

bienes vendidos, ò adjudicados con el vicio, ò vicios expuestos, pagando el precio en que se efectuó la venta, ò adjudicacion con las costas, è intereses; à lo qual ha de deferir el superior, revocandolas, y muchas veces desiere sin que lo pida; y lo mismo suele hacer, aunque confirme la sentencia de remate, prefiniendole término en este caso, para que dentro de él pague al acreedor la deuda con costas, è intereses. (1) Y si no apela, è introduce la misma pretension ante el inferior, debe mandar lo propio à imitacion del superior, por ser muy honesto, y seguro seguir el buen exemplo de éste, como lo dice el derecho. (2)

354 Pero se duda quanto término tiene (apelando) para introducir la pretension ante el superior; y si ha de ser, ò no con frutos la restitucion; y à lo primero, unos opinan que dentro de dos años; otros que dentro de quatro; y otros dicen que en qualquier tiempo que lo intente, lo manda el superior. Y à lo segundo discordan tambien; pero *Carleval de Judic. tit. 3. disp. 24. num. 9.* es de parecer que se debe dexar al arbitrio del Juez, el qual, atendidas las circunstancias del caso, proveerá lo conveniente; y me adhiero à él.

355 El tercero, quando el fiador del principal deudor compra en pública subasta los bienes de éste, sin que haya fraude, ni lesion, ni falte solemnidad legal; en cuyo caso si el deudor apela, se debe revocar la venta por la accion de dolo, restituyendo al fiador el precio que dió, porque como dexo expuesto en los num. 319, y 323. el que compra los bienes del que fió, cometió dolo, y debe restituirlos con frutos, pues la fianza trae su origen de gracia, y amistad; y el fiador como acreedor segundo del deudor, parece que mas los compra por defender, y preservar su derecho, que por adquirir el dominio de ellos. (3)

356 El quarto, quando se vendieron à un extraño con to-

(1) *St. Covarr. y Parlador.* ubi proxime. *Rodríguez ibi.* num. 55. *Paz.* tom. 1. part. 4. cap. 3. n. 48.
(2) *Ley Nam Imperator* 38. ff. de *Legib. ley 3. Cod. cod. tit. y cap. In causis 19. de Sententia, & re*

judic.
(3) *Ley Cum secundus* 5. §. *Si secundus;* y *ley Cum posterior* 6. ff. de *Distraction. pignor.* *Parlador.* dicho §. 16. n. 17.

todos los requisitos legales, pero el deudor apeló de la sentencia de remate, y se revocó; en cuyo caso dicen varios Autores que si los bienes están entregados, se deben mandar restituir con frutos; pero *Acevedo en la ley 19. tit. 21. lib. 4. Recop. num. 139.* afirma que revocada la sentencia de remate, si el acreedor tiene los bienes, los debe restituir al deudor, y si los tiene algun tercero, y el acreedor percibió solamente su precio, debe ser condenado éste à restituirlo doblado; y sobre todo que se debe mirar, y observar en todo el tenor de la sentencia revocatoria; y que si los bienes vendidos son de menor de veinte y cinco años, y le conviene mas poseerlos, que tener su precio, y de lo contrario se le irroga grave daño, se le deben entregar, restituyendolo, aunque con buena fé los haya comprado un tercero. (1)

357 Y el quinto caso es, quando un tercero los compró con mala fé, y en la subasta intervino lesion enorme, ò enormísima, ò en mas, ò menos de la mitad del justo precio; ò no se observaron en la execucion las solemnidades legales. En cuyo caso se debe revocar la sentencia, y restituir al deudor sus bienes, satisfaciendo al comprador el precio que dió por ellos, con las costas. (2) El que apetezca mayor instruccion lea à *Carleval en la disp. 24. cit. per tot. à Gutierrez lib. 2. Pract. quest. 161. à Acevedo en la ley fin. tit. 21. lib. 4. Recop. n. 124. y sig. y à Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 16.* y saciará su deseo. Lo explicado hasta aqui concierne à la venta de bienes raíces: por lo tocante à la de muebles vease la nota puesta à continuacion de la obligacion con hipoteca estendida en el cap. 4. de mi primera parte §. fin. num. 174.

(1) *Ley Si ex causa* 10. ff. de *Minorib. Gom. lib. 2. Var. cap. 14. n. 6. vers. Item quæro.*

(2) *Ley 1. Cod. Si venditor pignore agatur. Negusane. de Pignorib. part. 6. membr. 1. a. 18.*

§. VI.

DEL TERCERO OPOSITOR
à la via executiva.

358 **S**ucede muchas veces que en el discurso de la via executiva sale un tercero oponiendose à ella, y pretendiendo impedir su progreso: y para instruccion del principiante tengo por util explicar lo primero, *quál se llama tercero opositor, y quantas clases hay de ellos.* Lo segundo, *en qué tiempo, y ante qué Juez se ha de hacer, y admitir la oposicion: y qué basta para que sea admitida.* Lo tercero, *si los autos se deben seguir, ó no en el estado que tienen al tiempo que la oposicion se hace.* Y lo quarto, *quando por ella se suspende, ó no la via executiva:* de cuyos particulares paso à tratar por su orden con la posible claridad.

