. n. 45. Sabelli dicho §. Novatio. n. 11.  
 (4) Sabelli, ibi, num. 8. Maur. part. 2. y §. 4. cit. n. 4. al 14. Gratian. cap. 557. num. 20. y cap. 672. n. 11. Menoch. ibi, n. 44.  
 (5) Négusane de Pignor. part. 6. membr. 3. n. 4. Gratian. cap. 291. n. 7. y cap. 509. n. 12.  
 (6) Urcool. de Transact. quest. 73. y 74. Maur. sect. 10. §. 4. n. 8. Menoch. ibi, n. 42.

sos, cuya explicacion omito por difusa, y no correspondiente á este capítulo.

215 *La delegacion es dar el deudor en su lugar á su acreedor, ó á quien éste quiera, otro deudor, de el qual exija su crédito. O novacion hecha por estipulacion con intervencion precisa de nueva persona.* (1) No se hace novacion por ella, á menos que concurran cinco requisitos: El primero, que consenta el acreedor, (2) porque contra su voluntad ninguno puede delegar en otro dos veces; (3) ni el acreedor está obligado á mudar su deudor, aunque el que le ofrezcan, sea mas idóneo. (4) El segundo, que consenta el deudor delegado. (5) El tercero, que no solo consenta éste, sino que se obligue expresamente á favor del acreedor. (6) El quarto, que constituya la obligacion, y promesa por mandato del delegante. (7) Y el quinto, que el obligado delegado sea deudor del delegante, (bien que lo mismo es si de su espontanea voluntad quiere obligarse, aunque no lo sea, que en nuestro castellano antiguo se llamaba *Munero*, y en latin se llama *Expromisor*) y aquel á cuyo favor se constituye la obligacion, sea acreedor de éste. (8)

226 De lo expuesto en el número inmediato se prueba lo primero, que por la delegacion no se hace novacion, á menos que se exprese: ó que haya litis contextacion entre el cesionario y el deudor: ó por haberle empezado á pagar éste la deuda: notificandole la cesion, y aceptandola; (9) en

(1) Ley Delegar 11. ff. de Novationibus y ley 1. Cod. eod. tit. y ley 15. tit. 14. Partid. 5. verb. *Et cum dicitur*: Mans. in Appendic. ad §. *Præterea*, n. 14. Mantic. de Tacit. lib. 17. tit. 7.

(2) Ley Eum, á quo 16. Cod. de Solution.

(3) Ley Si mandaverit 1. Cod. de Novationibus.

(4) Ley Si mandaverit 22. §. Item, §. Mandati.

(5) Dicha Ley Delegatio 1. y ley Nec, 6. Cod. de Novation.

(6) Ley Delegatio cit.

(7) Mans. ibi, n. 11. y 12.

(8) Leyes 1. y 15. tit. 14. Partid. 5. Ley Si quis accepit 4. & ibi Alex. ff. de Condition. caus. dat. ley Aliquando 12. & ibi Francisc. de Aretio, ff. ad Velleyan. ley Et eleganter 7. §. Servus, ff. de Dolo. Parador. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. n. 48. y 49. limitat. 6. Mantic. ibi, Mans. ibi, n. 13.

(9) Ley Delegatio 3. Cod. de Novation. Cur. Philip. lib. 2. Commerc. terr. cap. 6. num. 5. Parador. different. 50. §. 2. n. 6. Sr. Otea, tit. 8. quest. 2. per tot.

