

CAPITULO TERCERO.

*¿Quiénes pueden pedir ejecución, y quienes ser ejecutados?
 ¿Cuántas clases hay de bienes, y en cuales se puede ó no tra-
 bar la ejecución? y si el acreedor que intentó la vía ordinaria,
 ¿Podrá dejarla y pasar á la ejecutiva?*

- §. 1. Puede pedir ejecución toda persona á quien por derecho se permita comparecer en juicio, ya esté ó no nombrada en el instrumento, con tal que se trate de su interés y le compete acción para ello. Asi el socio puede pretenderla por las deudas de la compañía, y el marido por la dote que se le prometió.
2. El heredero del acreedor, justificando serlo, puede pedir ejecución contra el deudor de este.
3. Puede pedir ejecución el fiador contra el deudor principal, y obligado por lo que pagó por él despues de cumplido el plazo.
4. Tambien puede pedirla contra los demas fiadores por lo que pagó por ellos á prorrata de la obligación.
5. Disuelto el matrimonio, puede pedir ejecución la muger por la dote que su marido recibió, y por las arras que la prometió.
6. El procurador ó apoderado, ya tenga poder especial para ejecutar, ó general para pleitos, puede pedir ejecución en su virtud.
7. De la sesion de derechos y acciones, y sus diversas especies.
8. Asi como el cedente puede pedir ejecución por lo que se le debe, del mismo modo puede hacerlo el cesionario por el importe de lo que se le ha cedido.
9. Puede ser ejecutado no solo el que contrajo la obligación, sino su heredero acreditando serlo.
10. Si el heredero del deudor reconociese llanamente el vale hecho por este, se puede despachar ejecución contra él por su importe.
11. Habiendo dos ó mas herederos del deudor, ha de ser ejecutado cada uno á prorrata de su haber.
12. Tambien puede ser ejecutado el hijo mejorado en tercio y quinto por las deudas de la herencia á prorrata de la parte que conste haberle tocado en ella.
13. El sucesor del mayorazgo puede ser ejecutado por el delito á que están obligados los bienes.
14. No solo pueden ser ejecutados los herederos expresamente instituidos, sino los que en su lugar poseen la herencia del deudor.
15. Se puede proceder ejecutivamente contra el poseedor de la cosa litigiosa.
16. La muger casada puede ser ejecutada por la mitad de las deudas que durante el

- matrimonio contraído con su marido, en cuanto alcance su mitad de gananciales.
17. Habiéndose despachado ejecución contra ella antes de contraer matrimonio, se puede hacer ejecución después de contraído en sus bienes aunque sean dotales.
 18. Se puede proceder ejecutivamente contra el socio obligado por las deudas de la sociedad.
 19. El deudor del principal deudor puede ser ejecutado por el acreedor privado personal, concurriendo las circunstancias que allí se previenen.
 20. De la ejecución y casos en que es necesaria.
 - 21 y 22. ¿Cuándo se podrá dirigir la acción ejecutiva contra el fiador sin hacer ejecución en los bienes del deudor?
 23. Por las deudas del consejo se debe hacer ejecución en sus propios.
 24. No há lugar la ejecución contra el comprador de la herencia, ni contra el donatario, sino en ciertos casos.
 25. Tampoco tiene lugar la ejecución contra el usufructuario singular, aunque sí contra el universal.
 26. Aunque el tutor se obligue como tal por las deudas de su menor, no há lugar la ejecución contra él, á menos que manifieste los bienes de este.
 27. ¿Como se podrá ejecutar á los administradores, factores ó procuradores que se obligan por sus principales?
 28. y 29. No tiene lugar la ejecución contra el tercero poseedor de los bienes obligados sino en los trece casos que allí se expresan.
 30. Circunstancias necesarias para que el acreedor pueda proceder contra el tercero poseedor, en los casos en que tiene lugar la ejecución.
 - 31, 32, 33, 34 y 35. División de bienes en muebles, raíces derechos y acciones, para saber como ha de hacerse la ejecución en ellos.
 36. ¿Qué quiere decir esta cláusula que se pone en los mandamientos ejecutivos. *ha de cedla conforme á derecho?*
 37. Se puede hacer ejecución en la finca dada á enfiteusis dejando á salvo para el señor del dominio directo su anual pensión.
 38. También se puede hacer en la cosa sujeta á servidumbre.
 39. Asimismo puede hacerse en los oficios públicos renunciabiles.
 40. Y en la jurisdicción libre que el deudor tiene en alg pueblo ó sitio.
 41. ¿Como ha de hacerse la ejecución en los bienes de la muger casada por deudor que contraído antes del matrimonio?
 42. ¿Como quedará obligada ejecutivamente la muger por el débito que después de casada contraído su marido ella con su licencia?
 - 43 al 57. Cosas privilegiadas en que no puede hacerse ejecución.
 - 58, 59, 60 y 61. Opiniones ó

los autores acerca de esta cuestion, sobre la que no hay decision legal, á saber: si el acreedor, habiendo intentado previamente la via ordinaria, podrá dejarla y pasar á la via ejecutiva?

62. Teniendo accion el acreedor contra varios correos, fiadores ó mancomunados, no puede (pendiente el pleito con uno de ellos) dejarle é intentarle contra alguno de los otros despues de contestado.

I. **E**n virtud de cualquiera de los documentos expresados en el capítulo anterior que traen aparejada ejecucion, puede pedir la toda persona á quien por derecho se permite comparecer en juicio ya esté ó no nombrada en el instrumento, con tal que si no lo está, se trate de su interés, y le competa accion por el instrumento, y que al tiempo de pedirla legítimamente su persona; pues de no hacerlo puede el juez repelerle de oficio, y no debe despacharla (1): y así el socio puede pretenderla por las deudas de la compañía, aunque no tenga poder ni cesion de sus consocios (2), porque á estos está permitido defenderse judicialmente sin él, dando antes de entrar en juicio fianza segura de que aquel á quien defienden aprobará lo que se hiciere en el pleito, y que si no quisiese aprobarlo, pagarán ellos y sus fiadores al colitigante la pena que se les imponga, segun se dijo en el libro 2.º tit. 4. cap. 14 de esta obra, tratando de los poderes; fuera de que cuando la ley hace division de los bienes entre algunos, no es necesaria la cesion. Tambien la puede pretender el marido por la dote que se le prometió y no entregó, ya sea durante el matrimonio ó despues de disuelto, porque la hace suya en virtud de la responsabilidad y restitution á que se obligó (3); y asimismo por los bienes parafernales, como conjunto y á nombre de su muger (4); mas no puede cobrarlos sin poder suyo porque no adquiere dominio en ellos como en los dotales (5), y así no es responsable á su importe, y solo le compete su administracion, no pactando con ella lo contrario al tiempo de casarse.

2. El heredero del acreedor, justificando serlo á lo menos al tiempo de la oposicion, puede pedir ejecucion contra el deu-

(1) Castill. en la ley 64 de Toro. Carlev. tit. 2. disp. 4. núm. 20 y 21.

(2) Ley 2. tit. 32. Part. 3. y en ella Greg. Lop. glos. 5. y ley 6. tit. 10. Part. 5.

(3) Ley *Sē pro te.* Cod. de *dotis promiss.* y leyes 1 y 7. tit. 11. Part. 4.

(4) Ley *Maritus.* Cod. de *procurat.* Gem. en la 50 de Toro, núm. 20. Castill. lib. 4. *Contrav.* cap. 40. núm. 48. Otra de *cesion.* tit. 4. quæst. 6. núm. 24.

(5) Ley *Cum maritum.* Cod. de *solut.* Rodrigo. de *execut.* cap. 3. núm. 12.

dor de este, y si hay dos ó mas herederos, cada uno por sola su parte, á menos que tenga poder ó cesion de los coherederos antes de principiar el pleito, ó que se le den pendiente este, ratificando lo que actuó; pero para que se le admita en el juicio, debe legitimar ante todas cosas su persona. Lo propio pueden hacer el comprador de la herencia contra los deudores de esta; el testamentario universal á quien dió facultad el testador para distribuir sus bienes, pues se tiene en lugar de heredero, y se le trasfieren las acciones útiles y directas que el testador tenía (1); y tambien el legatario y fideicomisario contra el que tiene lo que se le legó, sin que necesite cesion del heredero (2).

3. Puede pedir ejecucion el fiador contra el principal deudor y obligado, por lo que pagó por él voluntariamente ó apremiado, despues de cumplido el plazo, presentando la escritura de obligacion que aquel hizo, y la cesion ó lasto del acreedor, ya tenga ó no otorgado á su favor el deudor escritura de indemnidad (3); pero si el acreedor no le cedere sus acciones, ni hubiere escritura de indemnidad, deberá por la accion de mandato dirigir las suyas cantra él, pues por haber hecho su negocio le competen segun derecho (4) para reintegrarse de su desembolso; lo cual se entiende en via ordinaria, á causa de no estar obligado á su favor ejecutivamente, y de faltar la cesion y la indemnidad que traen aparejada ejecucion; bien que lo mejor es que se las ceda en el acto de la paga, con lo cual cesa toda disputa.

4. Igualmente puede pedirla contra los demas fiadores por lo que pagó por ellos á prorata de la obligacion que cada uno constituyó, bajada su parte, presentando el lasto del acreedor, pues sin él no se da accion al fiador contra los confideyusores (5), ni á los mancomunados unos contra otros (6). Esto se entiende ya se formalice con fé de entrega y numeracion del dinero ó confesion de su anterior recibo y renuncia de la excepcion de *non numerata pecunia*; pues basta que en él confiese el acreedor que el fiador le pagó su crédito por sí y por

(1) Leyes 2, y 4. tit. 10, Part. 6, Rodrig. áicho cap. 3. num. 19. Covarr. in cap. Joann. de testam. num. 5.

