

—Véase lo que sobre esto hemos dicho en el comentario del art. 237 (del tomo 2º), y téngase aquí por reproducido; pero haciendo extensivas aquellas observaciones, tanto al demandante, como al demandado, pues los mismos efectos produce para la validez del juicio la falta de personalidad del uno, que la del otro. Solo nos resta advertir sobre este punto que, si deducida la oportuna reclamación durante el procedimiento, la parte presenta los documentos que acreditan su personalidad ó la de su procurador, como así queda subsanado el defecto, ya no puede fundarse en él el recurso (1.)

3ª. "Falta de citación para sentencia en cualquiera de las instancias."—Nuestras leyes y la práctica de nuestros tribunales han considerado siempre como un trámite esencial del juicio la citación de las partes para oír sentencia definitiva, ya se trate de un incidente, ya de la cuestión principal; y tanto en primera, como en segunda instancia. La omisión, pues, de esta diligencia podrá servir de fundamento para el recurso de casación, como lo era para el de nulidad. No tenemos noticia de que hasta el día se haya interpuesto ninguno de estos recursos por dicha falta, lo cual prueba lo corriente y uniforme que es la práctica acerca de esta citación.

4ª. "Falta de recibimiento á prueba en cualquiera de las instancias, cuando proceda con arreglo á derecho."—Ya lo indicó también el art. 872. La parte que intente el recurso de casación por esta causa, debe demostrar que con arreglo á derecho procedía el recibimiento á prueba, que solicitó oportunamente; si procedía, y le fué denegado, como esto habrá producido su indefensión, debe anularse la sentencia definitiva, y reponerse el proceso al estado que tenía cuando se desestimó aquella solicitud, para que se subsane el defecto; pero, si con arreglo á derecho no procedía el recibimiento á prueba, se desestimará el recurso. Al Tribunal Supremo corresponde hacer esta calificación. Acerca de los casos, en que procede el recibimiento á prueba, véanse los arts. 257 y 869, y sus comentarios (2.)

5ª. "Falta de citación para alguna diligencia de prueba, que haya podido producir indefensión."—A primera vista se comprende que estas últimas palabras se refieren á la falta de citación, y no á la diligencia de prueba. Raro será el caso en que no pueda producir indefensión la falta de citación para una diligencia de prueba: al Tribunal Supremo corresponde hacer la calificación de esta circunstancia, sin otra guía que su buen criterio, para determinar el recurso. Téngase presente lo que ordena el art. 278; y como, según él, no debe practicarse la citación previa para la confesión, ni para el reconocimiento de libros y papeles, la falta de dicha diligencia en estos casos no puede servir de fundamento al recurso. Cuando la citación no se haya practicado con un día de antelación, al menos, como previene el mismo artículo, si por este motivo la parte citada no pudo asistir á la diligencia de prueba, y quedó indefensa, creemos comprendido el caso en la causa 5ª de que tratamos.

6ª. "Denegación de cualquier diligencia de prueba, admisible según las leyes, y cuya falta haya podido producir indefensión."—Dos circunstancias son necesarias para que proceda el recurso de casación por esta causa: 1ª, que la diligencia de prueba denegada, sea admisible según las leyes; y 2ª, que su falta haya podido producir indefensión. Si, por ejemplo, se articulase prueba de testigos sobre hechos probados ya por confesión judicial, ó si en segunda instancia se propusiera pruebas sobre hechos que ya eran conocidos de la parte cuando se practicó la de primera instancia, por la denegación de estas pruebas no podrá intentarse el recurso, porque no son admisibles, con

(1.) Así lo tiene declarado también el Tribunal Supremo de Justicia por sentencia publicada en 22 de Octubre de 1857.

(2.) Pueden consultarse también las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 12 de Junio, 14 y 23 de Diciembre de 1858, y 9 de Mayo de 1859, sobre recursos de casación, fundados en esta causa.

arreglo á los arts. 310 y 869 de la Ley. Lo mismo sucederá si las pruebas eran impertinentes ó inútiles, pues en tal caso no pueden producir indefensión, y á mayor abundamiento están obligados los jueces á repelerlas de oficio, como previene el artículo 274 (véase con su comentario).

Las diligencias de prueba, á que se refieren esta causa y la anterior, deben ser de aquellas, que tienen derecho á proponer los litigantes, tanto dentro de la dilación probatoria, como fuera de ella; pero de ningún modo pueden referirse á las que pueden decretar los tribunales para mejor proveer, con arreglo al art. 48, como con razón lo ha declarado el Tribunal Supremo de Justicia (1.)

