

sible de hecho ó de derecho continuar sustanciando la demanda principal.

La nueva Ley ha consignado este precepto en el último párrafo del art. 745, pero ha añadido dos casos más; uno el que se refiere á la nulidad de actuaciones ó de alguna providencia, y otro el que atañe á la personalidad de cualquiera de los litigantes ó de su Procurador por hechos ocurridos despues de contestada la demanda.

Estos dos nuevos casos de la Ley, exigen indudablemente una resolucíon ó pronunciamiento prévio: el primero, porque de la declaracion de validez ó nulidad de una actuacion ó providencia puede depender y depende la resolucíon final del asunto, y no puede resolverse ese incidente sin que de derecho haya una imposibilidad absoluta de sustanciar el pleito principal, toda vez que si se declara la nulidad seria ineficaz é inútil cuanto se hubiere declarado; y el segundo, porque estando incierta la personalidad de un litigante ó de un Procurador, se expondría á practicar acciones que despues pudiera ser preciso anular; y por tanto, esos casos están comprendidos en el tercer párrafo del artículo, que se refiere á cualquier otro incidente que ocurra durante el juicio, y sin cuya prévia resolucíon fuere absolutamente imposible de hecho ó de derecho la continuacion de la demanda principal; pero no obstante, y para evitar la menor duda, la Ley ha creído conveniente dejarlo consignado así expresamente.

Así, pues, para que haya lugar á paralizar la marcha de la cuestion principal, y el incidente se sustancie en forma de artículo de prévio y especial pronunciamiento, no basta que exista un obstáculo cualquiera; sino que es preciso que haya una imposibilidad absoluta, proveniente, ya de un hecho material, ya de una disposicion de derecho; es decir, que ambos procedimientos, el principal y el accesorio, se excluyan entre sí que el uno sea un obstáculo para la marcha del otro. Si no existe esa imposibilidad absoluta, habrá de estarse á lo que previene el art. 746 siguiente, de que despues nos ocuparemos.

La Ley no ha podido ser casuística. No ha podido fijar uno por uno los incidentes que tienen el carácter de artículos de prévio y especial pronunciamiento; ha fijado, á más de los que expresamente enumera, una regla general, precisa y terminante.

Aun cuando las partes al promover el incidente manifiesten que sobre él forman artículo de prévio y especial pronunciamiento, los Jueces no

deben sustanciarlo en esa forma, si á su juicio entienden que no opone obstáculo al seguimiento de la demanda, en cuyo caso, á pesar de aquella peticion, sustanciarán el incidente en pieza separada, sin suspender el curso de aquella.

Una cuestion se suscitó entre los comentaristas de la antigua Ley, respecto á si procedía ó no la apelacion de la providencia en que el Juez no diese lugar al incidente en la forma en que se solicite; esto es, si pidiéndose por la parte que se sustancie en la misma pieza de autos, por creerle de prévio y especial pronunciamiento, el Juez, entendiendo que no tiene este carácter, y que no se opone al seguimiento de la demanda principal, manda sustanciarlo en pieza separada sin suspender el curso de aquella, ó vice-versa; si se solicita la formacion de la pieza separada y el Juez acuerda su resolucíon prévia en la pieza principal.

Los Sres. Manresa y Reus creyeron incuestionable que procedía la apelacion, alegando las mismas razones que las alegadas para estimar que es apelable la providencia en que el Juez repela de oficio un incidente; porque ambas providencias causan estado é infieren gravámen y caen por tanto bajo la prescripcíon general; y que la apelacion procede en ambos efectos, porque como aquí ya no se trata de repeler el incidente, sino que estimándole procedente, se cuestiona sobre la forma ó manera de sustanciarle, debe admitirse libremente la apelacion, para que el Tribunal Superior, con todos los antecedentes á la vista, resuelva si la cuestion incidental afecta directamente á la prosecucion de la demanda, y es menester suspender ó no su curso, para resolver aquella.

