

y los instrumentos que presenta el actor, con el mismo fin de que se instruya por ellos plenamente de las causas, que le deben mover á condescender con la instancia, ó á contradecirla; y este medio, que produce y asegura el mismo efecto, que el antiguo de sacar copia de los escritos ó instrumentos que presentaban las partes, trae el beneficio de la mayor expedicion de los pleytos, excusa gastos, y se precave la pérdida de los autos originales con los recibos y obligaciones que constituyen los Procuradores, quedando responsables á volverlos á la misma Escribanía íntegros y sin mengua alguna, segun dispone la *ley 11. tit. 20.* y la *4. tit. 24. lib. 2. de la Recopil.*; y con estas luces puede el demandado deliberar sobre la contestacion, de la qual, sus partes y efectos trataré en el capítulo próximo.

CAPÍTULO IV.

De la contestacion.

1. A la manera que en el capítulo antecedente propusimos un exemplo de la fórmula ó libelo de la demanda para proceder á su explicacion con la mayor claridad, daremos aquí principio tambien con un exemplo del libelo de la contestacion, con el mismo fin de hacer mas perceptible su explicacion, en los términos siguientes:

N. en nombre, y en virtud del poder que en debida forma presento, de N. vecino de T., usando del traslado que por auto de cinco del presente mes de Junio se me ha comunicado de un escrito presentado á nombre de N. vecino de T. digo: Que refiriendo haber entregado á mi parte en calidad de préstamo 100 reales vellon, y ser pasados los dos plazos señalados para el pago, pretende que mi parte le haga íntegro y efectivo de los expresados 100 reales con lo demas que contiene dicho escrito: y contradiciendo en forma la enunciada pre-

pretension, se ha de servir Vmd. absolver y dar por libre de ella á dicha mi parte, á cuyo fin pongo á su nombre la mas justa y debida compensacion de otra igual cantidad, que le debe el nominado N., como heredero de N., vecino que fué de N., procedente del testamento baxo cuya disposicion falleció, otorgado en 31 de Enero del presente año de 1782, por testimonio del Escribano de número de ella N. en el qual legó á mi parte 150 reales vellon, como se comprueba por el testimonio del citado testamento que en debida forma presento: y por el resto de esta cantidad, que son 50 reales, compensados los 100 que pide el nominado N., pongo á este la demanda de mútua peticion y reconvenion en forma, para que se sirva Vmd. condenarle á que la dé y entregue á mi parte; pues todo procede así, y es de hacer por lo favorable y siguiente. Y porque &c.

2. La respuesta del reo demandado confesando, ó contradiciendo la instancia del actor, es la que se llama contestacion. El Diconario de la lengua Castellana pág. 267. en la palabra *contestar* la demanda ó el pleyto, dice así: "Responder derechamente á la demanda, *litem contestaris*." *ley 3. tit. 10. Part. 3.* Comenzamiento, é raiz de todo pleyto sobre que debe ser dado juicio, es quando entran en él, por demanda, é por respuesta delante del Judgador: E respondiéndolo el demandado á aquella demanda llanamente, si, ó non: En qualquier destas maneras, que de suso diximos, que responda el demandado á la demanda que le facen, cumple para ser comenzado el pleyto por demanda, é por respuesta, á que dicen en latin *contestatio*." *Ley únic. tit. 7. del Ordenamiento de Alcalá*; y la *ley 1. tit. 4. lib. 4. de la Recop.*

3. Paz en su *Práctica tom. 1. part. 1. temp. 6. n. 1.* la definió, ó describió con notable redundancia, considerando como parte de la contestacion la referencia del negocio ó causa principal que contiene la demanda: *Principalis negotii apud Judicem competentem facta narratio, et ad eum secuta responsio*; pues está demas to-
da

da la primera parte, completándose la contestacion con la sola respuesta del demandado en sus palabras *si ó no*.

4. Parladorio *lib. 1. Rerum. quotid. cap. 14.* se entró á exâminar el origen ó etimología de la voz *contestacion*, y suponiendo que las mas veces niega el demandado la intencion del actor, se inclina á que con mas propiedad debia llamarse *insficiacion*, haciendo diferencia entre el caso en que el demandado confiesa y el en que niega; pero esto es desconocer la propiedad que dan las leyes á la contestacion relativa al pleyto, ya sea confesando, ó negando la instancia; segun queda advertido.

5. El actor en su demanda no pregunta al demandado sobre las causas y acciones que propone, ántes bien le dá una positiva seguridad independiente de que el reo las reconozca ó niegue; y así parecia que no debia llamarse respuesta lo que este dixese en su contestacion.