7ª. "Incompetencia de jurisdicción, en los casos en que no haya sido el Tribunal Supremo quien hubiere resuelto este punto."—El Juez que es incompetente no tiene poder para juzgar, y es nulo por tanto lo que ante él se haya actuado. Esta causa de casación está también en armonía, con lo dispuesto por el art. 111. Según éste, contra las decisiones del Tribunal Supremo, en contiendas de competencia, no se dá recurso alguno; y contra las de las Audiencias no se dá otro que el de casación, en su caso y lugar. Significando el mismo principio se ordena ahora, que el recurso de casación puede fundarse en la incompetencia de jurisdicción; pero solo "en los casos en que no haya sido el Tribunal Supremo quien hubiere resuelto este punto;" de modo que únicamente se concede el recurso por dicha causa, cuando es un Tribunal superior el que ha decidido la competencia. En el comentario de dicho artículo indicamos ya la razón, que es bien obvia, de esta diferencia, la cual es conveniente y arreglada á los buenos principios.

De la combinación y exámen de dichas dos disposiciones hay motivos para dudar, si el recurso por incompetencia de jurisdicción procederá solamente cuando se haya decidido este punto por medio de la *inhibitoria*, ó en contienda de competencia, entre los dos jueces que se disputan la jurisdicción; ó si procederá también cuando la cuestión se haya propuesto y decidido por medio de la *escepcion declinatoria*. Tenemos por indudable que procede en uno y otro caso; pero con una diferencia muy notable, en cuanto al tiempo, en que haya de interponerse, según la jurisprudencia que se deduce de las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia.

Cuando se haga uso de la *declinatoria*, si se desestima esta escepcion, declarando competente al Juez, contra quienes se dedujo, no podrá interponerse el recurso de casación, por la causa de que tratamos, hasta que recaiga ejecutoria sobre la cuestión principal, en razón á que la sentencia que decide en tal caso la *declinatoria* ó el artículo de incompetencia, no reúne las condiciones del artículo 1011 para que se tenga por definitiva, pues ni pone término al juicio, ni hace imposible su continuación (2.)

Mas cuando se promueve la contienda de competencia por medio de la *inhibitoria*, como la decisión de la Audiencia, en su caso, pone término á esta contienda, única que se debate entre los jueces, que se creen con derecho para conocer del negocio, procede desde luego la interposición del recurso contra aquel fallo, por reunir las condiciones de dicho art. 1011, y así se practica (3). Lo mismo habrá de entenderse en el caso en que, accediendo el Juez á la *declinatoria*, se inhiba del conocimiento del pleito, y la Audiencia confirme este fallo, pues con él se hace imposible la continuación del juicio en el juzgado donde se interpuso la demanda (4).

1. Sentencia de 31 de Marzo de 1859. Véase también la de 14 de Diciembre de 1858.

2. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 21 de Mayo de 1858.

3. Véase las sentencias de dicho Tribunal Supremo, en recursos de casación, de 25 de Enero y 23 de Diciembre de 1858, y 29 de Enero de 1859.

4. Esta doctrina se deduce del caso comprendido en la sentencia de la Sala segunda del propio Tribunal, de 28 de Febrero de 1859.

Indicaremos, por último, que no procede el recurso por incompetencia de jurisdicción sino cuando se ha promovido oportunamente la cuestión de competencia por medio de la inhibitoria ó de la declinatoria, y se han hecho, en este último caso, en primera y segunda instancia, las reclamaciones que previene el art. 1019. De otro modo se considerarán sometidas las partes al Juez, que haya tomado conocimiento del negocio, y no podrán objetarle la incompetencia; ni procederá la admisión del recurso, según lo que previene el art. 1025.

8.º "Haber concurrido á dictar sentencia uno ó mas Jueces, cuya recusación, intentada en tiempo y forma, se hubiere denegado siendo procedente."—Las diez causas de recusación, que reconoce el art. 121, se fundan en la presunción de parcialidad del Juez ó Magistrado; y como esta falta de imparcialidad puede influir poderosamente en el resultado del pleito, justo es que, cuando se hubiere denegado injustamente la recusación, siendo procedente, se case la sentencia, y se reponga el proceso, para que se falle de nuevo por magistrados sin la tacha de parciales. Mas, para que el recurso pueda fundarse en esta causa es necesario que la recusación se haya intentado *en tiempo y forma*, respecto de lo cual se tendrá presente lo que disponen los arts. 121 á 125 inclusive; y que hayan concurrido á dictar sentencia el Juez ó Jueces recusados.