359 Al primero digo, que es llamado *tercero opositor* el que se opone à la execucion, ya sea solicitando ser preferido al executante en la solucion de su credito; ó alegando ser suyos los bienes executados, ó que tiene derecho en ellos; (1) y que los Autores distinguen tres clases de terceros opositores, una de los que salen coadyuvando el derecho del executante: otra, de los que auxilian el del executado: y la otra de los que se oponen por el suyo privativo, è intentan excluir no solo el del actor, sino tambien el del reo. (2)

360 Al segundo digo, que el tercero ha de hacer la oposicion ante el Juez que entiende en la causa executiva, el qual la debe admitir, ya se haga en el progreso de ésta, ó despues de sentenciada, y la execucion se haya despachado en virtud de sentència, ó de instrumento, con tal que

(1) Ley 3. tit. 27. Partid. 3. Sr. Salg. part. 1. Labir. cap. 16. n. 22. y 43.

(2) Pedro Barbosa en la ley Si am 12. n. 16. vers. Pro vera igitur.

y en la Titia 37. n. 7. ff. Solut. matrimon. Cancr. part. 2. Var. cap. 16. Sr. Covar. Præc. cap. 13. Carley. tit. 3. disput. 12. n. fia.

que no esté hecho el pago, ó dada al comprador la posesion de los bienes executados, y vendidos; (1) y tambien aun quando esté prescripto el derecho de executar, sino lo está el que define la ley para pedir en via ordinaria; (2) pues en todos estos tiempos está permitido hacerla.

361 Digo tambien que no solo puede hacer la oposicion à la execucion ante el Juez originario de la causa, sino ante el mixto executor, el qual si el tercero alega que los bienes executados son suyos, y no del deudor, no solo puede conocer de la excepcion, sino definirla, sin necessitar remitirla al Juez originario, ó requirente: y la razon es, porque por esta excepcion no impugna la sentència, y solo la modifica. Pero si la que alega, toca à la sentència, ó causa principal, ó dice de nulidad de aquella, ó del instrumento, ó que debe ser preferido al executante, debe admitirla, è instruir la, y remitirla al Juez requirente para que la defina; mas no definirla por sí, porque aunque no impugna directamente, la sentència la impugna por medio indirecto, y la decision de esto toca al Juez que la profirió. (3)

362 Y asimismo digo que para su admision basta la simple narrativa del derecho que le compete, y que no se debe mandar al opositor que dé informacion sumaria de él, ni compelerle à que traiga los testigos à la presencia del Juez, pena de inhabilitacion de oficio al que lo mandare: antes bien se ha de recibir el pleito à prueba con término ordinario por via ordinaria. (4) Lo qual se entiende, excepto que el Juez conozca que la oposicion es maliciosa, y tiene solamente su tendencia à deferir, ó impedir la execucion, pues en este caso no debe admitirla, sino antes bien proseguir la via executiva, dando el acreedor la correspondiente caucion, y seguridad. (5)

363 Al tercero digo que quando el tercero opositor coad-

(1) Sr. Valenzuel. consil. 9. y 150. Sr. Covar. Præc. cap. 16. n. 5. Cur. Phillip part. 2. §. 26. n. 2.

(2) Ley 6. tit. 15. lib. 4. Recop.

(3) Sr. Larrea decis. 82. n. 3. al 9. Carley. tit. 3. disp. 17. n. penult. y

ultim.

(4) Ley 41. tit. 4. lib. 3. Recop.

(5) Rodrig. de Execution. cap. 8. n. 3. Sr. Covar. dicho cap. 16. n. 2.

Carley. tit. 3. disp. 12. n. 16. Parla-

dor. part. 5. y §. 11. dichos n. 60.

644 FEBRERO DEL JUICIO EXECUTIVO.

coadyaba el derecho del executante, ò executado, debe tomar, y proseguir el juicio en el estado en que lo halle, sin ser necesario promoverlo de nuevo, porque sería eternizarlo; (1) pero si se opone por su propio derecho, no está obligado à ello sino quisiere, antes bien se ha de principiar del mismo modo que no se hubiera instaurado. (2)

364 Y al quarto, y ultimo digo que la oposicion del tercero no suspende el curso de la via executiva simple, y absolutamente, sino solamente en dos casos; el primero, quando expone, y acredita legal, y sumariamente que los bienes executados son suyos; en cuyo caso se le han de entregar, y luego proceder contra los del executado, segun con legal apoyo dexo sentado en el número 125. de este capitulo. Y el segundo, si al tiempo de oponerse manifiesta instrumento que trae aparejada execucion, y no en otros términos; (3) por lo que no manifestandolo, debe usar de su accion en via ordinaria, y seguirse la executiva, haciendo pago al executante, dando precisamente ante todas cosas fianza de bolver, y restituir lo que en aquella se juzgare, y sentenciare, porque la variacion del juicio fue para proceder, y no para decidir. (4)

365 No milita lo expuesto en el segundo caso del numero inmediato, quando la muger se opone por su dote legitima, y numerada, porque como por ella la compete el privilegio de prelación, no solo se ha de suspender el juicio executivo; sino tambien la entrega de los bienes al que executa à su marido por deuda, à que no está obligada, y darsela estos en prenda, ò bolverse los, si en ellos, se trabó la execucion, y se depositaron en tercero, hasta que su terceria se decida, baxo la obligacion, y fianza de retenerlos integros, è ilesos à disposicion del Juez que de ambas causas conoce, y restituirlos siempre que se lo mande; y los acreedores prueben la preferencia de sus creditos

(1) Ley 15. tit. 10. lib. 4. Recop.
(2) Gall. lib. 1. observat. 70. y
71. Sr. Covar. Práct. dicho cap. 13.
ley. disp. 12. dicha, n. final.
Sr. Greg. Lep. en la ley 11.
dich. 3. glos. 1. Rodrig. di-

cho cap. 8. n. 12.
(4) Ley A. Divo Pio, §. Si supe-
rebus, ff. de Judic. ley. 6. tit. 10.
Partid. 3. verb. *Empere*. Cur. Phi-
lip. dicho §. 26. n. 11. Raz. part. 4.
cap. 4. n. 7. tom. 1. Prax.

