

ros compradores, no ya por aplicación del art. 1,792, pero como consecuencia del art. 2,279.

*Núm. 3 ¿Debe ser absoluta la identidad?*

56. Es de principio que la identidad no deba ser absoluta. Todos admiten que los cambios sucedidos en el cuerpo que hacía el objeto de la primera demanda no impiden, bajo el punto de vista de la cosa juzgada, que sea el mismo de la segunda, aunque haya recibido aumentos ó sufrido disminuciones. Este es el principio del derecho romano; se les cedía en la antigua jurisprudencia, y el art. 1,351 solo consagraba la tradición. (1)

57. La aplicación del principio levanta una dificultad que ha dado lugar á una activa controversia. Pothier enseña, conforme al derecho romano, que la cosa demandada es la misma cuando ha hecho parte de la que se obtuvo en la primera sentencia, porque la parte está comprendida en todo; y aplica este principio á todas las cosas, objeto corporal, cantidad ó derecho. Toullier reproduce como una regla absoluta el principio así explicado. "Se supone, dice, que el objeto de la segunda acción es el mismo que el de la primera, si después de solicitar un todo por aquella, pido por la segunda una cosa que era parte de ese todo; ya sea que trate de un cuerpo, de una cantidad ó de un derecho, poco importa, pues en todos los casos hay lugar á la excepción de la cosa juzgada. Por ejemplo, he pedido primero la totalidad de un fondo, pido en seguida una parte indeterminada ó indivisa; la segunda demanda será rechazada por la excepción de cosa juzgada, porque implícitamente es comprendida en la primera; esta es la aplicación de la máxima lógica que la parte está comprendida en el todo." M. Colmet de San-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 889. Toullier, t. V, 2, pág. 123, núm. 145, Aubry y Rau, t. VI, pág. 495, nota 62.

terre abunda en estas mismas ideas. Pedir el todo, dice, es poner en cuestión cada parte, de manera que hay identidad de objeto entre pretensiones relativas; una á la totalidad y otra á una parte de un bien. (1)

58. Marcadé atacó esta doctrina. Si se entiende el principio en un sentido absoluto como lo harían los matemáticos, Marcadé tiene razón. Bajo el punto de vista matemático, es evidente que la parte está comprendida en el todo. Pero la cuestión es de saber si esta máxima es aplicable á las relaciones jurídicas, y particularmente á la cosa juzgada. Pues bien, las relaciones de la vida que hacen el objeto del derecho, nada tienen de absoluto, y la cosa juzgada, particularmente se funda en cada caso en motivos de hechos: Si el primer juez conoció la contestación llevada ante el segundo, hay que ver lo que fué pedido al primer juez, lo que fué debatido ante él y lo que fué decidido. Y hay una infinidad de gradaciones en las diferentes especies, hay que tenerlas en cuenta para determinar lo que fué primitivamente sentenciado y lo que se vuelve á poner en tela de juicio. Esto basta para que deba desecharse toda fórmula absoluta. Pido en una primera instancia un fundo en totalidad; el juez decide que no soy su propietario. Por una nueva acción, pido la tercera parte del fundo, ó una parte especial, ó una pradera, un bosque, haciendo parte de este fundo: ¿Puede rechazármese por autoridad de cosa juzgada? Si se admite el principio matemático, que el todo comprende la parte, hay que decir que sí. Pero la contestación será muy diversa si se remonta uno al fundamento racional de la cosa juzgada. ¿Qué pedí al primer juez? La propiedad de todo el fundo; esta es la cuestión que se debatió ante él y que fué decidida contra mí. Pido en seguida la tercera parte de ese dominio ó una pradera que hace parte de él. ¿La prime-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 890. Toullier t. V, 2, pág. 123, núms. 146 y 147. Colmet de Santerre, t. V, pág. 626, núm. 328 bis 8°.

ra sentencia decidió que yo no era propietario de la tercera parte del fundo ó de la pradera? Mis conclusiones no versaban acerca de esta tercera parte ni acerca de esta pradera, la cuestión no ha sido debatida ante el primer juez; es, pues, imposible que la haya decidido. Se dice que la decidió implícitamente: Negándome el todo me negó todas las partes de ese todo. Aquí está el nudo de la dificultad. Había decisión implícita si al adjudicarme el todo, la decisión tenía por consecuencia necesaria adjudicarme todas las partes que componen ese todo. Y no sucede así. Puedo, en efecto, no ser propietario de todo el fundo y tener la propiedad de su tercera parte ó de una pradera dependiente de él. Se insiste y se dice que si el segundo juez me adjudica la tercera parte ó la pradera, me adjudica lo que me negó el primero; este es el mismo argumento bajo otra forma. Contestamos: Nó, el primer juez no me negó la tercera parte ni la pradera, porque no se las había pedido; si se las hubiera yo pedido, hubiera habido dos cuestiones: ¿Soy propietario de todo el fundo, y si no lo soy cuando menos seré el dueño de la tercera parte ó de la pradera? Si tales hubieran sido mis conclusiones, el juez hubiera podido muy bien adjudicarme la pradera á la vez que negarme el todo. Luego no hay identidad en las dos demandas y, por consiguiente, el segundo juez puede adjudicarme la segunda, aunque el primer juez me haya negado la primera. (1)