La sentencia á que se refiere la disposición que comentamos, lo mismo que la de la causa 9.º; es sin duda alguna la de la segunda instancia, esto es, la dictada por el Tribunal superior; y la recusación por tanto debe haber sido de los Magistrados del propio Tribunal, que la hayan dictado. Además de evidenciarlo así las mismas palabras de dicha disposición, no puede quedar duda, si se atiende á que, según el art. 1010, y según la doctrina, solo contra estas sentencias se dá el recurso de casación, y nunca contra las dictadas por los jueces inferiores. De consiguiente, el haberse dictado la sentencia de primera instancia por un Juez, cuya recusación hubiere sido denegada, siendo procedente, no puede servir en ningún caso de fundamento para la casación.

El Tribunal Supremo, para decidir los recursos fundados en esta causa, tendrá necesidad de examinar los hechos, y calificar las pruebas en lo relativo á la recusación; y si la estima procedente según lo alegado y probado, casará la sentencia, devolviendo los autos al Tribunal de que procedan, como previene el art. 1061, no para que se repongan al estado que tenían cuando se intentó la recusación, sino para que se dicte de nuevo sentencia por Magistrados sin tacha. La falta que ha dado motivo á la casación, consiste en tales casos en haber concurrido á dictar la sentencia el Juez ó Jueces recusados, como lo dice la causa 8.º de que tratamos, y á este estado por tanto debe repetirse el procedimiento. Es verdad que la infracción de ley se ha cometido en la providencia denegatoria de recusación, pero en el fallo ejecutorio del pleito es donde puede causarse el principal perjuicio á la parte, y por eso se habrá creído suficiente el limitar á solo dicho fallo la nulidad del procedimiento.

Mas la aplicación estricta y literal de la Ley en este sentido ofrece un grave inconveniente. Según los arts. 135 y 136, cuando se deniegue la recusación, ha de condenarse siempre en costas al que la hubiere intentado, y además en una multa de 400 á 2,000 reales. ¿Y no es un contrasentido, que se case la sentencia, declarando procedente la recusación, y contraria por tanto á la ley la providencia en que fué desestimada, y que al propio tiempo queden subsistentes las condenas impruevas por esa misma providencia á la parte, cuya justicia viene á ser reconocida y declarada por el Tribunal Supremo? No puede haber sido la intención del legislador el sancionar tan notoria injusticia, y sin embargo no vemos medio de salvarla, á no ser que el Tribunal Supremo, en uso de su alta misión de interpretar rectamente la ley, al casar la sentencia por la causa de que tratamos, mande que se repongan los autos al estado que tenían cuando se denegó injustamente la recusación, á fin de que quede sin efecto en todas sus partes esta

providencia. Por fortuna será raro el caso de casación por esta causa, pues apenas se encontrará un Magistrado que no se abstenga de conocer luego que se ponga en duda su imparcialidad. Quizá por esto, en ninguna de las disposiciones anteriores á la presente Ley se ha establecido tal causa de casación, ni hasta el día se ha intentado recurso alguno fundado en ella.

Debemos manifestar que, en nuestro concepto, carece de todo fundamento la opinión de los que creen que en esta causa de casación debe comprenderse el caso, en que concurra á dictar sentencia un Magistrado inhábil, como el suspenso, ó aquel cuya recusación haya sido estimada: ó el que no sea Juez en realidad. Además de que la casación no puede admitirse por otras causas que las establecidas taxativamente en la Ley, el caso supuesto ninguna analogía tiene con el de que tratamos. Si concurre á dictar sentencia un Magistrado, inhábil para conocer de aquel negocio, podrá objetársele la incompetencia de jurisdicción, de que se trata en la causa 7.º; y si en realidad no era Juez, su voto será nulo por no tener facultad para juzgar, y podrá acaso hacerse aplicación de la causa 9.º; pero nunca de la 8.º

9.º "Haberse dictado la sentencia por menor número de Jueces del señalado por la ley."—Esta causa de casación se refiere, lo mismo que la precedente, y por las razones que hemos espuesto al comentarla, á las sentencias dictadas por los Tribunales superiores. Como garantía del acierto en el fallo, la ley ha determinado el número de Ministros y de votos, que son necesarios para que haya sentencia; y como puede suceder que se infrinja la ley en esta parte, para remediar tal infracción se permite el recurso por esta causa, á fin de que, declarando sin efecto una sentencia, que no debe tenerlo, por no reunir las condiciones legales, se reponga el proceso, para solo el efecto de dictarla de nuevo en la forma correspondiente.

