

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 deuda, sino quisieren: fueras ende si aquel á quien ficieren 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.

240 En quanto à si la excepcion de *prescripcion* impide la execucion, y cuándo, (hablo de la *civil odiosa temporal*, que es la que estableció el derecho contra el acreedor por pena de su omision, y descuido en pedir al deudor su débito, y se reduce à una excepcion que concede al demandado, por haber espirado el tiempo que prefirió al demandante para pedirle, (1) y no de la ordinaria, favorable, y mixta, ni de la natural, de que trata *Carleval de Judic. tit. 3. disp. 4. num. 22.*) para su clara inteligencia debo sentar con la ley 63. de Toro, que es la 6. tit. 15. lib. 4. Recop. y la inserté, y expliqué en el cap. 4. de mi parte, §. 4. n. 72. y sig. que el derecho, ò accion de executar por obligacion personal prescribe por diez años.

241 Lo qual se entiende, no pactando lo contrario los contrayentes en el instrumento, pues si lo pactan, parece no correrá la prescripcion, pendiente la dilacion convencional: (2) que podrán renunciar esta ley los deudores, por estar establecida en su beneficio, y no haber prohibicion de que se renuncie, por lo que en este caso no habrá prescripcion, antes bien en qualquier tiempo se les podrá executar: y que lo mismo procederá, si la escritura de obligacion contiene la clausula de que *antes de cumplirse cada diez años, ha de ser visto renovarse el contrato, como si entonces se formalizara, y que jamás ha de haber prescripcion del derecho de executar, sino antes bien poder el acreedor usar de él en qualquier tiempo, à cuyo fin renuncia el deudor la ley 63. de Toro, y demás que tratan de las prescripciones, para no aprovecharse de su auxilio.* (3) Pero en la práctica jamás lo he visto, antes sí lo contrario en los censos, en que se suele poner esta clausula.

242 Milita, y procede lo explicado en el num. 212. ya tenga buena, ò mala fé el deudor, porque aunque en toda prescripcion se requiere regularmente la buena de parte de éste: (4) en la del derecho executivo no es precisa, no

(1) Parlador. different. 38. y 110.

(2) Bald. in leg. Sicut, Cod. de Prescription. 30. annor.

(3) Parlador. lib. 1. cap. 1. §. 173. num. 3. al 6. Sr. Covar. lib. 1. Var.

cap. 9. nom. 4. Gutierr. lib. 3. Pract. quest. 25. y 36. Sr. Larrea. decis. 49.

(4) Bald. de Prescription. part. 3. principl. quest. 6.

obstante que esté dada sentencia que le constituya en la mala; lo primero, porque no se quita al acreedor el dominio de la cosa, ni la accion que le compete principalmente (que es de cobrar su crédito) sino el rigor de la via executiva, y se le castiga la negligencia, y omision que tuvo en dexar pasar los diez años sin usar de su derecho, y asi le queda la via ordinaria, para que en ella pida, y consiga la solucion de lo que se le debe. (1) Y lo segundo, porque asi como por la aceptacion de la escritura quiso usar de la accion executiva que le franquea la ley, y la tomó en sí, del mismo modo debe tomar, y aceptar contra sí la excepcion que de la ley, ò estatuto dimána, y usar de éste en un todo con su causa, y vicios; y pues quien está à lo propicio, debe estar à lo adverso: (2) y asi corre la prescripcion no solo contra legos, sino contra Iglesias, y personas eclesiásticas. (3)

243 No corre la prescripcion contra los hijos de familia, mientras están baxo del paternal dominio, excepto en los casos en que pueden comparecer en juicio sin licencia de su padre, y compelerle à que se la dé. Ni contra la muger casada, para recuperar su dote, y arras; excepto que sabiendo se la disipa su marido, sea morosa en usar de su derecho; pero si por sus bienes parafernales, pues para pedirlos puede hacer que el Juez apremie à su marido à que le dé la licencia, (4) Ni contra los menores de 25. años mientras lo son, à menos que sean sucesores de alguno mayor, contra el qual haya empezado à correr; bien que pueden ser restituidos, pidiendo restitucion de la menoria dentro de los quatro años siguientes al dia en que espi-

(1) Gem. en la ley 63. de Toro, n. 1. Sr. Covar. in Relectio. cap. Possessor. de Regn. jur. in 6. part. 2.

(2) §. 11. n. 4. vers. Sexto, *leges reculares*: Rodrig. dicho cap. 6. n. 61. de Executio. Atev. en la ley 6. tit. 15. lib. 4. Recop. n. 15. Gutierr. in leg. Nemo potest. n. 204. y 205. Rodrig. Suar. in leg. Post. rem judicat. limitat. 6. n. 2.

(3) Ley Pomposius. 13. §. Cum

quis utitur. ff. de Acquirend. possess. y ley Cajus 23. ff. de Manumission.

(4) Cap. 2. §. 4. y 6. de Prescription Barbos. de Jur. Ecclies. lib. 3. cap. 28. n. 16. Sr. Greg. Lop. en la ley 22. tit. 29. Partid. 3. glos. 1. Parlador. lib. 1. cap. 1. §. 12. n. 4.

(4) Ley 8. glos. 5. tit. 29. Partid. 3. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 8. num. 8. Paz tom. 1. part. 1. temp. 2. num. 32.

piró; y lo propio milita para con el Rey, Iglesias, Concejos, y Comunidades, pretendiendola dentro de los quatro siguientes à su cumplimiento; (1) y para con el ocupado en servicio del Rey, ó Concejo, ó en Escuelas, cau-tiverio, ó en otra cosa semejante, pues ha de ser restituido del tiempo de esta prescripcion, pidiendo la restitucion dentro de los quatro despues que cesó su ocupacion, y su heredero dentro de los quatro siguientes al dia en que supo haber fallecido en ésta. (2)

244 La prescripcion referida se entiende, ya sea de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ó de executoria dada por Tribunal superior, ó de instrumento guarentigio, puro, condicional, ó à dia cierto de pagar una sola cantidad, contados los diez años en esta forma: de la *sentencia* desde el dia en que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada: de la *executoria* desde el en que se dió: del *instrumento puro* desde el de su otorgamiento: y de el *condicional*, ó *à dia cierto*, desde el en que se cumplió el plazo, ó verificó la condicion, porque desde estos respectivos tiempos empieza à nacer la accion del acreedor para pedir executivamente, y la obligacion à pagar de el deudor, baxo la pena de ser executado, no lo haciendo.

245 Pero si el instrumento es de censo, ó de satisfacer en su virtud legado, réditos, ó pensiones annuas, enton-ces prescribe el derecho de pedir executivamente los caí-dos, pasado el término decenario; y así es preciso que el acreedor recurra à la via ordinaria para su exaccion; mas en quanto à los futuros no, porque al modo que todos los años nace la obligacion de pagarlos, nace igualmente la accion executiva de pedirlos, por ser tantas las obligacio-nes de satisfacerlos como los años, y no poder haber prescripcion de lo que no tuvo sér; lo qual no sucede en los demás instrumentos en que hay una sola obligacion, y por consiguiente una accion de pedir executiva, y ordina-
ria-

(1) Ley 9. tit. 19. Partid. 6. Sr. Covar. in Regul. possessor. part. 3. §. 3. Gom. lib. 2. Var. cap. 14. nu-

mer. 3. y 7.

(2) Ley 7. tit. 29. Partid. 3. y ley 10. tit. 19. Partid. 6.

riamente segun el tiempo. (1) A mas de que en las obliga-ciones annuas, ya provengan de contrato, ó ultima vo-luntad, no se debe computar el tiempo de la prescripcion desde el principio en que se constituyeron, sino desde el de qualquier año, como está decidido expresamente en derecho; (2) y así se estima en los Tribunales sin disputa, no obstante el sentir de algunos Autores, que afirman que en estos contratos si el acreedor dexa pasar los diez años, pierde el derecho de pedir executivamente, no solo las pensiones en ellos decursas, sino las successivas; pues no hay ley Real que tal diga, y por lo mismo no se hace aprecio de su dictamen.