6. Pero lo cierto es que el Juez no podia decidir la pretension del actor por solo su escrito, y era necesario espesarse competente prueba de su verdad, ya fuese por la confesion del demandado, ó en su defecto por otros medios legales de instrumentos, ó testigos. Para la primera, le comunica traslado de la instancia, y en esta providencia se contiene una eficaz pregunta al reo para que responda y confiese si es cierta la demanda, ó no; y en este concepto puede con propiedad decirse, que el demandado responde al Juez lo que desea saber sobre la demanda del actor, siendo esta la materia ó asunto á que se refiere su contestacion, confesándola, ó negándola. En el primer caso procede el Juez á dar su setencia sin esperar otras probanzas, que no aprovecharian sobre la que produce la confesion, siendo igualmente officiosos todos los demas procedimientos de la causa. Y quando contradice la demanda, como falta la prueba que necesita el Juez, es necesario ir por la causa adelante, esperando la que hagan las partes en los términos que conceden las leyes.

7. El demandado tiene el de nueve dias para instruir-

se

se de la demanda, y deliberar su contestacion, empezando á correr y contarse desde el siguiente al de la notificacion del traslado; pues está en su arbitrio tomar la demanda, enterarse de ella, y consultar su resolucion acerca de confesarla, ó contradecirla; y estos nueve dias corren por momentos sin interrupcion, ni descuento de los feriados: porque son continuos y perentorios, á fin de no alargar los pleytos con voluntarias ó maliciosas dilaciones. *Ley 1. tit. 4. lib. 4. Recop. : ley 2. tit. 3. del mism. lib.*

8. Aunque la citada *ley 1. tit. 4. lib. 4. Recop.* señala al parecer, por término en que deben empezar los nueve dias, aquel en que fuere puesta la demanda, diciendo: "que, del dia que la demanda fuere puesta al demandado, ó su Procurador, sea tenuto á responder derechamente á la demanda, contestando el pleyto, conociendo, ó negando, hasta nueve dias continuos," debe entenderse en el caso que el mismo dia, en que se pone la demanda, llegue á noticia del demandado, ó de su Procurador, por medio de la notificacion, y entrega efectiva del escrito y documentos que le acompañen, concurriendo tambien la circunstancia de que en aquel tiempo esté el demandado en el lugar del juzgado, en donde se radicó la instancia: porque si estuviese ausente le debe conceder el Juez término competente para que, precedido el emplazamiento, pueda venir, ó enviar Procurador que conteste la demanda, y que á este fin le queden útiles los nueve dias para enterarse y deliberar lo que ha de exponer en su contestacion; y con este respecto señalan las leyes á los emplazamientos, que mandan hacer los del Consejo y Audiencias, el término de treinta dias, ó el de quarenta, reservando á los Jueces el arbitrio de prorogarlo, ó abreviarlo, atendida la calidad de las personas, la distancia del lugar donde estén, y otras circunstancias. *Ley 1. tit. 3. lib. 4. Recop.*

9. Si no contestase el demandado dentro de los nueve dias, que á este fin se le señalan, se estima legal-

men-

mente contestada la demanda en la primera parte de reconocerla y confesarla; por efecto de la rebeldía en que incurre con solo el transcurso de los nueve días, que es término perentorio que interpela al demandado, como se demuestra de la citada ley 1. tit. 4. lib. 4. Recop. que dice: "Y si así no respondiere, que sea tавido por confeso por su rebeldía, por esta nuestra ley; aunque no sea dada la sentencia contra él sobre ello."

16. Pero la práctica y estilo de los Tribunales ha recibido por constante que el actor, pasado el término de los nueve días, acuse al demandado la rebeldía, para que con esta prévia diligencia se tenga por confeso. Paz tom. 1. part. 1. temp. 6. n. 23. Curia Philip. part. 1. §. 14. n. 8.

17. Al ignorante, y al impedido con justa causa, no le corre término; ni se considera rebelde para caer en la pena de tenerle por confeso y contestada la demanda; y así en qualquier tiempo que se presente al Juez, y proponga y justifique haber estado impedido para venir á responder á la demanda en los nueve días señalados, ya sea por haberla ignorado, ó por otra causa que le excuse de la rebeldía, conservará el término, y gozará de él para responder y contestar, ó proponer excepciones dilatorias, reponiéndose la confesión y sus efectos, porque la rebeldía en que se motivó fué presunta y ficta, y una y otra ceden á la verdad. De otro modo se impondría pena al inocente, y se añadiría aflicción al afligido, que por enfermedad ó por otro caso fortuito no pudo llegar á tiempo oportuno para defenderse. Ley 11. tit. 7. Part. 3. ley 1. tit. 5. lib. 4. Recop.

Esta especie de confesión presunta por efecto de la rebeldía conviene con la real y efectiva; en que por una y otra queda el reo excluido de proponer excepciones dilatorias, ó las que tengan fuerza de tales, aunque en su esencia y efectos sean perentorias.

18. En la primera clase está la excepcion de incompetencia de jurisdicción; recusacion del Juez, plazo no

cum-

cumplido, y otras de que tratan largamente Salgad. de Reg. protect. part. 2. cap. 1. n. 24. y en el cap. 18. Paz Prax. tom. 1. part. 1. temp. 5. n. 14. Cur. Philip. part. 1. §. 13. n. 6.

