

las disposiciones antes copiadas del Real decreto de 17 de Noviembre de 1852, y es también lo que se observa en la mayor parte de las naciones, no obstante que el Código civil francés estableció en su art. 14, que el extranjero, "aunque no resida en Francia," podría ser citado ante los tribunales franceses por obligaciones contraídas á favor de un francés; al paso que, según la jurisprudencia allí establecida, un extranjero no puede demandar á otro extranjero ante los tribunales franceses, sino en el caso de que los dos hayan adquirido domicilio en Francia. Mr. Foelix y otros autores franceses impugnan esta jurisprudencia como inconveniente y contraria al derecho de gentes, lo mismo que la disposición de su Código civil antes citada, y el hecho es que se va modificando por los tratados internacionales, como se ha hecho en el celebrado con España en 1862, que hemos mencionado anteriormente. En el Código civil de Portugal, después de establecer en su art. 27, que "el estado y la capacidad civil de los extranjeros se regularán por las leyes de su país," se ordena en el 28 y 29, que los extranjeros, "que se encuentren en aquel reino," podrán ser demandados ante los tribunales portugueses en cuanto al cumplimiento de las obligaciones contraídas en país extranjero con súbditos de Portugal; y que también podrán serlo por otros extranjeros en cuanto á las obligaciones contraídas en Portugal, salvo el caso en que exista tratado ó convención especial que expresamente disponga lo contrario. Y esto es lo que hoy se observa más generalmente como regla de derecho internacional privado, agregándose el caso de que la obligación deba tener cumplimiento en el país donde se interponga la demanda.

Podrá considerarse como excepción de estas reglas generales lo establecido en los tratados celebrados por España con Turquía en 1782 y 1840, con Marruecos en 1767 y 1799, con Trípoli en 1784, con Túnez en 1791, con China en 1864, con el Japón en 1868, y con Annam en 1880, en todos los cuales se reconoce la jurisdicción de los cónsules españoles para conocer en dichos países de las cuestiones entre españoles y contra españoles, dándoles intervención en las que estos promuevan contra los súbditos de aquellas naciones. Dicha jurisdicción de los cónsules se halla reglamentada por el Real decreto de 29 de Setiembre de 1848. Nada se establece en los tratados para el caso en que los súbditos de dichas potencias tengan que comparecer ante los tribunales españoles como demandantes ó demandados contra un español ó contra súbditos de otras naciones, y por consiguiente estarán sujetos á las reglas establecidas para los demás extranjeros.

Indicaremos por último, que ni en los tratados internacionales ni en el Real decreto de 17 de Noviembre de 1852 se establecen reglas especiales de competencia, y por esto suple tal omisión el artículo que es objeto de este comentario, ordenando que las establecidas en los artículos que le preceden, comprenden á los extranjeros que acudan á los tribunales españoles, como demandantes ó como demandados, contra españoles ó contra otros extranjeros.

Artículo 71.

Las reglas establecidas en los artículos anteriores, se entenderán sin perjuicio de lo que disponga la ley para casos especiales.

El art. 6.º de la ley de 1855 decía: "Las reglas establecidas en los artículos anteriores (2.º al 5.º, en los que se establecieron las reglas generales de competencia) se entenderán sin perjuicio de lo que dispone esta ley para casos especiales." De lo que "disponga la ley," dice el que estamos comentando, aceptando en lo demás la redacción de aquél, si bien debiendo entenderse su referencia á los artículos 56 al 70 de la nueva ley. Nótese la diferencia capital que existe entre uno y otro: la excepción ó el "sin perjuicio" de aquél, se limitaba á lo que disponía aquella misma ley para casos especiales; el de este á lo que "disponga la ley" en general, ó en cualquiera otra ley que no sea la de Enjuiciamiento, pues lo que esta dispone para casos especiales se halla en los mismos

artículos anteriores á que se refiere. Concuerdá, pues, la disposición de este artículo, no con aquél, sino con el 320 de la ley orgánica, según el cual "se estará á lo que establezcan las leyes especiales que en determinados negocios fijen otras reglas de competencia."

Y esto es lo procedente y lo conforme á la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo. Una ley especial no se considera derogada por una general, á cuya clase pertenece la de Enjuiciamiento civil, si esta no contiene derogación expresa de aquella. Especial es la ley Hipotecaria, por ejemplo: en sus arts. 133, 165, 321, 366, 397 y otros, se designa el juez competente para conocer de los casos especiales á que se refieren, y deberá estarse por tanto en tales casos á lo que sobre este punto establece dicha ley, y no á lo que prescribe la de Enjuiciamiento civil, como tiene declarado virtualmente el Tribunal Supremo en sentencias de 28 de Junio de 1872, 9 de Enero de 1873, 7 de Marzo de 1878, 14 de Agosto de 1879 y otras. Y lo propio deberá entenderse respecto de cualquiera otra ley especial, que establezca reglas de competencia para los casos á que se refiera. Sobre este punto no puede haber duda, vista la disposición final de la presente ley.

SECCION TERCERA.

DE LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA.

Artículo 72.

Las cuestiones de competencia podrán promoverse por inhibitoria ó por declinatoria.

La inhibitoria se intentará ante el Juez ó Tribunal á quien se considere competente, pidiéndole que dirija oficio al que se estime no serlo, para que se inhiba y remita los autos.

La declinatoria se propondrá ante el Juez ó Tribunal á quien se considere incompetente, pidiéndole que se separe del conocimiento del negocio y remita los autos al tenido por competente.

