

PARTE TERCERA.

CAPÍTULO I.

De los excesos de los Jueces executores.

1. **H**abiéndose dado fin á la segunda parte de esta obra, en la que se ha tratado con extension y claridad de las sentencias, con la declaracion de los Jueces que deben executarlas; solo resta tratar del remedio que pueden tener las partes, quando ha intervenido algun agravio, ya en la substancia de las mismas sentencias, ó ya de parte de los Jueces executores. Si estos ajustan sus procedimientos al cumplimiento exácto de la cosa juzgada, no tiene lugar la apelacion, ni otro recurso alguno, porque son entónces Ministros de la ley, que autoriza en esta clase la cosa juzgada, y la manda cumplir, como objeto principal de los juicios que los acaba, y pone en tranquilidad la República. Esta es una proposicion de notoria verdad, calificada por las *leyes del tit. 27. Part. 3.*, y otras muchas que refiere en diferentes partes el Señor Salgado, señaladamente en la *4. cap. 3. de Reg.*

2. Si excede de la cosa juzgada, ofende el derecho natural en las personas que no han sido citadas, ni oidas en juicio, y en las cosas que no han venido á él; y obrando con tan visible defecto de jurisdiccion, hace y comete notoria fuerza, y es consiguiente que puedan los oprimidos usar de los medios convenientes para defenderse, y redimirse de tales opresiones.

3. Por varios medios exceden los Jueces en la execucion de la cosa juzgada, y con respecto á diversos objetos; y aunque los Autores han intentado ponerlos en la debida claridad, no han logrado sin embargo sus fines.

4. El Señor Salgado lo observó oportunamente en la

parte 4. de *Reg. cap. 8.*; pues dexando sentadas hasta el núm. 55. las dos proposiciones indicadas al principio de este capítulo, de que de la execucion de la cosa juzgada no hay apelacion, y que solo se permite, y es legítima, excediendo el Juez executor; se acerca en el número. 56. á señalar los casos especiales en que se verifican excesos, suponiendo haberse tratado esta materia por los Autores con bastante confusion: ibi: *Ut ad speciales, et practicabiles casus deveniamus, cum altius requiratur examen, ut clarius elucescant quæ apud DD. satis confusa reperuntur, in quatuor examinandas distinctas resolutiones dividam;* y al fin del núm. 59. repite: *Ad quas quidem resolutiones reducere poteris varias, et dispersas DD. doctrinas, que nimiam aliter confusionem pariunt, et etiam doctos solent confusos reddere, et intrincare.*

5. Yo no hallo desempeñada la claridad que prometió este Autor, pues lo dilatado de los dos capítulos octavo y nono, en que trata de esta materia, bastaria para hacerla obscura y confusa, añadiéndose á esto la inversion del orden en el modo, con que debió exáminarla, empezando por los excesos relativos á las personas como mas dignas, y continuando los que corresponden á la cantidad, ó á las cosas, segun lo observó Justiniano en el §. 11. *Institut. de Jur. nat. gent. et civil.*

6. Su conocimiento se debe tomar de las mismas sentencias y de sus efectos. Así lo propone en el epígrafe del citado cap. 8. *An, et quibus casibus ab executore excedente, dum exequitur personas in executorialibus minime nominatas, nec virtualiter comprehensas; appellationi interpositæ non deferens, vim faciat, et quales ii sint casus, specificè monstratur.*

7. La primera resolucion, que propone al núm. 56., se reduce á la sentencia que es dada sobre accion personal, condenando al reo á que pague al actor cierta cantidad; y debiendo cumplir este juicio el Juez executor con el precio de los bienes del mismo deudor, procede en este concepto á su venta, y se opone á la execucion

un tercero, por razon del dominio ó de la posesion, ó de otro qualquiera derecho ó interes que pretenda tener en los bienes que se venden al deudor; y si el executor no oye al tercero opositor, ni le admite sus defensas, procediendo por la execucion adelante en la venta de los referidos bienes, hay exceso notorio, y le coloca el Señor Salgado en la clase de personal, respecto de dirigirse á las personas, que ni están nombradas, ni comprendidas en la sentencia.

