

ferido, que cuando hubiese existido juicio entre demandante y demandado por accion real ó personal sobre la misma cosa, pudiera este ayudarse por la escepcion de cosa juzgada, porque una vez pronunciada sentencia, no era licito abrir de nuevo otro juicio. De modo que esa defensa es puramente perentoria, y no puede ya por esta causa, ya por razon de la que la motiva, confundirse con la escepcion de *litispendencia*, segun mas claramente se demostrará, no obstante la opinion de respetables escritores.

Segun unos, la *litispendencia* tiene lugar cuando litigando ante un juez sobre cosa cierta y determinada, se promueve despues nuevo juicio acerca del mismo objeto en el juzgado en que aquel pende ó en otro distinto; y la continencia de la causa ocurrirá, siempre que de seguir en la sustanciacion de la demanda nuevamente entablada, y otra que ya pendiese en uno mismo ó en distintos tribunales, tuvieran que separarse el conocimiento de un asunto y el de las partes conexas. Pero esos mismos prácticos consideran como escepcion distinta de la *litispendencia* y de la continencia de la causa, la que impide la continuacion separada del nuevo juicio, cuando la decision dictada en cualquiera de los autos pudiera servir de escepcion de cosa juzgada en los otros. La confusion con que suele describirse este último caso, exige una distincion aclaratoria para evitar la oscuridad siempre inconveniente. Cuando la decision definitiva hubiese ya recaído al formalizar la nueva demanda, entonces la escepcion seria la de cosa juzgada; pero si ambos procesos pendiesen á la vez, procedería la de *litispendencia*.

Otros autores de notoria celebridad, entre los cuales se encuentra Carleval, sostienen que las tres escepciones mencionadas deben reasumirse en una sola, que es la de continencia de la causa; y para justificar esa opinion se fundan, en que todos aquellos casos que las leyes y otros prácticos consideran como de *litispendencia*, en la realidad producirían la separacion de la materia litigiosa en distintos juicios. A primera vista parece razonable sostener, que cuando pendiente una demanda se entabla otra entre las mismas personas y sobre las mismas cosas, lo que en la realidad acontece es, que se divide la continencia de la causa, y que esta escepcion procede mas bien que la de *litispendencia*. Tam-

bien tiene algun fundamento esa opinion, supuesto que cuando la sentencia que haya de pronunciarse en un juicio puede servir de escepcion de cosa juzgada al otro, lo que realmente resulta es, que se separa el conocimiento de dos asuntos de tal manera conexos, que hacen uno solo en la esencia. Y por último, no carece á lo menos de razon aparente la opinion que sostiene, que el procedimiento separado de un pleito nuevamente promovido entre las mismas personas que antes litigaron, y que terminaron el juicio por sentencia ejecutoriada, divide la continencia de la causa.

Pero esas opiniones se fundan mas bien en la semejanza de los accidentes de aquellas escepciones, que en la de las partes esenciales que las constituyen y ostensiblemente las separan. Verdad es que la *litispendencia* y la continencia de la causa, lo mismo que la cosa juzgada, se parecen, en cuanto intervienen, en todos los asuntos á que se refieren, unas mismas personas, y á las veces una misma cosa y una misma accion. Y tan cierto es esto, que si no concurriese cuando menos la primera circunstancia, no hubiera términos hábiles para proponer legalmente ninguna de las tres escepciones. Mas como, aunque esa identidad se reputase esencial, no es la única que las caracteriza, concíbese desde luego que no es razon bastante para confundirlas en una sola escepcion, porque un solo punto de contacto no es suficiente motivo para la identificacion de las cosas.

Las opiniones y las doctrinas que dejamos espuestas nos conducen naturalmente al lugar en que necesitábamos colocarnos, para poder satisfacer las preguntas consignadas al principio de este *Comentario*: pero antes de hacerlo es indispensable describir con sus caracteres distintivos las tres escepciones mencionadas.

