

§ 11

La actuación de la ley en favor del demandado. (La sentencia desestimatoria. La excepción). (1)

I. *La sentencia desestimatoria.*—Si el actor no tiene acción, su demanda es infundada y como tal recházase. La sentencia en este caso *absuelve* de tal demanda al demandado. En la fórmula «desestimación de la demanda» o «absolución de la demanda», está implícita la negación de la acción. Si la sentencia niega la acción por falta de interés, *niega simplemente el poder jurídico de pedir la actuación de la ley*: si niega la acción por defecto de derecho (falta de una norma abstracta o del hecho concreto, § 5, 149) o de calidad, *niega la existencia de una voluntad de ley que garantice un bien al actor*. Si el actor había pedido la declaración *negativa* de un derecho del demandado, la sentencia desestimatoria *niega la inexistencia* o sea *afirma la existencia de una voluntad de ley que garantiza un bien al demandado*. En este últi-

(1) VITI, *Le azione*, COVIELLO N., *Manuale di D. C. I.*, p. 490 y siguientes; CROME, *Diritto privato francese* (trad. ASCOLI e CAMMEO), p. 393 y sigs.; *System des Bürgerlichen Rechts*, I, p. 182 y sigs.; KROLL, *Klage und Einrede (Acción y excepción)*, Berlín, 1884; REINHOLD, *Die Lehre von dem Klaggrunde, den Einreden und der Beweislast (La teoría del fundamento de la demanda, de la excepción y de la carga de la prueba)* Berlín 1888; WACH, *Handbuch* p. 19; HELLVIG, *Lehrbuch*, págs. 248-258; *Klagrecht und Klagmöglichkeit*, pág. 42 y sigs.; HOLDER, *Ueber Ansprüche und Einreden*, en el *Archivio per la pratica civile*, vol. 93, págs. 55-68; LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einreden*, 1903, y acerca esto HOLDER en la *Rivista pel proc. civ. ted.*, XXXIII, págs. 357-375; GROSE, *Der Rechtsschutzanspruch des Beklagten (El derecho del demandado a la tutela jurídica)*, en la *Rivista pel proc. civ. ted.*, XXXVI pág. 113 y sigs.; PAGENS-TECHER, en el *Archivio per la pratica civile* vol. 97, pág. 17 y sigs.—La vastísima literatura civilista y romanista sobre la excepción puede verse en WINDSCHEID, § 47 y nota de FADDA y RENZA, I, pág. 696 y sigs. 1151 y siguientes.

circunstancias que concurren a su existencia, puede depender de un elemento que lo hace relativo y es el arbitrio del legislador. Por eso frecuentemente es difícil cuestión de interpretación saber si una circunstancia jurídica debe considerarse como hecho constitutivo o la circunstancia opuesta como hecho impeditivo.

En todo caso conviene recordar que tanto la presencia de los hechos constitutivos como la ausencia de los impeditivos, es igualmente necesaria para la existencia del derecho. El poner pues, una circunstancia en los hechos constitutivos o la circunstancia opuesta en los impeditivos tiene importancia (prácticamente grandísima) solo respecto del reparto de la obligación (carga) de afirmar y de la de probar entre las partes. §§ 54, 55. (1)

La sentencia desestimatoria puede, pues, negar la acción:

a) O porque el juez ha considerado como inexistente un hecho constitutivo del derecho o de la acción, o porque, sin negar el hecho afirmado por el actor, ha negado su idoneidad para producir efectos jurídicos por defecto de una norma abstracta de ley con arreglo a la cual dirigirlo (§ 5).

b) O porque el juez, aun admitiendo la existencia de un hecho constitutivo ha considerado al mismo tiempo como también existente un hecho impeditivo.

c) O porque el juez ha considerado como existente un hecho extintivo.

(1) Nada de esto ha tenido presente sin duda PUGLIESE, *Prescrizione acquisitiva*, 3.^a ed. 1911, p. 598 nota, cuando nos objeta que en los artículos 707 y 2137 Cód. civ. la buena fe es hecho *constitutivo* y que no tiene necesidad de ser probada, en virtud de la presunción establecida por el art. 702. Pero la presunción legal no es sino la determinación legal de los hechos que deben considerarse como constitutivos en el caso particular (§§ 4, 54 y 55 III) si la ley dispone que la buena fe se presume, dice con esto que la buena fe no es hecho constitutivo, sino la mala fe hecho impeditivo. Por lo demás la presunción del art. 702 no es regla general (§ 55 IV) y además de esto el caso del art. 2137 nada tiene que ver con el artículo 707 ni con el 702; en el art. 2137, no se trata de posesión sino únicamente de adquisición de buena fe y aquí la buena fe es hecho *constitutivo* en el sentido de que debe probarse por quien pretende haber usucapido.

III. *La sentencia desestimatoria y la actividad del demandado.*—En estos tres casos la sentencia desestimatoria en si misma puede tener lugar aun sin instancia particular del demandado. El juez por su oficio tiene el deber de desestimar las demandas infundadas, en derecho o en hecho, aún si el demandado, por ejemplo, es rebelde. Ordinariamente la desestimación ocurre en este caso porque el juez considera como inexistente el hecho constitutivo puesto que es raro que resulte existente un hecho *impeditivo* o *extintivo* cuando el demandado es rebelde. No obstante, si resulta, el juez debe tenerlo en cuenta. Si por ejemplo, el actor mismo alega que la venta fue simulada, el juez rechazará sin más la demanda de entrega de la cosa, si el actor alega una causa de la obligación que el juez estima ilícita, éste rechazará la demanda (1); si el actor alega que el derecho está someído a término, pero que el término ha sido interrumpido, que la deuda fue remitida pero que la remisión no es válida, el juez que estimase no ocurrida la interrupción o válida la remisión, debería rechazar la demanda. (2)

En estos casos, pues, la actividad del demandado no se encuentra *necesariamente* en la relación de «condición» respecto de la sentencia desestimatoria. Pero *puede* encontrarse: si el actor abandona la demanda y aún más si renuncia al proceso, el juez no podría producir sentencia, pero el demandado tiene derecho de hacerse parte diligente y pedir la desestimación de la demanda (Código proc. civ. art. 345). También en estos casos el demandado tiene un *poder jurídico* que entra en el concepto general de acción, y más propiamente de la acción de declaración negativa (§ 1). Y ya se entiende que el demandado puede fundar su demanda de desestimación en las mismas razones que podrían también considerarse de oficio por el juez: falta de un hecho constitutivo por inexistencia del hecho afirmado o por falta de idoneidad para producir efectos jurídicos, existencia de un hecho impeditivo, existencia de un hecho extintivo. Pero esta coincidencia entre la extensión de los poderes del juez y la posible iniciativa del demandado no es constante. En primer lugar debe notarse que la interposición

(1) Conforme Ap. Milán, 23 Ap. 1904 (en la *Giur. ital.* 1905 con nota favorable de COVIELLO L.)

