

ta, la denegacion de la audiencia, á raiz de las reclamaciones que apareciesen en el momento fundadas en títulos legítimos que acompañasen á la demanda.

Art. 237. Solo son admisibles como excepciones dilatorias:

- 1.^a La incompetencia de jurisdiccion.
- 2.^a La falta de personalidad en el demandante ó en su Procurador.
- 3.^a La litispendencia en otro Juzgado ó Tribunal competente.
- 4.^a Defecto legal en el modo de proponer la demanda.

Art. 238. Si el demandante fuese extranjero, será tambien excepcion dilatoria la del arraigo del juicio, en los casos y en la forma que en la Nacion á que pertenezca se exigiere á los españoles.

Propónense los artículos preinsertos enumerar las excepciones dilatorias que pueden alegarse en juicio, y tienen que ser admitidas necesariamente por los jueces ante quienes se hayan entablado las demandas. El primero de aquellos señala cuatro que pueden denominarse ordinarias ó comunes, porque son aplicables á todos los juicios sin distincion, cualquiera que sea la condicion del demandante; y el segundo reconoce otra mas, que denominaremos especial, porque ni puede proponerse, ni debe admitirse, sino cuando el actor sea extranjero y concurren las demas condiciones de que despues nos haremos cargo.

En las *Observaciones á la Seccion tercera* manifestamos ya la opinion, de que tal vez la *Ley de enjuiciamiento* no hubiese prefijado todas las excepciones dilatorias que, por identidad de razon con las enumeradas, deben admitirse; y para fundar esta opinion y demostrarla mas adelante, conveniente será indicar por ahora la base capital en que se apoya la Ley para reconocer las espresadas en el art. 237, y la tendencia de la misma al prescribir que sean admitidas en juicio.

Peró antes de realizar este propósito queremos llamar la atencion de nuestros lectores hácia una circunstancia que no debe pasar desapercibida; porque puede ser de gran influencia en los juicios, é interpretada con estension acaso no se encuentre razon para justificarla.

La incompetencia de jurisdiccion, y la falta de personalidad en el demandante ó en el procurador son excepciones, que

pueden alegarse como dilatorias dentro del término que señala el art. 239, para que préviamente se decidan; que pueden tambien proponer se segun el mismo artículo al contestar á la demanda, para que sobre ellas se falle en definitiva; y esas mismas excepciones son causas tambien que legitiman el recurso de Casacion, visto lo que ordena el art. 1013. Pues bien, buscando la razon en que puede haberse fundado la *Ley de enjuiciamiento* para reconocer una misma cosa como excepcion dilatoria y como causa de recurso de Casacion, no acertamos en verdad á encontrarla, y lo que es mas, tocamos con gravísimos inconvenientes, que nos hacen temer por las graves consecuencias que pueden producir, si es que no se interpreta el art. 1013 de un modo tan restrictivo, que apenas pueda nunca tener lugar aquel recurso.

Tratándose en el art. 3.^o de la sumision, se prescribe que no pueda tener efecto sino á favor de juez que ejerza jurisdiccion ordinaria; lo que equivale á decir, que la contestacion á la demanda produce por regla general sumision á jurisdiccion que fuere competente; de manera que solo cuando se conteste ante juez privilegiado ó especial, será cuando continúe la competencia despues de aquella contestacion, y cuando por lo mismo podrá tener efecto el recurso que reconoce el art. 1013. Ahora bien, si fué potestativo en el demandado alegar la excepcion, y no la propuso, si estuvo en su mano evitar la viciosidad del juicio y no lo hizo, ¿por qué razon ha de autorizarse la Casacion á favor de aquel mismo que voluntariamente consintió el defecto jurisdiccional? O la causa de Casacion por incompetencia se limita al caso en que el litigante ignora que el juez no es competente, ó de lo contrario no reconocemos razon que pueda justificarla.

Sentimos discordar de los autores de la *Ley de enjuiciamiento* en materia tan grave, y nos duele mucho tener que manifestarlo, por las razones especiales que en nosotros concurren; pero debemos hacerlo así, porque recelamos que la facultad de entablar recursos de Casacion por causa de incompetencia, lo mismo que por defecto de personalidad, pueda ser una arma protectora de la male fé, un recurso que utilice la perfidia para burlarse de la accion justa del legítimo acreedor. Acontecerá, pues, fácilmente, que demandado ante el juez privilegiado un deudor, que realmente no goce de ese fuero, deje de proponer la declinato-

ria, porque le sea conveniente continuar un procedimiento á ciencia suya nulo; para alegar á su tiempo el vicio radical de incompetencia que le afecta, y no remediándole á virtud de su reclamacion, entablar mas tarde el recurso de Casacion. En ese caso, aunque aparece de una manera ostensible la mala fé, supuesto que la causa del recurso es legitima é ignorada por el demandante, tendrá el tribunal por necesidad que dictar providencia favorable al litigante malicioso, lo cual, á no dudar, producirá mal efecto en la opinion pública.