La cosa juzgada presupone la existencia de un fallo ejecutoriado, del cual nace una accion á favor del que triunfó en el litigio, y una escepcion en el de este y del vencido, para oponerse á que de nuevo vuelva á abrirse el mismo juicio. La *litispendencia* tiene lugar siempre que sean uno mismo el pleito promovido y el que por la nueva demanda se promueve, de tal modo que exista entre ellos identidad que imposibilite la continuacion; porque si el primero se hallase ya fallado, seria excep-

cion de cosa juzgada contra la accion que después se dedujera en juicio. Obsérvase, pues, que la litispendencia consiste esencialmente en la duplicidad de los juicios sobre una misma cosa; escepcion tanto mas necesaria, en cuanto de no concederla podia darse ocasion, á que sobre un mismo asunto recayesen sentencias contrarias, ademas de ocasionar gastos innecesarios, y embarazos, y complicaciones en los procedimientos. La escepcion de continencia de la causa supone conexion ó analogía entre los derechos que son objeto de la primera reclamacion y de las sucesivas, pero no son una misma cosa lo que es materia de la accion formalizada en el juicio ya pendiente, y lo que es del que en segundo término se intenta: de modo que se distingue de la litispendencia, en que los fallos respectivos á cada litigio no producen cosa juzgada en los otros.

Descritas ya las tres escepciones, de que venimos hablando, y comparados los arts. 157 y 237, se observará que en el primero se hace mencion de la materia que constituye la litispendencia, y que en el segundo se la llama por su nombre específico; que en el primer caso se la considera como causa legítima de acumulacion de autos; y en el segundo, como escepcion dilatoria que puede proponerse dentro del término de seis dias con el consiguiente efecto suspensivo. Asimismo, nótese tambien que el art. 158 trata de la escepcion, continencia de la causa, esponiendo los casos en los cuales puede alegarse para pedir la acumulacion de los procesos, y que en el art. 237 no se hace mencion de ella como de la litispendencia. Pues bien, estas observaciones nos obligan á preguntar, si la escepcion de litispendencia mencionada en el art. 237, es la misma de que habla el 157; de manera que aparezca que la *Ley de enjuiciamiento* ha hecho mérito de una misma cosa en dos ocasiones, y con objetos diversos y para fines diferentes.

Sin la menor vacilacion debe asegurarse que los dos casos primeros del art. 237, tratan de la litispendencia, aunque no la nombran, y que el número tercero del 237 se ocupa de la misma litispendencia como escepcion dilatoria. Pero si bien esto es exacto; si por algunos podrá creerse que la *Ley de enjuiciamiento* ha incurrido por esta causa en un grave defecto, padecerian sin duda una equivocacion, porque cosas que proceden de un

mismo origen, pueden sin embargo producir efectos diferentes. Lo que nosotros creemos con razon sobrada que para ello nos asiste es, que la litispendencia produce una escepcion dilatoria, que ordinariamente, pero no siempre, hace indispensable la acumulacion de los autos; pero que por su propia naturaleza, por la razon en que se funda, y por el fin á que se dirige, dá siempre derecho al demandado para escepcionar, y á que no se le obligue á contestar á una nueva demanda que podria ser ilusoria, porque la sentencia que recayese en la anterior, produjera cosa juzgada contra aquella, ó porque ambas demandas versasen sobre la misma cosa. Pues bien, consultando esa posibilidad, la *Ley de enjuiciamiento* ordena que el demandado pueda pedir la acumulacion de autos por causa de litispendencia, ó que se limite, si mejor le place, á proponerla como escepcion dilatoria sin solicitar al mismo tiempo la reunion de los procesos. En este caso la escepcion se dirige contra la accion, y en aquel mas bien que escepcionar, lo que el demandado hace es pedir la realizacion de un hecho.

Tambien puede acontecer que no sea realizable la acumulacion de los procesos, porque no lo consienta la naturaleza de las acciones por mas que entre ellas haya cierta afinidad, y en tal caso podrá el demandado escepcionar por mas que no le sea permitido pedir que se acumulen los procesos.

La esplicacion dada de los artículos 157 y 237, conforme seguramente con el espíritu predominante al redactarlos, resuelve ya la duda indicada al principio de este *Comentario*; porque fácilmente se concibe que, propuesta la litispendencia como escepcion dilatoria, deberá sustanciarse con sujecion á las reglas que fija el tit. 7.º de la *Seccion tercera*; pero que utilizada como accion para pedir la acumulacion, deberá sustanciarse el incidente con arreglo á lo dispuesto en los artículos 160 y siguientes.

