

§ 93

Declaración incidental (1).

I. *El elemento lógico en el proceso. Referencias.*—Conviene recordar aquí, ante todo, qué importancia tiene el elemento-lógico en el juicio de conocimiento; qué trabajo lógico, frecuentemente largo y complicado debe realizar el juez; cuantos problemas, ins-

(1) Por nuestros escritores, como por los franceses, la cuestión viene tratada ordinariamente en el tema de la competencia o de la cosa juzgada. Vease especialmente: MANCINI, PISANELLI, SCIALOJA, I, parte 1.^a, núm. 557 y sgs.; MATTIROLO, *Trattato*, I, 5.^a ed., núm. 915 y sgs.; MORTARA, *Commentario*, II, núm. 71 y sgs.; CASTELLARI, *La competenza per connessione*, 1.896, pág. 337 y sgs.; V., también las monografías particulares de PESCATORE, en *Filosofia e dottrine giuridiche*, Vol. I, pág. 282 y sgs.; PISTONI, *Della regola il giudice dell'azione é il giudice della eccezione*, Génova, 1881; TUCCIO, *Le questioni pregiudiziali in materia civile*, Palermo, 1895; MANZINI, *Le questioni pregiudiziali di diritto civile, commerciale e amministrativo nel processo penale*, Florencia, 1899; MORITU, *Della regola il giudice dell'azione etc.*, en el *Foro italiano*, 1904, pág. 1.156 y sgs (con numerosas referencias de doctrina y de jurisprudencia); CASALINI, *Le pregiudizialità nel processo penale*, 1907. Veanse, finalmente, ASCOLI y CAMMEO en las notas a CROME, *Parte generale del dir. francese*, pág. 471 y siguientes, y CAMMEO, *Comment*, I, pág. 920 y sgs.

Para el derecho francés: GARSONNET, *Traité*, 2.^a ed., III, núm. 1.126 y sgs.; LAURENT, Vol. XX, núm. 33 y sgs.; AUBRY y RAU, § 769; DURANTON, XIII, núm. 483; LACOSTE, *Chose jugée*, 2.^a ed. 1904, núm. 233.

Para el derecho germánico común: PLANCK, *Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten*, 1844, especialmente pág. 471 y sgs.; WETZELL, pág. 863 y sgs (y los citados en la nota 40). Después del Reglamento del Imperio; los comentaristas sobre el art. § 280 (§ 253 del texto antiguo), SCHMIDT, 2.^a edición, § 133; WEISMANN, I, § 109; HELLWIG, *System*, §§ 108, 115.

Para el derecho austriaco: MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Viena, 1904 (fundamental, incluso por las extensas referencias a la ley y doctrina italianas, y por la teoría general de la prejudicialidad.

Para el derecho suizo: WEISS, *Die Behandlung connexer Civilund Strafsachen*, Zurich, 1893, especialmente pág. 279 y sgs.

tituciones y fenómenos se concentran en torno del concepto de la «cuestión» en el proceso.

El mismo nombre de «juicio de conocimiento» significa que la primera finalidad del proceso, esto es, la afirmación de la voluntad de la ley, exige el empleo de una serie más o menos larga de razonamientos (§ II). La posible diferente naturaleza del juicio (juicio sobre la actividad ajena o sobre la propia actividad), nos ha servido para diferenciar el acto jurisdiccional del acto administrativo (§ 13, I), y para distinguir, dentro de la misma actividad jurisdiccional, juicios diversos con diversidad de efectos (§ 18, II).

Considerando lo que la actividad lógica del juez tiene de común con la de cualquier razonador, hemos visto la posibilidad de que la *materia lógica* de una sentencia sea preparada sin empleo de actividad jurisdiccional, y ésto nos ha explicado la naturaleza del arbitraje (§ 4, III, nota); pero en el magistrado, el conocimiento es puesto al servicio de un poder público que solo a él corresponde y que lo distingue de un razonador común, esto es, el *poder de decisión*, característico (no único), elemento de la jurisdicción (§ § 13 y 18). La misma conformación del juez se nos ha presentado variable según que el conocimiento es atribuido a una sola persona física o a varias (§ 20, V).

Considerando la diferente *extensión* y la diferente *intensidad* del conocimiento, hemos podido contraponer varias formas de jurisdicción (jurisdicción de *legitimidad*, de *fondo*, de *oportunidad*; § 16, I, A y B; III, C), y distinguir, por otra parte, las diversas formas de tutela jurídica y de acciones; las acciones y sentencias de mera declaración de las de condena (§ 6, I; § 7, I), las acciones sumarias y aseguradoras de las acciones ordinarias (§ § 8 bis, 9), y así también, las diversas formas de acción ejecutiva (§ 8 bis I; § 10, II).

Analizando poco a poco el material lógico, a cuya preparación se dirige todo el juicio de conocimiento, hemos comprobado que indefinida variedad presenta la cuestión lógica en el proceso. Una primera división nos la suministra la presencia constante y la sobreposición de dos diferentes relaciones jurídicas en todo proceso, la relación procesal y la relación sustancial que es su objeto; cuestiones relativas a la primera (presupuestos procesales, formas, § 3, II; § 43), y cuestiones relativas a la segunda (condiciones de la acción, § § 5 y sgs.; excepciones, § 11). Otra gran división es la de

cuestiones de *hecho* y cuestiones de *derecho*; la encontramos en el estudio de las condiciones de la acción (§ 5, IV); de la Corte de Assise (§ 20, VI, E); de los poderes del juez (§ 47); de la fundamentación de la sentencia (§ 58, III); del objeto de la prueba (§ 59, III); de los medios de impugnación (§ 76), y más particularmente del recurso de casación (§ 20, II, B; § 87). Tanto la cuestión de hecho como la de derecho se escinden luego en un número indeterminado de cuestiones menores. Para el nacimiento de un derecho y de una acción pueden requerirse variadísimas condiciones, que todas pueden ser objeto de razonamiento y de declaración (§ 5, IV y sgs.). A la acción pueden oponerse variadísimas excepciones, que tiendan a negar su *nacimiento* o simplemente su *existencia actual* (§ 11). Esta multiplicidad de las cuestiones se nos presenta en distintos momentos: en el estudio de los hechos jurídicos (§ 11, II); de la identificación de las acciones (§ 12, II, C); de la demanda judicial (§ 41, III; § 43); de la formación de la sentencia colegiada (§ 58, III); de la fundamentación (§ 58, III); de las preclusiones, en cuanto hacen indiscutibles en la prosecución del proceso algunas cuestiones (§ 69); del orden lógico y jurídico a seguir en la decisión de las diferentes cuestiones (§ § 70, 91); de la apelación y en particular de la apelación incidental (§ 84, V); del recurso de casación (poder de la Corte suprema de corregir «en derecho» la sentencia, § 87, II, A; análisis del vicio de falta de pronunciamiento, § 87, II, B. b); del juicio de reenvío (condición de la contienda ante el juez de reenvío, § 87, VII, b; recurso a las secciones unidas y posibilidad de varios juicios sucesivos de reenvío, § 87, VII, c). En particular hemos comprobado como una o varias de las particulares cuestiones de hecho o de derecho, cuya resolución es necesaria para proveer sobre una demanda, pueden ser objeto de una *decisión separada* durante el proceso, lo cual da lugar a un caso de preclusión análogo a la cosa juzgada, pero muy distinto de ella, en cuanto el *punto* decidido (no ya la demanda), hasta aquí deja de ser objeto de contienda posterior, pero solo durante el mismo pleito; y esto sucede, por ej.: en la sentencia de condena con reserva (§ 8 bis, III); en el veredicto de los jurados en materia penal (§ 20, VI, E); en la interlocutoria (§ 69, III, g); en el caso de casación parcial o de casación en secciones unidas (§ 87, VII, b y c). A veces la decisión de una *sola* de las cuestiones puede bastar para la decisión del pleito total (así, cuando se comprueba la falta de

una de las condiciones para el nacimiento del derecho o de la acción, o cuando se estima *una* excepción); otras veces (o sea en los dos casos inversos), la decisión de una cuestión particular puede servir sólo como elemento, ahora fijado, de la decisión final (la cual se dará después de que sea contratada la existencia de *todas las otras* condiciones, o desestimadas *todas las otras* excepciones), y puede también quedar estéril (si se contrata *después* la falta de una de las otras condiciones, o se estima una de las otras excepciones).