à la dote; (1) lo qual se entiene en los terminos explicados en el §. 3. n. 131. de este capitulo, y no en otros, pues asi se practica en esta Corte.

366 Instituyendo el deudor por heredero à un acreedor suyo: si éste acepta la herencia con beneficio de inventario, lo hace legalmente, y luego le executa como tal heredero otro acreedor de su instituyente, ¿se pregunta, si oponiendose à la execucion se suspenderá la via executiva? Para cuya resolucion se presuponen dos casos: el primero, si se opone como reo, excepcionando que los bienes son suyos, y no de la herencia, y que todos se han consumido en satisfacer à los acreedores anteriores, y entre ellos à sí propio como uno de ellos; en cuyo caso acreditando en los diez dias de la ley la satisfaccion con documentos legitimos, y manifestando tambien el inventario solemne, (pues no basta ofrecer probarla por testigos, porque se presume falsedad, quando se puede probar instrumentalmente) debe ser absuelto, y no molestado, porque no está obligado *ultra vires hereditarias*; pero si en el término referido no acredita la excepcion en la forma propuesta, se ha de continuar la execucion en los bienes, como que son de la herencia. (2)

367 Y el segundo es, quando se opone no como reo, sino como actor, al modo que si viviendo el difunto le executase otro acreedor, se opondria como tercero: en cuyo caso se ha de nombrar defensor à los bienes, entenderse con él todas las diligencias executivas, y suspenderse la execucion; porque el heredero con beneficio de inventario tiene la representacion de tal, y la de acreedor, por cuya razon no se confunden las acciones que por los dos respetos le competen, como se prueba de la ley *Scimus* 22. §. 9. *Cod. de Jure deliberandi*, que dice: *In computatione autem patrimonii damus ei (habla del heredero) licentiam excipere, & retinere quidquid in funus expendit, vel in tes-*

(1) Ley Ubi adhuc, *Cod. de Jura*
dot. ley 41. tit. 4. lib. 3. Recop.
Cur. Philip. num. 11. dicho Rodrig.
ap. 8. cit. n. 10.

Tom. III.

(2) Ley *Scimus* 22. §. Etsi pra-
factam 4. y §. Sin vero creditores 5.
Cod. de Jure deliberandi. Carley. ti-
tul. 3. disp. 13. n. 3. al 6.

Ss 3

tamenti insinuationem, vel in inventarii confessionem, vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit sese persoluisse. Si vero, & ipse aliquas contra defunctum habebat acciones: non hæc confundentur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam: temporum tamen prerogativa inter creditores servanda: y así le es mas util oponerse como actor, que como reo, porque como reo, à mas de no hacer que cese la via executiva, será condenado, si no prueba sus excepciones en los diez dias de la ley, y como actor, no solo la suspende, sino que tiene término mucho mayor para justificar su accion, del mismo modo que si no fuera heredero. (1)

368 Estando executando al deudor un acreedor hipotecario, si antes de la sentencia, y su execucion ocurre otro tambien hipotecario en los bienes executados, ó personal privilegiado, acreditando ser preferido al executante, y pretendiendo se le haga pago primero que à éste; dicen algunos: (2) que no se suspenderá la execucion, y venta de los bienes, y que antes bien se subastarian, y de su valor se ha de satisfacer al tercero su credito, como privilegiado; y si algo sobrare, entregarse al executante que obtuvo antes la sentencia, pues no se atiende al tiempo de ésta, sino al del contrato, y obligacion, y el que es primero en tiempo, lo es en derecho; por cuya razon el acreedor anterior aunque el plazo de su credito no esté cumplido, puede oponerse à la execucion hecha por el posterior, y pedirlo, si para ello tiene causa legitima, v. g. ser sospechoso de fuga el deudor; carcer de bienes suficientes para reintegrar à entrambos, ó temer con solido fundamento que todos se consuman con el executante.

369 Pero otros afirman que se debe suspender la venta hasta que se concluya el pleito de preferencia, excepto en tres casos; el primero, quando el deudor es idoneo, y como tal tiene bienes equivalentes para satisfacer à entrambos acre-

(1) Marescot. lib. 1. Var. c. 37. y lib. 2. cap. 12. n. 25 y 26. Sord. decis. 92. num. 7. y consil. 7. n. 31. lib. 1. Carlew. disp. 13. dicha n. 7.