59. La crítica de Marcadé no encontró favor; combatía un principio absoluto, y, se dice, el principio jamás ha sido entendido en el derecho romano en un sentido absoluto. (2) Dejemos á un lado el derecho romano; lo que hemos dicho de la doctrina basta y sobra, pues la vida real ignora los debates que se van á buscar en los textos del Digesto. Nos limitaremos á contestar una objeción hecha por

1 Compárese Marcadé. t. V, págs. 167, 169, núms. 3 y 4 del artículo 1,351.

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 495 y nota 63.

los señores Aubry y Rau y reproducida por el señor Colmet de Santerre.

Marcadé dice que la sentencia que desecha una demanda por pago de 20,000 francos, no se opone á la reclamación ulterior por 2,000 ó 1,200 francos en virtud de la misma causa. Esto es un error evidente, dicen los editores de Zachariæ, porque aquel que reclama la ejecución íntegra de una obligación, trae la contestación en todas y cada una de las partes y cantidades que la componen. Esta crítica también nos parece demasiado absoluta; no creemos necesario entrar en el debate; los señores Aubry y Rau agregan que el sistema de Marcadé entrañaría la posibilidad de una serie indeterminada de demandas fundadas en la misma obligación; lo que es manifiestamente contrario á la razón de utilidad pública en vista de la cual fué establecida la cosa juzgada. La objeción se coloca exclusivamente en el terreno del interés general, que pide que no se multipliquen inútilmente los procesos. ¿Es esta precisamente la teoría de la cosa juzgada? Puedo intentar veinte acciones todas con el mismo objeto, siempre que las funde en causas diferentes. Luego el principio de la cosa juzgada no tiene por objeto evitar la multiplicidad de los procesos, tiene por objeto impedir un nuevo proceso acerca de una cosa que ha sido ya sentenciada. Si la cosa no fué sentenciada, no hay otro interés individual á la vez que general, que exija que se admitan las acciones sucesivas que una misma parte promueve contra el mismo demandado; este interés es el más precioso de los derechos, es el de la defensa (núm. 39). En la doctrina que combatimos, se sacrifica este interés y este derecho á la utilidad pública; en nuestro concepto, no hay utilidad pública contra el derecho.

60. Tenemos prisa de llegar á la jurisprudencia. La segunda demanda puede ser idéntica con la primera, aunque el monto pecuniario de ambos litigios no sea el mismo. Por

una primera sentencia, unos socios comanditarios fueron condenados á pagar la cuarta parte vencida de las acciones que habían subscripto. La sentencia se funda en que el acta de sociedad en comandita era válida y obligatoria para todos. Nueva demanda tendiendo al pago de las tres cuartas partes restantes de las mismas acciones y contra los mismos asociados. La sentencia opuso á los demandados la cosa juzgada. Recurso de casación. La Corte decidió que la segunda demanda era la misma, aunque la cantidad fuera diferente, pues el objeto de esta demanda era la ejecución de este mismo contrato y el pago de la misma deuda; los demandados renovaban, pues, en un segundo plazo, la pretensión de no deber que había sido desechada cuando la primera; por consiguiente, volvían en tela de juicio lo que había sido sentenciado ya. De donde resultaba que la sentencia atacada había hecho justa aplicación del art. 1,351, rechazando esta pretensión por la autoridad de la cosa juzgada. (1)

61. Duranton, quien admite también el principio de que la sentencia por el todo da cosa juzgada en cuanto á las partes que lo componen, da el ejemplo siguiente, después de haber pretendido de una manera general que os habeis obligado á no construir en tal terreno, y sin embargo, haberlo hecho; pretendo después, que no teneis el derecho de construir sino á veinte metros de distancia de mi fundo. Hay cosa juzgada, dice Duranton. Un caso análogo fué presentado ante la Corte de Casación, quien lo decidió en sentido contrario.

