

el juez que dió la sentencia, ó en el que dispone la *ley 2. del prop. tit. y lib.* (Ley 3. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.) También es del cargo del apelante mejorar la apelacion llevando el proceso al superior, y emplazando á las partes con los términos que las señale el juez de apelacion, ó los que estan determinados por las leyes; y en cualquiera de estos trámites que desista el apelante de su intencion, queda la sentencia firme y acabado el pleito, como se ha fundado en los capítulos segundo y tercero de esta segunda parte, y viene á lograr la parte que no apeló todos sus deseos; convenciéndose por todo que la apelacion forma una instancia incoada, que se va perfeccionando con los trámites sucesivos hasta llegar al emplazamiento de los interesados; y este es el punto en que por necesidad han de continuar el pleito, y pueden usar en su defensa de los auxilios que les conceden las leyes, siendo uno de ellos el de adherirse á la apelacion contraria para pedir que se reforme lo juzgado en los artículos que sean gravosos y perjudiciales.

7 Queda al parecer bien demostrado con las razones expuestas que los cinco dias que se conceden para apelar, ó extinguir con su curso el uso de este remedio, no corren al que quiera adherirse á la apelacion contraria, ni pierde este auxilio, aunque no use de él dentro de ellos; y que el primer punto en que puede empezar el término para adherirse es el último dia del emplazamiento.

8 Estas dos partes se prueban tambien por autoridad, considerando en primer lugar la que presenta la citada *ley 39. Cod. de Appellationib.*, que en su primera parte trata de los tribunales superiores que conocen de las causas que vienen á ellos por apelacion, y pueden enmendar la sentencia del juez inferior; lo cual hacian únicamente á instancia y en favor del que apelaba.

9 En la segunda parte, que es la dispositiva del remedio subsidiario de adherirse á la apelacion, sigue el mismo propósito, y permite su uso cuando el apelante viniese á aquel juicio,

y propusiese las causas de su apelacion; y como estos dos pasos que deben preceder, y son propios del apelante, debe darlos en el tribunal de la apelacion, que puede conocer de la causa, examinar las que haya propuesto para justificar su apelacion, y enmendar la sentencia, empieza entonces la licencia que se concede á la contraria para que pueda oponerse á lo juzgado, que es el medio subsidiario de adherirse á la apelacion: *Sancimus itaque: si appellator semel in iudicium venerit, et causas appellationis suae proposuerit, habere licentiam et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit, si praesto fuerit, hoc facere, et judiciale mereri praesidium.*

10 Por los mismos respectos se encarga á los jueces superiores de apelacion que cuando viniesen á ellos las causas en que se haya omitido por el inferior la condenacion de costas y daños, esten muy atentos á enmendar en esta parte la sentencia á favor del vencedor, aunque no apelase de ella. Esto es lo que dispone la *ley 10. Cod. Quando provocare non est necesse*; conviniendo una y otra para sus respectivos casos en que estos auxilios tienen su ejercicio y sus efectos en los tribunales de apelacion, cuando el que apela ha llevado á ellos los autos, ha mejorado su instancia, y ha emplazado para ella á la parte que no apeló.

11 La apelacion, que se interpone de juicio acabado, debe ser recibida por el juez, sin que sea necesario que la parte exprese los agravios ó causas de su apelacion, bastando que se tenga por agraviado, como se dispone en las *leyes 2. 13. 14. 18. y 22. tit. 23. Part. 3.*, y en las *leyes 1. y 3. tit. 18. lib. 4. Recop.* (Ley 1. y 23. tit. 20. libro 11. de la Nov. Recop.), referidas al propio intento en el capítulo tercero de esta segunda parte; y debiendo empezar el remedio subsidiario de adherirse á la apelacion despues de haber propuesto la otra parte las causas de su apelacion, se hace mas evidente corresponder uno y otro al tribunal del juez superior.