en cuyos quatro casos queda libre el delegante, ó cedente, y no puede pedir execucion contra su deudor, ni revocar la cesion, ni al Cesionario, ó Procurador en su misma causa la facultad de exigir el débito, como con legal apoyo senté en el num. 63. de este capítulo, y en el 11. de mi primera parte num. 36; y asi en estos casos se debe limitar la ley 15. tit. 14. Partid. 5. posterior á la 3. *Cod. de Novationibus*. porque la ley nueva que habla generalmente, no corrige los especiales de la antigua. (2) Advirtiendole que si el cesionario es negligente en exigir el débito, es de su cuenta el riesgo, y peligro que haya en su cobranza, y no tiene regreso contra el deudor que se lo cedió, pues quedó libre de su pagamento (3) por la cesion. Por lo que si el deudor dá á su acreedor otro deudor en su lugar, con pacto de que él ha de quedar liberado de la deuda, y el delegado lo acepta, impedirá esta excepcion el curso de la via executiva; y aunque el deudor delegado se constituya insolvente, no tendrá repeticion el acreedor contra el delegante, ó primer obligado; pero si nada se pacta, ambos serán responsables: bien que pagando el uno, quedan libres los dos para con él, porque la deuda es una, y como tal solo una vez se debe cobrar, y pagar. Lo segundo, que si el deudor puro delega con condicion á otro deudor en su lugar, con ánimo de novar el contrato, se hace la novacion por esta delegacion; pero no cumplendose la condicion, ó estando pendiente, si el delegado muda su estado, de tal suerte que no puede estar en juicio, v. g. por haberse hecho siervo, ó Religioso, ó buelto loco, ó mentecato, ó sido deportado; no se desata la obligacion primera, y por lo mismo, aunque se verifique la condicion, no hay novacion, ni el delegado queda obligado. (3) Y lo tercero, que si en la segunda obligacion

(1) Glos. in leg. 3. Cod. de Silentio, lib. 10. Bart. in leg. Sed & posteriores, ff. de Legibus Jason in leg. Sciendum, n. 4. ff. Qui satisfacere cogant.

(2) Ley 15. tit. 14. Partid. 5. ley 2. Cod. de Nautico fenerator. Parador.

Tom. III.

libi, n. 7. y 8.

(3) Ley 15. tit. 14. Partid. 5. glos. in leg. 1. Cod. de Novation. verb. *Evamuit*: Roman. in leg. Singularia, ff. de Reb. credit. Gutierr. de Juram. confirm. part. 1. cap. 16.

(4) Ley 15. tit. 14. Partid. 5. n. 5. Parador. ibi, n. 50.

intervinieren fiadores, no se libertan los de la primera, excepto que se exprese; por cuya razon no se extingue la prerrogativa de la primera, antes bien se debe observar; ni tampoco se libertan, aunque en la segunda se prorogue el término de la primera. (1)

227 Si estando mas obligado baxo de condicion à pagar à otro cierta suma, ò à hacerle alguna cosa, renovare puramente otro tercero esta obligacion, no vale la novacion, no existiendo la condicion, à menos que el segundo diga expresamente que ya se cumpla, ò no ésta, quiere quedar obligado, y que el primero no lo quede; pues en este caso lo quedará, y el primero libre de la obligacion. (2)

228 No puede novar contrato de otro el siervo, porque carece de potestad para obligarse, à menos que tenga pegujar que su señor le haya dado, pues entonces hasta en su valor se le permite. Tampoco puede hacer novacion la muger, porque es especie de fianza, la qual le está prohibida, y por lo mismo solo quedará obligada en los diez casos expresados en el cap. 4. de mi primera parte adiccionada; §. 5. num. 125. y asi la podrá revocar, y revocandola, queda firme el primer contrato; (3) y aunque el acreedor exima à la muger de la obligacion agena que constituyó, y recibió en sí con ánimo de novar la primera, y libertar al deudor principal, y verdadero, no quedará libre éste. (4) Ni el menor de catorce años sin otorgamiento de su Curador, y si lo hiciere, à nada quedará obligado, ni el primer deudor, y asi perderá su debito el acreedor. (5)

229 Se admite tambien en la via executiva la excepcion de nulidad del contrato, sentencia, ò instrumento, en cuya virtud se pidió la execucion, porque el que es nulo,

no

(1) Parlador. dicha limit. 6. y §. 12. n. 51. hasta el fin, y otros que cita.

(2) Ley 16. tit. 14. Partid. 5.

(3) Ley 17. tit. 14. Partid. 5. ley 1. ley Senatusconsultum: ley Si paternam: y ley Si mulier alienam,

Cod. ad Senatusconsult. Velleyan.

(4) Ley Quamvis 8. §. Si mulier, vers. Marcellus, ff. ad Senatusconsult. Velleyan. Sr. Greg. Lop. en la 17. tit. 14. Partid. 5. glos. 3. al fin.