Las precedentes observaciones nos conducen naturalmente á investigar, si lo dicho con respecto á la litispendencia debe entenderse estensivo á la continencia de la causa; porque como existe entre ellas tanta afinidad, que los autores de mejor nota han llegado á confundirlas, parece que lo que á la una es aplicable, debe serlo tambien á la otra. A pesar de esto, es preciso advertir que la ley no hace mérito de la continencia en el art. 237; lo

cual algo significa, porque no en vano se habrá mencionado la una, y guardado silencio respecto á la otra. Efectivamente, por mas que exista conexión entre la litispendencia y la continencia de la causa, no se identifican de tal modo que puedan medirse por una misma regla. La primera procede de la necesidad, la segunda es hija de la conveniencia; porque consentir que dos pleitos idénticos se sigan separados, pero al mismo tiempo en un juzgado ó en diversos, sería tan perjudicial al interés público como al particular, y tan dañoso al prestigio de los Tribunales, como que pudiera comprometerlos á incurrir en una contradicción, cuando menos aparente. Por el contrario, la continencia de la causa se funda en la utilidad de reunir aquello que es conexo ó análogo; pero los efectos de la separación no son tales, que utilicen las consecuencias del litigio ni que las pongan en oposición de tal modo, que alguna de ellas sea inejecutable. Hé aquí, pues, las razones de la expresión del un caso, y del silencio en el otro. Y por consiguiente, el motivo que ha obligado á la Ley á permitir que la continencia de la causa pueda proponerse para pedir la acumulación de autos, pero no alegarla como excepción dilatoria que impida la contestación á la demanda.

Las doctrinas hasta aquí espuestas están de acuerdo con las condiciones que exige el art. 237, para que la litispendencia pueda alegarse ó proponerse como simple excepción dilatoria. Es necesario que penda el pleito en otro juzgado ó tribunal competente; es decir, que si el pleito pendiese en otro juzgado ó tribunal incompetente, no podría proponerse la litispendencia como excepción dilatoria. ¿Y por qué razón no es lícito utilizarla bajo esa forma? Porque en tal caso necesita proponerse indispensablemente la acumulación, supuesto que los autos que penden ante juez incompetente que ejerza jurisdicción privilegiada, adolecen de un vicio de nulidad de tal importancia, que si se propusiese la excepción dilatoria y se estimase, vendría á resultar, que en el juzgado que conociera de la segunda demanda, no se continuara el procedimiento, y aquel en donde pendía la primera, le sustanciara ineficazmente por causa de la incompetencia. Así, pues, queda consignado, que para que pueda alegarse la litispendencia, es preciso que sea competente el juzgado ó tribunal donde penda el otro pleito.

O defecto legal en el modo de proponer las demandas. La cuarta excepción mencionada en el art. 237 es la legítima consecuencia de las disposiciones de los artículos 224 y 225, que son precisamente los que determinan los requisitos de forma que deben adornar al libelo. Efectivamente, las excepciones que hagan referencia á la demanda en su fondo, son por su índole perentorias; porque como afectan á la acción y tienden á invalidarla, es claro que decididas en sentido favorable al que las propuso, acabarán el pleito á diferencia de las dilatorias que se limitan á impedir su progreso.

Los autores denominaron estas acciones *relativas al proceso*, lo mismo que á la litispendencia de que hablamos anteriormente. Si, pues, el art. 224 ordena que la demanda se redacte esponiendo sucintamente los hechos y numerándolos además, quiere decir que, exigiéndose este requisito para la debida claridad, podrá excepcionarse y formalizar al artículo de incontestación, siempre que los hechos no se enumeren ó no se espongan en términos sucintos, pero claros; porque ambas circunstancias son precisas conjuntivamente para que se tenga por bien formalizada la demanda.

Es también preciso que la parte actora fije con determinación específica, qué cosa es la que pide, y por lo mismo cuando el demandante no cumpla con este requisito, podrá el demandado excepcionar, fundándose en la falta de precisión y de especificación de la cosa perdida.

Es menester que el demandante determine la clase de acción que ejercita, en el sentido que esplicamos ya en el *Comentario al art. 224, pág. 51*; porque como entonces, y ahora repetimos, el derecho español no da nombre específico á cada una de las acciones, y por tanto no puede exigirse otra cosa mas, que la expresión de la clase de acción que en juicio se utiliza; como por ejemplo, diciendo real, personal, hipotecaria, restitutoria etc., é indicando también los efectos, porque de esta manera se conoce ya con toda claridad qué acción es la que en juicio se ha formalizado.