8. Yo atribuiria este exceso al que se comete en las cosas, porque el Juez executor las consideró propias del deudor, y procedió en este concepto á su venta; y si otro alguno las defiende por razon de su dominio, de su posesion, ó de qualquiera otro derecho, será un exceso que directamente se verifica en las cosas, pasando de las del deudor á otras ajenas, y la opresion ó daño, que resulta al dueño de ellas, viene por una consequencia indirecta á encontrarse en todos los excesos de las acciones reales, porque siempre han de tocar en las personas.

9. Los excesos inmediatamente respectivos á estas se conocerán, teniendo á la vista las mismas sentencias, y considerando lo que acerca de sus efectos disponen las leyes: porque la execucion no es limitada á las mismas personas que litigaron, y fuéron expresamente condenadas al pago de la deuda, si no que tambien se extiende con igual virtud y eficacia á todas las otras personas que por la muerte del deudor han sucedido en sus derechos. Esta representacion las hace legalmente unas mismas, y las pone dentro de las sentencias que se diéron contra sus autores; como se verifica en los herederos, en los sucesores de los mayorazgos, en los Prelados, y en las Comunidades que litigaron, y fuéron condenados con estas calidades.

10. En el capítulo duodécimo de la parte primera traté y expliqué de intento los efectos de la sentencia definitiva, y señalé su trascendencia á otras personas que ni habian litigado, ni estaban en la letra de las sentencias.

cias. Las mismas doctrinas se producen en el capítulo octavo de la segunda parte, tratando de los terceros opositores; y con reflexion á lo expuesto en uno y otro se descubrirá fácilmente el exceso del executor en las personas no comprendidas en la sentencia.

11. Al propio fin de poner en toda su claridad el exceso que inmediatamente toca en las personas, conviene dividir los procedimientos del executor en dos partes. La primera empieza con el embargo y traba de execucion en los bienes muebles del deudor, por el órden que señala la *ley 19. tit. 21. lib. 4. de la Recop.* ibi: "Dé su mandamiento de execucion :::, mandando por él que se haga la execucion en bienes muebles."

12. Si en este primer paso se metiese el executor en las casas de los que ni están nombrados, ni comprendidos en la sentencia, á embargarles sus bienes muebles para el pago de la deuda, en que otro se halla condenado, será exceso notorio de persona á persona, considerando inmediatamente obligada al cumplimiento del juicio la que por ningun titulo fué comprendida en él.

13. Quando no alcanzan los bienes muebles á cubrir la deuda, de cuya execucion se trata, se extiende el embargo á los raices del mismo deudor; y si en este segundo paso, señalado tambien en la citada *ley 19.*, se hiciese el embargo en bienes del tercero, que no fué condenado, ni comprendido en la sentencia, considerándole el executor obligado al cumplimiento del juicio, procederá con notorio exceso, igual al primero indicado; y le ratificará, si le notificare para que dé fianzas de saneamiento, ó en su defecto procediere á su prision; pues en qualquiera de estos actos procede con exceso, executando en una persona la obligacion que no tiene, y que no fué oída, ni vencida en juicio, y á quien no puede perjudicar por su naturaleza ó influxo, segun los casos y circunstancias, explicadas muy por menor en los capítulos anteriores.

14. Los juicios, que se han seguido con los principales obligados, causan executoria de cosa juzgada, no solo con ellos, si no igualmente con los fiadores y abonadores, y otros de segundo orden; aunque estos no hayan sido citados, ni convencidos en el propio juicio.

15. Si el executor, omitiendo proceder contra el principal y sus bienes, lo hiciere contra los del fiador, será exceso de persona á persona: porque la obligacion del fiador es condicionada para el caso de que el principal no tenga bienes suficientes á cubrir su deuda; y hasta que se verifique con la execucion de ellos, no empieza la obligacion efectiva del fiador, ni le comprehende la sentencia.