(5) Ley 18. tit. 14. Partid. 5. y ley 1. ff. de Novation.

no debe executarse, ya proceda la nulidad de falta de potestad del que lo otorgó, ò de la solemnidad prevenida por la ley, ò de otra causa, pues de la nada, nada se puede hacer, ni producir efecto alguno; y anulando el contrato principal, queda nula la clausula guarentigia, y todo su contexto, y la sentencia nula nunca pasa à cosa juzgada, aunque la apelacion de ella se declare por desierta. (1) Por cuyas razones el instrumento publico aunque por su naturaleza sea executivo, si la copia original en virtud de que se pide la execucion, no está sacada en el papel sellado correspondiente à la calidad y cantidad del contrato, no la trae aparejada ni por consiguiente se debe despachar en su virtud, porque es nula la copia segun la ley 45. tit. 25. lib. 4. Recop. como dexo sentado en el número 37. de este capitulo; y asi esta excepcion es legitima contra la execucion, è impide su curso si se despachó.

230 Se entiende lo expuesto, aunque la nulidad se oponga por incidencia; (2) y asi constando notoriamente en el mismo instrumento, ò en el proceso executivo, basta alegarla como de derecho, y el Juez puede repeler de oficio al actor; (3) y aunque no conste, si se prueba dentro de los diez dias, impide sentenciar la causa de remate; pero no pudiendo probarse en ellos, porque requiere examen, y conocimiento mas prolijo, se ha de llevar à debido efecto la execucion. (4) En quanto à si se podrá, ò no poner nulidad contra las sentencias de los Tribunales superiores, vease lo explicado en el cap. 1. de este libro, num. 504.

231 Otra excepcion de las que se puede oponer, y deben admitir en la via executiva, es la simulacion de contrato, y justificandose en los diez dias legales, enervará la

exe-

(1) Ley fin. ff. de Constitut. pecun. ley 2. §. Condenandum, ff. de Re judicat. ley Statutis, Cod. de Sentent. ex brevicul. recitand. y ley Si expressim, & ibi Bart. ff. de Appellation. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 11. n. 11.

(2) Acev. en la ley 1. tit. 21. lib. 4. Recop. num. 92. Villalob. in

Arario commun. opinio. litter E. n. 253. Rodrig. de Execucion. cap. 6. num. 16.

(3) Paz tom. 1. part. 4. cap. 3. de Excepcion. n. 2. 3. y 4.

(4) Carlew. tit. 3. disp. 16. n. 1. 3. 5. y 23. Rodrig. dicho cap. 6. num. 16. Parlador. lib. 2. cap. ultim.

part. 1. §. 1. n. 12. vers. Et demum.

execucion, è impedirá sentenciar la causa de remate, por- que el simulado, y hecho en fraude de la ley, es nulo, y aunque tenga figura de instrumento, le falta la esencia; (1) pero el que la opond, debe especificarla con claridad, y probarla en el término expresado, y de otro modo no obtendrá en él juicio. (2)

232 Y para instruccion del principiante debo sentar que los Autores (3) hallan tres especies de *simulacion*, ó por decirlo mejor, que la simulacion (que se equipára á la falsedad, la qual es mutacion de la verdad, (4) con cierta ciencia, y dolo) se comete de tres modos: el primero, quando los contrayentes pactan que han de celebrar tal contrato, pero que ha de sonar, y aparecer otro; v. g. Pedro pide á Juan que le preste cierta cantidad, y le ofrece hipotecar á su seguridad tal alhaja raiz fructifera, y Juan le responde que se la prestará, pero que mientras no se la pague, le ha de dexar percibir los frutos de ésta; y para que no suene usura, ni en juicio se le obligue á compensar éstos con la suma principal, como debe, (5) ha de otorgar á su favor escritura de venta de la misma alhaja; en cuyo caso hay simulacion de contrato, que es el de venta, el qual como simulado no vale, porque en la realidad es préstamo pignoraticio, y el que es válido; (6) pues en los contratos mas se debe mirar á la verdad del hecho, que á lo que aparece escrito. (7)

233 Pero es de advertir, que el que alega, y excepciona esta simulacion, debe probar no solo que su animo fue celebrar el contrato pignoraticio, y no otro, y que así se pactó entre los dos, sino que por los motivos expresados,

(1) Ley Simulate, ff. de Ritu ampliar. y ley Nuda, ff. de Contrahend. emptio. Ferrador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 11. n. 14. al 16.