En la introducción de este título hemos definido las cuestiones de competencia bajo el concepto de ser las controversias, que se suscitan entre dos ó más jueces ó tribunales, sobre á cuál de ellos corresponde el conocimiento de un negocio. Esta definición se concreta á explicar lo que hasta ahora se ha entendido por "competencia," en la acepción específica de que estamos tratando; mas no se comprenden en ella todas las cuestiones de competencia á que se refiere el artículo que es objeto de este comentario. La nueva ley, teniendo en consideración que siempre que se pone en tela de juicio la competencia del juez, allí existe con propiedad una cuestión de competencia, usa de esta denominación en un sentido lato, abrazando, tanto los conflictos que se suscitan entre dos jueces sobre jurisdicción ó atribuciones, como las contiendas que promueven las partes ante el mismo juez que ha tomado conocimiento del negocio, acerca de su competencia. Bajo este concepto, dice la ley en el art. 72, siguiendo lo que sobre esta materia tenía ya sancionado la jurisprudencia antigua y se hallaba establecido en el 82 de la ley de 1855 y en el 357 de la orgánica del Poder judicial, que "las cuestiones de competencia podrán promoverse por inhibitoria ó por declinatoria." Tenemos, pues, siguiendo el tecnicismo de la ley, que "cuestiones de competencia" son todas las que se promueven acerca de la competencia del juez para conocer del negocio de que se trate, y que tales cuestiones sólo pueden promoverse de dos modos: por "inhibitoria," ó por "declinatoria." Fijáremos ante todo la significación de estas voces, por ser indispensable para la buena inteligencia de los preceptos legales y de cuanto vamos á exponer sobre ellos.

Se llama "inhibitoria" la petición que el que ha sido demandado ante un juez, á quien cree incompetente, hace al que considera competente para que le ampa-

re, y sosteniendo al mismo tiempo su jurisdicción, reclame de aquel el conocimiento del negocio, invitándole á que se inhiba y le remita los autos; y "declinatoria," según el diccionario de la Academia, "es la petición en que se declina el fuero, ó no se reconoce á uno por legítimo juez," esto es, la petición que el que ha sido citado por juez, á quien cree incompetente, deduce ante este mismo juez para que se separe del conocimiento del negocio y remita los autos al competente. Estas definiciones están ajustadas á lo que ordenan los dos últimos párrafos del artículo que estamos comentando, los cuales concuerdan con los artículos 358 y 359 de la ley orgánica, y con iguales párrafos del 82 de la de 1855, si bien corregida la locución impropia que en éstos se había empleado (1).

El objeto, pues, de estas disposiciones ha sido determinar los dos únicos medios que podrán emplearse para reclamar contra la incompetencia del juez, y designar el que ha de conocer de cada uno de ellos. En los artículos siguientes se dictan reglas comunes á la inhibitoria y á la declinatoria, y en el 79 se indica la forma en que han de sustanciarse la una y la otra; pero como los demás artículos de esta sección se consagran á ordenar el procedimiento para las inhibitorias, resulta que la misma ley reconoce, como lo indican también el epígrafe de esta propia sección y los artículos 80 y siguientes, que las verdaderas cuestiones de competencia, según la acepción más técnica y común de esta enunciativa, son las que se promueven por medio de la inhibitoria.

Artículo 73.

La inhibitoria y la declinatoria podrán ser propuestas por los que sean citados ante el Juez incompetente, ó puedan ser parte legítima en el juicio promovido.

(1) "Considerando que la ley provisional sobre organización del Poder judicial no establece en su art. 357 (igual al 72 de la nueva ley) más formas de promover las cuestiones de competencia que por inhibitoria ó por declinatoria, y que esta última, según el art. 359, se ha de proponer ante el juez ó tribunal á quien se considere incompetente, pidiéndole en primer término que se separe del conocimiento de la causa:

"Y considerando que por parte de la Compañía del ferro-carril del Norte no se promovió en el pleito de este recurso cuestión de competencia en una de las dos formas expresadas, ni se propuso la declinatoria pidiendo al juez que se separase de su conocimiento, porque si bien alegó la falta de autoridad y competencia de aquel, fué para fundar la declaración de nulidad que propuso y solicitó; pero no le ha pedido "que se separase del conocimiento del pleito," y sí, por el contrario, que siguiese conociendo de él para que, partiendo de su incompetencia, declarase nula la ejecución que había despachado, cosas que en el orden de las ideas jurídicas son inconciliables é implicatorias en cualquiera clase de juicio, y además contrarias á las prescripciones terminantes de dichos artículos y su espíritu, como lo sería si hallándose uno citado y emplazado con traslado de una demanda ordinaria por un juez que consideraba incompetente, en vez de proponer declinatoria pidiéndole que se separase de su conocimiento y la remitiese al tenido por competente, solicitase que declarara nula la admisión de esa demanda, su traslado y emplazamiento por falta de competencia, sin ajustarse en este caso, como en el de que se trata, al precepto expreso del caso 2.º, art. 305 de la misma ley orgánica (58 de la nueva), y sin impedir se entendiese que se daba lugar á la sumisión tácita."

Por estas consideraciones, esto es, por no haberse promovido la cuestión de competencia en la forma que previene la ley, se declaró no haber lugar al recurso de casación en la forma. ("Sent. del Tribunal Supremo de 22 de Noviembre de 1873.")

No basta pedirle al juez que se separe del conocimiento del pleito, sino también que lo remita al tenido por competente, designándolo; y si se omite esta designación, está aquel en su lugar para seguir conociendo. ("Id. id. de 17 de Diciembre de 1878.")