(2) Acerca de los poderes del juez; véase §§ 12-47.

de una acción infundada produce en el demandado la acción para pedir una sentencia desestimatoria que niegue la acción en cuanto a *todas sus condiciones*, el interés, la calidad, el derecho: mientras que encontrando el juez la falta del interés en obrar debería, por si mismo, limitarse a negar la *acción* por defecto de interés, el demandado puede pedir que la sentencia declare también la inexistencia o (según los casos) la existencia del *derecho*.

Hay casos en los cuales la instancia del demandado es siempre una condición *indispensable*, para la desestimación de la demanda actora: y esto ocurre cuando la instancia de desestimación se funda en hechos de los cuales el juez nunca podría hacerse cargo de oficio, *aunque fuesen afirmados por el actor*, sino que *solo* puede hacerse cargo si son afirmados y hechos valer por el demandado. En estos casos, el poder jurídico del demandado, toma el nombre específico de *excepción*.

Pero háblase también de excepción en otros sentidos. Históricamente la institución de la *exceptio* se une a la estructura especial del proceso romano clásico y a la función del pretor respecto de las lagunas y defectos del *jus civile*. La *tuitio praetoris* en cuanto al demandado actuaba mediante la *exceptio*, la cual era una adición a la *fórmula* por la que venía ordenado al juez tener en consideración también ciertas circunstancias de las cuales según el estricto *jus civile* no habría debido ocuparse y estimándolas existentes absolver al demandado, aunque según el estricto *jus civile* habría debido condenar (1).

(1) Por ejemplo, según el derecho civil, frente a una obligación nacida de un negocio formal, era nulo el simple *pactum de non petendo*. Pero si el demandado ante el pretor (*in jure*) afirmaba la existencia de semejante pacto, el pretor agregaba a la fórmula de costumbre (por ejemplo: «*si paret Numerium Negidium Aulo Algerio decem dare oportere, judex N. N. A. A., condemnato, si non paret absolvito*»), la *exceptio* («*si non convenit ne ea pecunia peteretur*»). Así para el derecho civil un negocio jurídico no podía impugnarse por dolo o amenaza; pero proveía el pretor a la tutela del demandado con la *exceptio doli*, y con la *exceptio metus*. Análogamente funciona el *beneficium divisionis*, introducido en favor de los fideyusores que por la ley estaban obligados solidariamente (GAYO, III, 121) en la *Lex si contendat*, antes recordada (§ 7); «*si contendat fideyussor ceteros solvendo esse, etiam exceptionem eidendam si non et illi sol-*

Así nació la distinción entre circunstancias a favor del demandado que obraban *ipso jure* (que el juez podía apreciar fundándose en el mismo derecho civil, sin necesidad de una mención expresa en la fórmula) y las que obraban solo *ope exceptionis* (o sea que el juez no podía apreciar si no estaban mencionadas en la fórmula).

Esta materia es una de las más controvertidas por los romanistas. Su dificultad derivase principalmente del hecho de que la distinción *ipso jure ope exceptionis* aparece ampliamente en el derecho justiniano cuando la organización especial del proceso clásico había decaído. Alguien ha creído que hubiese perdido todo significado; los mas entienden que esta distinción tuviese también un fundamento más íntimo y sustancial, que no decae nunca; esto es, que la *exceptio* indicase una circunstancia que *paralizase* la acción cuando esta fuese fundada, regularmente constituida conforme a derecho y no extinguida. Pero entre éstos, algunos como SAVIGNY entienden que tal circunstancia debió ser un verdadero y propio *contraderecho* del demandado, un derecho autónomo y opuesto a la acción: otros como WINDSCHEID, también un simple hecho que se pudiese oponer a la acción. No parece, sin embargo, que la distinción en el derecho clásico tuviese estrecha relación con la carga de la prueba ni que esta coincidiese con la distinción entre circunstancias que podían estimarse de oficio y circunstancias que deberían hacerse valer por las partes. Había en efecto excepciones que se introducían de oficio en la fórmula: por el contrario, hechos que *ipso jure* habrían excluido la acción, quedaban sin consideración porque no se había producido análoga petición del demandado (1).

La palabra *excepción* no puede decirse que tenga un propio y verdadero significado técnico especial en nuestras leyes. La doctrina francesa atribuye al Cód. francés una terminología especial: *defense* indica la contradicción relativa al derecho del actor, o sea al *fondo*; *exception* refiérese a las contradicciones relativas a la regularidad de las formas del procedimiento, o sea al *rito* (2).

vendo sint (Ley 28 Dig. de fidejuss., 46, I), y lo mismo en numerosísimos casos.

(1) HOLDER, loc. cit., págs. 55-59.

(2) GLASSON, *Précis de procédure civile*, vol. I, pág. 470 y sigs (2.^a ed. dirigida por TISSIER, pág. 678 y sigs).

La ley italiana no conoce ni siquiera esta terminología técnica: sino que habla sin distinguir, en el Código de procedimiento, de *defensa* (Cód. proc. civ., arts. 187, 190, 340, 416 y 448), *respuesta* (Cód. proc. civ., arts. 162, 164, 172, 173, 174, 415, 421 y 450), *contradecir* (Cód. proc. civ., art. 36), *excepciones* (Cód. proc. civ. artículos 176, 187, 417, 436, 456, 458, 460, 490, 695, 701 y 738), y el Cód. civ. habla de excepciones, incluyendo también alguna contradicción relativa al fondo (Cód. civ., arts. 1193, 1278, 1311, 1366, 1367, 1375 y 1899; Cód. Com., art. 324).

Esto no obstante, la doctrina trata de determinar y de considerar distintos los diferentes usos de la palabra excepción (1).

a) En un sentido generalísimo, excepción comprende cualquier defensa del demandado, incluso la simple negación del fundamento de la demanda; y en este sentido general compréndense comúnmente, y a veces por la misma ley las respuestas referentes a la regularidad del procedimiento.

b) En sentido más estricto, la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consista en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que excluye sus efectos jurídicos y por lo mismo la acción.

c) En un sentido aún más restringido comprende, como vimos, solo la oposición de hechos, que *por sí mismos* no excluyen la acción (tanto que si son afirmados por el actor el juez no puede hacerse cargo de ellos), pero que dan al *demandado* el *poder jurídico* de anular la acción. Este último llámase significado *sustancial* de excepción, del cual nos ocupamos aquí.