Por último hemos visto que, alcanzada la finalidad del juicio de conocimiento con la afirmación de la existencia o no existencia de la voluntad de la ley objeto de la demanda, todo este trabajo lógico pierde importancia, y que no pasan como cosa juzgada todas las argumentaciones y resoluciones de cuestiones que fueron necesarias para obtener aquel resultado y que son expuestas en los *motivos* de la sentencia, sino únicamente, aquella afirmación final (§ 2, II; § 78, I; § 79, I). Esta se impone a los futuros jueces, a fin de que el bien de la vida que ella reconoce no venga de cualquier modo negado o disminuido, ni directa (esto es, negando aquel mismo bien), ni indirectamente (o sea negando los bienes que necesariamente derivan de él; así la sentencia de declaración causa estado respecto de la acción de condena en cuanto no sobrevengan excepciones fundadas en hechos nuevos; la sentencia de condena *salvo liquidación*, causa estado respecto de la demanda de determinación de los daños, etc.).

Las largas y graves discusiones en torno de la extensión objetiva de la cosa juzgada, se reducen a divergencias en la valoración del elemento lógico en el proceso.

Considerando el conocimiento del juez como un simple trabajo lógico, se habría llegado a equiparar todas las definiciones de puntos controvertidos durante un pleito, y atribuir a todas la misma autoridad de la definición final. Pero, como sabemos, el juez no es un lógico cualquiera, es un magistrado que provee sobre las *demandas* de las partes. Si la extensión de la cosa juzgada a todas las cuestiones decididas podría tener alguna ventaja, porque evitaría cualquier proceso futuro y decisiones contradictorias, serían mucho mayores los inconvenientes de tal extensión. Las partes, al proponer una acción o al defenderse, no tendrían certidumbre en torno de los límites y del alcance del pleito, y serían constreñidas

a preparar un esfuerzo de ataque o de defensa desproporcionado a su intento. Dada la necesaria distribución de la competencia entre jueces diferentes por la cual todo juez puede tenerla para resolver preliminarmente una cuestión que, tomada separadamente, sería de competencia de otro juez, y dada la misma relación que hay entre cosa juzgada y competencia, por la cual toda decisión con autoridad de cosa juzgada debe proceder del juez competente (§ 5, II; § 27, II); veríamos un continuo suspender pleitos para reenviarlos de uno a otro magistrado, si sobre cada punto preliminar discutido el juez debiese pronunciar con autoridad de cosa juzgada. De aquí la necesidad de mantener la cosa juzgada dentro de los límites *de la demanda* y de distinguir en el *conocimiento* *as cuestiones prejudiciales* o *motivos* sobre los cuales el juez pronuncia *incidenter tantum*, esto es, al solo fin de preparar el pronunciamiento, aunque *per se* no entren en su competencia; y la *demand*a, a base de la cual el pleito viene asignado a su competencia y sobre la que provee *principaliter*, con autoridad de cosa juzgada (art. 1.351 Cód. civ.).

Tal es el principio dominante en el derecho moderno (1), que a doctrina francesa expresa en la regla (y repetida por nuestros escritores), que «*el juez de la acción es el juez de la excepción*»; fórmula, por lo demás incompleta y equívoca, que rectamente no

(1) Es famoso el estudio de SAVIGNY (*Sistema*, VI, § § 291-294), contrario a este principio. Según SAVIGNY, por derecho romano la cosa juzgada se extiende a las relaciones prejudiciales. Pero los textos aducidos son sumamente inciertos. Hay quien, como BUCHKA (*Influenza del processo sul rapporto giuridico sostanziale*, I, p. 300; II, p. 184), niega al derecho romano el principio defendido por SAVIGNY, mientras que lo admite en el derecho moderno. Siguió la opinión de SAVIGNY, WINDSCHEID (*Pandekten*, § 130, nota 20); pero el principio favorable a la limitación de la cosa juzgada, defendida por WETZELL (*System*, p. 592), y por la mayor parte de los romanistas, triunfó en el reglamento germánico (texto actual, § 322). V. § 79, I.

Para la doctrina francesa: ZACHARIAE-CROME (trad. BARASSI), I, p. 411; LAURENT, XX, núm. 29 y sgs.; AUBRY y RAU, VIII, § 769, etc.).

Para la doctrina italiana: PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, I, p. 282 y sgs.; MATTIROLO, V. núm. 29 y sgs.; CASTELLARI, *Competenza per connessione*, cit. p. 362; TUCCIO, *Le questioni pregiudiziali*, cit. p. 64 y sgs.; GATTI A., *Autorità della cosa giud.*, 2.^a ed., p. 132.

podría usarse, sino para significar la inescindibilidad de la acción y de la excepción.

II. *Las cuestiones prejudiciales*.—Pero el principio está dulcificado por una serie de casos en los cuales, por disposición de la ley o por demanda de las partes, el juez debe detenerse en una de las cuestiones que encuentra en la cadena de sus razonamientos y que son el antecedente lógico de la cuestión final (*cuestiones prejudiciales*), y darle una solución análoga en los efectos y en las condiciones a la que daría en un proceso autónomo (*declaración incidental*).

Para que esto ocurra, esto es, para que se tenga un verdadero *pleito prejudicial*, no basta que exista una *cuestión prejudicial*, quiere decir que un *punto prejudicial* sea *discutido*. La discusión del punto prejudicial por sí, no hace más que imponer una mayor tarea al juez, pero no basta normalmente para dar lugar a una decisión prejudicial con efectos de cosa juzgada y a todos los fenómenos procesales (como el apartamiento de competencia, la suspensión del pleito principal, etc.), que de ahí pueden derivar. Para ésto se requiere una norma de ley especial o un acto de voluntad de las partes. *Punto prejudicial* (antecedente lógico *no controvertido*); *cuestión prejudicial* (antecedente *discutido*), y *pleito prejudicial* (antecedente *discutido y declarado incidentalmente* o también reenviado a un proceso separado); son los tres grados ascendentes de la prejudicialidad en el proceso (1).

La razón por la cual la voluntad de la ley o de las partes puede requerir que un punto prejudicial sea objeto, antes que de un simple conocimiento, de una verdadera *declaración incidental*, es una razón de conveniencia. La ley o las partes, partiendo de diferentes puntos de vista, pueden encontrar conveniente que, *con ocasión* del pleito principal, sea declarado un punto prejudicial una vez para siempre, con efectos que trasciendan al pleito en curso. Esto sucederá, naturalmente, sólo cuando el punto prejudicial sea de tal naturaleza que pueda constituir el objeto principal o el antecedente lógico de otros pleitos futuros. Recordando la multiplicidad de las

(1) La distinción de *punto prejudicial*, *cuestión prejudicial* y *pleito prejudicial* es de MENESTRINA, *op. cit.* págs. 26, 123, 149.

jurisdicciones y de las competencias (jueces civiles, penales y administrativos; jueces ordinarios y especiales; jueces inferiores y superiores; jueces de primer y segundo grado, etc.); se comprenderá fácilmente que la ley, según la importancia que da al punto prejudicial y según la naturaleza del juez a quien se presenta, puede tratar la prejudicial de las más diferentes maneras.

A) El «punto prejudicial» susceptible en abstracto de una «cuestión prejudicial» y de una «declaración incidental» no puede ser cualquier punto cuestionable, sino únicamente uno de los puntos siguientes, en que se descubre existencia de un hecho bajo una norma jurídica (1):

a) Un *hecho jurídico* (§ 11, III; § 87, V). Normalmente los hechos jurídicos, como sólo tienen importancia para la aplicación de una *voluntad de ley*, son declarados por el juez solo cómo *premis*a del silogismo que conduce a la declaración de *esta voluntad*, y por sí solos no pueden ser *objeto principal* de una declaración. Excepcionalmente la ley permite que pueda pedirse en vía principal el reconocimiento o verificación de una escritura (art. 282 Código proc. civ.), y la declaración de falsedad de un documento (art. 296); y ya se entiende que si estas demandas son propuestas *incidentalmente* en un proceso, podrán dar lugar a una declaración incidental; antes bien, en la querrela por falsedad, la ley *quiere en todo caso* que sobre esta cuestión tenga lugar una declaración definitiva con efectos de cosa juzgada, por eso *prescribe* el reenvío al tribunal civil del incidente de falsedad surgido ante los pretores (art. 431), los conciliadores (art. 455), los jueces especiales (art. 406, art. 41, Regl. de proc. ante las Secciones Unidas del Consejo de Estado, 17 Agosto 1917, etc.), V. § 66. Pero en otros casos puede tener lugar (por disposición expresa de la ley) una declaración incidental sobre hechos jurídicos que no podrían por sí solos, formar el *objeto principal* de un juicio autónomo. Así, «cuando en el curso de un juicio civil aparezca algún *hecho* en el que se crea descubrir *los extremos de un delito* por el cual se deba proceder de oficio, el juicio mismo viene suspendido si la decisión del delito influye en la decisión de la contienda civil» (art. 5, nuevo Cód. proc. pen.; art. 31, Cód. precedentes); aquí tenemos un

(1) MENESTRINA *La pregiudiziale*, cit. págs. 92 y sgs.

hecho que por sí solo no podría ser *objeto principal* de un juicio civil, pero como puede tener importancia en otro juicio (penal) y la ley encuentra inconveniente que este hecho sea objeto de dos juicios diferentes, constriñe al juez civil a detenerse en este punto de sus razonamientos.