14. En la segunda se consideran las de cosa juzgada, transaccion, pacto, ó juramento de no pedir, de las quales tambien hay copiosos tratados. Pero estas pueden proponerse en calidad de dilatorias, observando entónces el mismo tiempo señalado ántes de la contestacion, porque con ella se entiende que han consentido en el Juez, y renunciado el beneficio que les competia, para dilatar á otro tiempo la contestacion.

15. De estas excepciones trató, con preferencia á la contestacion, Paz en su Práctica tom. 1. part. 1. temp. 5. ligándose al tiempo material en que debian proponerse, sin advertir que las leyes establecen la regla de que á la demanda ha de seguir necesariamente la contestacion, y por limitacion ó excepcion de esta regla señalan los casos en que los reos tengan y quieran usar de tales excepciones para dilatar ó impedir: y no debe invertirse el orden de establecer en primer lugar la regla, y tratar despues de sus limitaciones, como lo observa toda buena legislacion, y se demuestra en los títulos 2. 3. 4. y 5. lib. 4. de la Recop.

16. Quando la contestacion se hace llanamente y de buena fe, confesando la obligacion en los términos que la propone el actor, impide el progreso del juicio, y no dexa mas partes al Juez que las de condenarle incontinenti al pago ó restitucion de la cosa que se le pide, concediéndole término competente. Así lo dice la ley 7. tit. 3. Part. 3. ibi: "Mas quando otorgase luego lo que devia, el Judgador le deve mandar, que pague lo que conoció, fasta diez días, ó á otro plazo mayor, segund entendiere que es guisado, en que lo pueda complir." Esto mismo confirma la ley 2. tit. 13. de la misma Part. ibi: "Grande es la fuerza que há la conecencia: Ca por ella se puede librar la contienda, bien así como si

Tom. II. F "lo

lo que conocen, fuese provado por buenos testigos, ó por verdaderas cartas. E porende el Judgador, ante quien es fecha la conocencia, deve dar luego juicio afinado por ella, si sobre aquella cosa que conociéron, fué comenzado pleyto ante por demanda, é por respuesta: Mas si alguno ficiese venir su debdor ante Juez, é le rogase que le ficiese jurar, é el de mandado respondiese luego llanamente, que gela devia, non le queriendo facer contienda sobre ello; estónce decimos, que abonda que el Judgador mande al debdor que hizo la conocencia, que pague aquella cosa: é non há porque le dé otro su juicio afinado, sobre tal razon como esta." La ley 2. tit. 22. de la misma Part. y la 1. tit. 7. lib. 4. de la Recop. se explican de la manera siguiente: "Y si de la respuesta de las posiciones hallare el Juez que puede dar sentencia definitiva, concluso el pleyto, la dé, la que por fuero, ó derecho deva; y sino, resciba las partes á prueba delo por ellas dicho, é alegado."

17. Es de observar por el contexto de las enunciasdas leyes, que el deudor puede hacer la conocencia de su obligacion á favor del acreedor en dos tiempos y maneras: la primera, quando el acreedor la pidiere ante Juez competente, como preliminar á su demanda, y ántes de formalizarla; y en este caso producirá un precepto ó mandamiento de pago, que sin ser sentencia verdaderamente definitiva obra los mismos efectos, y la debe cumplir en el término que le señale el Juez, sin darle lugar á pleyto ni demandar.

18. La segunda manera ó tiempo en que se hace la conocencia ó confesion por el deudor, es respondiendo á las posiciones del actor despues de contestada la demanda, ó en el mismo acto de la contestacion; y entónce procede el Juez á dar su sentencia definitiva, estando el pleyto concluso.

19. La razon de esta diferencia en el modo de concebir su mandamiento el Juez, aunque no la haya en el

efecto de su execucion, consiste en que sin demanda y contestacion no puede tener lugar la sentencia definitiva, y se suple con el precepto de pagar, que tiene en este caso la misma fuerza por efecto de la confesion, que es la prueba mas constante y segura, como si se hiciese con buenos testigos ó por cartas verdaderas; y así produce execucion. Ley 5. tit. 21. lib. 4. de la Recop. "ó las confesiones claras fechas ante Juez competente, trayan aparejada execucion." No se permite que los Letrados hagan sobre ellas preguntas, ley 4. tit. 7. lib. 4. : ley 31. tit. 16. lib. 2. de la Recop. porque nada añadiria á la confesion qualquiera otra prueba que se hiciese por testigos, ni aun por cartas, y se caeria en un acto ilusorio resistido constantemente por las mismas leyes. Ley 4. tit. 6. lib. 4. de la Recop.

20. Y por último con la sola confesion del deudor se halla probada la verdad del hecho, y por ella se debe juzgar de buena fe. Ley 10. tit. 17. lib. 4. de la Recop.