La opinion de tan ilustrados comentaristas está fundada en sólidas razones; pero el silencio de la ley en este punto parece contrariar esa opinion, puesto que ese silencio parece intencionado. Los citados comentaristas relacionan, ó mejor dicho relacionaban, las disposiciones de la anterior Ley referentes á la denegacion ó repulsion de oficio de un incidente con las adoptadas para el caso en que el Juez no acceda á la tramitacion del incidente en la forma en que se solicite; y precisamente de esta relacion de ambos preceptos salta la duda. Para ambos casos nada preveía la Ley anterior y solo la jurisprudencia ó la opinion de los autores suplía el silencio del Legislador. Sobre ambas omisiones se suscitó la duda. Pues bien; la moderna Ley al consignar en su art. 743 el precepto del art. 338 de la Ley anterior, mandando repeler de oficio los incidentes, si así procede, consigna por un segundo párrafo, completa-



mente nuevo, que contra dicha providencia procederá el recurso de reposición, y si se desestimare el de apelación en un solo efecto. Es decir, que adoptó la opinión de los autores; y al tratar del segundo caso, esto es, del en que el Juez mande dar al incidente una tramitación distinta de la que se pida, nada dice, á pesar de conocer el Legislador las dudas que sobre esto ocurran, lo cual parece demostrar que no ha querido conceder recurso alguno. Pero, por otra parte, no puede ménos de considerarse esa providencia dentro del precepto general del art. 377, que dice que de las providencias y autos podrá pedirse reposición dentro de cinco días, y dentro del art. 380, que dispone que contra el auto resolutorio del recurso de reposición de las providencias y autos á que se refiere el art. 377 podrá apelarse dentro de tercero día. Y como las apelaciones, según el art. 383, se admitirán en un solo efecto en todos los casos en que no se halle prevenido que se admitan libremente ó en ambos efectos, no disponiéndose nada aquí sobre la apelación con arreglo á este artículo, es claro que sólo procedería en un solo efecto, lo cual echa por tierra la razonada opinión de los citados comentaristas, al sostener que debe admitirse en ambos efectos, y hace en muchos casos inútil la apelación, puesto que de admitirse en un solo efecto, la providencia se lleva á ejecución, y puede sustanciarse el incidente ínterin la apelación se resuelve; y como esta se refiere sólo á la forma y no al fondo, resuelto el incidente en el fondo, no habría términos hábiles para echar abajo la resolución del Juzgado, sin grandes gastos y dilaciones.

Este es uno de tantos puntos oscuros de la nueva Ley, que sólo la práctica y la jurisprudencia podrán aclarar, resolviendo las dudas que irremisiblemente han de suscitarse.

*Jurisprudencia.*—Tratándose de actos que precedieron á la publicación de la ley de Enjuiciamiento civil, es indispensable para resolver la cuestión que de ellos emane recurrir á las prescripciones de la legislación anterior, sin que por eso se infrinja el art. 339. (*Sent.*, de 4 de Diciembre de 1864.)

**Art. 747.** La pieza separada se formará á costa de la parte que haya promovido el incidente, y contendrá:

1.º El escrito original en que se promueva el incidente, ó testimonio del mismo y de la providencia en la parte necesaria, si aquel contiene otras pretensiones.

2.º Los documentos originales relativos al incidente que se hayan presentado con dicho escrito.

3.º Testimonio de los particulares que con referencia á los autos principales designe la parte que promueva el incidente, incluyendo también en él los que la contraria solicite que se adicionen, si el Juez los estima pertinentes. (*Ley ant.*, artículo 340.)

Aunque cuando la disposición de este artículo está tomada de la del 340 de la antigua Ley, su redacción, más amplia y minuciosa, la hace aparecer nueva.

Ordena en primer lugar que la pieza separada se formará á costa de la parte que haya promovido el incidente, disposición en un todo igual á la de la antigua Ley, disposición justa y conveniente.

La anterior Ley sólo decía que se formase la pieza separada con los insertos necesarios que ambas partes señalasen, precepto demasiado vago y que dió lugar á no pocas dudas.

Los señores Manresa y Reus no comprendían la razón de por qué la Ley había admitido aquí la facultad reguladora que en otros casos análogos concedía al Juez, como por ejemplo en las apelaciones admitidas en un solo efecto; que al mandar extender el testimonio para acudir á la superioridad, se dispone que este contenga, á más de los documentos que la parte apelante señale, las adiciones que el colitigante hiciese y el Juez estimase necesarias; y con efecto, este punto se ha resuelto en la nueva Ley, por el párrafo 3º del artículo que anotamos, de conformidad con la opinión de dichos comentaristas y de conformidad también con la justicia; porque ningún inconveniente hay en que el testimonio contenga cuanto solicite el que promueve el incidente, toda vez que á su costa se ha de formar la pieza separada; pero no sería justo que al colitigante se le diese omnímoda facultad para pedir la adición de cuantos documentos quisiese; porque si bien tiene derecho para que en la pieza separada se comprendan los particulares que sean peculiares á ella y sirvan para la mejor instrucción, no debe en manera alguna autorizarsele para que perjudique los intereses de su contrario, designando diligencias y documentos innecesarios para la resolución del incidente promovido. Así que la facultad concedida por este artículo al Juez para estimar la pertinencia ó impertinencia de los particulares que el colitigante pida que se adicionen en la pieza separada, es de todo punto conveniente y