246 En los chirografos, ó papeles simples se duda si los diez años se han de contar desde su fecha, ó desde su judicial reconocimiento: Esta question tan árdua, como reñida, tocan con sólidos fundamentos varios Autores, y acerca de su resolucion están diametralmente opuestos: *El Gutierr. lib. 3. Pract. quest. 35. y Vela, tom. 1. disert. 26.* defienden que los diez años empiezan à correr desde el dia en que el deudor reconoce el vale, y no an-tes, porque hasta entonces no nace la accion de pedir exe-cutivamente, y donde no hay accion executiva, mal pue-de exercerse, ni haber prescripcion, pues el vale, cédu-la, ó papel simple no traen aparejada execucion, ni en su virtud se debe despachar, hasta que se reconozca en juicio con la formalidad legal. *El Sr. Larrza, tom. 1. de-cision. 49. Acev. en la ley 6. tit. 15. lib. 4. Recop. y otros* afirman que desde el dia en que se hizo el vale, ó papel, se deben contar los diez años, porque desde entonces em-pieza à nacer, y nace la obligacion civil, y natural del deudor, à cuyo dia se retrotrae el del reconocimiento; y pasados, debe prescribir la via executiva, y el acreedor usar de la ordinaria; y expenden otras razones, y varios
tex-

(1) Carlev. de Judiciis, tit. 3. disp. 4. n. 18. y 19. Rodrig. de Annuis reddit. lib. 2. quest. 9. n. 69. Aven-dañ. de Censib. cap. 103. n. 8. Paz in Prax. tom. 1. part. 4. cap. 3. nu-mer. 15.

(2) Ley Cum notissimi 7. §. Illud autem 4. Cod. de Prescription. 30. vel 40. ann. Palac. Rub. en la ley 63. de Toro, n. 14. Carlev. dicho n. 10. vers. Ratio est.

textos que omito por importar poco al Escribano, y poder verlas en ellos el letrado, à quien incumbe su pericia para la defensa.

247 Procurando el *Sr. Olea* conciliar ambos pareceres, es de sentir en el *tit. 1. de Cession. jur. quæst. 1. num. 89. al 94.* que pidiéndose, y haciéndose el reconocimiento dentro de los diez años, empiezan à correr, y contarse estos desde él; y que así há lugar la execucion, porque el acreedor no fue moroso, por haber preparado en tiempo habil la via executiva, cuya preparacion surte el efecto de que no se le repela del juicio con pretexto de prescripcion por lapso de tiempo: y al modo que quando el que tiene vale de otro, y hace que éste le otorgue de su importe escritura pública dentro de los diez años, renovando la obligacion, ò dando fianza, ò prenda, empiezan à contarse estos desde la fecha de ella, y à correr la prescripcion, segun derecho: (1) del mismo modo el reconocimiento del vale hace que tenga vigor, y autoridad de instrumento público.

248 Y si el deudor hace el reconocimiento despues de pasados los diez años de su confeccion, distinguiendo, afirma por corriente en la práctica, que aunque reconozca simplemente el papel, si niega la deuda, y jura estar pagada, no há lugar la via executiva, porque el reconocimiento que hace del papel, y por consiguiente de la obligacion en él constituida, es con su causa, y como prescripto el débito, el que por haber mediado tanto tiempo, se presume pagado; y esta presuncion le favorece, è impide que contra él se exerza el rigor de la via executiva; por lo que es preciso que el acreedor recurra à la ordinaria.

249 Pero si lo reconoce, y al mismo tiempo confiesa el debito (para lo qual el acreedor cauto lo ha de pedir así) se le debe executar en virtud de la confesion pura, y á sea por su total, si nada pagó, ò por el resto que esté sin satisfacer (cuya circunstancia no es precisa, pidiéndose el reconocimiento dentro de los diez años, pues basta pedir

(1) Ley 29. tit. 29. Partid. 3. ley 6, tit. 15. lib. 4. Recop. n. final. Vela disert. 25. n. 60. Accv. en la

dir que reconozca la firma, sin añadir que exprese si está debiendo su importe, y reconociendola, se debe despachar la execucion, aunque niegue la deuda, como he sentido en el num. 23.) y à este dictamen me inclino; y la razon que à ello me mueve es, porque aunque el vale, y la accion para pedir executivamente en virtud de él, estén prescriptos, no lo está el debito, ni la confesion de él, y así en virtud de ésta, como que es del día, se debe expedir el mandamiento executivo, del mismo modo que si la hiciera sin haber vale, pues en qualquiera tiempo que se haga, trae aparejada execucion, como expuse en el n. 11. lo qual he visto practicar como legal, y justo.

250 No procede lo explicado para con el fiador, que habiendo sido executada, y pagado por el principal, intenta contra éste la via executiva con el lasto del acreedor, pues no corren para con él los diez años desde que el principal obligado contrajo la deuda, ò reconoció el vale, sino desde que el acreedor le cedió sus acciones: lo primero, porque estuvo imposibilitado de pedir, y al impedido no corre término, ni prescripcion. (1) Y lo segundo, porque se interrumpió la prescripcion de los primeros diez años, por haber pedido la execucion el acreedor; (2) y así desde la cesion que éste le hace de sus acciones, empiezan à correr para con el fiador los diez años, dentro de los que debe usar de su derecho contra el deudor.

251 Asimismo es preciso sentar que hay notable diferencia entre interrumpirse la prescripcion, y perpetuarse la accion. La interrupcion no es otra cosa que un obstáculo, ò impedimento que detiene el curso de la prescripcion incoada, y la hace cesar; y para que despues haya prescripcion, es preciso que de nuevo empiece à correr; (3) y así en la via executiva se interrumpe por siete actos: el primero, por la comparecencia del actor en juicio, pidiendo

(1) Ley 1. §. fin. Cod. de Annal. except. Bald. de Præscript. part. 6. num. 14.

(2) Fianador. different. 110. y lib. 1. Rer. cap. 1. §. 13. n. 19.

(3) Felin. in cap. Illud. 8. n. 10.

post Abb. ibi de Præscription. Jason in leg. Ex hoc edicto, n. 3 ff. de Eo, per quem factum. Petr. Barbos. in leg. fin. n. 2. Cod. de Præscriptione. 30. vel 40. annor.

do la execucion dentro de los diez años, y despachandola el Juez, aunque no se encuentren bienes del deudor en que trabarla, ó éste no quiera contextar la demanda; y por su citacion, ó quasi citacion que tiene fuerza de contextacion, y no lo uno sin lo otro, segun la mas segura opinion; y aun quando la execucion esté mal despachada, y seguida; pues este defecto del Juez ignorante no debe perjudicar al actor, al qual basta haber ocurrido en tiempo habil à pedir judicialmente, para que se interrumpa la prescripcion, y se le ponga en el estado que tenia el dia en que la pidió. El segundo, por la captura del reo, que es citacion Real. (1) El tercero, por oponerse à la execucion, ó proponer sus excepciones en el juicio, pues tanto obra en éste su comparecencia, como la citacion. (2) El quarto, por haber satisfecho dentro de los diez años parte del debito, ya conste el pago en su respaldo, ó por otro medio; ó algunos intereses por retardacion de la suerte principal: (3) bien que en este caso, si el deudor lo niega, y opone esta excepcion, aunque el acreedor muestre carta de pago hecha dentro del término de la prescripcion, de lo que dice cobró de él à cuenta, ó por intereses, no será bastante para interrumpirla; excepto que el mismo deudor firme igualmente la carta de pago, ó el acreedor à quien incumbe la prueba, como fundamento de su intencion, que se afianza en afirmativa probable, lo justifique por otro medio. (4) El quinto por haber dado fianza, ó hipoteca al acreedor para su seguridad. El sexto, por haber renovado espontaneamente, y no coactó la obligacion. Y el septimo, por haberle pedido su acreedor la deuda delante de amigos, ó avenidores; por cuyos siete actos se interrumpe la prescripcion; y empieza à correr de nuevo desde el dia en que qualquiera de ellos se celebró. (5)

(1) Sn. Covar. in dicit. cap. Possesor. de Regul. jur. in 6. part. 2. §. 12. n. 4. vers. *Quarta conclusio.* Castell. en la ley 63. de Toro, verb: *Diez años*: Carlev. dicha disp. 4. n. 22. al 26.