Los hechos jurídicos comprenden también los *atributos* de las personas, de las cosas, de los actos. Establecer que una *persona* tiene una edad y no otra, sea hombre o mujer, sana o enferma mental, que una parte es comerciante, una sociedad mercantil, etcétera, etc., puede dar lugar a cuestiones prejudiciales que tengan importancia en diferentes pleitos (aunque muchas veces el punto sea de fácil declaración, porque resulte, por ej., de un acto del estado civil, de una sentencia de interdicción, etc.). Así, establecer si una *cosa* es o no sagrada, comerciable o no comerciable, divisible, inmueble, etc. Así también si un *acto* es mercantil o civil. También la *legitimidad* o *ilegitimidad* de un acto puede presentarse como un punto prejudicial en pleitos diferentes (en el juicio de nulidad de un acto administrativo ante las Secciones, jurisd. del Consejo de Estado, y en el juicio sobre el derecho lesionado por el acto ante la autoridad judicial, § 16). En todos estos casos podría suceder que una *norma expresa* de ley (no bastará aquí—como más adelante veremos, núm. IV—la simple voluntad de las partes) teniendo en cuenta la pluralidad de pleitos en los cuales la misma cuestión puede presentarse, requiera que ésta sea *decidida* una vez para siempre, y no simplemente *conocida* a los fines del pleito pendiente.

b) Un *estado jurídico* entendido en sentido amplio, esto es, comprendiendo todo *cononimiento jurídico* que, siendo el presupuesto común de variadísimas relaciones jurídicas, sea por el derecho considerada como posible objeto principal de un juicio autónomo. Así, el estado de ciudadanía, de familia, el matrimonio, la cualidad de obra pía, etc. etc. Toda acción que presupone un determinado estado o cualidad, puede dar lugar a una cuestión prejudicial en torno a ella; así, una acción (por ej., por alimentos), que presupone un determinado *estado civil* (art. 79, ley consular, 28 Enero 1866).

c) Una *relación jurídica compleja* (1). Cuando una relación

(1) Recuerdo aquí las nociones expuestas en el § 1, II, texto y nota, se-

jurídica se agota en un derecho único (por ej., préstamo de dinero sin interés), no puede haber una cuestión propiamente prejudicial. Podrá haber una cuestión sobre la existencia de la relación distinta de la cuestión sobre la existencia del derecho (por ej., vencimiento de la obligación de restituir el motivo), pero objeto de la demanda de restitución será, necesariamente también, la declaración de existencia de la relación (2). En cambio, en las relaciones jurídicas *complejas*, de las cuales derivan múltiples derechos y deberes, la cosa varía mucho; se puede hacer valer, mediante la demanda judicial, uno solo de los derechos, y en este caso, la relación

gún las cuales contrapongo *relación jurídica a derecho*, dejando aparte la posterior contraposición (aceptada por la mayor parte de los escritores alemanes modernos), de «relación jurídica» y de «derecho» a «*pretensión*» (*Anspruch*). Esta segunda contraposición no se oye entre nosotros, incluso por que nos falta una palabra, que exprese—mejor que la palabra «derecho»—la «*dirección personal determinada*» del derecho.

(2) Por simple que sea una relación, su existencia o validez puede constituir siempre una cuestión prejudicial respecto de las acciones *derivadas* de la acción originaria (§ 1, II). Por ej.: se piden ante el pretor los daños de 1.000 liras por incumplimiento de un contrato del valor de 3.000 liras, caso decidido por la Corte de Cas. de Roma 29 Mayo 1915, en la *Giurisprudenza amministr.*, 1915, fasc. 1.º; deduzco de la nota aquí inserta, que en este caso se había invocado y refutado fuera de lugar mi doctrina de la competencia por valor (§ 27, II). Yo nunca he escrito que el valor del pleito sea el valor de la *causa petendi*; antes bien, al decir que «el valor de la demanda NO ES el valor de la *causa petendi* aisladamente considerada» y que es, por el contrario, «el valor de la relación jurídica PERO DENTRO DE LOS LÍMITES DEL PETITUM creía haber dicho bastante claramente lo contrario. Observando que el valor del objeto debe determinarse, *en consideración a la causa petendi*, me refería a los objetos diferentes de las sumas de dinero (y el ejemplo formulado aclara el concepto; inmueble pedido a título de arrendamiento o también a título de propiedad). En cambio, cuando el *petitum* es una suma de dinero, ya tiene en sí su valor; y si surge discusión en torno a la *causa petendi*, esto es, a la relación jurídica, se aplicará la norma del art. 72, 2.º párr., o (según los casos), la regla de que el juez conoce de la relación jurídica *incidenter tantum*, aunque sea incompetente para conocer de ella *principaliter*, a menos que una de las partes pida la declaración incidental. En el caso referido, solo quedaba una duda por resolver (*quaestio facti*), la de si fué pedida o no la declaración incidental. V. más adelante, en este §, núm. IV.

jurídica será *deducida en juicio* como *causa petendi* (por tanto, podrá, por ej., servir para una reconvencción, según el art. 100, n. 3, Cód. proc. civ.; § 92, II, 1, a); pero no será *per sé* objeto de la *demand*a y de la *sentencia*. Sin embargo, en este caso, puede ocurrir que, *con ocasión* de la acción particular, sea discutida la existencia de la relación jurídica, y surja así, sobre ésta (arrendamiento, sociedad etc.), una cuestión prejudicial.

Cuanto más compleja es la relación jurídica, tanto más clara aparece la distinción entre la cuestión que tiene por objeto la relación jurídica misma y las acciones particulares que son derivaciones o emanaciones de la relación, que aparece como su presupuesto, a veces, lejano. Así, la particular acción hereditaria, respecto de la cuestión, sobre la *cualidad hereditaria* (art. 869, último párr., Cód. com.); la acción confesoria, respecto de la cuestión de *propiedad*, las acciones por desperfectos y daños en las fincas rústicas y urbanas, setos, cerramientos, plantas y frutos, respecto de las cuestiones de *propiedad* o de *posesión* (art. 10, núm. 3 de la ley 16 Junio 1892 sobre conciliadores). El fenómeno se acerca aquí al que se manifiesta en las cuestiones de estado (1).

Pero en las relaciones jurídicas complejas, es necesario distinguir entre los diversos derechos que de ellos forman parte los que tienen carácter *principal*, o *fundamental*, o *central*, puesto que cuando éstos son hechos valer, debe estimarse como objeto de la demanda y de la sentencia sin más y directamente, al mismo tiempo que el derecho hecho valer, también la misma relación

(1) La afinidad del «*status*» y de algunas «*relaciones jurídicas complejas*», explica las incertidumbres sobre la determinación de los dos conceptos. A la tendencia más antigua, de reducir a «*estados*» muchas relaciones jurídicas, ha sucedido hoy la tendencia de reducir los «*estados*» a relaciones jurídicas. Así REDENTI, *Pluralità di parti*, en el *Archivio giuridico*, vol. 79, pág. 92 del extracto; y *Giudizio civile con pluralità di parti*, página 91 y siguientes. («El estado es *una esfera* de relaciones, o derechos, donde la actitud de uno de ellos es *decisiva* para la de los demás»); ARAN- GIO RUIZ, en el *Bollettino dell'Istit. di diritto romano*, vol. XX, pág. 238 («*una* relación fundamental que deviene normativa para toda una serie de relaciones ulteriores»). *Struttura dei diritto sulla cosa altrui*, pág. 23 y siguientes. Sobre el concepto de *estado*. V. por último CICU, en el vol. para los honores a VINCENZO SIMONCELLI, Nápoles, Jovene y C.^a, 1917.