12 Don José Suarez de Figueroa

en el referido tratado al cap. 7. establece sólidamente que el derecho de adherirse á la apelacion no está limitado al tiempo en que debe interponerse la apelacion; y en el cap. 8. siguiente demuestra por las razones indicadas que puede y debe hacerlo el interesado ante el juez superior en el primer escrito que presente, respondiendo y contestando á la pretension del apelante, concluyendo con esta opinion al núm. 52., la cual confirma Pedro Gregor. *Syntagm. jur. part. 3. lib. 50. cap. 2. n. 41 ibi: Communior tamen est sententia, ut sufficiat adherere coram iudice, ad quem provocatum est, ut adhesio habeat vim rati-habitionis.*

13 Traidos los autos á expensas del apelante al tribunal del juez superior, los toma aquel, y propone los agravios que ha concebido en la sentencia del juez inferior, y las causas en que intenta justificarlos para que se enmienden.

14 De este escrito se da traslado á la parte que no apeló, y respondiendo á él se adhiere á dicha apelacion, pretendiendo que la sentencia se confirme en los capítulos que expresa, y le fueron favorables, y que se estime y declare por nula, de ningun valor, ni efecto, ó revoque como injusta en las partes que le fué perjudicial, señalándolas con ampliacion á la condenacion de costas omitida en la sentencia, y á las que se causaren en la instancia de apelacion.

15 Esta es la forma que observan las partes por uso y práctica comun de los tribunales: y por ellas se confirma ser este el tiempo preciso en que se debe usar del derecho y facultad de adherirse á la apelacion contraria, y oponerse en su consecuencia á lo juzgado en la parte en que lo considere gravoso, pidiendo se enmiende y reponga declarándola á su favor, segun y como lo pretende y solicita.

16 Si en este tiempo, que es el de la respuesta y contestacion á la pretension del apelante, redujese la suya á que se confirme la sentencia sin oponerse á ella en parte alguna, extingue el derecho de adherirse, y todos sus

efectos; pues se entiende que lo renuncia, y que aprueba la sentencia enteramente sin que pueda despues variar su pensamiento.

17 Por todo lo expuesto se concluye que la razon, la autoridad y el uso constante de los tribunales han señalado el referido término para adherirse á la apelacion contraria; y que pasado sin ejecutarlo, excluye el derecho de adherirse, así como el señalado para apelar extingue este auxilio comun, y pasa la sentencia en autoridad de cosa juzgada.

CAPÍTULO VIII.

De los terceros opositores.

1 De los terceros opositores trataron en general y con diversos respectos muchos autores. El señor Covarrubias en los capítulos 13. 14. 15. y 16. de sus *Prácticas: Salgado de Regia part. 4. cap. 8. n. 17.: Cancer. Variar. part. 2. cap. 16.: Scacia de Appellation. q. 5. n. 71. y 73. q. 12. n. 69. y q. 17 limit 6. memb. 4. n. 41.: Lancelot. de Attent. part. 2. cap. 12.: Suarez de Figueroa de Jur. adherend. cap. 9.: Paz tom. 1. part. 4. cap. 4. y otros muchos.*

2 Las dilatadas exposiciones, que sobre esta materia hacen los referidos autores con poco adelantamiento de unos sobre otros, traen dos daños muy notables á la causa pública: el uno consiste en el mucho tiempo que se ocupa en leer tan largas y copiosas disertaciones para recoger un corto número de proposiciones, que por repetidas y dispersas por diversos modos en casos particulares dejan poco segura y permanente la memoria de ellas, y se pierde con facilidad sin que se pueda hacer uso oportuno de sus resoluciones y doctrinas en los negocios que ocurren en los tribunales.

