

por el pleito adelante para probar su intencion con testigos u otras pruebas, ó pedir que se haga asentamiento, cuya ejecucion describe con diferencia en la accion real y en la personal.

32 Este asentamiento es un decreto ó sentencia interlocutoria: *ley 2. tit. 8. Part. 3. ibi*: «É 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 raíces 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 raíces en que fué puesto su efectiva posesion con todos los frutos y rentas que desde entonces produjesen, 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. (Ley 1. tit. 5. lib. 11. de la Nov. Recop.)*

33 Y es de observar que cuando 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 viniere á purgar la rebeldía á los dichos plazos, que dende 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 contesto que al que antes era actor, se le considera en el juicio de propiedad como demandado, pues cuando 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 li-

mitacion, *salvo sobre la propiedad*; y como la excepcion ha de salir de la regla, convence que en la propiedad debe responder.

34 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 solo dos meses, continúa diciendo: «Porque del año adelante finca el demandador por verdadero tenedor de la cosa en que fué asentado (*toma 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 señorio de aquella cosa, si quisiere, aunque sea pasado el año.»

35 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.

36 Las posiciones que hacen las partes que litigan desde la contestacion hasta la conclusion de la causa, cuando 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 á la *ley 1. tit. 3. lib. 3. del Ordenam.*, Ceballos *Com. cont. com. q. 669.*, Michál. *de Positio-nib.*, y Scatia, *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 cor-

ren las mismas disposiciones que van notadas: *ley 1. 2. y 3. tit. 7. lib. 4. Recop. (Leyes 1. 2. y 3. tit. 9. lib. 11. de la Nov. Recop.)*

37 Cuando 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 (L. 1. tit. 9. lib. 11. de la Nov. Recop.)*: «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 dize la *ley 2. del propio tit. y lib. ibi (Ley 2. tit. 9. lib. 11. de la Novis. Recop.)*: «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.»

38 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 cual 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 cuanto á las confesiones presuntas relativas á la contestacion de la demanda, que es el asunto principal de esta exposicion.

39 La citada *ley 1. tit. 7. lib. 4. Recop. (Ley 1. tit. 9. lib. 11. de la Nov. 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 cuando 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.»

40 La compensacion que propone

Tom. I.

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 pagamiento, porque se desata la obligacion de la debda que un ome deve á otro.» La *ley 4. Cod. de Compens. dice: Ipso 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 Ces. jur. 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 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 influjo de la propuesta compensacion desde entonces á extinguir la accion del acreedor contrario, que ya viene *conquasada* desde la respectiva union de los créditos.

2 De estos principios nacen tambien otras seguras consecuencias: la

primera que si uno de los créditos tiene por su naturaleza ó conveniencia ó usuras, cesan éstas en el equivalente del crédito simple que adquirió posteriormente el que antes 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 ejecutivos 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.* (Leyes 1. 2. y 3. tit. 28. lib. 11. de la Nov. 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 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 fuese reconvenido por el acreedor de su principal, se defiende con la compensacion que éste 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 al pago, que anticipadamente habia hecho su princi-

pal por efecto de la compensacion legal aun antes de indicarla ó proponerla: la sexta que la compensacion tiene lugar con los créditos del fisco, cuando nacen de una misma causa ó administracion: la séptima que corre y tiene lugar la compensacion en todas las acciones, ya sean reales, personales ó mistas, así en los contratos ó juicios que se llaman de buena fe como en los que son *stricti juris*; pues estan igualados por las leyes del reino, 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 cualquier estado del proceso, así en primera instancia como en las posteriores, y aun despues de la sentencia y cosa juzgada, haciéndose al tiempo de la ejecucion; pero en los contratos y juicios *stricti juris* debia proponerse la compensacion con la fórmula de excepcion en el principio del pleito, contestándose en el mismo.

3 Las reglas y consecuencias generales que van apuntadas reciben algunas restricciones en la materia y en las causas.

4 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 aceite, no podrá exonerarse del pago del dinero que se le pide, aunque proponga por compensacion el importe ó equivalente del vino, trigo y aceite: 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.

5 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 cualquiera otra especie; pues entonces se compensaria á proporcion del interes y valor.

6 Aunque el acreedor lo sea en cantidad de dinero, si el reo que la debe tiene 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.

7 En las causas de deber hay tambien restriccion, como sucede en los depósitos; pues cuando 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; porque 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. Castell. lib. 9. cap. 16. n. 12. Vinnius, dict. §. 30. de Actionib. vers. último.*

8 Todas las leyes y auctoridades 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 em-

Tom. I.

barazar la restitucion del depósito habiéndola ofrecido de buena fe, que es lo mismo que si dijese 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 cuando la pidiese 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 seria volver ó pagar una cosa por otra.