Jurídica. Así, en el derecho de propiedad, la facultad *principal* consiste en pretender que *todos* se abstengan del goce de la cosa, y, por consecuencia, de la posesión que es condición para el goce (§ 1, II); por esto la reivindicación no es, en realidad, más que el mismo derecho de propiedad hecho valer *íntegramente* contra el actual poseedor, lo cual se expresa, diciendo, que el derecho de propiedad no es simplemente prejudicial a la reivindicación, sino hecho valer con ésta (1). Así, en la relación de arrendamiento, derecho *principal* es el que tiende a obtener la cosa, sea ésta pedida por el arrendatario contra el arrendador (art. 1.575, Cód. civ.), o por el arrendador contra el arrendatario (art. 1.585, Cód. civ.) (2).

(1) Opinión dominante, siempre discutida. V. § 79, I; § 80, IV. B. En contra: MENESTRINA, *Pregiudiciale*, cit. pág. 95.

(2) Aplicación: en la acción de desahucio por vencimiento del plazo la existencia actual de la misma relación de arrendamiento es objeto del juicio; por tanto, si el conductor *niega que el arrendamiento haya terminado*, no hace surgir con esto una cuestión prejudicial, sino que discute el *objeto mismo* de la demanda. Y puesto que la acción de desahucio por vencimiento del plazo, por sus especiales exigencias de rápida solución, está atribuida a la competencia del juez inferior «cualquiera que sea el valor del pleito (art. 82, n. 5) síguese de ahí que el pretor, cuando el fin del actor es el desahucio, será competente para decidir en *vía principal* si el arrendamiento ha terminado o si continúa (y esta decisión, aunque pedida a los fines del desahucio, causará estado también para las otras acciones derivadas de la relación; por ej., si el pretor decide que el arrendamiento continúa por un cierto tiempo, el arrendatario no podrá discutirlo, cuando se le exija la correspondiente renta). Conforme CUZZERI, *Sull'art. 82*, § 6 (si bien con alguna atenuación no clara); WACH, *Handbuch*, pág. 353, 388 (para la cuestión correspondiente a base del § 23 de la organización judicial alemana); Cas. Roma, 17 Febrero 1908 (en la *Legge* 1908, pág. 521 con nota de FASSA). En contra: Cas. de Roma, 28 Abril 1904 (*Foro ital.* 1904, pág. 521). De otro modo para el conciliador, el cual es competente para la acción de desahucio solo cuando el arrendamiento *por todo el tiempo de su duración* no excede de las 100 liras (§ 28, III); por esto, si la duración es discutida, y si la renta, del mayor de los dos periodos afirmados, excede de 100 liras, el conciliador es incompetente (en cambio, si la *duración* no fuese discutida, pero sí el *montante* de la renta durante este tiempo no discutido, el conciliador sería competente para decidir este punto, como cuestión de competencia, a fin de proveer sobre el desahucio.

d) *Una relación jurídica con obligaciones parciales.*—Entre las relaciones jurídicas complejas tienen un puesto especial las que tienen obligaciones parciales, tales son todas las deudas pagables por partes o en períodos (arrendamiento de cosas y de obras, relación de empleo, restación de renta, asignación de alimentos, impuestos, préstamos con interés, etc.). Cada plazo puede ser objeto de demanda y de juicio, y con ocasión de la demanda de un plazo, puede surgir una cuestión prejudicial sobre la relación jurídica en virtud de la cual se demanda el plazo.

e) *Una relación jurídica condición de la principal.*—A veces, la relación que media entre dos personas depende de la existencia de otra relación entre las mismas personas o entre una de ellas y un tercero, o también entre dos terceros. Esta relación de dependencia se ha referido muchas veces (§ 80, III; § 86, II). La relación de subarriendo depende de la de arrendamiento; la relación de fidejución depende de la obligación principal (excepto en el caso previsto en el párr. 1.º del art. 1.899, Cód. civ.); la relación con la cual se transmite un derecho dependiente de la relación, en virtud de la cual se ha adquirido aquel derecho (a menos que la ley disponga que el tercero adquiriera independientemente del derecho de su autor); la acción contra el bigamo depende de la validez del primer matrimonio (art. 113, Cód. civ.). En todos estos casos, el juicio sobre la relación y sobre la acción dependiente, puede dar lugar a una cuestión prejudicial sobre la existencia y validez de la relación precedente o principal.

f) *Una relación jurídica incompatible con la principal.*—Hasta aquí hemos considerado la hipótesis de que el demandado se limite a discutir el fundamento de la acción, *negando* simplemente la existencia o validez de la relación en que se funda la acción. Pero puede ocurrir que el demandado se defienda en forma positiva, afirmando la existencia de otra relación *incompatible* con la existencia, al menos, actual, del derecho afirmado por el actor. El caso más común es el de la excepción de compensación en que la incompatibilidad nace sólo con la excepción. Pero otros ejemplos pueden darse en que la incompatibilidad es inherente a la demanda misma del actor. Quien es demandado para el pago de una renta, o para la devolución de la cosa arrendada, o para la restitución de un depósito, en vez de limitarse a negar el arrendamiento o el depósito, puede oponer que es propietario o usufruc-

tuario de la cosa. Quien es demandado para la reivindicación, en vez de limitarse a negar la propiedad del actor, puede afirmar que es propietario él mismo. Quien es demandado por una acción *confesoria* (1), en dependencia de una servidumbre legal, por ejemplo, para la observancia de las distancias legales en las construcciones o en la apertura de ventanas, puede limitarse a negar la existencia de la servidumbre legal (por ej., por tratarse de edificio destinado a uso público, art. 572, Cód. civ., o por mediar entre las dos propiedades una vía pública, art. 587, Cód. civ.); puede limitarse a negar haberla violado (por ej., cuestionando el modo de medir las distancias, art. 589, Cód. civ.); pero puede, en cambio, afirmar haber adquirido, por convención o de otro modo, el derecho de servidumbre contraria a la servidumbre legal (por ej., la servidumbre de construir a distancia menor de la legal, la servidumbre de perspectiva, de gotera etc.) (2). En todos estos casos

(1) Un fenómeno análogo puede tenerse en caso de *actio negatoria*. Aquí el actor hace valer en juicio simplemente su derecho de propiedad, y considera los actos con los cuales el demandado ha ejercitado su pretendida servidumbre simplemente como actos contrarios a su derecho de propiedad, como si se tratase de una fracción de reivindicación. Esta es también la razón por la cual el actor tiene la carga de probar no la inexistencia de la servidumbre, como si se tratase de acción de declaración negativa, sino únicamente de su derecho de propiedad (V. § 55, II; y en el mismo sentido: Cas. Roma 28 Octubre 1916, en la *Glur. ital.*, 1917, p. 971). El demandado puede limitarse a negar el derecho del actor, y puede, por el contrario, afirmar su derecho de servidumbre con la carga de probarlo.

En estos casos el demandado promueve una cuestión *positiva* sobre un punto prejudicial que el actor ya había deducido en juicio, pero sólo mediante una implícita *negativa* (§ 92, II, 1, b).

(2) Es cuanto conviene tener presente para resolver una cuestión frecuente en la práctica, esto es, como se determina el valor del pleito en el caso propuesto en el texto de acción para la observancia de servidumbre legal; si considerando fundo sirviente al del actor o al del demandado. En el segundo sentido: Cas. Turín 14 Octubre 1915 (*Foro ital.* 1916, p. 292). Contra: LESSONA, en el *Foro ital.*, 1915, p. 408. LESSONA observa que es necesario tener en cuenta el *estado de hecho*. Pero la cuestión es otra; precisase saber si el demandado opone haber adquirido la servidumbre contraria a la servidumbre legal pretendida por el actor, y si sobre esta servidumbre del demandado ha lugar una declaración incidental; puesto que en caso afirmativo son objeto del juicio y de la sentencia ambas servidumbres

podrá tener lugar una cuestión prejudicial sobre la relación jurídica opuesta por el demandado que, después, por precepto de la ley o por voluntad de las partes, podrá también—de ordinario—dar lugar a una declaración incidental.