3 El segundo daño nace de la oscuridad y confusion que observan y notan los mismos autores citados. El señor Covarrubias en el referido cap. 13. de sus *Prácticas n. 4. dice: Ceterum ut haec materia, quae satis difficilem habet resolutionem, et prac-*

ticis est admodum obvia, rectius examinetur: Salgado de Reg. part. 4. capit. 8. n. 56. ibi: His sic generaliter cognitis, ut ad speciales, et practicabiles casus deveniamus, cum altius requiratur examen, ut clarius elucescant, quæ apud Doctores satis confusa reperiuntur, in quatuor examinandas distinctas resolutiones dividam; y al n. 59. repite: Ad quas quidem resolutiones reducere poteris varias et dispersas Doctorum doctrinas, quæ nimiam aliter confusionem pariunt: et etiam doctos solent confusos reddere, et intrincare. Cancer. Variar. dict. cap. 16. n. 5. propone la cuestion de si el tercero, que se opone al pleito, debe tomar la causa en el estado en que se halla; y antes de resolverla dice: Istam questionem non satis aperte à Doctoribus (judicio meo) declaratam, sic resolvo: Scacia de appellat. q. 17. limitat. 6. memb. 4. n. 46. vers. Verum, ibi: Quia materia hujus extensionis est difficilis, et in judiciis admodum frequens, et tamen à Doctoribus non est, prout deberet, bene digesta; nam est de materia cap. 17. Cum super. de Sent. et re judicat. ubi. Abb. sub n. 1. scribit: Illam decretalem semper sibi visam fuisse difficilem, tum propter ipsius difficilem materiam, tum propter intricatum modum tradendi ipsam per commentatores: ideo operæ præteritum me facturum existimavi, si pro mea tenui facultate nitar aliquid scribere ad tollendam obscuritatem, et intricatationem, qua nostrates hac in re loquuti videntur: et quo facilius id consequar, procedam per subextensiones, declarationes, et restrictiones: Suarez de Jur. adhaerendi cap. 1. n. 9. ibi: Ad hujus questionis exactam diligentiam, propter Doctorum confusionem, qui variè loquuntur, scire oportet.

4 Si todos los referidos autores reconocen y confiesan la oscuridad, confusion é intrincacion con que hallaron escrita esta materia; y siendo su objeto ponerla en la debida claridad, no lo han conseguido, ¿en qué podré yo fundar la esperanza de que tenga mejor suerte la brevedad y claridad en este discurso práctico? Sin em-

bargo propondré algunos medios, que me parecen nuevos y oportunos para reducir toda esta materia á reglas mas sencillas, de las que podrá hacer uso en los casos que ocurran.

5 El actor y el reo, demandador y demandado son dos partes esenciales de un juicio; al cual si viene otro litigante, componen el número de tres, y el último recibe con propiedad el nombre de tercero. El que se nombra, ya sea en calidad de perito, ya de juez para decidir la discordia, ó para mediar en el ajuste ó convenio entre dos, se distingue igualmente con el nombre de tercero; y del mismo modo se usa en el axioma lógico y matemático: *Quæ sunt eadem uni tertio, etc.*

6 Añádese al nombre de tercero el de opositor: porque la pretension del que viene al juicio se ha de oponer necesariamente á la del actor ó á la del reo, y á veces á las dos. En el primer caso se llama tercero opositor coadyuvante, y en el segundo excluyente. De uno y otro trataré separadamente por la notable diferencia que observo entre los dos en el intento de adherirse á la apelacion, que es el primitivo de este discurso, y en los demas efectos generales de asistir y venir al pleito, cuyo exámen servirá de preliminar necesario á la inteligencia y claridad de toda esta materia.

7 El que viene al juicio pendiente, y contestado entre otros, debe motivar y fundar su pretension en intereses propio; pues si no lo tuviese, ó alegase á lo menos, aunque quisiera asistir y coadyuvar la instancia de alguno de los dos que litigan, no seria admitido al juicio, y se repeleria inmediatamente su intento á instancia de las partes ó por oficio del juez con las excepciones: *Sine actione agis: Tua non interest: Quoad enim ad eum pertinet, liberas ædes habeo.* Todas estas son excepciones anómalas, que usan los litigantes con frecuencia para no contestar las demandas, ó lo hacen en el progreso de la causa para elidir la pretension del actor. En el primer caso tienen estas excepciones el concepto de dilatorias, y en el segundo

