

realidad, y una ficción, por lo tanto, insostenible dentro de las modernas doctrinas sobre el derecho.

El demandado alegará esas excepciones en la contestación. Si no existiesen ó las conociera después, en la réplica ó en el trámite de prueba y aun transcurrido este, antes de la sentencia creemos nosotros, contra la opinión de otros comentadores, que debe admitirse su alegato y mandar que para mejor proveer se practiquen las pruebas y diligencias indispensables á evidenciar si la excepción que se alega es fundada y merece tomarse en cuenta antes del fallo. Dictado este en primera instancia, cabe al sustanciarse la segunda, alegarlas también. En pocas palabras; debe considerarse abierta toda la tramitación de un pleito para el empleo de este recurso; pero en el bien entendido de que se use de buena fe.

Es usarlo de buena fe, que el demandado lo utilice cuando lo conozca, porque no hacerlo sería reservarse armas para el momento decisivo y engañar á su adversario, que confiado seguiría todo el curso del pleito sin sospechar el rudo golpe que iban á sufrir sus pretensiones. Si la excepción es poderosa ¿quién duda de que, al alegarse, el demandante retire su demanda ó transija? En los litigios hay que conceder á la lealtad la influencia que legítimamente le corresponde, y como el procedimiento no puede excusarse de obedecer los estrechos preceptos de la moral privada, ha sido oportuno sancionar en este punto aquella condición esencialmente moralizadora.

Satisfechas las exigencias de este principio, hay que atender también á la justicia con que puede invocarse en todo tiempo cualquier excepción por parte del demandado. Este puede exigir que no se le prive del empleo de una arma legítima y el demandante que no le sorprenda ni se explote su buena fe. Esa es la fórmula que armoniza sus respectivos intereses y que sirve de fundamento á la teoría que venimos exponiendo en el comentario de este artículo.

En él hablamos de excepciones perentorias sin haberlas definido todavía. Ya al explicar el art. 535 expusimos qué se entiende por excepciones y cómo al clasificarlas se dividen en dilatorias y perentorias. La excepción dilatoria no produce el efecto de rechazar y contrarestar la acción; solo origina un aplazamiento en el juicio, una *dilación*, y de ahí su nombre. La excepción perentoria es la que contraresta y rechaza de un modo definitivo; la que se opone á la acción é impide que es

ta se ejercite; la que, en una palabra, pone término al pleito dando el triunfo al demandado que la alegó. La excepción dilatoria suspende el curso del pleito y es causa de un incidente. Resuelta la cuestión incidental y reparada la falta que le dió margen, si la hubo, el pleito continúa. La excepción perentoria es de mayores consecuencias; admitido que existe, ya no há lugar en manera alguna al ejercicio de la acción. Por eso la excepción perentoria se ha llamado también excepción perpétua.

Más arriba hemos dado algunos ejemplos de excepciones perentorias. Estas son:

- 1ª El pago ya verificado de la deuda que se pide.
- 2ª La transacción.
- 3ª La novación del contrato.
- 4ª La renuncia del acreedor ó demandante.
- 5ª Las causas por las cuales puede invocarse la nulidad del contrato en que se funda la demanda. Podrá alegarse esta excepción cuando haya mediado engaño ó violencia para el otorgamiento de ese contrato ó cuando hubiere contratado la mujer sin licencia de su marido, etc.
- 6ª La cosa juzgada.
- 7ª Suponer que se entregó el dinero y existe la deuda, cuando en realidad no se ha verificado aquella entrega.
- 8ª El pacto ó promesa de no pedir que es una renuncia ó una novación, según que se pacte no pedir nunca ó pedir en otras condiciones ó transcurrido cierto tiempo; ó pedir una cosa distinta.
- 9ª La prescripción, que destruye ó enerva la acción por el transcurso del tiempo, haciéndola ineficaz.
10. La compensación. Esta excepción es una de las más importantes. Puede alegarse cuando el demandante, acreedor del demandado, es á la vez deudor suyo.

Entonces se compensan los créditos respectivos y se paga el uno con el otro, en todo ó en parte, según que las deudas sean iguales ó exista entre ellas alguna diferencia de cantidad. Hay quien opina que para la compensación se necesita que las dos deudas sean de dinero ó de cosas de una misma especie y calidad. Nosotros creemos que no. Como el dinero es un factor común y un término de cambio universalmente aceptado, y como es posible por el uso de la moneda apreciar

exactamente la cuantía de ambas deudas, aunque consistieren en cosas distintas, la compensacion podrá verificarse siempre que demandante y demandado sean acreedores y deudores á la vez el uno del otro y lo sean en el momento en que se verifica el juicio.

