

mente determinado; porque estos son oficios que corresponden al pretor ó magistrado segun su primitiva institucion y el uso que siempre tuvieron (de que hace especial mérito el §. 7. *Instit. de Jure natur. gent. et civili*, con lo demas que en su razon expone Vinn.) dispensando los auxilios conducentes á reparar el daño que sufren las partes sin culpa ni omision suya. De esta especie de restitucion *in integrum*, que es general á todos, aunque no sean menores, tratan los autores concretándola al caso referido de haber pasado la sentencia en cosa juzgada por no haber apelado en tiempo el personero; y aseguran que compete al principal, y que se le concede con facilidad, alegando y probando cualquiera simple injusticia que contenga la sentencia, que rara vez falta en el dictámen de los jueces por la variedad de sus opiniones.

55 El mismo cardenal de Luca en el citado *discurs. 37. de Judic. n. 13.* supone que la negligencia del procurador en no apelar perjudica á su principal; pero que esta misma negligencia es justa causa de la restitucion *in integrum*; y en el *discurs. 38.* se explica con mayor extension al *num. 11.* ibi: *Atque hinc manat id quod pluries alibi insinuatum est, quod scilicet res judicata ob non interpositam vel desertam appellationem, in curia quodammodo caeremonialis videtur, atque numquam victorem tutum reddit, ut iudicatio acquiescat, dum etiam post longissimi, ac pene integri sæculi recursum, cum nimia facilitate respondetur de causis restitutionis in integrum ex capite injustitiae, quae resultare videatur, etiam in articulis dubiis, eo quia illis, qui de praesenti sedent in tribunali, magis una quam altera opinio placeat, juxta consuetam ingeniorum varietatem, disputando de meritis causae per apices, perinde ac si ea esset nova, et integra.*

56 Para comprobar esta doctrina conduce todo el título del *Digesto, de In integrum restitutionib.*, señaladamente la *ley 7.*; pues refiriendo en su principio algunos casos en que la equidad dictaba socorrer á los que de

otro modo padecerian daño si se observasen las solemnidades de la ley, extiende este auxilio generalmente á todos los que eran engañados sin culpa suya, como se expresa en el §. 1. ibi: *Nec intra has solum species consistet hujus generis auxilium: etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit::: et boni praetoris est, potius restituere litem, ut et ratio, et aequitas postulabit.* La *ley 8. del prop. titul.* se explica con mayor expresion: ibi: *Ei vero, qui reipublicae causa absit, caeteris quoque, qui in eadem causa habentur, si per procuratores suos defensi sunt, hactenus in integrum restitutione subveniri solet, ut appellare his permittatur.*

57 Ahora se entenderá bien la disposicion de la citada *ley 7. tit. 23. Part. 3.* en las dos partes que contiene: en la primera dice que si juicio fuese dado contra los herederos escritos, y estos no apelasen, que los legatarios pueden tomar alzada y seguirla. En la segunda parte asegura que apelando los herederos, pueden ser con ellos los legatarios en seguir aquella alzada; pero no les permite interponerla, consistiendo esta diferencia en que para venir los legatarios á su apelacion, deben hacerlo por el medio extraordinario de la restitucion *in integrum*, el cual no se concede á los que pueden usar del ordinario, adhiriéndose á la apelacion interpuesta en tiempo por los principales litigantes.

58 Queda al parecer bien demostrada la proposicion en todos los casos referidos de la grande diferencia que hay entre la cosa juzgada, que nace por el rigor de la ley de una sola sentencia, por no haber apelado el principal que litigaba, y la que se causó con tres sentencias conformes ó con dos en los casos que previenen las leyes; y del mismo modo se ha manifestado la razon de equidad y justicia, que obliga á socorrer á los que sin culpa ni omision propia estan expuestos á padecer daños, y que deben implorar este auxilio por el medio indicado de la restitucion *in integrum*.

59 Los efectos de este remedio se

*De los terceros opositores excluyentes.*

1 Hay otra clase de terceros opositores, que aunque toman este titulo del mismo origen y causa que los coadyuvantes, se diferencian sin embargo en el fin á que se dirigen. Tales son los que llamamos terceros opositores excluyentes; quienes lejos de tratar de auxiliar á otros como los coadyuvantes, solo intentan derribarlos y destruirlos. Los unos son accesorios en los juicios, y los otros principales.