de estricta justicia; y entendemos que para rechazar el Juez la inclusion de algunos particulares, no es necesario que la parte que ha promovido el incidente, por más que puede hacerlo, se oponga á esa inclusion, puesto que el artículo dice que estos particulares se adicionarán si el Juez los estima pertinentes. Podrá suscitarse cuestion entre las partes sobre la adición, cuestion que ha de resolver el Juez, pero repetimos que sin esa cuestion ó sin esa oposicion, puede éste rechazar los pedidos por el colitigante, si no los estima pertinentes.

Con respecto á los particulares que ha de contener la pieza separada, la antigua Ley ya hemos dicho que los dejaba al arbitrio de los litigantes, pero la nueva marca ó fija taxativamente los que ha de contener, que sin el escrito original en que se promueva el incidente ó testimonio del mismo y de la providencia en la parte necesaria si aquel contiene otras pretensiones; los documentos originales relativos al incidente que se haya presentado con dicho escrito, y testimonio de los particulares que con referencia á los autos principales designa la parte que promueva el incidente, incluyendo tambien en él los que la contraria solicite que se adicionen, si el Juez lo estima procedente.

Como se observará, la disposicion de la nueva ley, en el fondo, viene á ser lo mismo que la de la antigua, esto es, dejar á las partes la designacion de los particulares que ha de contener la pieza de autos; porque si bien en los dos primeros números de este artículo se fijan determinadamente algunos de los que esa pieza ha de contener, por el tercero da á las partes amplitud para pedir la inclusion de particulares, sin decir determinadamente cuáles han de ser estos. Y tal precepto lo encontramos justo; porque por muy casuística que hubiera querido ser la Ley, no hubiera nunca comprendido todos los particulares que en una pieza separada de autos fuera preciso incluir; y por otra parte, como el litigante que solicita la pieza ha de pagar las costas que la formacion de estas origina, y por otra la facultad del colitigante para pedir la adición ó inclusion está ya limitada por la concedida al Juez para estimar ó desestimar tal pretension, no hay inconveniente en dejar á las partes latitud para señalar los documentos y particulares que ha de contener la pieza de autos.

Art. 748. Esta designacion deberá hacerse por el que promueva el incidente dentro de los tres dias siguientes al de la notificacion de la providencia mandando formar la pieza sepa-

rada, y por la otra parte dentro de los tres dias posteriores, á cuyo fin se les pondrán los autos de manifiesto en la Escribanía.

Trascurridos dichos plazos sin haber hecho la designacion, el actuario llevará á efecto desde luego la formacion de la pieza separada con el escrito y documentos expresados en los números 1.º y 2.º del artículo anterior.

En todo caso se hará constar por nota en los autos principales la formacion de la pieza separada, y en ésta, que los Procuradores de las partes tienen acreditada su representacion en aquellos.

Este artículo es nuevo con relacion á la anterior Ley. Nada decia esta respecto al tiempo y forma en que las partes habian de hacer el señalamiento de los insertos, y la nueva Ley ha venido á llenar en parte la omision. Y decimos en parte, porque si bien trata del tiempo en que esto ha de hacerse, nada dice de la forma en que deberá practicarse.

Los comentaristas de la antigua Ley eran de opinion que con respecto al que promovía el incidente no podia haber duda de que habia de expresarlo en el mismo escrito en que proponía dicho incidente; y en cuanto al litigante contrario, como por la Ley no se le concedía traslado sino despues de formada la pieza separada, y como por otra parte para que se entendiera así, era preciso que comprendiese los insertos necesarios designados por las partes, era evidente que el señalamiento habia de hacerse ántes del traslado. La nueva Ley, siguiendo esta opinion, dispone que la designacion de particulares deberá hacerse por el que promueva el incidente, dentro de los tres dias siguientes al de la notificacion de la providencia mandando formar la pieza separada, y por la otra parte dentro de los tres dias posteriores, á cuyo fin se les pondrán los autos de manifiesto en la Escribanía. Es decir, que se concede un término de tres dias á cada una de las partes, pero no simultáneo, sino correlativo; el primero de tres dias inmediatos al de la notificacion de la providencia mandando formar la pieza separada, y el segundo de otros tres dias, inmediatos al en que espira el primero de dichos plazos. Pero entendiendo que no hay traslado alguno á la parte contraria de la peticion de particulares que haga el que solicita el incidente.

