

LIBRO TERCERO

Presupuestos procesales no concernientes a los sujetos.

Excepciones procesales (1)

§ 38.

Excepción de litispendencia.

I. *Concepto*.—Así como el mismo litigio no puede ser decidido más de una vez (*exceptio rei judicatae*), tampoco puede estar simultáneamente pendiente más de una relación procesal entre las mismas personas acerca del mismo objeto. El demandado por lo tanto puede excepcionar que el mismo pleito está ya pendiente ante el mismo o diferente juez, para que el segundo sea objeto de una sola decisión por parte del juez *primeramente adido* (Código civil, artículo 104). De la *exceptio rei in iudicium deductae* que se liga al principio de la consumación procesal, derivase la *exceptio litis pendentis*.

II. *Litispendencia y cosa juzgada* (2).—El fundamento de las dos excepciones es común en parte: *evitar una duplicación inútil de la actividad pública*. De aquí que normalmente existe un paralelismo entre las dos excepciones (§ 12); en particular tienen de común la condición de la identidad de los pleitos que se determina en ambos casos según los principios de la identificación de las

(1) §§ 3 y 11.

(2) HELLWIG, *Lehrbuch*, pág. 180 y sigs.

acciones (§ 12). Poco importa que los dos pleitos procedan de demandas concebidas en forma diferente o en formas de procedimiento distintas: por ej., la acción de declaración positiva produce litispendencia incluso respecto de la demanda de declaración negativa y viceversa; la acción en juicio ordinario produce litispendencia respecto de la acción propuesta en procedimiento excepcional (ej., por el art. 379, Cód. proc. civ., § 41, I). Pero la excepción de litispendencia concédese frente una simple *demanda*, mientras que la de cosa juzgada supone una *sentencia* ya producida, y por lo mismo, se funda predominantemente en el motivo de que el Estado no debe permitir que un bien ya reconocido por él pueda ser disminuído o perjudicado por una nueva decisión suya (§ 1); por consiguiente, el paralelismo entre las dos excepciones no es absoluto.

a) La excepción de cosa juzgada debe elevarse de oficio (§ 78), y por esto mismo no es una excepción en sentido propio (§ 11). En cambio la litispendencia no puede elevarse de oficio (Cód. procesal civ., art. 188), y por esto da lugar a una verdadera excepción (1).

b) Hay casos en los cuales la cosa juzgada excluye también la acción de personas que no han sido partes en el pleito (§ 12). Esta desviación de las reglas de la identificación de las acciones no se extiende a la litispendencia, por que, por ej., si diferentes socios impugnan separadamente una deliberación de la Junta general (Cód. com., art. 163) las diversas demandas no son *idénticas*: podrán sólo estar unidas por *conexión*.

También hay casos en los cuales la cosa juzgada excluye acciones sobre un objeto diferente, por la dependencia en que éste se encuentra con el objeto de la sentencia; rechazada la acción de declaración, puede ser excluída la acción de condena; rechazada la demanda de la parte, puede ser excluída la demanda del todo. Al contrario en estos casos no habría litispendencia entre las *demandas* precisamente por ser diferentes: la litispendencia tiene lugar

(1) Lo contrario dispone el Reg. austriaco, § 240. En Alemania, en cambio, la opinión dominante considera la litispendencia como una excepción verdadera y propia; en contra KOHLER, *Prozessrechtliche Forschungen (Investigaciones de derecho procesal)*, pág. 99, y otros. Véase sobre esto SCHMIDT, 2.^a ed., pág. 671 al fin.

sólo cuando la primera demanda contiene a la segunda; en otro caso no hay más que conexión.

c) Mientras puede fundarse la excepción de cosa juzgada también en la sentencia extranjera, no puede excepcionarse la litispendencia respecto de un pleito pendiente ante tribunales extranjeros (1). Si cuando se ha obtenido una sentencia en el extranjero hay motivos para que el Estado lo asuma como sentencia propia (§ 81), no existen para que se haga cargo del simple empleo de actividad judicial extranjera en un pleito aún no definido.