Hemos dicho en el comentario anterior que tanto la inhibitoria como la declinatoria han de promoverse por el que sea citado ó demandado ante un juez incompetente, y la razón es bien óbvia. No corresponde al demandado la elección del juez que ha de conocer del negocio; esta elección es del demandante, el cual queda sometido tácitamente al juez ante quien ha presentado su demanda (art. 58), y de consiguiente, una vez presentada, no tiene ya derecho para recusarlo de incompetente. El demandado se encuentra en caso muy distinto: se ve precisado á comparecer ante el juez que le cita; y si éste no es competente, y á sus intereses se opondrá el seguir el litigio ante él, justo es que la ley le conceda recursos para eximirse de su jurisdicción, toda vez que es un principio de derecho público, sancionado por nuestras leyes, que nadie puede ser juzgado sino por juez competente. Sin embargo, también en algún caso se verá precisado el demandante á promover esas cuestiones; esto será cuando sea reconvenido sobre cosa ó materia de que no pueda conocer el juez por falta de jurisdicción: en tal caso, si éste admite la reconvenición, tendrá el actor necesidad de provocar la cuestión de competencia por cualquiera de los dos medios que permite la ley. Pero como en este supuesto el demandante es á la vez demandado, siempre resulta cierta la regla de que el demandado es quien provoca tales cuestiones.

Esta doctrina, admitida como inconcusa por la jurisprudencia, ha sido sancionada por el artículo que estamos comentando, el cual concuerda con el 360 de la ley orgánica, sin precedente en la antigua de Enjuiciamiento civil. Ordénase en él que tanto la inhibitoria como la declinatoria podrán ser propuestas "por los que sean citados" ante el juez incompetente, y también "por los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido."

En cuanto á los primeros, no puede ofrecer dudas ni dificultades la aplicación de la ley. Todo el que sea citado ó emplazado para que comparezca en juicio ante un juez á quien él cree incompetente, tiene el derecho de promover la cuestión de competencia por uno de los dos medios indicados, que autoriza el artículo precedente, siempre que no haya practicado gestión alguna en cuya virtud se haya sometido á la jurisdicción de aquel juez, conforme á lo prevenido en los artículos 57 y 58. Pero téngase presente que la citación ha de ser para comparecer en el juicio como parte, y no como testigo ó en otro concepto, que no imprima ó suponga el carácter de litigante, según tiene declarado el Tribunal Supremo (1).

La duda podrá surgir respecto de los que, sin haber sido citados ó emplazados, "puedan ser parte legítima en el juicio promovido." Para resolverla en los diferentes casos que pueden ocurrir, téngase presente que ha sido admitida por la jurisprudencia como doctrina legal la de que tiene derecho á ser parte en el juicio todo aquel á quien pueda perjudicar su resolución, ó que tenga interés directo en la cuestión que se ventila (2). No son raros los casos en que el demandante, por conveniencia ó por ignorancia, deja de dirigir su demanda contra alguno de los interesados en el pleito, acaso el que tiene más datos para combatir sus pretensiones. Cuando esto suceda, no puede negarse á dicho interesado el ser parte en el juicio, pues aunque por regla general no perjudica la sentencia al que no ha litigado, sería privarle de un derecho legítimo, con perjuicio del mismo porque se vería obligado á seguir otro pleito, y de la causa pública, tan

(1) Por sentencia de 30 de Agosto de 1866 se declaró mal formada una competencia que el Juez de Castropol promovió al de Rivadeo á instancia de varios testigos residentes en aquel juzgado, que habían sido citados para comparecer ante el segundo á declarar en asunto civil. Se fundó dicha resolución en que, en asuntos civiles no pueden promoverse cuestiones de competencia por los que no tengan carácter de litigantes, y por consiguiente, la oposición de un testigo á comparecer ante otro juez que no sea el de su domicilio, no produce un verdadero conflicto de jurisdicción, que pueda decidirse como cuestión de competencia; sino una cuestión de otra índole, que debe ventilarse por medio de los recursos ordinarios ó de queja ante el superior respectivo.

(2) "Considerando que no puede decirse que carece de personalidad para litigar el que tiene interés en el pleito y se halla revestido de todos los requisitos que la ley exige para comparecer en el juicio." ("Sent. del Tribunal Supremo, en cas. de 24 de Mayo de 1871.")

interesada en que se disminuyan los litigios. Por estas consideraciones, la ley 4.ª, tit. 23, de la Partida 3.ª, concede el derecho de apelar al que sin ser "señor del pleito," esto es, sin haber sido parte en él, "pertenezca la pro ó el daño que viniere de aquel juicio;" y entre los motivos de casación por quebrantamiento de forma, que determina el art. 1963 de la presente ley, ocupa el primer lugar la falta de emplazamiento en primera ó segunda instancia, no de los que sean parte en el pleito, sino de las personas que "hubieran debido ser citadas" para el juicio, como expondremos en su comentario.

Además, esta misma ley permite en varios casos que se personen en el juicio los que no han sido citados ó emplazados personalmente, determinando en unos taxativamente los que han de ser considerados como parte legítima, según puede verse en el art. 1038 respecto de las testamentarias, y concediendo en otros ese derecho á todos los que tengan interés en el asunto como lo disponen los artículos 1127, 1817, 1987, 2009 y otros.

En todos los casos, pues, en que puede personarse en el juicio como parte legítima el que tenga interés en el asunto, aunque no haya sido citado ni emplazado, si está conociendo de los autos un juez que no sea competente, podrá aquél promover la cuestión de competencia, siempre que no se haya sometido á su jurisdicción expresa ni tácitamente, empleando cualquiera de los dos medios que permite la ley; esto es, intentando la inhibitoria ante el juez á quien crea competente para que reclame el conocimiento del negocio, ó promoviendo la declinatoria ante el mismo juez que esté conociendo de los autos para que se inhiba y los remita al competente. No puede ser obstáculo para ello el que demandante y demandado, ó los demás interesados se hayan sometido al juez que esté conociendo, pues si aquel tiene derecho á ser parte legítima en el juicio, también lo tiene para no ser juzgado sino por el juez que sea competente, y el artículo que estamos comentando se lo concede expresamente para proponer la inhibitoria ó la declinatoria. Excusado parecerá advertir que no podrá prosperar su pretensión si no acompaña la prueba de su interés en el asunto, que le dé derecho á ser parte legítima en el juicio.