IV *Excepción en sentido sustancial.*—Preséntase como un contraderecho frente a la acción y por tanto como un derecho potestativo dirigido a anular la acción (2). Así como cuando no existe un hecho constitutivo y normalmente cuando existe un hecho impeditivo o extintivo *no existe* la acción y por lo mismo la deman-

(1) Lo mismo la doctrina alemana con la palabra *Einrede* que se encuentra usada en diferentes sentidos por las leyes alemanas.

(2) Al concepto de derecho potestativo débese haber aclarado la naturaleza del derecho de excepción.

da es infundada; en este caso la acción puede existir o no existir, según que el demandado haga o no uso de su contraderecho. Por esto en nuestro derecho medioeval las excepciones en sentido sustancial llamábanse *exceptiones juris* para diferenciarlas de las otras que se denominaban *exceptionis facti*. Estas excluyen la acción por la sola virtud de la ley, aquellas por voluntad del demandado. Mientras que el demandado no declara querer ejercitar la excepción, la acción existe y produce sus efectos: mientras tanto la acción se encuentra en un estado análogo al de todo derecho sometido a impugnación, esto es, en un estado de *pendiente*, el cual se resuelve *a favor* de la acción cuando no se ha hecho valer la excepción y *contra* la acción en caso contrario.

No siempre es fácil determinar cuando hay una excepción sustancial (es decir, «prácticamente» tal que el juez no pueda apreciarla de oficio, si no a instancia del demandado) (1). A veces la misma ley se manifiesta prohibiendo al juez relevar de oficio una excepción como la de prescripción (Cód. civ., art. 2109) o exigiendo instancia del demandado como para el *beneficium excusationis* (Cód. civ., art. 1908). Cuando la ley nada dice, la costumbre y la naturaleza de la relación llevarán al intérprete a establecer si una circunstancia es *necesaria* para la existencia de la relación, en cuyo caso no podrá hablarse de excepción sustancial, o si por el contrario la circunstancia es tal que su falta solo da derecho al demandado a anular la acción. Cuando una excepción se funda en un hecho del cual nace un derecho del demandado, capaz de poder perseguirse con acción, no cabe duda que aquella tiene carácter sustancial, es un contraderecho, y como tal no puede hacerse valer más que por previa petición de su titular: así en la esfera de los derechos a una prestación, la excepción de compensación (2), el *jus retentionis*, la *exceptio inadimpleti contractus* (salvo

(1) Por lo general los autores proceden por vía de enumeración. Véase CROME *System*, I, § 34.

(2) El carácter de excepción que es clarísimo en la compensación se ha puesto en duda por algún autor que equivoca la frase «*opera di diritto*» del art. 1286. Así CUTURI, *Trattato delle compensazioni*, p. 290. De que la frase *opera di diritto* no equivale a la otra «debe manifestarse de oficio» es prueba evidente el art. 340 Cód. proc. civ. La frase *opera di diritto* se refiere al momento al cual se retrotraerá el efecto de la compensación.

siempre el carácter de la excepción, la cual no tiende a la prestación, sino que como mero derecho potestativo tiende a anular la acción adversaria): en la esfera de los derechos potestativos, las excepciones correspondientes a las acciones de impugnación (excepciones de dolo, violencia, menor edad, error, etc).

Cuando el demandado hace uso de la excepción sustancial que le compete, la sentencia desestima la demanda, afirmando la inexistencia de la acción. Una vez ejercitada la excepción el hecho del cual nace condúcese como cualquier hecho impeditivo o extintivo. El efecto del ejercicio de la excepción se retrotrae a la fecha del nacimiento de ésta: si la excepción es contemporánea de la acción, esta se considera como si jamás hubiese existido. En otro caso se considera como extinguida en el día en que ha nacido la excepción (por ejemplo de prescripción).

Igual que la acción, así la excepción *preexiste al proceso* mientras que el derecho del demandado a la declaración negativa de la demanda infundada, nace solo con el proceso. Es ahora opinión muy generalizada en Alemania la de que la excepción puede ejercitarse también extrajudicialmente (1): allí la excepción concíbese como el derecho de rehusar el cumplimiento de una obligación (2), y como el derecho a la prestación puede hacerse valer a veces extrajudicialmente, por ejemplo, con la fuerza privada (Cód. Civil alemán § 229) también se admite que la excepción pueda oponerse extrajudicialmente, con muchas inseguridades acerca de los efectos de esta oposición extrajudicial. Para nosotros que no conoce-

ción si y en cuanto esta sea propuesta con la excepción. Los ejemplos empleados en contra por CUTURI, como la liquidación de una cuenta, de una herencia, no son oportunos; en estos casos el juez está llamado precisamente a declarar la *diferencia* entre las partidas del *dar* y del *haber*, va implícita en esto la demanda de pronunciar todas las compensaciones manifiestas.

(1) KOHLER, *Civilprozessrecht*, p. 116; CROME, *System*, I, p. 184, HELLWIG *Lehrbuch* I, p. 251 y sigs.; GRAEFFNER. *Die aussergerichtliche Geltendmachung der Einrede. (El ejercicio extrajudicial de la excepción)*, Berlin, 1905 y acerca de esta obra la recensión de HIRSCH, en la *Riv. per proc. civ. ted.*; vol. 35, p. 296 y sigs.; SAHM, en el *Jahrbücher dt Jhering*, vol. 49, p. 59 y sigs.

(2) CROME, *System*, I, p. 183,

mos, si no en límites muy restringidos la razón alegada, esta cuestión no tiene tanta importancia. Puede suceder también entre nosotros que a la petición extrajudicial de una prestación, el deudor oponga la declaración extrajudicial de querer hacer uso de la excepción, por ejemplo de compensación, de retención, etc. En este caso, si en el proceso posterior resultase, por ejemplo por declaración del actor el ejercicio de la excepción en vía extrajudicial y la verdad de los hechos en que la excepción se funda, el juez debería según esta opinión rechazar la demanda incluso en rebeldía del demandado.

Acerca de las excepciones sustanciales conviene aclarar:

1.º Algunas extinguen la acción y consiguientemente el derecho. Ejemplo, la excepción de prescripción. Otras excluyen la acción sin excluir el derecho. Por ejemplo, la excepción de retención, la *exceptio inadimpleti contractus*: impiden la condena pura y simple, y tienden a permitir únicamente a todo lo más una sentencia de condena *condicionada* a la contraprestación. La excepción de compensación es también autónoma porque no supone como las demás excepciones algún defecto inherente a la acción; el crédito al cual se opone la compensación es perfectamente existente y válido; únicamente el demandado tiene el poder de obrar su extinción por satisfacción, sacrificando una parte correspondiente del propio crédito, con efecto desde el día de la existencia contemporánea de los dos créditos.