(2) Ley 1. ff. de Edendo ley Idem Pomponius, ff. de Reivindicacion. Rodrig. dicho cap. 6. n. 24.

(3) Bald. in leg. Cum precibus, Cod. de Probation. Bart. in const. Incipienti: *Petrus Nicola;* Marant. part. 6. de Excepcion. membr. 9. Judic. n. 29.

(4) Ley 1. tit. 26. Partid. 2. ley 1. tit. 7. Partid. 7. ley Quid sit falsum, ff. de Fals. y Authent. de Instrumen- tor. caut. & fide, collat. 6. Rodrig. n. 24. dicho.

(5) Leyes 1. y 2. Cod. de Pignora- rit. actio.

(6) Ley Emptione 3. y todo el tit. Cod. Plus valere quod agitur, y cap. Illo vos, de Pignoris

(7) Leyes In contractibus 1. y Si quis, 4. Cod. Plus valere quod agitur.

tos, y por redimir la urgencia que tenia, se sujetó á que en lo exterior sonase, y se fingiese el de venta; y tambien que éste se formalizó al instante, sin haberse estipulado otra cosa, ni por consiguiente recedido del primer convenio. (1)

234 El segundo modo es, quando se celebra realmente el mismo contrato que suena; pero por algun adictamento que lleva, se congetura que es simulado: v. g. Pedro pide á Juan cierta cantidad prestada, y éste le responde que si la quiere, le venda por ella con pacto *retroven- dendo* tal finca productiva, la que no ha de retraer hasta tal tiempo. En este caso, aunque el pacto es permitido, si se advierte que es corto el precio de la venta, atento el valor de la alhaja, y se prueba que el vendedor necesitaba el dinero, y que el comprador no quiso darselo prestado sino con el pacto, se presume contrato simulado, sin embargo de que en la realidad no lo fue, y que el comprador quiso lucrarse de los frutos de la finca, durante el tiempo que la tuvo en su poder, por lo que mas fue contrato pignoraticio que venta. (2)

235 Y el modo tercero con que se comete la simulacion, es quando se finge un contrato, que real, y verdaderamente no hay, porque el animo de los contrayentes, es no celebrarlo, y si unicamente por sus fines particulares, que suene celebrado; en cuyo caso no vale, y se estima por no hecho, como lo dice la ley 55. ff. de *Contrahend. emptio*, ibi: *Nuda, & imaginaria venditio pro non facta est: & ideo nec alienatio ejus rei intelligitur.*

236 En estos tres casos, aunque el damnificado manifiesta su torpeza, y delito en haber intervenido en la simulacion, puede no obstante alegarla, no para fundar su intencion, sino para coadyubarla contra el partecipe, porque trata de evitar su daño, y éste de lucrarse en su detrimento. Y lo mismo puede hacer su heredero, con tal que el contrato no sea en fraude del Fisco, ó de otro tercero;

(1) Arg. leg. Cum in plures, §. Locator horrei, ff. Locati, & ibi Bart. & in leg. Pacta novissimas, Cod. de Pact.

(2) Bald. Saicet. Angel. y Butr.

(3) Doctor. in cap. Ad nostram, de Emption. & vendition. & in leg. Emptione, cit.

sobre lo qual vease el tit. *Cod. Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*. Su glosa, y la de dicha ley *Nulla*. Pero si el executado confiesa que tuvo animo de quedar obligado, y ambos contrayentes fingieron un contrato por otro, no se debe admitir la excepcion de simulacion. (1)