(2) Si el difunto debia alguna cantidad á su heredero, de que consta por instrumento ejecutivo, puede hacerse pago por sí mismo; pero si no tiene tal instrumento, se ha de nombrar defensor á la herencia, poner la demanda, citar á los acreedores de la he-

rencia y probarse el crédito. *Febrero reformado.*

(3) Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 3. §. 4. num. 2. Olea de cession. jur. tit. 5. quæst. 5. num. 45, 53 y 58. Rodrig. ibi, num. 6. y 27.

(4) Leyes 11, 16 y 21. tit. 12. Part. 5.

(5) Ley *Ut fidejussor. ff. de fidejussorib.* Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 4. §. 6. num. 1.

(6) Ley 1. Cod. de duobus reis stipul.

los confideyusores, porque ninguna ley manda que intervengan la numeracion y fé de entrega, ni por no intervenir la inválida, ni priva al fiador del beneficio de la cesion de acciones; y para que los fiadores y mancomunados no sean perjudicados, ha dispuesto el derecho (1) que rehusando el acreedor darles el lasto, no tenga accion á ecsigir de ellos el débito, y que esta excepcion le obste para su percibo hasta que se lo dé. Si el negocio toca principalmente en todo ó parte al fiador ó mancomunado, no le compete accion alguna contra los demás, porque hizo el suyo y no el de estos. Si renuncian la excepcion de la cesion de acciones, puede el acreedor reconvenir á pro-rata ó por el todo á uno solo, y pagándole este librar á los consocios y si constituyeron fianza ú obligacion respectiva por ciertas y determinadas sumas, v. gr. el uno por veinte y el otro por cuarenta &c., y alguno de ellos se constituye insolvente ó fallido, no están obligados sus consocios á pagar la parte de este; pero si fué constituida simplemente, se ha de dividir proporcionalmente entre ellos (2), porque es visto haberse obligado así, y tomado á su respectivo cargo la insolvencia del consocio.

5. Disuelto el matrimonio, puede pedir ejecucion la muger por la dote que su marido recibió y arras que la prometió, contra sus herederos, y asimismo por la que se la ofreció y no entregó á su marido, contra el que la ofreció, porque por la oferta la hizo suya, y el promitente quedó obligado á dársela. Lo mismo puede hacer por su mitad de gananciales contra los deudores de su marido (3), sin necesitar cesion de sus herederos, ni que se haga division ni adjudicacion, porque por derecho le toca y la hace suya, aunque en el instrumento no suenen las deudas á su favor, sino al de su marido.

6. El procurador ó apoderado, ya tenga poder especial para ejecutar ó general para pleitos, puede pedir ejecucion en su virtud; mas no cobrar la deuda sin que en él ó en otro conste de esta facultad; pues su derecho se reduce á que se asegure hasta que su dueño ocurra á su cobro (4). Tampoco puede pedir la ejecucion de cosa juzgada si no tiene poder especial para ello (5),

(1) Ley *Fidejussor*, y ley *Stichum*, aut *Pamphilum*, §. penult. ff. de *solut. Parlad*, §. 6. cit. num. 3.

(2) Greg. Lop. en la ley 11. tit. 12. Part. 5. glos. 5.

(3) Parlad. lib. 2. part. 3. cap. fin. §. 1. num. 3 y 4. Olea tit. 4. quæst. 8 num. 35. Gam. en la 50 de Toro, num. 51. Rodrig.

ibi, num. 5 al 11.

(4) Ley 7. tit. 14. Part. 5. Rodrig. ibi. num. 37 hasta el fin. Nogueroi alleg. 36. Salg de reg. part. 4. cap. 3. num. 120.

(5) Ley *Procurator*, §. 1. ff. de *procurator*. Covarr. lib. 1. Var. cap. 6. ann. 3. vers. Quinto &c. in rub. de *testam.* par. 2. num. 42.

ó el general carece de esta especialidad, y así en los poderes para pleitos, conviene poner la cláusula: *De que defienda al poderdante hasta conseguir ejecutoria con ejecución de ella, sin que para seguir la ejecución necesite nuevo y especial poder, pues se ha de tener por tal para ello, y para todo lo demás que ocurra hasta la entera conclusión del negocio, y para cuanto intente en su utilidad, con la cual se le estimará parte legítima, como si el poder fuere especial.*

7. La cesion de derechos y acciones puede ser de dos maneras, una *traslativa* y otra *extintiva* ó *abdicativa*. La *traslativa* es aquella por la cual el cedente abdica y se priva del derecho y accion que tiene, y le trasfiere en beneficio del sujeto á cuyo favor constituye la cesion; y la *extintiva* ó *abdicativa* es la que extingue el derecho que tiene el que la hace, y no le trasfiere en otro: de suerte que es una privacion y renuncia, mas bien que una cesion, de lo cual se trató con mas extension en el capítulo 24, título 4, libro 2, donde se trató de las cesiones. Puede hacerse la cesion por comodidad del cedente y del cesionario, y se conocerá á la de cual de los dos se hace, atendiendo á quien toca el peligro del crédito cedido, pues á la de este pertenece principalmente, bien que á veces suele efectuarse por comodidad del cedente y en peligro del cesionario, y al contrario. Supuesto lo referido, digo que si la cesion se constituyó con el fin de pagar, ó por otro motivo útil al cedente, puede este, aunque sea despues de constituida, transigir el débito, confesar su paga, librar de él al deudor, ó parecer en juicio, y exigirle de él ejecutiva ú ordinariamente; y si la cesion se hizo por comodidad del cesionario, no conservando derecho alguno al cedente, nada de lo dicho podrá practicar, y si lo practica, podrá repelérsele por la excepcion de cesion de acciones que es legítima y como tal admisible.

8. Al modo que el cedente puede pedir ejecución por lo que se le debe en los términos explicados en el párrafo anterior aun despues de hecha la cesion, asimismo puede hacerlo el cesionario por el importe de lo que ha cedido, ya sea graciosamente con título de donacion ó con el de venta, si interviene precio; bien que en tal caso no podrá pedir mas que lo que dió al cedente. Pero se advierte lo primero, que si la cesion es onerosa, se ha de hacer al tiempo que el cesionario entrega el importe del débito, pues mediando intervalo de nada servirá, porque como el acreedor está reintegrado de antemano, ninguna accion tien en

ya que ceder (1), y así cuando el dinero no parece al tiempo de la cesion; no se ha de decir que está hecho antes el pago, sino que se hará; y lo segundo que para pedir ejecucion el cesionario contra el deudor, si la cesion se le hizo por escritura, debe presentarla cuando la pide con el documento del débito; y si es cesionario, en virtud de endoso de algun vale ú otro papel simple, no solo debe pedir y hacer que le reconozca el deudor que le hizo, sino tambien que el endosante ó cedente confiese igualmente su endoso, pues sin este previo requisito no acredita ser dueño y verdadero cesionario, porque puede haber sustraído otro el papel, tomado el nombre del endosante y hacer el endoso, y por consiguiente no es parte legitima para repetir contra el deudor. Si se le opone esta excepcion, se enervará la ejecucion que sin la confesion ó reconocimiento del endosante se haya expedido, como lo he visto. En cuanto á si es ó no preciso que el cesionario haga constar previamente la causa justa con que la cesion se le hizo, hay variedad de opiniones. Lo cierto es en mi concepto, que no tiene obligacion de liquidar antes su crédito, ni el deudor puede alegar injusticia en la cesion, pues no es de su inspeccion el que la causa de esta sea ó no justa y gratuita ú onerosa, ni el que la haya ó no para hacerla, sino de pagar cuando se le demande en su virtud, pasado el plazo, que es la obligacion que constituyó, y á cuyo cumplimiento puede ser compelido por el cedente ó legitimo cesionario, y así solo le corresponderá la excepcion de si es ó no reprobada por derecho, y si fue hecha á persona cavilosa, ó mas poderosa por su empleo que el cedente, en lo que se le puede argüir cometió dolo (2).

9. Puede ser ejecutado no solo el que contrajo la obligacion sino su heredero, acreditando serlo realmente y no de otra suerte (3); pero si este aceptó la herencia con *beneficio de inventario*, una vez que se hiciere con la pureza y escrupulosidad legal, y acredita haberle formalizado así como debe (pues no le basta protestar que lo hará, sino hacerlo realmente), se le ha de ejecutar solamente por su importe; y si la

(1) Ley Modestinus, ff. de solut. Ley 11. tit. 12. Part. 5.

(2) El que quiera instruirse mas en este punto, vea los autores siguientes: Olea tit. 1. quest. 3. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 3. §. 4. Rodrig. dicho art. 4. num. 22 al 25. Cancer. part. 1. Var. cap. 17. num. 40 y part. 2. cap. 9.

(3) No basta probar que aquel á quien se trata de ejecutar es hijo ó pariente del deudor difunto, aunque si compareciere en juicio como heredero, ó hiciere como tal algun acto, se tendrá esto por suficiente prueba. *Febrero refirmado.*

aceptó sin esta cualidad, puede ser ejecutado por mas de lo que importa la herencia, aunque diga que no alcanza para la satisfaccion del débito (1).

10. Si el heredero del deudor reconociere llanamente el vale hecho por este, se puede despachar ejecucion contra él por su importe; pero no puede ser compelido á hacer el reconocimiento si no quiere, porque es injusto obligar al heredero á que jure de hecho lo que no ha visto escribir ni firmar, ni tal vez tiene noticia de ello; y porque ademas puede ser supuesto. Asi que no reconociéndole en la forma expuesta, deberá el acreedor seguir la via ordinaria para reintegrarse de su crédito (2).