Eso mismo acontecerá cuando quiera que uno de los litigantes, y especialmente el demandado, pretenda entretener el tiempo en un juicio vicioso é ilusorio para satisfacer necesidades de momento, ó ponerse á cubierto por algun tiempo de los efectos de una sentencia condenatoria; porque en tal caso, aunque note un defecto sustancial en el poder presentado para legitimar la personalidad de un procurador, guardará silencio, contestará la demanda, continuará las actuaciones hasta el estado en que le convenga para cumplir con el *art. 1019*, y si fuese desestimada su reclamacion, para proponer el recurso de Casacion.

Hemos consignado las precedentes indicaciones, sin que por eso manifestemos definitivamente que nuestra opinion sea, la de que cuando quiera que se reclame contra el procedimiento por defectos de incompetencia ó de personalidad, baste para que despues sea lícito interponer el recurso de Casacion; hemos querido hacer ver, que aquello que es materia de escepciones dilatorias, no debiera reconocerse como causa suficiente para el recurso de Casacion; porque ó muy poco se concede, si se pone como condicion la de reclamar cuando se note el defecto; ó se autoriza lo que no debe autorizarse, si aquel recurso se permite, cualquiera que sea la época en que se manifieste y se pida la reposicion del vicio.

Volviendo ya al objeto principal de este *Comentario*, cúmplenos manifestar, que solo pueden ser materia de escepcion dilatoria, y deberán serlo, todos aquellos vicios sustanciales que puedan inducir nulidad de las actuaciones; y como para que el juicio sea válido, es preciso que concurren la circunstancia de habilidad ó aptitud legal en las personas que en él intervienen, y en las formas que como solemnidades exigen las leyes, siguese de aquí

que cualquier defecto que se notare en aquella ó en estas, tiene que ser necesariamente causa suficiente para interponer escepcion dilatoria. Partiendo de este supuesto, nos ocuparemos en primer término de las que hacen relacion á la persona del juez, y se hallan espresamente reconocidas en la *Ley de enjuiciamiento*, para averiguar despues si existen otras, y si pueden ó no alegarse válidamente.

La incompetencia de jurisdiccion. La primera y la única escepcion dilatoria que reconoce el *art. 237* por defecto en la persona del juez ante quien se formalizó la demanda, es la incompetencia de jurisdiccion concreta; es decir, de la necesaria para conocer de un asunto dado, del que proceda el juicio que comenzó por la demanda. Indudable es que á ninguno se puede compeler á que comparezca, y conteste ante un juez que no sea el competente; porque hubiera de arrancársele de su fuero para someterle á autoridad ajená contra los principios fundamentales de la sociedad, que con justa causa consideraron el fuero personal como una de las principales garantías individuales. Pero la incompetencia puede dividirse en dos especies para los efectos legales; la una radical ó esencial, y la otra accidental.

Efectivamente, tal vez confundiendo las ideas, se denomina juez incompetente, lo mismo al que no tiene jurisdiccion para conocer de una materia dada, que al que, teniéndola, no se halla facultado para llamar á su tribunal á una persona determinada, contra la cual se entabla una demanda. Incompetente se dice que es el juez eclesiástico, por ejemplo, para conocer de los negocios civiles contra legos, á la manera que lo es el juez secular para intervenir en los asuntos espirituales; y lo es asimismo el juez de un partido judicial para conocer de una demanda personal entablada contra un deudor, domiciliado en distinta demarcacion.

Pues bien, en todos esos casos procede la escepcion dilatoria de incompetencia, con la diferencia que nace de la distinta calidad de jurisdiccion arriba mencionada; esto es, de que no alegada en el primer caso, no por eso se purgará el juicio del defecto sustancial que le afecta, porque la falta de proposicion de las escepciones no puede dar una jurisdiccion que no se tiene: pero en el segundo, como que es puramente potestativo el derecho de

escepcionar, cuando el demandado no le ejercite, queda limpio el juicio de toda viciosa y el procedimiento será válido y eficaz por causa de la sumision.