Según ya insinuamos al comentar el art. 53, la Ley de Enjuiciamiento no ha determinado *a priori* el número de Jueces, que son necesarios para dictar sentencia: se ha acomodado á la organización actual de nuestros tribunales, según la cual, las Salas de las Audiencias se componen de tres á cinco Ministros. Partiendo de este supuesto, ha dicho el art. 53, que "para que haya sentencia se necesitan tres votos conformes, cuando los Ministros, que hayan concurrido á la vista del pleito, no pasen de cuatro, y si escedieren de este número, los de la mayoría absoluta de ellos:" de lo cual se deduce que por lo menos son necesarios tres ministros para dictar sentencia, como también lo previene el art. 37 de las ordenanzas de las Audiencias, con referencia al 74 del Reglamento provisional. Lo propio dá á entender el art. 1083 de la presente Ley. Luego cuando hayan concurrido á dictar sentencia menos de tres Ministros, procederá el recurso de casación por esta causa.

También procederá cuando, en el caso de discordia, no hayan concurrido á dirimir la el número de Ministros, que señala el art. 55, esto es, dos, si hubiese sido impar el número de los discordantes, y tres en el caso de haber sido par. Mas no procederá el recurso, en nuestro concepto, por infracción del art. 56, ó sea porque los dirimientes no hayan sido el Regente y Ministros que designa dicho artículo, en razón á que la causa de casación, que estamos examinando, no habla de la categoría ó calidad de los Jueces; sino de su número. Podrá, sin embargo, servir de fundamento esta falta para intentar el recurso por incompetencia de jurisdicción, que es la causa 7.º, cuando se haya reclamado oportunamente contra el nombramiento ó designación de dirimientes, hecho con infracción de dicho artículo.

Indicaremos, por último, que como lo que forma la sentencia no es el número de jueces, sino el de votos, parecía lo natural se hubiese ordenado, que procediera el recurso cuando hubiese sido dictada por menor número de votos del señalado por la ley; y no por menor número de jueces; como dice la causa 9.º. Puede muy bien suceder que concurra el

número de Jueces necesario, y que no haya sentencia por no haberse reunido el número de votos que exige la ley. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los votos son reservados, debiendo todos los Ministros suscribir la sentencia, aunque no sea conforme con el suyo (art. 59): y por esta razón no habrá creído conveniente establecer, como fundamento del recurso, el número de votos, sino el de Jueces.

Quedan esplicadas las nueve causas, únicas en que puede fundarse el recurso de casación *en la forma*. El art. 1013 las ha determinado taxativamente, y fuera de ellas no puede, por tanto, admitirse el recurso (1): la Ley no ha creído conveniente, y con razón, el dar igual importancia á las demás reglas del procedimiento. El Real decreto de 4 de Noviembre de 1838 permitía también este recurso por no haberse notificado el auto de prueba, ó la sentencia definitiva, en tiempo y forma, la nueva Ley se habrá fundado, para no admitir esta causa, en que ninguna providencia puede causar estado, ni irrogar perjuicio á cualquiera de los litigantes, hasta después de haberle sido notificada en debida forma.

Concluiremos manifestando que, aunque el recurso de casación *en la forma* está limitado á las nueve causas del art. 1013, no puede de aquí deducirse que en ningún otro caso procede el recurso por infracción de la Ley de Enjuiciamiento civil. Es necesario tener presente que de las disposiciones de esta Ley, unas son meramente formulas del juicio, y otras determinantes del derecho de las partes. No procede el recurso por infracción de aquellas, sino en los nueve casos antedichos; mas cuando en el fondo, ó en la parte dispositiva de la sentencia, se infringe alguna de estas, entonces el caso está comprendido en el art. 1012, y procede el recurso por infracción de ley en el fondo. Esta es también la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, como se deduce de las sentencias de 20 de Octubre de 1858, 27 de Junio de 1859, y otras.

Téngase en fin presente, que no son admisibles los recursos de casación *en la forma*, si no se hubiere reclamado oportunamente la subsanación de la falta, en el tiempo y forma que previenen los arts. 1019 y 1020: véanse con su comentario.