16. Quando el deudor es condenado al pago de ciento, y el executor procede á la execucion de mayor cantidad, su exceso es notorio en esta parte, y da justa causa á la apelacion y recurso. Los herederos condenados al pago de la deuda del difunto, se entiende que lo son á prorata de la porcion en que han sucedido; y si el executor procede contra alguno á exígrle mayor cantidad que la que le corresponde, comete igual exceso. Lo mismo sucede en los obligados de mancomun, que no lo son *in solidum*, segun y en los términos que acerca de estas proposiciones se han propuesto y explicado en los citados capítulos.

17. La segunda parte de la execucion, en que se han distribuido los procedimientos del Juez executor, consiste en la subhasta y venta de los bienes embargados al deudor en el concepto de pertenecerle. En este estado viene un tercero, exponiendo que los referidos bienes le tocan y pertenecen en pleno dominio, ó en el directo, ó en el útil, y solicita que el executor lo declare así, y se los restituya, suspendiendo la execucion que habia empezado. Si desprecia esta instancia, sin oirla en juicio ordinario, y procede sin embargo por la execucion adelante, excederá notoriamente el executor respecto de las cosas en que debe cumplir el juicio, que deben ser propias del

del deudor condenado, conforme á la ley 3. tit. 27. Part. 3. y á otras del tit. 21. lib. 4. de la Recop.

18. Igual exceso hay, quando el executor no oye al tercero que funda su interes en la posesion de los bienes que se intentan vender, ó en qualquiera otro derecho que pretenda tener en ellos, ó en la preferencia al pago de su crédito en el precio de los referidos bienes, en el supuesto de no alcanzar los del deudor á todos sus acreedores.

19. De estos casos y otros semejantes trataron con mucha extension Salg. de Regia p. 4. cap. 8. y 9. y el Señor Covarrub. Practicar. cap. 16. con otros muchos Autores que refieren, inclinándose á la opinion de que en tales excesos tiene lugar la apelacion; pero consideran ser necesario que los terceros, que se oponen á la execucion, expongan sus derechos, las causas de que proceden, y que lo justifiquen á lo ménos con probanza semiplena *incontinenti*, y dentro de un breve término, para que sean oidos despues en juicio ordinario, suspendiendo entretanto la execucion.

20. Esta previa informacion, que exígen los citados Autores para el fin explicado, la fundan en la ley 3. tit. 27. Part. 3., en la qual se refiere y dispone: "Que si por aventura, en cumpliendo el juicio, acaesciese contienda sobre las cosas que tomaban para facer la entrega; diciendo algunos, que eran suyas, ó que avian derecho en ellas, é non de aquel contra quien fué dada la sentencia: estónce deve el Judgador llanamente saber verdad, si es como dicen; é si fallaren que es así, deve dexar las cosas, é cumplir el juicio en las otras del vencido, que fallare que son sin contienda." Igual disposicion se contiene en la ley 15. §. 4. vers. *Sed sciendum est. ff. de Re judicat.*

21. Pero como las enunciadas disposiciones deben ceder á la posterior, que en este punto contiene la ley 41. tit. 4. lib. 3. de la Recop., que no tendrían presentes los referidos Autores, como lo observó oportunamente Párladorio *Rer. quotidianar. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 11. número.*

mer. 57., siguiendo el propio concepto Carlev. de *Judiciis* tit. 2. *disput.* 8. nn. 10. y 11., logran los opositores el que, sin necesidad de dar sumaria informacion, sean oidas sus pretensiones, y recibidas á prueba inmediatamente con término ordinario, quedando entretanto, y hasta su decision, suspensa la execucion. Esto es lo que literalmente dispone la citada ley 41., y así está recibida en los Tribunales, y entendida generalmente por los Autores.

