

tercería de dominio, y con suspensión á su tiempo del procedimiento de apremio, declarar que la finca antes deslindada, pertenece en propiedad y posesión á mi representado, mandando en su consecuencia que se alce el embargo de la misma y se deje á la libre disposición de mi parte, condenando en costas al ejecutado ó á quien corresponda, pues para ello interpongo demanda en forma, que deberá sustanciarse en pieza separada, con la protesta de ampliarla, modificarla ó corregirla, si así conviniere en justicia, que pido. (*Fecha y firma del letrado y procurador.*)

Auto.—Por presentado con los documentos y copias que se acompañan, teniéndose por parte á D. M., en nombre de D. X.: se admite la demanda de tercería de dominio que se interpone, y se confiere de ella traslado con emplazamiento en forma por el término ordinario al ejecutante y ejecutado, á quienes, ó á sus procuradores, se entregarán dichas copias en el acto del emplazamiento: sustánciese esta tercería en pieza separada, que se formará con el presente escrito y documentos que le acompañan, poniéndose además testimonio de la diligencia de embargo de la finca de que se trata con la relación necesaria del juicio ejecutivo; y á su tiempo suspéndanse en él los procedimientos de apremio, á cuyo fin póngase en dicho juicio la oportuna nota con inserción de esta providencia. Lo mandó etc.

Notificación al procurador del tercer opositor.

Emplazamiento al procurador del ejecutante (art. 16 de la Ley) por medio de *cedula* (art. 228) con arreglo al formulario del tomo 2º

Otro, en igual forma al ejecutado, ó á su procurador, si lo tuviere.

Testimonio de la diligencia de embargo, conforme á lo mandado en la providencia que precede.

En la pieza del juicio ejecutivo se pondrá la siguiente

Nota.—Doy fé, que por D. M. en nombre y con poder de D. X. se ha presentado en tal fecha tercería de dominio contra la finca tal, embargada en estos autos, á cuya demanda ha recaído el auto que dice así: (*Se copia*). Y para que obre en estos autos los efectos oportunos, en cumplimiento de lo mandado, pongo la presente en... (*lugar, fecha y firma del escribano*).

Demanda de tercería de mejor derecho.—D. M., en nombre de D. X. etc., digo: Que ha llegado á noticia de mi representado que á instancia de D. Justo B. han sido embargados á D. Lope C., en virtud de ejecución despachada por V., todos los bienes que le pertenecen para el pago de veinte mil reales que aquel le demanda. Mi parte tiene también un crédito contra el mismo D. Lope C. de quince mil reales, procedentes de tal obligación, á cuya seguridad hipotecó la casa que le ha sido embargada, según resulta de la escritura pública que presento en debida forma. Este crédito es preferente al de D. Justo B. por tales razones.

[*Se alega, esponiendo despues numerados los hechos y los fundamentos de derecho, como en el juicio ordinario.*]

Por tanto, interponiendo, como interpongo, en nombre de mi representado la oportuna tercería de mejor derecho,

Suplico á V. que habiendo por presentados los referidos documentos con las copias correspondientes de este escrito, y á mí por parte en el nombre que comparezco, se sirva admitirme esta tercería de mejor derecho, y por sus méritos declarar que el crédito de quince mil reales, que tiene mi representado contra D. Lope C. es preferente y de mejor derecho al de los veinte mil reales que le demanda D. Justo B. y en cuya virtud se ha despachado la ejecución, mandando en su consecuencia que luego que se vendan los bienes, embargados, de su importe sea aquel pagado con preferencia á éste, condenando en costas al ejecutado ó á quien corresponda, á cuyo fin interpongo demanda en forma, que deberá sustanciarse en pieza separada, sin suspenderse los procedimientos

ejecutivos ni de apremio, con la protesta de ampliarla, modificarla ó corregirla si conviniere, pues así es de hacer en justicia, que pido. (*Fecha y firma del letrado y procurador.*)

Auto.—Por presentado con los documentos y copias que se acompañan, teniéndose por parte á M. en nombre de X.: se admite la demanda de tercería de mejor derecho que se interpone, y se confiere de ella traslado con emplazamiento por el término ordinario al ejecutante y al ejecutado, á quienes, ó á sus procuradores, se entregarán en dicho acto las indicadas copias. Sustánciese esta tercería en pieza separada, que se formará con el presente escrito y documentos que le acompañan, poniéndose además testimonio del título en cuya virtud se despachó la ejecución, con la relación suficiente de los autos ejecutivos, en los que se pondrá también la oportuna nota con inserción de esta providencia, á fin de tenerlo presente cuando se realicen los bienes embargados, para suspender el pago hasta que se decida quién tiene mejor derecho. Lo mandó etc.