2 Deseando los autores explicar todas las partes de los terceros excluyentes, hacen uso del ejemplo siguiente: Cuando alguno se titula dueño de la cosa, de que está otro en posesion, le pone su demanda ante juez competente, y refiriendo sucintamente los hechos en que la funda, concluye pidiendo que el juez condene al demandado á que se la restituya: comunícasele traslado, y en uso de él contesta y responde contradiciendo la pretension: si la confesase, seria tambien contestacion, como se expuso en el capítulo cuarto de la primera parte; pero faltarian términos para el caso y cuestion que se propone, porque inmediatamente entregaria la cosa que se podia, y se acabaria la causa.

3 Contestada la demanda con la contradiccion que se insinúa, tiene su curso ordinario, y en cualquiera parte y estado en que se halle el juicio, sin incluir la sentencia difinitiva, viene á él otro actor, y se presenta con el mismo concepto de señor de la cosa, que halla en poder del mismo reo anteriormente demandado, y pretende su restitucion del mismo modo que lo hizo el primero, excluyendo á los dos de los respectivos derechos que habian producido.

4 Esta instancia es nueva y diversa de la primera en las personas, en la accion y en la causa de que procede. El actor usa de su derecho en tiempo y forma, y debe ser oido por el mismo orden de contestacion, prueba y defensa que corresponde, como sien-

han explicado y fundado latamente en el capítulo nono de la primera parte de estas *Instituciones*; reduciéndose su principal influjo á reponer á la persona que lo obtiene en aquel mismo dia, en que se dió y notificó la sentencia á los que entonces litigaban; y así viene á verificarse por una ficcion legal, equivalente á la misma verdad, que el tercero se halló en el pleito cuando se dió la sentencia, que entonces tuvo noticia de ella, y que apeló dentro de los términos que señalan las leyes á todos los que litigan; en cuyo concepto se pueden considerar ociosas todas las disputas acerca del tiempo en que ha de empezar á correr el de la apelacion, debiéndose convenir en que es el mismo, y con el mismo principio que se concedió á los principales que litigaban y no apelaron.

60 Por los medios insinuados, señaladamente el de la restitucion *in integrum*, se vienen á conciliar las opiniones que parecerian contrarias: porque es cierto que luego que el tercero tiene positiva noticia de la sentencia dada contra el principal, y que por no haber éste apelado le perjudica, le empiezan á correr los dias de la apelacion para implorar dentro de ellos la restitucion; y no haciéndolo en dicho tiempo, se entiende que lo renuncia, y cerrado este medio no puede llegar el fin de la apelacion; pero si se le concede este auxilio, y por su efecto se le admite la apelacion que debe interponer al mismo tiempo, se entiende que la interpuso, y le fué admitida en el mismo término en que puede hacerlo el principal.

61 Como los autores que se han referido, y otros muchos señalan diez dias para apelar, y proceden sin disputa en este sistema, no puedo menos de advertir que las *leyes 1. 4. y 7. tit. 18. lib. 4. de la Recop.* señalan uniformemente solos cinco dias para el efecto; y no es lícito separarse de estas respetables disposiciones.

ten unánimemente todos los autores.

5 La duda de la cuestion consiste únicamente en si la primera causa que está adelantada, cuando se empieza la segunda, se ha de suspender hasta que ésta iguale á la otra en su curso y estado, continuando despues unidas para que sean determinadas en una misma sentencia; ó si cada una ha de seguir independiente y separada, y determinarse la primera que llegue al estado de sentencia sin perjuicio de que la otra, que se halla mas atrasada, continúe por sus trámites hasta que se dé en ella sentencia definitiva.

6 La resolucion de esta duda se halla muy complicada entre los autores: unos quieren que la causa primera, que se supone adelantada cuando empieza la segunda, no se detenga ni un momento, y que se determine definitivamente cuando llegue á su estado sin esperar á que le tenga igual la segunda. Esta es la opinion del señor Covarrubias en el cap. 14. de sus *Prácticas n. 4. in medio*: ibi: *Nos vero contrarium jure respondendum esse censemus, asseverantes tertium oppositorem, quoties non accesserit ad defendendum reum, audiendum quidem esse, ita tamen, ut nullo equidem momento impediatur litis examen, et definitio inter actorem, et reum, quoad ipsorum præjudicium, et commodum.* Al fin del citado n. 4. ratifica este autor la misma opinion: ibi: *Admitti debeat ad allegationem, et probationem propriæ intentionis; ita tamen ut propter hanc oppositionem nulla in parte differatur definitio litis inter actorem, et reum, quoad eorum præjudicium, præsertim ubi tempore hujus oppositionis conclusum fuerit in causa, vel facta sit testium publicatio. Etenim, tunc ipse admitterem tertium ad allegandum, et probandum, absque præjudicio publicationis, conclusionis, et definitionis ipsius lites inter actorem, et reum. Atque ita non semel vidi pronuntiari, et pronuntia-vi ex collegarum judicio in hoc regio Granatensi prætorio.*

7 Salgado sigue la opinion del señor Covarrubias, y la refiere al n. 68. de la part. 4. cap. 8. de Reg., y con

mayor extension en la part. 2. cap. 13. de *Retention.*, llenando de elogios la resolucion de este sabio autor, y las autoridades y razones en que la funda, señaladamente en el número 13. y siguiente, en donde refiere otros muchos que se adhieren al mismo dictámen.