2.º No todo contraderecho que se opone a la acción es una excepción sustancial (1). Si a la acción de reivindicación opone el demandado su derecho de usufructo en la cosa, produce una negación de la acción, pero no una excepción; falta el hecho constitutivo de la reivindicación, porque la posesión del demandado es conforme a derecho, y por tanto impide la existencia misma de la acción. Consecuencia: si el actor afirmase que el demandado es usufructuario de la cosa, el juez, sin más, rechazaría la demanda.

3.º Un hecho que puede dar lugar a un derecho autónomo como vimos, puede al mismo tiempo producir una excepción. Un caso típico encontramos en las acciones de impugnación (§ 8), a las cuales corresponden otras tantas excepciones: *exceptio metus, doli*, etc. También en este caso es preciso considerar diferente la

(1) CROME System, I, pág. 183.

acción de impugnación y la correspondiente excepción. La acción es promovida por libre iniciativa del actor, impugna la relación jurídica en toda su extensión, produce su nulidad con efectos desde el mismo día en que ha nacido. La excepción opónese siempre como defensa y no tiene otro objeto que neutralizar la acción, conducir a una sentencia desestimatoria, a menos que el demandado declare querer llevar la impugnación más allá de la acción, a la relación total en que la acción se funda, en cuyo caso ya no se trata de excepción, sino de una demanda de declaración incidental (§ 93). La observación tiene importancia práctica en los casos de relaciones complejas de las que nacen varios derechos y varias acciones de las cuales fué hecha valer una sola. Mientras la acción de impugnación está sujeta a un breve término (Cód. Civ. art. 1300) la excepción de nulidad o de rescisión, no (art. 1302): *quae temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* (tant dure l'action tant dure l'exception). Esto supone que el demandado obligado en virtud de una relación jurídica sujeta a impugnación no ha impugnado la relación en vía de acción *ni cumplido la obligación*: por lo tanto dura el estado de cosas anterior a la relación y el derecho da al demandado medio de resistir indefinidamente al actor que quisiese cambiar el estado de cosas pidiendo la ejecución de la relación viciada. (1)

V. *Clasificación de las excepciones*.—Distínguense las excepciones en *absolutas* y *relativas* según que puedan hacerse valer por todos los partícipes de una relación o sólo por algunos (ejemplo, Cód. Civ. arts. 227, 137 y 1459). Distínguense además en *perentorias* y *dilatorias*. Son perentorias las que anulan definitivamente la acción: ejemplo, la excepción de prescripción. Dilatorias las que excluyen la acción como *actualmente* existente: ejem-

(1) VITI, *Azioni*, p. 78; GIANTURCO, *Sistema*, p. 150 y sigs.; MATTIROTO, *Trattato*, I, p. 44; COVIELLO N., *Manuale di D. C.* I, págs. 441-443; VENCI acerca de PACIFICI MAZZONI, *Instituzioni di D. C.* págs. 590-595; BONICELLI, en el *Monitore dei Tribunali*, 1903; p. 481; CROME, *Diritto privato francese* (trad. ASCOLI Y CAMMEO), p. 420; WINDSCHEID, § 112; FADDA y BENZA, sobre WINDSCHEID, I, pág. 1151. La extensión del principio es muy discutida. Acerca de la aplicabilidad a la reidhibitoria, véase TARTUFARI, *Della vendita (Commento al Cód. di comer.)*, 3.^a ed. § 383.

plo, la excepción de un término convencional, el *beneficium excussionis*.

En la doctrina suele hacerse también otra división de las excepciones en sustanciales y procesales (de fondo y de forma) (1). La distinción corresponde a la que hemos examinado (§ 3) entre las condiciones de la acción y los presupuestos procesales. Naturalmente aquí sólo nos hemos ocupado de las excepciones *sustanciales*. Aprovechamos la ocasión para observar que también en las excepciones *procesales* reproduciese el dualismo entre excepciones en sentido amplio y en sentido propio; las primeras comprenden las circunstancias que por sí mismas impiden el nacimiento de la relación procesal; las segundas las circunstancias que dan al demandado el poder de anular la constitución de la relación procesal (§ 3). También ha sido propuesta la distinción de las excepciones en *simples* y *reconvencionales* según que mantienen o no la contestación en los límites establecidos por la demanda (2). Pero conforme a lo que hemos dicho, la *excepción* no puede ampliar los límites de la contienda *jurídica*; por tanto la frase *excepciones reconvencionales* puede parecer una contradicción, puesto que *excepción* y *reconvención* son términos antitéticos. Es verdad que el demandado puede provocar la declaración de derechos diferentes de aquellos que ha hecho valer el actor, ampliando el alcance de la cosa juzgada, y por lo mismo alterando la competencia del juez; pero en estos casos se trata de verdaderas *demandas reconvencionales*, una de cuyas formas es precisamente la demanda de *declaración incidental* (§§ 31, 79, 93).

VI *Desestimación de otras demandas del actor*.—También las demandas que tienden a una medida de cautela o a la ejecución pueden ser infundadas y por lo mismo rechazadas. También respecto de estas demandas, puede tenerse o *simple negación de la acción* que puede fundarse en la inexistencia del hecho constitutivo (por ejemplo, del título ejecutivo) o en la existencia de un he-

(1) En esta contraposición la palabra «sustancia» se usa en sentido diferente de aquel en que la hemos usado hasta aquí hablando de la excepción sustancial.

(2) MORTARA, *Manuale*, 5.^a ed. pág. 27; *Comm. II*, núm. 66 y sigs.

cho impeditivo (simulación del contrato notarial) o extintivo (nulidad sobrevinida del título ejecutivo, pago) o verdadera excepción (impugnación de un contrato notarial, de una letra de cambio). Se entiende en todo caso (cuando se trata de cumplir una *sentencia*) que debe tratarse de un hecho extintivo o impeditivo sobrevinido *después* de la sentencia, porque hacer valer frente a la demanda ejecutiva hechos extintivos anteriores a la sentencia, equivaldría a negar la voluntad de la ley declarada como existente en ésta, y a impedir la consecución del bien que según ésta es debido, lo cual priva la cosa juzgada (§ 2). Es cuestión difícil la determinar si a la demanda ejecutiva puede oponerse la excepción de compensación fundada en crédito anterior a la sentencia, pero, si la excepción de compensación consiste en poder realizar la extinción del crédito del actor produciendo efecto desde el día de la existencia simultánea de los dos créditos el ejercicio de este poder lo priva la cosa juzgada, según la cual, en el momento de la sentencia existe una voluntad de ley que garantiza el crédito al actor. (1) Queda salvo, claro está, el crédito que se habría podido oponer en compensación. Cuando se habla de *momento* de la sentencia, entiéndese para estos efectos aquel en el cual la discusión del pleito se ha cerrado. La desestimación puede tener lugar de oficio o también *ope exceptiones*. El órgano ejecutivo, incluso el simple ujier, puede recusar un acto de ejecución por inexistencia de título ejecutivo y también por extinción de la acción ejecutiva. Del rechazo del órgano ejecutivo puede nacer una cuestión que se resuelve en vía de conocimiento.