21. De la sentencia ó mandamiento, que diere el Juez por efecto de la confesion que hiciere el deudor, en los términos y con la diferencia indicada, no hay apelacion. Gregorio Lopez in leg. 7. tit. 3. Part. 3. glos. 1. con muchos que refiere: porque si este remedio, faltando las causas referidas, se tomase por pretexto para dilatar los pleytos en grave daño de los interesados y del Público, seria perjudicialísimo, siendo de otra parte tan recomendable, quando se usa de él en propia natural defensa, para reparar los agravios que hacen á las partes los Jueces por malicia, ó por ignorancia, enmendándose á veces los mismos interesados, alegando y probando en las ulteriores instancias lo que omitieron en la primera, segun la ley 1. tit. 23. Part. 3. ibi: "E tiene pró el alzada quando es fecha derechamente, porque por ella se desatan los agraviamientos que los Jueces facen á las partes tortizadamente, ó por non lo entender." Ley 1. tit. 18. lib. 4. y la 4. tit. 9. lib. 4. de la Recop. : leg. 1. ff. de Appellat. : leg. 6. §. 1. Cod. eod. tit.

22. Este es el fundamento mas sólido que excluye las apelaciones frívolas y notoriamente calumniosas, Salgado de Reg. protect. part. 3. cap. 6. à n. 40. ubi latissime; y ninguna lo seria mas que la que se interpusiese contra lo mismo que habia confesado y reconocido el deudor llanamente, supuesto que no podia mejorarla con pruebas ni alegaciones, pues las resisten las mismas leyes, segun se ha demostrado.

23. Pero si se motivase en la apelacion haber hecho con error su confesion, y se ofreciese à probarlo, debe ser admitida; y se revocará la sentencia dada por consecuencia de su confesion, si probare su error en el juicio de la apelacion. Gutierrez de Juram. confirm. part. 3. cap. 8. n. 4. et 5. Gregorio Lopez in leg. 16. tit. 23. Partid. 3. glos. De la sentencia. Ceballos com. cont. com. q. 669. La razon es clara, porque nada hay mas contrario al consentimiento y voluntad que el error, y justificándose la sentencia dada por efecto de la confesion de la parte en el consentimiento que contenia, caducando este con la prueba del error, queda igualmente destituida la sentencia de todo efecto, ó á lo ménos debe revocarse.

24. La confesion judicial equivale á la sentencia dada en juicio, y pasada en autoridad de cosa juzgada, segun la ley unic. Cod. de Confes.; y así como las sentencias, aunque hayan pasado en cosa juzgada, por no haberse apelado de ellas, se revocan ó declaran nulas, quando se han dado por cartas ó testigos falsos, probándose esto manifestamente por la parte que las reclamase, ley 13. tit. 22. Part. 3. "E otrosi, todo juicio que fuese dado por falsos testigos, ó por falsas cartas, ó por otra falsedad qualquier, ó por dineros, ó por don con que oviese corrompido el Juez; maguer contra quien fuese dado non se alzase dél, puédelo desatar quando quier, fasta veinte años, provando que el juicio primero fuera dado por aquellas pruebas, ó razones falsas." Ley. 1. y 2. tit. 26. Part. 3.: ley 33. tit. 14. Part. 5. Leg. 33. de Re judicat. Leg. 1. 2. 3. et 4. Cod. Si ex fals. instrum. vel testib.

tit. judicat. sit; de la misma manera no podrá sostenerse la sentencia que se dió sobre una confesion del interesado, quando se descubriese y probase el error con que la executó.

25. El que no responde á la demanda en el término de los nueve dias señalados por las leyes, se considera contumaz y rebelde, y se estima y declara por confeso en la demanda que le ha sido puesta, precedida la acusacion de rebeldía, conforme á la práctica y estilo de los Tribunales. Ley 1. tit. 4. lib. 4. de la Recop. "Y si así no respondiere, que sea avido por confeso por su rebeldía, por esta nuestra ley, aunque no sea dada la sentencia contra él sobre ello." Ley 1. tit. 11. lib. 4. de la Recop.

26. Esta confesion presunta ó legal hace veces de contestacion, y cierra la puerta á las excepciones dilatorias que podria poner el demandado, si hubiera venido á producir las dentro de los mismos nueve dias.

27. Induce tambien esta presuncion un efecto de prueba de la demanda, que permanece hasta tanto que el demandado pruebe concluyentemente su libertad y ninguna obligacion; pues como en esta parte procede por via de excepcion contra la confesion presunta, que considera la ley haber hecho, no compareciendo dentro de los nueve dias, hace en esta parte las veces de actor, y ha de probar lo que propone contra la intencion de aquel, que la tiene ya fundada en la presuncion ó ficcion de la ley.

28. Estos son los efectos á que debe restringirse la confesion presunta en rebeldía, quedando libre al demandado todo el progreso de la causa para alegar y probar en ella no ser deudor de lo que se le demanda, y ser de consiguiente absuelto en la sentencia definitiva.

