

TITULO III.

DEL JUICIO EJECUTIVO.

CAPITULO PRIMERO.

Observaciones Preliminares.

- §. 1. ¿Qué es juicio ejecutivo, y por qué se introdujo?
2. ¿Por quien ha de ser otorgada la obligacion de dar ó hacer alguna cosa, y en qué términos quedará obligado el promitente?
3. En la obligacion se ha de expresar el término ó plazo en que se ha de satisfacer la deuda, y el deudor ha de dar poder al acreedor para que pasado que sea le apremie ejecutivamente.
- 4 y 5. Si por morosidad del deudor fuere preciso enviar executor contra él para la exaccion de la deuda; ¿como han de satisfacerse los salarios que este devengue en ida, estada y vuelta? Para que pueda enviarse dicho executor, ¿qué renunciaciones deberá haber hecho el deudor?
6. Aclaracion de la doctrina anterior.
7. Tambien ha de contener la escritura de obligacion la cláusula guarentigia; ¿cual es esta, y que efecto produce?
8. Aunque, segun el derecho comun, el acreedor que tiene hipoteca especial y general en los bienes de su deudor, puede trabar ejecucion en los que mejor le parezca, sin necesidad de hacer previa excusion en los obligados especialmente; sin embargo, esto no se practica en los tribunales, antes bien se hace primero la ejecucion en las hipotecas especiales.
9. Cuando en las escrituras de préstamo ó mutuo se pacta que el deudor ha de pagar lo que se le presta en la misma especie, está obligado á hacerlo así.
10. Como á veces los acreedores reciben los bienes de sus deudores en pago de sus créditos, y despues de entregados sale otro que por su escritura tiene mejor derecho á ellos, para evitar disputas y perjuicios, ¿como deberá estender la cláusula el escribano?

1. **E**l juicio civil ejecutivo es un juicio sumario que se introdujo en favor de los acreedores, para que sin experimentar los dispendios ni dilaciones de la via ordinaria, ni las molestias ó vejaciones de los deudores morosos, consiguiesen brevemente el cobro de sus créditos, sin distraerse del desempeño de sus deberes respecto á sus empleos, oficios ó familias (1). Mas por otra parte, aunque el juicio ejecutivo tiene tanta eficacia, si no se sabe seguir se convierte facilmente en ordinario, y si no se usa de él en tiempo, se pierde el derecho de ejecutar, el cual se prescribe por cierto tiempo, como se dijo en el capítulo 1, título 1 de este libro, párrafos 25, 26 y 27. Asi, pues, para instruir perfectamente al escribano principalmente en la teórica y práctica de dicho juicio, en cuya sustanciacion se padece mucha ignorancia, explicaré metódicamente lo que me han enseñado el estudio de las leyes y de los autores de mejor nota, juntamente con la práctica, dando principio á esta materia con algunas observaciones preliminares que creo conducentes al propósito.

2. La obligacion de dar ó hacer alguna cosa, debe ser otorgada por quien puede contratar, y la cosa á que se obligue posible y arregiada á la ley y buenas costumbres, y concurriendo estos requisitos, aunque el promitente ú obligado oponga la excepcion de que se hizo entre ausentes, ó se obligó á que otro daria ó haria algo, ó que no hubo estipulacion ú otra cosa semejante, serán infructuosas y no la viciarán, porque en cualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, queda obligado (2). Tambien lo quedan sus herederos, á menos que la obligacion sea personal, v. gr. de hacer alguna cosa por sí propio, por depender su cumplimiento de su habilidad, industria ó persona, pues entónces no se trasmite á los herederos, antes bien espira con su muerte (3): lo cual procede, ya sea constituyendo por sí mismo la obligacion ú otro en su nombre con poder bastante, porque lo que el apoderado hace en nombre y con poder de su principal, se entiende haberlo hecho esté. Si se obliga á pagar dinero, y lo recibe del acreedor en el acto del otorgamiento de la escritura, debe el escribano dar fé de ello, y si no parece de presente, confesará haberlo recibido, renunciará la excepcion que le compete

(1) Ley 1. tit. 28. lib. 11. Nov. Rec Paz
in prax. tom. 1. part. 4. Rodrig. Snar. in
leg. post rem judicat. in declarat. leg. regn.

limit. 4. num. 7.

