

bro 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 convenir 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. Gutierrez *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 52. tit. 5. lib. 2.* (Ley 6. tit. 16. lib. 11. de la Nov. Recop.) 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.

21 Paz en su *Práctica, tom. 1. parte 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 Covarrubias *Variar. lib. 2. cap. 11.*, y Salgad. *de Reg. p. 4. cap. 3. n. 28. et cap. 10.*

22 Al número 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 expensas, 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, Sacino 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, contentiéndose en este primer paso sin trascender al embargo de bienes muebles y raíces, 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 explica este sabio autor en el citado *n. 1. vers. In summa: ibi: Instrumenti non liquidi executio petitur, et fieri potest in hunc sane sen-*

sum: 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 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.*

Tom. 1.

(Ley 6. tit. 17. lib. 11. de la Nov. Rec.) supone por cierto el nuevo juicio y las sentencias de vista y revista á que se da 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, 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 tase 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. capitulo 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 convenimientos 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 ejecutores.

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 deja correr su ejecucion, 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 la suspension. Estos son los casos en que tiene lugar la apelacion en el solo efecto devolutivo; y en los de esta clase entran las apelaciones que se interponen de los procedimientos de los jueces que entienden en la ejecucion de la cosa juzgada; ya sean meros ejecutores ó ya mistos.

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.: Scac. de Appellation. q. 16. limitac. 1. n. 10., y limitac. 24. num. 1., y en la q. 17. limitac. 10. n. 1.: Gonzalez en su comentario al cap. 43. de Appellationib. n. 5., con otros muchos autores que siguen esta misma opinion.*

3 Fundan y prueban estos autores la insinuada regla primera con el sentido literal de la ley 52. tit. 18. Partida 3.: con la 4. ff. de Appellationib. ibi: *Ab executore sententiae appellare non licet:* con la 5. Cod. Quorum appellationes non recipiantur: ibi: *Ab executione appellari non posse, satis et jure, et constitutionibus cautum est;* y con el cap. 43. ext. de Appellationib. ibi: *Unde cum secundum jus ab executoribus appellari non possit.*

4 Deducen la segunda regla los mismos autores de la generalidad relativa á los ejecutores que contienen las leyes y los cánones que se han citado, en donde entienden que estan comprendidos unos y otros ejecutores, respecto á que no hace diferencia de ellos; y no es lícito introducir distinciones cuando las leyes no las hacen: porque ó son interpretaciones ó revocaciones parciales, que estan reservadas al autor de las mismas leyes.

5 Si los ejecutores exceden los límites de su comision carecen de jurisdiccion y potestad, obran con nulidad y como personas privadas; y es jus-

to detener tales procedimientos por medio de la apelacion, que deben admitir en ambos efectos, siendo esta una limitacion capital de las reglas antecedentes, muy expresa en las autoridades que se han citado, y generalmente recibida y observada en los tribunales.

6 En los dos capítulos antecedentes traté largamente de los medios y modos con que se verifican los excesos de los ejecutores, y este conocimiento facilita el que debe tomarse para determinar los casos en que puede tener lugar la apelacion suspensiva. Al mismo intento explicó el señor Salgado las reglas por donde debia conocerse si el procedimiento del juez executor tocaba en el agravio de exceso, ó de simple injusticia contenida dentro de los límites de su jurisdiccion, señaladamente en la parte 4. de Regia, cap. 3. n. 36. y siguientes, y en el 80 y 81.

7 Yo no deseo introducir opiniones singulares, porque venero mucho el dictámen casi uniforme de hombres tan sabios, que han merecido todo el respeto y autoridad de los tribunales; pero al mismo tiempo creo ser de mi obligacion hacer y repetir aquellas observaciones que conducen á la mejor y mas clara inteligencia de las doctrinas generales que admiten y siguen algunas veces los autores sin el debido exámen y discernimiento del origen en que intentan fundarlas, especialmente no estando autorizadas por las leyes del reino ni por los cánones, que en sus casos deben formar la regla en la ordenacion y decision de las causas.