Téngase presente que esta doctrina no puede tener aplicación al caso en que el que comparezca en el pleito, después de incoado, lo haga en subrogación de uno de los litigantes, bien como cesionario del mismo, ó por haber sido citado de evicción, ó por otro concepto análogo. En estos casos, como no acude al pleito por su propio y exclusivo interés, sino para sostener derechos que afectan á una de las partes ó en sustitución de la misma, tiene que subordinarse á las condiciones de la litis ya comenzada y someterse al juez que de ella esté conociendo, como para las demandas sobre obligaciones de garantía ó complemento de otras anteriores lo ordena la regla 3.ª del art. 63.

Todo lo expuesto ha de entenderse en el supuesto de que haya "juicio promovido," como dice el art. 73, y de que los autos tengan estado para poder promover la cuestión de competencia, sobre lo cual véase el comentario de los artículos 75 y 76.

Artículo 74.

En ningún caso se promoverán de oficio las cuestiones de competencia en los asuntos civiles; pero el Juez que se crea incompetente por razón de la materia, podrá abstenerse de conocer, oído el Ministerio fiscal, previniendo á las partes que usen de su derecho ante quien corresponda.

Este auto será apelable en ambos efectos.

Ni en la ley de 1855 ni en la orgánica de 1870 se encuentra disposición alguna que concuerde con este artículo; pero de lo que la una y la otra ordenaron sobre esta materia se deducía claramente la intención del legislador de que sólo á instancia de parte, y nunca de oficio, pudieran promoverse las cuestiones de competencia en asuntos civiles, y así lo había declarado también el Tribunal

Supremo. Ahora ya no puede haber duda: la nueva ley, aceptando lo que de acuerdo con los principios de la ciencia se hallaba establecido por la jurisprudencia, ordena terminantemente que "en ningún caso se promoverán de oficio las cuestiones de competencia en asuntos civiles." Esta disposición es la consecuencia natural de lo que prescriben los artículos 54 y 56: según ellos, es prorogable la jurisdicción civil, y tiene competencia preferente el juez á quien se hubieren sometido las partes expresa ó tácitamente: luego están obligados los jueces á aceptar el conocimiento de los negocios civiles que los litigantes sometan á su jurisdicción, y no pueden, por tanto, inhibirse ni promover de oficio cuestión alguna de competencia, como ya se ha dicho en la pág. 163.

Esta regla general tiene una excepción, que se deduciría de los dos artículos antes citados, si no la estableciera expresamente el que estamos comentando. No puede prorogarse jurisdicción á juez que no la tenga para conocer del asunto por razón de la materia, de la cantidad objeto del litigio, ó del grado ó instancia en que se halle el negocio, como lo previene el art. 54 y hemos explicado en su comentario (página 158). En tales casos es radical y absoluta la incompetencia, porque procede de la falta de jurisdicción, y como es de orden público que ningún juez ni autoridad traspase el límite de sus atribuciones, de aquí la facultad que el artículo que estamos comentando concede á los jueces para que se abstengan de conocer cuando se crean incompetentes por razón de la materia, aunque los interesados no propongan la declinatoria ni la inhibitoria. Y lo propio deberá entenderse en los otros dos casos del art. 54, aunque no los menciona el actual, pues la incompetencia por razón de la cuantía y de la instancia está realmente comprendida en la que se deriva de la materia litigiosa, como se deduce también de los artículos 491 y 717.

Tenemos, pues, que por regla general los jueces y tribunales no pueden promover de oficio cuestiones de competencia en asuntos civiles; pero si se les presentase una demanda sobre materia, cuyo conocimiento correspondiera á la Administración activa ó á la contenciosa, ó á la jurisdicción eclesiástica, únicos casos que hoy pueden ocurrir por hallarse suprimidos los demás fueros especiales, podrán abstenerse de conocer, antes de admitirla y de darle curso, dictando auto motivado conforme al art. 371, en el que, declarándose incompetentes por razón de la materia, prevendrán á las partes que usen de su derecho ante quien corresponda. No podrá dictarse este auto sin oír previamente al Ministerio fiscal, á quien incumbe la defensa de la jurisdicción ordinaria y velar por la observancia de la ley, como representante de la misma: trámite indispensable, y por cuya omisión incurriría el juez en responsabilidad.

"Este auto será apelable en ambos efectos," concluye diciendo el presente artículo, para excluirlo de la regla general del 383, sin que esto signifique que en ningún caso deberá intentarse previamente el recurso de reposición. Téngase presente que, según el art. 382, sólo son apelables sin pedir previamente reposición las sentencias definitivas y los autos resolutorios de excepciones dilatorias é incidentes. Tendría la resolución este carácter si se dictara á instancia de parte, en cuyo caso deberá oírse á la contraria y al Ministerio fiscal, y la sentencia que recaiga será apelable desde luego como resolutoria de un incidente; pero cuando el juez se abstenga de conocer antes de admitir la demanda, y siempre que lo haga de oficio, sin otra sustanciación que la audiencia al promotor fiscal, y por consiguiente sin haber oído á las partes sobre esta cuestión, el auto es de los comprendidos en el art. 377, y podrá por tanto la parte demandante pedir reposición dentro de cinco días, exponiendo las razones que estime para demostrar que el asunto es de la competencia de la jurisdicción ordinaria. La sustanciación de este recurso de reposición habrá de entenderse con el promotor fiscal y con la parte contraria si se hubiere personado en el juicio, y si fuese desestimado podrá entonces apelarse dentro de tercero día, todo conforme á los artículos 378, 379 y 380.