Tampoco deberia ser obstáculo el que la deuda de cualquiera de ellos no se hubiera liquidado, pero entónces es preferible apelar á la reconvenccion. Segun doctrina de los juristas, confirmada, respecto á la mayor parte de los casos por nuestras leyes, no puede decretarse la compensacion cuando una de las deudas nace de depósito, comodato, despojo, reparacion de daños, indemnizacion de perjuicios, derecho de alimentos, pago de tributos y otros análogos. Y la razon es obvia; en cualquiera de esos casos hay algo superior á la misma deuda, una necesidad, un principio ó un interes de justicia que no se compensaria en modo alguno por deudas distintas, susceptibles de ser reclamadas en otro juicio.

Por último, en la contestacion á la demanda podrá hacerse uso de las excepciones dilatorias que no se hayan propuesto en el término de seis días, contados desde el siguiente al de la notificacion de la providencia en que se mandará contestar. Así lo dispone al art. 535. Las excepciones á que esto se refiere, ó sean las excepciones dilatorias que admite la ley, consignadas en el art. 533, son las siguientes:

- 1ª La incompetencia de jurisdiccion.
- 2ª La falta de personalidad en el actor por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio ó por no acreditar el carácter ó representacion con que reclama.
- 3ª La falta de personalidad en el Procurador del actor por insuficiencia ó ilegalidad del poder.
- 4ª La falta de personalidad en el demandado, por no tener el carácter ó representacion con que se le demanda.
- 5ª La *litis-pendencia* en otro Juzgado ó Tribunal competente.
- 6ª Defecto legal en el modo de proponer la demanda.
- 7ª La falta de reclamacion prévia en la vía gubernativa, cuando la demanda se dirija contra la Hacienda pública.

Jurisprudencia.—Tan solo pueden alegarse útilmente las excepciones perentorias al contestar la demanda. (21 de Mayo de 1859.)

El demandado tiene derecho de proponer en la contestacion de la

demanda las excepciones dilatorias no propuestas en el término que marca la ley de Enjuiciamiento civil. (26 de Febrero de 1863.)

No pueden ser admitidas otras excepciones perentorias que las expuestas en el escrito de contestacion ó en el de réplica. (18 de Junio de 1868.)

No pueden admitirse excepciones que se invocan fuera del término señalado por la ley. (30 de Noviembre de 1869.)

No son atendibles las excepciones que no se alegaron en tiempo oportuno. (28 de Diciembre de 1868.)

No pueden estimarse más excepciones que las propuestas en tiempo. (30 de Junio de 1864; 11 de Marzo, 18 y 22 de Setiembre de 1865, y 3 de Marzo de 1866.)

Las excepciones no opuestas oportunamente no pueden servir de fundamento del recurso de casacion. (12 de Mayo de 1860, 20 de Diciembre de 1865, y 12 de Abril de 1866.)

No pueden ser atendibles las excepciones perentorias de prescripcion y pago expuestas por el demandado en la segunda instancia, cuando en la primera opuso falta de accion, porque se excluyen ambas entre sí y porque una y otra dan por supuesta la certeza de la obligacion que se reclama. (21 de Junio de 1862.)

Es imprecendente cuando se propone despues de trascurrido el término señalado la excepcion perentoria de *non numerata pecunia*. (17 de Febrero de 1862.)

En la contestacion á la demanda debe el demandado hacer uso de sus excepciones, y en los escritos de réplica y dúplica se deben fijar definitivamente los puntos de hecho y de derecho objeto del debate, pero en apoyo de las excepciones propuestas, pueden presentarse documentos de fecha posterior, ó con juramento de nueva noticia si fueren anteriores. (12 de Octubre de 1866.)

Las excepciones perentorias que se opusieren al formalizar un artículo de incontestacion, no detienen el curso de la demanda, ni pueden resolverse en la providencia que sobre dichos artículos recaiga. (11 de Diciembre de 1863.)

La excepcion de cosa juzgada tiene lugar cuando la causa y razon de pedir han sido y son las mismas en uno y otro caso; y cuando la demanda versa sobre la misma cosa, idéntica causa, iguales partes y

objeto. (6 de Octubre y 30 de Noviembre de 1857 y 31 de Diciembre de 1866.)