Pero no solo se exige en el juez el requisito de la competencia; es necesario que además se halle adornado con otras cualidades, ó que no le afecten otras condiciones negativas, para que pueda conocer de un asunto dado. No basta que el juez tenga jurisdiccion, ni que sea esta la competente para conocer del asunto de que se trate; es menester que no sea sospechoso por alguna de aquellas causas que la ley reconoce como suficientes para privar de la intervencion en un procedimiento; y supuesto que á la parte se la concede facultad para oponerse á la intervencion del juez sospechoso, se preguntará con razon: ¿será admisible como escepcion dilatoria la recusacion? La *Ley de enjuiciamiento* no se limita en el *art. 237* á referir ciertas escepciones dilatorias, sino que dice mucho más; sienta una regla prohibitiva, declarando *que solo son admisibles* las que el mismo artículo enumera: y como entre esas no se cuenta la recusacion, parece una consecuencia lógica la contestacion negativa de aquella pregunta. Sin embargo, es preciso no perder de vista que la misma *Ley* en el *tít. 3.º* trata de las recusaciones de los jueces, y que los efectos espresos que aquella les concede, son puramente dilatorios; porque admitida que sea la recusacion, no por eso termina el juicio ni se desestima la demanda, sino que, asimilándose en sus resultados á la incompetencia, cambia de juez, pero el pleito continúa: luego en la realidad la recusacion es una escepcion puramente dilatoria.

Todavía puede alegarse una razon más, y muy poderosa para corroborar la teoria sentada en el párrafo anterior. Las escepciones dilatorias deben proponerse al principio del pleito antes de contestar á la demanda, pero pueden alegarse después, si bien no producirán el efecto suspensivo. Pues bien, la recusacion solo puede utilizarse en el primer escrito, salvo cuando no existiese entonces su causa, ó de ella tuviese noticia posterior el litigante: de manera que en la recusacion concurren las mismas condiciones que en las escepciones dilatorias, y cierta afinidad con la incompetencia; y como aquello que se asemeja en su modo de ser, debe reputarse del mismo género, parece lógico de-

ducir, que la recusacion pertenece al de las escepciones de aquella clase.

La jurisprudencia reconocida hasta nuestros dias, fundada en las leyes y en las doctrinas sentadas por los espositores, confirma las ideas que dejamos espuestas. La recusacion podia proponerse antes de contestar á la demanda y suspendia el procedimiento; pero se distinguia, sin embargo, como se distingue hoy de las escepciones dilatorias, en algunos puntos capitales, que impiden que se la considere una verdadera escepcion, y por eso se la ha separado de estas, estableciendo una forma especial para sustanciarla. Efectivamente, la recusacion propuesta antes de contestar la demanda impide el ingreso en el juicio hasta tanto que se resuelva, toda vez que sea referente al juez; mas cuando se propone después de contestada la demanda en cualquier estado del juicio, produce el mismo efecto de suspender el curso de las actuaciones, circunstancia esencialísima que la distingue de las escepciones dilatorias; porque si estas se alegasen al contestar, se prosigue en la sustanciacion del juicio hasta que recaiga sentencia definitiva que las decida. Esa diferencia esencial en los efectos de la recusacion y de las escepciones dilatorias es de tanta importancia, que sola ella basta para que no pueda reputarse comprendida entre aquellas.

Deberíamos á continuacion enumerar las clases de fueros que en el dia existen, para que fuesen conocidas las escepciones que por razon de incompetencia pueden alegarse; pero mediante á que una de las *Bases de la ley orgánica de tribunales*, que en breve será objeto de discusion en el Congreso, producirá grandes reformas y variaciones en materia de fueros, hemos creido conveniente esperar á ocasion más oportuna para tratar de aquella, evitando de este modo ocupar el tiempo y algunas páginas en la esposicion de doctrinas que tal vez rijan por muy poco tiempo. En todo caso, en un apéndice á los *Comentarios* espon-dremos todo lo concerniente á las reformas que acaso sufra la *Ley de enjuiciamiento*.

La falta de personalidad en el demandante ó en el procurador. La segunda clase de escepciones dilatorias que las leyes de todos los tiempos reconocieron, procede de las condiciones que las mismas exigen en el demandante, ó en la persona que le re-

presente en juicio. Ya al tratar del *art. 222, pág. 11*, emitimos algunas ideas relativas á la personalidad del actor, supuesto que en él se habla de la declaracion que puede pedirse al demandante; de manera que en este momento será muy poco lo que tengamos que añadir para explicar la escepcion de que trata el *art. 237*.