29. Esta doctrina la tocáron Paz tom. 1. part. 1. temp. 6. n. 39. Cur. Philip. part. 1. §. 14. n. 9. Ceballos com. cont. com. q. 669. Diego Perez en la ley 1. tit. 3. lib. 3. del Ordenam. glos. Sea habido por confeso, fundando-

la en argumentos y pruebas débiles, tomadas del derecho de los Romanos, debiendo hacer uso de las Leyes Reales que la confirman con la mayor claridad.

30. La ley 1. tit. 4. lib. 4. de la Recop. trata únicamente de la contestación, la qual dice que se ha de hacer concediendo, ó negando; y procediendo en la segunda parte al caso de que el demandado no viniese, ó enviase Procurador á contestar la demanda, le declara por confeso, y en el efecto contestada, sin que extienda su disposición á que el Juez le pueda condenar al pago, ni apremiarle á su execucion; y esto solo bastaria para no extender la pena, contra el que no pareció en el término señalado, á lo que no explicó la ley.

31. En la 1. tit. 11. del mismo libro, se extiende con mayor claridad todo lo correspondiente á este punto; pues en su principio supone, que los rebeldes que no quieren venir ante el Juzgador á los emplazamientos, que les son puestos, no deben ser de mejor condicion que los que vinieren á parecer ante ellos; siendo de observar, que solo niega á estos rebeldes la mejoría, pero no les impone, ni declara que sean de peor condicion, considerándolos de consiguiente iguales en que unos y otros contestan la demanda, y que no está en su arbitrio embarazar al actor el curso de la causa para llegar á obtener por definitiva lo que pretende en su demanda.

32. Así se previene y dispone en el progreso de la misma ley; pues manda que el Juzgador vaya por el pleyto adelante á recibir testigos del demandador, ú otras pruebas que hubiere para probar su intencion, así como si el pleyto fuese contestado, y dar sentencia definitiva en él sin otro emplazamiento.

33. Si el Juzgador debe ir por el pleyto adelante, manifesta claramente, que no tiene lo suficiente en la confesion del que por rebeldía no ha venido á contestar la demanda, para condenarle en lo que el actor pide; y si el fin de ir por el pleyto adelante es para recibir testigos del demandador, ú otras pruebas que hubiere para pro-

probar su intencion, parece que no la tenia bien fundada en la confesion presunta del demandado, y que necesitaba ayudarse con prueba de testigos y otras, las quales solamente serian necesarias para el caso en que viniese el demandado á purgar su morosidad y rebeldía, y á desvanecer la presuncion, que contra él resultaba, con pruebas sólidas y convincentes de testigos y de instrumentos.

34. El término, que se concede en los pleytos, es comun á todos los litigantes, y concediéndose en la citada ley al demandador para el fin indicado, podrá aprovecharse del mismo el demandado.

35. Pone la ley en escogencia del actor admitir el medio indicado de ir por el pleyto adelante para probar su intencion con testigos ú otras pruebas, ó pedir que se haga asentamiento, cuya execucion describe con diferencia en la accion real y en la personal.

36. Este asentamiento es un decreto ó sentencia interlocutoria. Ley 2. tit. 8. Part. 3. ibi: "Él tal mandamiento como este llaman en latin sentencia interlocutoria, que quier tanto decir, como juicio que es dado sobre pleyto, que non es librado por juicio acabadamente." Por él pone el Juez al actor en tenencia de los bienes raices que pretende por la accion real, sirviendo como de apremio al demandado para que purgue su rebeldía, y venga á responder á la demanda, á cuyo fin se le conceden dos meses, contados desde el dia en que es hecho el asentamiento; y si pasado este plazo continuase en su rebeldía, adquiere el actor sobre la tenencia de los bienes raices en que fué puesto, su efectiva posesion con todos los frutos y rentas, que desde entónces produxesen, que es otro modo de agravar el apremio, y mejorar al actor, no solo en que gane los frutos, sino tambien en que por efecto de aquella posesion impone al demandado el cargo de actor, y el de probar el dominio de aquellos bienes, pues solo puede ser oido en el juicio de propiedad. Ley 1. tit. 11. lib. 4. de la Recop.

37. Y es de observar, que quando trata de esta audiencia del juicio de propiedad, al que únicamente es admitido el demandado, pasados los dos meses del plazo, se explica la citada ley en estos términos: "Y si no quiere á purgar la rebeldía á los dichos plazos, que den de en adelante el que así fuere asentado, que sea verdadero poseedor, y no sea tenuto de responder al demandado sobre la cosa, que así tiene, salvo sobre la propiedad;" demostrándose por este literal contexto, que al que ántes era actor, se le considera en el juicio de propiedad como demandado, pues quando dice la ley, *que no sea tenuto de responder al demandado sobre la cosa que así tiene, porque es verdadero poseedor de ella*, continúa con la excepcion ó limitacion, *salvo sobre la propiedad*; y como la excepcion ha de salir de la regla, conviene que en la propiedad debe responder.