Previénese en el art. 225 que hayan de acompañar á la demanda los documentos en que el actor funde su derecho, y como que la falta cometida en esta parte influirá poderosamente en el

progreso de las actuaciones, el demandado podrá esceptionar de incontestacion, sobre que se presenten los documentos que el demandante mencione, como títulos de los cuales nace su derecho, ó los que sepa que poseen ó debe poseer y oculta maliciosamente. En esta parte es á la verdad en la que más abusos se cometieron, y que dará ocasion en lo sucesivo á frecuentes artículos de incontestacion; porque como el malicioso es el que mas resiste la presentacion de los documentos, por lo mismo que teme que sean refutados victoriosamente, pondrá al demandado en la precisión de pedir la exhibicion de aquellos documentos para poder contestar á la demanda; pero los jueces con prudente criterio procurarán que sean cumplidamente satisfechas las legítimas exigencias de los demandados.

Hemos tratado hasta aquí de las escepciones de que hace mencion el *art. 237*, pasamos ahora á ocuparnos de algunas otras que enumeran los autores bajo el mismo concepto de dilatorias.

Contábase entre estas la que se concedia á aquel con quien se habia estipulado el pago de una cantidad á condicion de no poderse reclamar, sino despues de pasado cierto tiempo, contra la demanda que se formalizase antes de haber pasado este. Recordarán nuestros lectores que al tratar de la *plus petition*, indicamos que podia incurrirse en ella, pidiendo antes del vencimiento del plazo, y que segun las leyes romanas de los últimos tiempos, la pena de ese esceso era la de perder la accion entablada; pero que dijimos tambien que nuestras leyes se limitaban á la desestimacion de esta, sin perjuicio de que se reprodujese, llegado que fuere el dia en que era permitido pedir. Esa circunstancia, al parecer caracteriza de dilatoria á la accion de que se trata, supuesto que sus efectos son temporales, propiedad esencial de las escepciones dilatorias. Sin embargo, como que la defensa del demandado se funda en que el demandante no tiene derecho para pedir, porque es ineficaz la accion, cuando menos la escepcion no puede denominarse dilatoria porque nace de una causa distinta que la que es peculiar de estas.

Diferentes leyes romanas trataron tambien como escepcion especial dilatoria, á la que se concede al heredero, reconvenido en el lugar donde se adió la herencia, por legados ó fideico-

misos en vez de hacerlo en el en que radica la mayor porcion de la herencia. Esta escepcion no se distingue de la de incompetencia, porque en resúmen su fundamento consiste en que el juez ante quien se entabla la demanda, no es el competente para conocer de esta; asi es que, aunque nosotros la reconocemos como legítima, la consideramos comprendida en el caso primero del *art. 237*.

Tratando Carleval en el *tít. 5.º, diput. 5.ª* de las escepciones, considera tambien como dilatorias anómalas, la de cosa juzgada, la de transaccion, la de *litis finitæ*, las prejudiciales, las de solucion, aceptilacion, prescripcion, y la que nace de la falta de interes en el demandante para pedir. Pero como todas esas escepciones, segun el mismo Carleval son anómalas, esto es, mistas de dilatorias y perentorias, y como la *Ley de enjuiciamiento* no reconoce ese tercer género, por las razones que anteriormente dejamos espuestas, claro es que á pesar de que nosotros las consideremos tambien como legítimas, concediéndolas como las concedemos el carácter predominante de perentorias; de ellas nos ocuparemos en el *Comentario al art. 254*; quedando por ahora sentado, que nunca podrán proponerse como dilatorias antes de contestar á la demanda para el efecto de suspender el ingreso en el juicio hasta que se resuelva.

La disposicion que comprende el *art. 238*, establece un sistema de reciprocidad que no puede menos de ser aceptable, porque tratándose del derecho internacional, nada es mas justo ni mas conveniente que el exigir de los extranjeros lo que ellos exijan de los españoles; asi es, que cuando se requiera la fianza para litigar en otra nacion en concepto de demandante, se exigirá tambien á los de aquel pais, cuando litiguen en España contra españoles, que presten la fianza que ellos hubieran de pedir en los mismos casos, y en la misma forma que fuera preciso prestarla.

Sin embargo, como la palabra *extranjero*, de que usa el *artículo 238* es genérica, y comprende lo mismo al transeunte que al domiciliado, que al que no se halle en ninguno de estos dos casos, pudiera dudarse sobre si comprende á todos estos la obligacion de dar fianza, ó si solo se entenderá con los que residan en el extranjero ó sean transeuntes, á semejanza de lo que acon-

tece tratándose del fuero de extranjería, conforme á lo dispuesto en el Real decreto de 17 de noviembre de 1852.