Hemos dicho que el juez podrá abstenerse de oficio, oído el Ministerio fiscal, antes de dar curso á la demanda, cuando se crea incompetente por razón de la materia. "¿Podrá hacerlo también después de incoado el juicio?" Lo tenemos por indudable: en cualquier estado del juicio en que se convenza de que la materia litigiosa no es de la competencia de la jurisdicción ordinaria, debe oír sobre ello al promotor fiscal con suspensión del procedimiento, y abs-

tenerse de conocer previniendo á las partes que usen de su derecho ante quien corresponda por la razón ya indicada de ser radical su incompetencia por falta de jurisdicción, y así se deduce del artículo que estamos comentando, el cual no pone limitación á su precepto. No obsta la sumisión de las partes, porque según los artículos 54 y 56, ésta no puede hacerse á juez que no pueda conocer del asunto por razón de la materia, como no obsta tampoco para que la Administración promueva la competencia en cualquier estado del juicio, mientras no haya recaído sentencia firme, aunque esté conociendo del asunto el Tribunal Supremo por recurso de casación. Por estas consideraciones, si los autos pasaren por apelación á la Audiencia, y ésta entendiere que no corresponde á la jurisdicción ordinaria el conocimiento del asunto, deberá dictar la resolución ántes indicada, oyendo previamente el Ministerio fiscal, como lo ha hecho el Tribunal Supremo en un recurso de casación por infracción de ley, no obstante que ni por escrito ni en el acto de la vista hicieron las partes reclamación alguna sobre ese particular.

Artículo 75.

No podrá proponer la inhibitoria ni la declinatoria el litigante que se hubiere sometido expresa ó tácitamente al Juez ó Tribunal que conozca del asunto.

Artículo 76.

Tampoco podrán promoverse ni proponerse cuestiones de competencia en los asuntos judiciales terminados por auto ó sentencia firme.

Estos dos artículos determinan los casos en que no pueden promoverse cuestiones de competencia, con relación el primero á la persona de los litigantes, y el segundo al estado del negocio. El 75 concuerda con el 361 de la ley orgánica, la cual no contiene disposición análoga á la del 76. En la ley de 1855 nada se estableció expresamente sobre lo que uno y otro artículo ordenan; pero se deduce de sus disposiciones, y en ese mismo sentido se había fijado la jurisprudencia por las decisiones del Tribunal Supremo, de suerte que ahora se eleva á precepto legal lo que ántes era regla de jurisprudencia.

I.

En cuanto á la persona de los litigantes, como á nadie es lícito ir contra sus propios actos, el litigante que por su voluntad y por medio de los actos que determinan los arts. 56, 57 y 58 se hubiere sometido expresa y tácitamente al juez que conozca del asunto con jurisdicción prorogable, no puede negarle después la competencia en el mismo asunto, ni promover la cuestión por ninguno de los dos medios que permite el art. 72. Así lo había declarado el Tribunal Supremo (1), y lo ordena ahora expresamente el art. 75, y como es prohibitivo su precepto, no podrá prosperar en ningún caso la inhibitoria ni la declinatoria que proponga cualquier litigante después de haberse sometido expresa ó tácitamente al juez ó tribunal que esté conociendo del asunto. Si se promueve la cuestión de

(1) "Considerando que Tourné reconoció voluntariamente y del modo más explícito la jurisdicción del Juzgado de la Magdalena (ante el cual promovió el juicio de testamentaria como albacea de Camacho), y que obró contra sus propios hechos promoviendo la inhibitoria ante el Tribunal de Comercio" (sobre un incidente de dicho juicio).—"Considerando que, así como las partes carecen de derecho para variar á su arbitrio las condiciones de los juicios y las formas externas de cada uno de ellos, tampoco le tienen para reconocer y á la vez negar competencia á un mismo juez." ("Sent. en apel. de 1.º de Diciembre de 1863.")

competencia en la forma que para cada caso se indica en el art. 79, el juez no podrá prescindir de darle curso sustanciándola por los trámites correspondientes; pero deberá declarar, al resolver el incidente, no haber lugar á la declinatoria, si se hubiera empleado este medio, ó que no há lugar al requerimiento de inhibición, y si ya se hubiere hecho, desistir de la inhibitoria, en los casos respectivos de los arts. 86 y 95, luego que conste la sumisión del que hubiere promovido la contienda, condenándole en las costas por su notoria temeridad.

La doctrina que acabamos de exponer será aplicable á todos los casos en que, conforme á los arts. 54 y 56, sea prorogable la jurisdicción, pues si no lo fuese, como no puede producir efecto la sumisión y es nulo todo lo que se actúe ante juez que carezca de jurisdicción para conocer del asunto, en cualquier estado del juicio, en que se note la falta, podrá promoverse la cuestión de competencia, y aun inhibirse el juez de oficio, como hemos expuesto en el comentario anterior.

Se deduce también del art. 75, que mientras el litigante no ejecute acto alguno de sumisión expresa ó tácita ante el juez que esté conociendo del asunto, puede promover válidamente la cuestión de competencia por medio de la inhibitoria ó de la declinatoria, si bien no podrá utilizar la segunda como excepción dilatoria cuando haya transcurrido el término que para esto concede el art. 535. La declaración de rebeldía no priva al litigante de los recursos que le competen, sin otra limitación que la de aceptar el procedimiento en el estado en que se halle cuando se persone en los autos (art. 766): de consiguiente, podrá proponer la declinatoria como artículo de previo pronunciamiento, ó intentar la inhibitoria ante el juez á quien crea competente. Véase el comentario del art. 79.

II

Con relación al estado del negocio, ordena el art. 76 que en los asuntos judiciales terminados por auto ó sentencia firme no podrán promoverse por los tribunales, ni proponerse por las partes, cuestiones de competencia. Lo mismo estaba ya prevenido para las competencias con la Administración por el reglamento de 25 de Setiembre de 1863, en cuyo art. 54 se dice que los gobernadores no podrán suscitar contienda de competencia en los pleitos fenecidos por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. A esta sentencia se da hoy la denominación de "sentencia firme" que es aquella contra la cual no cabe recurso alguno ordinario ni extraordinario, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentida por las partes, según la define el art. 369 de la presente ley. Los mismos efectos produce el auto firme que ponga término al pleito haciendo imposible su continuación. En todos estos casos la ley no permite que se promueva contienda de competencia por respeto á la cosa juzgada, y porque realmente carecería de objeto dicha contienda.