Una venta de terreno fué hecha con la cláusula siguiente: "Con condición que no podrá ser hecha ninguna construcción en dicho terreno sino por el lado de la calle de Richelieu, sin que pueda ser construido nada en el resto de dicho terreno, particularmente por el lado del jardin de los vendedores, bajo cualquier pretexto ó por cualquiera cau-

1 Denegada, 20 de Diciembre de 1830 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 112).

sa." Habiendo abierto una nueva calle, los legatarios del adquirente creyeron ser librados de la servidumbre y pretendieron tener el derecho de levantar una construcción por la calle de Vivienne. La Corte de Paris desechó sus pretensiones: "La abertura de la nueva calle que limita la herencia, da al propietario el derecho de hacer en su muro de cercado, aberturas para dicha calle, pero la abertura de una calle no extingue la servidumbre que grava el terreno heredado, ni le da, por consiguiente, derecho para levantar construcciones en dicho terreno en la línea de la misma calle." Posteriormente, el propietario del fundo construyó piezas para hendirlas en el antiguo muro de cerca. Nuevo proceso. El propietario del fundo dominante, sostuvo que había cosa juzgada en cuanto á toda clase de construcciones que se quisieran hacer en el terreno gravado con la servidumbre de no construir. La Corte de Paris decidió que no había cosa juzgada. En la primera sentencia, dice la Corte, se trataba de librarse de toda servidumbre; el propietario sirviente, reclamaba el derecho de levantar construcciones otras que la pared sirviendo de cerca que existía en aquella época. En la instancia actual, se trataba únicamente de la explotación útil de dicha pared, dándole profundidad y practicando aberturas por la vía pública, sin levantar la construcción. La Corte concluyó que el objeto de las dos demandas no era el mismo, y que, en consecuencia, no había cosa juzgada.

Recurso de casación fundado en la violación del art. 1,351. El demandante invocaba el principio tradicional que la parte está comprendida en el todo; y concluía con la doctrina, que hay cosa juzgada cuando en una segunda instancia se pide una parte únicamente de lo que fué pedido en la primera. Invocaba también la razón que hizo establecer la cosa juzgada, la de poner fin á los procesos. Pues bien, ¿de qué se trataba en la primera instancia? De construcciones

para levantar en un terreno gravado con la servidumbre de no construir. ¿De qué se trataba en la segunda instancia? De construcciones también aunque no tan considerables; se pedía, pues, lo menos después de haber solicitado lo más y después que había sido sentenciado que no se tenía ese derecho; el derecho menor está comprendido en el derecho más grande; luego la sentencia que desecha á aquel, también desecha al otro implícitamente.

La Corte de Casación resolvió que no había cosa juzgada. Transcribimos el considerando, porque asienta el principio, que, si no está formulado en los mismos términos que el nuestro, nos parece, sin embargo, idéntico en el fondo: "La demanda general por la que se pide un derecho absoluto y sin límites, es enteramente diferente de una demanda especial, por la que se reclama un derecho determinado, *distinto del primero y del que no fué cuestión cuando la primera sentencia.*" De esto, la Corte de Casación concluyó que la disposición general de la primera sentencia que desechó la *demanda general*, no desechaba de ningún modo la *demanda oficial*, con relación á la que las partes nada habrían reclamado, y el juez no habría sentenciado nada. (1)

Marcadé invoca esta sentencia en apoyo de su doctrina. Los señores Aubry y Rau, dicen que es extraña á la cuestión del *total* y de la *parte*. En efecto, la Corte de Casación evitó el servirse de la terminología tradicional; en lugar de hablar del *total* y de la *parte*, habla de una disposición *general* y de una disposición *especial*. ¿Nó es esto por respeto á la tradición, y para ponerse en oposición con la doctrina generalmente aceptada? En verdad, se trataba de una sola y misma servidumbre, la de construir; esta servidumbre es más ó menos extensa; comprende, pues, un más y un menos; la prohibición de construir puede ser absoluta y puede ser limitada. Pues bien, ¿qué decía la primera sentencia?

1 Denegada, 30 de Marzo de 1837 (Daloz, *Cosa juzgada*, núm. 173).

Decidía que la prohibición era absoluta, lo que implicaba aún la servidumbre de no construir ni la pared del cercado. ¿Y qué decía la segunda sentencia? Que el propietario del fundo serviente podía levantar barracas hasta la altura de la pared del cercado. La primera, al decidir que la prohibición era total, comprendía la prohibición parcial, ni se admite la doctrina tradicional. Es en vano apearse á la disposición de la primera sentencia que declaraba que el propietario sirviente, podía practicar aberturas en la pared del cercado; tenía este derecho, puesto que limitaba la calle; pero una cosa es abrir puertas y ventanas y otra es construir piezas.