38. Con mas claridad se explica en este artículo la ley 6. tit. 8. Part. 3.; pues suponiendo igual asentamiento en los bienes raíces del demandado, por no haber venido á responder en el término del emplazamiento, y suponiendo tambien, que para purgar su morosidad se le concedia un año, en que se nota la restriccion que hace la ley recopilada á solos dos meses, continúa diciendo: "Porque del año adelante finca el demandador por verdadero tenedor de la cosa en que fué asentado, *(tómase aquí la voz tenedor por poseedor)* é por ende gana los frutos, é las rentas que dellas salieren. Pero finca salvo al demandado todo su derecho para poder demandar el señorío de aquella cosa, si quisiere, maguer sea pasado el año."

39. Al mismo intento de probar que la rebeldía presunta de los que no vienen á responder en el término del emplazamiento, aunque induzca confesion y contestacion de la demanda, no extiende sus efectos á que por ella se acabe el juicio, como se hace en la confesion llana y verdadera, concurren las disposiciones de las citadas leyes acerca de las acciones personales.

Las

40. Las posiciones que hacen las partes que litigan, desde la contestacion hasta la conclusion de la causa, quando van acompañadas de todas las partes esenciales, como el ser pertenecientes á la decision de la causa, claras, positivas, y otras que explican los Autores que trataron largamente de ellas, como Diego Perez *in leg. 1. tit. 3. lib. 3. del Ordenam.* Ceballos *com. contra com. q. 669.* Michal. *de Positionib.* y Scacia *de Judiciis lib. 2. cap. 7. per tot.*, obligan mutuamente, sea actor ó reo el que las ponga, á responder á ellas por palabras de niego ó confieso simplemente y con la mayor claridad; y las confesiones, que en esta forma se hicieren sobre las posiciones de las partes, tienen el mismo efecto que las que hacen en contestacion á las demandas; y en unas y otras corren las mismas disposiciones que van notadas. *Ley 1. 2. y 3. tit. 7. lib. 4. Recop.*

41. Quando no responden á las posiciones, ó no lo hacen con la claridad y seguridad que previenen las leyes, se declaran por confesos á consecuencia de su rebeldía; y en esta parte convienen tambien con los efectos de la confesion presunta, que induce la contumacia en los que no contestan la demanda. *Ley 1. tit. 7. lib. 4. Recop. ibi.*: "Que en todas aquellas (cosas) que en las posiciones, y artículos se contienen sobre que no respondió, y le fué mandado, que sea avido por confieso, y así lo pronuncie luego el Juez por sentencia." Lo mismo dice la *ley 2. del propio tit. y lib. ibi.*: "Sopena de quedar, é fincar confieso en el artículo, ó posicion del actor, ó del reo que no quisiere responder negando, ó confesando, como dicho es."

42. Estas confesiones presuntas no producen suficiente prueba para determinar por ellas la causa principal, y es necesario recibir otras de testigos ó instrumentos en el término competente, en el qual puede hacer las suyas la parte que no ha respondido á las posiciones, y está declarado confeso por su rebeldía, y esto sirve de confirmacion á lo que se ha dicho en quanto á las confesiones.

Tom. II.

G

sio-

siones presuntas relativas á la contestacion de la demanda, que es el asunto principal de esta exposicion.

43. La citada ley 1. tit. 7. lib. 4. Recop. hace demostrable esta verdad; pues comprendiendo los dos casos de que la parte responda á las posiciones por palabras de niego, ó confieso; ó quando no responde, ó no lo hace con la positiva seguridad indicada, resuelve en el primero: "que si de la respuesta de las posiciones hallare el Juez que puede dar sentencia definitiva, concluso el pleyto, la dé la que por fuero, ó derecho deva; y sino resciba las partes á prueba de lo por ellas dicho, é alegado."

44. La compensacion, que propone el demandado en su escrito de contestacion, merece particular y separado exámen, que será el asunto del capítulo próximo.

CAPÍTULO V.

De la compensacion.

1. La ley 20. tit. 14. Part. 5. hablando de la compensacion dice: "Compensacion es otra manera de pago, porque se desata la obligacion de la deuda que un ome deve á otro." La ley 4. Cod. de Compens. dice: *Ipsa jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur. Glos. ibid. n. 12. leg. 7. Cod. de Solutionib. leg. 4. in fin. ff. Qui potior. in pignor. habeantur: ibi: Dicendum est perinde haberi debere, ac si priori creditori pecunia soluta esset. Nec enim interesse, solverit, an pensaverit. Greg. Lop. in leg. 20. tit. 14. Part. 5. glos. 1. Ant. Fab. de Conjectur. lib. 12. cap. 9. Hermos. in leg. 49. tit. 5. Part. 5. glos. 7. n. 9. vers. Sed aliud. Vinnius. in Institut. §. 30. de Actionib. Olea de Cēs. juri. tit. 6. q. 11. n. 22. Covarr. in cap. Quamvis de Pact. in sex. part. 1. § 4. n. 15. ad fin. Salg. Labyrinth. part. 2. cap. 28. De aquí es que la compensacion equivale en todos sus efectos á la paga real, y de con-*