Debemos, sin embargo, advertir que no puede ser una misma la regla que haya de seguirse para declarar ó no admisibles las preguntas que consiente el *art. 222*, y la que ha de servir para conceder el ejercicio de las escepciones que se deriven de la personalidad; porque respecto á lo primero tiene que ser mas prudente y cauta la ley, á fin de evitar que por el medio insidioso tal vez de preguntas anticipadas, el actor facilite armas á su adversario para ofenderle. Pero cuando se trata de las escepciones, como el que las propone se compromete á probarlas, no son tan graves los inconvenientes que produjera la elasticidad de la ley, sin que por eso haya de entenderse que creamos que los jueces deben ser demasiado tolerantes en esta materia.

Conocidas por todos las escepciones dilatorias relativas á la persona del actor que se presenta en juicio como representante de un tercero, á virtud de cierta consideracion legal que le autoriza para demandar, como acontece, por ejemplo, con el curador que pide á nombre de su menor, con el marido que demanda lo que á su mujer corresponde, no debe ya ser dudoso el saber cuándo y por qué causas puede escepcionarse contra aquellos por falta de personalidad, supuesto que es notorio lo que en cada uno de ellos se requiere para poder ejercitar en juicio las acciones que á sus representados correspondan. Las escepciones alegables se fundarán unas veces en causas afirmativas y otras en negativas; acontecerá lo primero, siempre que al curador ó al marido se les niegue esa cualidad, porque no gocen el concepto de tales; y sucederá lo segundo, toda vez que se crea que no se hallan en posesion legal de la representacion que les autoriza para utilizar en juicio los derechos que asistan á los menores ó á sus mujeres; como si se escepcionase que el menor habia cumplido ya la edad y pasado á la mayoría, ó que los cónyuges se hallaban divorciados por sentencia ejecutoriada, ó que se habia privado al marido de la administracion de los bienes pertenecientes á la sociedad conyugal.

Los autores prácticos enumeraron varias escepciones dilatorias procedentes de la persona demandante, como la de asistir al juicio y pagar juzgado y sentenciado; la de no ofender; la fianza de indemnidad, y otras de que sucesivamente se hicieron cargo. La importancia de estas escepciones en el resultado definitivo de los juicios, ó mas bien la de que las sentencias no queden ilusorias por falta de responsabilidad, nos obliga á investigar si entre las dilatorias que proceden de la personalidad del demandante, se encuentran tambien las de que se ha hecho mérito, y que fueron reconocidas por las leyes de nuestros Códigos.

La palabra personalidad usada por el *art. 237*, y lo dispuesto en el *238* con respecto á los demandantes extranjeros, nos inclinan á creer que la *Ley de enjuiciamiento* ha derogado en esta parte la jurisprudencia establecida por las leyes de D. Alfonso, semejante á la de los romanos. Efectivamente, la falta de personalidad no puede confundirse de modo alguno con la responsabilidad, que es la que realmente se asegura por medio de las fianzas; y puesto que de personalidad trata el *art. 237* al prefijar la segunda escepcion dilatoria, no deberá entenderse otra cosa, á menos de reconocer cierta impropiedad en el uso de las palabras, que no es de creer en los autores de la *Ley de enjuiciamiento*.

La litispendencia en otro juzgado ó tribunal competente. La tercera escepcion dilatoria de que vamos á ocuparnos, exige un exámen detenido y esplicaciones mas estensas que las que contiene el *Comentario á los arts. 157 y 158, pág. 198 y siguientes, tom. 1.º*; porque de propósito en aquel lugar consignamos tan solo algunos pensamientos, relativos á la diferencia capital que existe entre las escepciones que los jurisconsultos denominaron *continen- cia de la causa, litispendencia y cosa juzgada*, supuesto que considerábamos que era mas oportuno esplanar las ideas que profesamos al tratar de las escepciones en general. Y decimos que exige tratarse con detenimiento de la escepcion de litispendencia, hoy mucho mas, despues de que la *Ley de enjuiciamiento* ha destinado un *título* especial para enumerar las causas de acumulacion de autos ó procesos, y fijar el órden de la sustanciacion que ha de observarse, luego que alguna de las partes haya pedido que aquella se decreta.