#### ARTICULO 1014.

*En los pleitos posesorios, en los ejecutivos y en todos los demás después de los cuales puede seguirse otro juicio sobre lo mismo que haya sido objeto de ellos, no se dá recurso de casación, fundado en ser las sentencias contrarias á la ley ó doctrina legal. Pero si proceden los que se funden en cualquiera de las causas espresadas en el art. 1013.*

*Ni una ni otra clase de recursos proceden en los juicios verbales, ni en los de menor cuantía.*

Por este artículo se prohíbe absolutamente el recurso de casación *en el fondo* ó sea por infracción de ley ó de doctrina legal, "en los pleitos posesorios, en los ejecutivos, y en todos los demás después de los cuales puede seguirse otro juicio sobre lo mismo que haya sido objeto de ellos." La circunstancia de ser sumarios todos estos juicios, no causando por tanto estado los fallos que en ellos se dictan, y la consideración de que la injusticia ó agravio inferido pueden enmendarse en el juicio ordinario, al que queda abierta la puerta, justifican la relajación del principio que rige en esta materia, según el cual, donde existe una ley infringida, ó mal interpretada en una ejecutoria, allí debe concederse el recurso de casación.

1. Véase, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 28 de Junio de 1858.

Para apreciar si el caso está comprendido en las escepciones de que tratamos, pues escepciones son de la regla general establecida en el art. 1010, es necesario atender á si después de aquel juicio puede seguirse ó no otro entre los mismos litigantes, y sobre lo mismo que haya sido objeto de él: si puede seguirse, como sucede en el juicio ejecutivo, en los interdictos, en el de alimentos provisionales, en los deslindes y amojonamientos, y en otros muchos actos de jurisdicción voluntaria, no procede el recurso; y si es procedente, cuando no puede seguirse otro juicio sobre lo mismo, y no queda por tanto á los litigantes otro recurso, que el de casación, para invalidar ó anular la ejecutoria dictada contra ley ó contra doctrina legal.

Al hacer espresion el artículo que comentamos, de *pleitos posesorios*, se refiere, en nuestro concepto, única y exclusivamente á los *interdictos*. Por regla general no procede, con arreglo á la nueva Ley, el juicio plenario de posesión (1), y si se entablara en algún caso extraordinario, por no tener derecho el actor para demandar la propiedad de la cosa, creemos que contra la ejecutoria que se dictase en este juicio, podría darse el recurso de casación en el fondo, en razón á que entre aquellos interesados no podría seguirse otro juicio sobre lo mismo que había sido objeto del fenecido. Por esta razón procede contra las definitivas dictadas en las *tercerías*, que se deducen en los juicios ejecutivos.

Pero la infracción de las formas de un juicio no puede tener enmienda en otro juicio, y por esto se permite en todo caso y en toda clase de juicios, á escepcion de los verbales y de menor cuantía, el recurso cuando se funde en cualquiera de las causas espresadas en el art. 1013.

Ni una ni otra clase de recursos, es decir, ni los que se fundan en infracción de ley *en el fondo*, ni los que versan sobre *la forma*, proceden en los juicios verbales, ni en los de menor cuantía. Esta esclusión absoluta, contraria también al principio, no puede tener otra razón y fundamento que el que hemos indicado en la introducción de este título: la poca entidad del negocio. Véase lo que allí hemos dicho sobre esto.

Estas son las escepciones, que por el artículo que comentamos se establecen á la regla general, consignada en el 1010, de que el recurso de casación se dá contra todas las sentencias ejecutorias de los Tribunales superiores, dictadas con infracción de ley en el fondo, ó en la forma. Pero además de estas escepciones existen las que hemos indicado en el comentario de dicho artículo.

#### ARTICULO 1015.

*Corresponde conocer de estos recursos al Tribunal Supremo de Justicia, y se distribuirán de esta manera:*

*La Sala primera conocerá de los que se funden en que la sentencia sea contra ley, ó contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales.*

*La Sala segunda, de los que se funden en alguna de las causas espresadas en el art. 1013.*

#### ARTICULO 1016.

*Si el recurso se hubiere interpuesto por ser el fallo contra ley ó doctrina legal, y á la vez por cualquiera de las causas consignadas en el art. 1013, conocerá primero de él la Sala segunda, limitándose al punto de su competencia.*

1 Véanse sobre esto los arts. 701, 719 y 733, y lo que hemos dicho en sus comentarios y en la introducción del tit. 14 de esta 1ª parte de la Ley.