III. *Litispendencia y conexión.*—Mientras que la declinatoria del fuero por la simple conexión de pleitos puede producir pérdida de competencia en un juez y adquisición de competencia en otro (§ 31), la excepción de litispendencia sólo impide que se provea varias veces separadamente *en el mismo pleito*. Por consecuencia:

a) A diferencia de lo que ocurre en caso de conexión (§ 31), si el segundo pleito está en primer grado y el primero en segundo grado, el segundo pleito podrá ser enviado al juez de segundo grado que conoce del primer pleito, porque en este caso no puede decirse que el segundo pleito quede así privado de un grado de jurisdicción, habiendo sido ya juzgado el mismo litigio en primer grado por el primer juez.

b) En caso de conexión, la pérdida de competencia en el segundo juez tiene lugar sólo si el primero es competente para conocer del primer pleito; por consecuencia, el segundo juez antes de desprenderse del pleito debe examinar si el primer juez es competente (2). Por el contrario la pendencia de pleitos incluso ante

(1) Esta es la opinión dominante en Italia; no obstante, es inexacto afirmar como algún autor nuestro, que todos los escritores extranjeros la adoptan sin discusión; al contrario, todos los escritores alemanes, excepto alguno como HELLWIG, *Lehrbuch*, pág. 178, admiten también la litispendencia respecto de los tribunales extranjeros. Sobre el tema en general véase VENZI, *Della giurisdizione nei rapporti di diritto internazionale privato*, en el *Foro ital.*, 1904, pág. 1451; GHIRARDINI, *La litispendenza nel diritto processuale civile internazionale*, en la *Rivista di diritto internazionale*, 1907, pag. 229 y sigs.; ANZILOTTI, en la *Rivista di dir. intern.*, 1910, pág. 153.

(2) PESCATORE, *Sposizione compendiosa della proc. civ.*, I, pág. 301, enseña la misma máxima también para el caso de litispendencia.

un juez incompetente da derecho a pedir el envío del segundo pleito al primer juez, porque no debiendo haber pendiente sobre el mismo pleito más que una relación única, debe haber un juez único también para la declaración de competencia (1); puesto que siendo todo juez competente para conocer de la propia competencia (§§ 17 y 26), hay siempre la posibilidad de que el primer juez se declare competente y pronuncie en el fondo.

IV. *Regulación de la competencia.*—Además de la declinatoria del fuero por litispendencia, puede proponerse también en este caso la demanda de regulación de competencia, según las normas de los arts. 108 y sigs. antes examinadas (§ 32). Si los pleitos pendan ante la misma autoridad judicial se provee a la reunión conforme al art. 31, R. D. 31 Agosto 1901.



(1) STRUCKMANN y KOCH, *Commentario*, § 263, núm. 4; SCHMIDT *Lehrbuch*, pág. 838, (2.ª ed., pág. 416 y 666); HELLWIG, II, pág. 24, III; en contra: WEISMANN, I, § 89, III.

§ 39.

Otras excepciones de inadmisibilidad de la demanda

I. Compromiso, conciliación, autorización para proceder pendenza de litigio prejudicial.

I. Compromiso.—Hemos examinado ya el compromiso (§ 4), y visto como de él nace una excepción de renuncia al conocimiento judicial. Esta no es una excepción de fondo, sino una excepción procesal; sin embargo, tiene un carácter particular porque su resultado puede ser parcialmente favorable al demandado, en cuanto la sentencia que la acoge, aunque no niegue la acción, admite también que el demandado hállese exento de la acción adversaria mientras que el compromiso está en vigor. Así se explican las incertidumbres de la práctica en el tratamiento de esta excepción (1).

II. Conciliación.—En cuanto el actor tenga la obligación, antes de promover pleito, de intentar la conciliación ante el órgano correspondiente, el demandado podrá excepcionar la falta de tentativa de conciliación, impidiendo que se proceda en el pleito. Conforme a cuanto hemos dicho hablando de la conciliación (§ 823), esto en Italia solo excepcionalmente ocurrirá (2). En cambio en Francia, es la regla general (Cód. proc., art. 48 y sigs.), y se considera que la citación no precedida de la demanda en conci-

(1) Por ej., en el procedimiento formal ¿deberá proponerse por el trámite de los incidentes? Negativamente Corte de ap. de Venecia, 21 Octubre 1873, en el *Monitore giudiziario*, III, 82.

(2) A los casos allí enumerados añádase el de las contiendas *barraccellari* (R. D. 14 Julio 1898, art. 53, pág. 443).

liación (cuando es necesaria) es nula hasta el punto de no interrumpir la prescripción (1).

Es afín a la tentativa de conciliación la obligación de recurrir antes del pleito en vía jerárquica a la administración pública respecto de la cual se sostiene un derecho; tenemos un caso de esta obligación en el art. 137, L. 20 Mayo 1897, sobre las tasas de registro; pero de ahí no se deriva una excepción de inadmisibilidad de la acción, sino únicamente la consecuencia de que obrando en juicio antes del recurso administrativo o antes de que transcurran *cuarenta* días desde su presentación, la parte actora si vence no obtendrá la condena en los gastos de la administración. En cambio, una verdadera excepción de inadmisibilidad se deriva del art. 10 de la ley 12 Julio 1906, reproducido en el art. 45 de la L. 7 Julio 1907, que dispone: «no puede promoverse acción judicial (contra la administración de los ferrocarriles) antes de que el interesado haya presentado reclamación en vía administrativa y hayan transcurrido *cuarenta* días de la presentación de la reclamación misma».