consiguiente extingue la accion del acreedor desde el mismo punto en que el deudor adquiere otra contra aquel en el todo, ó á prorata; y esto es lo que se llama *conquasarla ipso jure*, sin esperar á que se proponga como excepcion ó defensa; pues esta diligencia exterior mas sirve de instruir al Juez de los respectivos créditos que inducen la compensacion, y de explicar la intencion de compensarlos, que siempre se presume la hay, por ser mas útil, que para producirla como accion ó reconvention, sin que trascienda el influxo de la propuesta compensacion desde entónces á extinguir la accion del acreedor contrario, que ya viene *conquasada* desde la respectiva union de los créditos.

De estos principios nacen tambien otras seguras conseqüencias. La primera, que si uno de los créditos tiene por su naturaleza ó convencion interes ó usuras, cesan estas en el equivalente del crédito simple que adquirió posteriormente el que ántes era deudor: porque no subsistiendo el capital, ha de correr igual suerte lo accesorio de los intereses ó usuras, como si desde el punto que el deudor se hizo acreedor contra su anterior acreedor se hubiese verificado la paga real y efectiva. La segunda, que si por error ó ignorancia se omitiese proponer la compensacion, y el deudor pagase á su acreedor, se reserva y compete al que hizo la paga la condicion *indebiti per errorem soluti*, suponiendo extinguida la deuda por efecto de la compensacion, y sin embargo de no haberla propuesto. La tercera, que se admite y tiene lugar en los juicios executivos en la misma forma, y dentro de los términos señalados para probar y liquidar la excepcion de verdadera paga de que hablan las leyes 1. 2. y 3. tit. 21. lib. 4. de la Recop.: porque todos la consideran con uniformidad. La quarta, que corre y tiene lugar la compensacion, no solo con el principal deudor y acreedor, sino contra su cesionario, ya intente la accion que se le ha cedido á su nombre en calidad de útil, ó en el del cedente en quien estaba radicada la accion.

cion directa; pues extinguida esta desde aquel momento en que su deudor se hizo acreedor contra el que lo era antes, ni se puede promover á su nombre la accion directa, que es la principal, ni pudo pasar al cesionario la útil, porque cederia lo que no existia, ni le pertenecia. La quinta, que el fiador del deudor, si fuere reconvenido por el acreedor de su principal, se defiende con la compensacion que este pudo proponer, excluyéndolo con la excepcion mas robusta *sine actione agis*: porque extinguida *ipso jure* por el crédito, que adquirió el deudor contra el que era su acreedor, caducó inmediatamente la obligacion del fiador, y puede con verdad asegurar que sin ella no hay accion, ni debe ser molestado á el pago, que anticipadamente habia hecho su principal por efecto de la compensacion legal, aun antes de indicarla ó proponerla. La sexta, que la compensacion tiene lugar con los créditos del Fisco, quando nacen de una misma causa ó administracion.

3. La séptima, que corre y tiene lugar la compensacion en todas las acciones, ya sean reales, personales, ó mixtas, así en los contratos ó juicios que se llaman de buena fe, como en los que son *stricti juris*; pues están igualados por las leyes del Reyno y por el novísimo derecho de los Emperadores, quienes suprimieron aquella diferencia introducida por las leyes antiguas de los Romanos, que consistia en que en los juicios de buena fe bastaba alegar ó indicar la compensacion en qualquier estado del proceso, así en primera instancia y como en las posteriores, y aun despues de la sentencia y cosa juzgada, haciéndose al tiempo de la execucion; pero en los contratos y juicios *stricti juris* debia proponerse la compensacion con la fórmula de excepcion en el principio del pleyto, contestándose en el mismo.

4. Las reglas y consequencias generales, que van apuntadas, reciben algunas restricciones en la materia y en las causas.

5. La materia ha de ser una misma la que se deba

respectivamente, y ha de consistir en lo que se cuenta, se pesa, ó se mide, concurriendo siempre estas dos calidades y condiciones unidas para que tenga lugar la compensacion; esto es, si el que pide es acreedor de cantidad, aunque el reo demandado tenga accion contra el actor para exigir de él alguna especie de trigo, vino, ó aceyte, no podrá exonerarse del pago del dinero que se le pide, aunque proponga por compensacion el importe ó equivalenté del vino, trigo y aceyte: porque así como no podia pagar con estas especies lo que debia en dinero, ni obligar al acreedor á que lo recibiese, por resistir las leyes que se pague una cosa por otra contra la voluntad del acreedor; el mismo efecto de repugnancia se halla en la paga que se induce por la compensacion.