También el Tribunal Supremo había declarado en varios casos de competencia (1) que, sobre asuntos ó juicios terminados sin oposición ó por sentencia firme, no podían tener lugar cuestiones de competencia; y que para dicho efecto, lo mismo que para el de acumulación, se entendía terminado el juicio ejecutivo después de pronunciada y consentida, ó pasada en autoridad de cosa juzgada, la sentencia de remate, pues las actuaciones posteriores no tienen otro concepto que el de diligencias necesarias para el cumplimiento de una sentencia ejecutoria (2). ¿Deberá considerarse vigente en el día de esta jurisprudencia?

Podrá dar lugar á esta duda, por haberse regido hasta ahora por una misma regla las acumulaciones y las competencias, la disposición del art. 167 de la nueva ley, que deroga dicha jurisprudencia respecto de las acumulaciones. Ordenase en él que en los juicios ejecutivos no será obstáculo para la acumulación, cuando proceda, el que haya recaído sentencia firme de remate. "Para este efecto, añade, no se tendrán por terminados mientras no quede pagado el ejecutado, ó se declare la insolvencia del ejecutado." Nótese que la ley limita su precepto á los casos de acumulación; "para este efecto," y de consiguiente sólo para él,

(1) Sentencias de 17 de Enero de 1859, 14 de Noviembre de 1860, 1.º de Octubre de 1862, 20 de Agosto de 1864, 1.º de Abril de 1865 y otras.

(2) Sentencias de 11 de Setiembre de 1861, 6 de Setiembre de 1864, 28 de Febrero y 14 de Junio de 1866, 10 de Junio de 1878 y otras.

por las razones que expondremos al comentar dicho artículo. Por esta limitación, y porque nada se ha innovado para las competencias, tenemos por indudable que para estos efectos queda subsistente la jurisprudencia ántes expuesta de considerar terminados los juicios ejecutivos con la sentencia de remate, luego que sea firme, y comprendidos por tanto en la disposición del art. 76 que estamos comentando. El ejecutado que no quiera someterse al juez incompetente que esté conociendo de la ejecución, deberá proponer la declinatoria ó la inhibitoria ántes de que sea firme la sentencia de remate, sin practicar ninguna otra gestión en los autos que implique su sumisión expresa ó tácita; y no obsta el que el juez requerido reciba el oficio de inhibición después de haber pronunciado dicha sentencia, como tampoco el que el ejecutado no haya reclamado de ella, pues apelar y persistir al mismo tiempo en rehusar por incompetente al juez, serían actos contradictorios, según el art. 58. Así lo tiene declarado también el Tribunal Supremo. (1).

III.

Aunque la ley sólo habla de "juicios terminados" en el artículo que estamos comentando, existen otros casos en que por razón del estado del negocio tampoco pueden promoverse ni proponerse cuestiones de competencia. Vamos á indicarlos siguiendo también la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Admitida en ambos efectos la apelación en cualquier asunto judicial, el juez que de él haya conocido no puede promover ni admitir cuestión de competencia sobre el mismo negocio ínterin no se resuelva la apelación, porque mientras tanto queda su jurisprudencia en suspenso, y no la tiene para conocer del asunto principal ni de sus incidencias (2), fuera de las exceptuadas hoy por el art. 390, respecto de las cuales podrá admitir la contienda. De consiguiente, en aquel caso, si el juez fuese requerido de inhibición, deberá poner en conocimiento del requirente el estado del negocio para que se dirija á quien corresponda, devolviéndole el testimonio que le habrá remitido conforme á lo prevenido en el artículo 88.

Tampoco puede suscitarse cuestión de competencia ántes de haberse intentado válidamente una acción en juicio. Así se deduce de las palabras "juicio promovido," empleadas en el art. 73, y lo tiene declarado el Tribunal Supremo en repetidos casos (3). Es consecuencia de este principio que si las actuaciones judiciales tienen por objeto el reconocimiento de una firma ó la confesión judicial para preparar la ejecución, ó cualesquiera otras diligencias preliminares de un juicio, como no equivalen al ejercicio de una acción, aun cuando se dirijan á prepararla, sobre el conocimiento de tales actuaciones no puede promoverse cuestión de competencia. Estas cuestiones deben decidirse con arreglo á las acciones que se ejerciten, aunque sin prejuzgar su oportunidad ó legítima procedencia (4), y de aquí también la necesidad de esperar para promoverlas á que se entable la correspondiente demanda, pues mientras tanto no hay materia ni fundamento bastante para producir conflicto jurisdiccional.

Respecto de los "actos de jurisdicción voluntaria" había declarado el Tribunal Supremo (5) que no tenía cabida en ellos la cuestión de competencia, porque esta la concedía la regla 1.^a del art. 1208 de la ley de Enjuiciamiento civil

(1) Sentencias, en competencia, de 19 de Noviembre de 1662, 2 de Junio de 1863, 13 de Abril de 1866 y otras.

(2) Sentencia en competencia de 29 de Julio de 1858.

(3) Sent. en comp. de 9 de Diciembre de 1861, 21 de Setiembre de 1878 y otras. En ésta se establece la siguiente doctrina: "Considerando que para estimarse entablada legalmente una competencia de jurisdicción es indispensable que ésta verse sobre el conocimiento de una demanda, en la cual se haya ejercitado una acción directa y concreta, puesto que la naturaleza de ésta constituye la base esencial para determinar, con arreglo á las disposiciones de la ley, qué juez debe entender en el juicio que en su virtud haya de seguirse."

(4) Sent. en comp. de 8 de Julio de 1878.