22. Pero se debe advertir, que quando la oposicion se funda en la posesion ó dominio, ú otro derecho real, á que estén afectos los bienes que intentan venderse al deudor, se detiene la execucion en aquel punto, en que la halla la oposicion del tercero; pero si este no produxese derecho real en los bienes, y si el de preferencia al pago de sus créditos, correrá la disposicion de la ley, en quanto á ser oida, y recibir á prueba su pretension en juicio ordinario, continuándose la venta de los bienes executados; y su precio se depositará para hacer pago á los acreedores, por el orden de preferencia en que sean graduados por la sentencia definitiva.

23. Esta diferencia se funda en que la venta de dichos bienes no perjudica á los acreedores, y así no tienen interes en detenerla, ántes bien se les habilita con ella su mas pronto y efectivo pago en el precio que debe depositarse en persona llana y abonada; pues aunque el Señor Salgado en la *part. 4. de Reg. cap. 8. n. 65.*, conviniendo en que pueden venderse los bienes, quando el tercero funda su pretension en la preferencia de su crédito, es de dictamen que el precio de ellos se entregue al acreedor, á cuya instancia se libró la execucion, dando caucion depositaria de responder al acreedor de mejor derecho; en esta última parte se desvian los Tribunales de su observancia, y proceden á depositar el precio en persona abonada, que no tenga interes en el pleyto, evitando por este medio que el acreedor que recibia el dinero, aunque con la caucion depositaria indicada, no dilate maliciosamente el pleyto.

En

24. En un caso podrá tener lugar la doctrina de este Autor, y es quando atendidas las recomendables circunstancias del crédito, de cuya execucion y paga se trata, y las de aquellos que producen los terceros, se percibe á primera reflexion la preferencia de aquel, y que no podrá superarse por los posteriores acreedores; y con solo este conocimiento instructivo condesciende el Juez á entregar la cantidad del crédito con la reserva y precaucion indicada; de que sea sin perjuicio del acreedor de mejor derecho; pues con la caucion que presta, queda siempre sujeto al mismo juicio, logra el beneficio que le puede producir el dinero que recibe, no se presume que usará de maliciosas dilaciones en el pleyto; por el buen derecho que ha manifestado; y los demas acreedores no sufren perjuicio alguno, ni aun en la dilacion de su pago, porque nunca se les haria hasta la sentencia definitiva, y lo mas que podrian desear, seria que se depositase el producto de los bienes vendidos al deudor, cuya seguridad queda precavida por el medio equivalente de la caucion y fianza que da el acreedor, que en los términos explicados se presenta con mayor preferencia.

25. En la execucion de la cosa juzgada sobre restitucion de bienes es mas fácil conocer los excesos del executor; y habiendo tratado largamente de ellos los referidos Autores, omito ahora repetirlos.

CAPÍTULO II.

La parte executada, y los terceros coadyuvantes ó excluyentes, 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.

I. Los que litigan pueden hacer sus defensas, y proponer sus excepciones en dos tiempos: uno es en el juicio principal; y otro en el ejecutivo, que procede de la

sentencia pasada en cosa juzgada. Por exemplo, pide el actor 100 rs.: 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. Recop.*; 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 execucion, luego que es pasada en cosa juzgada, por alguno de los medios que se han referido. Entónces 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 fuéron 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 expresamente, ó ya se omita esta ampliacion. Si el actor al tiempo de su demanda, ó en el progreso del pleyto ántes 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.

3. Lo mismo sucede quando se demandan daños y perjuicios; pues si el actor los especifica y prueba, se determinan y comprehenden igualmente en la sentencia definitiva, sin que el executor pueda oír excepciones algunas relativas á moderarlos ó liquidarlos.

4. Quando en los juicios principales no se han propuesto las enunciadas excepciones, quedan preservadas, y pueden usar de ellas las partes en la execucion de las sentencias, ya sea para modificar su condenacion, ó para liquidarla; debiendo hacerlo ante el executor que es mixto en estos casos y otros semejantes, y puede conocer de

las referidas excepciones, y determinarlas. Fúndase la facultad de los executores mixtos 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 Ofic. ejus cui mandat. est jurisdic.*

5. Los terceros opositores solo tienen un tiempo para producir sus derechos y excepciones en la execucion de la sentencia pasada en cosa juzgada; pues no habiendo comparecido en el juicio principal por coadyuvantes, ni excluyentes, (en cuyo caso dexarian 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 excluyentes, usan libremente de todos sus derechos para impedir la execucion, y deben hacerlo ante el propio Juez executor, que siempre es y se considera mixto respecto de los terceros, aunque sea mero para las partes que litigaron, y expusieron en el pleyto principal todas sus excepciones, lo qual 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 legitimos derechos que tengan en ellos; pues si el Juez executor no traxese 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 expondrán 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.