Efectivamente, nuestros lectores no podrán menos de pre-

guntarse á sí mismos, si las causas de acumulacion de procesos producen ó no escepciones dilatorias; y caso afirmativo, si propuestas habrán de sustanciarse conforme á las prescripciones del *tit. 4.º, Parte 1.ª de la Ley de enjuiciamiento*, ó con arreglo á lo que disponen los *arts. 241 y siguientes, tit. 7.º, Seccion 3.ª*; porque el hecho de tratar de la acumulacion por separado, obliga por lo menos á recelar que las causas que la producen, no constituyen escepcion dilatoria, supuesto que á no ser así, se enumerarian entre estas en la *Seccion 3.ª*, y se someterian á la sustanciacion par aquella sancionada. Antes, sin embargo, de emitir nuestras opiniones en contestacion á las preguntas que preceden, debemos describir las llamadas escepciones de litispendencia, continencia de la causa y cosa juzgada, para que mas fácilmente pueda entenderse la respuesta.

En el lugar correspondiente manifestamos ya la diferencia cardinal que existe entre la acumulacion de las acciones y la de los procesos, é indicamos tambien, que una razon de interés público y el de los particulares obligaron á los legisladores á sancionar algunas reglas determinantes de aquellas acumulaciones; pero al mismo tiempo tuvimos ocasion de lamentar el escaso número y la oscuridad de los preceptos de las leyes relativas á una materia tan interesante. Tambien en aquella ocasion dijimos que los espositores del derecho, si bien habian tratado de las acumulaciones con difusion, lejos de producir la claridad conveniente, confundieron diferentes escepciones, cuando pensaban ilustrarlas y esclarecerlas, envolviendo en la oscuridad aquello mismo que pretendian hacer para todos perceptible.

Tambien indicamos en las páginas anteriores, que si las leyes ordenaron la acumulacion de las acciones en ciertos casos, nunca obligaron á reunir las escepciones, ni vedaron que pudiesen utilizarse con separacion; asi como sostuvimos, que jamás prohibieron la union de esos medios de defensa, á la manera que habian vedado la formalizacion simultánea de ciertas acciones entre sí contradictorias.

Pues bien, si con relacion á las escepciones ninguna prohibicion existia en los dos sentidos indicados; si hoy tampoco existe respecto á la simultaneidad en su ejercicio, podremos sentar como principio, que la nueva *Ley de enjuiciamiento* ha

respetado y deja vigente la antigua jurisprudencia, que concedia la facultad de escepcionar por causa de la falta de cumplimiento de las reglas que determinaban la obligacion de acumular las acciones, ó prohibian su reunion en una sola demanda. Porque forzoso es reconocer, que si aquella obligacion ó esta prohibicion no existiesen, no seria lícito al demandado escepcionar por tales causas, supuesto que no las reconocia el derecho constituido; ó lo que es lo mismo, que las escepciones dilatorias de que nos ocupamos, tienen su origen en las reglas de acumulacion relativas á las acciones.

Sentadas estas teorías, servirán de premisas á las siguientes consecuencias; primera, que cuando la ley prohiba la union de varias acciones, la escepcion consistirá en el extremo contrario; esto es, en no contestar á aquella que no deba entablarse unida con la otra; y por el contrario, cuando se formulen separadas demandas que han de reunirse, podrá escepcionarse pidiendo la reunion, y negándose á contestar hasta tanto que se acumulen y se junten los procesos. Supóngase, por ejemplo, que ante un juez competente por razon del fuero, á que dá ocasion el lugar del delito, se hubiese formalizado la acusacion, y que en el juzgado del domicilio se entablase despues otra demanda civil sobre la restitution de la cosa hurtada. En este caso, como que la ley prohibe que en uno ó en varios juzgados se entablen al mismo tiempo, ó sucesivamente como principales las acciones civil y criminal, es claro que el acusado y demandado podrán negarse á contestar á la demanda civil, fundándose en la prohibicion legal. Asimismo, si se entablasen bajo una sola demanda la accion sobre nulidad de un testamento, y otra sobre entrega de una parte de la herencia, el demandado escepcionará de incontestacion, apoyándose en el mismo principio.

Pero las escepciones que nacen de la causa contraria; aquellas que proceden de la litispendencia, se confunden fácilmente con las de continencia de la causa y de cosa juzgada, y por eso necesitamos describirlas para que sea conocida la estension de aquella, supuesto que se halla consignada en el *art. 237 de la Ley de enjuiciamiento*.

Tratando Justiniano de esta escepcion en el *tit. 13, lib. 4.º de las Instituciones*, decia, despues de hablar del juramento di-