El modo normal de hacer declarar la inexistencia o la extinción de la acción ejecutiva es la *oposición* del deudor a la demanda de una medida ejecutiva. Esto tiene particular importancia cuando se trata de títulos ejecutivos contractuales, porque no habiendo tenido lugar en ellos una declaración de autoridad el campo de las excepciones oponibles a la demanda ejecutiva es mucho más amplia.

(1) En contra CUTURI *Trattato delle compensazioni*, 1909, pág. 303.

Apéndice al § II.

Referencias al derecho español.

Tampoco nuestra ley mantiene constantemente un concepto neto de la *excepción*. Admite la fundamental división de las excepciones en *dilatorias* y *perentorias*, pero confunde, a veces, con ajenas figuras procesales o, por lo menos, mal designa lo que es puramente una excepción.

Las excepciones dilatorias tienen en la Ley de Enjuiciamiento civil un procedimiento especial, y esa misma ley señala enumerando las que han de considerarse tales. Son:

- a) La incompetencia de jurisdicción.
- b) La falta de personalidad en el actor, tanto por carecer de las cualidades precisas para comparecer en juicio como por no acreditar el carácter o representación con que reclama.
- c) La falta de personalidad en el procurador del actor por insuficiencia o ilegalidad del poder.
- d) La falta de personalidad en el demandado por no tener el carácter o representación con que se le demanda.
- e) La *litis pendencia* en otro Juzgado o Tribunal competente.
- f) El defecto legal en el modo de proponer la demanda.
- g) La falta de reclamación previa en la vía gubernativa, cuando la demanda se dirija contra la Hacienda pública.
- h) Cuando el demandante sea extranjero, la del arraigo del juicio en los casos y en la forma que en la nación a que pertenezca se exigiese a los españoles (1).

Las excepciones dilatorias deben alegarse antes de contestar a la demanda por medio de artículos de previo pronunciamiento, o al mismo tiempo de la contestación en cuyo caso no producirán

(1) Esto ha de entenderse en relación con las normas y tratados internacionales.

§ 12.

La identificación de las acciones (1)

I. *Concepto y aplicaciones.*—La identificación de las acciones comprende la complejidad de los motivos por los cuales, confrontada una acción con otra, reconócese idéntica o diferente. El problema se refiere a las acciones en su ejercicio y como la acción se ejercita con la demanda, identificación de las acciones significa identificación de las demandas. Pero los criterios para resolverlo deben estudiarse aquí ya que se derivan de la esencia de la acción.

Ejemplos. No pueden tener lugar dos decisiones diferentes *sobre la misma demanda* (Cód. civ. art. 1351). No pueden estar pendientes al mismo tiempo dos procesos *sobre la misma demanda* (Cód. proc. civ. arts. 104 y 108, Reg. gral. jud. art. 229). No puede *cambiarse la demanda* durante el curso del pleito (Cód. proc. civ. arts. 176 y 387, Reg. gen. jud. art. 256) especialmente en la apelación (Cód. proc. civ. art. 490). El juez en un pleito puede ser recusado cuando una cuestión *idéntica en derecho* debe decidirse en su interés (Cód. proc. civ. art. 116, núm. 4). La sentencia no puede pronunciar sobre cosa *diferente* de la demanda (art. 517, núms. 4 y 5). La demanda acógese también cuan-

(1) Refiérese a este tema toda la literatura acerca de los particulares problemas que le dominan, cosa juzgada, cambio de demanda, litispendencia, etc. Estudios del problema general: SCHMIDT, *Klagänderung (El cambio de la demanda)* Leipzig 1838; FISCHER, *Problem der Identität und Neuheit (El problema de la identidad y de la novedad)* en los escritos de la Universidad de Breslau por Ihering, 1892; HELLWIG, *Anspruch und Klagerrecht*, cit. §§ 10-15; ID. *Lehrbuch*, I, págs. 258, 272; CHIOVENDA, *Sulla regola «ne eat iudex ultra petita partium»*, en la *Legge*, 1903, pág. 2419 y sigs. reproducido en los *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, 1912, pag. 41 y sigs.

do el hecho jurídico en que se funda la pretensión ha sobrevenido durante el pleito, siempre que no se trate de demanda *nueva* (§ 5). La apelación incidental es necesaria para reproducir en segundo grado las peticiones *diferentes* de las estimadas que dieron lugar a la apelación principal (§ 84).

Normalmente el problema en estos casos es siempre uno. Donde está la excepción de cosa juzgada está generalmente la excepción de litispendencia. Donde tiene lugar la excepción de cosa juzgada no tiene lugar la excepción de cambio de la demanda y viceversa. Donde está prohibido a la parte separarse de la demanda inicial, con mayor razón lo está al juez.

Por consecuencia, la demanda judicial debe contener lo que es necesario para individualizarla o identificarla (art. 134, números 1, 2 y 3; § 41, III). La *exceptio inepti libelli* nos lleva al mismo campo de la *exceptio mutati libelli*, de la *exceptio litispenditis* y de la *exceptio rei judicatae* (1).

II. *Criterios*.—Dos acciones y dos demandas son idénticas cuando tienen todos los elementos comunes: *sujetos, objeto y causa* (§ 1). La diferencia de un solo elemento produce diferencia de acción (Cód. civ. art. 1351) (2).

(1) El paralelismo no es absoluto. Véase más adelante (§ 38, II) lo que se expone respecto de las relaciones entre *exceptio litis pendentis* y *exceptio rei judicatae*. Véase además acerca de la relación entre cambio de la demanda y cosa juzgada; RÜMELIN, *Klageanderund und Rechtskraft*, en el *Archivio per la pratica civile*, vol. 88, pág. 88 y sigs.; KILFE, *Zur Lehre von der Klageanderung*, 1899, Stuttgart, pág. 51 y sigs.

