

tratado largamente de ellos los referidos autores, omito de intento el repetirlos.

CAPÍTULO II.

La parte ejecutada y los terceros coadyuvantes ó escluyentes deben proponer sus excepciones y defensas en el juicio ante el mismo Juez executor, sin que puedan hacerlo en el tribunal del Juez principal que dió la sentencia.

1. Los que litigan pueden hacer sus defensas, y proponer sus excepciones en dos tiempos: el primero es mientras el juicio principal; y el segundo durante el ejecutivo, que procede de la sentencia pasada en cosa juzgada. Por ejemplo, pide el actor diez mil reales: confiesa el reo la obligacion en su origen; pero alega la excepcion de paga, compensacion, pacto de no pedir, ú otras semejantes á las que señala la *ley 1, tit. 21, lib. 4, Rec.*; y examinadas con la accion principal en aquel juicio, procede la sentencia condenando al demandado al pago de la dicha cantidad, y se trata de su ejecucion luego que es pasada en cosa juzgada por alguno de los medios que se han referido. Entonces queda reducida la facultad del Juez executor al mero ministerio de hacer pago al acreedor en los bienes del deudor, y se considera y llama executor mero; pues no puede admitir las excepciones que fueron propuestas y decididas por el Juez principal.

2. Las acciones reales, que se dirigen á vindicar y recobrar los bienes, de que otros están en posesion, embeben al mismo tiempo por su naturaleza la restitucion de frutos que hayan producido, ó debido producir los mismos bienes, ya se pidan es-

presamente, ó ya se omita esta ampliacion. Si el actor al tiempo de su demanda, ó en el progreso del pleito antes de la prueba señalase la cantidad de frutos que solicita, vienen al juicio con la accion principal; y determinándose en la sentencia la porcion que debe restituir el poseedor de los bienes, ó la cantidad de su importe, el Juez requerido ó comisionado será por la propia razon executor mero; y lo mismo sucede cuando se demandan daños y perjuicios; pues si el actor los especifica y prueba, se determinan y comprenden igualmente en la sentencia definitiva, sin que el executor pueda oír excepciones algunas relativas á moderarlos ó liquidarlos.

3. Cuando en los juicios principales no se han propuesto las enunciadas excepciones, quedan preservadas, y pueden usar de ellas las partes en la ejecucion de las sentencias, ya sea para modificar su condenacion, ó ya para liquidarla; debiendo hacerlo ante el executor que es misto en estos y otros casos semejantes, y que puede conocer de las referidas excepciones, y determinarlas. Fúndase la facultad de los executores mistos en la regla positiva y segura de que el Juez principal, que delega ó manda su jurisdiccion á otro, le da toda la que le es necesaria para cumplir su mandamiento, y quiere que para llegar al fin use de los medios y antecedentes precisos. Esta es una proposicion generalmente recibida, que debió su origen al Jurisconsulto Paulo en la *ley 5, § 1, ff. de Offic. ejus cui mandat. est jurisdict.*

4. Los terceros opositores solo tienen un tiempo para producir sus derechos y excepciones en la ejecucion de la sentencia pasada en cosa juzgada; pues no habiendo comparecido en el juicio principal por coadyuvantes ni escluyentes, (en cuyo caso dejarian ya de ser terceros en el juicio ejecutivo) vienen á él con estos dos respectos, pudiendo los primeros proponer aquellas defensas y excepciones que son permitidas á las partes que litigaron, porque hacen unas mismas personas en sus representaciones; pero los que se presentan en calidad de escluyentes, usan

libremente de todos sus derechos para impedir la ejecucion, y deben hacerlo ante el propio Juez executor, que siempre es y se considera misto respecto de los terceros, aunque sea mero para las partes que litigaron, y espusieron en el pleito principal todas sus excepciones, la cual no sucede en las de los terceros opositores, que vienen al juicio ejecutivo para impedir que se embarguen y vendan sus propios bienes, ó se les perjudique en la posesion ú otros legítimos derechos que tengan en ellos; pues si el Juez executor no trajese en su comision facultad y jurisdiccion suficiente para discernir si las personas y los bienes en que intenta cumplir la sentencia, están libres de ella, se espondrán muchas veces á contravenir á su mandamiento, que es reducido á los estrechos límites de cumplirle en las personas nombradas ó contenidas en la sentencia y en sus bienes; y es justo se asegure en los que son agenos para no excederse contra la intencion del Juez principal.