8 La extension que hacen los referidos autores á los ejecutores meros y mistos impidiendo la apelacion suspensiva de sus procedimientos, aunque contengan injusticia ó gravámen simple, porque no excede el modo y límites de su comision, la fundan en que las leyes y los cánones hablan en general de los ejecutores, sin distinguir que sean meros ó mistos; pero yo no hallo esta general ó indefinida expresion, que se atribuye á las enunciadas leyes; pues las mas tratan particularmente de los ejecutores meros, como se reconocerá por su literal contesto.

En una sola se admitió en executoria de la 2ª sala del Supremo. Anál. de de l'no de 1879.

9 La ley 52. tit. 18. Part. 3. pone los casos en que deben ser cumplidas las cartas «sin pleyto, é sin juicio ninguno» el primero es, «quando manda el Rey á alguno facer algun fecho señalado.» Continúa la misma ley con algunos ejemplos de los casos particulares contenidos en la misma regla general, «así como si le mandase prender, ó matar algun ome, ó derribar torres, ó otras fortalezas, ó facer cumplir algun juicio, ó otro fecho señalado quel mandase facer ciertamente, diciendo en la carta: faced tal cosa luego que esta carta vieredes. Onde decimos, que aquel contra quien va la carta, non puede poner defension ninguna ante sí, porque non cumpla aquello, quel fué mandado por tal carta.»

10 Ninguno dudará que así la regla como los casos particulares que refiere esta ley, son de mero hecho específico y señalado, y que solo toca al juez executor su puntual cumplimiento, que es el distintivo de los meros ejecutores; y mas repitiéndose en la consecuencia dispositiva de la ley «que aquel, contra quien va la carta, non puede poner ante aquel Juez defension alguna;» en lo cual no solo excluye como parte de su defensa la apelacion, sino las demas que podian caber en el juicio.

11 Continúa la misma ley con dos excepciones, permitiendo al executor que pueda oirlas y recibir sobre ellas pruebas para el fin único de hacerlo saber al rey, y esperar su resolucion, prohibiéndole que juzgue sobre aquellas defensiones, ibi: «Mas él non deve juzgar sobre ellas;» y da la razon de la antecedente prohibicion, ibi: «Pues que la carta manda facer cosa señalada, é non le da poder de juzgar.» Concluye la ley con la siguiente decision: «E del fecho, que ficiese aquel á quien fuere enviada la tal carta, non se puede ninguno alzar;» quiere decir que ejecutando y cumpliendo el fecho que contiene la carta no hace agravio, y falta el motivo y fundamento de la apelacion, que reconoce solamente en lo que excediere; y así concluye la ley con la excepcion

de la regla antecedente: «Fueras ende, si pasare ademas de quanto por aquella carta le fuere mandado.»

12 El cap. 43. ext. de Appellation. habla determinadamente del executor mero, y prohíbe que se apele de la ejecucion que hiciese conforme al mandato. El epígrafe del capítulo dice: *Merus executor non recusatur, nec ab eo appellatur, nisi modum excedat.*

13 El fecho de este capítulo se reduce á un entredicho acordado por sentencia del Papa, y publicado por el cardenal executor; y en estas circunstancias decide no haber lugar á la apelacion que se habia interpuesto de la publicacion y ejecucion del entredicho, demostrándose en todas sus partes ser limitada la prohibicion de apelar á la ejecucion mera y arreglada á la sentencia y disposicion precedente: porque falta en este caso el agravio, en que necesariamente debia fundarse la apelacion. Este es el sentido literal que se presenta en el citado cap. 43., y el mismo que con mucha erudicion expone Gonzalez en su comentario.

14 La misma inteligencia reciben las leyes del Digesto y Código en su literal contesto. La ley 4. de Appellat. dice: *Ab executore sententiae appellare non licet:* la glosa al n. 32. *Executoris ab executione appellari non potest, nisi modum excedat.* El distintivo con que señala esta ley al executor, es la ejecucion de la sentencia, y el motivo de la apelacion el agravio que se deduce de la misma ejecucion; y como este no puede verificarse cuando se arregla á lo que expresa y contiene la sentencia pasada en cosa juzgada, y solo puede haber agravio y perjuicio en lo que excede, limita á este solo caso la apelacion.