(2) Quiere decir: dos acciones que tengan un solo elemento diferente son dos individuos diversos entre sí, aunque la comunidad de otros elementos las haga afines. Puede haber entre dos acciones como entre dos individuos en general, más o menos afinidad, pero en cuanto al ser o no ser el mismo individuo no hay gradación posible. Por esto, admitir que una acción pueda *modificarse* en el proceso negando que pueda introducirse una acción *enteramente* nueva (como dicen los anotadores italianos de CROME *Parte generale del diritto francese*, pág. 392, nota A) implica una contradicción. La acción o es nueva o no existe. Admitir (¿y como negarlo?) que el *petitum* y la *causa petendi* son *elementos* de la acción y afirmar que no hay cambio de acción propiamente dicho, sino simple modificación cuando se cambia solamente el *petitum* o la *causa petendi* (véa-

pletoria aun cuando se tengan tantas acciones cuantos son, por ejemplo, los contribuyentes de un municipio, sólo puede tenerse una decisión porque cada uno de ellos obra como «sustituto procesal» del municipio (§ 36).

B). *Identidad del objeto (eadem res)*.—Identidad objetiva de las acciones significa en primer lugar identidad del acto que se demanda al juez (§ 2). El juez a quien se ha pedido la simple *declaración* no puede pronunciar *condena*. Aun más, puesto que tanto la condena como la declaración suponen la existencia del derecho, desechada la acción de declaración por falta del derecho, no podría ciertamente pedirse la condena.

Considerando el objeto mediato de la acción puede decirse que la identidad objetiva significa identidad del bien garantizado por la ley cuya actuación se pide: si el bien garantizado en un caso puede concebirse aún sin el bien garantizado en el otro, existe diversidad objetiva de acciones. Un bien puede encontrarse en la relación de más a menos con otro bien: es cuestión de hecho establecer cada vez si la negación de uno comprende la negación del otro: cuando el bien menor puede ser concebido no solo como *parte* del mayor sino también autónomo, la negación del mayor no implica necesariamente negación del bien menor.

Es preciso tener en cuenta que frecuentemente—con ocasión de la demanda de un bien que constituye *parte* de un bien mayor—puede surgir controversia acerca de si es debida la totalidad. En este caso el pleito se extiende necesariamente al todo, con la correspondiente extensión de la cosa juzgada y los correspondientes cambios de competencia. Esto ocurre en las relaciones continuadas (préstamo pagadero a plazos, intereses, cánones, alquileres, contribuciones) conforme los arts. 72-76 Cód. proc. civil §§ 27, 79, 93 (1).

gina 933. Fúndanse en la relatividad de la cosa juzgada y en el peligro de contiendas en daño de los socios extraños al pleito. El primer argumento contiene una petición de principio. Al peligro de las contiendas provee el derecho de intervención en pleito y la oposición del tercero.

(1) Pero la contienda surgida no debe ser *especial* a la parte solicitada. Pedido el importe de un plazo de arrendamiento, si surge cuestión sobre la existencia del arriendo se extiende a todos los plazos. Introdúcida dentro de puertas una cantidad de mercancías y discutiéndose si

En cuanto a los objetos *illiquidos* siempre son deducidos como tales en juicio. Si también la parte pide la liquidación en una cantidad determinada, objeto mediato de la demanda es siempre un objeto ilíquido, objeto inmediato la liquidación judicial. La determinación que hace la parte no es sino una fijación de límite máximo al poder del juez. Por lo mismo no hay cambio de demanda si la parte durante el juicio pide una cantidad mayor, sino únicamente una revocación de la fijación hecha antes. Que no se trata de verdadero cambio de demanda resulta del hecho de que —una vez juzgado sobre el *quantum* debido, no podría la parte en un juicio *posterior* pedir una cantidad mayor (§ 78 III), debe pues poderla pedir en el juicio mismo, ni hay razón alguna para estimar irrevocable la primera determinación hecha (1).

Puede ocurrir también que dos bienes exteriormente diferentes se presenten *económicamente* como equivalentes recíprocos (cosa, valor de la cosa). Las acciones aquí son diferentes por el objeto y por la naturaleza (una puede ser real, otra personal): el juez por su iniciativa no podría conceder una cosa en lugar de otra. Pero la parte puede pasar de una a otra demanda en el mismo proceso: la negación de un bien es negación del otro.

C) *Identidad de la causa (eadem causa petendi)*.—La *causa petendi* es el *hecho* constitutivo de la acción. La acción se individualiza por el hecho y no por la norma abstracta de ley. Por lo tanto el simple cambio *del punto de vista jurídico* (en el caso de que un mismo hecho pueda caer bajo diversas normas de ley) no implica diversidad de acciones; es lícito por lo mismo a la parte y al juez. Cambiando solamente el punto de vista jurídico no se evita la excepción de cosa juzgada.

está sujeta a impuesto de consumos, lo que se resuelva vale para todas las partidas posteriores de igual género (GALANTE, *Lezioni*, 2.^a ed. pág. 767). Gravado con el impuesto de R. M. un rédito de balance de S. A. y discutido si el rédito está sujeto a él la declaración sirve para todos los balances sucesivos. (Cas Roma 31 Dic. 1910, en la *Riv. di dir. pub.* 1911, II, página 195; en contra RICCARDI, allí).

(1) Conforme, la Cas. Florencia 19 En. 1911 en el *Foro Ital.* 1911, página 183, pero por razones enteramente arbitrarias (tratarse de un cambio de demanda que no perjudica al demandado) § 71, I.

La causa es un *hecho jurídico*: por esto también cuando se cambia el hecho simple o motivo (§ 11) pero para deducir de él *el mismo hecho jurídico*, no hay diversidad de acción, no hay cambio de demanda, perdura la excepción de cosa juzgada.

La prohibición de cambiar durante el pleito la *causa petendi* no excluye el derecho de valerse de una *causa superveniens* con tal de que ésta sea la misma causa afirmada como existente desde el principio (§ 5) puesto que una cosa es la afirmación de una *causa petendi* (para la cual debe tenerse presente el principio del pleito) y otra su subsistencia efectiva (para la cual debe tenerse presente el momento de cerrar la discusión).