Respecto á la forma, por la letra estricta de la Ley parece que no puede hacerse la designacion por parte del que solicita el incidente, sino



en los tres dias siguientes al de la notificacion de la providencia mandando formar la pieza separada, y no ántes. Así, que hoy creemos que no puede sostenerse la opinion de que lo exprese en el mismo escrito en que proponga el incidente, porque el artículo dice que *deberá* hacerse dentro de los tres dias siguientes al de la notificacion de la providencia mandando formar la pieza separada, sino que ha de hacerlo en escrito posterior dentro de ese término. En cuanto á la parte contraria, tambien ha de hacerlo en el término que se le manda, y no ántes, y en un escrito encaminado á este fin, sin que haya traslado alguno, pues á este objeto se les ponen los autos de manifiesto en la Escribanía.

Si las partes dejan trascurrir dichos plazos sin hacer la designacion, el actuario llevará á efecto, desde luego, la formacion de la pieza separada con el escrito y documentos expresados en los números 1º y 2º del artículo anterior, haciéndose constar en todo caso, esto es, en el de que las partes designen ó no particulares, en los autos principales y por medio de nota la formacion de la pieza separada; y en esta que los Procuradores de las partes tienen acreditada su representacion en aquellos.

Esta última parte del artículo que anotamos es demasiado concreta y necesitaba mayor extension. Habiendo dicho la Ley en su art. 741 que los incidentes pueden promoverse en toda clase de juicios, con exclusion de los verbales, y diciéndose por la misma ley en su art. 4º que los interesados podrán comparecer por sí mismos en los juicios de menor cuantía, en los de árbitros y amigables componedores, en los universales y en otros; como pudiera suceder que en uno de estos juicios en que las partes ó una de ellas, por virtud de las facultades que le concede la Ley, se defendieran por sí propias, la prescripcion de que se consigne en la pieza separada la representacion de los Procuradores, no podria tener cumplimiento.

Hemos dicho anteriormente que sobre la inclusion ó exclusion de particulares podria promoverse cuestion entre las partes, que ha de decidir el Juez; pero la Ley no dice nada sobre el particular, puesto que no manda dar traslados hasta que la pieza está ya formada. Y como á las partes no puede negárselas el derecho de pedir reposicion de providencias ó de apelar de la negativa, por el principio general de la Ley, en este punto procederá la reposicion ó apelacion de la providencia admitiendo ó denegando la inclusion de particulares. Y por más que la Ley no habla nada de traslados, como por otra parte es un principio general

de la misma que de todo escrito se ha de presentar copia, por ella podrá la parte ver la peticion de la contraria, y si el Juez accede á ella y esta parte la estima improcedente, reclamar en la forma dicha contra la resolucion judicial.

Art. 749. Promovido el incidente y formada en su caso la pieza separada, se dará traslado á la parte contraria por término de seis dias, para que conteste concretamente sobre la cuestion incidental.

Si fuesen varias las partes litigantes, se concederá dicho término á cada una de ellas por su orden.

Se observará lo dispuesto en los artículos 515 y siguientes respecto á la presentacion y entregas de copias. (*Ley ant.*, art. 342.)

Este artículo está tomado del 342 de la anterior Ley con dos adiciones que constituyen sus párrafos segundo y tercero.

Dando ya la Ley por promovido el incidente, traza la sustanciacion que debe dársele. Y este artículo no solo se ocupa de los incidentes que exigen la formacion de pieza separada, sino que tambien su precepto va dirigido á aquellos otros que no requieren esta, y sí por el contrario una resolucion previa en la pieza principal, á los incidentes de previo y especial pronunciamiento. Por eso empieza el artículo diciendo: "promovido el incidente y formada la pieza separada en su caso." Es decir, que tanto un incidente como otro han de guardar las mismas formas. La diferencia solo está en el modo de preparar la accion.

El término de seis dias por que á la parte contraria se le da traslado del incidente, es el mismo que concedia la antigua Ley. Pero la moderna ha sido más previsora, y ha añadido que este traslado es para que conteste concretamente sobre la cuestion incidental, lo que evitará dilaciones y escritos improcedentes.

La antigua Ley decia, que de lo que el litigante expusiere se facilitará copia al que hubiere promovido el incidente; y aun cuando la moderna nada dice sobre esto, es indudable que así debe hacerse, por la razon ya dicha de que de todo escrito ha de presentarse copia que se entregará á la parte contraria.