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

7. Estas dos causas, aunque no son las principales que se prueba y convence la autoridad del Juez executor mixto, para conocer de las enunciadas pretensiones de los terceros opositores, y si lo es la insinuada ántes, 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 execucion, 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 executores.

8. Salgado, de *Reg. part. 4. cap. 3. n. 8. y siguientes*, dice que el executor, que no admite las excepciones legítimas de los terceros opositores, suspendiendo la execucion de la cosa juzgada, procede con exceso, y es apelable 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 executar su sentencia.

9. El conocimiento que debe tomar el Juez executor, quando se le encarga la liquidacion de frutos, y de las impen-

ensas y perjuicios en que es condenada alguna de las partes, y el que exige el mismo incidente en caso de reservar 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 executoria de cosa juzgada en quanto á la cantidad de los frutos, perjuicios y daños contenidos con generalidad en el juicio principal, no empieza, ni puede correr la execucion de la sentencia.

10. Á la prueba de las proposiciones, que por su orden quedan indicadas, conduce la *ley 52. tit. 5. lib. 2. de la Recop.* 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 pleyto principal. Refiere y señala primeramente la necesidad de remitir la liquidacion de ellos á Contadores. Este primer paso empieza á causar dilacion en el cumplimiento de la sentencia, y gastos á las partes que deben pagar á los Contadores sus derechos.

11. El parecer de los Contadores nombrados por las partes, aunque sea conforme, que lo es pocas veces, no trae aparejada execucion, 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 execucion de la sentencia principal, y se hace forzoso oír á las partes en este nuevo pleyto, que es el segundo daño que indica la misma *ley 52. titul. 5. lib. 2. Recop.* en estas palabras: "Porque de nuevo se torna el pleyto sobre la liquidacion." Además que el juicio de los Contadores solo puede recaer sobre hechos ciertos que no hay en la condenacion general de frutos, faltando la prueba.

12. Que este pleyto 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."

13. Los frutos en que con generalidad fué condenada alguna de las partes, ó los intereses y perjuicios, reciben grande variacion por diversas causas que son de mero hecho; y como no se presúmen 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.

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

15. 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.

16. En quanto á los frutos ha de intervenir la condicion de que los hayan producido los bienes, á que se refiere la sentencia, pues muchas veces no llega este caso.

17. 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 que cantidad, siendo uno y otro necesario para que el executor proceda á la exacción; pues de otro modo sería injusticia notoria, que se considerase comprehendida en la sentencia principal una condenacion, que excediese de la cantidad que justamente debiese el reo, exponiéndose el executor á obrar con exceso en esta parte.

18. No es suficiente, para llegar á la exacción de frutos, que conste por las pruebas del juicio principal, ó por las

las hechas ante el executor, la porcion de frutos producidos, y percibidos por la parte que es condenada á su restitution: 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 comprehendido en el nombre de frutos sujetos á restitution.

19. El actor favorecido en la sentencia por los frutos que debe percibir, lo es tambien en su liquidacion ante el executor, 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 execucion; 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; por 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 restitution, *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 restitution, goze la otra parte, si quisiere; y pueda hacer su probanza, segun y como lo puede hacer la parte, á quien fuere otorgada la restitution."

20. Si la que solicitase en la causa principal la entrega y restitution de frutos, señalase la quora 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 que no alcanzaron á cubrir los gastos de su cultivo y beneficio, ó que es menor la quora que la demanda; y siendo en este juicio principal iguales el actor y el reo, en quanto 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 executor?