11. Habiendo dos ó mas herederos del deudor, ha de ser ejecutado cada uno á prorata de su haber, y no mas, porque la obligacion de su causante se dividió proporcionalmente entre todos; de modo que aunque este los hubiese obligado, ó alguno no tenga de que pagar su cuota, no se debe exigir de los coherederos, á excepcion que el acreedor proceda por accion hipotecaria; pues entonces como la obligacion sigue la hipoteca, y es individua é inseparable de ella hasta que se extingue, puede proceder *in solidum* contra el que la posea, ya sea heredero ó sucesor singular, sin que necesite hacer excusion ni division, quedándole el regreso ó repeticion contra los demas partícipes con el lasto del acreedor por lo que satisfaga por ellos. Lo propio milita en el enfiteusi, y censo consignativo por los réditos vencidos, sobre lo cual, que es corriente en la práctica, veanse los autores (3).

12. Tambien puede ser ejecutado el hijo mejorado en tercio y quinto por las deudas de la herencia paterna, materna ó abolenga á prorata de la parte que conste haberle tocado en ella, lo cual procede, ya conste cuales sean al tiempo de la particion ó despues, y la mejora haya sido hecha en cosa cierta ó incierta de los bienes del mejorante, pues está obligado á su proporcional solucion (4). Esto se puede practicar en tres casos. El primero, cuando acepta la herencia, y se le adjudican esta y la mejora. El segundo, cuando repudia la herencia y acepta la mejora, pues entonces se conceptúa como he-

(1) Leyes 10, 11 y 12. tit. 6. Part. 6. Carlev. disp. 9. dicha num. 13 y num. fin.

(2) Rodrig. de *execut.* cap. 1. art. 2. num. 14. Acev. en la ley 5. tit. 21. lib. 4. Rec., hoy es la 4. tit. 28. lib. 11. num. 16. Parlad.

lib. 2. part. 1. cap. ult. §. 5. num. 9.

(3) Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 4. § 1. num. 11. hasta el fin. Rodrig. dicho cap. 4. num. 13 y 14. al fin.

(4) Ley 5. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec

redero, y puede ser reconvenido á prorata, sin que preceda excusion en los herederos, cuyos dos casos son los de la ley 21. de Toro. El tercero, cuando se pide simultáneamente la ejecucion contra los herederos y el mejorado (1).

13. El sucesor del mayorazgo puede ser ejecutado por el débito á que están obligados sus bienes, ya provenga este desde su institucion, ó se haya impuesto el censo ó gravamen sobre ellos con facultad Real, ó en otro caso permitido, y aunque el poseedor no haya heredado al instituyente. Y cuando se intenta solamente la accion contra el sucesor del mayorazgo, y no proporcionalmente contra él y los herederos del fundador á un propio tiempo (que es lo que se debe hacer como mas seguro), se ha de continuar sin embargo la via ejecutiva para evitar el círculo dilatorio y perjudicial de demandar primero á estos, pues se debe proceder atendida la verdad del hecho, lo cual basta para compelerle á pagar (2).

14. No solo pueden ser ejecutados los herederos expresamente instituidos, sino los que en su lugar poseen la herencia del deudor (que llaman herederos *anómalos*), y son el fideicomisario universal, el legatario de todos los bienes, el fisco, que sucedió en los del delincuente ó del que falleció sin dejar parientes, el monasterio ó convento por los que obtuvo en representacion del religioso, y los testamentarios universales, á quienes el difunto cometió la distribucion de todos sus bienes en sufragios por su alma ó en otros fines (3); pues estos hacen veces de herederos, y están obligados á satisfacer las deudas de aquel cuya herencia poseen, porque es responsable á ellas.

15. Se puede proceder ejecutivamente contra el poseedor de la cosa litigiosa, ya estuviese el pleito pendiente al tiempo de su adquisicion sobre accion real ó personal; y aun cuando se hubiese enagenado á clérigo despues de principiado el pleito, puede el juez secular proceder contra él y ejecutar la sentencia hasta que se efectúe el pago, porque á cualquiera parte ó persona adonde vaya, lleva el gravamen con que está ligada, mientras no se liberte (4).

16. La muger casada puede ser ejecutada por la mitad de

(1) Nogueroi allegat. 4. num. 57 al 71.

(2) Nogueroi en el lugar cit.

(3) Ley *Regulariter*, ff. y ley fin. Cod. de *haeredit. et. Rodrig de execut.* cap. 4. dicho num. 23 y 24. Parlad, lib. 2. part. 4. cap.

fin. §. 2. num. 1 al 3.

(4) Salg. de reg. part. 4. cap. 8. num. 110 y 168. Valenz. consil. 19. num. 41, Carlev. tit. 3. disp. 11. num. 3. Nogueroi a lleg. 29. num. 233.

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

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

18. Del mismo modo se puede proceder ejecutivamente contra el socio obligado por las deudas de la sociedad, el cual tiene facultad de pagarlas de los bienes de esta, y luego con el lasto del acreedor sacar del fondo comun lo que satisfizo por los consocios; mas no el importe de las que contrajo en su privativa utilidad, porque á estas son responsables únicamente los suyos (5).

19. El deudor del principal deudor puede ser ejecutado por el acreedor privado personal, con tal que para ello concurren tres circunstancias. La primera, que aquel confiese el débito, por otro medio legal conste que es deudor del deudor principal la segunda, que este sea condenado á su solucion; y la tercera, que á consecuencia de todo preceda excusion en sus bie

(1) Ley 11. tit. 20. lib. 3 del Fuero Real. y ley 9. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. Covarr. lib. 3. Var. cap. 19. num. 3.

(2) Ley 2. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec; y en ella Matien. glos. 1. y en la 3. glos. 7. num. 3. tit. 9. Rodrig. en el lugar citado.

(3) Menoch. de arbitr. lib. 2. cas. 123

y 125. Salg. de reg. part. 4. cap. 8. num. 231.

(4) Ley Si mater. Cod. in quibus casus pignus, vel hypotheca Leyes 23. y 2. tit. 3. Part. 5. y ley 5. al fin. tit. 1. Part. 6.

(5) Ley 16. tit. 10. Part. 5.

nes, y no los tenga ó no alcancen para el total pago, y no en otros términos (1).

20. Antes de pasar adelante en la materia de este capítulo diré para instruccion del escribano lo que es excusion, de la cual ocurre hablar tan frecuentemente. Esta es *un juicio en el cual se averiguan exacta y diligentemente las facultades del principal deudor, á fin de que si está insolvente en todo ó en parte, pueda el acreedor repetir por lo que no pague contra los fiadores ó secundariamente obligados*. Es necesaria la excusion en los siguientes casos. El primero, cuando el principal deudor está presente, excepto que renuncie como puede este beneficio (2); pero en este caso es de advertir primeramente que al fiador de indemnidad no perjudica su renunciacion (3), porque este fiador es el que se obliga á pagar el débito cuando el deudor no tenga con que satisfacerlo, por lo que el que constituye obligacion de pagar á cierto dia, en caso de no practicarlo el principal obligado, no es fiador de indemnidad; y en segundo lugar, que los fiadores de los jueces, tutores y demas á quienes la ley obliga á afianzar, no deben ser compelidos á renunciar el beneficio de la excusion, porque así como á nadie está prohibido renunciar lo que le es favorable, del mismo modo no se le debe compeler á renunciarlo contra su voluntad. El caso segundo es, cuando la finca hipotecada está en poder del tercero poseedor, pues entonces no puede ser reconvenido este, regularmente, sin que se haga la excusion en el principal (4), aunque sea por dote (5): El tercero, cuando el deudor enagenó la finca en fraude de sus acreedores. El cuarto, cuando el padre enagenó los bienes que tocaban á sus hijos por su madre, pues estos han de hacer previa excusion en los paternos para reconvenir al que posea los maternos enagenados (6). El quinto, cuando el heredero gravado á restituir el sobrante de la herencia está obligado á reservar para el fideicomisario á lo menos la cuarta parte, pues aunque no se la reserve, no puede repetir este contra los compradores de los bienes de ella,

(1) Sal. ubi proxime núm. 147, y de *rent.* Part. 2, cap. 28. Olea de *cession.* tit. 4. quæst. núm. 9. Gutierr. de *gabel.* quæst. 164. núm. 18. Nogueroi alleg. 4. núm. 76. y alleg. 35. núm. 17.

(2) *Authent. præsentem tamen.* Cod. de *fidejuss.* y ley 9. tit. 12. Part. 5.

(3) Bart. in ley 1. Cod. de *conven. fisci d. bitor.* lib. 10. Bald. in dict. *authent. præsentem.* Gutierr. de *juram. confirm.* part. 1.

cap. 23. Carlev. in *apologia* ad decision 79. núm. 9.

(4) *Authent. Hoc si debitor.* Cod. de *pignorib.* y ley 14. tit. 13. Part. 5.

(5) Glos. in leg. *Ubi abduct.* Cod. de *jur. dot.* Palac. Rub. in cap. *Per vestras.* §. 24. Greg. Lop. en la 15. tit. 14. Part. 5.

(6) Ley 24. tit. 13. Part. 5. Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 8. núm. 5. Garcia de *expens.* cap. 13. núm. 20.

á menos que haga excusion de los del gravado (1); y el sexto, cuando la muger renunció el derecho hipotecario en el contrato de enagenacion que su marido hizo (2). En quanto á los medios y modos de hacer la excusion y acreditarla en juicio, véase á Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 4. párrafo 7. núm. 18 y 19, pues por incumbir al juez y no al escribano, omito explicarlo; advirtiendo que en una misma demanda y juicio se puede intentar y seguir la causa hipotecaria y la de excusion (3).