8 Otros autores admiten y siguen la contraria acerca de la última parte, que da motivo á la disputa, asegurando que en el caso propuesto el nuevo actor, que viene al juicio pendiente como tercero excluyente, hace suspender su curso en el estado en que se halla hasta tanto que la nueva accion y demanda sea examinada y probada entre las partes del primer juicio, y se igualen los dos en su estado, de manera que puedan determinarse en una misma sentencia: Bald. in cap. 1. §. Duo, de Pace tenenda: Innocen. in cap. 38. de Testib. n. 1. in fine: Castill. Controversiar. lib. 2. cap. 9. n. 9. vers. Deinde constituo: Greg. Lopez in leg. 6. tit. 10. Part. 3. gloss. 2. in fin.: Paz de Tenut. tractat. 1. cap. 20. præcipue n. 11.; y otros muchos que estos refieren.

9 Por el hecho mismo de ser tan encontradas las opiniones de los graves y sabios autores que han examinado de intento la cuestion referida, se manifiesta que no han encontrado ley ni canon, que ni en su letra ni en su espíritu decida este punto, no siendo de esperar que se hubiesen dividido en los dictámenes, separándose de las disposiciones claras de las leyes; sino que por no haberlas, han tomado la libertad de persuadir sus respectivas opiniones con argumentos oscuros, discursos intrincados y observaciones dudosas.

10 Y si estos sabios maestros no se han podido convenir, ni asegurar en el medio ni en la resolucion que se debe tomar en el caso propuesto, cómo podrá hacerlo un letrado ó un juez que se hallen en los principios de su profesion, por mas que se fatiguen en leer y meditar las disertaciones referidas? Ocuparán en esto mucho tiempo, y quedarán en el mismo conflicto y perplejidad, bien

que con el auxilio de poder tomar el partido que mas acomode á sus deseos; de donde nace la facilidad de excitarse y continuar sin riesgo de temeridad las pretensiones y pleitos. El que viene al juicio en calidad de tercero excluyente, viendo mas adelantado al primero que litigaba, deseará detener su curso hasta igualarse con él, y así lo pedirá al juez que conoce de la causa. El primer actor hará su vigorosa repulsa, porque se interesa en acabar con brevedad su instancia, y en recobrar la posesion de la cosa que pretende. Las sentencias serán por lo comun varias, por la natural inclinacion con que disienten los hombres, cuando no hallan ley superior que los detenga; y siempre quedará este artículo indeciso y con necesidad de oportuno remedio; y entretanto que se logra, diré lo que entiendo sin repetir de modo alguno los argumentos y las consideraciones, que hacen los autores referidos en prueba de sus respectivas opiniones.

11 Mi pensamiento está reducido á examinar los perjuicios y las utilidades, que se hallen en uno y otro medio; y despues de haberlos combinado, tomar el camino que con menor riesgo y mayores ventajas del público y de las partes las conduzca al fin que se proponen: porque en esto consiste la verdadera razon que excita y anima las leyes generales y particulares, que se forman por el juicio y sentencia de los jueces, siguiendo siempre el mayor interes de la causa pública, y el beneficio de los que litigan.

12 Si cuando viene al juicio un tercero, que pretende excluir de su derecho á los dos que anteriormente litigaban en el caso propuesto, lograse que se suspendiese el curso de la primera causa, que se hallaba ya concluida (que es el estado de su mayor adelantamiento), y que no se procediese á sentenciarla hasta que la segunda demanda, corriendo todos los trámites ordinarios, llegase á su conclusion, padecería el primer demandante un daño, que consistia únicamente en no llegar tan pronto á po-

nerse en posesion de los bienes que pretendia; y esto sucedería, cuando la sentencia que se diese en su causa le fuese favorable, y no apelase de ella el reo; y como estos dos efectos no eran seguros al tiempo que el segundo actor intentaba la suspension, lo mas que venia á perder en ella el primero seria la posibilidad de recobrar con mayor brevedad la posesion de los bienes demandados; pero este beneficio, cuando se verificase tan de lleno á sus intenciones, traería incomparables perjuicios á la causa pública, al reo demandado, y aun al mismo actor del primer juicio.