(2) Giurb. decis. 61. n. 2. 6. 7. y 18. Cost. de Reintegr. distinct. 95. num. 6. y 8. Marescot. lib. 2. Var. cap. 121. n. 3. Cur. Philipp. part. 2. §. 26. a. 9.

acreadores; en cuyo caso justificando la idoneidad, no se impide la execucion primera por la oposicion del tercero. El segundo, quando ésta es calumniosa, y hecha unicamente con el fin, y objeto malicioso de retardar la execucion; pues entonces no solo no la impide, sino que no se debe admitir. Y el tercero, quando el primer acreedor no pretende que se pague, sino que se vendan los bienes embargados, para hacerle el pago de su credito de lo que produzcan, porque tiene mejor derecho: en cuyo caso ninguno de los dos puede impedir la venta, ni debe dexar de hacerse, aunque el uno la contradiga, por ser util à entrambos; (1) y à esta opinion me inclino. Pero si el acreedor segundo ocurre despues de celebrada la venta, y pagado el primer executante, no se impedirá, antes bien tendrá que seguir la via ordinaria contra él como poseedor de los bienes del deudor, à la executiva contra éste, si algunos le quedaron. (2)

370 Si despues de cumplido el plazo de la escritura de un acreedor, y estando executando al deudor, ocurre otro acreedor de igual clase, cuyo credito en la obligacion es anterior, pero en el plazo del pago posterior al del executante, y disputan ambos sobre qual de los dos debe ser preferido, lo será el primero en la obligacion, no obstante ser el ultimo en el tiempo destinado para la solucion, en caso que el deudor sea sospechoso de fuga, ó carezca de bienes suficientes para satisfacer à entrambos, ó vaya consumiendo su patrimonio; y la razon es, porque como tiene causa legitima para pedir su debito antes del plazo, y la obligacion es anterior à la del otro, se entiende haber espirado éste, y se retrotrae la obligacion al dia en que aquel se contrajo. (3)

(1) Carlew. tit. 3. disp. 12. n. 5.

(2) Carlew. tit. 3. disp. 12. n. 5.

(3) Ley A. divo Pio cit. §. Si post additum pigas 6. Se. Greg. Lop. en la ley 11. tit. 14. Partid. 5. glos. 1. Carlew. ibi, num. 3. Parlad. lib. 2. part. 5. cap. fin. §. 10. n. 24.

(3) Ley 1. ley Qui balteum 9.

§. 1. ley Potior 11. §. Videamus 1. y ley Lucius Titius 18. ff. Qui potiores in pignore habentur, y ley Quis situm 14. ff. de Pignorb. Rodrig. Suar. en la ley Post rem judicam, limit. 7. n. 4. Fagnan. de Pignorb. part. 4. n. 15. Rodrig. de Execution. cap. 8. n. 6. al 8.

371 Admitida la oposicion del tercero, se debe conferir traslado de ella al executante, y executado, recibirse la causa, à prueba, si fuere necesario, y seguirse la preferencia en via ordinaria; porque en este caso se consideran dos juicios, uno executivo del acreedor contra el deudor, y otro ordinario sobre prelacion entre los acreedores, que no puede ser executivo, à causa de no estar obligado el uno al otro, y carecer de accion por este defecto para proceder executivamente entre sí; por lo que mientras se controvierde su preferencia, se ha de suspender la via executiva, y aunque ocurran al juicio por su propio derecho otros opositores, no suspenderá su curso la nueva oposicion, y asi se podrá continuar, y decidir la causa, y executar la sentencia, dando primero el opositor (si se declarase su preferencia al executante) la fianza de acreedor de mejor derecho, que expliqué en el cap. 4. de mi primera parte adicionada num. 149. y estendí en el numer. 187. y el acreedor segundo seguirá la causa hasta su conclusion. Pero lo que he visto observar en la práctica como mas equitativo, y menos dilatorio, y costoso, es, seguirla con todos, y guardarlos en una sentencia, y asi se debe hacer.

372 Se ha de executar baxo de una de las fianzas de Toledo, ò Madrid sin embargo de apelacion, y nulidad, la sentencia dada en el juicio executivo, en que hubo oposicion de uno, ò mas terceros, quando estos salieron auxiliando el derecho del executante, ò executado; y la razon es, porque la suspension de la via executiva en quanto à ellos fue solo en el modo, y orden de proceder, mas no en lo tocante à la decision. (1) Pero no sucederá así, en caso de que hayan salido por su propio derecho, porque la causa como de prelacion se convirtió de executiva en ordinaria, por lo que no habrá lugar la execucion de la sentencia hasta que se executorie, ò consenta. Y si el tercero, ò terceros no manifestaren su derecho en el término ordinario que el Juez les preña; y el executante fuere preñido, se bolverá luego à seguir la via executiva, y à sen-

(1) Leyes 2. y 19. tit. 21. lib. 4. y ley 41. tit. 4. lib. 3. Recop. Cur. dicho §. 20. n. 13.

sentenciar la causa de remate de los bienes executados. (2)

373 Aunque la hipoteca, y obligacion de bienes vinculados se contraiga en virtud de facultad Real, y con las clausulas mas eficaces, siempre es, y se entiende subsidiaria, y solo produce efecto en quanto à ellos, quando los libros del poseedor que la contrajo, no son suficientes para el integro pago del acreedor; y asi es indispensable la previa, y plenaria excusion en estos, especialmente si se ligaron juntamente con aquellos, porque el mayorazgo se gradúa, y estima en dicho caso como fiador de indemnidad; y éste segun derecho, (2) solo debe ser reconvenido subsidiariamente, que es en defecto del principal, y despues de hecho excusion en sus bienes, como en el cap. 4. de mi primera parte, §. 7. n. 159. he sentado.

§. VII.