El fenómeno de la prejudicialidad puede presentarse también respecto de la relación procesal y de la acción. Si, por ej.: se discute la capacidad de una parte en el pleito, el parentesco del juez con una parte, la nulidad de un mandato para obrar, la cualidad de institor, en virtud de la cual se obra en juicio, la cualidad de acreedor en la *pauliana*, en la subrogatoria o en la oposición de tercero, etc., etc.; son éstas otras tantas cuestiones relativas a relaciones sustanciales que se presentan como prejudiciales a la cuestión sobre la existencia de una relación procesal regular. Así con ocasión del ejercicio de una acción *ejecutiva*, especialmente si es *anormal*, puede surgir contienda sobre la existencia del derecho (§ 10, II); tales son las contiendas previstas por el art. 75, n. I, 570 Cód. proc. civ.; tal es la contienda que puede surgir durante el juicio sobre la autorización para vender (§ 10, II). No sólo esto, sino que puede también presentarse como prejudicial la cuestión sobre la existencia de *otra* relación procesal; así la excepción de litispendencia (§ § 38 y 41, I), y la réplica de caducidad del pleito pendiente (§ 74, IV), puede hacer decidir incidentalmente la cuestión de si un pleito está o no pendiente; así por la presentación en juicio de una sentencia extranjera, puede nacer la cuestión de si una relación procesal extranjera se ha constituido regularmente con arreglo art. 941 Cód. proc. civ. (§ 81, II).

B) Ahora bien, pensando en las diversas maneras en que puede ser tratada por una ley la cuestión prejudicial que surge en un proceso, veremos que se reducen a estos (1):

a) La cuestión es conocida por el juez mismo del pleito pendiente, pero *incidenter tantum*, incluso si el juez no fuese competente para decidirla en juicio autónomo.

b) La cuestión debe ser objeto de un conocimiento *principal*, esto es, con efecto de sentencia, y por tanto, si es juez del pleito

y debiendo por ésto considerarse fundo sirviente, tanto el fundo del actor como el del demandado, deberá tenerse en cuenta *el fundo de mayor valor*.

(1) MENESTRINA, *op. cit.* pág. 150 y sgs.

pendiente no es competente para conocerlo así, debe reenviar el pleito íntegro o solo la cuestión prejudicial al juez competente para la prejudicial.

c) La cuestión puede ser objeto de un conocimiento tanto incidental como principal, y, si el juez del pleito pendiente no es competente para el conocimiento principal, puede retener la cuestión prejudicial para conocerla *incidenter tantum* o reenviarla.

Todas estas maneras de tratar la prejudicial se dan en nuestra ley.

III. *Normas de nuestra ley sobre las cuestiones prejudiciales* (1).—Nuestra ley no regula esta materia, en términos generales, sino que dicta particulares normas, en las cuales las cosas comprendidas nos permiten distinguir las que responden a un principio general y las que tienen carácter particular, determinado por la naturaleza de la particular cuestión prejudicial, o del juez ante quien se presenta.

1. Art. 79 de la ley consular 28 Enero 1866: «Son siempre reservadas a los Tribunales del Reino los pleitos concernientes al *estado civil* de las personas, salvo a los cónsules y tribunales consulares el conocimiento de tales cuestiones en *vía incidental*, en cuyo caso sólo los efectos de la sentencia serán *limitados a la especie decidida*». Aquí se trata de una cuestión prejudicial de estado (núm. II, letr. A b), y no solo se admite la posibilidad de un *conocimiento incidental* sin efectos de cosa juzgada, incluso de parte de un juez que sería incompetente para conocer de la cuestión en vía principal, sino que esta posibilidad es manifiestamente presupuesta como una regla («*salva, etc.*»); aquella regla que hemos visto descender de los mismos límites de la cosa juzgada y de la multiplicidad de las competencias (núm. I).

2. Art. 10, núm. 3 de la ley sobre conciliadores, 16 Junio 1892: «Son de competencia de los conciliadores... las acciones por desperfectos y daños producidos en los fundos urbanos y rústicos, en los cierres, vallas, en las plantas y en los frutos, con tal que no *impliquen cuestiones de propiedad o de posesión* y la demanda de reahacimiento no exceda de 100 liras». Aquí se trata de una acción de daños que se liga a una relación jurídica compleja (propiedad o

(1) CASTELLARI, *op. cit.* pág. 339 y sgs.

posesión: núm. II, letra A, c). Si con ocasión de la acción surge cuestión sobre la relación jurídica, su conocimiento está vedado al conciliador *incluso en vía incidental*. Se trata de una excepción de la regla, debida a la naturaleza particular del juez comunal, a quien estima imprudente atribuir el conocimiento; incluso incidental, de esas cuestiones. Pero el correspondiente art. 82, núm. 1 del Código procesal civil no contiene aquel inciso; de lo que se deduce que el pretor es competente para pronunciar sobre las acciones de daños en los fundos, *aun si implican cuestiones de propiedad o posesión* de las cuales conocerá, según la regla, *incidenter tantum*, aunque sea incompetente por valor para conocer de ellas *principaliter*. El conciliador, surgiendo cuestiones de propiedad o de posesión, reenviará el pleito total al pretor; el conocimiento quedará incidental, pero confiado a otro juez.

3. Art. 35 del Decreto lugartenencial 20 Noviembre 1916, número 1.664, sobre las derivaciones de aguas públicas. «El tribunal de las aguas decide las contiendas referentes al dominio de las aguas de manantial, fluentes o de lagos. Queda firme la competencia de los tribunales ordinarios cuando el dominio de unas aguas no inscritas en los elencos, *se presente en un pleito entre particulares sin constituir el objeto de la demanda*, y siempre y cuando el dominio no intervenga en el pleito». Aquí se formula claramente la contraposición entre la cuestión prejudicial y la cuestión principal, que *es objeto de la demanda*. Los tribunales ordinarios conservan la competencia para conocer *incidenter tantum* del dominio con tal que no esté en el pleito como parte originaria ni como intervenido. Si el dominio está en el pleito, es *necesaria* sobre él una declaración incidental que pertenece a la competencia del tribunal de las aguas (1). Aquí la regla sufre alguna limitación, debida a la particular naturaleza de la relación.

4. Art. 869, último párrafo, Código comercio (ya no aplicable hoy); surgiendo contienda ante los Tribunales de comercio *sobre*

(1) Así entendida y tenida presente la doctrina de la prejudicial, la norma no aparece «extrañísima» como la define la oficina central del Senado al proponer su supresión (relación 18 Abril 1918, p. 14). Si la cuestión del dominio de unas aguas se presenta como prejudicial en un pleito entre particulares y es decidida *incidenter tantum*, no hay razón para sus traerla al juez del pleito pendiente.

la cualidad hereditaria, el pleito era reenviado a la jurisdicción civil competente, a fin de que fuese proveído sobre el incidente, salvo el conocimiento del fondo a la jurisdicción mercantil, § 28, II. Aquí se hacía excepción de la regla porque la ley consideraba los tribunales de comercio como no aptos para conocer de la cualidad hereditaria incluso a los solos fines del juicio mercantil; la cuestión prejudicial sustraída al juez del pleito principal se transformaba en un verdadero *pleito* incidental, daba lugar a una verdadera declaración incidental por parte de la jurisdicción civil competente.

5. Art. 19, Cód. proc. civ. «Cuando surja (ante los árbitros) alguna de las cuestiones aludidas en el primer párrafo del art. 8» (cuestiones que no pueden comprometerse) «o cualquier otro incidente relativo a un hecho que pueda dar lugar a la acción penal, los árbitros deben remitir a las partes ante la autoridad judicial competente, y los términos para el arbitraje, quedan suspendidos, etcétera». También esta excepción de la regla se explica fácilmente por la naturaleza particular del arbitraje: sobre las cuestiones que no pueden ser objeto de él, la ley no admite ni siquiera un conocimiento incidental por parte de los árbitros.

6. Cuando sea tachado de falsedad un documento ante el pretor o el conciliador (art. 431, 455, Cód. proc. civ.; así, antes para los tribunales de comercio, art. 406) o ante los jueces especiales (art. 41, regl. de proced. 17 Agosto 1907 para el Consejo de Estado), el incidente es reenviado al tribunal, quedando suspendido el pleito principal ante su juez, en cuanto no pueda ser decidido independientemente del documento impugnado. El caso es especialísimo, por la gravedad de la cuestión de falsedad y por sus nexos con la jurisdicción penal, la ley no quiere que sea objeto de un simple conocimiento incidental a los solos fines del pleito pendiente y, puesto que para conocer de él *principaliter* sólo es competente el tribunal, el incidente es, en todo caso, reenviado a este último, para una verdadera y propia declaración incidental: § 84, II, *d* (1).