(2) Ley Etiam 29. §. *Si hereditate*, ff. de Minorib. Carleb. ibi, nu-

mer. 30. y 31.

(3) Dicha ley 29. tit. 29. Partid. 3.

(4) Cur. Philip. part. 2. §. 1. num. 15.

(5) Dicha ley 29. & ibi glos. 3. 4. y 5.

252 Se perpetúa hasta quarenta años la accion executiva por la oposicion, ó proposicion de excepciones del reo; ó por su contumacia que se estima por litis contestacion; (1) pues la perpetuacion hace que tenga mas vida, y pueda exercitarse por tiempo mas largo, que el que en otros terminos duraria, y la ley 63. de Toro no la suprimió por el expresado. (2) El que quiera saber por qué tiempo se ganan, y pierden las cosas muebles, y raices propias, ó ajenas, corpóreas, ó incorpóreas, vendidas, arrendadas, ó empeñadas, y poseidas con buena, ó mala fé entre presentes, ó ausentes, vea el tit. 29. de la Partid. 3. y su glosa, pues en sus treinta leyes lo explica difusamente.

253 De todo lo explicado se prueba, que si el acreedor pide la execucion pasados los diez años, no há lugar, ni se debe despachar, sino antes bien dar traslado simple al deudor, como de demanda ordinaria, excepto que preceda la confesion de la deuda, como expuse en el n. 222; y la razon es, porque le obsta la prescripcion odiosa establecida contra él en pena de su omision, y descuido de haber llamado tanto tiempo, y dado lugar à que espirase el término legal prefinido para usar de la accion executiva; y por lo mismo para conseguir judicialmente el cobro de su crédito, debe ocurrir à la via ordinaria, que dura veinte años, contados unos, y otros en la forma explicada en el cap. 4. de mi primera parte, §. 4. num. 72. al 75. excepto para con los criados de servicio, Boticarios, Joyeros, Especieros, Abogados, Procuradores, Agentes de negocios, y otras personas, pues à estos se conceden solamente tres años para pedir executivamente lo que se les debe, como he sentado en el citado cap. num. 77. al 79. en donde con mas extension lo podrá ver el Lector.

254 Pero si el actor pide la execucion dentro de los diez años por las pensiones de un censo en su intermedio

» ven-

(1) Ley ultim. Cod. de Prescripcion. 30. vel 40. annor. Carlev. disp. 4. dicha, n. 22. y fin.

(2) Dicha ley ultim. ley 1. §. Exceptio, Cod. de Annal. exception.

y cap. Placuit 15. §. Hac, de Prescription. 16. quest. 3. Carlev. ibi, numer. 21. vers. *Perpetuario*: Parlador. lib. 1. cap. 1. §. 14. n. 6. y 7.

» vencidas, cita al reo, éste se opone, y excepciona contra la legitimidad del credito, y por consiguiente contra el instrumento, en virtud del qual se expidió, por cuya causa se convierte la via executiva en ordinaria; y por sentencia executoriada dada en ésta, se declara legitimo, y válido el instrumento, y se le manda que pague:” ¿se pregunta, si se podrá despachar á consecuencia de la executoria no solo por las vencidas en los diez, sino por las posteriores hasta la executoria, ó será necesario seguir otro juicio ordinario, y esperar nueva sentencia?

255 Este caso *in terminis* que me ocurrió, no he visto tocado en los Autores, por lo que (salvo el dictamen de los doctos que venero, y á que me sujeto) diré lo que mi corto talento alcanza, y es, que por las de todos, sean los que fueren, se debe despachar, y ampliar: lo primero, porque el acreedor acudió en tiempo oportuno á usar de su derecho, y así no se verificó prescripcion, ni por consiguiente se le debe imponer la pena de la ley, por no haber sido moroso. Lo segundo, porque la sentencia condenatoria removió aquel óbice que el reo aparentó, y quiso tuviese el instrumento ejecutivo, ó por mejor decir declaró que no le tenía. Y lo tercero, porque estuvo impedido de continuar el juicio ejecutivo incoado, y de intentar otros en los años sucesivos por la excepcion maliciosa propuesta por el deudor, y por consiguiente de cobrar las pensiones posteriores en ellos vencidas; y como segun derecho (1) no corre término, ni prescripcion contra el impedido legitimamente, por eso aunque pasen mil años, despues de con-
textado el juicio hasta su conclusion, debe despacharse la execucion por el importe de todos, pues su mala fé no debe aprovecharle, ni ceder en detrimento del aóor. Lo qual entiendo, aunque en el intermedio de la liti haya suspension de su curso, porque como ninguna ley preñe
quán-

(1) Ley In rebus 30. Cod. de Jure dot. ley Cum sex menses, ff. de Adulterio edit. ley 1. Cod. de Annali exceptione ley Cum notissimí, §. Illud autem, Cod. de Prescription. 30.

vel 40. annor. Authent. Nisi tricenale, Cod. de Hoc. maten. cap. ult. de Election. y cap. Quia diversitatem, y de Conces. prebend.

quánto tiempo ha de durar la interrupcion *litis pendente*, ni quando cesa, ni dice que una vez interrumpida renace, ó revive por la suspension, ó falta de continuacion del litigio, ni por otro motivo: por eso subsiste en este caso la interrupcion, y se debe despachar la execucion con ampliacion á los años posteriores, y no gravar al aóor con los dispendios, y dilaciones de nueva demanda ordinaria sobre lo litigado, que ya está determinado en la primera, pues esto será absurdo, y contra la brevedad que encargan las leyes en los pleitos. Pero respecto á estar ilíquidas las pensiones, para que no se le oponga este reparo, lo que debe practicar ante todas cosas, es, pedir se liquiden con citacion del dendor por el Escribano originario; y aprobada, y declarada en cosa juzgada la liquidacion, ha de renovar, y reproducir la accion intentada por el importe de aquellos años, por que pidió la execucion, y pedir ampliacion mediante su imposibilidad, por él de los posteriores; pues sin preceder la liquidacion, no se debe despachar la execucion, porque no consta cantidad líquida, de que no se pueda dudar. En quanto á los réditos de cursos pendiente la via executiva, he visto executoria en esta Corte, revocando la sentencia de un Alcalde, por la qual habiendo pretendido el executante que la sentencia de remate, y mandamiento de pago se ampliasen por su importe, declaró no haber lugar, y mandó que el executante pidiese nuevamente por ellos; y el Tribunal superior, atendida la verdad, defirió á la ampliacion, pues ni unos, ni otros estaban pagados.