(5) Sent. en comp. de 22 de Julio y 30 de Setiembre de 1875, 2 de Junio de 1877 y otras.

de 1855 al juez ante quien se presentaren, y sólo podría promoverse cuando aquellos, perdiendo su carácter de jurisdicción voluntaria por la oposición de parte legítima, se convirtieran en asuntos esencialmente contenciosos. Creemos que esta jurisprudencia, aunque se considere subsistente para los efectos de la sumisión expresa ó tácita, como hemos dicho en la página 190 y siguiente, ha sido modificada por la nueva ley en cuanto declaraba inadmisibles las cuestiones de competencia en los actos de jurisdicción voluntaria. En las reglas 16 y siguientes del art. 63 se determina el juez competente para conocer de cada uno de estos actos, y serían baldías é ilusorias tales reglas si el que deba ser oído ó tenga derecho á oponerse no pudiera promover la cuestión de competencia para que conozca del acto el juez designado por la misma ley. Por esto, y por la novedad de haber incluido el presente título en el libro I, cuyas disposiciones son comunes á la jurisdicción contenciosa y á la voluntaria, tenemos por indudable que lo mismo en la una que en la otra tienen hoy cabida las cuestiones de competencia, y por consiguiente que pueden promoverse por inhibitoria y por declinatoria en los actos de jurisdicción voluntaria por los que tengan derecho á ser parte legítima en ellos, sin necesidad de esperar á que se convirtieran en contenciosos.

Artículo 77.

El que hubiere optado por uno de los medios señalados en el art. 72, no podrá abandonarlo y recurrir al otro, ni emplear ambos simultánea ó sucesivamente, debiendo pasar por el resultado de aquel á que hubiere dado la preferencia.

Artículo 78

El que promueva la cuestión de competencia por cualquiera de los dos medios antedichos, expresará en el escrito en que lo haga, no haber empleado el otro medio.

Si resultare lo contrario, por este solo hecho será condenado en las costas del incidente, aunque se decida á su favor la cuestión de competencia.

Estos dos artículos concuerdan con los 83 y 84 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil, y con el 363 y párrafo 2.^o del 365 de la orgánica del Poder judicial. En nuestra antigua práctica el litigante que era vencido en la declinatoria, podía luego recurrir á la inhibitoria, aunque no al contrario, y á veces se hacía uso simultáneamente de ambos recursos. La ley de 1855 cortó este abuso, que daba lugar á que una misma cuestión se ventilara dos veces entre los mismos litigantes, con el peligro de fallos contradictorios, y estableció la buena doctrina que se reproduce en los dos artículos que estamos comentando. Dos medios, la inhibitoria y la declaratoria, concede el 72 para promover las cuestiones de competencia: el que sea citado ó tenga que comparecer ante un juez á quien crea incompetente, puede elegir cualquiera de dichos dos medios, cuya elección dependerá de las circunstancias de cada caso apreciadas por el letrado director; pero después de optar por uno de ellos, está obligado á pasar por el resultado del mismo, sin que le sea lícito abandonarlo para recurrir al otro, ni emplear los dos simultánea ó sucesivamente. (1)

(1) Son varias las sentencias del Tribunal Supremo que se han limitado á reproducir esta disposición de la ley, por lo cual no es de interés citarlas; pero conviene conocer la doctrina que, como consecuencia y aplicación práctica de aquella, se establece en la de 23 de Mayo de 1860. Según esta sentencia, el juez ó tribunal á quien conste haberse propuesto la declinatoria ante el juez que co-

Para que pueda ser eficaz dicha disposición del art. 77, y como sanción penal de la misma, ordena el 78: 1.º, que el que promueva la cuestión de competencia por cualquiera de los dos medios antedichos, esto es, haciendo uso ya de la inhibitoria, ó bien de la declinatoria, deberá expresar en el escrito en que lo haga, no haber empleado el otro medio; y 2.º, que no obstante esta manifestación, si resultare lo contrario, por este solo hecho será condenado en las costas del incidente, aunque se decida á su favor la cuestión de competencia.

En cuanto al primer extremo, nótese que es imperativo el precepto de la ley, y no puede prescindirse de su cumplimiento. De consiguiente, si en el escrito proponiendo la declinatoria se omitiera la expresión de no haberse empleado la inhibitoria, ó al contrario, el juez deberá abstenerse de darle curso, mandando á la parte que pida en forma, ó que luego que llene el requisito exigido por el art. 78, se acordará lo que proceda, que será lo que previene el 85, si se intenta la inhibitoria, ó dar traslado á la parte contraria si se promueve la declinatoria como excepción dilatoria ó como incidente, conforme en cada caso á los artículos 537 y 749.

Respecto del segundo extremo, téngase presente que la condena de costas á que se refiere, no es por haber intentado simultánea ó sucesivamente la inhibitoria y la declinatoria, ni por la omisión de expresar en el escrito que no se había empleado el otro medio; sino por la falsedad en asegurar esta circunstancia no siendo cierto. Así lo declaró el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de Agosto de 1856, sujetándose al precepto terminante de la ley. "Si resultare lo contrario," dice el artículo que estamos comentando, esto es, si resultare haberse empleado el otro medio, cuando en el escrito se hubiese expresado lo contrario, "por este solo hecho" de faltar á la verdad será condenado en las costas del incidente el que hubiere promovido la cuestión de competencia, aunque esta se decida á su favor. La ley antigua añadía, "ó aunque él la abandone en lo sucesivo;" palabras que se han suprimido en la nueva, siu duda por innecesarias, pues es de estricta justicia la condena de costas á todo el que abandona una acción ó incidente, ó desiste y se aparta de actuaciones judiciales promovidas por él mismo.