9 Aunque el rey, concejos y comunidades estan 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. Fisc. leg. 4. et 7. Cod. de Compensat. ley 26. tit. 14. Part. 5. Castell. Controv. lib. 4. cap. 40. n. 69.*, en donde refiere los que trataron mas de intento la materia.

10 Tambien 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, seria inútil repertirlas en estas *Instituciones*: *Olea, de Cess. jur. tit. 6. q. 11. à num. 22.*

11 Resta por último examinar en qué 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 adonde hayan ido por apelacion, aun despues de dadas las sentencias que causan ejecutorias; y se fundan en que la compensacion, aunque se llama impropriamente algunas veces excepcion, y por este concepto, ya fuese *dilatatoria* 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 cualquier instancia y tiempo, aun cuando se trata del cumplimiento de las sentencias ejecutoriadas, procede por la misma regla la compensacion, porque una y otra extinguen la accion del acreedor, lo cual no sucede en las verdaderas y legítimas excepciones, que dejan permanente la accion, y solo detienen sus efectos compulsivos, y ejecutivos: Vinnius, §. 30. *Instit. 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.*

CAPÍTULO VI.

De la reconvenccion y mutua peticion.

1 Es la reconvenccion una nueva demanda diversa en todas sus partes de la anterior introducida por el actor, porque la accion de éste y la que en su contestacion propone ahora el reo son notoriamente diversas; y aunque las personas parecen unas mismas, son distintas en sus representaciones, porque el reo de la primera es actor en la segunda y al contrario, produciendo las enunciadas representaciones diversidad legal en los juicios: *ley 32. tit. 2. Part. 3. vers. La trecena: ley 57. tit. 6. Part. 1.*: *ley 4. tit. 10. Part. 3.*: *cap. 2. de Ordin. cognition. Cum ea in modum actionis proposita, intelligantur mutue petitiones sese tanquam diversae minime contingentes: Clement. sæpè, §. Verum de verb. significat: leg. 14. cum Authent. Et consequenter Cod. de Sentent. et interlocut.: ley 1. tit. 5. lib. 4. Recop.*: Salgad. *Labyrint. part. 1. cap. 16. n. 13. et de Supplicat. part. 2. cap. 15. per tot.*

2 El poseedor de un mayorazgo, si redime los censos á que estan afectos sus bienes, no confunde sus acciones, aunque se reunan en una misma persona, antes bien las conserva para sus herederos en calidad de libres: porque

la representacion con que obra en la redencion del censo es diversa de la que tiene como poseedor del mayorazgo: Salg. *Labyrint. part. 2. cap. 7. per tot. præcipue n. 26. et 27.*: *idem de Retention. part. 1. cap. 11. à n. 11.*: *Olea de Cess. jur. tit. 4. q. 1. n. 35. vers. Id autem.*

3 Lo mismo sucede en el heredero que admite la herencia con beneficio de inventario; pues aunque se trasladan en su persona las obligaciones de la herencia, limitándose únicamente su cumplimiento al valor de ella, conserva las acciones que anteriormente le competian por otras causas subsistiendo la diversidad legal de su persona, como si realmente fuesen dos: *ley 8. tit. 6. Part. 6.* «É si aquel, que es establecido por heredero, oviese alguna demanda, ó le deviese alguna cosa aquel que le estableció por su heredero, en salvo le finca la demanda, ó aquello quel devia el testador, si el inventario ficiere así como sobre dicho es:» Vinnius, *Instit. tit. de Hered. qualit. §. 5.*

4 En el tutor que gobierna la persona y bienes del pupilo se reunen dos conceptos, que mantienen la diversidad de su persona para todos los efectos legales.

5 Por todos estos principios debia establecerse como segura consecuencia que el actor de la segunda demanda, en que se influye la reconvenccion ó mutua peticion, siguiese la regla general de introducirla ante el juez del domicilio del reo, ó de aquel que por otro cualquiera respecto tenga jurisdiccion para conocer de sus causas, determinarlas y llevar á ejecucion sus sentencias: Carlev. *de Judiciis, tit. 1. disput. 2. q. 1. cum pluribus ibi relatis: ley 32. tit. 2. Part. 3.*: *ley 4. tit. 3. de la mism. Part.*: *ley 8. tit. 3. lib. 4. de la Recop.* (Ley 14. tit. 4. lib. 11. de la Nov. Recop.): *cap. 5. et 8. ext. de Foro competent.*: Gonzalez, *in dictis capit.*

6 Esto no obstante estan declaradas con uniformidad todas las leyes y cánones á favor del juez, que empezó á conocer como ordinario y competente de la accion y demanda introducida contra el reo, que estaba sujeto á

aquel juzgado por razon de domicilio ó por otra de las causas legales para que él mismo pueda ejercitar su jurisdiccion, y extenderla á conocer y determinar las causas del mismo actor que propusiese el reo por via de reconvenccion y mutua peticion, aunque sea de diverso fuero y jurisdiccion.