15 Con la misma restriccion se explica la ley 5. Codice, *Quorum appellationes non recipiantur,* y la ley 25. *Codic. Theodos., eodem titulo.* Pues si ninguna de las autoridades que se han referido habla de ejecutores mistos ni de las apelaciones que se hayan de interponer de sus procedimientos sobre las excepciones y liquidaciones que pueden juzgar, declarar y determinar, parece muy arriesgada la opinion de los

autores que se han citado, que extienden la prohibicion de apelar á tales procedimientos judiciales, aunque contengan injusticia y agravio, y parece al mismo tiempo ocioso el discernimiento que para este efecto hace el señor Salgado entre la injusticia ó agravio simple y el que llama cualificado, que es como se explica en la *parte 4. de Reg. cap. 3. n. 76. y siguientes.*

16 Con reflexion á las autoridades y razones que se han referido, me parecia muy conforme á la regla comun el que los actos ejecutivos, ya sean del executor mero ó del misto, no son apelables cuando se conforman con lo prescripto en la sentencia; pero lo son en lo que exceden, porque en esta parte hay agravio, y no le hay en la primera.

17 La diferencia única que yo considero entre los dos executores consiste en que el misto puede juzgar y determinar con audiencia de partes lo que no está juzgado ni determinado en la sentencia definitiva; y si en el uso de esta jurisdiccion procede con injusticia y agravio en sus sentencias, podrá decirse con verdad que la apelacion no es relativa á la ejecucion sino á la decision que hace como juez este executor misto; y salvándose cuanto disponen las leyes acerca de prohibir apelar de la ejecucion, queda expedita la regla que permite hacerlo de toda sentencia que causa agravio, ya sea definitiva ó interlocutoria, con la diferencia de que basta alegarlo en aquella con generalidad, y es necesario expresarlo en esta, mayormente cuando es de considerable entidad, y no puede repararse posteriormente sin grave daño, pues seria opresion é injusticia notoria obligar á la parte á sufrir largo tiempo el perjuicio que le causa el juez por su determinacion ó sentencia.

18 Para hacer demostrable esta regla fundada en las leyes, y recomendada por la equidad á favor de la natural defensa, conviene recordar lo que se explicó sobre las apelaciones y sus verdaderas causas en el capítulo segundo de la parte segunda, en donde quedan establecidas las reglas capitales de esta materia. Por la primera re-

gla se asegura que el uso de las apelaciones es necesario y frecuente, y que se dirige á contener y enmendar los agravios que hacen los jueces, y á suplir tambien la negligencia de los mismos litigantes, dirigiéndose por estos medios á defender sus derechos; y estas recomendables circunstancias hacen decidir á favor de la apelacion y sus efectos suspensivos en todos los agravios que causen los jueces por sus sentencias definitivas ó interlocutorias, cuando en estas lo permiten las leyes y ordenanzas, segun y con la diferencia que se ha notado en el citado capítulo segundo de la segunda parte, la cual se reduce á que en las sentencias definitivas basta que la parte se tenga por agraviada para que se admita la apelacion en ambos efectos; y lo mismo sucede en las interlocutorias, señalando y determinando el agravio.

19 Bajo de esta regla no pueden correr las doctrinas del señor Salgado en cuanto á la distincion que hace del agravio ó injusticia simple y del exceso del juez executor; para cuyo convencimiento me valdré de los mismos dos casos que este autor trae por ejemplo. El primer caso es del executor encargado por el juez principal de liquidar los intereses ó frutos, cuyo valor y cantidad no se halla determinada, aunque estan contenidos en la condenacion de la sentencia; y declarándola el executor en la suya, dada con audiencia de las partes, apela alguna de ellas por el agravio y exceso que concibe en la mayor cantidad que señala ó en la menor que estima contra la otra parte; en cuyo caso dice el señor Salgado que se ejecuta la sentencia del juez executor, permitiendo la apelacion en solo el efecto devolutivo.