21. Se puede dirigir la accion ejecutiva contra el mismo fiador sin hacer excusion en los bienes del deudor: 1.º en los casos exprerados en el libro 2, título 4, capítulo 17 de las fianzas, párrafos 4 y 5: 2.º cuando el deudor verdadero no pueda ser reconvenido con facilidad por razon de su persona, ó del lugar ó privilegio; y 3.º siempre que el fiador se haya obligado con juramento á satisfacer la deuda consintiendo ser reconvenido antes que el principal obligado (4).

22. Lo mismo puede practicarse cuando el fiador es cambiante público, pues no goza del beneficio de la excusion por la utilidad pública y buena fé que estos deben tener y observar para con el público, como tambien cuando el deudor tiene bienes, y no se puede hallar comprador sino con dificultad, dilacion y perjuicio del acreedor, en cuyo caso se le reputa insolvente, y este no tiene obligacion de esperar ni de recibir sus bienes por la tasa. La sentencia dada contra el deudor principal se puede ejecutar sin que intervenga citacion, nuevo juicio ni proceso contra su fiador, esto es, contra aquel que se obligó á pagar lo juzgado, mas no contra el de contrato, ni en el de *judicio sisti*, ó comparecer en público, como afirman los autores (5). Es de advertir que el fiador que paga como tal, puede compeler al acreedor á que le dé lasto para demandar con él toda la deuda al principal obligado, y á prorata á los confideyusores, y hasta que se le dé no debe ser compelido á pagarle, aunque esté condenado á ello por ejecutoria. En quanto á si el fiador, ó co-reo ó mancomunado que pagó toda la deuda, podrá con el lasto del acreedor repetir contra cada uno de los demas confideyusores ó mancomunados, por el todo de

(1) *Auth. contra eum rogatus*, Cod. ad *Trebell.* Jacón. in §. *Si quis in fraudem*.

(2) Bart. in tract. de *excuss.* in fin.

(3) Palac. Rub. en la ley 63 de Toro, num. 47, Greg. Lop. en la ley 14. tit. 13. Part. 5.

(4) Gom. lib. 2. *Var.* cap. 13. num. 14.

vers. *Quinto limita.* Rodrig. de *execut.* dicho cap. 4. num. 35 al 44, Parlad. dicho lib. 2. cap. fin. part. 4. y §. 7.

(5) Carlev. de *judic.* tit. 1. disp. 2. num. 318. Aillon. ad Gom. lib. 2. *Var.* cap. 13. num. 2. y otros muchos que cita.

ella ó á prorata bajada su parte, véase á *Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 4. párrafo 6*, y á *Olea de cession jur. tit. 5. quæst. 5*, que lo tratan bien, y yo lo toqué de paso en dicho capítulo de las Fianzas.

23. Por las deudas del concejo se debe hacer ejecucion en sus propios, lo cual parece se debe entender cuando se convirtieron en su utilidad, y el ayuntamiento las contrajo en su nombre, mas no si los individuos de él se obligaron en el suyo, ó no se convirtieron en utilidad de aquel, sobre lo cual véase á *Rodrig. de execut. cap. 4. núm. 31 al 35*, que controvirtiendo este punto, afirma con varios autores, que ya se conviertan ó no en utilidad del concejo, se ha de dirigir la accion contra sus propios y no contra los de los que le representan, porque no se obligan como personas privadas, sino como individuos de él y en su nombre, y que si los individuos del ayuntamiento obligan los bienes del pueblo y de sus vecinos, y estos lo consienten, ó hay costumbre de que puedan obligarlos en defecto de propios del pueblo, quedarán obligados á prorata, y podrán ser ejecutados, y asi se observa.

24. No ha lugar la ejecucion contra el comprador de la herencia, á menos que el acreedor no puede cobrar su deuda del vendedor, ni contra el donatario, excepto que el donante no haya dejado ningun otro heredero, pues entonces se reputa universal, porque en él se refunden todos los bienes (1).

25. Contra el usufructuario singular no ha lugar tampoco la ejecucion, pero sí contra el universal, y se ha de pedir contra los bienes y heredero propietario, con el cual y con el usufructuario se debe seguir y sustanciar, porque se trata del perjuicio de ambos, aunque *Salgado* en su *Labyr. part. 1. cap. 2. párrafo único, núm. 5*, dice con otros muchos que cita, que los acreedores no tienen accion contra el usufructuario, sino contra el heredero, porque pasan inmediatamente á este todas las acciones activas y pasivas del testador, y succede en ellas.

26. Sin embargo de que el tutor se obligue como tal por las deudas de su menor, no ha lugar la ejecucion contra él ni sus bienes, á menos que no manifieste los de este; pues ofreciendo dar cuenta con pago, como regularmente se hace en semejantes contratos, se ha de proceder contra él en via ordinaria, porque con su oferta excluye é impide el uso de la ejecutiva, hasta que se verifique el alcance líquido, excepto que

(1) *Salg. part. 2. Labyr. cap. 26, Olea de cession jur. tit. 3. quæst. 9. num. 20.*

se obligue en su propio nombre (1). Si el menor no tiene curador, se le debe proveer de él para seguir el pleito, nombrándole él si hubiese entrado en la pubertad, ó el juez si se resistiere á nombrarle, ó el que elija no admitiere el encargo por excusa legítima que le exima. Pero acabada la tutela, no tendrá lugar la ejecucion contra los fiadores del tutor por las cosas que este de su espontánea voluntad administró pertenecientes á su menor, porque es negocio y obligacion nueva á que aquellos no se constituyeron responsables.

27. Lo propio milita para con los administradores, factores y procuradores que como tales se obligan por sus principales, pues se puede proceder contra ellos durante su encargo, y no despues, porque en el instante que cesaron en él espiró su obligacion, aunque no la de estos (2). Si el tutor fuere condenado por sí y quisiere parecer despues en juicio, puede ser repelido, y oponérsele la excepcion de cosa juzgada, como dice Salgado *de reg. protec.* part. 4. cap. 8. núm. 283.

28. Regularmente hablando no tiene lugar la ejecucion contra el tercero poseedor de los bienes obligados, ya se pretenda por cosa juzgada ó por otro instrumento que la traiga aparejada y sea anterior al del tercero, bien se proceda por accion real ó personal; pues primero se ha de dirigir contra el principal y sus fiadores haciéndose excusion en sus bienes, y luego seguirse con el tercero en via ordinaria, hasta que por ejecutoria se anule el título con que posee, y se revoque la enagenacion en él hecha (3), bastándole probar su posesion sin necesidad de presentar el título con que posee, porque de la posesion se presume, y asi es suficiente que lo alegue: en otros términos no debe ser demandado. Téngase presente que por el tercero poseedor no entiendo el que es heredero ó sucesor del deudor, contra el cual compete principalmente el derecho ejecutivo por el todo ó parte, aunque intermedien muchos poseedores ó sucesores, sino el que adquirió sus bienes por título de venta, donacion ú otro de esta clase.

29. He dicho *regularmente hablando*, porque asi como toda regla general tiene su excepcion que constituye regla en contrario segun derecho, asi tambien de esta se exceptúan trece casos, en los cuales se puede proceder ejecutivamente contra el

(1) Ley 17. tit. 16. Part.

(2) Ley fin. ff. *de instit. action.* Parlad. di ho §. 3. num. 3 y 4.

(3) Leyes 1 y 3. tit. 17. Part. 3 y 7, 14

y 38. tit. 13. Part. 5. Parlad. dicha part. 4. §. 5. num. 1 al 3. y num. 20 y fin. Rodrig. dicho cap. 4. num. 45 y 46. Carlev. tit. 3. disp. 11. num. 1.

tercero poseedor, citándole previamente para todas las diligencias ejecutivas, porque se trata de su interés y no de otra suerte, sin ser necesario hacer excusion en los bienes del principal, ni citarle aunque haya algo que liquidar, pues basta hacer la liquidacion con el tercero. 1.º Es cuando la cosa que posee se halla hipotecada especialmente á la deuda (1). 2.º Cuando la posee con título evidentemente nulo, en cuyo caso y no en otro se admite la excepcion de nulidad como notoria para poder seguir la ejecucion (2). 3.º Cuando el título proviene de contrato simulado, pues es nulo por derecho, mas no si es fraudulento, porque en este caso no es nulo, sino que se debe rescindir ó suplir su justo precio por el engaño que en él hubo, y esto ha de ser en via ordinaria (3). 4.º Cuando el deudor *se obligó á no enagenarla, sino con el gravamen del débito*, hipotecándola tambien á la observancia de este pacto, y sin embargo la vendió ó enagenó sin aquel, pues como la enagenacion es nula en virtud de la obligacion constituida, se considera que permanece su dominio en el deudor, mas no si faltó el pacto, pues entonces debe preceder la excusion del principal obligado, y despues seguirse en la via ordinaria contra el tercero (4). 5.º Cuando el deudor enagenó los bienes, pues antes de su tradicion ó posesion real, verdadera ó ficta se puede trabar en ellos la ejecucion, porque hasta que se entreguen al tercero no se constituye dueño ni verdadero poseedor (5), excepto en las deudas y acciones en que con solo el título y enagenacion y sin necesidad de sesion se le trasfiere su dominio. 6.º Cuando el tercero tiene en mutuo, comodato ó depósito la cosa hipotecada, porque la posee en nombre del deudor y no en el suyo, y asi la sentencia en que se le condena se ha de ejecutar con su citacion en la cosa contra el que la posee. Lo mismo se entiende cuando la tiene arrendada simplemente, pues ni el acreedor está obligado á pasar por el arrendamiento, ni la accion personal del arrendatario impide el uso real de la enagenacion de la cosa arrendada; bien que los frutos pendientes son suyos (6). Pero si en la escritura de arrenda-

(1) Covarr. lib. 3. *Var. cap. 7.* núm. 7. Gaspar Rodrig. *de redditib.* lib. 2. quæst. 9. núm. 51. Cencio *de censib.* part. 2. quæst. 5. art. 9. núm. 20. Salg. part. 1. *Labyr.* cap. 17. núm. 44.

