

tercero escluyente; y suspendiéndose su ejecucion, con mayor razon se debe suspender el curso de la via ordinaria.

25. La reconvencion y mútua peticion que pone el reo demandado á su actor, conviene en muchas partes con la demanda del tercero escluyente, y de su cotejo podrán tomarse algunas luces, que aseguren mas el pensamiento indicado de que se suspenda la causa primera. cuando viene á ella el tercero escluyente, y que se determinen las respectivas pretensiones en una misma sentencia.

26. La reconvencion ó mútua peticion es una demanda nueva, que pone el reo demandado á su actor, y es diversa en todas sus partes de la que éste habia promovido; pues aunque las personas suenan unas mismas, se presentan con diversas representaciones legales, convirtiéndose en actor en la segunda instancia el que es reo en la primera: la cosa que respectivamente se demanda es tambien diversa; y lo son igualmente las acciones y las causas de que proceden; y estando acordado por las leyes y los cánones que el Juez de la primera causa puede y debe conocer de la segunda, cuando se propone en su tribunal en tiempo oportuno, está demostrado que la enunciada diversidad de causas no embaraza la identidad en el conocimiento y determinacion por sola una sentencia.

27. La demanda del tercero escluyente, aunque sea diversa en algunas partes de la causa anterior en que se presenta, no lo es tanto como en todas las que se han referido en la reconvencion y mútua peticion: porque el reo es uno mismo respecto del primer actor y del segundo escluyente: la cosa que demandan los dos es tambien una misma; y así aunque en las acciones, en las causas de que nacen, y en las personas de los actores se verifique su diversidad, no deben embarazar el conocimiento y determinacion uniforme de las dos instancias ó demandas.

28. Para reunir la reconvencion á la primera causa hay que vencer grandes dificultades: la primera consiste en lo que dis-

ponen las leyes por regla general de que el actor demande al reo en su fuero, y aunque el actor sea de otro diverso, queda sujeto en la reconvencion al del Juez del reo, á quien él mismo demandó: la segunda que aunque este primer actor sea Eclesiástico, no le aprovecha la inmunidad para no contestar á la reconvencion en el fuero del Juez lego.

29. La dispensacion de las leyes, que favorecen al actor para que sea demandado en su fuero, se justifica sobre otras causas de mayor utilidad: la primera consiste en que el actor, á quien demandó el reo, aprueba la integridad, conducta y justificacion del Juez ante quien puso su causa, y no es lícito ni decoroso que rehuse ser juzgado por él en la que le mueve el reo de mútua peticion: la segunda, que es la principal y mas próxima de la dispensacion referida, consiste en la utilidad pública que se asegura reuniendo los dos juicios, y continuando en ellos con igual curso hasta determinarlos por una misma sentencia, cortando los gastos y dilaciones, que con dolo y malicia promovian las partes, cuando seguian las dos causas á un mismo tiempo en juicios separados.

30. Todas las enunciadas proposiciones correspondientes á la mútua peticion y sus efectos están calificadas mas por estenso con las leyes y autoridades, que se refieren en el capítulo sexto de la parte primera de estas *Instituciones*; y cotejándolas ahora con la causa del tercero escluyente, se hallará á primera vista su uniformidad en las dos causas principales indicadas; pues el tercero escluyente busca por Juez en su demanda al que lo es del fuero nativo del reo demandado, y aprueba en este hecho la integridad y justificacion de su persona: el primer actor prestó igual consentimiento y aprobacion en su demanda; y esta es la primera causa indicada en la reconvencion.

31. La union de las dos instancias es la segunda causa, que tambien se ha referido, y los efectos de la utilidad pública son unos mismos en uno y otro caso, y parece que deben gobernarse por unos mismos principios, no permitiendo la separacion de

ras causas sino uniendo su conocimiento, aunque sea con el ligero perjuicio que se ha explicado en el actor de la primera.

32. Es cierto que no tiene lugar la *mútua* petición, sino la que propone el reo al tiempo que contesta *su* demanda dentro de los veinte días, que á este fin señala la *ley 1, tit. 4. lib. 5 de la Recop.*; pero esta ley cortó las dudas y *opiniones*, que antes de ella excitaron los autores acerca del estado en que podían proponerse las reconvenções, y no hay menor necesidad de poner igual remedio en las causas de los terceros escluyentes; pero entretanto me parecia mas conveniente seguir el pensamiento que he apuntado, reducido á que se tome el partido de oír *ex integro* al tercero escluyente, viniendo al juicio antes de la sentencia, sin perjuicio del estado de la primera causa, y sin proceder *ad ulteriora* hasta que estando en igual estado la del tercero escluyente, se puedan determinar las dos en una misma sentencia, guardando el orden de antigüedad, segun se observa en las principales demandas y en las reconvenções, y se explicó en el citado capítulo sexto.