5. El señor Covarrubias en el *cap. 16 de sus Prácticas n. 5*, decide con uniformidad esta cuestion, atribuyendo al executor misto jurisdiccion competente para conocer de las referidas excepciones; y estima que las partes, ya hayan litigado, ó ya vengan como terceros eseluyentes, deben proponerlas ante el propio Juez executor, sin que puedan hacerlo ante el principal que causó la ejecutoria con su sentencia. Funda este autor su opinion en que el tercero debe probar breve y sumariamente su derecho y excepciones para detener la ejecucion, y para que sean oidas y determinadas sus pretensiones, y tiene por cosa inicua que para este fin hubiese de recurrir al Juez que causó la ejecutoria, porque se hallaria muchas veces á larga distancia; y reflexiona asimismo que el tercero, que se opone á la ejecucion, no está sujeto á la jurisdiccion del Juez principal que dió la sentencia.

6. Estas dos causas aunque no son las principales con que se prueba y convence la autoridad del Juez executor misto para conocer de las enunciadas pretensiones de los terceros oposito-

res, y si lo es la insinuada antes, añaden alguna fuerza á la opinion referida; de donde se convence que aunque los terceros opositores sean admitidos desde luego sin informacion sumaria de su derecho, y detengan la ejecucion recibiendo con respecto á ellos la causa á prueba, como sucede por lo dispuesto en la citada *ley 41, tit. 4, lib. 3*, corre sin embarazo la doctrina y opinion indicada á favor de los ejecutores.

7. Salgado de *Reg. part. 4, cap. 3, n. 8 y sigüent.* dice que el executor, que no admite las excepciones legitimas de los terceros opositores, suspendiendo la ejecucion de la cosa juzgada, procede con exceso, y es apelable la sentencia en ambos efectos, haciendo en esto supuesto de que el executor puede y debe admitirlas; y que la parte que las propone no tiene necesidad de recurrir al Juez principal que manda ejecutar dicha sentencia.

8. El conocimiento que debe tomar el Juez executor, cuando se le encarga la liquidacion de frutos, y de las impensas y perjuicios en que es condenada alguna de las partes, y el que exige el mismo incidente en caso de reservarlo el Juez, que conoció de la causa principal, toca á un nuevo juicio ordinario, requiere prueba, y admite sentencias de vista y revista en los tribunales superiores; y hasta que se cause ejecutoria de cosa juzgada en cuanto á la cantidad de los frutos, perjuicios y daños contelidos con generalidad en el juicio principal, no empieza, ni puede correr la ejecucion de la sentencia.

9. A la prueba de las proposiciones, que por su órden quedan indicadas, conduce la *ley 52, tit. 5, lib. 2 de la Recop.*, la cual motiva en su principio los daños que se habian experimentado, y se seguian de la condenacion general de frutos que hacian los Oidores, sin tasar ni liquidarlos, por lo que resultaba de las probanzas hechas en el pleito principal. Refiere y señala primeramente la ley la necesidad de remitir la liquidacion de ellos á contadores. Este primer paso empieza á causar dilacion

—474—

en el cumplimiento de la sentencia, y gastos á las partes que deben pagar á los contadores sus derechos.

10. El parecer de los contadores nombrados por las partes, aunque sea conforme, que lo es pocas veces, no trae aparejada ejecucion, sino es confirmado por sentencia del Juez que conoce de la causa, segun dispone la *ley 24, tit. 21, lib. 4, Recop.*, y como esta union de circunstancias rara vez concurre, queda pendiente la ejecucion de la sentencia principal, y se hace forzoso oír á las partes en este nuevo pleito, que es el segundo daño que indica la misma *ley 52, tit. 5, lib. 2, Recop.* en estas palabras: «Porque de nuevo se torna el pleito sobre la liquidacion.» Ademas que el juicio de los contadores solo puede recaer sobre hechos ciertos que no hay en la condenacion general de frutos faltando la prueba.

11. Que este pleito sea ordinario en sus trámites y en su conocimiento se manifiesta en la letra de la misma ley, pues dice: «Que se tornan á dar otras sentencias de vista y revista.»

12. Los frutos, intereses y perjuicios en que con generalidad fué condenada alguna de las partes, reciben grande variacion por diversas causas que son de mero hecho; y como no se presumen si no se prueban, entra de necesidad el término que debe concederse á las partes, para que hagan la que tengan por conveniente, pues en esto consiste esencialmente su natural defensa.

13. El término para probar los hechos y causas, de donde el Juez ejecutor ha de sacar la verdad, no se halla determinado ni limitado en las leyes del reino, y se deberá estar á lo que disponen las *del tit. 6, lib. 4 de la Recop.*, señaladamente la 1, reservando al mismo Juez ejecutor el prudente arbitrio de restringir los términos de la prueba, segun los que considere necesarios para que puedan las partes hacerla sin opresion ni fatiga.

14. La misma condenacion de frutos, intereses ó daños embebe ciertas condiciones, que es preciso purificar con la prueba, para que empiece á tener efecto la sentencia; pues en

—475—

cuanto á los frutos ha de intervenir la condicion de que los hayan producido los bienes á que se refiere la sentencia, porque muchas veces no llega este caso.