La razon en que se funda el *art. 238*, nos obliga á creer que debe considerarse estensivo á todos los extranjeros cualquiera que sea la condicion que gocen en España, porque si solo es para ellos obligatorio el afianzamiento en los casos y en la forma que en su pais se exija á los españoles, quiere decir, que eso mismo se practicará, si en la nacion de que se trate, se hace igual clasificacion de los españoles.

ART. 259. *Las escepciones dilatorias solo pueden proponerse dentro de seis dias contados desde el siguiente al de la notificacion de la providencia en que se mandáren entregar los autos para contestar la demanda.*

Trascurrido dicho término, deberán alegarse contestando, y no producirán el efecto de suspender el curso de la demanda.

El artículo preinserto comprende varias disposiciones encaminadas todas á impedir el abuso lamentable que se hacia de las escepciones dilatorias; y así es que determina en primer lugar, con ese fin, el plazo dentro del que han de proponerse; señala la época desde la que el término ha de comenzar á contarse; acuerda que de las escepciones dilatorias puede hacerse uso trascurrido aquel; y espresamente determina el efecto que han de producir alegadas al mismo tiempo que se conteste á la demanda.

Las escepciones dilatorias solo pueden proponerse dentro de seis dias. Esta parte del primer párrafo al *art. 239* comprende tantas declaraciones ó preceptos cuantas son sus palabras. *Las escepciones dilatorias* dice en primer lugar, para dar á conocer que no es igual el término que despues señala para proponer las perentorias; porque como ni la naturaleza ni los efectos de estas son iguales á los de aquellas, dedúcese con toda claridad que no seria justo señalar un mismo término para alegar ó proponer las unas y las otras. Las siguientes palabras *solo pueden* representar dos pensamientos, el uno prohibitivo, y el otro potestativo. En efecto, pudiera muy bien haberse señalado en la ley un término dentro del cual hubieran de proponerse las escepciones dilato-

rias; pero sin la prohibicion de alegarlas despues con efectos suspensivos. Y para que esto no suceda, se creyó conveniente espresar en el *art. 239*, que la proposicion haya de hacerse solamente dentro del término de seis dias siguientes al de la notificacion del auto que manda entregarlos.

Tal vez se dudará asimismo sobre si debia ó no dejarse al demandado en la libertad de ejercitar ciertas escepciones, por mas que fuesen dilatorias. No será de extrañar ciertamente que esa duda se abrigue, porque escepciones se conocian, y se conocen hoy, enumeradas entre las dilatorias, que son de poderosa influencia en el éxito definitivo de los litigios, si no en el fondo, cuando menos en la esencia. Si el demandado lo fuere ante juez incompetente privilegiado, la contestacion á la demanda sin escepcionar de incompetencia no produce la prorogacion del fuero, de tal modo que por causa de la sumision sea válido y eficaz el procedimiento. La prueba de esta verdad, no tan solo se halla consignada en el *art. 1013*, que consiente el recurso de Casacion por incompetencia, sino que se apoya en los buenos principios, los cuales no permiten que aquello que es originariamente nulo, convalezca por la existencia material de los hechos. Por esa causa respecto á la escepcion de incompetencia y de otras semejantes debiera, al parecer, compelerse al demandado á que las propusiese, porque no es solamente de su interés el que esto se efectúe, sino que la causa pública requiere que así se haga, para evitar la continuacion de procedimientos viciosos. Sin embargo, la *Ley de enjuiciamiento* declara, en nuestra opinion, con suficiente motivo, que las escepciones dilatorias de cualquiera clase que sean, *puedan* proponerse por el demandado. Y decimos con razon suficiente, porque reportando un beneficio proveniente de la ley, la obligacion de usarle seria un contraprinzipio, supuesto que aquella tiene declarado que á ninguno se den beneficios contra su voluntad. Por otra parte, aquellas cosas que consisten en la ejecucion de un hecho ó que nacen de circunstancias individuales, no pueden ser objeto de una obligacion legal, sino en cuanto se imponga una pena ó correccion como medio de compeler á su cumplimiento; y ese correctivo se halla cabalmente sancionado en la *Ley de enjuiciamiento*, supuesto que por el simple hecho de no alegar la escepcion dentro del término concedido pierde el demandado la