Considerando nosotros la acción como el poder jurídico de pedir la actuación de la ley vemos como el hecho constitutivo de la acción está en la *existencia de una voluntad concreta de ley a actuar* y en la *existencia de un interés en su actuación mediante los órganos públicos*. Y en particular:

a) En las *acciones de condena*. La causa de la acción es la existencia de un derecho a una prestación y por lo mismo en último análisis se llega al *hecho constitutivo de este derecho*. Pero aquí vemos mediar una gran diferencia entre acciones reales y personales, puesto que no siempre la *causa petendi* coincide con el hecho que ha dado origen al derecho. La acción de reivindicación tiene por causa el derecho de propiedad; éste puede nacer en el propietario actual por hechos jurídicos diversos, pero es la propiedad, no la adquisición de la propiedad, la causa de la acción. La propiedad se presenta como un estado continuativo que se identifica plenamente mediante la cosa sobre la cual cae y esta relación universal con todos los hombres respecto de la cosa es la que se nos presenta como causa inmediata de la relación individual con el poseedor sin que pensemos la manera como ha nacido, sino como medio de probar su existencia. Es lo que los romanos quisieron expresar diciendo: *amplius quam semel res mea esse non potest* (1). Por lo tanto la causa en la reivindicación no es ninguno de los modos de adquisición sino el hecho actual de la propiedad: la cuestión *jurídica* radica siempre en la existencia del derecho de propiedad, aunque la cuestión lógica se haya limitado al punto de si ha o no existido por ejemplo una compra-

(1) L. 14, de *excep. rei judicatae*, 44, 2.

venta: no hay cambio de acción si se pasa de un título de adquisición a otro; en la citación podemos limitarnos a afirmar la propiedad: la excepción de cosa juzgada no cesa por el solo hecho de que se haga valer otro título (1). Lo mismo puede decirse de los demás derechos absolutos: nosotros vemos en el hecho actual de la existencia de un hombre la causa de los derechos de libertad o de personalidad sin pensar en su nacimiento, sino como medio de probar su existencia. Por el contrario, una relación entre hombre y hombre no es inherente a la existencia del hombre ni de una cosa, sino que nos aparece como derivada inmediatamente de un hecho determinado que es la *causa de la relación* y remotamente de la acción. Por esto, el hecho constitutivo acompaña constantemente la relación personal como medio necesario para su identificación: cambiado el hecho, cambia la acción (*saepius autem deberi potest*).

Otra cosa ocurre con la acción hereditaria. Esta se compone de dos elementos: el actor hace valer por una parte una voluntad de ley que garantizaba un bien a su causante, por otra, una particular relación en virtud de la cual esta garantía ha pasado a él; esta particular relación es el objeto específico de la acción hereditaria, y puede haber tantas acciones hereditarias cuantos hechos diversos constitutivos de tal relación se aduzcan (sucesión legal testamentaria, sucesión por el testamento A, por el testamento B).

b) En las *acciones constitutivas*. La causa de la acción es la existencia de un derecho potestativo y el hecho constitutivo de éste; si hay más hechos constitutivos del derecho de impugnación de un acto, tiénense otros tantos derechos y acciones de impugnación, aún cuando tiendan todos al mismo resultado. La voluntad

(1) Cuestión vivamente controvertida. Véanse: favorables a la opinión emitida en el texto FADDA y BENSÀ, notas A WINDSCHEID, I, p. 1194; en contra: SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, § 74; CROME, *Parte generale del diritto francese*, trad. it. cit. pág. 390 y sigs. CROME observa que el art. 1351 Cód. francés (art. 1351 Cód. italiano) no establece diferencias entre acciones reales y personales en cuanto a la *causa petendi*, pero hay en esto un círculo vicioso, porque precisamente lo que se trata de saber es qué debe entenderse por *causa petendi*. Véase para el derecho alemán WACH *Vortrage*, pág. 262, HELLWIG, I, § 37, I.

de impugnar que se refiere a una causa, no se refiere a otra (ni es lícito distinguir entre causas *próximas* o *no próximas*). Rechazada una acción de impugnación puede proponerse la misma impugnación por otra causa incluso de género próximo (por ejemplo; por otro vicio del consentimiento diferente del que se hizo valer en la primera acción); en apelación no puede hacerse valer una causa de impugnación, diferente de la que se hizo valer en primer grado (1); a los posibles inconvenientes de esta reiteración indefinida de juicios puede poner remedio el demandado pidiendo en vía reconvenicional una sentencia que declare *válido* el acto en general (§§ 31 III, 92, 93). Con mayor razón el juez que pasa de una causa a la otra pronuncia *ultra petita* (2).

c) *En las acciones de declaración.* En cuanto a las acciones de declaración *positiva* debe repetirse lo que se ha dicho para las acciones de condena.

Pero en las acciones de declaración *negativa* debe observarse que la causa de la acción radica en la *inexistencia* de una voluntad de ley que garantice un bien al adversario. En particular en la acción general de declaración negativa que corresponde al demandado (§§ 1 y 11), la *causa petendi* está en la inexistencia de la voluntad de ley afirmada por el actor. Ahora bien, la inexistencia

(1) En contra Corte Ap. Turín 27 En. 1903 (*Glurispr. torinese*, 1903, 442).

(2) Ejemplos: demandados los hermanos por la hermana para la ejecución de un acto de asignación que le fué hecho en vida del padre, exceptuaron que ésta perjudicaba sus derechos de legítima: rechazó el juez la demanda de la actora; pero declarando la asignación nula por ser obtenida con dolo. La censura de *ultra petita* fué justamente estimada: tratábase aquí de una excepción correspondiente al demandado (Cas. Roma, 13 Sep. 1878, *Legge* 1879, I, 410). Fué solicitada la resolución de un contrato de suministros por haber cambiado las condiciones del suministro: estimó el juez la demanda, pero declarando inexistente el contrato por la falta de un objeto posible de convención; análoga censura justamente estimada Cas. Roma, 2 Mayo 1893. *Corte Suprema* 1893, II, 138). Los dos pleitos no tenían por objeto la simple inexistencia del negocio, sino la existencia de un derecho de impugnación, o sea de una determinada causa de remoción de los efectos jurídicos normales del negocio. Cambiaba pues el juez la *causa petendi* además de que en el segundo caso sustituía también un objeto (declaración de inexistencia) por otro (resolución).

del derecho no puede tener a su vez una causa con preferencia a otra; si se afirma la inexistencia del derecho por falta de un hecho y después por falta de otro hecho o por la presencia de un hecho extintivo, la acción es siempre única. Por esto el demandado puede pasar de una a otra defensa sin cambio de acción (1). Esta es también la razón por la cual en apelación pueden proponerse *nuevas excepciones* (Cód. proc. civ., art. 490). Así también afirmada la existencia de una acción, esto excluye de una manera absoluta su inexistencia; obsta la cosa juzgada a que se niegue en adelante la acción, aunque sea por un hecho *impeditivo* o *extintivo* diferente del que antes se ha hecho valer.