256 Es obstativa tambien de la execucion la excepcion de que el instrumento en virtud de que se expidió, no es público, ni auténtico, ni el original, y que está sacado sin citacion por Escribano ante quien no se otorgó, por lo que se redarguye de falso civilmente: en cuyo caso, hasta que se compruebe con el matriz, precedida citacion del reo, (que es la solemnidad prescripta por la ley que lo califica de indubitado) no hace fé, ni es exequible, y si el que lo produce, no lo comprueba dentro del término legal, impedirá sentenciar la causa de remate, por haber sido legalmente despachada la execucion, y no subsana-

do el defecto en los diez dias que prefine ; (1) pero comprobandolo en ellos, cesa la objecion, y se retrotrahe su vigor ejecutivo al tiempo en que la execucion se expidió, bien que si lo autorizó aquel ante quien pasó, es lo mismo que si fuera la copia original, y aunque no intervenga precepto judicial para darlo, hará fé en juicio. Y si es de los que no debe dar sin que preceda auto de Juez, y citacion de parte, mas copias que la primera, llamada *original*, no se deberá despachar execucion en su virtud, porque no la trae aparejada, como expuse en el num. 28. de este capítulo. Lo mismo procede quando está roto, cancelado, ó manchado de modo que no se puede leer ; ó contiene otro vicio esencial : ó está en cifras, ó tan obscuro que no se entiende su contexto ; bien que no siendo en parte, ó lugar substancial, ó aun quando lo esté siendo mínimo el defecto, no lo vicia. (2)

257 Lo propio milita si es Escritura *consual*, ó hipotecaria especial, aunque sea la *original*, si la misma finca es la hipotecada, (y no quando lo son solamente sus frutos, ó pensiones, pues esto mas es consiguacion de paga en ellos, que hipoteca, v. g. quando es vinculada, y asi no hay que registrarla) por lo que si el acreedor antes de entablar el juicio, no hizo tomar razon de ella en el Oficio de Hipotecas de la cabeza del partido, en donde se hallan sitas respectivamente las fincas especialmente gravadas, segun está mandado por la ley 3. tit. 15. lib. 5. y auto 21. tit. 9. lib. 3. Recop. : por la Prágmatica de 31. de Enero de 1768. expedida sobre su observancia (de que traté á continuacion del cap. 5. tom. 2. de mi primera parte) y por la Real Cédula de 10. de Marzo de 1778. que se estiende á escrituras, é hipotecas de donaciones piadosas, no se debe despachar execucion en su virtud, ni juzgar por ella, ni tampoco hace fé para efecto de perseguir las fincas en ella contenidas : y aun quando esté to-

(1) Ley 115. tit. 18. Partid. 3. mit. 2. Sr. Covar. Pract. cap. 21.
 Ley 2. ff. de Fide instrumentor. y n. 2. y sig.
 cap. 1. y fin. eod. tit. Paz tom. 1.
 part. 4. cap. 3. num. 16. Parador. (2) Parador. dicho §. 12. limi-
 lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. ii. tat. 8. per tot.

mada, y registrada, si el deudor existe fuera de la jurisdiccion del Juez executante, y en la requisitoria de execucion no vá inserta, ó incorporada con la escritura original (que es la que se debe registrar, y no otra, á menos que se pierda, ó destruya, y por esta razon se saque otra con la solemnidad legal) la nota de estarlo, puede el requerido negarle el cumplimiento, porque no se le hace constar que la escritura es executiva, y para evitar que lo deniegue, se ha de insertar en aquella no solo ésta, sino tambien la nota ; como requisito que para proceder executivamente es esencial. Pero sin embargo de este legal precepto, he visto entregar el actor la escritura para tomar la razon, pendiente la execucion ; á fin de que al tiempo de sentenciar la causa de remate estuviere subsanado el defecto, por deberse proceder, atendida la verdad, y no detenerse en sutilezas legales ; y asimismo he visto postergar á un acreedor hipotecario especial anterior en tiempo, á otro igualmente especial en las propias hipotecas, y posterior, por haber registrado éste su escritura antes que el otro. Y porque á veces por la distancia de las fincas, y por no tener el acreedor de quien valerse para registrar la escritura, ó por otros motivos, suele omitir la toma de razon, por cuyo defecto no se puede despachar la execucion contra el deudor, para que por él no se le irroque detrimento, me parece muy útil que en la escritura se ponga esta clausula : *Y de esta escritura se ha de tomar la razon en la oficina de hipotecas del Partido en que existen los bienes especialmente afectos, y gravados á la responsabilidad de dichos tantos mil reales, antes de proceder especialmente en su virtud contra ellas, segun lo ordenado por la Ley, Auto acordado, y Pragmática á este fin expedida ultimamente, dentro del término, y baxo la pena que imponen ; y sin embargo de que no esté tomada, quiere, y consiente el otorgante que no por eso dexé el acreedor de dirigir su accion executiva contra él, y contra todos sus bienes en fuerza de la hipoteca, y obligacion general : que se trabé la execucion en ellos indistintamente : que se embarguen, y vendan á su arbitrio los que le parezca, basta que se bague efectivo pago del principal, decima, y*

costas: y que mientras no se tome, se entiendan, y estimen obligados generalmente los que lo quedan especialmente, para que esté defecto no sirva de obstáculo à la expedición de la execucion contra todos, pasado que sea el plazo; y tomada que sea, no perjudique la obligacion especial à la general, ni ésta à aquella, y use à su eleccion de ambas como le convenga. Con cuya cautela no hay motivo para dexar de despachar la execucion, porque se queda la obligacion en la clase de hipotecaria general, de la que no es preciso tomar la razon, por no mandarlo la Pragmática, ni se infringe ésta, por no prohibirlo; lo qual es menor inconveniente, que el no poder usar de su accion el acreedor contra el deudor, y sus bienes, interin no se registra la escritura; y pues el convenio de los contrayentes es ley, si no se opondrá à ella, como aquí sucede, y como tal debe efectuarse segun se haya hecho; lo que tendrá presente el Escribano.

258 Impide el progreso de la via executiva la excepcion de no estar cumplido el plazo prefinido en el instrumento para hacer la paga, ni la condicion puesta en él: pues hasta que lo estén, ni el acreedor tiene accion à pedir, ni el deudor obligacion à pagar; ni por consiguiente há lugar la execucion, porque mientras se cumple, y verifica, está suspenso su efecto, y la condicion expresa impide que nazca la accion, segun se prueba de la ley 2. tit. 21. lib. 4. Recop. ibi: *Segundo pasados los plazos de las pagas*: y de otras: (1) Previñendo, que aunque el reo no oponga esta excepcion, puede el Juez repeler de officio al actor, como que procede sin accion. (2) Lo qual milita, y se entiende, à menos que se presuma fuga del deudor, ò intervenga otra causa justa para pedir antes que espire el plazo, pues entonces puede el actor usar de su derecho sin esperar à que cumpla, (3) acreditando al Juez el mo-

(1) Ley 1. Cod. de Condition. ex leg. ley Si mandavero, ff. Mandati; ley Eum qui Kliendis, ff. de Verbor. obligat. ley Cedere diem, ff. de Verbor. significat. Rodrig. de Execut. cap. 1. art. 4. n. 31. y 32.
(2) Dicha ley 1. Cod. de Condi-

tion. y ley 1. Cod. Ut acciones, Barr. in leg. Lecta, col. 4. ff. de Reb. credit.

(3) Ley 7. tit. 13. Partid. 5. Rodrig. Suar. in leg. Post rem judicat. limit. 7. n. 2.

tivo que tiene para pedir antes que se verifique el cumplimiento.

259 Pero si el instrumento es puro, y no contiene el plazo de la paga, puede el acreedor reconvenir al deudor diez dias despues de otorgado, como lo dice la ley 2. tit. 1. Partid. 5. al fin: *E si el plazo non fue puesto, debege la dar à voluntad del que la prestó, diez dias despues que fue prestada*: lo qual se entiende, excepto que por la expresion de la causa del préstamo se colija otra cosa de la intencion del mutante, y mutuario, v. g. si fue hecho para cierto uso; pues en este caso, aunque el instrumento sea puro, no puede el acreedor pedir su dinero antes que se cumpla el plazo, ò verifique el uso, como lo advierte el Señor Gregorio Lopez en la glos. 6. de dicha ley.