(2) Giurb. *observat.* 80. Noguera. *allegat.* 3. núm. 19. Hermos. en la ley 46. tit. 5. Part. 5. glos. 7. núm. 7. Salg. *de reg.* part. 4. cap. 6.

(3) Olea *de cess. tit.* 4. quæst. 3. núm. 10

(4) Ley *Si creditor.* §. fin. ff. *de dist. pignor.* y ley fin. tit. 5. Part. 5. Rodrig. dicho cap. 4. núm. 47 al 51. Gutierr. in leg. *Nemo potest.* ff. *de leg.* 1. núm. 35 y 38.

(5) Ley 14. tit. 13. Part. 5. Greg. Lop. en las dos limitaciones de su glos. 5. Cancerc. part. 1. *Var. cap. 13.* núm. 23. y cap. 17. núm. 41.

(6) *Cur. Filip.* part. 2. §. 11. núm. 4.

miento anterior á la obligacion hipotecaria se pactare que durante el tiempo de ella no se ha de poder gravar ni enagenar la cosa, y la hipotecare á la observancia de este pacto, tendrá lugar la ejecucion en ella y en sus productos; y hasta que espire el arrendamiento, no podrá ser despojado el arrendatario. 7.º Cuando la muger contrajo la deuda antes de casarse, pues se puede proceder subsidiariamente por su importe contra sus bienes dotales, y contra su marido que los posee en su nombre, en defecto de los parafernales y de otros extradotales, por no ser justo que por haberse casado defraude á sus acreedores (1); pero por el débito legítimamente contraído mientras estan casados, no se puede proceder contra sus frutos, porque pertenecen al marido para sostener las cargas matrimoniales; ni tampoco en los bienes dotales, ni en sus frutos por la deuda contraída durante el matrimonio, aunque sí en los parafernales (2). 8.º Cuando el deudor enagenó la finca despues de ejecutada, pues se puede continuar la ejecucion en ella, por haber sido dolosa su enagenacion (3). 9.º Cuando el tercero adquirió la cosa litigiosa despues de emplazado el deudor sobre su dominio ó cuasidominio, ó por accion personal despues de la contestacion, por ser fraudulenta y hecha con dolo su enagenacion (4); lo cual se presume cuando se hizo á conjunta persona, ó no se recibió el dinero, ó no consta de su paga sino por confesion del enagenante, ó el deudor enagenó todos ó la mayor parte de sus bienes pendiente el pleito, de modo que no dejó con que pagar (5). 10. Cuando el acreedor tiene accion real, y el deudor hizo cesion de bienes, ó él ó estos estan ausentes de aquella jurisdiccion, ó aunque se hallen presentes no pueden ser convenidos, ó es notorio que no puede pagar. En estos casos basta acreditar la excusion en el principal para repetir contra el tercero, aunque no intervenga dolo ni fraude; pero si le compete solamente accion personal contra él, es menester no solo hacer la excusion de sus bienes sino probar haber sido dolosa la enagenacion (6). 11. Cuando el deudor entregó al acreedor la prenda ó hipoteca, ó le dió su posesion real ó

(1) *Castill. de alim.* cap. 65. *Lara de vi-ta homin.* cap. 22. *Carlev.* tit. 3. disp. 19 num. 9. *Ciriac.* controvers. 37.

(2) *Carlev.* disp. 9. dicha num. 12, y sig. *Amat. Var.* tom. 2. resolut. 45. num. 24.

(3) *Noguerol allegat.* 29. num. 208. *Parlad.* ibi. num. 13 y 14.

(4) *Valenz.* consil. 19. num. 41. *Salg de reg.* part. 4. cap. 8. num. 168. *Carlev.* dtsp. 11. dicha num. 2. *Parlad.* dicho §. 5. num.

6 al 9. *Rodrig.* dicho cap. 4. num. 52.

(5) *Surd.* consil. 533. num. 5. *Covarr. Pract.* cap. 15. num. 7. *Cancer.* lib. 3. *Var.* cap. 17. num. 461, 462 y 466. *Gutierr.* de *juram. confirm.* part. 1. cap. 13. num. penult. y fin.

(6) *Ciriac.* controv. 5. 120 y 388. *Olea de cession.* tit. 6. quæst. 11. *Castill.* lib. 5. *Controv.* cap. 89. num. 124. *Molin.* de *primog.* lib. 4. cap. 1. num. 39.

ficta constituyéndose poseedor precario de ella en su nombre, y despues la enagenó (1). 12. Cuando el acreedor dirige su accion contra la deuda de su deudor obligada pues no necesita hacer excusion en los demas bienes de este para ejecutar al suyo (2). 13. Por débitos Reales, pues aunque el tercero no sea sucesor universal ó heredero del deudor fiscal, sino que posea por título particular de compra, donacion ú otro, los bienes de este, puede el fisco usar contra él, como su poseedor de la via ejecutiva, no obstante que el deudor los haya adquirido despues de celebrado el asiento ó contrato de arrendamiento con el Rey, ya estén especial ó generalmente obligados respecto no distinguir la ley, lo cual se prueba del capítulo II de la 27. tit. 11. lib. 9 de la antigua Rec. que dice: *El derecho de la via ejecutiva que se tiene contra los bienes que obligan, es mi voluntad, que pase contra los terceros que succedieren en los bienes obligados por compra, donacion ó herencia, ó por otro cualquier título.* Pero no se amplía su disposicion á otros casos fuera del de arrendamiento de rentas Reales, como afirma Nogueroi en el lugar citado al pie (3).

30. Para que el acreedor pueda proceder ejecutivamente contra el tercero poseedor, es preciso que este tenga título ó causa del deudor contra quien competia principalmente al acreedor el derecho de ejecutar. Se dice tener título suyo, nõ solo cuando hubo la cosa del mismo, sino de otro ú otros que de él la hubieron, por lo que justificándose que el deudor la poseía al tiempo que contrajo la obligacion, se presume que el tercero tiene título ó causa suya, y se puede proceder contra él aunque hayan pasado muchos años, y mediado diversos poseedores (4), y convenirle en el lugar y fuero que al deudor principal, porque por derecho se le trasfiere la hipoteca con este gravamen (5). Pero se deberá tener presente: lo primero, que cuando há lugar la ejecucion contra el tercero poseedor, no debe oponer como tal otras excepciones que las que competian al deudor principal en cuyo lugar se subrogó, porque el que succede en el de alguno debe usar del mismo derecho que este, el cual no puede trasferirle

(1) Ley 11. tit. 13. Part. 5. Greg. Lop. en ella, glos. 5. limit. 1 y 2. Rodrig. de execut. cap. 4. nura. 55.

(2) Greg. Lop. en dicha ley 14. y glos. 5. vers. *Tertio limita.* Alex. consil. 15. numero 55.

(3) Alegat. 33. num. 69 y sig. sobre cuya inteligencia véase á Carlev. tit. 3. disp. 11. num. 6. y á Boler. de decoction. tit. 5.

quæst. 18. num. 14 y 15. Acerca de los casos referidos y otros, véase á Greg. Lop. en la glos. 5 de la ley 14. tit. 13. Part. 5.

(4) Barb. vot. 97. num. 40. Olea tit. 1. quæst. 1. num. 76. Larrea alleg. 43. num. 21. Rodrig. cap. 4. cit. num. fin. Carlev. disp. 11. dicha.

(5) Nogueroi allegat. 14. num. 4. Cancr. lib. 2. Var. cap. 2. num. 189.

mas que el que tiene; pero podrá usar de las que por su propia persona ó por otra le sufraguen; y lo segundo, que si el acreedor ignora que hay otro poseedor mas que el deudor, no necesita litigar con el tercero, especialmente si es clérigo, y basta citar al deudor (1).

31. En lib. 2. tit. 4. cap. 19. §. 1. traté aunque brevemente, de las clases ó especies de bienes que hay, y ofrecí hablar de ellas en este con extension. Los bienes se dividen en *muebles* y *semovientes*, en *raices*, y en *derechos* y *acciones*. Muebles y semovientes son los que segun su naturaleza y sin deshacer su forma se mueven por sí mismos, y pueden ser movidos; y raices los que ni se mueven ni pueden ser movidos (2).

32. Son tambien raices los alfolíes, graneros y horreos, de que usan en Asturias, y las cubas, tinajas y otras cosas semejantes que por ser grandes no se pueden mover, ó aunque se puedan, están metidas en la tierra; mas no si no lo están, y se pueden mover sin deshacer su forma (3). Lo mismo sucede con las tejas, ladrillos, piedra, madera, puertas, ventanas, llaves, cerrojos y demas cosas metidas en la fábrica de la casa ó edificio, ó quitadas para volverlas á meter; como asimismo del molino, sus rodeznos, muelas y demas cosas tocantes á su edificio, hallándose puestos en él ó quitados para volverlos á poner; porque todas estas cosas son de la casa y molino, y se contemplan parte precisa de ellos, y siguen su naturaleza; pero si no se hallan puestas, aunque estén preparadas para este efecto, ó si se quitaron con ánimo de no ponerse, se graduan por muebles (4).