33. Cuando se presenta el tercero escluyente con su demanda, no se le da inmediatamente entrada á la causa, ni se acuerda mandar por el Juez que corra unida á la primera; ni que ésta se suspenda; este un incidente que pide algun exámen aunque sumario y breve, y á este fin se da traslado al actor y reo de la primera causa.

34. Si el actor y reo reconocen buen derecho en la demanda del tercero escluyente, y no impugnan que corra unida con la primera, ni que las dos se determinen en una misma sentencia, no hay que tratar ya de opiniones, porque todas las allana el mútuo consentimiento de los interesados; y á la verdad que pueden serlo en la union de las dos causas, aunque se suspenda la segunda por algun tiempo, escusándose por este medio de los mayores perjuicios, que se han manifestado en que se sigan separadamente; y con solo este fin de oír el dictámen de las partes, que litigaban como principales, se justificaria el traslado

que se les da, sin que el Juez pueda escluir de oficio al tercero.

35. El reo demandado ayudará las mas veces la intencion del tercero escluyente para que su demanda se admita, siga y determine juntamente con la primera, suspendiéndose el estado de ésta, por el grande interes que logra en que así se haga, y se demuestra por los dos medios siguientes: el primero que la suspension de la primera causa le conserva mas tiempo en la posesion de los bienes que se le piden; y el segundo porque le escusa los muchos gastos que sufriria defendiendo una misma cosa en dos juicios separados.

36. El actor de la primera causa será el único, que por no sufrir su dilacion, impugnará la union de la segunda, tomando á mejor partido seguirla despues separadamente; pero á este propósito ocurren los inconvenientes y perjuicios de la causa pública, que se han referido, y se pueden añadir otros de no menor peso, si se examina un artículo, que no encuentro exactamente tratado ni decidido por los autores, que apoyan la separacion de las dos causas, cuando el tercero escluyente viene á la primera, estando ya conclusa, ó á lo menos publicadas sus probanzas.

37. Consiste este nuevo artículo en saber si la causa del tercero escluyente, en el supuesto de quedar separada de la primera ha de seguir su curso inmediatamente con el mismo reo demandado y con el actor de la primera causa, ó si debe suspenderse y reservarse al tercero escluyente su accion para que use de ella, despues de acabada la primera causa, contra el que venciese y quedase en la posesion de los bienes que intenta demandar.

38. Esta duda se motiva lo primero en que siguiéndose inmediatamente la demanda del tercero escluyente sin detener el curso de la primera, deberá entenderse con el mismo reo que está en posesion de los bienes, y sufrirá la incomodidad de tener dos pleitos para defender una misma cosa.

39. Si esta nueva demanda se ha de entender á un mismo tiempo con el actor de la primera, á quien impugna su accion ó preferencia, se cae en el inconveniente de considerar á éste como reo, y sujetarle al conocimiento de un Juez, que no es el competente por razon de su fuero, y no se descubre causa de utilidad pública, que justifique la derogacion de una regla tan fundamental.

40. Si la nueva demanda del tercero se ha de seguir con solo el reo, que está entonces en la posesion de los bienes, no perjudicarán estos autos, ni la sentencia que se diere en ellos al actor de la primera causa por no haber litigado, y aunque venza el tercero al reo demandado, no usará con el otro de la cosa juzgada. En las dos causas separadas solicitarán respectivamente las partes su mayor brevedad y adelantamiento, al paso que intentarán por todos medios detener el curso de la otra causa para llegar cada uno primero al término de la sentencia y de la cosa juzgada; y la esperiencia ha hecho conocer los fraudes de que se aprovecha la malicia en semejantes casos, y los grandes daños que resultan de permitir estos medios, que en iguales circunstancias se han detestado y prohibido por las leyes.

41. Luego que alguno se hallaba demandado en su fuero sobre el pago de la cantidad que debía, si por otra causa tenia accion contra el actor por alguna otra cantidad, usaba de ella ante el Juez del fuero del actor, quien venia á ser reo en esta segunda causa, siguiendo necesariamente la regla general indicada, de la cual no podia apartarse segun las antiguas disposiciones de los Romanos. Los daños públicos y particulares, que resultaban á los mismos litigantes de seguir á un tiempo estos dos juicios separados, los empezó á conocer la penetracion de Papiniano, y se hicieron notorios á los Emperadores, quienes provayeron de oportuno remedio mandando que el Juez, que conociese de las causas del reo, pudiese conocer y determinar las que este entablase contra el actor, siguiéndose unidas en un mismo juicio. Este fué el principio de la reconvencion y mútua

peticion de que trata la ley 14, *Cod. de Sentent. et interlocutionibus*, y la *Autént. Et consequenter del prop. tit.*; y con mayor estension la *Novel. 96, cap. 2*, cuyo epigrafe dice: *De his qui conveniuntur, et reconveniuntur*; en donde previene que va á tratar de intento de esta materia.