7 Esta prerogativa ó privilegio con que se halla limitada la regla de que el actor haya de seguir el fuero del reo, y proponer ante su juez las acciones que haya de introducir no solo es relativa á los jueces ordinarios, sino tambien á los delegados; pues sin embargo de que de que éstos tengan una jurisdiccion mas estrecha, porque sale limitada de la boca del delegante en calidad de mandato, cuyos fines no es licito exceder, y sea por otra parte privilegiada y exorbitante del derecho comun en la comision que se da para conocer y determinar ciertas causas, y que todas estas circunstancias obligan á reducir su cumplimiento á los términos que explica la comision ó mandato sobre las causas y personas que contiene el rescripto, *cap. 2. de Mutuis petitionib. Ut sibi juxta mandatoris rescriptum: cap. 5. de Rescript. Aut mandatum nostrum reverenter adimpleas: cap. 22. Cum enim in litteris nostris eisdem principaliter mandaretur: et ibi: Ipsi formam mandati Apostolici transponentes: cap. 6. de Præbend. et dignitatib.: cap. 40. de Officio judic. deleg. Cum hujusmodi delegata jurisdiccion ad alias personas nequeat prorogari: Gonzalez, in dict. cap. 40. n. 5. et in cap. 36. n. 4. et 6. dict. tit.*: Vinnius, *Instit. §. 8. de Mandato*; ceden sin embargo todas estas consideraciones á la mas preeminente de que el mismo juez conozca de las causas y acciones que introduzca el reo contra el actor por reconvenccion y mutua peticion: *cap. 1. et 2. de Mutuis petitionib.*: Gonzalez, *ibid. cum pluribus relatis*: Salgado, *de Reg. part. 3. cap. 4. à n. 14.*: *ley 20. tit. 4. Part. 3. ibi*: «E aun dezimos, que despues que el demandado haya respuestado á la demanda de su contendor delante del Juez delegado, si él quisiese se hacer otra demanda al demandador

»delante ese mismo Juez, que lo pueda hacer, como en manera de reconvenccion. É ha poderio el delegado, de oír tal pleyto, é librarlo, maguer non le fuese encomendado señaladamente: ca guisada cosa es, que despues que el demandador quiso alcanzar derecho ante ese Juez, que antel lo faga el demandado.»

8 Aun hay otra mas extensiva y preeminente facultad que se atribuye por efecto de la reconvenccion ó mutua peticion á los mismos jueces seculares, que conocen de las causas que intentan los clérigos contra legos; pues reconvenidos ante el mismo juez real, y en el propio juicio, deben contestarlo en aquel fuero, y estar á la sentencia que diere el juez real, sin que puedan alegar excepcion de competencia, ni reclamar el fuero que siendo reos les conceden las leyes y los cánones en todas sus causas: *ley 57. tit. 6. Part. 1. ibi*: «Mas si el Clérigo demandare alguna cosa al lego temporal, tal demanda como esta deve ser fecha ante el Judgador seglar, é si ante quel pleyto se acabase, el lego á quien demanda, quisiere hacer otra demanda al Clérigo su demandador, allí deve responder por aquel mismo juicio, é non se puede escusar, por la franquiza que han los Clérigos por razon de la Iglesia.»

9 A vista de estas particularísimas prerogativas que se han dispensado á las reconvencciones y mutuas peticiones limitando y derogando en este punto las leyes y cánones, que con tanta razon protegen al reo para que pueda defenderse dentro de su domicilio y fuero en las acciones que se intentan contra él, es preciso considerar que habrán tenido los legisladores fundamentos poderosísimos para deferir con tanta indulgencia á la relajacion del derecho comun.

10 En la citada *ley 57. tit. 6. Part. 1.* no se expresa razon alguna que excítase á sujetar el clérigo al fuero del juez lego, derogando el suyo en lo general, y en la particular inmunidad que gozan los eclesiásticos.

11 En la *32. tit. 2. part. 3.* se establece la regla de que el demandador