15. Los intereses y daños contenidos generalmente en la sentencia llevan consigo igual condicion de que los haya sentido la parte, á cuyo favor está dada: porque el Juez la funda en la causa que consta del juicio principal, y por la culpa, y malicia del reo le hace responsable á los perjuicios que hubiese padecido la otra parte; pero no determina que los haya, ni en qué cantidad, siendo uno y otro necesario para que el ejecutor proceda á la exaccion. De otro modo seria injusticia notoria que se considerase comprendida en la sentencia principal una condenacion que excediese de la cantidad que justamente debiese el reo, esponiéndose el ejecutor á obrar con exceso en esta parte.

16. No es suficiente, para llegar á la exaccion de frutos, que conste por las pruebas del juicio principal ó por las hechas ante el ejecutor, la porcion de frutos producidos, y percibidos por la que es condenada á su restitucion: porque ademas lleva otra segunda condicion, que consiste en que no se hayan invertido y consumido en el cultivo, beneficio y aumento de los mismos bienes, y paga de las cargas á que se hallan afectos; de suerte que solo el residuo viene, y se entiende comprendido en el nombre de frutos sujetos á restitucion.

17. El actor favorecido en la sentencia por los frutos que debe percibir, lo es tambien en su liquidacion ante el ejecutor, y le incumbe probar la cantidad cierta de ellos. De otro modo quedarian en este juicio tan ilíquidos como lo estaban en la sentencia del principal, impidiendo por los mismos principios su ejecucion; y como la sentencia pasada en cosa juzgada no limita los términos de la prueba á la parte, á cuyo favor se dió, los mismos debe gozar la que es condenada, por la igualdad que exige la justicia en los juicios, segun lo que disponen las leyes y observan los tribunales en el punto de pruebas, aunque se concedan por un remedio privilegiado y extraordinario, como es

la restitucion *in integrum* á favor de los menores segun se dispone en la *ley 3, tit. 8, lib. 4*, en estas palabras: «Y que del término, que se diere por restitucion, goce la otra parte, si quisiere; y pueda hacer su probanza, segun y como lo puede hacer la parte, á quien fuere otorgada la restitucion.»

18. Si la parte que solicitase en la causa principal la entrega y restitucion de frutos, señalase la cuota que demanda, le incumbe probarla, y el demandado puede hacer la suya hasta concluir y convencer que no hay frutos, por no haberlos producido los bienes, ó no haber alcanzado á cubrir los gastos de su cultivo y beneficio, ó ser menor la cuota que la demanda; y siendo en este juicio principal iguales el actor y el reo en cuanto á poder probar cada uno lo que les convenga, ¿qué razon puede haber para que no lo sean en las resultas que se encargan al ejecutor?

19. Los instrumentos públicos y las sentencias pasadas en cosa juzgada, son de igual fuerza en cuanto á producir ejecucion de lo que contienen, como se reconoce en la *ley 1, tit. 21, lib. 4*; y no pudiendo despacharse ejecucion en virtud del instrumento de cantidad ilíquida, hasta que se determine y liquide por las pruebas que precedan, oidas las partes, lo mismo corresponde hacerse en la liquidacion de lo que contienen las sentencias.

20. De este artículo han tratado muchos autores con variedad y confusion en sus respectivas opiniones. *Gutier. lib. 3, Practicar. q. 39, n. 13*, supone que el instrumento, que no contiene cantidad cierta y líquida, no trae aparejada ejecucion, y que si el Juez pronunciase sobre la liquidacion, se puede apelar de esta sentencia, continuándose en via ordinaria; y para huir de estas dilaciones inventa un medio, que ni se prueba con ley alguna, ni puede acomodarse á la cuestion insinuada: porque está decidido por la citada *ley 32, tit. 5, lib. 2*, que las sentencias, que dan los tribunales sobre liquidacion de lo que contie-

ne la dada en el juicio principal, admiten súplica, y se llega á la de revista.

21. *Paz en su Práctica, tom. 1, part. 7, cap. único*, hace el mismo supuesto de que en el juicio sobre liquidacion tienen lugar las dos sentencias de vista y revista, y procede á examinar la duda de si puede interponerse la segunda suplicacion, concurriendo las circunstancias que requiere la ley, señaladamente en la cantidad que resulta de la liquidacion; y es de parecer que debe tener lugar por las razones que indica, que en mi dictámen son poderosas para convencer la opinion contraria, con las cuales y las demas que van referidas, se puede dar plena satisfaccion á las opiniones que establecen el señor Covarrub. *Variar. lib. 2, cap. 11*, y *Salgado de Reg. part. 4, cap. 3, n. 28, et cap. 10*.