42. En el cuerpo de la disposicion pone la *Nov.* el caso que la motiva, y la razon que la justifica: *ibi: Deinde qui factus est in conventione (reus, at ait Glossa), tanquam et ipse actorem obligatum habens, eum apud alium traxit judicem: et aliquid inopinabile fiebat: quia enim uterque seorsum actoris obtinet officium, miserandum quidam, et risibile inde veniebat: mox enim cum voluisset aliquis propriam movere litem; repente is, qui ex diverso convenerat, apud alium judicem trahebat eum, apud quem ipse sortitus fuerat judicem.*

43. Hasta aquí se refieren los casos en que se dividian las instancias, que respectivamente promovian entre sí el actor y el reo, y en su consecuencia se espresan los daños que resultaban: *ibi: El alterutros protrahentes immortaliter permanserunt litigantes*; y al fin del § 1 *ibi: Ut ita tales eorum auferamus artes, et in alterutros calumnias.*

44. El remedio que se acordó para ocurrir á los daños, que experimentaban no menos el público que los litigantes, fué reducido á disponer y mandar que el reo, que tuviese que promover alguna accion contra el actor que le demandaba, pudiese usar de ella, luego que contestara la demanda, ante el mismo Juez que venia á ser el de su propio fuero, atorizándole para que conociese de una y otra á un mismo tiempo sin embargo de que el actor de la primera causa fuese de otro fuero; y si el reo no propusiese su demanda en aquel tiempo próximo á la contestacion de la otra, se le reservaba su accion para que usase de ella, acabada que fuese la instancia que contra él se habia promovido, sin permitirle entretanto que en juicio separado vejase ni molestase al actor que le habia demandado.

45. Las artes y calumnias de que usaban las partes para molestarse mutuamente en aquellos juicios diversos que se han referido, se verificarían igualmente en los que siguiesen el actor y el tercero escluyente separadamente contra el mismo reo; y era consiguiente que por la identidad de razon se prohibiesen los perjuicios, que por estos medios resultarían á la causa pública y á los mismos litigantes.

46. Cerrado este paso quedan espeditos otros al tercero escluyente: uno reducido á usar de su accion cuando se hubiese acabado el primer juicio, coartándole la libertad de promoverla antes, y para esta pena no se descubre causa alguna; pues si el reo, que queria reconvenir á su actor, tuvo que suspender su accion hasta que se acabase la primera causa, fué porque abusó de este beneficio que le dispensaba la ley, y acreditaba los deseos de vejar y molestar al actor con la nueva demanda ante diverso Juez; pero el tercero escluyente lejos de rehusar el medio de poner y seguir su demanda ante el propio Juez de la primera causa, y que se determinasen las dos en una propia sentencia, esto es lo que solicita con mas esfuerzo.

47. Si se dijese que el tercero escluyente viene tarde al juicio, pues el que ha de poner la reconvention y mútua petition debe hacerlo en el principio de éste, luego que lo contesta, y dentro del término de los veinte dias que señalan las leyes, se satisface plenamente á este reparo advirtiendo que no hay morosidad donde falta noticia, y sin ella no empiezan á correr los términos por mas estrechos que sean; y no presumiéndose que el tercero escluyente tuviese positiva noticia del pleito que se seguía entre otras personas, no se le puede imputar el haber usado tarde su derecho. Lo contrario sucede en el que quiere poner la demanda de reconvention y mútua petition; y así le empieza á correr el término de los veinte dias desde la notificacion y traslado de la demanda que le puso el actor, y cuando no usa dentro de este término de la accion, manifiesta que no quiere hacerlo ante aquel propio Juez; y como no puede ejecu-

tarlo ante otro mientras esté pendiente la causa en que es demandado, por prohibirlo justamente las leyes, viene á conformarse el mismo reo con el único medio que le queda de usar de su accion en el fuero del actor, luego que este haya acabado su causa.

48. Por todo lo espuesto me parece que se debe concluir toda la cuestion de este artículo con la regla constante de que en cualquiera tiempo y estado de la causa en que venga el tercero escluyente, aunque esté conclusa ó publicadas sus probanzas, debe ser oido *ex integro* hasta que se iguale con el estado de la primera causa, y corran despues unidas las dos por un mismo juicio y sentencia.

49. Por limitacion de la regla insinuada podrá admitirse el caso de que en el ingreso de la demanda se pruebe que el tercero procede en ella con dolo y mala fe; ya porque sabiendo positivamente la que pendía entre el actor y el reo, esperó á que se adelantase, y vino despues á detenerla, ya porque desde luego aparezca frívola y calumniosa, ó se le pruebe su malicia por cualquiera otro medio de los que se confian al prudente arbitrio del Juez en materia tan oculta y difícil.

50. Debe observarse por último que cualquiera duda acerca del dolo y fraude del tercero escluyente bastará para que no se impida el curso de su nueva demanda, y se suspenda la anterior; pues cuando en el progreso no la probase acreditando su buen derecho, entonces se manifestará la temeridad con que vino á litigar, y sufrirá la condenacion de costas, y de los perjuicios que causó á las otras partes.