Si los jueces no aplicaron en este caso la doctrina tradicional, es que retrocedieron ante la iniquidad á la que conducía. En nuestro concepto, la primera sentencia dejaba la cuestión entera, en el sentido de que á la vez que declaraba que el fundo estaba gravado de una servidumbre de no construir, no impedía que el segundo juez declarase que la convención permitía construir hasta altura de pared en caso de que se abriera una calle; lo más puede ser prohibido sin que lo menos lo sea. Se pueden cuando menos interpretar así las sentencias.

62. En opinión general, la sentencia acerca del total implica decisión en cuanto á la parte, porque ésta se encuentra en el todo. ¿Qué debe decidirse si la primera sentencia versa sobre la parte, y que en una segunda instancia se pide por el todo? El todo no está comprendido en la parte, contesta Toullier; luego se puede, sin violar la cosa juzgada, demandar por una segunda acción, el todo de que se había pedido la parte en una primera. (1) Esto parece lógico, en efecto, cuando se raciocina momentáneamente; pero la lógica lleva frecuentemente la desgracia á las malas causas porque descubre su debilidad; llevando el argumento mate-

1 Toullier, t V, 2, pág. 126, núm. 153.

mático hasta sus últimas consecuencias, se ve que hasta el principio es falso. La opinión de Toullier ha quedado aislada. Duranton dice que si es una parte lo que fué primeramente pedida y si después se demanda el todo, la excepción de la cosa juzgada podía ser opuesta, porque desde que ha sido resuelto que el demandante ni siquiera tenía derecho á una parte de la cosa, quedó sentenciado por esto mismo que no tenía derecho al todo, puesto que comprende la parte; y si obtuviera el todo, también obtendría la parte que se le había negado. (1) En otras sentencias, y para aplicar nuestro principio, hay que decir que si la primera sentencia ha negado al demandante la tercera parte de la cosa, una segunda sentencia no puede concederle el todo, puesto que concedería la tercera parte ya solicitada y que el juez decidió no pertenecerle; habría, pues, contradicción entre ambas decisiones, lo que prueba que la segunda viola la cosa juzgada por la primera.

Hay una sentencia en el sentido de la opinión general. Una viuda vuelta á casar, cede con su marido, en calidad de tutora de un hijo del primer matrimonio, los derechos que su pupilo tenía en la sucesión de su padre y de su hermano consanguíneo. En ejecución de esta cesión, el cesionario reclamó ciertos objetos muebles que estaban comprendidos en ella. El Tribunal, fundándose en la nulidad de la cesión le negó la demanda. Por una nueva acción, el cesionario pidió la ejecución entera de la cesión. La Corte de Limoges juzgó que había cosa juzgada; es verdad que el primer juez había estatuido acerca de las cosas particulares que eran objeto del litigio, pero consagrando una de las consecuencias necesarias de la nulidad de la cesión, estatua implícitamente acerca de la integralidad del derecho reclamado por el demandante. En nuestra opinión, la cosa juzgada es igualmen-

1 Duranton, t. XIII, pág. 489, núm. 464. Aubry y Rau, t. VI, página 496, núm. 96.

te evidente. Si el segundo juez hubiera concedido la demanda tendiendo á la ejecución íntegra de la cesión, hubiera decidido que el cesionario tenía derecho á todos los objetos comprendidos en la cesión; luego aquellos que el primer juez le había negado. Hubiera, pues, habido contradicción entre ambas decisiones; es decir, que la segunda hubiera violado la cosa juzgada por la primera.

ARTICULO 2.—*La misma causa.*

Núm. 1. *Definición.*

63. La segunda condición exigida por el art. 1,351 para que haya cosa juzgada, es que la demanda esté fundada en la misma *causa*. ¿Qué se entiende por *causa*? El Código no define la palabra; de donde grandes dificultades en la aplicación. Como se trata de una materia tradicional se ocurre naturalmente á la tradición. Pero la tradición solo oscurece el debate. Pothier no dice lo que es la *causa*; establece una diferencia entre las acciones reales y las acciones personales; (1) y todos los autores están acordes en decir que esta distinción, tomada del derecho romano, no recibe ya aplicación en nuestro Código francés. Esto prueba que la tradición es un mal guía en esta materia.

Se lee en una sentencia que comprueba la tradición francesa: “En medio de las incertidumbres que ofrecen las numerosas decisiones de la jurisprudencia antigua en esta materia hay, sin embargo, tres reglas que pueden ponerse para resolver la excepción de cosa juzgada que conciernen á la acción en abandono.” Así, la Corte de Montpellier no encuentra definición, tampoco encuentra principio aplicable á todas estas acciones; solo establece algunas reglas para las demandas en abandono; y todavía esas reglas son contestables. En primer lugar, un título que no existía cuando la primera instancia, constituye una *causa* nueva. En segundo

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 894.