Se ejecuta esta providencia como en el caso anterior.

Ambas tercerías han de sustanciarse por todos los trámites del juicio ordinario, véanse por tanto los formularios del mismo en el tomo 2º

V.

SEGUNDA INSTANCIA EN EL JUICIO EJECUTIVO.

Los formularios de esta segunda instancia se arreglarán á los de las apelaciones de sentencias interlocutorias véase este tomo, teniendo presente lo que ordenan los artículos 1002, 1005 y 1006, en cuanto al término para instrucción, á la prueba y á la preferencia para las vistas.

TITULO XXI.

DE LOS RECURSOS DE CASACION.

Del verbo latino *casso, cassas, cassare*, que significa quebrantar, anular, abrogar ó derogar, se deriva el verbo castellano *casar*, usado solo en lo forense con iguales significaciones, y el nombre *casacion*, que según el Diccionario de la Academia, es "la acción de anular y declarar por de ningún valor ó efecto algún instrumento." No es esta, sin embargo, la significación concreta que hoy se dá á dicha palabra: aplícase por la jurisprudencia universal, y aplícala también la nueva Ley, al acto y remedio supremo de dejar sin efecto las sentencias ejecutorias de los Tribunales superiores en que haya violación, falsa interpretación ó mala inteligencia de la ley.

De aquí se deduce que por *recurso de casacion* se entiende el remedio supremo y extraordinario que concede la ley contra las ejecutorias de los Tribunales superiores, para enmendar el abuso, exceso ó agravio por ellas inferido, cuando han sido dictadas contra ley ó doctrina legal, ó con infracción de los trámites y formas más sustanciales del juicio. En el primer caso, esto es, cuando el recurso se funda en que la ejecutoria es contra ley ó contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales, se ha convenido en llamarle recurso de casacion *en el fondo*, por que versa sobre el fondo de la ejecutoria, esto es, sobre si ha sido fallada conforme á la ley la cuestión debatida en el pleito; y *en la forma*, cuando se funda en defectos sustanciales del procedimiento, ó sea en la infracción de las leyes que arreglan la forma del juicio.

Estos recursos son los mismos que hasta ahora se han denominado entre nosotros *recurso de nulidad*: en la nueva ley se ha sustituido á esta palabra la de *casacion*, sin duda por considerarla más concreta y técnica, y por ser de uso general en el foro de to-

da Europa. Lo creemos por tanto conveniente, y mas cuando ya se habia adoptado esta denominacion, para espresar igual recurso, en el Real decreto de 20 de Junio de 1852 sobre procedimiento en los delitos de contrabando y defraudacion á la Hacienda pública, en la Real cédula de 30 de Enero de 1855, relativa á la administracion de justicia en las provincias de Ultramar.

El establecimiento en España de este remedio extraordinario tiene su origen en la Constitucion política de 1812, pues aunque las leyes de Partida y recopiladas hablan de la nulidad de las sentencias, es en sentido bien diferente de lo que hoy significa dicho remedio: véase, si no, entre otras, la ley 2.^a, tít. 18, libro 11 de la Novísima Recopilacion, segun la cual no podia objetarse ni admitirse la nulidad de una sentencia en los casos en que no procedia contra ella el recurso de súplica. Y aunque tiene alguna semejanza con los antiguos recursos de *segunda suplicacion* y de *injusticia notoria*, por cuanto estos se admitian, como aquellos, contra los fallos ejecutorios de las Audiencias para ante el primer tribunal de la nacion, cual era entonces el Consejo de Castilla, el que reparaba la injusticia, ilegalidad ó agravio cometido en la ejecutoria, se diferencian, sin embargo, por su naturaleza y objeto. En estos recursos se entraba de lleno en el exámen de los autos, calificando las pruebas, apreciando los hechos, y decidiendo del derecho de las partes en aquel litigio, como se hace en una última instancia, sin otra trascendencia para el orden público: no así en los recursos de casacion, cuyo objeto es mas elevado y trascendental.

Y con efecto: la casacion es un remedio de interés general y de orden público. Su objeto, como dice un notable juriconsulto español, es contener á todos los tribunales y jueces en la estricta observancia de la ley, ó impedir toda falsa aplicacion de ésta y su errónea interpretacion, á la vez que uniformar la jurisprudencia, así es que ha sido introducida, mas bien por interés de la sociedad, que en beneficio de los litigantes.