La Ley ha previsto el caso de que sean varias las partes litigantes, y para este caso se concede dicho término á cada una por su orden, y



por último, consigna el artículo en su último párrafo, aunque no lo creemos necesario, que se observe lo mandado respecto á la presentacion y entrega de copias.

El párrafo 2º de este artículo suscita una duda de importancia. Dispone que cuando sean varias las partes litigantes se concederá el término de seis dias para traslado á cada una de ellas por su orden. Lo cual hace suponer que han de entregarse los autos del incidente originales, porque la misma Ley al tratar del juicio de mayor cuantía, dispone en su artículo 529 que cuando los demandados sean varios, el término para comparecer á contestar á la demanda comenzará á correr y contarse respecto de todos, y que personado en forma el demandado se le tendrá por parte, mandándole que conteste á la demanda dentro de 20 dias, y que este término será comun para todos los demandados cuando sean varios; y al ocuparse del juicio de menor cuantía ordena que cuando sean dos ó más los demandados deberán contestar á la demanda juntos ó separadamente en el término señalado, que será comun para todos; y solo en el caso en que por exceder de 25 pliegos algun documento no se acompañare copia y deban entregarse los autos originales, se concederá al primero de los demandados el término fijado, y á los demas el de diez dias en el juicio ordinario y el de seis en el de menor cuantía, á cada uno.

Parece, pues, que el término que aquí se concede debia ser comun y simultáneo para todos y no sucesivo; y lo corrobora el párrafo tercero del artículo que examinamos, que dispone que se observe lo dispuesto en los artículos 515 y siguientes, respecto á la presentacion y entrega de copias. Luego si han de entregarse tantas copias de escritos y documentos cuantas sean las otras partes litigantes, ó estas copias no tienen objeto alguno, ó significa que se han de entregar en vez de los autos originales. Y si esto es así, no hay inconveniente alguno en que el término para contestar sea simultáneo, puesto que todos los colitigantes tendrán al mismo tiempo esas copias y por ellas podrán contestar.

Es, pues, para nosotros indudable que se han de hacer los traslados por medio de copias y no por los autos originales. Pero en cuanto al término, la Ley dispone de una manera clara y terminante que se conceda á cada uno el de seis dias por su orden, y así habrá de hacerse,

entendiéndose que este término es prorogable, puesto que su próroga no está expresamente prohibida por el artículo.

Si el colitigante deja trascurrir los seis dias sin contestar ni pedir próroga de término, se dará por evacuado el traslado y por contestado el incidente. Y esta contestacion debe formularse del mismo modo que la demanda incidental, presentando igualmente los documentos y sus copias, ó haciendo la designacion correspondiente.

Art. 750. En el escrito promoviendo el incidente, y en el de contestacion, deberán las partes solicitar que se reciba á prueba, si la estiman necesaria. (*Ley ant., art. 343.*)

Este artículo no puede dar lugar á duda alguna, porque aun cuando dice que las partes soliciten el recibimiento á prueba, si la estima necesaria; se entiende que se hace así cuando lo pida una sola. Lo que el artículo ordena es que si la parte que ha solicitado ó promovido el incidente estima necesaria la prueba, pida su recibimiento en el escrito en que promueva el incidente, y que si el colitigante ó colitigantes la juzgan tambien necesaria, la haya pedido ó no su contrario, la soliciten en el escrito de contestacion.

Art. 751. Si ninguna de las partes hubiere pedido el recibimiento á prueba, el Juez, sin más trámites, mandará traer á la vista los autos para sentencia, con citacion de aquellas. (*Ley ant., art. 344.*)

Entre este artículo y su correspondiente de la antigua Ley hay diferencias notables, estando, en nuestro concepto, la razon y la claridad de parte de esta Ley y no de la moderna.

Disponia la Ley de 1855 que si ninguna de las partes hubiera pedido prueba, mandaria el Juez traer á la vista los autos para sentencia, y si despues de mandado se pidiera, seria denegada. La Ley que anotamos ha hecho una supresion y una adicion al artículo de la antigua. La supresion consiste en las palabras "será denegada," refiriéndose á la prueba pedida despues de mandar traer los autos á la vista para sentencia, y la adicion consiste en disponer que se traigan los autos á la vista con citacion de las partes.

Respecto de la supresion, se comprende que debe denegarse la prueba pedida despues de traer los autos á la vista, puesto que el artículo anterior dispone que esa peticion se haga en los escritos promoviendo