260 Se admiten en la via executiva las excepciones que tienen su tendencia contra la persona que la intenta, v. g. si es menor, muger casada, hijo de familia, ò estudiante, y no manifiesta la respectiva licencia que el derecho prescribe; ò está excomulgada, ò no se halla nombrada en el instrumento, ò carece de potestad para pedir; y otras de quienes traté latamente en el §. 2. de este cap. y las mencionan *Parlador. lib. 2. Rer. part. 3. cap. fin. §. 1.* y otros que cita, y puede ver el aplicado.

261 Del mismo modo se admite, y há lugar en la via executiva la *declinatoria de fuero*, proponiendose en el tiempo, y terminos explicados en el cap. 1. de este libro, §. 4. num. 186. Y es de advertir, que nunca se entiende excluida esta excepcion, aunque otras lo sean, excepto que la ley la excluya expresamente. (1)

262 Sin embargo de que por derecho antiguo no impedía la execucion la excepcion de estar pendiente compromiso sobre lo que se pedía; oy por el nuestro es obstativa de ella, pues por el hecho de comprometerse las partes, aunque la una tenga sentencia propicia, cesan los efectos de ésta, por ser visto apartarse del derecho que

en

(1) Glos. in Clementin. unic. de fin. part. 5. §. 11. Gom. lib. 3. Var. S. uestr. posses. Parlad. lib. 2. cap. cap. 12. n. 8.

en su virtud le competia; y asi no se debe executar. (1) Y lo mismo procede, quando, en fuerza de sentencia arbitraria se pide la execucion, y no se observan la forma, y requisitos prescriptos por la ley 4. tit. 21. lib. 4. Recop. y expresados en el num. 4. de este cap. pues es nulo lo que en contrario se hace. Pero no obsta à la via executiva la excepcion de *litis pendencia* de otra via executiva, porque en este juicio se procede sumariamente, implorando el oficio del Juez: son compatibles dos vias executivas, y no causan instancia, ni por consiguiente se verifica propriamente la *litis pendencia*; (2) por lo que no es admisible, como dexo sentado en el num. 113.

263 El no estar comprehendida en el instrumento la cantidad, por qué se pidió la execucion, es otra excepcion que la impide, v. g. en el contrato de locacion, y conduccion, si el arrendamiento principal, y expreso espiró, y por el tácito que se subrogó en su lugar, executa el locador al conductor; pues en virtud del primer contrato no se debe proceder por la cantidad del tácito, porque no está inclusa en él. (3) Lo qual se entiende, excepto que en el instrumento se pade que por lo tácito se ha de executar al propio respecto, como dexo sentado en el num. 38. de este capítulo.

264 Lo mismo procede quando el instrumento del contrato en virtud de que se pide la execucion, no es el principal otorgado, y celebrado entre las partes; pues aunque los testigos depongan con citacion del deudor no solo de su tenor, sino de que aquellas dieron potestad al Juez para proceder executivamente, respecto no traerla aparejada las deposiciones de estos, como el instrumento prin-

(1) Parador. ibi. n. 74. Avand. tit. de las excepciones, num. 34. Canario de Execution. instrument. quest. 12.

(2) Sr. Salg. de Regia, part. 4. esp. 7. n. 171. Martha de Jurisdic. tion. part. 4. cas. 177. ex. n. 8. Canar. de Execution. instrum. quest. 33. n. 71. Carlew de Jud. tit. 3. dis. 14.

num. 1.

(3) Ley Item queritur, § Qui impleto, ff. Locati. Avand. ibi. n. 46. Gom. en la ley 64. de Toro. n. 6. Quierr. de Juram. confirm. part. 1. cap. 49. n. 13. Rodrig. de Execution. cap. 1. artic. 4. n. 33. Gom. de Leoa. centur. 83.

principal, no se debe despachar. (1)

265 Es excepcion legitima la del juramento que el lego interpone en las obligaciones, que por no requerirlo para su validacion, y por otros motivos, está prohibido que se interponga en ellas; y lo propio milita quando se somete al Juez Eclesiástico en lo que no debe, pues las tales obligaciones son nulas, y no se deben executar, como lo ordena la ley 11. tit. 1. lib. 4. Recop. ibi: *Defendemos que ningun Lego, Christiano, Judio, ni Moro no haga obligacion en que se someta à la jurisdiccion eclesiastica, ni haga juramento por la tal obligacion junta, ni apartadamente, ni el acreedor lego la reciba so las penas contenidas en las dichas leyes, y que la obligacion no vala, ni haga fé, ni prueba. Y mandamos à todas, y à qualquier Justicias, que no la executen, ni hagan pagar; y à mas de ser nula la escritura, incurra el Escribano que la autoriza, en graves penas que dicha ley le impone, y expliqué en el cap. fin. de mi primera parte num. 21. en donde expresé en qué contratos se puede interponer juramento, sin que el Escribano incurra en pena por admitirlo, ni se anulen por estar ligados con él, y en el 40. de este, qual debe contenerlo para ser executivo.*

266 Son impeditivas de la execucion las excepciones que la moderan, ó al instrumento, en cuya virtud se pide, v. g. la de que el executado no debe ser reconvenido en mas de lo que pueda, de que traté en los num. 163. y 164. de este cap. y asimismo las que aparecen, ó vienen por la naturaleza del contrato como insitas, è inherentes à él, v. g. en el de compra, y venta la de no haberse entregado al comprador la alhaja vendida, ó no haber pagado éste su precio: ó en las fianzas, la de que el fiador que dice pagó por los demás, ó por el principal, no manifiesta el lasto, ó cesion de acciones para acreditar la solucion, y otras semejantes; y la razon es, porque como la accion, y excepcion provienen de un mismo contrato, y fuente; al modo que se admite la una, se debe admitir la otra,

(1) Bart. in leg. 1. ff. de lris, qui in testam. dolent. Paz, tom. 1. part. 4. cap. 3. n. 27.

otra, pues ambas tienen igual vigor guarentigio; por cuya razon no se debe decir que el que o pone la excepcion, vá contra el instrumento; (1) lo qual se entiende probandose unas, y otras en los diez dias legales, y no de otra suerte, pues si requirieran mayor conocimiento, no la impedirán.

267 Lo explicado en el número inmediato se limita en quatro casos: El primero, quando los contrayentes pactan otra cosa. El segundo, quando el executado debe cumplir el contrato antes que el executante. El tercero, quando en él no consta cuál de los dos ha de cumplir primero, v. g. en el de venta, si el comprador ha de entregar el precio antes que el vendedor la alhaja, ò al contrario; en cuyo caso debe mandar el Juez se pongan en deposito aquel, y ésta. Y el quarto, quando la cosa no entregada es el importe de alcabalas, ò otros derechos Reales que tomó en arrendamiento, pues aunque alguna parte de ellas le salgan fallidas, ò se le retarde su cobro por culpa de tercero, y no del executante, si la mayor se le hace sana, y efectiva, no há lugar la excepcion, ni impedirá por consiguiente el curso de la via executiva. (2)

268 Impedirá el progreso executivo la excepcion de reconvençion, si pendiente el juicio se líquida, y hace constar por otro instrumento que traiga aparejada execucion; ò porque el executante confiese de plano ser líquido, y cierto el débito, por que el executado lo hace, y que ninguna defensa tiene contra él: pues fuera de estos dos casos, como exige mayor inspeccion, y conocimiento, no se admite; (3) por lo que surtirá solamente el segundo efecto, que es la prorrogacion de jurisdiccion, como he sentado en el cap. 1. §. 6. n. 245. de este libro.