13 El reo debe contestar á la segunda demanda, y en este solo paso queda envuelto en dos pleitos; y siendo el fin de las leyes disminuirlos y reducirlos, se peca en este punto contra sus disposiciones. El mismo reo debe presentar con su escrito de contestacion, y en el breve término que señalan las leyes 1. y 2. tit. 2. lib. 4. de la Recop. (Ley 1. y 2. tit. 3. lib. 11. de la Nov. Recop.), las escrituras que tuviere, y en que pretenda fundar su defensa; y siendo regular que las haya presentado para el mismo fin en la causa primera, no podrá hacerlo en la segunda, que ha de seguir separada á menos que pida, y se le mande dar testimonio de ellas con citacion del nuevo actor, sufriendo esta dilacion y los gastos necesarios.

14 El primer actor, que por tener su causa adelantada, haya logrado recobrar con mayor brevedad la posesion de los bienes que pretendia por efecto de la sentencia favorable, que por no apelar el reo pasó en autoridad de cosa juzgada, no la recibe en un estado permanente y seguro: porque no se la entregará el reo sin que le indemnice por medio de la caucion y fianza que previenen las mismas leyes, á que se acogen los autores de esta opinion, y queda por ellas responsable á las resultas de la otra causa que corre separada; siendo de su cargo continuarla en el estado en que se halle, y defender su derecho contra el que intenta el tercero, y restituirle los mismos bienes si venciese en la sentencia.

15 Si de la sentencia, que es dada en primera instancia á su favor en la causa introducida por el primer actor, apelase el reo demandado, tendrá la causa su curso en segunda instancia entre los dos primeros litigantes con un efecto suspensivo de la sentencia; y al mismo tiempo deberán seguir los dos la segunda, que se quedó pendiente con el tercero excluyente en primera instancia; y entonces serán mas considerables los perjuicios de las mismas partes, y los de la causa pública, en el mayor número de pleitos, y en los repetidos gastos y dilaciones que necesariamente han de ocurrir. Todo esto puede suceder facilmente, si no se suspende la determinacion de la causa primera para que sean determinadas en una misma sentencia; y por no sufrir el primer actor una leve dilacion, queda sujeto á otras mayores y á mas excesivos gastos.

16 Permítase que el actor de la primera causa lograrse por todos los trámites de tres sentencias conformes calificar el dominio de los bienes que pretendia, y recobrar su posesion; pero como este derecho solamente causaria estado permanente con el reo demandado y no con el tercero que solicitaba excluir á los dos, podria suceder que en esta segunda causa no fuera tan feliz su suerte, y se estimase preferente el derecho del nuevo actor, viéndose obligado el primero á restituírle los mismos bienes, que á tanta costa habia recobrado del poseedor á quien demandó; y estas son otras resultas que justamente se deben temer para no arriesgarse á tropezar en ellas, siguiendo el medio de que corra la primera causa independiente y separada de la que posteriormente instauró el tercero opositor excluyente.

17 En su nueva demanda concibió y trató el opositor excluyente como reos al poseedor de los bienes que pretendia, y al primer actor que los solicitaba, al uno por razon de la posesion, y al otro por la accion que impugnaba; y como este juicio envolvia una comparacion sobre preferencia de los respectivos derechos que pro-

ducian las partes, no podia el juez asegurarse de la verdad, no teniendo á la vista al mismo tiempo las escrituras y probanzas, que hubiesen hecho las partes en las enunciadas causas; y como es tan propio del oficio del juez buscar la verdad y la justicia por todos los medios posibles, ninguno podia hallar mas oportuno que unir la segunda instancia del tercero excluyente á la causa primera, detener su curso, oír á las partes sus reciprocas defensas, y llegar al tiempo de dar la sentencia con toda la instruccion debida. Siendo pues este camino tan descubierta y conforme á las intenciones de las leyes, no debe tomarse el otro, que está lleno de los inconvenientes y peligros que se han indicado.

18 La sentencia que se diere á favor del actor de la primera causa, estando ya pendiente la segunda, se puede concebir poco menos que ilusoria, si fuese vencido y condenado á restituir los mismos bienes al tercero opositor excluyente: porque hay poca diferencia entre no haberlos recibido, ó tener que restituírlos brevemente; y este riesgo, á que no es justo exponer facilmente los juicios, justifica tambien la suspension del primero.