*QUANDO DEBERA, O NO SER
condenado en las costas del pleito, y pagar
decima de la execucion el exe-
cutado.*

374 **C**omo se deben al vencedor las costas, ò expensas hechas en los pleitos, unas por su victoria, otras por la temeridad de su adversario, (3) y otras por su contumacia, y retardacion del proceso; (4) se sigue de aquí que en todos los executivos, y ordinarios debe ser condenado en ellas (regularmente hablando) el vencido,

(1) Rodrig. cap. 8. cit. n. 12. Paz in Prax. part. 1. cap. 4. n. 7. Cur. Philip. ibi, n. 23. dicho.

(2) Ley Si Magistratus 1. y ley Adversus 4. Cod. de Magistratib. conveniend. Sr. Salg. Labir. part. 2. cap. 5. per tot.

(3) Ley Eum, quem temere, ff. de Judic.

(4) Ley Sancimus, Cod. de Judic. y ley Non ignorat, Cod. de Fructib. & expens. Rebuf. de Expens. artic. 1. 2. y 3.

do, (1) no solo por la sentencia definitiva, sino tambien por la interlocutoria, sin esperar à que aquella se profiera; (2) y la razon es, para reprimir, y castigar su calumnia, y malicia en haber litigado, sabiendo no tenia derecho para ello; (3) y lo propio se debe practicar quando maliciosamente difiere presentar el instrumento que tiene, con vista del que se podrá finalizar el pleito, pues por su dolo debe ser condenado en las que con esta malicia causó à su adversario. (4) Estas expensas se entienden unicamente las hechas en el pleito, y no otras, porque el oficio del Juez no se amplía à los daños extrinsecos fuera de él, bien que si se pactan expresamente las personales ocasionadas por el pleito fuera de su casa, deberá pagarlas. (5) Y se entiende tambien pidiéndolas el vencedor, pues aunque el Juez puede condenar de oficio en ellas al vencido, (6) no está obligado precisamente à hacerlo à menos que aquel lo pida; (7) y por esta razon en las demandas, contextaciones, y en otros pedimentos se pone à su final la clausula: *pido justicia con costas*; y à veces suele pedirse juntamente con la pretension principal la condenacion en ellas. Pero es de advertir lo primero, que el Abogado que defiende su propio pleito, y obtiene con costas, no debe exigir las de su honorario, como si fuera litigante ex-

(1) Dicha ley Rom: quem: ley Properandum, §. Sin autem, Cod. de Judic. leyes 8. tit. 3. y 8. tit. 22. Partid. 3. ley 14. tit. 8. lib. 2. y leyes 7. tit. 17. y 1. tit. 22. lib. 4. Recop. Authent. Et generaliter, §. 1. Cod. de Episcop. & Cleric. cap. Finem litibus, de Dolo, & contumacia, y cap. Calumniam, de penis.

(2) Glos. in dict. cap. Finem litibus, & ibi Panormitanus, & DD. Jason in dict. leg. Properandum, y §. Sin autem. Sr. Covar. Pract. cap. 27. n. 1. y 2.

(3) Text. cit. y cap. Calumniam, de penis.

(4) Cin. en la ley 1. Cod. Ut que

desunt Advocat. Marant. in specul. part. 4. n. 7. memb. 7. n. 2. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 18. n. ultim.

(5) Ley Ut fundus, ff. Communi dividund. dicha ley Sancimus, y ley penult. Cod. de Fructib. y glos. fin. en la ley 1. & ibi Bart. ff. de Alienatio judic. Parlador. lib. 5. c. fin. part. 5. §. 18. n. 10. 11.

(6) Arg. leg. *Adiles*, ff. de *Adilitio* edit.

(7) Glos. verb. *Expensis*, & ibi DD. in cap. fin. de Rescript. Señor Covar. ibi, num. 5. Acev. in Rubr. tit. 2. lib. 4. Recop. n. 25. Paz toum. y temp. 1. part. 4. n. 37.

traño. Y lo segundo, que si el Abogado, Notario, ò Procurador defienden graciosamente à alguno por ser pobre, no podrá exigir éste de su adversario el importe de los derechos que competian à aquellos, (bien que ellos podrán llevarlos, una vez que es el adversario, y no su parte el condenado) pero si le defendieron no por piedad sino por amistad, puede exigir para sí dicho importe, porque de otra suerte está obligado à compensarles, ò les tiene compensado su trabajo en la defensa. Sobre lo qual vease à *Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 18. n. 12. al 14.*

375 Lo explicado en el número inmediato se limita quando el vencido tuvo causa justa para litigar, v. g. incertidumbre del hecho; verdad ignorada; ser poseedor con buena fé, y título hereditario de la cosa litigiosa; estár ambiguo, y obscuro el punto; haber hecho el juramento de calumnia, y no sido temerario en litigar, y no de otra suerte; ò quando probó su intencion con testigos, y sin embargo, fue condenado por haber sido repelidos por razon de sus personas; y en otros semejantes, que por ser de hecho, no se puede dar regla fija, por lo que se dexan al arbitrio del Juez; (1) pues en ellos no se le condenará; pero en el de no tenerla, ha de ser condenado en ellas, y tasarlas el mismo Juez, mandando primero al vencedor que jure quanto importan, y moderandolas, si atendida la qualidad del negocio, y el estado, y condic'ion de las personas, fueren excesivas: (2) bien que hoy se tasen con arreglo al arancel real. Pero se pregunta ¿si el Procurador como dueño de la instancia deberá pagar al Juez, Abogado, Escribano y demás subalternos del Tribunal los derechos que éstos devengaron en defender à su principal: y tambien las costas causadas à su contendor, en caso que por litigante temerario sea condenado en ellas? Y res-

(1) Ley 8. tit. 22. Partid. 3. cit. & ibi glos. 2. y 3. Parlador. part. 5. dicha, §. 18. n. 4. y 5.