En la aplicación práctica de estas disposiciones puede ocurrir que el que haga uso simultánea ó sucesivamente de los dos medios de que se trata, omita la expresión de haber empleado el otro, y que sin embargo que el juez dé curso á su solicitud. En tal caso, lo mismo que cuando se falte á la verdad sobre dicho punto, como el art. 77 obliga á pasar por el resultado del medio á que el litigante hubiere dado la preferencia, deberá desestimarse con costas la segunda pretensión luego que resulte haberse utilizado previamente el otro medio. Pero si el juez, ante quien se hubiere propuesto la inhibitoria después de entablada la declinatoria, insistiere en sostener su competencia, como ya ha ocurrido varias veces, será preciso sustanciarla por los trámites establecidos en los artículos 85 y siguientes, para que resuelva el conflicto el superior común, pues no hay otro medio de dirimir la contienda, debiendo suspender sus procedimientos mientras tanto el juez que conozca de la declinatoria, conforme al art. 89.

Cuando esto ocurra, si el incidente sobre la declinatoria estuviese ya determinado por auto ó sentencia firme, habrá de estarse á su resultado, declarando el tribunal dirimente no haber lugar á resolver la cuestión de competencia por hallarse ya resuelta, como lo declaró el Supremo en las sentencias de 14 de Setiembre de 1858 y 23 de Mayo de 1860. En otro caso, esto es, cuando el juez requerido hubiese suspendido el procedimiento durante la sustanciación de la declinatoria, deberá dirimir la contienda el tribunal superior á quien corresponda decidirla, puesto que no existe sentencia firme que lo impida, y es indispensable resolver el conflicto.

En todos estos casos deben imponerse las costas de la cuestión de competencia á la parte que hubiere intentado la inhibitoria después de haber propuesto

noce del negocio, debe abstenerse de admitir la reclamación de inhibitoria, y de oficiar á este, puesto que en tal caso no existen medios hábiles para entablar la contienda jurisdiccional: no haciéndolo así, procede con infracción de los artículos 83 y 84 (hoy 77 y 78) de la ley de Enjuiciamiento civil, y no hay términos hábiles para dirimir la contienda.

la declinatoria, aunque se decida aquella á su favor. "Propuesta por declinatoria la cuestión de competencia, no puede intentarse por inhibitoria sin incurrir en la condena de costas," ha dicho el Tribunal Supremo en sentencias de 28 de Agosto de 1862 y 16 de Febrero de 1878. Además de estar comprendido este caso en el espíritu del art. 78 (el 84 de la antigua ley, del que se hace aplicación en la segunda de dichas sentencias), cuando en el escrito no se haya faltado á la verdad, que es el hecho concreto á que dicho artículo se refiere, existe otra razón que exige la condena de costas, cual es la temeridad, por la infracción manifiesta del art. 77, con que procede el que promueve la inhibitoria después de haber propuesto la declinatoria, ó hace uso simultáneamente de ambos recursos. Corresponderá al juez ó tribunal que desista de la cuestión de competencia por resultar haberse empleado el otro medio, imponer dicha condena, debiendo acordarla en el mismo auto en que desista de la inhibitoria ó deniegue la declinatoria; pero si formalizada la contienda, tiene que dirimirla el superior común, no son los jueces contendientes los llamados por la ley para imponer dichas costas, sino el tribunal dirimente, como lo declaró el Supremo en la sentencia ya citada de 27 de Agosto de 1856. Las costas de que se trata no pueden ser otras que las causadas en el incidente ó cuestión de competencia, que se resuelva por el auto ó sentencia en que se impongan, como lo confirma el párrafo 2.º del art. 108.

Indicaremos, por último, que la disposición de los artículos que estamos comentando, ni la de otro alguno, no se opone á que, resuelta á favor de un juzgado la cuestión de competencia, pueda disputársela otro que se crea con mejor derecho para conocer, siempre que lo haga á instancia de parte legítima que no haya intervenido en el incidente ya resuelto (1), pues si intervino, quedó obligada dicha parte á pasar por la resolución firme que se hubiere dictado, sin que le sea lícito promover de nuevo la misma cuestión bajo ningún concepto.

Artículo 79.

Las declinatorias se sustanciarán como excepciones dilatorias, ó en la forma establecida para los incidentes.

Las inhibitorias por los trámites ordenados en los artículos que siguen.

Después de dictar las disposiciones que son comunes á los dos medios que concede el artículo 72 para promover las cuestiones de competencia, se determina en el 79 el procedimiento que ha de emplearse en cada uno de ellos. Aunque en la ley de 1856 no se consignó expresamente lo que en este artículo se ordena, se deducía de sus disposiciones. Y en la orgánica del poder judicial, después de establecer el procedimiento para las inhibitorias, se dijo en el art. 392 que "las declinatorias se sustanciarán en la forma que establezca para los incidentes la ley de Enjuiciamiento civil," olvidándose de que la forma más general de proponerlas y sustanciarlas era la de las excepciones dilatorias. Esta omisión queda subsanada por el artículo que estamos comentando.

"Las declinatorias, dice este artículo, se sustanciarán como excepciones dilatorias, ó en la forma establecida para los incidentes." Se indican los dos procedimientos, porque los dos pueden emplearse, no á elección de los litigantes, sino el que corresponda según las circunstancias de cada caso. Se sustanciarán como excepciones dilatorias cuando se propongan como tales en los juicios en que la ley lo permite y dentro del plazo que la misma determina, y en los demás casos han de sustanciarse en la forma establecida para los incidentes.

En los juicios ordinarios de mayor cuantía, la declinatoria, ó sea la excepción de incompetencia de jurisdicción, se sustanciará como dilatoria, por los trámi-

(1) De la decisión del Tribunal Supremo en una contienda jurisdiccional á favor de uno de los juzgados contendientes no puede inferirse que quedó establecida la competencia absoluta de este juzgado, de suerte que ya no pueda disputársela un tercero, si lo hay con mejor derecho para conocer. ("Sent. en comp. de 19 de Febrero de 1857.")