(2) Ley 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.

(3) Ley 12, tit. 11. Part. 5.

por no haber recibido el dinero, la ley que trata de la entrega, y el término que para probarla prefiere, y explicaré en adelante.

3. Se ha de expresar tambien en la obligacion el término ó plazo en que se ha de satisfacer la deuda, y el deudor dará poder al acreedor para que pasado que sea le apremie ejecutivamente no solo á su pago, sino tambien al de las costas, perjuicios y menoscabos, ó intereses que por no cumplir lo prometido se le ocasionen, expresando que por su importe se haga la misma ejecucion, remate de bienes y pago que por la deuda principal. Obligado en estos términos, aunque sea por deuda que otro tenga contra sí, deberá pagarlo todo luego que espire el plazo, y si este no se prefiere, queda á arbitrio del juez concederle el que le parezca, y pasado puede compelerle á su satisfacion (1) (bien que por punto general el acreedor puede pedir su débito, y el deudor debe pagarlo diez dias despues de prestado, segun queda dicho en otra parte). Pero si se prefiere plazo y condicion posible y honesta, debe cumplirse todo antes que se le apremie á su paga (2).

4. En las obligaciones de hacer, dar ó pagar alguna cosa ó cantidad, suele pactarse que si por morosidad del deudor fuere preciso enviar executor contra él para la exaccion de la deuda, ha de satisfacerle los salarios que devengue en ida, estada y vuelta, contando por cada dia de camino ó por cada jornada ó dieta, á razon de ocho leguas, por cuyo importe se ha de hacer la misma ejecucion, trance, remate de bienes y pago que por la cantidad principal &c. Nuestras leyes no estan conformes en cuanto á las leguas que en cada dia de camino se deben andar, y llamamos *jornadas*, pues la ley 2. tit. 6. lib. 8. Nov. Rec., párrafo 2, señala diez por cada dieta ó jornada, y las 8. tit. 28. lib. 5, 2 y 3. tit. 19. lib. 6, prefieren ocho, y para evitar disputas se ponen en las escrituras las mismas ocho, que son las que en el comun concepto se graduan por jornadas regulares (3). Para que pueda enviarse el executor, habrá el deudor de renunciar la pragmática de 11 de febrero de 1623, que es la ley 8. tit. 29. lib. 11. Nov. Rec., la cual

(1) Leyes 10. 12, 13 y 14. tit. 11. Part. 5.

(2) Ley 17. tit. 11. Part. 5.

(3) Aunque Febrero dice que la legua civil ó legal consta de quince mil pies, debemos atenernos á la Real orden de 20 de enero de 1801, circulada en 29 de febrero siguiente, en la qual se dice: „Para que la legua corresponda próximamente á lo

que en toda España se ha llamado y llama legua, que es el camino que regularmente se anda en una hora, será dicha legua de veinte mil pies (tercias de vara de á diez y seis dedos), la que se usará en todos los casos en que se trate de ella, sea en caminos reales, en los tribunales y fuera de ellos.