(1) Para el tribunal de las aguas se ha vuelto a la regla; el procedimiento por falsedad se desarrolla ante el tribunal mismo (art. 22 del reglamento de proc. aprobado por dec. lugart. 24 Enero 1917).

7. Las relaciones entre la jurisdicción civil y la penal nos presentan explicaciones de la regla y excepciones. Aplica la regla el art. 3 Cód. proc. (art. 33 del antiguo), que permite al juez penal decidir contiendas prejudiciales civiles, cuando no cree necesario reenviarlas al juez civil. Hay excepciones en el art. 2 (art. 32 del Cód. ant.), que prescribe en todo caso el reenvío al juez civil de la cuestión de estado, dada su especial naturaleza; y en el art. 5 (artículo 31 Cód. ant.), que prescribe el reenvío del juez civil al juez penal del conocimiento de todo hecho en el que se crea descubrir los extremos de un *delito*, porque la ley no admite un doble y distinto conocimiento sobre tal hecho (§ 15, II; § 17, II), y concede la precedencia al conocimiento penal.

Aquí es necesario repetir que cuando la ley no contiene una norma *particular expresa*, tiene su curso la regla, por la cual todo juez es competente para conocer *incidenter tantum* las cuestiones prejudiciales, aun no siendo competente para conocer de ellas *principaliter* (1).

8. Art. 72, 2.º párr.; art. 76 princ. Cód. proc. civ. «Cuando se pida una cantidad que sea parte y no residuo de una obligación mayor, el valor se deduce de la obligación íntegra, si ésta es discutida». Esta norma es especial para las relaciones jurídicas con obli-

(1) Al hablar de las relaciones entre los diferentes órganos jurisdiccionales hemos visto que la *separación* es la regla, la *coordinación* una excepción que debe resultar de norma expresa (§ 17, II); y hemos hecho aplicación de este principio a las relaciones entre la IV Sección del Consejo de Estado y la autoridad judicial (§ 17, III). Aquí debe observarse que el dualismo manifestado en torno a esta cuestión entre la IV Sección y la Casación de Roma, tiende a invertirse. En recientes decisiones las Secciones Unidas de la C. han afirmado la competencia de la IV Sección para conocer de cuestiones prejudiciales de derecho civil (9 Enero 1915, en el *Foro italiano*, 1915, p. 257, con nota de CAPOGRASSI; 29 Juni 1915, en el *Foro ital.*, 1915, pág. 1.188, con nota de G. SECCHI; 24 Marzo 1916, en el *Foro ital.* 1917, pág. 11, con nota de F. D'ALESSIO; y por el contrario la IV Sección del Consejo de Estado se ha declarado incompetente frente a tales cuestiones (véanse las decisiones recordadas por D'ALESSIO en la nota cit. pág. 16; añadir en la *Giurisp. ital.* 1918, III, p. 124). Por último las Secciones Unidas, 23 Mayo 1918 (en la *Giurisp. ital.* 1918, p. 619), han casado una decisión de la IV Sección, en la cual la cuestión de derecho civil (naturaleza jurídica de una entidad), pareció decidida en vía principal.

gaciones a plazos (v. en este §, núm. II, A d). Mientras que la cuestión se limite al plazo (¿está vencido? ¿está pagado? ¿está prescrito?), el pleito se limita al plazo pedido; en cambio, si la contienda se extiende al título, hasta el simple hecho *de la discusión* para que devenga objeto del pleito la relación jurídica y para que la ley requiera sobre ésta, en vez de un simple conocimiento incidental, una declaración incidental, con los efectos de cosa juzgada y con los posibles apartamientos de competencia (§ 27, II). La razón de esta norma consiste en que es presumible que la discusión sobre el título se renueve cuando sean pedidos los plazos posteriores; por eso quiere la ley, independientemente de una *demand*a de declaración incidental de las partes, que la cuestión sea decidida una vez para siempre. En efecto, la norma desaparece si el plazo pedido en el *último*: en este caso se vuelve a la regla; esto es, el juez conocerá de la relación jurídica *incidenter tantum*, salvo el derecho de las partes de *pedir* la declaración incidental, cuando tengan interés en obtener sobre la relación una decisión que cause estado para el porvenir (por ej.: para la demanda de repetición de plazos pagados). V. este § núm. IV.

9. Art. 113 Cód. civ.; si el cónyuge impugna el matrimonio del otro cónyuge y se opone la nulidad del primer matrimonio «tal oposición deberá ser preventivamente *juzgada*». Es claro que la ley no se contenta aquí con un simple conocimiento de la relación condicionante, sino que quiere una *declaración* incidental por el solo hecho de que sea *discutida* la validez del primer matrimonio. Un mero conocimiento incidental sobre la validez del matrimonio no parece conveniente.

10. Art. 102 Cód. proc. civ. (§ 92, IV, y las alusiones allí hechas); aquí también basta la simple *discusión* del crédito opuesto en compensación para que la ley requiera una declaración incidental sobre la *totalidad* del crédito del demandado, con los correspondientes apartamientos de competencia, puesto que la idea de una cosa juzgada parcial, que cause estado por la parte del crédito del demandado opuesta en compensación y no por el resto, no ha parecido aceptable a nuestra ley (§ 79, I).

11. Art. 76, núm. 1.º, 570 Cód. proc. civ. (§ 31, III, F). Surgida la contienda sobre el crédito, con ocasión del ejercicio de una acción ejecutiva, la ley quiere una *declaración* (como aparece claramente de las normas de competencia que contiene), y es natural,

porque hoy no aparece más conveniente un mero conocimiento incidental sobre la existencia del crédito, cuando la existencia del crédito tiene su máxima importancia precisamente para la ejecución forzosa. Las cuestiones con terceros acerca de los objetos sobre los cuales recae la ejecución (art. 75, núm. 2; 614, 616, 647, 699), o *entre terceros* acreedores concurrentes (art. 75, núm. 3; 713, 714), dan lugar también a *declaraciones*, pero más que de declaraciones incidentales, trátase aquí de particulares formas de *intervención*, de las cuales se hablará al tratar de la relación de ejecución (§ § 102, 103, 106).

IV. *La demanda de declaración incidental.*—Fuera de los casos en los cuales la misma ley, con una norma expresa, requiere sobre una cuestión prejudicial una declaración incidental, este resultado puede obtenerse por la voluntad de las partes. Puesto que si normalmente la cosa juzgada no se extiende a las cuestiones prejudiciales precisamente por la consideración debida a la voluntad de las partes, debe consentirse a las partes manifestar una voluntad distinta; y si la discusión extrajudicial de un derecho justifica una acción de declaración (§ 7), con mayor razón la discusión de una relación jurídica tenida lugar durante el curso del juicio justifica una demanda de declaración incidental. De modo que cuando en torno a un *punto* prejudicial surge una *cuestión* prejudicial, una de las partes, sea el actor o el demandado, puede pedir, salvo los límites que examinaremos, que sobre aquel punto tenga lugar una *declaración*, esto es, una decisión con efectos de cosa juzgada.

Este principio, preparado por la doctrina francesa (1), ha pasado tanto al derecho italiano como al germánico; pero mientras que en éste fué para mayor claridad formulado en una norma de ley expresa (2), en nuestro derecho ha quedado como principio

(1) AUBRY ET RAU, § 769, en la nota 21; DURANTON, XIII, n. 483; LAURENT, vol. XX, § 37; ZACHARIÆ y CROME, I, § 153 (trad. ital., BARASSI, pág. 410); CROME, *Parte generale* (trad. ital., ASCOLI y CAMMEO, p. 470); LACOSTE, *Chose jugée*, núm. 233 y sigs.

(2) El § 280, Regl. proc. germ. (cuya derivación de la doctrina y práctica francesas está bien aclarada en los *Motivos*, p. 226; HAHN, I, p. 291), dice: «Hasta el cierre del debate oral, después del cual viene pronunciada

predominante, pero no claro ni indiscutible, de doctrina. Ya PISANELLI (1.855), admite el apartamiento de competencia a consecuencia de la excepción del demandado (1); pero no es explícito al requerir, además de la *discusión* de la relación prejudicial (excepción), una «conclusión formal» de una de las partes, como los escritores franceses, dirigida a obtener sobre la prejudicial una cosa juzgada. Mucho más claro es PESCATORE (1.874), quien pide una «conclusión ad hoc», y reconoce expresamente que no basta la simple discusión para que el punto prejudicial controvertido sea decidido con efectos de cosa juzgada, en cuanto pertenece *a la voluntad concorde de las partes* fijar los límites. más allá de las cuales la sentencia del juez no tiene ninguna autoridad en cuanto a ellas... Si aparece claramente *del tenor de las conclusiones* y de la *actitud constante* de ambas partes *su voluntad concorde* de limitar el juicio y la autoridad de la sentencia al interés pecuniario, objeto de la demanda, el juez incompetente sobre la cuestión de

la sentencia, el actor, ampliando la demanda, el demandado proponiendo una reconvención pueden pedir que una relación jurídica que haya devenido objeto de discusión durante el pleito, y de cuya existencia o no existencia dependa la decisión total o parcial de ésta, sea declarada con sentencia del juez».