33. Se estiman igualmente por bienes raices los colmenares de abejas, palomares y estanques de pescados, estando incorporados y metidos en la tierra; y por muebles si se hallan separados y son movibles, ó cuando se mencionan solamente las abejas, palomas y pescados (5). El hato de ganado, si se considera con el sitio en que está, se tiene por raiz, y si separado

(1) Valenz. consil. 116. Nogueroi alleg. 3. Salg. de reg. part. 4. cap. 14 num. 59.

(2) Ley *Moventium*, ff. de verbor. significat. Ley 1. tit. 17. Part. 2. y ley 4. tit. 29. Part. 3. Parlad. lib. 2. part. 5. cap. fin. §. 3. num. 7 y 8.

(3) Ley 1. tit. 17. Part. 2. Hermos. en ella, glos. 1.

(4) Ley *Granaria*, §. *Tegulæ*, y ley *Funde*, §. *Quæ pictæ*, vers. *Item quod insulta*, ff. de action. empti, y ley 28. tit. 5. Part. 5. Hermos. en ella, glos. 4. y en la 29. cit.

(5) En las ediciones de Febrero adicionado y reformado se cita para apoyo de esto la ley 3. tit. 21. Part. 2. que no trata de tal cosa, sino de la nobleza de los hijosdalgo. La ley 1. tit. 17. Part. 2. que distingue los bienes muebles de los raices dice asi: „et las cosas muebles se entienden por aquellas que viven et se mueven por si naturalmente, otrosi por las cosas que maguer non son vivas que se non pueden mover, pero muévenlas; et raices son las heredades et las labores que se non pueden mover.

de este, por semoviente (1). Lo propio milita para con los frutos, los cuales estando pendientes en los árboles, viñas, olivos y heredades que los producen son parte del fondo, por lo cual se reputan raíces, y si están cogidos ó separados de ellas, por muebles (2).

34. Los derechos y acciones constituyen la tercera especie de bienes, y por no hallarse declarados en el derecho se graduarán por muebles ó raíces, segun la clase á que pertenezcan, y asi las deudas se contemplan muebles porque miran principalmente á la persona, y siempre la siguen, y en ellas se puede hacer ejecucion en defecto de otros bienes, con tal que el deudor confiese el débito, ó conste por instrumento guarentigio, y no de otra suerte (3).

35. Los censos y oficios públicos aunque sean vitalicios, y los derechos perpetuos que pueden constituir hipoteca y admitir gravamen, son raíces, y en cuanto á los réditos de censos distinguen los autores. Si se trata de los anuales y de sus derechos, dicen que se han de numerar entre los bienes raíces, y si de los corridos, entre los muebles; como asimismo si lo son de censo remidible, ó del que se constituye hasta cierto tiempo, y de pensiones redimibles; pero yo siempre los graduaré todos de muebles.

36. En los mandamientos ejecutivos se pone la cláusula, *haccedla conforme á derecho*, que es decir que el alguacil no trabaje la ejecucion en bienes que no deben ser ejecutados, pues aunque regularmente hablando se puede hacer ó trabar ejecucion en todas y cualesquiera de las tres clases de bienes expresados, hay varias excepciones que se especificarán en los párrafos 43 y siguientes.

37. Se puede hacer ó trabar la ejecucion en la cosa ó fincada á enfiteusi, dejando á salvo para el señor del dominio directo su anual pension; pero si se concedió no para los herederos, sino para los hijos y nietos como tales, no puede embargarse ni venderse, ni mucho menos el dominio útil para satisfacer á los acreedores del infiteuta, porque este no es dueño absoluto de él, sino por su vida; y de venderse se perjudica á sus sucesores; bien que se podrán secuestrar los frutos pa-

(1) Ley 3. tit. 21. Part. 2. Hermos, en la 15. tit. 5. part. 5. glos. 1. num. 18.

(2) Gom. en la ley 70 de Toro, núm. 29. Parlad, dicho num. 13. Covarr. lib. 1. Var.

cap. 3. y cap. 15. num. 1.

(3) Ley *A Divo Pio* 15. § *Sic quoque iudices*. 8 y sig. f. de *re iudicat.*

ra hacerles pago mientras viva, y despues pasará librementé al succeso (1)

38. Tambien se puede hacer en la cosa que está sujeta á servidumbre, y venderse con esta, y en los frutos y comodidad de alguna finca que competen al usufructuario (2); y por contrato ó delito de los bienes castrenses ó cuasicastrenses del hijo que está bajo la patria potestad, y en los adventicios que posee, si su usufructo no pertenece á su padre; mas no en la propiedad de ellos cuando le pertenece, ni tampoco en su usufructo, excepto que sea por deuda privativa de este (3).

39. Asimismo puede hacerse en los oficios públicos renunciabiles y vendibles, y compeler al deudor á que manifieste su título, y precedida licencia del Soberano los renuncie á favor del comprador. No queriendo hacer la renuncia, la puede dar el juez por hecha, porque estos oficios se venden, ceden, enagenan, hipotecan, dan en pago á los acreedores, y aplican á los herederos del dueño en la particion de los bienes, como diariamente se ve. Pero si no son renunciabiles, y espiran con la muerte del cesionario, no se puede hacer ejecucion en ellos, á menos que sea únicamente por la vida de este, pues entonces se puede trabar en sus frutos (4).

40. En la jurisdiccion libre que el deudor tiene en algun pueblo ó sitio, se puede hacer y trabar la ejecucion igualmente que en otra cualquiera finca que lo sea, y por consiguiente se puede embargar, vender, gravar, hipotecar y dar en pago al acreedor por el total de su débito, ó en parte de pago de él si su precio no alcanzare á cubrirle, porque en estos reinos se conceptúa y estima como alhaja patrimonial por ser hereditaria, pero no si está anexa á algun título de los que constituyen gerarquia en el estado, como duque, conde ó marqués (5).

41. Del propio modo puede trabarse la ejecucion en los bienes dotales de la muger y en sus frutos por la deuda que contrajo antes de casarse, segun se indicó en el párrafo 7, porque pasan al marido con sus cargas, las cuales se deben satisfacer de los del verdadero deudor (6); pero esto se entiende

(1) Salg. *Labyr.* part. 3. cap. 3. num. 33. Nogueroi allegat. 37. num. 66.

(2) Leyes 8, 20 21. tit. 31. part. 3. Carlev. tit. 3 disp. 1. num. 20 y disp. 20, num. fin.

(3) Carlev. tit. 3. disp. 20, num. 6. Parlad. ibi, num. 34. Salg. *de reg.* part. 4. cap. 8. num. 243. Gom. lib. 2. *Var.* cap. 15. num. 11.

(4) Rodrig. dicho cap. 5. num. 69. Covarr. lib. 3. *Var.* cap. 19. num. 6. Avendan respon. 38. Castill. *de usufruc.* cap. 21.

(5) Salg. par. 3. *Labyr.* cap. 4. num. 68.

(6) *Ley Mulier*, 73 ff. *de jure dot.* *Ley A Divo Pio*, ff. *de re judic.* y leyes 1. y 3. *Cod. de execut. rei judicat.*

no habiendo otros que le pertenezcan; pues si los hay, se ha de hacer primero en ellos la ejecucion, porque es justo no se irroque detrimento al marido que creyó tener alivio en los dotes para sostener las cargas del matrimonio.

42. Lo mismo que queda sentado en orden á los frutos dotes cuando la muger contrajo el débito antes de casarse, procede despues de casada por el de su marido, ó por el que ella misma por su hecho propio y con su licencia ha contraído, si en esta puso la cláusula expresada en el lib. 2. tit. 4. cap. 29. §. 16; excepto que excedan de lo necesario para la manutencion de ambos y de sus hijos, ó que ella no haya administrado bien los bienes de su hijo, de quien era tutora ni tampoco su marido segundo, ó que el débito se hubiere contraído precisamente para mantener á la muger é hijos, pues en estos tres casos se podrán ejecutar los frutos referidos (1).

43. Gozan de excepcion y privilegio para no ser ejecutadas las cosas sagradas y religiosas dedicadas al culto divino (2). En cuanto á si se puede ó no hacer ejecucion en las capillas y sepulturas pertenecientes al deudor, hay variedad de opiniones. Unos dicen absolutamente que no, á menos que se comprendan en la universalidad de bienes, y otros distinguen de este modo: si al tiempo de la ereccion de iglesia reservó en sí el patrono el derecho de sepulcro (lo propio se ha de decir de la capilla), se puede hacer ejecucion en él, porque es meramente temporal y profano, y cuando hizo la reserva no estaba consagrada la iglesia; y si le adquirió despues de la ereccion, tambien, porque por razon de esta preeminencia es igualmente temporal y como tal puede venderse y trasferirse al modo que cuando queda profano. Lo mismo afirman del derecho de patronato, especialmente si está anexo á herencia ó mayorazgo, pues puede pasar al acreedor con la universalidad de bienes.

44. Está exceptuado de la ejecucion el derecho de usufructuar, porque es personal, y no se trasmite á otro: lo propio milita cuando el deudor tiene el mero uso, por la misma razon (3). Lo están tambien los mármoles, columnas y otras cosas puestas en los edificios para su adorno, excepto que se haga

(1) Ley Satis, 4 Cod. *Ex quibus causis pignus vel hypotheca tacite*. Rodrig. dicho cap. 5. num. 70. *Cur. Filip. ilustr.* tom. 1. §. 16. num. 4. par. 2. Carler, tit. 3. disp. 19.

(2) Ley 3. tit. 13. Part. 5. y ley 3. tit. 5. lib. 4. Nov. Rec.

(3) Leyes 20 y 21. tit. 31. Part. 3. *Castill. de usufruct.* dicho cap. 70. num. 9.

igualmente en estos la ejecucion, porque son parte suya, y de quitarse se causa deformidad (1); y las servidumbres Reales, que son las que unas fincas, ya sean rústicas ó urbanas, deben á otros á menos que se haga juntamente en las propias alhajas porque no se pueden separar de ellas (2).