Solo puede tener lugar la excepcion de cosa juzgada habiendo identidad de personas, cosas y acciones. (11 de Marzo de 1865.)

La excepcion de cosa juzgada no puede tener lugar cuando no concurren las tres entidades de personas, cosas y acciones. (30 de Junio de 1866 y 3 de Junio de 1868.)

Para que haya identidad en una accion y no pueda reputarse distinta en su naturaleza y esencia para los efectos de cosa juzgada, no es indispensable darle el mismo nombre, sino que sea idéntica la razon en que se funde, igual el objeto y unas mismas las personas; porque es doctrina legal que procede la excepcion de cosa juzgada, aun cuando en el pleito en que se proponga se haya variado en el nombre de la accion deducida en el primero, siempre que concurren estas circunstancias. (27 de Febrero de 1861 y 18 de Octubre de 1867.)

La sentencia en un juicio ejecutivo no produce excepcion de cosa juzgada en el juicio ordinario, porque despues de todo juicio sumario procede el ordinario. (4 de Enero de 1858 y 17 de Noviembre de 1864.)

Es precedente y necesaria la absolucion de la demanda cuando el demandado opone á ésta alguna excepcion perentoria admisible con arreglo á las leyes. (11 de Febro de 1871.)

La excepcion de compensacion hecha al expresar de agravios, es temporánea. (17 de Marzo de 1860.)

§ 2º—Al comentar el epígrafe de esta seccion hemos dicho ya qué se entendia por reconvencion, y qué era en el lenguaje de nuestro derecho reconvenir.

Tambien hemos señalado los efectos principales que la reconvencion produce.

Ellos determinan el carácter de esta especie de litigio, que hace de dos pleitos uno y que convierte al demandante en demandante y demandado, atribuyendo ambas cualidades tambien al reo.

Por esa circunstancia la llamaban los juriconsultos romanos de un modo gráfico y exacto *mútua peticion*, nombre que ha conservado hasta nuestros dias.

Despues de examinar entre las excepciones perentorias la de compensacion cuando se tiene una idea vaga y ligera de lo que es reconvencion

córrase algunas veces el riesgo de confundir ambos términos. La compensacion es tambien una *mútua peticion*.

Mejor dicho aún: toda compensacion es reconvencion, si bien existen otras especies de ésta última diversas de aquella.

Por eso los comentaristas han comprendido la necesidad de distinguirlas, estableciendo entre ellas las siguientes diferencias:

1ª Que en la compensacion el que la opone confiesa el crédito, lo que no hace el que reconviene.

2ª Que la compensacion recae siempre sobre una cantidad igual á la pedida por el demandante y la reconvencion abraza todo el crédito que el demandado tiene á su favor.

3ª Que la compensacion es *excepcion* y la reconvencion *accion*, de donde se deduce que la compensacion se encamina á rechazar la accion del demandante y obtener la absolucion de la demanda y la reconvencion á obtener la condena del demandante. Así cuando la compensacion se prueba, la sentencia absuelve al demandado de la demanda, y cuando se prueba la reconvencion, la sentencia condena al demandante á hacer ó sufrir lo que pide el demandado.

4ª Que la compensacion procede en el caso de que ambas deudas sean líquidas y ciertas, lo cual no se exige en la reconvencion.

5ª Que el vencido en la reconvencion no puede solicitar por medio de otro pleito lo que en ella pretendia, y el vencido en la compensacion, sí.

6ª Que despues de haberse empleado inútilmente sin efecto favorable, la compensacion, puede hacerse uso de la reconvencion y no al contrario.

7ª Que la compensacion puede oponerse en la segunda instancia aunque se haya omitido en la primera, y la reconvencion haya que usarla necesariamente en la primera instancia y al contestar, de la manera que previene el artículo que comentamos.

La compensacion podrá usarse en la segunda instancia cuando haya nacido de hechos posteriores á la primera ó se funde en sucesos que el demandado ignoró hasta entónces.

Esa es la reconvencion. De las diferencias que hemos apuntado resulta definitiva: es un nuevo pleito que se ingiere en el anterior y en el cual es indispensable que sea demandante el demandado del primero, y demandado el demandante.

El párrafo que comentamos establece además como indispensable que la reconvencción se proponga en la contestación á la demanda y que proceda. ¿Cuándo procederá? Sobre ese punto la ley decide en el párrafo tercero de este artículo.