El reglamento austriaco, posteriormente rehaciendo la institución, dispuso: Hasta el cierre del debate oral, después del cual viene producida la sentencia, el actor puede pedir, sin consentimiento del demandado, que una relación jurídica y un derecho que ha llegado a ser contravertido durante el curso del proceso, de cuya subsistencia o insubsistencia depende, en todo, o en parte, la decisión sobre la demanda, venga declarado en la sentencia sobre la demanda o en otra sentencia precedente a la misma. Esta disposición no se aplica cuando el objeto de la nueva demanda no puede ser tratado sino en un procedimiento especial, prescrito con exclusión de otros para las sentencias de aquella especie, o cuando las normas sobre la competencia objetiva de los jueces se oponen a la decisión pedida (§ 236). Durante el debate oral, el demandado puede producir una demanda de declaración con arreglo al § 236, sin necesidad del consentimiento del actor (§259 párr. 2.º)

El reglamento húngaro de 1911 denomina a la demanda de declaración incidental respectivamente acción y reconvención, y añade que para ella no se requieren los extremos de la acción ordinaria de declaración (§ 189).

1) *Commentario*, Vol: I parte I núm. 557.

estado la tomará en examen y *formará juicio sobre ella en vía incidental* (1). La misma doctrina sostiene MATTIROLO (2). Verdad es que tanto PESCATORE como MATTIROLO limitan el derecho de pedir la declaración incidental al caso en que las partes sean legítimos contradictores también sobre la cuestión prejudicial. Pero esta limitación demasiado genérica es rechazada por los escritores más modernos (3) y con razón, porque pudiendo surgir una cuestión también entre personas que no son las *más directamente interesadas* en resolverlas; *si, y en cuanto*, es posible que se forme sobre ella y entre ellas una sentencia, será también posible una demanda de declaración incidental. Otros escritores nuestros, sin embargo, atribuyen a la simple *discusión* el efecto de dar lugar a una sentencia sobre la prejudicial y de apartar la competencia (4). Esta opinión no puede encontrar apoyo en las normas que expresamente atribuyen tal efecto a la «cuestión» o a la «contienda» porque, como se ha observado, estas normas están determinadas por razones particulares de la prejudicial de que se trata o del juez ante quien surge. Por otro lado no tiene en cuenta debidamente la voluntad de las partes, las cuales aun conteniendo sobre la prejudicial no estiman *necesariamente* que también sobre esta cuestión—que es medio para el fin de obtener el pronunciamiento sobre el objeto de la demanda—se forme la sentencia; a este fin se requiere una voluntad *manifiesta* (5). Finalmente, puesto que la «cuestión» en

(1) *Filosofia e dottrine giuridiche*, vol. I p. 285; y en *Lógica del diritto*, 1863, p. 251.

(2) *Trattato*, I, núm. 901 y sgs. Conforme: CUZZERI *Sull*, art. 72; GALLUPPI, *Competenza per connessione*, Roma 1896, núm. 178 y sgs.

(3) CASTELLARI, *Competenza per connessione di causa*, p. 364 y siguientes; TUCCIO, *Questioni pregiudiziali*, p. 80 y sgs.

(4) MORTARA, *Comment.* II, núm. 66 y sgs; CAMMEO, en la traducción de CROME, *Parte generale*, p. 471 y sgs. Sobre la expresión de MORTARA «excepciones reconventionales» v. § 11. V.

(5) Observa CAMMEO, *Op. cit.* p. 484, que una vez surgida la «cuestión» prejudicial no puede ya depender de la voluntad de las partes determinar la eficacia del pronunciamiento, la cual es de orden público. Pero esta observación sólo es exacta partiendo de la premisa de que la cosa juzgada es un fenómeno necesariamente ligado a la «cuestión», que se forma donde quiera que hay una «cuestión» y no se forma si no existe una «cuestión». Según nuestras premisas, aludidas también al comienzo de este §, la

sí nada añade a la materia lógica del juicio, sino que únicamente desarrolla un punto prejudicial que ya pertenecía al pleito e intensifica el examen que el juez debería hacer de él en todo caso, estaría en contradicción con la distribución misma de la jurisdicción, que el solo asegurarse de una hipótesis tan probable y previsible como la *discusión* de un punto prejudicial bastase para apartar y perturbar el orden de las competencias.

Más bien debe observarse que, a falta de una norma que requiera una demanda *formal* de declaración incidental, la voluntad de las partes se puede derivar de cualquier elemento (la «actitud constante» de las partes, dice PESCATORE.) Será esta una investigación de mero hecho, que precisará hacer tanto en el mismo proceso en que surge la cuestión prejudicial como en procesos futuros en los que deba examinarse la decisión dada a la prejudicial. El juez, para evitar futuras incertidumbres sobre la extensión de la sentencia, hará bien en provocar declaraciones expresas de las partes, si la naturaleza del procedimiento se lo consiente. La investigación será más fácil cuando la cuestión prejudicial sea tal que no pertenezca a la competencia del juez conocer de ella con efecto de cosa juzgada; si en este caso una de las partes excepciona la sobrevenida incompetencia del juez, y pide el reenvío al juez competente, debe descubrirse implícita en esta instancia la demanda de declaración incidental (V. el caso antes considerado en este §, nota de la pág... 692); si, por el contrario, ninguna de las partes, aun haciendo cuestión sobre la prejudicial, ha excepcionado la incompetencia, debe estimarse que ninguna ha querido una declaración incidental, ni el juez podría en este caso declararse incompetente de oficio (con tal que no se trate de caso en que la declaración incidental sea querida por la ley). Podrá también ayudar el desarrollo dado por las partes a la cuestión prejudicial, la previsibilidad de otro pleito sobre la misma, etc., etc. Lo que importa tener presente es que se trata aquí de una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes; en la duda, debe estimarse que el juez ha pronunciado *incidenter tantum*.

La demanda de declaración incidental puede hacerse tanto por

cosa juzgada es la indiscutibilidad de la resolución cerca del juez sobre la *demanda* estimándola o rechazándola; la resolución de las cuestiones es simple *medio* para tal fin.

el actor como por el demandado. En ambos casos tiene naturaleza de *acción*, y tiende, pendiente de otro proceso, a obtener, mediante sentencia; la certidumbre jurídica sobre la existencia o no existencia de una voluntad concreta de ley: la característica de la acción de declaración incidental consiste en que el interés en obrar es dado aquí por la discusión de un punto prejudicial ocurrida en un pleito pendiente. Cuando parte del demandado, puede decirse que es una especie de reconvención, pero el nombre de reconvención suele reservarse para el caso en que el demandado propone una acción de *condena* o *constitutiva*, mientras que aquí el demandado se limita a pedir una *declaración* positiva o negativa.

V. *Condiciones y presupuestos procesales de la demanda de declaración incidental.*—La libertad de proponer demandas de declaración incidental, como turba eventualmente el curso del pleito principal, no es absoluta sino vinculada a una serie de límites. Son condiciones de la acción de declaración incidental:

a) Ante todo, que el objeto de la demanda sea tal que hubiera podido formar objeto de una acción autónoma de declaración; los simples *hechos jurídicos*, por lo tanto, sólo en virtud de una norma expresa de ley (en este §, núm. II, A, a; § 7, V; § 11, II).

b) Que se trate de un punto *prejudicial*, esto es, tal que su decisión sea necesaria para pronunciar sobre la demanda principal; si ésta se funda en premisas entre las cuales no está el punto en cuestión, o si la demanda principal en sí misma se presenta injustificada, cualquiera que sea la decisión sobre el punto controvertido, el juez no deberá ocuparse de la *cuestión* relativa a él, y mucho menos podrá consentir hacer de él objeto de *declaración* (artículo 308 Cód. proc. civ.) El punto prejudicial, como vimos, puede ser afirmado indistintamente por el actor y por el demandado.

c) Que el punto sea *controvertido* por parte de quien pide la acción o por parte del adversario; si falta toda discusión, la parte no puede aprovecharse de la prejudicialidad para pedir una declaración. No es, pues, presumible una demanda de declaración incidental en rebeldía del demandado; es presumible, en cambio, en rebeldía del actor, porque el demandado puede discutir un punto prejudicial, y al mismo tiempo pedir la declaración sobre

este punto. Esta condición corresponde, como ya hemos observado a la condición del *interés* en la acción ordinaria de declaración; pero es más sencilla de acreditar, y también más restringida, porque no siempre la discusión de una relación prejudicial ocurrida en un proceso podría valer como *interés* para proponer una acción autónoma de declaración.