Ya hemos dicho que trae su origen de la Constitucion de 1812. Una de las atribuciones que el art. 261 de la misma conferia al Tribunal Supremo de Justicia, era la de conocer de los recursos de nulidad que se interpusieran contra las sentencias dadas en última instancia; pero solo para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de los magistrados que hubieren infringido las leyes del procedimiento. La ley de 9 de octubre del mismo año desenvolvió el precepto constitucional, dando forma á estos recursos, y determinando el modo de interponerlos y sustanciarlos. Despues el reglamento provisional de 1835, en su artículo 90, designó tambien entre las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia la de "conocer de los recursos de nulidad, que segun lo que establezcan las leyes, se interpusieren de las sentencias ejecutorias dadas por las Audiencias." En 13 de agosto de 1836 se restableció la Constitucion de 1812; pero no la ley de 9 de octubre; y en su lugar se publicó despues el Real decreto de 4 de noviembre de 1838, cuyas disposiciones sobre esta materia han regido hasta la nueva Ley de Enjuiciamiento.

Esta Ley, reformando, ó mas bien derogando dicho decreto, ha establecido el recurso de casacion sobre bases mas aceptables y conformes á los adelantos de la ciencia jurídica. Pero ¿lo ha establecido en sus justos límites? ¿Ha determinado bien las condiciones intrínsecas y estrínsecas del recurso, para que sea lo que debe ser, segun la doctrina, y que corresponda á su objeto? Cuestiones son estas sumamente graves, y de las que por necesidad habrán de ocuparse desde luego los juriconsultos competentes, y hasta el gobierno de S. M. Estrañas al objeto de estos comentarios, no deberiamos detenernos en su exámen; pero como son de actualidad y de la mayor importancia, creemos conveniente indicar nuestra opinion, aunque poca autorizada, sobre los puntos mas capitales.

Hemos dicho que hasta el Gobierno de S. M. habrá de ocuparse de esta materia,

porque la esperiencia ha venido á demostrar en el corto período de cuatro años, que está rigiendo la nueva Ley, que la Sala primera del Tribunal Supremo, única que conoce de los recursos de casacion en el fondo, no puede dar vado á todos los que se interponen, y al Gobierno corresponde procurar el remedio de este mal.

En todo el año de 1856, en que principió á regir la nueva Ley, ingresaron en el Tribunal Supremo de Justicia, y se repartieron á sus salas respectivas, 6 recursos de casacion, y 2 apelaciones por haberse denegado la admision del recurso: 72 recursos y 14 apelaciones en 1857; 130 recursos y 29 apelaciones en 1858; y 252 recursos y 31 apelaciones en todo el año de 1859 (1): de modo que en los cuatro años componen un total de 460 recursos y 79 apelaciones, quedando además sin repartir, por no haber comparecido ninguna de las partes, 26 recursos y 4 apelaciones. Nótese el aumento progresivo que se viene experimentando en cada año, y que aun debe continuar: compárense estos guarismos con los de 166 recursos de nulidad y 137 apelaciones, que ingresaron en el propio Tribunal Supremo en los diez y siete años que han mediado desde que se publicó el Real decreto de 4 de noviembre de 1838 hasta el primero de enero de 1856, en que ha empezado á regir la Ley de Enjuiciamiento, y se verá prácticamente cuanto se ha facilitado en ésta el acceso á la casacion.

De los totales antedichos han correspondido á la Sala 1.^a, con arreglo á los arts. 1015 y 1073 de la Ley, por tratarse de la casacion en el fondo, 417 recursos y 39 apelaciones; y á la Sala 2.^a, por versar sobre la forma, 43 recursos y 40 apelaciones. Esta notable y extraordinaria diferencia; y el no seguir el aumento de estos recursos en la misma proporeion que el de aquellos, tiene una esplicacion muy óbvia y natural. La casacion sobre el fondo tiene una esfera indefinida, pues procede el recurso siempre que se cite como infringida en la ejecutoria una ley, ó una doctrina admitida por la jurisprudencia; al paso que la casacion en la forma está limitada taxativamente á las nueve causas espresadas en el art. 1013, siendo por lo tanto mas fácil que con los fallos del Tribunal Supremo se fije la jurisprudencia, y se evita la interposicion del recurso en otros casos iguales ó análogos. Por este motivo no es de temer que embarace la casacion en la forma, y debemos concretar estas observaciones á la que versa sobre el fondo.