21. Los instrumentos públicos, y las sentencias pasadas

das en cosa juzgada, son de igual fuerza, en quanto á producir execucion de lo que contienen, como se reconoce en la *ley 1. tit. 21. lib. 4.*; y no pudiendo despacharse execucion 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.

22. 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 execucion, 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 questão insinuada: porque está decidido por la citada *ley 52. tit. 5. lib. 2.*, que las sentencias, que dan los Tribunales sobre liquidacion de lo que contiene la dada en el juicio principal, admiten súplica, y se llega á la de revista.

23. 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 exáminar 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 dictamen son poderosas para convencer la opinion contraria, con las quales, y las demas que van referidas, se puede dar plena satisfaccion á las opiniones que establecen el Señor Covarrubias *Variar. lib. 2. cap. 11.*, y *Salgad. de Rég. part. 4. cap. 3. n. 28. et cap. 10.*

24. Al num. 1. propone el Señor Covarrubias una duda, reducida á si el instrumento público, en que se prometió el interes de los daños, ó la restitution de las expensas, ú otra cosa que no tiene cantidad líquida ni difi-

ni-

nida, trae aparejada execucion, y puede pedirse y despacharse conforme á las leyes y estatutos que se han referido. Hácese cargo de las dos opiniones encontradas de Bártulo, Paulo Castrense, Baldo, Socino y otros que refiere en el propio lugar, y confesando que de unas y otras resultan graves dudas, se propone interpretar y exáminar 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 execucion, contentándose en este primer paso, sin trascender al embargo de bienes muebles ni raíces, ni á la captura del reo que no da fianzas de saneamiento; pues estos procedimientos los reserva, y dexa pendientes de la previa 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.

25. Así se explica 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 à Iudice 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 certa, ac liquida quantitatis definitioni objicere quidquid jure eidem obesse potest.*

26. Si este Autor confiesa literalmente las dos proposiciones capitales que dexo referidas, de 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 quanto le convenga en contrario: qué ley ó razon puede haber para restringirles el término de su respectiva prueba, ni para dar valor

Tom. II.

Ppp

cffi

eficaz y ejecutivo á la que haga el actor en aquel juicio sumario?

27. Conviene tambien con 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, de los intereses, y de las 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 execucion 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 que he establecido, reducida á que ya sea instrumento público, ó sentencia pasada en cosa juzgada, como no determine la cantidad cierta de la obligacion, no produce execucion, 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.

28. 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 explicados 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, executándose 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 taseen y determinen los Jueces que conocen de la causa.

29. Muchas veces he visto en el Consejo, y condescendido con mi dictamen 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

ac-

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.

30. 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.

CAPÍTULO III.

Los que han litigado en un juicio, que pasó en cosa juzgada, pueden usar de la apelacion, y de los recursos de nulidad y queja, para enmendar las injusticias y los excesos de los Jueces executores.

1. Aunque la apelacion es un medio comun, tan recomendado por las leyes, para el fin de prevenir y reparar los agravios que hacen los Jueces, con todo no siempre los detiene y suspende, sino que muchas veces dexa correr su execucion, por la mayor autoridad y presuncion, que atendidas todas las circunstancias persuaden la justicia de los que mandan, y la malicia de los que intentan suspenderlos. Estos son los casos en que tiene lugar la apelacion en solo un efecto devolutivo; y en los de esta clase entran las apelaciones que se interponen de los procedimientos de los Jueces, que entienden en la execucion de la cosa juzgada, ya sean meros executores, ó ya mixtos.

2. Estas son las dos reglas que establecen los Autores, señaladamente Salg. de Reg. part. 4. cap. 1. n. 16., y cap. 3. n. 15. Parlad. Rerum quotidianarum lib. 2. cap. final. part. 2. §. 3. n. 3. y 4. Scacia de Appellationib. q. 16. limitac. 1. n. 10., y limitac. 24. n. 1., y en la quest. 17.

Tom. II.

Ppp 2

li-