§ 3º.—Dicho párrafo dice terminantemente que no procederá la reconvencción cuando el Juez no sea competente para conocer en ella por razón de la materia.

Así, si la reconvencción versa sobre cosa eclesiástica reservada á los tribunales especiales, no podrá sustanciarse en un pleito civil y por Jueces civiles.

Lo mismo decimos si el Tribunal ante quien se litigara fuese compuesto por árbitros y no se les hubiese otorgado la facultad de discutir la reconvencción ó cuando ésta se refiriese á cuestiones administrativas, etc., etc.

Tampoco es posible admitirla si hay oposición entre la competencia del Juez y la cuantía del negocio ó entre la naturaleza de los juicios; así, en un juicio verbal, no puede sustanciarse reconvencción que exceda de la cantidad que determina la celebración de ese juicio. Téngase además en cuenta que la reconvencción es parte del procedimiento del juicio ordinario y que ha de sustanciarse con arreglo á sus fórmulas, por lo que nunca podrá confundirse con ningún otro procedimiento distinto. La diferencia de acción no imposibilita el empleo de la reconvencción. En la demanda puede alegarse una y en la reconvencción otra. Aquella puede ser real y esta personal ó mixta, ó al contrario.

Jurisprudencia.—No hay verdadera reconvencción si en la contestación á la demanda no se plantea ninguna cuestión nueva en contraposición á las comprendidas en aquella. (8 de Junio de 1875.)

Si el demandado formula reconvencción, el demandante al contestarla en la réplica puede alegar todo lo que le convenga sobre ella, sin que haya incongruencia entre el fallo y lo pedido en la demanda porque la sentencia se ocupe en lo alegado por el demandante respecto á la reconvencción. (9 de Noviembre de 1875.)

Cuando al contestar á la demanda se propone una reconvencción por cantidad líquida, la sentencia debe resolver acerca de la demanda y de la reconvencción; pues de lo contrario se infringe la Ley de Enjuiciamiento civil. (13 de Mayo de 1860 y 22 de Abril de 1869.)

Con la reconvencción del demandado se reconoce implícitamente la personalidad del demandante. (23 de Junio de 1865.)

No pueden ser objeto de reconvencción las peticiones sobre inclusión y exclusión de bienes en el inventario de una testamentaria, porque según la Ley de Enjuiciamiento civil, dichas reclamaciones deben sustanciarse en pieza separada. (29 de Setiembre de 1866.)

Si bien con arreglo á la ley 4ª, tít. 10, Part. 3ª y á esta Ley, la reconvencción que se proponga en la contestación á la demanda debe resolverse en la sentencia, esto solo tiene lugar cuando se ha sustanciado y discutido como una nueva demanda; pero de ningún modo cuando solo se ha hecho una idicación en la contestación, sin formalizar ni en ella ni en la dúplica petición alguna. (29 de Abril de 1865.)

Art. 543. Después de la contestación á la demanda no podrá hacerse uso de la reconvencción, quedando á salvo al demandado su derecho, que podrá ejercitar en el juicio correspondiente. (*Ley ant.*, art. 254, pár. 4.º)

Era innecesario este artículo. Bastaba haber modificado el anterior para incluir en él el precepto que sanciona. Su razón por lo demás es clara y precisa. La reconvencción, ya lo hemos dicho, es una verdadera acción. Si no se plantea en el lugar señalado por la ley para alegarla, puede ser base de un mismo juicio, distinto del anterior. La jurisprudencia que sanciona el art. 542 incluido al final de su comentario, puede consultarse al estudiar éste porque interesa conocerla, además de la que insertamos á continuación.

Jurisprudencia.—Después de la contestación á la demanda no puede hacerse uso de la reconvencción. (Sent. de 13 Noviembre de 1866.)

Esta disposición no solo puede tener lugar cuando la reconvencción ha sido sustanciada y discutida con arreglo á la ley del procedimiento como una nueva demanda, lo cual no se verifica en el juicio de desahucio, porque está limitado á la averiguación de hechos concretos. (Sent. 28 de Abril de 1869.)

Art. 544. Las excepciones y la reconvencción se discutirán al propio tiempo y en la misma forma que la cuestión principal del pleito, y serán resueltas con ésta en la sentencia definitiva.

Se exceptúa la excepción perentoria de cosa juzgada, cuando sea la única que se objete á la demanda. En este caso, si

así lo pide el demandado, se podrá sustanciar y decidir dicha excepcion por los trámites establecidos para los incidentes. (*Ley ant., art. 253, párr. 3.º*)

I.