De los 417 recursos y 39 apelaciones que, como hemos dicho, han correspondido en los cuatro años á la Sala 1.^a, por ser la casacion sobre el fondo, han ingresado en el último año de 1859, 230 recursos y 19 apelaciones; y á pesar de la incansable laboriosidad del Presidente y Ministros que componen dicha Sala, y de los extraordinarios esfuerzos que están haciendo, auxiliados por el Presidente del Tribunal, para activar el despacho, como lo demuestra el haber terminado en dicho año 108 recursos y 16 apelaciones, además de otros varios negocios no menos graves, todavía han quedado pendientes para 1860, 222 recursos y 13 apelaciones, 62 de aquellos y 3 de estas, concluidos para la vista, y los demás en sustanciacion: número mas que suficiente para el despacho de dos años, atendida la índole y gravedad de estos trabajos. Y si á ellos se agregan los recursos que entrarán en el año inmediato, con el aumento progresivo que se viene notando, y que continuará, segun todas las probabilidades, calcúlese hasta que punto podrá llegar el retraso, con mengua de la administracion de justicia y considerables perjuicios para los litigantes.

¿Procederá este mal de que la casacion no se ha reducido á su justo límite, traspasando sus naturales condiciones intrínsecas; ó de que no se ha establecido bajo las reglas y condiciones estrínsecas, que son necesarias para hacerla ejecutable? Aunque

1. Hemos esperado al último dia del año 1859 para terminar este trabajo, á fin de completar estos datos estadísticos.

ambas causas podrán contribuir, y contribuyen en efecto, creemos que procede mas bien de la segunda, que de la primera.

En cuanto á esta, es indudable que la nueva Ley ha facilitado extraordinariamente el acceso á la casacion, permitiéndolo en una multitud de casos en que antes ni aun la súplica era procedente. Pero ¿la ha sacado por esto de su justo límite? Ciertamente que no, si se atiende al rigor de los principios. ¿Existe una sentencia ejecutoria, en la que se ha infringido, ó interpretado erróneamente la ley? Pues allí debe aplicarse el remedio de la casacion, sin tener en cuenta el valor de la cosa litigiosa: sobre él está el interés de la sociedad. Esto dicen los partidarios de dicha innovacion, y es preciso reconocer la lógica de su argumento.

Sin embargo, es muy frecuente en jurisprudencia relajar el rigor de los principios en consideracion al interés público ó privado de que no es posible desentenderse, y creemos que no hubiera sido inconveniente haberlo hecho así en el presente caso. ¿No se ha relajado respecto de los juicios verbales de menor cuantía? Pues si en ellos no se permite en ningun caso el recurso de casacion (artículo 1014, § 2º), sin duda por la poca entidad de la cosa litigiosa, por igual razon pudiera haberse prohibido en los pleitos, cuya cuantía no escede de diez mil reales, por ejemplo, para evitar el grave mal de que asciendan las cotas á tanto ó mas de lo que se litiga. El inconveniente que resultaria, de esta limitacion, podria superarse en nuestro concepto, con una buena ley de responsabilidad judicial. Y sobre todo, ó aplíquese el principio en toda su estension, ó restrínjase cuanto sea conveniente: esto es lo lógico.

Tambien opinan notables juriconsultos que se ha establecido la casacion fuera de sus justos límites y de sus naturales condiciones intrínsecas, con permitirse el recurso por infraccion de la doctrina admitida por la jurisprudencia, y con haberse cometido al Tribunal Supremo la facultad de fallar en el fondo. En cuanto á lo primero, es indudable que, por no haber definido convenientemente la Ley de Enjuiciamiento lo que haya de entenderse por *doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales*, se da ocasion á que se abuse de este remedio, pues basta citar como infringida cualquier doctrina, para que proceda la admision del recurso, por mas que luego sea desestimado. Véase lo que decimos sobre este particular en el comentario del art. 1012.

El otro extremo comprende una cuestion, quizá la mas grave que se suscita en esta materia, y que tiene divididos á eminentes juriconsultos. Los que sostienen que el Tribunal de Casacion no debe fallar sobre el fondo del negocio, afirman que el sistema contrario desvirtúa y vicia la institucion, convirtiendo este remedio supremo en una tercera instancia, contra su índole y naturaleza, y aducen en su apoyo la opinion de los juriconsultos mas notables de Francia, cuna de esta institucion, y la legislacion de aquel país, á la que entre nosotros siguió sobre este punto, aunque incompletamente, el Real decreto de 4 de noviembre de 1838.

No negaremos que, si ha de estarse al rigorismo doctrinal, el Tribunal de Casacion, cuyo instituto es cuidar de la observancia y recta aplicacion de la ley, debiera concenterse á resolver si esta ha sido ó no infringida, ó sea á decidir en casacion, y nada mas; pero ya hemos dicho que es frecuente en jurisprudencia prescindir de ese rigor, y se prescinde en efecto cuando puede adoptarse otro sistema mas ventajoso al interés público y privado, cuya conveniencia, mas bien que los principios de escuela, debe consultar el legislador en todo caso. ¿Y cómo puede desconocerse que el sistema adoptado por la nueva Ley de Enjuiciamiento lleva sobre este punto grandes ventajas al francés.