en el párrafo 1.º dice así: *Ordenamos y mandamos que ningún consejo, tribunal, chancillería, audiencia, comunidad, universidad ni persona particular de cualquier estado, calidad ó condición que sea, por cualquier título, causa ó razón, no puedan enviar ni envíen á ninguna parte de estos nuestros reinos ningún juez de comisión, ni tampoco ejecutor, ni otra cualquier persona con jurisdicción, comisión, instrucción ni en otra forma á costa de las partes, ni en otra manera, so pena que las personas que así no lo cumplieren, serán castigadas con todo rigor, y á las que admitieren las dichas comisiones, las condenamos en privación perpetua de los oficios que tuvieren y á la restitución de los salarios que llevaren con la pena del dos tanto, y que todos los negocios y causas que se ofrecieren, en las cuales sea necesario dar comisión á persona particular, así de probanzas, averiguaciones, cobranzas, ejecuciones, notificaciones, citaciones, como de otras cualesquiera diligencias, para las cuales hasta agora se han enviado personas, se remitan de aquí adelante á las justicias ordinarias de la ciudad, villa ó lugar donde se hubieren de hacer; y si por alguna consideración ó causa padecieren excepción, se remitirán al realengo mas cercano; y tan solamente permitimos que en el nuestro Consejo se puedan dar jueces pesquisidores en los casos, y con los requisitos de la ley, y no en otro alguno de cualquier calidad que sea, y encargamos á los de él los procuren excusar lo mas que fuere posible. Igualmente renunciará las demás leyes, prácticas y estilos de audiencias y tribunales que prohiben y moderan los salarios, y aunque podrá deferir la liquidación del importe de estos, y de las costas, daños y menoscabos en la relación jurada del acreedor, ó de quien sea parte legítima, esto no sirve, porque con pretexto del juramento dirá que importaron mas que lo que gastó, y para evitar fraudes se ha de estar á la tasación que haga el tasador general con arreglo al Real arancel, como se practica.*

5. Renunciará tambien su propio fuero y domicilio, lo que puede hacer, porque á nadie está prohibido renunciar lo que se ha establecido en su favor (1); pero esta renunciación hecha simplemente no aprovecha, porque puede invalidarse por el arrepentimiento del renunciante, antes de la contestación, como lo dice la ley 18. ff. de *jurisdictione omnium judicium* (de que los escribanos ponen renunciación, como si fuera ley

(1) Ley *Si quis in congeriendo*, 29, *Ord. de pact.*

nuestra, en los contratos, para que valga la del domicilio del otorgante, y pueda ser reconvenido ante otro juez que el suyo). Tampoco sirve el pacto de litigar ante juez que no es suyo, ni la suuision y próroga de jurisdiccion á otro, ni la renunciacion simple de fuero de futuro, á menos que sea jurada ó se haga en juicio (1), y así la cláusula *de que renuncia su propio fuero y otro que de nuevo ganare*, que por estilo ponen los escribanos en los contratos, vale lo mismo que si no la pusieran.

6. Pero si el deudor se somete á la jurisdiccion de otro juez determinado, ó al presidente y oidores de las audiencias y chancillerías, ó á los alcaldes de ellas ó de los adelantamientos, ó generalmente á cualesquiera jueces, renunciando su propio fuero y domicilio, podrá ser reconvenido ante ellos, observándose lo dispuesto por la pragmática de 20 de febrero de 1573 (que llaman la última de las sumisiones, y es la ley 7 tit. 29. lib. II. Nov. Rec.), y su tenor literal es el siguiente: *Ordenamos que en los contratos de censos ó de cualquiera otra causa y razon que procedan, en que las partes obligadas á pagar alguna cuantía de dineros á los plazos y términos en ellos declarados, en que las partes se sometieron á la jurisdiccion de los nuestros alcaldes de las audiencias y chancillerías, con renunciacion de su propio fuero y domicilio, hallándose las personas de las tales partes que así se sometieron, dentro las cinco leguas donde las audiencias y alcaldes residen, aunque no se hallen bienes suyos dentro en la dicha jurisdiccion, se haga y pueda hacer la dicha ejecucion en la dicha su persona por uno de los dichos alcaldes ante quien se pidiere, y por el mismo se pueda proceder á la ejecucion de los bienes que tuviere fuera de las cinco leguas, haciéndolo esto de fuera con requisitoria, y no de otra manera: y que otrosí; teniendo el tal deudor que así se sometió, bienes dentro de la jurisdiccion de las cinco leguas, aunque no sea hallada su persona, se pueda hacer la ejecucion en los dichos bienes por cualquiera de los alcaldes ante quien se pidiere; y no siendo aquellos bastantes, mejorarse en los que tuviere fuera, con que esta mejora se haga por requisitoria, y no en otra manera. Y otrosí ordenamos, que en dicho caso de la sumision hecha á los alcaldes de las nuestras audiencias y chancillerías con renunciacion de su propio fuero, aunque ni la persona ni los bienes*