Análogamente la acción popular referente a Obras pías no puede introducirse si no ha sido preanunciado con recurso notificado al prefecto *treinta* días antes por el actual actor o por otra persona que creía obrar, de cuyo recurso debe ser hecha mención en el acto inicial (L. 17 Julio 1890 sobre O. P., art. 83, Reglamento 5 Febrero 1891 de dicha ley, art. 117 y sgs). Los recursos en los casos de que trata el art. 23, núm. 5, de la ley sobre Consejo de Estado, texto único, 17 Agosto 1907 (p. 361), no pueden proponerse antes de los treinta días siguientes al en que la autoridad administrativa incurrió en mora de proveer (art. 90, Regl. de proc., 17 Agosto 1907, núm. 642). Las demandas judiciales para revisión del juicio acerca de la indemnización por accidentes del trabajo no pueden proponerse antes de haber solicitado nueva liquidación a la entidad aseguradora que debe proveer sobre la dicha instancia en

(1) DURANTON, vol. XX, núm. 266. La ley francesa sobre organización municipal, 5 Abril 1884, art. 124, prescribe que ninguna acción, excepto las posesorias, puede ser intentada contra un Ayuntamiento, si antes no se presenta al prefecto o subprefecto un recurso exponiendo el objeto y los motivos de la reclamación, y transcurren dos meses desde el recibo de la presentación, bajo pena de nulidad. Aquí, según parece, no hay una excepción, sino verdadera falta de un presupuesto procesal.

el término de un mes (Regl. 13 Marzo 1904, art. 117) (1)

La falta de la instancia previa administrativa no puede ponerse de manifiesto de oficio por el juez (2). Y que la caducidad del término ocurra durante el pleito no subsana el defecto de la *impestividad* de la demanda judicial. Los principios del *jus superveniens* (§ 5), no son aplicables a los defectos del proceso, puesto que en cuanto a la relación procesal lo importante es que exista en el momento en que conviene decidir si existe; pero la relación procesal debe estar válidamente constituida en el momento de la demanda

III. *Autorización para proceder.*—Cuando la acción en juicio debe ser autorizada, por consideración al objeto del pleito, o a cargo que ejerce el demandado, éste tiene una excepción de inadmisibilidad en tanto la autorización no sea concedida. Así el prefecto, el subprefecto, el alcalde, no pueden ser llamados a rendir cuentas del ejercicio de sus funciones a no ser por la superior autoridad administrativa, ni sometidos a procedimiento por algún acto de tal ejercicio sin autorización del Rey, previo dictamen del Consejo de Estado. (L. municipal y prov., arts. 8, 157) (3). En cuanto a las autoridades judiciales y a las oficiales de Ministerio público, dispone en otro sentido el art. 286, Cód. proc. civ., (p. 482).

IV. *Pendencia de cuestión prejudicial.*—La pendencia de un litigio prejudicial produce a veces impedimento para la proposición de una demanda. Así la pendencia de la acción penal respecto del ejercicio de la acción civil ante el juez civil (Cód. proc. penal art. 4, p. 331).

(1) Acerca del último caso, v. Ap. de Bolonia, 11 Diciembre 1908 en el *Foro ital.*, 1909, pág. 332, Ap. Nápoles, 23 Julio 1909, en el *For. italiano*, 1909, pág. 1476; Cas. Roma, 4 Oct. 1909 en el *Foro ital.*, 1909, pág. 1374.

(2) En este, como en los casos análogos, la carga de la prueba del demandado está simplificada. Puede limitarse a pedir que se produzca en juicio la instancia, la autorización, el recibimiento de la fianza, de la tasa, etcétera.

(3) Según muchos autores y muchas sentencias, esta garantía se limita a los procesos penales. V. Cas. Roma, 9 Marzo 1907, (*Giurisprudenza italiana*, 1907, I, pág. 1.075. En contra GIRIODI, I, *pubblici uffici*, en el *Trattato* de ORLANDO, I, pág. 411 y siguientes; CAMMEO, *Commentario*, I, página 235.

§ 40

Otras excepciones de inadmisibilidad de la demanda.