22. Al núm. 1 propone el señor Covarrubias una duda, reducida á si el instrumento público en que se prometió el interes de los daños ó la restitucion de las espensas, ú otra cosa que no tiene cantidad líquida ni definida, trae aparejada ejecucion, y se puede pedir y despachar conforme á las leyes y estatutos que se han referido. Hácese cargo el señor Covarrubias de las opiniones encontradas de Bártulo, Paulo Castrense, Baldo, Socino y otros que refiere en el mismo lugar, y confesando que de unas y otras resultan graves dudas, se propone interpretar y examinar el verdadero sentido de la opinion de Bártulo, y la reduce á que por el enunciado instrumento de cantidad ilíquida se puede pedir y despachar ejecucion, conteniéndose en este primer paso sin trascender al embargo de bienes muebles y raices, ni á la captura del reo que no da fianzas de saneamiento; pues estos procedimientos los reserva, y deja pendientes, de la prévia justificacion, que en el juicio sumario ejecutivo debe hacer el actor, poniendo en claro la cantidad cierta que se contiene en el citado instrumento, permitiendo igualmente al reo que pruebe lo contrario en el mismo juicio sumario.

23. Así se esplica este sabio autor en el citado *n. 1 vers.*

In summa: ibi: Instrumenti non liquidi executio petitur, et fieri potest in hunc sane sensum: ut summario iudicio, citato reo ipso, prius ad liquidam quantitatem deducatur ipsius contractus incertitudo: ac demum hoc acto, legitimis probationibus utriusque productis, fiat executio, deturque mandatum á Judice de capiendis pignoribus ad venditionem, aut ipsomet reo ad carceres ducendo in bonorum subsidium; y en el vers. Primum repite la facultad del reo para probar contra la estimacion y determinacion de la cantidad, ibi: Fateor tamen licere omnino ipsi reo huic examini, et certæ, ac liquidæ quantitatis definitioni objicere quidquid jure eidem obesse potest.

24. Si este autor confiesa literalmente las dos proposiciones capitales que dejo referidas, es á saber que la persona, á cuyo favor suena el instrumento público, es actor en la prueba de la cantidad cierta y líquida que contiene y que el reo puede probar cuanto le convenga en contrario, ¿qué ley ó razon puede haber para restringirles el término de su respectiva prueba, ni para dar valor eficaz y ejecutivo á la que haga el actor en aquel juicio sumario?

25. Tambien conviene dicho autor en otra proposicion que igualmente se ha referido, y es que si el Juez llega á pronunciar sentencia declarando y determinando la cantidad de los frutos, intereses, é impensas á que se refiere el instrumento, mire y reflexione las probanzas como un medio instructivo, que asegurando en lo interior su juicio, mande continuar la ejecucion por la cantidad que concibe, y no ha declarado; y como este arbitrio no se funda en ley ni en razon sólida que obligue á ser recibido y practicado, no puedo separarme de la opinion establecida, es á saber que ya sea instrumento público, ó ya sentencia pasada en cosa juzgada, como no determine la cantidad cierta de la obligacion, no produce ejecucion, y debe preceder un nuevo juicio diverso enteramente del principal y de la propia naturaleza del

ordinario; y así lo estimó Baldo con otros que refiere el mismo señor Covarrubias.

26. La citada ley 52, tit. 5, lib. 2, supone por cierto el nuevo juicio, y las sentencias de vista y revista, á que se daba lugar con la liquidacion de frutos no esplicados en la condenacion general; y deseando ocurrir á los gastos y dilaciones que se habian de experimentar, no adoptó el medio que han inventado los referidos autores, de que se liquidasen en juicio breve y sumario, ejecutándose la cantidad que concibiese el Juez haber probado el actor, sino que recurrió al que señala la misma ley, de que los abogados propongan y hagan probanzas de la cantidad y valor de los frutos, intereses ó impensas que se demandan, para que por lo que resulta de ellas los tasen y determinen los Jueces que conocen de la causa.

27. Muchas veces he visto en el Consejo, y condescendido con mi dictámen á que se regulen los perjuicios y otros intereses, que no constan del proceso, por un arbitrio prudente y reflexivo, moderando la cantidad con toda la equidad posible á favor del reo; pues aunque el actor pudiera mejorar su suerte, y sacar mayor cantidad, haria mas crecidos gastos en el nuevo juicio de liquidacion, y padeceria otras incomodidades, que son indispensables, con gran turbacion de la causa pública.

28. Salgado de Regia, part. 4, cap. 10, reconoce la confusion, con que han tratado los autores del artículo ó incidente de la liquidacion de frutos, intereses, é impensas; y admite la opinion del señor Covarrubias sin añadir ley ni razon que la demuestre. Por tanto seria molesto repetir los convencimientos que se han indicado.