45. Aunque segun varias leyes no debe trabarse ejecucion sino por débitos Reales en la casa morada, armas, caballos y mulas que tuvieren, y en que anduvieren los caballeros é hijos-dalgo (3); solamente se observa respecto de la casa morada, y aun si carecen de otros bienes se traba en ella, porque no es justo que el acreedor se quede sin su crédito, que de justicia y en conciencia se le debe, y mas cuando el deudor puede buscar ó alquilar otra para vivir, pues su privilegio no se extiende á poder defraudar á su acreedor, pero si estuviese hipotecada especialmente con otros bienes á la seguridad de algun censo ú otro crédito, y el deudor vendiere estos ocultando el gravamen, y se quedare solamente con la casa, aconsejaria yo que en todo se trabase, porque la obligacion sigue la hipoteca y el comprador debe mirar con quien contrata, y aun cuando en este caso se trabe en la casa sola, no se anulará por el delito que cometió el deudor en la ocultacion del gravamen.

46. Tampoco debe trabarse en las armas y caballos aunque sea por deuda Real ú otra privilegiada, y carezca de otros bienes (4), ni en las yeguas de vientre, sus crias y caballos que tuvieren los criadores de todos; pues no se debe contar en la valuacion y aprecio de sus haciendas para este efecto (5), ni en los libros de estudiantes y abogados no obstante que carezcan de otros bienes, porque se equiparan á las armas (6) (*).

(1) Hermos. en la ley 28. tit. 5. Part 5. glos. 4. num. 4. Castell, lib. 5. *Controv.* cap. 62. num. 13.

(2) Ley 12. tit. 31. Part. 3. *Parlad.* ibi, num. 47 y 48.

(3) Leyes 1, 2, 9, 13 y 15. tit. 2. lib. 6, y 13. tit. 31. lib. 11. *Nov. Rec.* y 23 tit 21 Part. 2.

(4) Ley 1. al fin. tit. 2. lib. 6, y 13. tit. 31. lib. 11. *Nov. Rec.*

(5) Leyes 2 y 5. tit. 29. lib. 7. *Nov. Rec.*

(6) Ley *Advocati*, 14. *Cód. de advocat. dispensator. judic.* Acev. en la ley 19. tit. 21. lib. 4. *Rec.* num. 42 y 43. *Parlad.* d'icho §. 3. n. m. 18, 22 y 23.

(*) Lo que aqui dice Febrero en orden á no poderse trabar ejecucion en las armas y caballos, está en contradiccion con lo sentado en el párrafo anterior. El reformador quiso salvarla diciendo las armas y

caballo de otro cualquiera; pero es claro que si las armas y caballo del noble no estan exentas de la ejecucion, menos lo estarán las de un plebeyo, por cuanto aquella exencion se concedió á la nobleza, atendiendo sin duda al servicio militar que hacian los nobles en otros tiempos. El Dr. Sala en su ilustracion del Derecho Real de España, lib. 3. tit. 15. §. 8. dice asi: „No puede trabarse ejecucion en los caballos y las armas que alguno tuviere para militar á caballo ó de infante, no siendo deudor del rey sino de otro particular (ley 13. tit. 31, y ley 1. tit. 2 lib. 6. *Nov. Rec.*), lo cual en los hijos-dalgo y caballeros tiene lugar generalmente en las casas de su morada, mulas, caballos y armas de su cuerpo.” (Leyes 1, 9, 13 y 15, tit. 2, lib. 6, *Nov. Rec.*)

47. No deben ser ejecutados el estipendio, sueldo ó salario del oficial público, soldado y togado, sino en defecto de otros bienes; ni el de los doctores que enseñan públicamente, como tampoco el de los clérigos (1); y la razon es porque no se distraigan del ministerio público, regio ó eclesiástico si les faltan los aumentos en cuyo concepto se les dá el sueldo, ni tengan que mendigar en desdoro y oprobio del estado, oficio y empleo, y por la reverencia debida á la iglesia, al rey y á la república; pues seria injusto fuesen de peor condicion que los menestrales. Asi, pues, se les ha de dejar congrua sustentacion al arbitrio del juez, segun su clase, estipendio y familia precisa. En la corte por lo general se les embarga la tercera parte del sueldo, excepto que sea tan crecido que con la mitad se pueda mantener el deudor, ó que este la ceda al acreedor. Pero de las dos partes que se les deje para alimentarse, han de pagar alquiler de casa, criados y demás cosas semejantes, porque todas son partes de alimentos, pues la tercera es para acreedores de otra clase, á menos que sufrague para todos; lo cual he visto ejecutoriado en el consejo en pleito sobre alquiler de casa contra un inquilino.

48. En los instrumentos conque los menestrales ó artesanos ejercen sus oficios no debe trabarse ejecucion, porque son precisos para adquirir el diario alimento, y se estiman privilegiados como las armas y los libros (2)

49. No debe hacerse ejecucion en el vestido diario, cama y otras cosas indispensables al uso cotidiano de cualquiera persona, porque no están comprendidas segun derecho en la obligacion general del deudor, y por dictarlo asi la humanidad (3), excepto que sea por débitos Reales; bien que si el deudor tiene v. gr. cuatro colchones ú otras cosas duplicadas y superfluas, en cuanto no son precisas para su uso diario, se le pueden secuestrar v. gr. dos colchones &c., dejándole las indispensables aunque el débito pertenezca al Rey, como lo he visto practicar, practiqué, y se aprobó en juicio.

50. En los bienes de mayorazgo ó sujetos á restitucion, no se debe trabar ejecucion, pero sí en sus rentas, como pertenecientes al deudor, dejándole lo necesario para su decente manutencion en caso que el mayorazgo sea qualificado, ó que á él

(1) Ley 3. tit. 27. Part. 3. verb. *Ni en soldado*, y cap. 3. de *solutionibus*.

(2) L. v. *Estipendia*. Cod. de *execut. rei judicat.* Cur. *Pitt.* part. 2. §. 16. num.

10. *Parlad.* dicho num. 19.

(3) L. y 5. tit. 13. Part. 5. *Parlad.* dicho §. 3. num. 21. *Rodríg.* dicho cap. 5. num. 75.

esté anexa alguna dignidad, ó la tenga su poseedor, y no de otra suerte; excepto que el fundador los haya gravado, pues entonces se pueden embargar y vender, porque no es justo instituya mayorazgo en perjuicio de los acreedores de justicia; pero esto procede cuando el fundador no dejó bienes libres, pues si los hubiere dejado se ha de hacer previa excusion en ellos, y es lo que se observa. Lo mismo se practica cuando el poseedor los gravó con facultad real, porque aunque en virtud de ella quedan libres y separados de él hasta en la cantidad del gravamen, esto se entiende subsidiariamente no habiendo dejado bienes libres, ó no alcanzando estos á su solucion. Si no intervino la facultad tendrá derecho solamente el acreedor á cobrar los réditos durante la vida del constituyente, y si este carece de otros bienes con que reintegrarle su capital, lo perderá. Pero se advierte que concedida facultad para obligar genéricamente por cierta cantidad los bienes de mayorazgo, si ésta no se paga, se pueden vender aunque no se especifiquen sin nueva facultad; al modo que concedida licencia al tutor por el juez con conocimiento de causa para obligar los del menor, puede el acreedor en virtud de ella, y sin otra ni nueva solemnidad, venderlos tambien; y así los acreedores á quienes con Real licencia están obligados los del mayorazgo, no solo pueden pedir ejecucion contra los frutos ó rentas de este, sino igualmente que se vendan para el pago hasta la concurrente cantidad, como libres (1).

51. En el derecho que alguno tiene á que otro le alimente, no debe hacerse ejecucion, porque es personal, y de consiguiente no se puede renunciar ni trasferir, lo cual se limita en dos casos: el primero cuando se hace solamente en la comolidad ó frutos que debe gozar el alimentario, pues los puede ceder y traspasar por su vida y no mas; y el segundo cuando se hace en los alimentos que el hijo tiene devengados, pues puede hacer lo propio.

52. Tampoco debe hacerse ejecucion en el pan ó trigo del pósito por las deudas del pueblo (2), ni en cuerpo muerto, el cual no debe ser detenido por deuda, ni el acreedor impedir que se le sepulte (3), ni por lo que está debiendo el deudor, en los bienes que se le legan ó renuncian á su favor con la precisa condicion de que los distribuya entre sus hijos, porque no

(1) *Mieres de Majorat*, part. 4. cap. 3. num. 16.

(2) Ley 2. tit. 20 lib. 7. Nov. Rec.

(3) *Leyes* 12 y 13. tit 9. Part. 7.

son suyos sino de estos, que los adquirieron del testador ó renunciante (1).

53. En los bienes propios de la muger casada ni en sus vestidos, no debe trabarse ejecucion por las deudas y fianza que su marido contrajo y constituyó por sí solo antes ó despues de contraer matrimonio, porque no está obligada, ni por consiguiente es responsable á su satisfaccion (2).

54. Por las deudas del concejo no deben ser ejecutados los bienes de sus vecinos, ni las casas del cabildo, pósitos ó alhóndigas, teatros ni lugares públicos, y solo se debe proceder contra los propios y demas bienes que tenga; y careciendo de ellos, deben contribuir los vecinos del pueblo por repartimiento proporcional, segun el caudal de cada uno (3).

55. Las naves extranjeras que traen á estos reinos mercaderías ó bastimentos, tampoco deben ser ejecutadas por las deudas de sus dueños, á menos que estos las consignen para su pago (4), pues pueden renunciar su derecho.