(2) Dicha ley Sancimus: ley 1. tit. 14. lib. 3. del Fuero Real, ley 5. tit. 3. y 3. tit. 22. lib. 4. Re-

cop. Authent. Post jurjurandum, Cod. de Judic. Authent. de Judicis, §. Oportet, collat. 6. cap. ultim. de His que vi. metusvè causa, cap. Olim, de injuriis.

pondo que si le defienden por encargo particular del mismo Procurador, debe satisfacerles sus derechos, porque por el hecho de buscarlos para su defensa, y encargarsela, y no tratar con el principal, es visto tomar en sí la obligación de su solución, pues por su orden, y respecto le defienden; lo qual procede aun quando el poder dante le relieve de su pagamento en el poder, porque esta relevación es para otro efecto; y así le podrán apremiar à él, dejándole el regreso contra su principal, del qual sino tiene satisfaccion, no debe admitir el poder. Pero si ellos lo hacen por encargo de éste, no tendran accion contra el Procurador, porque éste no los buscó, ni por consiguiente se obligó à cosa alguna. En quanto à las costas causadas à su contendor, digo que en ningun evento tendrá accion contra el Procurador: lo primero, porque éste no litigó con él, ni hizo su negocio, sino el de su principal como su mandatario, ni se constituyó su fiador, ni se obligó à las resultas del juicio, ni à otra cosa. Lo segundo, porque las costas son accesorias à lo principal, y como tales lo siguen: y contra quien se dá la accion por aquel, se dá por éstas, y así debe dirigirla el contendor contra el poder dante. Lo tercero, porque si no tiene satisfaccion de su adversario por su insolvenia, y cree que debe ser condenado en costas, puede pretender antes de la contextacion que dé fianza de estar à derecho, y pagar juzgado, y sentenciado, como tengo expuesto en el cap. 11. n. 20. de mi primera parte adicionada; y no dandola, que se le deniegue la audiencia, y sobre ello formar artículo, cuya excepcion dilatoria se le admitirá y si el poder no es bastante, pretenda que lo presente como corresponde segun las leyes 2. tit. 24. lib. 2. y 3. tit. 2. lib. 4. Recop. lo mandan, y hasta que lo execute no responda; pues de no practicarlo, es visto contentarse renunciar este auxilio, y que solo quiere repetir contra él despues de sentenciado el pleito; y así echese asimismo la culpa de su omision. Lo quarto porque de permitirse esto, resultaria detrimento al público el que se debe evitar, porque prepondera al particular de uno, à otro litigante que suele obtener con costas, pues no habria quien admitiese de-

deres con semejante gravamen, y se cortaria la sociedad, y comereio, e impediria por un medio indirecto el uso de las acciones à los individuos de la republica, y especialmente à los ausentes, que por su ausencia estan imposibilitados de seguir las por sí en los Tribunales competentes. Y lo quinto, porque el que se llame dueño de la instancia al Procurador, y lo sea, no sirve para otro efecto, que para el de que se substancièn con el las diligencias del proceso: pueda ser apremiado con facilidad como que assiste al tribunal; à la devolucion de los autos: se eviten gastos indebidos al colitigante, y sean interminables los pleitos; pero no es dueño de la accion, ni cosa litigiosa, y así como no puede demandarle, ni ser demandado por ella, tampoco por las costas del proceso en que se ventiló, pues el juicio se debe cumplir, y executar contra el principal, ò sus fiadores y no contra el podatario, ò personas, excepto que este siga el pleito sin tener poder suyo, como lo dice la ley final tit. 5. Partid. 3. Este es mi sentir sin embargo de quanto en contrario maquine el voluntario capricho de algunos preocupados. El que quiera saber en qué casos queda, ò no obligado el Procurador, acabado su oficio, yea à *Gutier. de Tutel. part. 2. cap. 13. ex n. 10.* que los trae individualizados, y por no importar al Escribano su pericia, omito explicarlos.

376 Supuesto como legal lo referido, digo que en los pleitos executivos, (respecto carecer de causa justa para litigar el executado, ya se haya despachado la execucion en virtud de confesion, sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, executoria, instrumento guarentigio, ò de otro documento de los que expresé en el n. 2. de este capítulo, que la traiga aparejada) sentenciándose la causa de remate, no solo debe ser condenado en las costas procesales, sino tambien en pena de su morosidad en la decima parte, y no mas de la deuda, porque se expidió el mandamiento executivo; cuya decima debe satisfacer en la misma especie, porque se pidió y despachó la execucion, v. g. si por dinero, en dinero, si por trigo, en trigo &c. y no en otra al Alguacil que le executó, en el caso solo de haber con-

tumbre de exigirla. (1) esta costumbre se entiende del lugar en que estubieren los bienes executados, ò en el del domicilio del executado, y no del juicio, y así aunque en este la haya de llevarla, sino la hay en los otros, no se debe cobrar; (2) y prescribe en el fuero secular por diez años entre presentes, y por veinte entre ausentes; y en el eclesiastico por quarenta indistintamente entre éstos, y aquellos. (3) Bien entendido, que la décima del Alguacil es por todos sus derechos; pues llevandola, no debe percibir mas, aunque salga fuera de la Corte, y dentro de las cinco leguas de su rastro à hacer la execucion; y si lleva salario asignado, no le corresponde, ni debe exigirla. (4)