19 En las palabras y razones del mismo señor Covarrubias, si bien se meditan, se descubrirá que no procedió con igual firmeza de opinion en todas las partes y estado de la causa; pues aunque establece la regla de que no debe suspenderse con motivo de la oposicion del tercero, añade como caso principal en que ésta debe tener lugar, cuando viene á la causa el tercero opositor excluyente, estando ya conclusa, ó hecha publicacion de testigos, ibi: *Præsertim ubi tempore hujus oppositionis conclusum fuerit in causa, vel facta sit testium publicatio::: Etenim tunc ipse admitterem tertium ad allegandum et probandum absque præjudicio publicationis, conclusionis, et definitionis ipsius litis inter actorem, et reum; atque ita non semel vidi pronuntiari, et pronuntiavi ex collegarum judicio in hoc regio Granatensi prætorio:*

*quod æquitati potissime convenit ob frequentes has oppositiones, que plerunque dolo et fraude fiunt, non alia ex causa, quam quod reus, timens justissimam condemnationem, diem differri velit.*

20 ¿Por qué principios graduaria el señor Covarrubias de dolosa y fraudulenta la oposicion del tercero excluyente, para dar entrada con este supuesto á la equidad en que funda su opinion? Lo cierto es que la oposicion del tercero excluyente puede ser justa, y dirigida á mantener y recobrar sus derechos; y todas las reglas de caridad y justicia obligan á tenerla por buena, y no declinar á concebirla delincuente, como lo seria si la hiciese por dolo ó fraude solo con el fin de impedir la determinacion de la causa pendiente entre los dos principales litigantes; haciéndose mas distante la presuncion de dolo ó fraude á vista de que el tercero no tiene interes propio en dilatar la primera causa, sin cuyo estímulo es aun mas repugnante el concepto de fraude, que se motiva en la enunciada oposicion del tercero.

21 La ley 41. tit. 4. lib. 3. de la Recop. (Ley 16. tit. 28. lib. 11. de la Nov. Recop.) habla determinadamente de un tercero excluyente, que se opone á la ejecucion despachada á instancia del que habia litigado con otro. No distingue la ley sobre si la ejecucion procede de cosa juzgada ó de instrumento público: porque estas dos causas son iguales, y se comprenden con uniformidad en la ley 1. tit. 21. lib. 4. (Ley 3. tit. 28. lib. 11. de la Nov. Recop.) tampoco distingue la ley de los derechos que produzcan los terceros opositores, ya sea por razon del dominio, ya de la posesion ó de la preferencia en la cosa que se va á entregar, ó vender por efecto de la ejecucion; y con estos presupuestos dispone: «Que cuando contra alguna ejecucion se opusiere alguna muger por su dote, ó otras personas, no se mande dar informacion sumaria, sino que resciban luego á prueba con término ordinario á los opositores por via ordinaria;» y aunque en su principio refe-

re como ejemplo la oposicion, que hace la muger por su dote, continúa con la cláusula indefinida «ó otras personas,» que en su caso equivale á la universal; y la misma repite en la palabra «á los opositores.»

22 Por esta ley quedan removidas dos graves dudas que sobre este punto habian excitado los autores, y producian discordias en los tribunales: la una consistia en que los terceros opositores excluyentes no se admitian á la causa, si no probaban de un modo sumario el buen aspecto de su derecho; y esta previa diligencia queda positivamente removida por la ley, en cuanto dispone «que no se mande dar informacion sumaria, sino que resciban luego á prueba con término ordinario á los opositores por via ordinaria.»

23 Esta literal disposicion califica en la segunda parte que la causa ejecutiva, á que salió el tercero opositor, se suspendió en aquel momento hasta que se complete el juicio ordinario, y que se vea al tiempo de la sentencia el mejor derecho comparativo entre el primer actor y el segundo excluyente.

24 Esta es la natural inteligencia de la ley, y por ella conviene observar lo primero que el curso de la via ejecutiva es mas impetuoso que el del juicio ordinario, y deteniéndose aquel con la sola oposicion del tercero excluyente, se hará mas fácilmente en el de éste: lo segundo que el actor de la primera causa, que habia logrado los efectos de la cosa juzgada, estaba mas cerca de gozar sus bienes, ó sus derechos, cuando se los impugnó el tercero excluyente; y suspendiéndose su ejecucion, con mayor razon se debe suspender el curso de la via ordinaria.

25 La reconvention y mútua petition, que pone el reo demandado á su actor, conviene en muchas partes con la demanda del tercero excluyente, 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 excluyente, y que se determinen las respectivas pretensiones en una misma sentencia.