A estas condiciones se aplican las normas generales de las condiciones de la acción. La casación de la discusión no hace cesar la acción, sino que obra como reconocimiento (§ 47, V.) (1)

En cuanto a los presupuestos procesales, deben concurrir aquí, ante todo los mismos presupuestos concernientes al juez y a las partes, y no deben ser obstáculo las mismas excepciones procesales, de las que hablamos al tratar de la demanda judicial en general. Observaremos en particular:

a) Que las partes en la declaración incidental deben ser las partes del pleito principal (o prejuzgado); pero el actor en la declaración incidental puede ser, como ya sabemos, tanto el actor como el demandado del pleito principal.

b) Que el pleito principal (o prejuzgado) debe estar *pendiente* en primer grado (en apelación no está admitido, porque es *demandada nueva*, una demanda de declaración incidental: § 84, II, d). La demanda es proponible, generalmente, hasta el cierre de la tramitación.

c) Que el pleito principal debe estar normalmente constituido (§ 92, II, 2.º b.)

d) Que la *forma* prescrita para el pleito principal debe ser compatible con la declaración incidental. En cuanto a los pleitos mercantiles, puede servir la observación hecha a propósito de la reconvencción (§ 92, 2.º e); recordando que hoy han perdido importancia las normas de los arts 869 últ. parr. Cód. com. y 570 2.º párr. Cód. proc. civ. (§ 28 II). También en cuanto al procedimiento cambiario y al procedimiento monitorio valgan las observaciones hechas en el § 92, II, 2.º e. Por otra parte puede suceder que estén prescritas, para obtener una sentencia sobre la cuestión que se presenta como prejudicial, formas especiales incompatibles con las del pleito principal. El caso es de difícil verificación, pero de él tenemos un ejemplo en aquellas cuestiones para cuya trami-

(1) MENESTRINA, *op. cit.* pág. 197 y sgs.

tación en vía principal se prescribe un solo grado de jurisdicción, como en el reconocimiento de las sentencias extranjeras: hemos visto que presentándose en un pleito pendiente una sentencia extranjera, ésta puede ciertamente ser reconocida por el mismo juez del pleito pendiente y a los fines de éste, *incidenter tantum* (§ 81, II); pero la cuestión que entonces hemos reservado a este punto, esto es, si con ocasión de la *cuestión* incidental de reconocimiento se puede pedir una *declaración* incidental para todos efectos, se resuelve negativamente: no sería posible el reenvío del pleito principal ni finalmente la *declaración para todos efectos*, por parte del juez del pleito principal, puesto que para el reconocimiento *para todos efectos* la ley prescribe una forma especial de proceso de un solo grado y la atribuye a un determinado juez; y aunque sea extraño que el conocimiento *incidenter tantum* esté rodeado de mayores garantías que el conocimiento *principaliter*, tal es el resultado a que conduce la organización dada por nuestro legislador al juicio de reconocimiento (arts 941 y 949 Cód. proc. civ.) como a las otras acciones de competencia de la Corte de apelación en único grado (§ 20, VI, D, b) (1).

e) Que la declaración incidental debe ser posible por razones de *competencia*; lo que ocurre solamente si el juez del pleito principal tiene competencia originaria sobre la acción de declaración de que se trata, o también si es posible un apartamiento de competencia según las normas (aplicables por analogía), establecidas para la *reconvención* (§ 92, II, 3.º) Ya sabemos que un apartamiento es siempre posible para la competencia *territorial*. En cuanto a la competencia *por valor*, si la demanda de declaración excede de la competencia del juez de la demanda principal, éste reenviará a las partes para las dos demandas al juez superior. En cuanto a la competencia *por materia y funcional*, si el pleito principal pertenece a la competencia especial por materia o función de un juez que no tenga competencia, por razón de valor o materia o función, sobre la demanda de declaración incidental y viceversa, no siendo posible un apartamiento de competencia, la demanda no será admisible, salvo el conocimiento incidental de la prejudicial, al juez del pleito.

(1) Conforme para *l'actio exjudicatu*, MENESTRINA, *op. cit.* pág. 280.

VI *Relación procesal con demanda de declaración incidental.*—También esta figura, como las precedentes, puede resumirse en la fórmula: demandas *autónomas* dentro de una relación procesal *única*.

a) La demanda de declaración incidental se propone, no necesariamente con citación, sino mediante escrito u oralmente en la audiencia, según la naturaleza del procedimiento. Solo cuando se propone contra el actor rebelde, debe notificarse a éste personalmente (art. 381 Cód. proc. civ.)

b) Con la demanda de declaración incidental se producen respecto al punto prejudicial los efectos sustanciales y procesales (litispendencia), propios de toda demanda judicial (§ 5, II y § 42).

c) La decisión de la cuestión prejudicial debe tener lugar por parte del mismo juez de la demanda principal, con los consiguientes apartamientos de competencia, que sean necesarios y posibles, conforme a cuanto dejamos dicho. Si el apartamiento no es posible, no es siquiera posible una *suspensión* del pleito principal para dar tiempo de obtener de otro juez la decisión de la prejudicial. Aquí se habla naturalmente de la *demand*a de declaración incidental y no de los demás casos, antes examinados, en los que la declaración tiene lugar por mandato de la ley, y en los que una norma especial puede también prescribir la suspensión del pleito principal (Cód. proc. civ., arts. 300, 406, 431; Cód. com., art. 869, último párrafo; Cód. proc. pen., arts. 2, 3, 5, 9, 10). V. § 72, IV, e). Una suspensión del pleito como cosa contraria a los derechos de las partes, no puede tener lugar sinó por norma especial de la ley. Si sobre la cuestión prejudicial hay pendiente un pleito ante otro juez que tenga competencia por la materia, valor o función sobre el pleito principal, éste podrá serle reenviado con arreglo al artículo 104 Cód. proc. civ. Sobre la condición, sobre las formas y los efectos del reenvío, valgan las observaciones hechas para la reconvencción (§ 92, III, e).

d) La demanda de declaración incidental concede a quien la propone, el aspecto del actor, pero la carga de la prueba continúa a cargo de quien la habría tenido en la simple *cuestión* prejudicial.

e) La demanda de declaración incidental, como es autónoma, puede requerir una instrucción propia, y está sujeta a las normas especiales de toda demanda judicial, en cuanto sean compatibles con la unidad de la relación procesal; puede ser objeto de recono-

cimiento, de renuncia y de renuncia a los autos; puede dar lugar a intervención principal o adhesiva, etc.

f) De la unidad de la relación procesal se deriva que la instrucción hecha para la demanda de declaración incidental puede ser utilizada para la demanda principal y viceversa; que todo acto relativo a la declaración incidental es acto relativo a la relación procesal y por ésto interrumpe la caducidad de la relación íntegra; que las preclusiones de la relación son comunes, etc., etc.

g) En cuanto al *fin* de la relación, valgan las normas ya citadas y ya recordadas para la reconvencción (§ 92, III, f). Si el pleito principal termina por componenda, por renuncia a los autos, o por sentencia que declara el defecto de presupuestos procesales, termina también necesariamente la declaración incidental, pero no viceversa. Así también de la naturaleza prejudicial de la cuestión que es objeto de declaración incidental, derivase que no puede pronunciarse sentencia de fondo sobre la demanda principal antes de que sea decidida la cuestión prejudicial; en cambio puede pronunciarse una sentencia interlocutoria que provea sobre la prejudicial, mientras el pleito sigue para la principal.

La sentencia de declaración incidental es sentencia de declaración, y no dada a ejecución forzosa (§ 7, III).

La sentencia que pronuncia sobre la cuestión prejudicial y al mismo tiempo sobre la demanda principal puede ser objeto de impugnación parcial o de aceptación también parcial.