(1) Gutierr. de juram. confirm. part. 1. cap. 25.

se hallen dentro de la jurisdiccion de las cinco leguas, pidiendo la parte ejecucion del dicho contrato ante uno de los dichos alcaldes, pueda proceder á ella, haciéndolo como dicho es por requisitoria; y que en ninguno de los dichos casos puedan enviar juez executor, ni dar para este efecto nuestras cartas firmadas de todos, como dizque lo han acostumbrado; por quanto no queremos que se haga, antes expresamente lo prohibimos y defendemos.—Otrosí mandamos, que en los contratos y escrituras donde las partes se sometieren á la jurisdiccion del presidente y oidores de las dichas nuestras audiencias, con renunciacion de su propio fuero, con cláusula de que puedan enviar no cumpliéndolo, á costa del deudor, con dias y salario, executor; que si las personas ó casos en que esto se hiciere fueren tales, que por ser casos de Corte, podian ser convenidos ante el dicho presidente y oidores en primera instancia, que en los tales casos y personas puedan el nuestro presidente y oidores, pidiéndolo la parte, enviar executor para el cumplimiento y ejecucion del tal contrato, ó dar nuestras provisiones para que aquella se haga en su jurisdiccion, segun que les pareciere mas conveniente á la buena y breve ejecucion de la justicia; y queremos que esto mismo se guarde en el nuestro reino de Galicia por el regente y alcaldes mayores del dicho reino, para que contra las dichas personas, y en los dichos casos de Corte, en los contratos que hubiere la dicha sumision, renunciacion y cláusula, puedan proceder á la ejecucion, segun dicho es, lo que puedan hacer el dicho presidente y oidores; pero que en los casos y personas que no fueren de Corte, habiendo sumision y renunciacion de propio fuero, tan solamente puedan el dicho regente y alcaldes mayores proceder á la ejecucion, hallándose la persona ó bienes del deudor dentro de las cinco leguas, y que con esta declaracion y limitacion se guarde la ley y ordenanza que en este caso estaba hecha, y se contiene en esta Recopilacion, que es la ley 27. tit. 1. lib. 3 de esta Recopilacion. Y que otrosí en quanto al regente, jueces de grados y alcaldes de cuadra de la ciudad de Sevilla, dentro del distrito y jurisdiccion de la dicha audiencia, en las escrituras en que hubiere la dicha sumision y renunciacion, se pueda proceder por cualquier de los alcaldes ante quien se pidiere la tal ejecucion, por la forma y manera que de suso está dicho en los alcaldes de las nuestras audiencias y chancillerías.—Otrosí mandamos, que en quanto toca á los nuestros alcaldes de los adelantamientos, los cuales,