el de perentorias; y producen su correspondiente efecto en ambos, como lo aseguran todos los autores, señaladamente Salgad. de Reg. part. 2. capit. 8. n. 90. y siguientes: Carlev. de Judiciis tit. 2. q. 5. n. 26. y 27. ibi: *Inter exceptiones anomalas enumerari exceptionem solutionis, acceptilationis, præscriptionis, tua non interest, et si quæ sunt alie, quæ significant actionem actori non competere, vel sine actione agere, vel quod idem est, perempta actione agere.* Gutier. Practicar. lib. 2. quest. 22. num. 17. comprueba estas proposiciones como un principio legal con la ley 1. ff. de Appellationib. recipiend.: ley 2. §. 1. ff. Quando appellandum sit; cuya disposicion se repite en el canon 3. caus. 2. quest. 6.; y con la misma esencia de la accion, que consiste en lo que se debe ó pertenece; y faltando estos dos objetos no puede haber accion, ni se hallaria que pedir.

8 El interes, en que se funda el tercero opositor para venir al juicio, debe ser positivo y cierto en su existencia, aunque el ejercicio para recobrarlo esté pendiente de algun plazo que necesariamente haya de venir, pues la contingencia de que no naciese, ó se hiciese ilusoria la accion sin llegar al efecto de lo que se pretende en juicio, impediria igualmente su entrada y contestacion para no caer en la consecuencia, que tanto resisten las leyes, de que las providencias judiciales queden ilusorias, conviniendo todas por esta razon en que no se admita, ni forme juicio sobre los derechos futuros, como se expresa en la ley 26. tit. 4. Part. 3., y en la 11. §. último ff. de Receptis qui arbit., y observó Molin. de Primog. lib. 3. capit. 14. n. 10., de lo cual traté mas largamente en el capítulo segundo, parte segunda, número octavo.

9 Aunque el interes en que deben fundarse los terceros opositores para venir, y ser recibidos al juicio pendiente, puede nacer de diversas causas, (cuyo particular exámen seria embarazoso, dilatado y confuso) conviene reducirlo por regla general á cuatro clases principales.

10 La primera clase es de aquellos terceros que tienen una misma accion *in solidum* ó la propia defensa, que con anticipacion han producido las partes que litigan. La segunda clase es de los que tienen su accion independiente y separada de la que han promovido las partes en el juicio pendiente, aunque la de estos y la del tercero procedan de una misma causa y origen. En la tercera clase estarán los que tienen accion ó derecho de segundo orden, y quieren venir al juicio entablado ya por aquellos, á quienes toca en primer lugar el uso de la accion y defensa, que quieren coadyuvar por su propio interes los terceros opositores; y en la cuarta se comprenderán los que teniendo el primer lugar en el uso de la accion, ó de la defensa de lo que se disputa en el juicio, quieren venir al que han promovido los interesados de segundo orden, ya lo hagan con noticia de los primeros, ó ya sin ella.

11 Los que estan obligados *in solidum* á dar ó pagar á otro alguna cosa ó cantidad pueden ser demandados cada uno de ellos separadamente por el todo de la deuda á eleccion del acreedor; y en estas circunstancias puede venir á coadyuvar la pretension y defensa del reo que litiga el otro correo por el interes propio, que asegura en la libertad del que estaba litigando: porque la sentencia que contra éste se diere, haciéndola efectiva en sus bienes, perjudicará al otro obligado *in solidum*, aunque no haya litigado en la parte ó porcion que le corresponda, y procederá contra él aquel que la hubiere pagado, ya sea en uso de las acciones que le ceda el acreedor, ó ya por el oficio del juez. *ibi*

12 Estas son las disposiciones que por equidad y por justicia han acordado las leyes, siguiéndolas uniformemente todos los autores, señaladamente la ley 20. tit. 22. Part. 3.; bien que en el modo y forma de contraerlas para que se entiendan *in solidum*, y en los respectivos efectos de su exaccion se han introducido por las leyes algunas variaciones.