377 Mientras el acreedor no esté pagado de su credito, ò se dé por contento de su importe, ò conceda espera al deudor, ò se convenga con él; ò no quiera continuar la execucion, siendo requerido à este efecto por el Alguacil que la hizo, no se debe pedir la décima; pero verificandose alguna de estas cinco cosas la puede exigir; por lo que si los bienes del deudor vendidos no alcanzan à cubrir la deuda, se ha de cobrar à prorratea del precio de lo que se pagare, y no del residuo, hasta que se pague, ò concierte. (5) Y si el mandamiento executivo se dirige contra varios por diversas deudas, ò contra un deudor por distintas cantidades, se devenga, y puede llevar la décima respectiva, ò el salario integro de cada una, (6) porque se contemplan, y son muchas execuciones. Y se previene que es nulo, ò ineficaz el concierto que el executor haga con el

(1) Leyes 7. tit. 21. y unica tit. 31. lib. 4. Recop. Parador. lib. 2. cap. fin. part. 6. §. unic. n. 1. y 4.

(2) Ley 31. tit. 4. lib. 3. Recop. ley Nisi opinatores, Cod. de Exactorib. tributor. ley Form. censuali. ff. de Censib. y ley Rescriptum; §. fin. ff. de Munerib. & honorib. Rodrig. de Execution. cap. 7. n. 21. al 24. Parador. dicho §. unic. n. 2.

(3) Ley 5. tit. 2. Partid. 1. & ibi glos. 4. Rodrig. dicho cap. 7. n. 23. Parador. dicho §. unic. n. 6. y 7.

(4) Ley 7. tit. 21. ley 1. cap. 8. tit. 30. y ley unica tit. 31. lib. 4. Recop. Rodrig. cap. 7. cit. n. 12. Parador. dicho §. unic. n. 16.

(5) Ley 31. tit. 4. y ley 10. tit. 6. lib. 3. y leyes 7. tit. 21. y unica, tit. 31. lib. 4. Recop. Cur. Phillip. part. 2. §. 23. n. 9. Rodrig. cap. 7. dicho, n. 14. y 15. Parador. part. 6. §. unic. n. 17. al 19.

(6) Gom. lib. 3. Var. cap. 11. num. 116. cerca del fin. vots. *Sextus affectus*. Cur. Phillip. ibi, n. 68.

acreedor sobre la décima, ò otros derechos de execucion: (1) de que se deduce à contrario sensu, que haciendolo con el deudor, valdrá. 378 No debe pagar décima el executado en diez casos: el primero, quando en virtud de apremio judicial se da posesion de sus bienes à su acreedor, para que se reintegre de su credito, porque falta el orden del juicio para devengarla, y no es necesario. (2) El segundo, quando algunos de sus acreedores se oponen à la execucion incohada por otro, pretendiendo ser preferidos à éste, ò entre sí, pues entonces solo la debe de la cantidad porque fue realmente executado, aunque para el pago de todos se estimen los bienes por árbitros. (3) El tercero, quando forma concurso, ò hace cesion de todos sus bienes en manos del Juez, à fin de que con ellos satisfaga à sus acreedores segun su prelación, porque en este caso no solo falta el orden del juicio para devengarla, sino que à devengarse, mediante no tener bienes para todos, se verificaria no satisfacerla él, sino ellos, como si fueran los deudores. (4) El quarto, quando la execucion se dió por nula por no traerla aparejada el instrumento, ò por faltar las solemnidades legalmente prescritas para el orden de seguirla; en cuyo caso ningun derecho debe llevarse, y el que lo llevare, debe restituirlo con el quatro tanto, y las costas; (5) pero si la nulidad provino de culpa del acreedor, ya por pedir mas que lo que se le debía, ò no haberla pedido segun debía, debe pagarla, y no el deudor. (6) El quinto, quando se hace execucion por pena, ò condenacion pecuniaria debida al Fisco; pues ni décima, ni otro derecho alguno se debe llevar, (7) ni por consiguiente por la décima de ésta, porque es pena, y no se debe gravar con dos cargas una misma cosa, ni es lícito

(1) Ley 40. tit. 4. lib. 3. Recop. Cur. ibi, n. 10. Parador. ibi, n. 20. cap. y §. 1.

(2) Rodrig. cap. 7. cit. num. 26. Parador. part. 6. y §. unic. cit. n. 9. Avendañ. in cap. Prator. part. 1. cap. 17. n. 16. Cur. ibi, n. 4.

(3) Ley unic. Cod. de Imponend. Incurativa description. Parador. ibi, n. 10. Rodrig. ibi, n. 26. dicho.

(4) Sr. Salg. Tabir. Creditor. part. ibi, n. 10. Parador. ibi, n. 20. cap. y §. 1.

(5) Ley 35. tit. 4. lib. 3. Recop. Parador. part. 6. y §. unic. cit. n. 9. Avendañ. in cap. Prator. part. 1. lib. 4. Recop. Parador. ibi, n. 11. cap. 17. n. 16. Cur. ibi, n. 4.