(1) Ja son in leg. 1. n. 18. Cod. de Juris, & facti ignorant. Aven. dañ. in tit. de las Excepciones, n. 28. Bart. in leg. Ex premissis, Cod. de Action. empt. Parador. dicha part. g. §. 11. n. 25. al 27. Rodrig. dicho cap. 6. n. 14. 15. y 25.

(2) Ley 34. tit. 5. Partid. 5. ley 1.

Cod. de Eviction. y ley Si solutorus, §. fin. ff. de Solutio. Parador. ibi, num. 28. y 26.

(3) Palac. Rub. en la ley 64. de Toro al fin. Diep. Perez en la 4. tit. 8 lib. 3. Ordenam. glos. 1. Gutier. lib. 1. Pract. quest. 112. n. 1. al 3. Rodrig. dicho cap. 6. n. 11.

269 En quanto à si la excepcion de la non numerata pecunia es, ò no admisible en la via executiva; aunque hay dos sentencias contrarias, la afirmativa como verdadera, y comunmente observada en la práctica, es la que se debe seguir, con tal que se pruebe en el término legal, por ser justo, y equitativo se socorra à los deudores, para que no padezcan indebida extorsion; (1) y contra el derecho de gentes, y toda razon el que uno pida lo que no dió, y se enriquezca con detrimento de otro. (2)

270 Pero el deudor debe oponerla dentro de los dos años siguientes al contrato, si no la renunció; en cuyo caso, aunque puede recibir, y tomar en sí el cargo de probarla, incumbe al acreedor la prueba contra ella; mas si la renunció, ò han espirado los dos años, que para su oposicion prefine el derecho, (3) es de su obligacion, y no de la de éste justificar en los diez dias de la ley no habersele entregado el dinero, precio, ò alhaja que se le pide; y en ambos casos si lo prueba, debe ser absuelto. (4) Todo lo qual milita no solo con el diezmo, sino con otra qualquiera cosa, porque versa identidad de razon, y la ley 9. tit. 1. Partid. 5. que se cita lo comprehende todo, como en el número. 23. dexo expuesto.

271 Impide igualmente el curso de la execucion la excepcion que de ella misma puede originarse; v. g. por no haber puesto el Escribano la hora en que notificó su estado, como lo manda la ley 21. tit. 21. lib. 4. Recop. ò por no haberse dado los pregones en el tiempo debido; ò quando se invirtió el orden, y forma legal en hacer la traba; ò se excedió el Alguacil, ò no se observó el estulo del Tribunal: en cuyos casos, y otros semejantes debe admitirse la excepcion, no contra el contrato, ò sentencia, en fuerza de que se expidió la execucion, sino contra el mismo hecho de ésta. (5)

(1) Ley Illicitus, ff. de Offic. Præsid.

(2) Ley Nam hæc natura, ff. de Condition. ind. bit. ley Cum amplius, §. 1s natura, ff. de Regul. jur. y ley Bona fides, ff. Deposit. Rodrig.

dicho cap. 6. n. 12. y 13.

(3) Ley 9. tit. 1. Partid. 5.

(4) Paz tom. 1. part. 4. y cap. 3.

cit. n. 5. Parador. dicho §. 11. n. 51.

(5) Paz loco cit. n. 26.

272 Y ultimamente son obstativas de la execucion qualquiera excepciones que por derecho comun se permiten oponer, quando el acreedor renunció en el contrato el beneficio del real; porque lo que por disposicion legal está permitido hacer, se puede practicar tambien por el pacto de los contrayentes, (1) pues siendo justo, tiene fuerza de ley, y qualquiera puede renunciar lo que se estableció en su privativa utilidad. (2)

273 Lo propio milita con las que el reo podría objetar en la Provincia en que se celebró el contrato, o profirió la sentencia; por la razon expuesta en el n. 30, y con otras legítimas que pueda probar en el término prefinido por nuestro derecho, que son diez embargos (3) previniendo que si las alegare en el proceso, y sin embargos se desestimaren, y fuere condenado, no deben admitirse en la execucion de la sentencia en él proferida, y executoriada, porque les obsta la de cosa juzgada; (4) y el que es repelido como actor, debe serlo como reo.

274 Procediendo á tratar de la tercera clase de excepciones, que son las que no se admiten en la vía executiva, digo que una es la de *Dolo*, (no hablo del *dolo bueno*, ó impropio, que es *discrecion, astucia, y sagacidad para conducirse licitamente, y precaverse, á fin de no ser perjudicado*, por lo que es permitido; sino del malo, propio, y verdadero, que es *falacia, y maquinacion prometida, para seducir, y engañar á otro, á fin de lucrarse en su detrimento, ó damnificarle, y por lo mismo está reprobado*) y la inadmisión de esta excepcion se entiende, excepto que se pruebe haber dado causa al contrato el mismo dolo, pues entonces como es nulo, no se debe executar, porque el derecho resiste la execucion de los que lo son. (5)

(1) Ley fin. Cod. de Fidejussorib. Paz ibi, n. 32.

(2) Ley Si quis in coscribendo, 29. Cod. de Pact.

(3) Commun. DoRor. in leg. Cunctos populos, 1. Cod. de Summ. Trinit. Rodrig. Sarr. in leg. Post rem judicatam, quest. 5.

(4) Innocent. in cap. fin. de Or-

din. cognition. Paal. de Castr. in leg. 1. Cod. eod. tit. Avendañ. in leg. 4. & s. n. 49. Paz ibi n. 35.

(5) Ley 1. ff. de Dolo malo, ley Dolo, ff. de Inanctili stipulation. y Ley 1. §. Dolum, ff. de Dolo malo. Rodrig. de Execution. cap. 6. cit. n. 26. Parlador. dicho §. 1. n. 41. Beguadel. Biblioth. verb. Dolus.

275 De varios modos se comete el dolo: el primero, quando el mismo dolo dá causa al contrato. El segundo, quando aunque al principio no lo haya cometido el doloso; pero no obstante sabed que el obligado goza de excepcion, le demanda, y sigue la instancia; lo que al contrario, ignorando la excepcion, no se presume que lo comete. Y el tercero, despues del contrato; v. g. si por obra, ó culpa del acreedor pierde el deudor el dinero que habia pagado; (1) advirtiendo que quando se procede civilmente, se compeasa un dolo con otro, mas no si es criminalmente. (2) Sobre qual se llama dolo verdadero, y qual presunto, vease el lib. 1. de esta segunda parte, cap. 1. num. 150, y 151.

276 Se puede oponer la excepcion de dolo contra el que lo comete, ya sea varon, ó hembra, y mayor, ó menor capaz de cometerlo, y asi es personal de parte de aquel contra quien se opone; y á veces no solo se puede oponer contra el actor por el suyo, sino por el ageno, en cuyo caso debe el reo deducir, especificar, y probar el dolo de aquel, por el qual está obligado el actor, v. g. el del difunto que daña á su heredero; y de parte del que lo opone, es excepcion *in rem*, de tal suerte, que á qualquiera á quien pasa la cosa sobre que se cometió el dolo, se transfiere tambien la excepcion; v. g. quando se pretende la hurtada por el que la hurtó, ó por el que cometió dolo en la que se pide, pues no se mira contra quien se cometió, sino si se cometió en la que se pretende en juicio. (3)

277 No daña (regularmente hablando) al singular sucesor, ni pasa contra él la excepcion del dolo que su causante cometió, (4) pero esto se limita en quatro casos: el pri-

(1) Ley Eleganter, ff. de Dolo, ley 2. §. Circa 3. y §. Et generaliter, 5. ley Si opera 3. ff. de Doli exception. y ley Viro, atque Uxore, & ibi, glos. ff. Solut. matrimon.