237 La excepcion de que el instrumento, en cuya virtud se pidió executivamente, no contiene la causa de deber, es obstativa tambien de la execucion; pues para estimarse que uno queda obligado por pacto, ó promesa, se requiere expresion de qué causa proviene la obligacion: lo qual procede hasta en la confesion de la deuda sin causa, como se prueba de la ley final, tit. 13. Partid. 3. ibi: *Otrost decimos, que si algunos conocieren fuera de juicio, que deben dar diez maravedis, ó otra cosa á otro, è non dicen señalada razon, porque deben dar aquello que conocen; tal conocimiento como este non empece á los que lo facen, ni son tenudos de pagar aquella debda, sino quisieren: fueras ende si aquel á quien ficieron la conocencia, probare guisada razon porque ge lo debian dar: y ha lugar la excepcion, aunque el obligado jure el contrato, (2) Y si la obligacion proviene de mercaderias, deben especificarse por menor, y su precio, de modo que se entienda que es lo que se vende, y la cantidad que por ello se dá. (3)*

238 Y aunque la ley 2. tit. 16. lib. 5. Recop. posterior á la de Partida inserta, manda que en qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, que se obligado á cumplir lo que prometió, sin embargo de que no inter venga *estipulacion* (que es promesa, y aceptacion verbal) no es visto haber quitado por esto el fomento, ó substancia de la obligacion, sino la formula, ó solemnidad de palabras que prescribia el derecho Comun, sin las quales no nacia accion: por cuya razon, y por otras que traen Gomez, y Rodriguez en el lugar citado careciendo la obligacion de la causa justa de deber, y no probandola el exe-

(1) Marant. part. 6. de Excep-  
tion, y membr. 9. Judicii, dicho nu-  
mer. 29. al 34.

(2) Gom. lib. 2. Var. cap. 11.

n. 5. Rodrig. de Execution. cap. 1.  
artic. 4. n. fin.

(3) Ley 4. tit. 11. lib. 5. Recop.

cutante, parece no nacerá accion para pedir, y obstará el progreso de la execucion la excepcion *doli mali*; pero acerca de ello veanse los Autores que los dos refieren, pues están varios en sus dictámenes, y *Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. ampliat. 5.* dice que no es necesaria la causa; bien que los mas siguen la que llevo sentada. Lo mismo digo quando es falsa, y supuesta la causa de deber, como lo he visto estimar en juicio.

239 Es la *prescripcion* (generalmente entendida) una excepcion, ó oposicion que alguno hace en juicio, para excluir la accion, ó intencion de otro. (1) Y mas propiamente es una excepcion perentoria, por la qual el poseedor de buena fé puede repeler despues del tiempo prevenido por derecho, al que pretende el dominio de la alhaja, que dice ser suya, y de que está mucho tiempo desposeído. (2) Y fue introducida lo primero por el bien público, á fin de que el dominio de las cosas no estuviese mucho tiempo, ó casi siempre incierto. (3) Lo segundo, para evitar los innumerables, y perpetuos litigios que de lo contrario se podian originar. (4) Lo tercero, para que los poseedores no estuviesen siempre con el temor de que les quitarian lo que con buena fé disfrutaban. (5) Y lo quarto, para castigar la desidia de los que eran morosos en recuperar sus bienes: (6) por lo que deben imputarse á sí mismos la pérdida de ellos, (7) porque el derecho protege á los que velan, y no á los que duermen. (8) Pero es de advertir, que donde está prohibida la enagenacion, lo está tambien la prescripcion, ó tolerancia, que es enagenacion tácita, y se comprende en el nombre general de enagenacion. (9)

En

(1) Ley Sed etsi, §. ultim. ff. de  
Judic. y los tit. ff. y Cod. de Excep-  
tion & prescription.

(2) Todo el tit. 26. de Prescrip-  
tion. lib. 2. Decretal. el tit. 6. Insti-  
tut. de Usucapion. & longi tempor.  
prescription. y el tit. ff. 1. de Usur-  
pation. & usucapion.

(3) Ley Bono publico v. ff. de  
Usurpation. Ferrar. Biblioth. verb.  
Prescriptio n. 7. y 8.

(4) Ley Usucapio §. ff. Pro suo.

(5) Ley Cum notissimi, Cod. de  
Prescription. 30. vel. 40. annor.

(6) Ley Ut perfectus 2. ff. de  
Annali exception. cap. Viginti, de  
Prescription.

(7) Ley Quod quis, ff. de Regul.  
jur.

(8) Ley Non enim, ff. Ex quibus  
causis majores, y ley Pupillus, ff. de  
Iis, que in fraudem creditor.

(9) Ley Alienationis 28. ff. de  
Verbor. significacion.