segun lo que tenemos proveido y ordenado, no pueden en las causas civiles conocer ni proceder fuera de las cinco leguas del lugar donde residieren con su audiencia; que en los contratos donde hubiere dicha sumision con renunciacion de fuero, siendo las personas que asi se sometieron y renunciaron señores de jurisdiccion, ó justicias ó consejos, puedan proceder á la ejecucion dentro en el distrito de su adelantamiento, aunque estén fuera de las cinco leguas; pero no siendo personas de la dicha qualidad, no puedan proceder en virtud de los tales contratos á la ejecucion, no se hallando las personas ó bienes de los tales deudores dentro de las cinco leguas. Y que otrosí, en quanto toca á los otros jueces y tribunales del reino, mandamos que en virtud de los tales contratos con sumision y renunciacion, no puedan proceder á la ejecucion no hallándose la persona ó bienes del deudor dentro de su jurisdiccion, excepto si el tal reo que asi se sometió, ó por razon del contrato que alli hizo, ó por razon de la paga que en tal lugar habia de hacer, ó por otra causa hubiese surtido el fuero del tal juez á quien se sometió, que en tal caso pueda proceder á la ejecucion, aunque no se halle la persona y bienes dentro de su jurisdiccion, haciéndolo por requisitoria. Y otro sí mandamos, que en virtud de las sumisiones generales que se suelen hacer, sometiéndose á cualquier fuero, jurisdiccion y juez ante quien fueren demandados, aunque haya renunciacion de fuero y cualesquier otras cláusulas, no pueda proceder sino tan solamente hallándose la persona ó bienes en la jurisdiccion del juez ante quien se pidiere la ejecucion. Todo lo cual asi mandamos se guarde y cumpla por los dichos jueces en los dichos casos y personas, segun que en esta carta, ley y pragmática nuestra se contiene, y no en otra manera, no embargante cualesquiera cláusulas, posturas ó condiciones, ó renunciaciones de esta ley ó de otras que en los dichos contratos ó escrituras se hicieren y pusieren, porque no embargante aquellas y cualesquiera otras firmezas y cláusulas, queremos que se guarde y cumpla y tenga la órden que dicha es, y ni se proceda ni pueda proceder en otra. Esta ley es la que se observa sin embargo de que se renuncie, y de la Si convenerit citada en el párrafo 4, es superflua la renuncia, como igualmente la de ciertas leyes civiles que en otros casos suelen poner los escribanos solo por estilo y por haberlo visto á otros, y todos con ignorancia de lo que mandan ó prohiben. El que quisiere enterarse de dicha [ley Real, vea á Paz, tom. 1. par. 4. cap. 2.

num. 12 y siguientes, y en cuanto á la de *Si convenerit* á Carlev. de jud. tit. 1. disp. 2. sect. 2. núm. 1029 al 1054 que trata de ella, de las opiniones que hay sobre si puede ó no renunciarse, y de la validez de su renunciacion y sus efectos.

7. Ha de contener tambien la escritura de obligacion ó promesa de dar ó hacer alguna cosa la cláusula que llaman *guarentigia*, y es la siguiente: *Y confiere amplio poder à los señores jueces de su Magestad, que de este negocio deben conocer conforme á derecho, para que le apremien á su cumplimiento, como por sentencia definitiva de juez competente, pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe: pues si carece de ella, no será ejecutiva, segun el estilo y universal práctica de estos reinos; bien que algunos autores que cita Paz en su Práctica, tom. 1. part. 4 cap. 1. núm. 9 y 10, dicen que no es necesaria, porque en cualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, queda obligado eficazmente, segun la ley tantas veces citada; pero lo mas seguro es que no se omita, con lo que se evitan motivos de disputas. Llámase dicha cláusula *guarentigia*, porque esta voz se deriva de la toscana *guarentare*, que significa hacer firme ó *garantir* una cosa, y se pone en las escrituras para que como la cosa juzgada se tiene por verdadera (1), quede el obligado sin recurso temporal que le exima de cumplir la obligacion y promesa contraída, y por lo mismo puede ser compelido á ello. Para mayor seguridad del acreedor, obligará el deudor su persona, si no es privilegiada, pues siéndolo no queda obligada; y si el escribano, sabiéndolo, la obliga, será tenido por ignorante. Tambien obligará sus bienes, porque con ellos queda mas seguro su crédito que con su persona (2). Con dichos requisitos será ejecutiva la escritura, y obligando el deudor su persona y bienes, se podrá proceder contra todo si no goza de exencion ó privilegio que le liberte de entrar en la prision (*). Si obliga solamente sus bienes, solo contra ellos se deberá dirigir la accion, justificando tener los suficientes para la solucion del débito, y no habiendo dolo porque es obligacion meramente real; pues si no lo justifica, podrá ser preso aunque no obligue su persona, á menos de que proteste en la obligacion que de ningun modo quiere obligarla, ni sea encarcelado por el débito (3); y aun cuando no los obli-*

(1) Leyes 207 ff de reg. jur. y 19 tit. 22 Part. 3. y 19, tit. 33. Part. 7. Parlad. lib. 2. Rec. cap. ult. part. 1. §. 11.

(2) Ley 25, ff. de reg. jur.

(*) En el día son muy pocas las perso-

nas que no gozan de esta exencion, como se dirá mas adelante.