(2) Ley Viro 40. ff. Solut. matrimon. ley Siambo 10. §. 1. ff. de Compensat. Ley Si duo 37. ff. de Dolo malo.

(3) Ley 2. §§. 1. y 2. y ley Apud Celsum, 4. §. Sed etsi mulier. 21. y

§ de Dolo 26. de Doli exception. ley Pomponius, §. Cum quis, ff. de Acquirend. possession. arg. leg. fin. cum ibi notat. Cod. de Reivindicacion. Marant. Specul. aur. part. 6. y tit. de Exception. cit. n. 22. y 23. Angel. y Aretin. in §. Sed iste: vers. Quiero ad extra: Institut. de Action.

(4) Dicha Ley Apud Celsum, §. de Auctoris 27.

primero, quando quiere usar de la excepcion de su causante, ò aunque no quiera, si tiene causa lucrativa, ò quasi, è intenta su accion, y no de otra suerte. El segundo, quando es convenido de su dolo, ò se excepciona contra la parte. El tercero, quando la cosa ha de bolver incontinenti al que le cometió, ò la excepcion está anexa à ella misma. Y el quarto, quando se cometió en la adquisicion de la accion, pues à qualquiera sucesor que use de ésta, obsta la excepcion. (1) Previeniendo, que el dolo del socio daña al consocio; bien que éste tiene el regreso contra aquel. (2)

278 Puede renunciarse, y remitirse por pacto la excepcion de dolo, y el de preterito, mas no el de futuro. (3) Y se advierte lo primero, que si se celebra alguna contrato en que interviene dolo, y para su confirmacion se hace despues otro sin él, y el actor usa del segundo, puede el reo (no obstante éste) oponer la excepcion de dolo que le compete en virtud de primero, porque se presume repetido en el segundo, y que lo hubo para impedir la confirmacion de aquel. (4) Y lo segundo, que si el dolo dá causa para la celebracion del contrato de buena fé, de suerte que sino interviniere, no se celebraria éste, lo irrita; mas no quando no la dá, antes bien es superveniente, ò incidente. (5)

279 No es admisible en la vía executiva contra el instrumento público la excepcion de *lesion en mas, ò menos de la mitad del justo precio*, que en los contratos de venta, arrendamiento, y otros semejantes compete al leso segun derecho, (6) porque exige mayor examen, è indagacion.

Lo

(1) Ley Apud Celsum cii. §§. Si quis, xi. in Hac, 17. y de Auctoris 27. Marant. ibi, n. 24.

(2) Bart. in leg. Si de Commun. ff. Si servitus vindicetor. Marant. ibi n. 26.

(3) Ley Si unum, §. Illud nulla, ff. de Pact. Bart. & DD. in leg. Artellio 20. §. Cuius sejus, ff. de Liberatione legat. Marant. ibi, n. 27.

(4) Paul. de Castr. consil. 172.

col. i. lib. 2. Aimon Cravet. consil. 142. n. 13. Marant. ibi, n. 25.

(5) Ley Si quis affirmaverit, y ley Eleganter, ff. de Dolo. Gom. lib. 2. Var. cap. 2. n. 21. vers. Secundus casus: Reguadel. Biblioth. verb. dolo. n. 4. y 5.

(6) Ley 2. Cod. de Resciscend. vendition. y ley 1. tit. 11. lib. 5. Recop.

Lo qual se limita en caso que se pueda liquidar, y probar en el término legal, pues entonces se admitirá; y probada, impedirá el progreso de la execucion. (1)

280 En quanto à la excepcion de *error de cálculo*, ò número, se distingue; si es material, y propiamente numerico, v. g. si en lugar de decir que deba ciento, dixese ducientos, se debe admitir, porque facil, y demostrativamente se puede deshacer; pero si es sobre la cosa, v. g. quando los apreciadores, ò contadores aprueban la que deben reprobear, ò al contrario; ò le dán mas, ò menos valor, ò estimacion que la que merece, no es admisible, porque requiere mas lata especulacion, y conocimiento, y no se puede liquidar en el término legal. (2)

281 Tampoco debe admitirse en el juicio executivo la excepcion de *division* de la deuda entre los mancomunados; (3) y la razon es, porque hoy están tan claras, y terminantes nuestras leyes recopiladas, que segun se obliguen, quedan obligados, y pueden ser reconvenidos por el todo, ò à prorrata, sin renunciar la Epistola de *Divo Adriano*, ni la *Authentica Hoc ita Cod. de Duobus reis stipulandi*, ni otras, como he sentado en el cap. 4. de mi primera parte adicionada §. 5. n. 153. y 155. Pero si se les demandare por mas de lo que importe su obligacion, podrán excepcionarlo, y probada la excepcion, impedirá el curso de la execucion.

282 Obligandose dos, ò mas de mancomun *in solidum* por el todo, si el acreedor demandare (como puede) à qualquiera de ellos, y el demandado excepcionare que la execucion se debe dirigir contra el otro, porque en él se refundió toda la utilidad del contrato, y que en este concepto por su cuenta, y à sus expensas la siga contra él, no se debe admitir esta excepcion, porque el acreedor mediante la obligacion usa legalmente de su derecho, y no es de su inspeccion, ni le daña el convenio hecho en

(1) Parlador, cap. fin. part. 5. y §. 11. dichos, n. 42. Acev. en la ley 1. tit. 11. lib. 4. Recop. n. 158. Rodrig. dicho cap. 6. n. 26. vers. *Alteram*.

Tom. III.

(2) Ley 1. Cod. de Errore calculi, y ley 19. tit. 22. Partida 3. Parlador. ibi, n. 43. y 44.

(3) Parlador. ibi, n. 45. al 47.

tre los dos, pues este es bueno para que el executado pagando primero al acreedor, use del suyo con el lasto contra su consocio, ò correo, según le convenga. (1)

283 Sobre si en este juicio se debe admitir, ò no la excepcion de *restitutio in integrum* por lesion, ò menor edad, discordan los Autores. Lo cierto, y seguro es, que si se opone por razon de la edad del que es menor, se debe admitir, porque en la exclusion general del beneficio de restitucion no se entiende excluido el que por la edad compete al menor; y si se opone contra la execucion de la sentencia, ò instrumento, cuya justificacion de lesion consta de autos, ò se puede probar incontinenti, que es en el término legal, se debe admitir tambien, y la impedirá; pero si la lesion que motiva la restitucion, no consta de autos, ni se puede probar en el referido término, porque requiere conocimiento mas pleno, ò se pide maliciosamente, no es admisible, ni por consiguiente se debe inmorar, ni retardar por ella el progreso ejecutivo. (2) De lo qual trata con mas extension *Carleval tit. 3. disp. 16. ex. num. 27.* hasta el fin.

284 Aunque según sentir de algunos, no es necesario que el menor pruebe haber sido leso, para que sea restituido, lo contrario es lo veridico, excepto que la lesion conste de los autos; y así no solo ha de alegarla, sino probarla, y tambien su menor edad. (3) Pero en seis casos bastará alegarla el menor, y la Iglesia para que se les restituya: el primero, quando fiaron à alguno; pues por el daño à que están expuestos en virtud de la fianza, se patentiza la lesion, y por sequela se les debe conceder la restitucion. (4) El segundo, si se comprometieron; pues les puede venir perjuicio del compromiso. (5) El tercer-

(1) Parlador. dicho §. 11. n. 48. al 51.

(2) Rodrig. dicho cap. 6. num. 7. Parlador. dicho §. 11. n. 53. y 54.

(3) Leyes 1. y 3. Minorem; ley Alt. prator, 7. §. Non solum; ley Verum 11. §. Scilendum; y ley Quod si minor 24. §. Non semper; ff. de Minorib. ley Minoribus g. Cód. de In

integrum restitut. ley fin. tit. 25. Partid. 3. y leyes 2. y 6. al fin, verb. Porque siempre: tit. 19. Partid. 6.