II. *Omisión de una determinada prestación por parte del actor (cauciones, etc.)*

I. *Concepto.*—El demandado tiene una excepción procesal cuando el actor antes de proponer la demanda está obligado a realizar y no ha realizado una determinada prestación. El objeto de la ley puede ser doble:

a) Proveer a la garantía del demandado respecto de las consecuencias *del juicio a promover*; b) utilizar la preclusión del nuevo juicio como medio coercitivo para inducir al actor a realizar una cierta prestación, ordinariamente debida en virtud de un *juicio precedente*.

II. *Casos en particular.*—Corresponde al primer objeto de la ley la excepción derivada de falta de prestación de una *caución*. En el sistema de nuestra ley domina el principio de la mayor libertad de obrar, y las cauciones sólo se imponen en casos excepcionales. Incluso, respecto de los extranjeros, nosotros no conocemos la *cautio iudicatum solvi*, ni la *cautio pro expensis*, admitida en las leyes de muchas naciones europeas, la mayor parte de las cuales, no obstante, renunciaron a ella en favor de las naciones convenientes en virtud de la Convención de la Haya de que nos hemos ocupado en el § Introd. (1). Nuestra ley admite la caución ordinariamente sólo como medida de *contra-cautela* (§ 9), de manera que su falta obra generalmente como impedimento, no del *juicio* sino de la *ejecución* de sentencias o de resoluciones cau-

(1) No modificada substancialmente a este respecto por la nueva Convención, 17 Julio 1905.

telares (Código procesal civil, art. 102, 182, 363, 928 y 940; Código civil, art. 698; Código común, art. 324). Un caso de caución impuesto al actor para poder obrar en juicio es el de la acción popular concedida por la ley sobre las Obras Pías (Ley de 14 de Julio de 1890, art. 83). Acerca del modo de prestar las cauciones (artículo 329, y siguientes; Código procesal civil), véase § 82, IV.

La preclusión del juicio como medio coercitivo para obtener una prestación, encuéntrase a menudo en las leyes. En muchas leyes antiguas el rebelde no es admitido a juicio si antes no resarce los gastos de la rebeldía. El resarcimiento previo de los gastos impónese también por algunas leyes al actor que quiera nuevamente obrar después de caducado el primer juicio (1) o después de haber renunciado a los actos (2). Y algunas leyes prohíben proseguir el juicio si antes no se resarcen los gastos de *un incidente vejatorio* (3). En nuestra ley nada de esto se admite, pero:

a) El actor en juicio posesorio, mientras éste está pendiente, no puede promover el petitorio, a menos que pague o deposite los gastos (Código procesal civil, art. 445, último párrafo).

b) El demandado en el juicio posesorio no puede hacerse actor en petitorio, si no se ha pronunciado y enteramente ejecutado la sentencia en el posesorio (art. 445, primera parte) (4).

c) La acción en juicio, por parte del contribuyente en materia de impuestos, debe estar precedida del pago del impuesto, excepto cuando se trate de un suplemento de impuesto (para los impuestos en general, Ley de 20 de Marzo de 1865, apartado E, artículo 6; para las tasas de registro, Ley de 20 de Mayo de 1897, artículo 138; para el impuesto de riqueza mueble, Reglamento de 3 de Noviembre de 1894, art. 118, etc. No puede ofrecerse otra prueba del pago que el recibo y en caso de tasa de registro conviene también presentar el acto, original o copia, sobre el cual se reclama la tasa).

Es cierto que este principio (*solve et repete*) se establece en

(1) Const. moden., 1771, lib. I, tít. VI, art. 9.

(2) Regl. germ., § 271.

(3) Regl. proc. Friburgo, § 470.

(4) La ejecución de la sentencia en el posesorio comprende también el pago de los gastos del pleito; Cas. Roma, 30 Junio 1899, en la *Corte Suprema di Roma*, 1899, pág. 280.

interés del Erario, pero esto no priva que aquí se trate siempre de una verdadera *excepción* procesal, porque el *solve et repete* es un medio de coerción para obtener el pago del impuesto, y el interés del Estado en obtener el pago y en servirse de los medios de coerción a tal fin tiene por órgano a la administración, no al juez; por consecuencia, si la administración no excepciona la falta de pago, el juez no puede relevarlo (ponerlo de manifiesto) de oficio (1).



(1) En contra CLEMETINI, *Commentario alla legge sulla imposta di ricchezza mobile*, Turín, 1886, pág. 406 y las sentencias de la Casación allí citadas.

APÉNDICE A LOS §§ 38, 39 y 40

Derecho español

Damos aquí por repetidas las notas a los §§ 11, 12 y 31, tomo primero de esta obra.