Casando y fallando en el fondo el Tribunal Supremo, como ordena la Ley en el art. 1060, se evitan dilaciones y gastos á las partes, y el grave inconveniente, á que daba lugar el art. 18 del Real decreto citado de 4 de noviembre, de que la Audiencia, al fa-

llar de nuevo el pleito, pueda desairar la decision del Tribunal Supremo, escitando rivalidades y destruyendo el orden gerárquico de los tribunales?

Para salvar este inconveniente ha determinado últimamente la legislacion francesa, por una ley de 1º de abril de 1837, despues de haber ensayado otros medios, que si el Tribunal, á quien se remiten los autos despues de casada la sentencia, insiste en el primer fallo, pueda interponerse segunda vez el recurso, el que será decidido por el Tribunal de Casacion en pleno; y si éste casa otra vez la sentencia, el Tribunal, á quien se remitan los autos de nuevo, debe conformarse á la decision de aquel en cuanto al punto de derecho, juzgado por él mismo.

Es verdad que así se salva el inconveniente indicado de que el fallo de un Tribunal superior se sobreponga al del Supremo; pero ¿se salva tambien el principio? Creemos que no. ¿Qué es esto en realidad sino una ficcion y una mera fórmula? Si en último término la Audiencia ha de conformarse á lo que haya decidido el Tribunal Supremo, este, y no aquella es de quien de hecho y realmente falla el negocio en cuanto al fondo. ¿Por qué, pues, no facultarle para que lo haga de derecho, y desde el primer fallo en casacion? Así se evitarán gastos, dilaciones y conflictos, y el grave inconveniente de obligar á un Tribunal superior á que falle quizá contra su conciencia, so pena de dar á la decision del Supremo el carácter y fuerza de interpretacion *auténtica* de la ley, con efecto retroactivo, lo cual no es sostenible.

Por estas consideraciones nos parece conveniente que el Tribunal de Casacion falle tambien en el fondo. No desconocemos que el sistema contrario desembarazaria algo al Tribunal; pero no tanto que sea motivo suficiente para adoptarlo: el recargo que puede producir, queda debidamente compensado con las ventajas que proporciona. Dicho recargo debe, en nuestro concepto, atribuirse mas bien, como ya hemos indicado, á las condiciones estrínsecas, bajo las cuales se ha establecido la casacion, segun vamos á demostrar.

En primer lugar, el término de diez dias improrrogables, que señala el art. 1022, para interponer el recurso, es sumamente corto: en muchos casos ni tiempo tendrá el defensor para consultar la voluntad de su cliente, y en la duda, y para salvar el procurador su responsabilidad, en razon á que no se necesita poder especial (artículo 1023), interpone siempre el recurso. Mucho menos lo tiene el interesado para consultar el dictámen de otros letrados, ni para deliberar con calma, y sin la escitacion que por de pronto produce un fallo desfavorable. Tres meses concede la legislacion francesa: fíjese un término semejante, al menos el de cuarenta dias, y se interpondrán menos recursos de casacion. Esto lo prueba el hecho de que ascienden próximamente á un 16 por 100 los recursos en que se separa el recurrente, ó se declaran desiertos por no haber comparecido; pero siempre despues de haber ocupado la atencion del Tribunal, y turbado la accion de la cosa juzgada, que al cabo viene á reconocerse que merecia el concepto de tal.

En segundo lugar, el depósito que exigen los arts. 1027, 1028 y 1029, es insuficiente para su objeto, é ineficaz como pena, ni como medio de represion; á lo que hay que agregar que se dispensa de él en muchos casos. Recurso ha subido al Tribunal Supremo con 270 reales de depósito. Esta suma, y aun en la mayor parte de los casos la de 4,000 rs., que es el máximo, no basta para indemnizar con la mitad á la parte contraria los perjuicios ocasionados con un recurso infundado, ni la otra mitad es pena proporcionada á la ofensa inferida al Tribunal sentenciador. Auméntese el depósito; exíjase en todo caso, y de seguro disminuirán los recursos. Por si la falta de metálico pudiera ser un obstáculo, permítase la fianza, como la permitia el Real decreto de 4 de Noviembre. Pero como todos los casos no son iguales, seria justo que el Tribunal Supremo estuviera facultado para fijar, dentro del *máximo* de aquel, la cantidad, é