(3) Salg. de reg. protect. part. 2. cap. 4 num. 143 al 151. Sigüenz. de claus. lib. 1 cap. 3. núm. 2 y sig.

gue con mas expresion que esta: *al cumplimiento de este contrato obligo mis bienes*; quedan obligados no solo los presentes sino los futuros, y sus frutos, como está resuelto en derecho (1); pero para evitar todo escrúpulo (bien que infundado), se se especificarán unos y otros, y no se dudará que están comprendidos todos; mas si la obligacion se limitare á una clase sola, v. gr. á los presentes, no se ampliará á los demas; y si obliga una alhaja solo, no lo quedarán las restantes.

8. El acreedor que tiene hipoteca especial y general en los bienes de su deudor, puede segun derecho (2) trabar ejecucion en los que mas bien le parezcan, sin necesitar hacer prévia excusion en los especialmente obligados; mayormente si la escritura en que se obligaron contiene (como se acostumbra, y es conveniente poner en todas) esta cláusula: *Y para mayor seguridad de esta deuda, sin que la obligacion general derogue ni perjudique á la especial, ni esta á aquella; sino que de ambas ha de poder usar el acreedor á su eleccion, hipoteca, y grava especial y expresamente el otorgante á su responsabilidad y á la de los salarios, costas y daños que por falta de puntual pagamento se irroguen al acreedor, tal tierra (ú otra cosa), de tanta cabida, que posee en tal parte (aquí se expresarán sus linderos), contra lo cual quiere y consiente que este ó quien le represente y su accion tenga, dirija la ejecutiva que le compete, al mismo tiempo que contra los demas sus bienes ó segun le parezca, para que con mayor prontitud pueda reintegrarse no solo de su principal crédito, sino de todo lo demas expresado &c.* Sin embargo, no se practica así en los tribunales, antes bien se hace primero la ejecucion en las hipotecas especiales, porque se presume son suficientes para la total satisfaccion de la deuda, y porque de lo contrario puede irrogarse perjuicio á otro acreedor posterior á quien no estén sujetas, lo cual por equidad debe evitarse, como exponen los autores (3) y se prueba de la ley 2. Cod. de pignor. Tampoco necesita hacer la excusion cuando es muy difícil ó intrincada, porque no se ha exponer á gastar en hacerla tal vez mas de lo que importa su crédito: ni cuando el deudor hizo concurso de acreedores, porque con este está hecha (4). Es de advertir además que en todas las escri-

(1) Leyes 5 y 16. tit. 13. Part. 5 y 7 tit. 19. lib. 3 del Fuero Real. Carlev. de judic. tit. 3. disp. 94. núm 1 y 2.

(2) Ley *Creditoris arbit.* 8 ff. de *distract. pignor.* Rodrig. *ds anual. reddit.* lib. 2. quaest. 9. núm. 19.

(3) Carlev. tit. 3. disp. 19. núm 10 y otros que cita

(4) *Glea de ces. jur.* tit. 7. quaest. 9. núm. 33.