Que las excepciones se discutan al propio tiempo y en la misma forma que el pleito, despues de lo que acerca de ellas hemos dicho, se comprende sin necesidad de nuevas explicaciones. Esas excepciones (la ley se refiere aquí sobre todo á las perentorias), son la razon contraria á la demanda, el fundamento en que el demandado se apoya para rechazarla y pedir que se le absuelva de lo que pretendió el demandante. ¿Dónde habia de discutirse esto, fuera del lugar que la ley ordena? Dice la ley que esas excepciones se discutirán al propio tiempo y en la misma forma que la cuestion principal. Hay alguna impropiedad en estas palabras ó en el fondo de lo que expresan; esas excepciones son parte integrante de aquella cuestion principal. Al discutirla hay que ventilarlas, y acaso en primer término. Se discuten esas excepciones como contestacion á la demanda. Muchas veces ellas solas la forman; el demandado no niega la accion; lo que hace es demostrar que no puede ejercitarse en virtud de esas excepciones. Y cuando la contestacion á la demanda reune tales requisitos, ¿cómo habia de seguirse su debate de una manera distinta á la adoptada para el de aquella?

En cuanto á la reconvenccion, ya hemos dicho que el motivo de unir-la tan estrechamente al pleito que se alega, es el deseo del Legislador de reducir el número de los litigios. No se conseguiría este resultado sino cumpliendo lo que ordena el art. 544, sobre cuya inteligencia tampoco hay que añadir extensos comentarios.

La reconvenccion es una verdadera demanda. El que trate de reconvenir contestará en primer término la demanda propuesta, que es cabeza y base del pleito. En seguida planteará la reconvenccion en la forma prescrita por el art. 524, exponiendo separadamente y de un modo claro y conciso, numerados y en distintos párrafos, los hechos y los fundamentos de derecho, y fijando lo que pide de la misma manera que en la súplica de aquel escrito. Advertirá que ejercita el derecho de reconvenccion. No creemos necesario que determine la accion que cree corresponderle, ni si esta es real ó personal, pues no depende de ella en tal caso la competencia del Juez; pero sí es indispensable que mencione los do-

cumentos que acompaña como justificantes de su derecho, á fin de que el Tribunal los tenga por presentados y surtan en el juicio los efectos oportunos. En todo lo demas, relativo á copias, poder, etc., se atenderá á lo prescrito para la contestacion en general.

Despues continúa tramitándose el pleito, sin modificaciones de ningun género que alteren el procedimiento señalado para el juicio ordinario en los casos en que no hay reconvenccion. El demandante la contesta en la réplica y el demandado le replica en la dúplica. Hay autores que sostenian la oportunidad de conceder al demandante derecho á presentar un nuevo escrito que fuese como la dúplica de la reconvenccion; pero ese deseo no es admisible, porque entónces la reconvenccion contribuiría á dilatar los negocios, y porque, admitida la necesidad de que desaparezcan ó se disminuyan por lo ménos los casos en que ha de hacerse uso de la réplica y la dúplica, seria un contrasentido autorizar la presentacion de nuevos escritos.

Algunos comentadores sostenian que la ley, para hacer igual la condicion de todos los que litigan y á fin de prevenir el caso de que el demandante tuviera que alegar algun nuevo hecho, contrario á las afirmaciones producidas por el demandado en el escrito de dúplica, establece lo que se llama *escrito de ampliacion*. Estó no es exacto. El escrito de ampliacion, segun lo definió la ley de 1855, se encaminaba á satisfacer una necesidad distinta de esa. Decia el art. 260 de esa ley:

“Si despues de recibido el pleito á prueba ocurriere algun hecho que tuviere relacion con la cuestion que se ventile, ó hubiere llegado á noticia de las partes alguno de que juren no haber tenido ántes conocimiento, podrán alegarlo formulando un escrito que se llamará de ampliacion.”

Aplicando estrictamente este artículo, ningun Juez podrá tolerar que el escrito de ampliacion sirviera para oponer hechos nuevos á las afirmaciones de la dúplica.

Por equidad, ha podido consentirse; pero no en virtud de un derecho reconocido. En lo sucesivo, la cuestion variará de aspecto, y el demandante podrá exigir que se le consienta el empleo de ese recurso siempre que se cumplan las condiciones fijadas por el art. 563 de la nueva ley, que dice así:

“Si despues de los escritos de réplica y dúplica ocurriese algun he-