6. Si las especies, que mutuamente se deben entre sí el acreedor y deudor, son de una misma calidad y graduacion, como vino por vino, trigo por trigo &c. tendrá lugar la compensacion concurriendo, como se ha dicho, la identidad en la clase y bondad; pero no sucederia así, aunque la especie fuese una misma, si la diferencia del precio y estimacion fuese notable; salvo que se probase incontinenti, ó á lo mas largo dentro de diez dias, el verdadero y justo precio del vino que respectivamente se debia, y así de qualquiera otra especie; pues entónces se compensarian á proporcion del interes y valor.

7. Aunque el acreedor lo sea en cantidad de dinero, y el reo que la debe tenga accion contra su acreedor á cierta especie, que por haberse extinguido ó perdido á daño y responsabilidad del mismo acreedor, haya de ser condenado en la sentencia al pago del interes ó estimacion, tendrá lugar en este caso la compensacion: porque la obligacion que en su origen era de especie se convirtió en otra de cantidad, que es la que se atiende para la compensacion en el pago.

8. En las causas de deber hay tambien restriccion,

como sucede en los depósitos; pues quando se piden, no puede embarazarse su entrega y restitucion por efecto de compensacion; aunque sea en una misma cantidad ó especie, y aunque proceda una y otra de igual causa depositaria; pues siempre debe ser reintegrado en primer lugar el que se anticipó á pedir su depósito, quedando reservada al otro la accion para repetir el suyo. *Ley 5. tit. 3. Part. 5. ley 27. tit. 14. Part. 5. §. 30. Institut. Just. tit. de Actionib. leg. 11. Cod. de Deposit. leg. 14. Cod. de Compensat. Cap. 2. extra de Deposit. Gonzal. in dict. cap. 2. n. 12. et 13. Salgad. de Reg. protect. part. 2. cap. 6. n. 72. Hermosil. glos. 5. dict. leg. 5. tit. 3. Part. 5. n. 1. Castil. lib. 9. cap. 16. n. 12. Vinnius dict. §. 30. de Actionib. vers. último.*

9. Todas las enunciadas leyes y autoridades citadas en el número próximo convienen en la excepcion indicada, y en la razon en que se fundan, atribuyendo á iniquidad y perfidia el intento de embarazar la restitucion del depósito, habiéndola ofrecido de buena fe, que es lo mismo que si dixesen con mayor claridad, como yo lo entiendo, que la materia de que se trata no es de las que admiten compensacion; porque el depositario se obligó únicamente al mero ministerio de guardar la cosa depositada, y á volverla quando la pidiere el dueño de ella, cuyo dominio y posesion conserva enteramente; y el cumplimiento específico de esta obligacion del depositario no puede suplirse con el pago de la misma cosa depositada, ni por la compensacion de otra equivalente, pues sería volver ó pagar una cosa por otra.

10. Aunque el Rey, los Concejos y Comunidades están en la regla de admitir las compensaciones, que les proponen sus acreedores, reciben tantas excepciones, que en pocos casos tiene lugar la compensacion, como se observa en las leyes y Autores que tratan de ello. *Leg. 12. et 46. §. 4. et 5. ff. de Jur. Fisci. Leg. 4. et 7. Cod. de Compensat. ley 26. tit. 14. Part. 5. Castil. Controv. lib. 4. cap. 40. n. 691* en donde refiere los que mas de intento trataron la materia.

Tam-

11. También admite diferentes restricciones la regla ya insinuada, de que la compensacion, que puede oponerse al principal acreedor, procede igualmente respecto de su cesionario, y habiendo tratado largamente de todas ellas los Autores de mejor opinion, sería inútil repetir las en estos Apuntamientos. *Olea de Ces. jur. tit. 6. q. 11. a. n. 22.* Resta por último exâminar en que tiempo y estado de los autos deba proponerse la compensacion. Esta duda se resuelve con uniformidad por los Autores de mejor nota, asegurando que no solo puede producirse ante el Juez de la primera instancia en todo el progreso de los autos, sino tambien en el Tribunal á donde hayan ido por apelacion, aun despues de dadas las sentencias que causan executorias. Fúndanse en que la compensacion, aunque se llama impropriamente algunas veces excepcion, y por este concepto, ya fuese *dilatoria* ó *perentoria*, debiese usarse de ella en la primera instancia, y en los términos que prescriben las leyes, señaladamente la *1. tit. 5. lib. 4. Recop.*, no es á la verdad excepcion sino pura defensa con efectos de paga; y así como esta tiene lugar en qualquier instancia y tiempo, aun quando se trata del cumplimiento de las sentencias executoriadas, procede por la misma regla la compensacion, porque una y otra extinguen la accion del acreedor, lo qual no sucede en las verdaderas y legítimas excepciones, que dexan permanente la accion, y solo detienen sus efectos compulsivos y executivos. *Vinnius. §. 30. Institut. Justin. de Actionib. n. 2. Salg. de Retention. part. 2. cap. 9. n. 6. et 7. Scacia de Sentent. et re judic. glos. 7. q. 4. inspect. 3. n. 137. Surd. Decis. 191. n. 4. et 7.*

CA-