13 Las leyes antiguas de los Roma-

nos no exijan palabras determinadas ni específicas, que manifestase la intención de querer obligar *in solidum*, teniendo por bastante para este efecto cualquiera otro medio equivalente, ya usando de la distributiva ó ya de la alternativa. Y de cualquiera de estos modos que se celebrasen los contratos, podia el acreedor ejecutar las obligaciones contra cualquiera de los reos, y tambien estaba en su arbitrio hacerlo á prorata contra cada uno de ellos.

14 Esto es lo que en las dos partes enunciadas disponen las *leyes 3. y 4. ff. de Duob. reis constituend.*, y explicó con solidez y claridad Vinnio sobre el *texto preliminar del tit. de Duobus reis stipulandi, et promittendi, n. 2. vers. Illud tenendum est*; y en el §. 1. siguiente *núm. 1.*

15 La *Novela 99. en su §. 1.* de donde se formó la *Auténtica: Hoc ita. Cod. de Duob. reis.*, introdujo dos especiales novedades: una reducida á que no se entendiese contraída la obligación *in solidum* por ningun modo ni forma á no ser que expresamente dijese los contrayentes que querian obligarse *in solidum*: otra que aun en estos términos no fuese ejecutiva la exacion de todo lo prometido contra uno de los correos, siempre que usase de la excepcion de que solo pagase á prorata, y que procediese el acreedor por la parte restante contra el otro obligado, salvo que alguno de ellos fuese insolvente, ó se hallase ausente.

16 La primera nueva disposicion pudo tener por objeto muy suficiente y digno el evitar las dudas y disputas que facilmente podian excitarse sobre la inteligencia de las palabras, queriendo los reos reducirlas á una obligación sencilla é individua en su origen, y los actores extenderla á que fuese *in solidum*; y estando en la potestad y arbitrio de los contrayentes dar la ley clara á sus convenciones, no era justo el que quedasen en oscuridad, debiendo interpretarse en cualquiera duda á favor de los reos por la obligación simple, y contra el acreedor, que la deseaba *in solidum*.

17 La segunda parte se funda en dos principios de equidad; pues el acree-

dor puede exigir y recobrar todo su interes de los dos correos, demandándolos al mismo tiempo y en un propio juicio, sin que alguno de ellos tenga el quebranto de pagar por entero, y repetir despues del otro lo que á prorata le corresponde.

18 Las referidas variaciones en las dos partes insinuadas se hallan admitidas y autorizadas por las leyes del reino. La *ley 1. tit. 16. lib. 5. de la Recop. (Ley 10. tit. 1. lib. 10. de la Nov. Recop.)* dispone: «Que si dos personas se obligaren simplemente por contrato, ó en otra manera alguna para hacer, y cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entiendan ser obligados cada uno por la mitad.» Lo mismo se halla dispuesto por la *ley 8. tit. 12. Part. 5.*; y por una y otra se manifiesta que el medio de obligarse unidamente dos ó mas personas no induce el gravámen de que se entienda cada una obligada por el todo, sino en aquella parte que le correspondía, como si literalmente la hubiesen señalado.

19 Para quitar toda duda en esta inteligencia se explicaron las citadas dos leyes con la restriccion de que solamente se entendiese cada uno obligado por el todo, cuando lo expresasen en sus convenciones; pero si estos obligados *in solidum* renunciaban en el mismo contrato el beneficio de la division, queriendo que el acreedor pueda exigir de cada uno el todo de la deuda, entonces no podrán usar de este auxilio, porque resultaria y cederia en daño del acreedor, y se caeria en el inconveniente de abrigar el dolo y mala fe de los que vienen contra su propio hecho.

20 Por el resumen de esta materia se demuestra que cualquiera de los obligados *in solidum* puede venir al juicio pendiente con el otro, porque en todos los casos referidos tiene interes propio para coadyuvar la defensa, y oponerse á la instancia del acreedor.

21 Cuando los tutores son dos ó mas, reciben su autoridad y obligación individua á cuidar y responder de la persona del pupilo y de sus bienes, haciéndose responsables á todos los perjuicios que le resultasen por dolo, culpa lata ó leve de los mismos tutores,

quienes deben prestar aquella misma atención y diligencia, que prestarian para conservar y aumentar sus propios bienes.