20 De esta doctrina y de la que con uniformidad insinúa el señor Covarrubias en los lugares, que muy por menor se refieren en el capítulo próximo anterior, hice en este lugar particular mérito, separándome de su dictámen por las leyes y consideraciones que expuse, para venir á declarar que de las sentencias, que dieren en tales casos los jueces executores, debe admi-

tirse la apelacion en ambos efectos; añadiendo ahora en su comprobacion que la sentencia del juez executor misto, en cuanto liquida ó determina la cantidad de los frutos ó intereses comprendidos generalmente en la sentencia del juicio principal, es definitiva, y está bajo la regla que se ha insinuado de permitir las apelaciones en ambos efectos, como lo prescriben todas las leyes citadas en el capítulo primero de esta tercera parte.

21 Scacia de *Appellationib. q. 17. limitac. 10. n. 54.* examina el mismo artículo, y es de dictámen que puede apelarse en ambos efectos de la sentencia del executor que liquida y determina la cantidad y valor de los frutos é intereses, haciéndolo de la parte en que la considera excesiva.

22 El segundo caso que refiere el mismo Salgado *part. 4. cap. 3. n. 81.*, en la clase de simple gravámen y no de exceso, se reduce á la sentencia del juez principal, que condenando á alguna parte en cierta cantidad encarga la ejecucion de su pago á otro juez, que en tales circunstancias será mero executor; y haciendo éste el pago en menor cantidad que la expresada en la sentencia, si la parte agraviada apela, dice este autor que la apelacion solo tiene lugar en el efecto devolutivo; y da la razon, porque es una injusticia ó gravámen simple, que no toca en el extremo de exceso. Este dictámen sin duda lo fundaria Salgado en que teniendo facultad para ejecutar al reo en mayor suma, se contiene en ella la menor.

23 Yo hallo en este caso notorio exceso sobre el mandato, porque debiendo cumplir fielmente lo que se le ordena, no lo hace el executor despreciando la ley que le impone el juez principal. Convengo con el señor Salgado en que la apelacion no tiene en tal caso efecto suspensivo, no por la razon que indica, sino porque la enunciada sentencia de menor cantidad es absolutoria respecto del reo en la parte que no llena la suma de la sentencia principal, y entonces entra la regla decisiva de que las sentencias que absuelven no dejan acto alguno que

suspender; y faltan los términos de la cuestión; procediendo la apelacion que se interpone de ellas libremente.

24 En los excesos de los executores tiene lugar el recurso de queja y nulidad con la diferencia de que este puede unirse con el de la apelacion, y tratarse al mismo tiempo de uno y otro ante el juez superior; pero esto no sucede en el recurso de queja, porque se intenta derechamente en el tribunal superior, el cual no es competente para interponer la apelacion; debiendo hacerse ante el mismo juez que dió la sentencia, á lo ménos para que suspenda esta ejecucion.

25 Uno y otro recurso se fundan en la nulidad del exceso, y son equivalentes en el progreso y en la decision, sin que en ellos se trate de la injusticia ó simple gravámen de la sentencia, cuando van de por sí separadamente; pero si se acompaña el de nulidad con el de la apelacion, conoce el juez superior de los dos agravios; esto es, del simple que consiste en la injusticia, y del calificado que causa el exceso por la nulidad que contiene.

26 Del tiempo en que debe introducirse la nulidad, de los jueces que pueden conocer de ella, del modo y forma de proponerse como principal por sí sola ó unida á la apelacion, y de los efectos que en estos respectivos casos producen los enunciados recursos, así en cuanto á la suspension de la sentencia como en orden al finecimiento de la causa, traté muy por menor en el capítulo primero de la segunda parte, adonde podrá recurrirse, sin que sea necesario repetir aquí las doctrinas, que con mucha reflexion se expusieron en él.

CAPÍTULO IV.

De la segunda suplicacion [48].

1 En los capítulos anteriores he tratado de los pleitos que mueren con la segunda sentencia del Consejo, de las chancillerías y audiencias, por ser el término que les pusieron nuestros mayores en las leyes á beneficio de la causa pública; pero como hay otros,