(6) Ley 12. tit. 23. lib. 2. y ley 7. tit. 21. lib. 4. Recop. Parador. ibi, n. 14.

percibir intereses de intereses. (1) El sexto, quando se executa à los Economos, Mayordomos, y Tesoreros de la Iglesia por lo que la deben; (2) lo qual se entiende, excepto que haya costumbre de exigirla. El septimo, quando el deudor paga à su acreedor dentro de las setenta y dos horas siguientes à la en que se le notificó en persona el estado de la execucion, ó por su ausencia, y ocultacion en su casa; pues en este caso debe pagar solamente los derechos del mandamiento, y las dietas del camino, yendo fuera; ni quando muestra contenta de él dentro de las veinte y quatro. (3) El octavo, quando depositó llanamente la deuda; ó parte de ella dentro de las referidas veinte y quatro horas en persona segura ante el Juez, y por su ausencia ante un Regidor, y no ante otra persona, con tal que à su costa haga saber el depósito al acreedor dentro de tercero dia para que acuda à su percibo; pues por humanidad no la deberá pagar de la parte de deuda que satisfaga, ni otro derecho de execucion; (4) como en el num. 133. expuse; pero no basta la mera oferta de sus bienes en pago al acreedor, ni el que éste compulso, y apremiado los tome apreciados, le exime de la decima; lo que al contrario tomándolos espontaneamente, (5) porque lo prohibido en una cosa se entienda permitido en todas las demás. (6) El noveno, quando el Juez delegado, ó diputado por ciertos dias para hacer la execucion, llevó salario consignado; (7) pues es injusto, è incivil, que por exercer un oficio se exijan dos premios. (8) Y el decimo, quando el executado es criado del Rey, ó goza del fuero de tal, pues estos por privilegio están esentados no solo de su solucion, sino de ser presos por deuda puramente civil, y no deben ser demandados sino ante el

(1) Ley. Si laborante a. ff. ad leg. Rhodiam de jactu, ley Nec usus i. ff. de usufruct. legat. y leyes Eos qui ad §. 1. y Ur nullio modo 28. Cod. de Usur.

(2) Authent. Sed hodie 3. Cod. de Episcop. & Cleric. Parlador. ibi, u. 15.

(3) Leyes 18. 21. y 22. tit. 21. lib. 4. Rocop.

(4) Ley 23. tit. 21. lib. 4. Rocop. Parlador. dicho §. unic. n. 31.

(5) Rodrig. ibi, n. 31. Parlador. ibi, n. 39. y 30.

(6) Ley Cum pretor, ff. de iudic. y ley Qui accusare, ff. de Accusation.

(7) Ley 11. tit. 21. lib. 4. Rocop.

(8) Cap. Cum olim, & ibi DD. de Re iudicat.

Juez de la Real Casa, como se practica en esta Corte. 379 Si se despacha execucion por deudas pertenecientes al Fisco, y el deudor no paga dentro del término legal, no debe satisfacer decima, y si unicamente una treinta por cada millar, ya llegue la deuda à cinco mil maravedis, ó exceda en mucha, ó poca suma de ellos, antes bien se deba llevar menos si hubiere costumbre. (1) Y siendo la deuda de hermandad, se ha de exigir un quarenta por cada millar, y no mas, ya llegue, ó exceda de los cinco mil maravedis. (2) Lo qual no milita para con las pertenecientes à las Repùblicas, y Señores; pues para el efecto referido son lo mismo que las personas privadas. (3)

380 Por una misma deuda no se debe mas que una decima, aunque sobre su satisfaccion se hagan muchas execuciones; ò el acreedor conceda espera al deudor; ò suspenda la execucion, y luego la continúe, ò vuelva à hacer de nuevo, pena del quatro tanto, aun quando un Juez despache la execucion, y luego otro la concluya; ò el fiador executado que pagó por el principal, execute despues à éste, porque sin embargo de ser dos las obligaciones, no es mas que una la deuda. (4) Lo qual se entiende quando el mismo deudor principal permanece obligado, pues si no lo queda, y da otro en su lugar, que recibe en sí la obligacion principal, entonces como que hay delegacion, y es nueva deuda, y obligacion, se deberá nueva decima; (5) y lo mismo procede quando el deudor executado se obliga à pagar la deuda en especie distinta, y despues se le executa por ella, pues en este caso por la novacion, como que es diferente la deuda, se causa otra decima; (6) y exigiendola el executor, no ha de llevar derechos por las diligencias

(1) Ley 10. tit. 6. lib. 3. ley 8. tit. 21. lib. 4. y ley 13. tit. 7. lib. 9. Rocop.

(2) Ley 13. tit. 12. lib. 8. Rocop. (3) Parlador. dicho §. unic. y part. 6. num. 13.

(4) Dicha ley 10. tit. 6. y ley 64. tit. 4. lib. 3. ley 7. tit. 21. y ley unica, §. 12. tit. 26. lib. 4. Rocop. Parlador. dicho §. unic. n. 21. y 22.

(5) Ley Sad etsi, §. Non solum, ff. ad Macedonian. ley Si sicutum, §. Si ab alio, ff. de Novation ley Non est novum, ff. de Contrahend empition. y ley 15. tit. 14. Partid. 5. Añdich. decis. 353. Parlador. ibi, n. 23. al 27.

(6) Rodrig. dicho cap. 7. n. 10. Parlador. ibi, num. 23. Cur. Philipp. part. 2. §. 23. n. 13.