56. Los labradores en ningun tiempo del año deben ser ejecutados en sus bueyes, mulas ni otras béstias de arar, ni en los aperos ni aparejos destinados para labrar, ni tampoco en sus sembrados ni barbechos, excepto por deudas Reales, por rentas de las heredades, ó por lo que el dueño de estas les dió para hacer la labor, y aun en estos tres casos han de carecer de otros bienes, y si no tienen mas que un par de bueyes, en ningun caso absolutamente ha de ser embargado (5). Tampoco deben ser presos en el mes de julio y siguientes hasta fin de diciembre, ni en ningun tiempo del año, por deuda que no proceda de delito ni cuasidelito, y el juez ó executor que contravenga á algo de lo que se ha expuesto, incurre en suspension de oficio por un año; el acreedor que lo pide pierde por lo propio la deuda, y el labrador queda libre de ella. Asimismo no deben renunciar su fuero, ni ser reconvenidos sino en el de su domicilio, ni someterse á otro juez que al corregidor realengo mas cercano, y en los lugares eximidos, al de la cabeza de jurisdiccion de donde se eximieron; por manera que las escrituras que otorguen contra sus privilegios son nu-

(1) Gafferr. in cap. *Quaeris pactum*, num. 6 y 11 *Mieres de Majarat* part. 4. qæst. 19. num. 69. Castill. lib. 5. *Controvers.* cap. 68.

(2) Ley 61 de Toro, y ley 1. Cod. *Ad leg. julian de vi public.*

(3) Ley 2. tit. 20. lib. 7, ley 9. tit. 31. lib. 11. Nov. Rec. Cur. *Filip.* part. 2, § 16. num. 4.

(4) Ley 4 tit. 31, lib. 11. Nov. Rec.

(5) Leyes 15. y 16. tit. 31. lib. 11. Nov. Rec.

las. Además no se han de tomar sus carros, carretas ni bés-tias sino para el Real servicio (1).

57. No deben ser visitados en los meses de junio, julio ni agosto (2) (*), ni reconvenidos en ellos por deudas, aunque sean Reales (3) (**), ni ejecutados en el pan que cogen de sus labores hasta que le tienen entrojado, en cuyo caso no se ha de vender á menos de la tasa (***), y no habiendo comprador se ha de hacer pago con él al acreedor. Fuera de esto en ningun tiempo del año se les puede prender por deuda que no provenga de delito, sino que sea de las contraídas antes de ser labradores, ni están obligados á volver el pan que se les presta para sembrar ú otras necesidades en la misma especie, pues cumplen con satisfacerle en dinero segun la tasa (4). Tambien se les deben reservar cien cabezas de ganado, las cuales no pueden embargarse sino por diezmos ó por el alimento del ganado mismo (5); y fuera de estos casos, ó del de contribucion de hermandad, cualquier merino, ejecutor ó persona que los ejecutare, debe ser castigado por los alcaldes de la hermandad (6). Finalmente, á favor de los labradores, artesanos y menestrales, se expidió una Real pragmática en 27 de mayo de 1786, como se dirá en el capítulo siguiente, párrafo 41.

58. En cuanto á si el acreedor, habiendo intentado previamente la via ordinaria, podrá dejarla y pasar á la ejecutiva, varian los autores por falta de decision legal en este punto. Algunos dicen que sí, con tal que pague el reo las expensas que hizo en la ordinaria; pero Carleval, con cuyo dictamen me conformo, pone dos casos. El primero, cuando el acreedor que la eligió, pudiendo usar de su derecho en la ejecutiva, se retrae de aquella y pide por esta, en el cual resuelve con mas de treinta autores y algunos textos que cita, que no puede, y que le obsta la excepcion de *litis pendencia*, á menos que el deudor se conforme: lo uno porque la eleccion de la ordinaria, es-

(1) Dichas leyes 15, 16, y 19, tit. 31. lib. II. Nov. Rec.

(2) Ley 13. tit. 21. lib. 7. Nov. Rec.

(*) Esto es, los jueces ordinarios conforme á la ley 13 que se cita, éno pueden visitar en dichos tres meses los lugares de su jurisdiccion, para que no se moleste á los labradores en el tiempo de sus cosechas.

(3) Cap. 5 y 7 de la real cédula é instruccion de 13 de marzo de 1725, que es la ley 15, tit 22. lib. 6. Nov. Rec.

(**) En el lugar que se cita solo se dice que en los tres meses de junio, julio y agosto no se pueden despachar ni despachen au-

diencias ni ejecutores de las cobranzas de las re las Reales; y aun esto no se manda solo en favor de los labradores, sino en general de todos los vecinos de los pueblos, por ser común su lamentó de lo excesos y violencias de los jueces, audiencias y ejecutores.

(***) Bien sabido es que la pragmática de 11 de junio de 1765 derogó las leyes de la tasa de granos.

(4) Leyes 8. tit. 19. lib. 7, y 7. tit. 11. lib. 10. Nov. Rec.

(5) Ley 17. tit. 31 lib. 11. Nov. Rec.

(6) Ley 14. tit. 31 lib. 11. Nov. Rec.

tando en su mano la ejecutiva, es visto haber renunciado esto: lo otro porque carece de potestad para eludir el juicio que principió y está trabado con el deudor, sin que este lo consienta, porque una vez contestado, pasó á casicontrato; y lo tercero porque lo que solemnemente se principia, se debe terminar con la misma solemnidad por la sentencia (1).

59. El segundo caso es cuando el reo, temiendo ser reconvenido por el actor, previene á este en via ordinaria con demanda (que llaman de *jactancia*), exponiendo corresponderle excepcion contra el instrumento ó sentencia que traen aparejada ejecucion, y pretendiendo que el juez lo declare asi, en cuyo caso resuelve que la via ordinaria no impide la ejecutiva, y que asi se ha de proseguir esta sin que obste la excepcion de la *litis pendency*, porque ningun derecho, autoriza ni da potestad al deudor para defraudar al acreedor, y quitarle el remedio ejecutivo, que por virtud del instrumento ó sentencia le concede la ley, especialmente habiendo intervenido en su otorgamiento su voluntad y beneplácito. Amplia esto Carleval, aun cuando la via ordinaria se haya principiado ante un juez eclesiástico, pretextando ser ilícito y usurario el contrato, ó ante un secular, y la ejecutiva ante otro; y lo limita en caso que la excepcion resulte manifiestamente del mismo instrumento, ó esté contenida en él, pues entonces habrá lugar á su admision, y obstará para pedir la ejecucion; porque asi como la accion que de él aparecē es guarentigia, lo es tambien la excepcion que incluye; y como tiene igual vigor, se debe proseguir y concluir el juicio del reo como preventivo, antes que el pretendido por el actor.

60. Si el acreedor intenta primero la via ejecutiva, y luego pasa á la ordinaria (cuyo caso es distinto de los dos precedentes, y de él no trata Carleval), podrá dejar esta y continuar aquella, pagando al deudor las costas causadas hasta alli en la ordinaria; porque aunque estas dos vias son diversas, no contrarias; fuera de que la ejecucion está introducida en su favor, y por el uso de la ordinaria no es visto haberla renunciado, excepto que lo exprese; ni al reo se irroga perjuicio mediante que le paga las costas (2).

61. Lo mismo procede cuando en el instrumento concedió facultad el deudor al acreedor para mudar los juicios,

(1) Carlev. de *judicat.* tit. 3. disp. 14.

59. num. 7. Marant. part. 6. tit. de *instrum.*

(2) Paz tom. 1 part. 4. cap. 1. num. 2. y cap. 3. num. 1. Gutierr. lib. 3. tract. quæst.

num. 13.

y cuando este intentó la ordinaria con protesta de volver á la ejecutiva siempre que quisiere (1). Si el acreedor hubiere ejecutado al deudor ante un juez, no le impide la *litis pendencia* volverle á ejecutar ante otro, y dejar la ejecucion principiada sobre lo misma suma, pues la via ejecutiva no puede causar instancia, porque se procede sumariamente en ella, y asi en ningun caso obsta la excepcion de estar pendiente (2) (*).

62. Teniendo accion el acreedor contra varios correos, fiadores ó mancomunados, no puede (pendiente el pleito con uno de ellos) dejarle é intentarle contra alguno de los otros, despues de contestado; y asi primero debe hacer excusion en los bienes de aquel, que dirigir su accion contra los demas (3).

(1) Barbos. vot. 126. num. 10. *Cur Filip. illust.* tom. 1. part. 2. §. 1. num. 1.

(2) Nogueroi alleg. 4 num. 26. Salg. *de re-est.* part. 2. cap. 10. num. 11. Parej. *de edition.* tit. 4. resolut. unic. §. 6. num. 121. Cariev. tit. 2. disp. 2. num. 16.

(*) Parladorio es de contrario sentir, fundado en que lo dispuesto acerca de la *litis pendencia* en los juicios ordinarios, debe tener lugar en los ejecutivos, por haber la misma razon para ello; y Salgado le impugna, porque se aparta de la opinion comun de los intérpretes, sin apoyar la suya en ningun fundamento de autoridad. Pero sin em-

bargo, como Salgado y los intérpretes no se apoyan en el derecho patrio, sino en el romano y en otros intérpretes, creo que deberá seguirse la opinion de Parladorio, ya porque parece cosa injusta permitir al acreedor que moleste y veje á su deudor en muchos tribunales, y ya porque las leyes del reino procuran por muchos medios evitar, cortar y abreviar los pleitos. A vista de estas razones se reputará de poco ó ningun momento la de que la via ejecutiva no puede causar instancia por procederse en ella sumariamente. *Ferrero reformado.*

(3) Leyes 16 y 23. Cod. *de fidejussorib.*