turas de obligacion en que interviene especial hipoteca; en las de imposiciones, ventas y redenciones de censos ó tributos; en las de ventas de bienes raices ó considerados por tales, que conste estar gravados con alguna carga, y no si no lo están; en las de fianzas en que se hipotecaren especialmente los bienes referidos; en las de fundaciones de mayorazgos y obras pias, y generalmente en todas las que contengan especial y expresa hipoteca ó gravamen de vinculacion ú otro, debe prevenir que se tome la razon en la oficina de hipotecas del partido en que esten sitos, en el termino correspondiente, bajo la pena de nulidad prescrita por la pragmática de 31 de enero de 1768, é igual prevencion debe hacer en las escrituras é hipotecas que se dicen de donaciones piadosas, y con los censos del fisco, segun Real cédula expedida en el Pardo á 10 de marzo de 1778, referente á la citada pragmática, y por la Real cédula de 17 de enero de 1805; mas no con otras, como algunos ignorantes lo practican hasta en los poderes y testamentos. Si la escritura contiene el pacto *de no enagenar*, que es el siguiente: *Y se obliga á no vender, ceder, trocar ni enagenar por ninguna via ni especie de enagenacion la referida tierra á persona ni comunidad eclesiástica ni secular, sin que primero lo haga notorio al acreedor á quien queda hipotecada, y este se halle satisfecho íntegramente de su crédito, costas, salarios y daños que por su exaccion se le causen; y la enagenacion que en otros términos hiciere sea nula, y no pase derecho á tercero, cuarto ni á otro poseedor, como celebrada contra este pacto, á la observancia del cual grava y sujeta tambien especial y expresamente la enunciada tierra, podrá ejecutar no solo al deudor, sino al tercero poseedor ya sea eclesiástico ó secular (1), porque en virtud de este pacto es nula la enagenacion, y se contempla la cosa hipotecada en poder del deudor al intento espresado. Para que surta el debido efecto se ha de sujetar la alhaja ó finca á la observancia del pacto, y ordenarse la cláusula con la amplitud absoluta que se ha indicado, porque si la obligacion de no enagenar se circunscribe y limita á tiempo ó personas determinadas, lo surtirá solamente para con estas (2). El que quiera saber en qué casos se puede impedir ó prohibir la enagenacion y traslacion de dominio por contrato y convenio de los contrayentes, y en cuales no, vea á Gomez en la ley 40 de Toro, desde el núm. 13 al 47.*

(1) Sigüenz. *de c'aus.* lib. 1. cap. 3, 4 y otros que cita, Carlev. tit. 3. disp. 11. núm. 3 y 4

(2) Gom. en la ley 40 de Toro, núm. 18.

9. Suele pactarse en las escrituras de mutuo, que el deudor ha de pagar lo que se le presta en la misma especie en que lo recibe; y es constante (regularmente hablando) que está obligado á ello, y no de otra suerte contra la voluntad del acreedor, porque puede irrogársele perjuicio, asi como este no puede compelerle á pagarlo contra la suya en otra que en la que se obligó, por la misma razon; pero se entiende hallándolo, pues si no lo halla, cumple con entregarlo en otra á arbitrio del juez. Lo mismo procede cuando promete hacer alguna cosa, si no puede cumplirlo segun prometió: en cuyos casos debe resarcir al acreedor el daño que se haya irrogado por este defecto (1). Mas si renuncia la ley 3, tit. 14. Part. 5, y se obliga con juramento á cumplir literalmente lo pactado, estará obligado á ello (2); pero el escribano no debe autorizar el contrato con juramento para no incurrir en pena, excepto cuando el deudor, obligándose á satisfacer alguna cantidad, declara con juramento si hay intereses, y cuanto importan, en cuyo caso debe el escribano dar fe de este juramento, segun se dijo en el tomo 2.º, cap, vigésimo, nota del formulario obligacion llana del mutuo.

10. Algunos acreedores reciben muchas veces los bienes de sus deudores en pago de sus créditos, y despues de entregados sale otro que por su escritura tiene mejor derecho á ellos. Para que el que los recibió primero no pierda su deuda ni el derecho que le pertenece contra los del deudor que pasaron á poder de otro acreedor, ni á los de sus fiadores, ni se pueda alegar que por su recibo es visto haberse contentado con ellos, y renunciado el derecho que le competia contra los demás; se ordenará la cláusula en esta forma: *Por cuya paga y entrega ha de ser visto no apartarse el otorgante de la primera hipoteca que tiene contra los bienes de su deudor y de Pedro su fiador, que estuvieren entregados á los demas acreedores, ó á tercero poseedor, pues deja vivo, ileso y en su fuerza y vigor el derecho que le compete contra ellos, para usar de él cuando, cómo y ante quien le convenga, en caso que aparezca otro que le tenga mejor á los que acaba de recibir, y de esta suerte podrá repetir contra los demas que estuvieren entregados á otro de inferior privilegio, y en su defecto contra los del fiador.*

(1) Ley 3. tit. 14. Part. 5. Carlev. de jud. tit. 3. disp. 3.

(2) Gutierr. de juram. confirm. part. 1. cap. 29.