22 De esta uniforme obligación de los tutores, que empieza en su nombramiento, y se perfecciona con la aceptación y discernimiento de su cargo, no se exoneran, aunque por sus convenciones distribuyan entre sí la administración de los bienes del pupilo, y aunque los encarguen á uno solo; pues quedan los demas igualmente responsables, y no se disminuye la acción *in solidum*, que compete al menor contra cualquiera de ellos, viniendo á ser unos correos de deber, obligados *in solidum* por la convencion tácita que incluye el nombramiento, aceptación y discernimiento de su cargo.

23 Las dos proposiciones referidas tienen su comprobación literal en las leyes y en los autores: la *1. §. 10. y siguientes ff. de Tutel., et rationib. distrahend.*: la *55. de Administrat. et periculo tutor.*: la *2. Cod. de Dividen. tutel. in fin. ibi.: Si vero ipsi inter se res administrationis diviserunt: non prohibetur adolescens unum ex his in solidum convenire; ita ut actiones, quas adversus alios habet, ad electum transferat*: la *21. ff. de Tutel. et rationib. distrahen.*: la *2. Cod. de Heredib. tutor.*: la *12. Rem pupulli salvam fore: Olea tit. 5. q. 7.: Salgad. Labyrinth. part. 2. capit. 12.: Gutierrez. de Tutel. p. 1. cap. 15.*

24 Así como las leyes y los autores citados reconocen en los pupilos una acción *in solidum* contra cualquiera de sus tutores para pedir y recobrar, acabada la tutela, los daños que hayan padecido sus bienes por dolo ó culpa de los tutores, conceden igualmente á estos los competentes auxilios de equidad, con que puedan templar el rigor de la justicia sin agravio de los menores.

25 Los tutores pueden usar por vía de excepcion del beneficio del orden, obligando al menor á que demande en primer lugar al tutor que administró los bienes de la tutela, y no empezar por el que por convencion de los mismos tutores no se mezcló en ella.

26 Tambien compete á los tutores

Tom. 1.

el beneficio de la division, por el cual logra el tutor, que ha sido demandado *in solidum* por el menor, que comprenda tambien á los otros que igualmente administraron siendo solventes; pues por este medio conseguirá recobrar todo su interes á prorata de los tutores.

27 Puede tambien el tutor demandado *in solidum* pedir al menor al principio del pleito, y antes de hacerle el pago, que le ceda sus acciones contra los otros tutores; y deberá hacerlo, ó en su defecto será removido de su demanda con excepcion de dolo. Y si el tutor demandado *in solidum* no usase por su orden y en los casos y tiempos oportunos de los beneficios explicados, aun le quedará el auxilio de recurrir al juez, usando de las acciones útiles, para que compela á los otros tutores á que le reintegren de lo que pagó en la parte que á cada uno correspondía: porque no permite la equidad con que debe ir templada la justicia, que siendo una misma la obligación de los tutores, y la causa de que procede, fuese desigual el efecto, sufriendo uno solo el daño, y gozando los demas de la impunidad de su culpa.

28 Todas estas cuatro excepciones confirman la regla de que la obligación en su origen y causa es individua, y la acción del menor es *in solidum*; y que usando de ella contra cualquiera de los tutores, pueden los demas aunque no sean citados, venir al juicio por su propio interes, que es bien notorio en los dos casos contenidos en esta primera clase; pues viniendo al juicio en tiempo oportuno como se dirá, tienen los terceros opositores su defensa con el litigante que coadyuvan, y pueden hacerla bajo de un procurador y escrito; y cuando las partes no se conviniesen en esta union, lo manda el tribunal, atendiendo á la brevedad de los pleitos, excusándose por este medio de muchos gastos, no solo los que coadyuvan, sino tambien la parte contraria; y esto es un interes privado y público.

29 Tambien es de gran interes anticipar sus defensas antes de las sentencias; pues si llegasen á causar ejecutoria contra la parte que litiga, se