(4) Dicha ley Alt. prator; y §. Non solum.

(5) Ley Si minor 24. §. unice ff. de Minorib. y ley Labeo 3. ff. de Receptis qui arbitrium.

ro, por haber renunciado tácita, ò expresamente su derecho; (4) porque por la renuncia se disminuye, y son lesos. (2) El quarto, quando por haber dexado de apelar, piden se les restituya de la omision, ò negligencia que tuvieron. (3) El quinto, por haber omitido hacer su prueba en el término concedido à ambos litigantes para este efecto. (4) Y el sexto, por qualquiera acto que exerzcan, y de su naturaleza les es nocivo. (5)

285 Ninguna excepcion que por no ser legitima, desprecie el Juez inferior en primera instancia, debe admitir el Tribunal superior en la causa de apelacion; pero si la que siendo, no admitió, tal vez por causar extorsion al reo executado (6) pues de lo contrario quedaria indefenso, se le irrogaria gravissimo daño, y se procederia injustamente; previniendo que aunque se desprecie en el juicio ejecutivo la que oponga el reo, le queda salvo su derecho para usar de ella en el ordinario, porque aquél no produce la de cosa juzgada en éste, ni presta el mas leve impedimento para él. (7) Y su efecto mas es prescribir, ò señalar el modo de actuar en la defensa, que quitarla. (8)

286 He tratado con la extension, y claridad à mis limitados talentos posible de las excepciones que son, ò no admisibles en la via executiva: paso à explicar en qué término se han de alegar, y probar para que enerven la execucion. Digo pues, que según derecho comun era arbitrario,

(1) Bald. Paul. y Jacob. in leg. 1. Cód. de In integrum restitut. Aflic. In Constitution. Sicillie, rub. 38. n. 22. Acurus. in dict. leg. Alt. prator, y §. Non solum.

(2) Ley Interdum 19. ff. de Minorib. Aflic. decis. 14. n. 2.

(3) Bart. in leg. fin. Cód. Ex quibus causis in integr. restitutio. Alciat. regul. 1. præsumpt. 47. Mori. in Empor. jur. part. 1. tit. 5. in Prælad. n. 8.

(4) Abb. in cap. Subscritata, n. 2. & in cap. Auditis, n. 8. de in integrum restitut. Aflic. decis. 390. Ca-

pic. decis. 109. n. 8.

(5) Alciat. regul. 1. præsumpt. 42. Morla. ibi: Cald. Persic. in leg. Si curatorem, verb. Lapsis: n. 25. Cód. de In integrum restitutio.

(6) Parlador. dicho §. 11. n. 55. al 57.

(7) Bart. in leg. 1. §. Et parvi referat, ff. Quod vi, aut clam. & in leg. 2. Cód. de His que vi, metusve causa sunt. Parlador. dicho §. 11. n. 52. Rodrig. dicho cap. 6. n. 27.

(8) Noguea allegat. 7. num. 66. Parlador. dicho §. 11. n. 51.

rio, por no estar señalado el en que se habian de justificar; (1) pero segun el nuestro, si el reo comparece, y se opone à ella antes que se cite de remate, ò en qualquier tiempo antes de la sentencia, se le ha de haber por opuesto, y encarar à ambas partes el fatal, y perentorio de los diez dias que preñe la ley, (2) à fin de que en ellos aleguen, y justifiquen lo que las convenga, como dexo sentado en el num. 174. Lo qual se observa inquestionablemente en la práctica, por ser conforme à derecho; y se entiendo, ya sean uno, ò mas los executados por un acreedor, y comprendidos en un mandamiento executivo, porque la ley habla indistintamente, y asi todos tienen solamente los diez dias para justificar sus excepciones, y no diez cada uno en este caso.

287. Siempre que hay dos opiniones comunes, y contrarias, es constante debe seguirse la que está mas en uso: (3) porque la costumbre diuturna autorizada por su inconcusa observancia, se estima por tacita convencion de los Republicanos, y tiene fuerza de ley, como elegantemente dixerón los Jurisconsultos *Hermogeniano*, y *Calistrato*: (4) y habiendolas, sobre desde quando ha de empezar à correr el término de los diez dias; la mas usada, y corriente es, que corra, y se cuente desde el de la oposicion, (5) segun lo declara la ley 3. tit. 21. lib. 4. Recop. ibi: *Declaramos, y mandamos que los dichos diez dias corran desde el dia que se opusiere à la tal execucion en adelante* :

288. Sin embargo de lo expuesto, está introducido en algunos Tribunales, que no empiece à correr el enuciado término hasta el dia en que se verifica hecho notorio à entrambos litigantes, al modo que en la via ordinaria sin diferencia; lo qual como mas equitativo debe seguirse segun

(1) Rom. an. consil. 76. Menoch. de Arbitr. centur. 1. lib. 2. cas. 17. num. 7. y 8. Acev. en la ley 19. cit. n. 121. Rodrig. cap. 5. cit. n. 92.
(2) Ley 19. tit. 21. lib. 4. Recop.
(3) Ley 51. de interpretatione 27. ff. de Legib. Parlador. lib. 2. cap. fin.

part. 5. §. 10. n. 3.
(4) *Leyes Diuturna* 33. Sed & ea, que 35. y Nam Imperator, 38. ff. de Legib.
(5) Parlador. ibi. Acev. en la ley 3. tit. 21. lib. 4. Recop.

en esta Corte se practica, por ser tambien conforme à derecho; (1) pues à mas de que en lo propicio, y dudoso se deben ampliar, è interpretar benignamente las leyes, (2) seria duro, y aun iniquo que por no poder, ò no querer el Escribano dar cuenta de la oposicion al Juez, ò hacer notorio el encargo, ò por hallarse imposibilitado, ò ocupado éste ò quedase indefenso el executado, y fuese condenado sin ser oido: lo qual resisten las leyes, y la razon; por lo que hasta que el término se notifica à entrambos litigantes, no debe correr, y la ley recopilada se ha de entender, cesante toda imposibilidad, y fraude, y si por olvido no se hace saber mas que à una parte, no debe correr, y se han de reponer los autos y diligencias posteriores en el estado que tenían quando se admitió la oposicion è hizo el encargo de los diez dias, como lo he visto practicar, para evitar nulidad en las diligencias. Pero se advierte que las notificaciones se deben hacer à costa del reo, al instante que se firma la providencia, aunque no lo solicite, porque se dió à su instancia, y à la solucion de lo que importen, puede ser compelido.

289. Si los diez dias empiezan à correr en feriados, v. g. los de Pasquas, ò otros repentinos, y en ellos espiran, ò se consume su mayor parte, no deben contarse, ni correr hasta el siguiente à él en que cesen, porque así como en ellos se suspende todo procedimiento civil, se cierran los Tribunales, y no se hace juicio, excepto que ocurran las causas urgentes expresadas en el cap. 1. de este libro n. 12: así tambien se debe estimar, y estima suspenso el término legal, mientras duran; (3) lo qual he visto practicar siempre, porque de lo contrario seria ilusoria, è ineficaz la concesion de la ley, y no aprovecharia al executado; à cuyo favor se introduxo para evitar su indefension, pues ninguno debe ser condenado, sin ser oido.

(1) *Ley Petende* 6. Cod. de Temp. por. In integrum restitution. Parlador. ibi Felin. in cap. 2. de mupis petition.

(2) *Ley Quod favore* 6. Cod. ley Tom. III.

Benignus 18. y ley Nulla 25 ff. de Legib.

(3) Castill. en la ley 64. de Toro, num. 84. Parlador. ibi n. 11. Rodrig.

dicho cap. 6. n. 31.
Pp 3