d) El hecho constitutivo de una acción comprende el hecho constitutivo del derecho y el constitutivo de la acción (§ 5), y cada uno de estos resulta ordinariamente de varios elementos y estos deben todos ser afirmados o probados por el actor, y no pueden modificarse o sustituirse por el juez. En la *actio mandati contraria*, por ejemplo, pertenece a la *causa petendi*, tanto la voluntad de obligarse de las partes como la operación en ejecución del mandato por la cual se pide reembolso o retribución. Si los elementos afirmados o probados por el autor no agotan todos los extremos de la acción intentada, sino que bastan para otra acción de contenido *no mayor*, no puede sin embargo ser negado al juez, como no sería negado a la parte, pasar de la una a la otra (*actio mandati*, gestión de negocio, cobro de lo indebido (2). El tener común dos acciones, un elemento de la *causa petendi*, no basta ciertamente para excluir su diversidad (acción previsorá o petitoria), pero basta cuando es aquel elemento el que confiere individualidad a la acción; en tal caso las dos acciones coinciden y solo se diferencian en el nombre: puede entonces haber concurrencia de *normas*, no de acciones.

III. Concurso de acciones y concurso de normas. Hay concurso de acciones diversas cuando

(1) Pedida la declaración de inexistencia de una servidumbre, hácese valer después la renuncia de la servidumbre que se afirmó ocurrida durante el pleito. No hay aquí *cambio de demanda*. En contra Cas. Florencia, 16 Jun. 1910 en la *Legge* 1910 pág. 2201.

(2) Cas. Turín, 23 Dic. 1898 (*Giur torinese*, 1899, pág. 136).

a) Se dan entre personas diversas, pero tienden a la misma cosa (como en las obligaciones solidarias, en la fideyusión).

b) Se dan entre las mismas personas y tienden a la misma prestación, pero tienen diferentes *causas* (acción posesoria y petitoria, acción derivada de la letra de cambio y acción derivada de la relación fundamental, acción contra el vendedor para la entrega de la cosa derivada de la venta y derivada del derecho de propiedad transmitido con la venta).

c) Se dan entre los mismas personas, y tienden a *diferentes* prestaciones, pero dirigidas a un solo fin económico (concurso alternativo, *actio redhibitoria quanti minoris*), y puede darse también concurso entre el derecho a la prestación y el derecho a la actuación de la ley mediante los órganos públicos (acción, acción ejecutiva).

La especialidad de estas acciones estriba en que *pueden ser satisfechas sólo una vez*, sin que esto suprima su *diversidad*. De ahí deriva una serie de consecuencias diferentes en los distintos casos:

En los casos a) y b) el actor puede hacer valer una u otra acción separadamente; en tal caso, hay cambio de demanda, si se pasa de la una a la otra; la decisión sobre una no produce cosa juzgada; en cuanto a la otra, salvo cuanto hemos dicho antes acerca de los derechos potestativos. Las dos acciones pueden encontrarse en relación de ejercitarse una antes que la otra, pero no al contrario (concurso *sucesivo*). Así la posesoria puede ejercitarse antes que la petitoria; pero ésta excluye a aquélla (Cód. Proc. Civil, art. 403). Pero el actor puede también hacer valer las dos acciones en un solo juicio, siempre que esta acumulación no esté prohibida (como ordinariamente ocurre con la petitoria y la posesoria (art. 445).

En el caso c), el actor puede promover una acción, y en el mismo juicio pasar a otra sin cambio de demanda. Puede también proponer las dos acciones unidas: la una, en términos de subordinación a la otra, o alternativamente. De ordinario, en las obligaciones alternativas cuya elección corresponde al actor, la que se haga de una acción, excluye la otra. En este sentido se dice que el ejercicio de una acción puede extinguir la acción concurrente. Otras veces la misma sentencia puede recaer sobre dos objetos alternativamente (condena a restituir la cosa o el valor).

B) *Concurso de normas únicamente*, tiénese cuando el mismo

Diferente de los casos examinados hasta aquí, es el concurso de varias *demandas* fundadas en presupuestos de hechos incompatibles entre sí. No pudiendo ser fundadas ambas, el concurso de esas demandas no tiene sustancial importancia. Queda únicamente en pie la cuestión procesal de si es o no lícito y hasta qué punto la acumulación de tales demandas: cuestión que será tratada en su lugar (§ 70) (1).

del demandado, el juez estimó que en realidad se trataba de responsabilidad por violación de la obligación contractual de garantizar la inmunidad por la enfermedad del niño, e inútil investigar si el hecho ocurrió por culpa del arrendatario (Corte. Ap. Turin, 2 Feb. 1900, *Legge*, 1900, II, 20). Admitió en los motivos la Cas. Turin la *ultra petita*, 31 Dic. 1900, *Legge*, 1901, I, 295, pero sin razón. Uno era el hecho dañoso: del hecho mismo en ejecución del arrendamiento de obra se derivaba el daño: una, por lo tanto, la responsabilidad que podía ser objeto de acción. Podía discutirse si el vínculo contractual calificase realmente el hecho dañoso (responsabilidad sin culpa); pero ya que el juez estimaba que sí, debía declarar de oficio responsable al demandado por el hecho calificado, y no por simple hecho ilícito. Quien quiere sacar partido de la calificación debe afirmarla y probarla si no está afirmada por el adversario: corresponde, por ejemplo, al demandado, afirmar y probar que la cosa dañada por él le estaba confiada en depósito, para huir de una mayor responsabilidad; pero así como el juez debería aplicar de oficio la norma del art. 1843, Código Civil, aún cuando el depósito fuese afirmado sólo por el actor, así en especial el juez debía declarar la responsabilidad contractual (más grave según él), y no otra, porque el hecho calificado (entrega de niño enfermo para amamantar) estaba afirmado por el actor, y si éste no lo hacía valer como fuente de responsabilidad más grave era a causa, según el juez, de un error de derecho. Ni puede decirse que el particular pueda constreñir al juez a aplicar a un hecho una norma de ley que no le corresponde, aunque sea más favorable al demandado, a menos que la misma ley le deje la elección entre varias normas o él se refiera a una derogación de la norma más rigurosa, lícitamente convenida entre las partes.

(1) WETZELL, *Sistema*, p. 843.

Apéndice al § 12

Referencias al derecho español

Marca perfectamente la ley de enjuiciamiento civil la diferenciación entre *acumulación de acciones*, y *acumulación de autos* dedicando a cada uno de estos problemas sección aparte (Tít. IV del Libro I).

Acumulación de acciones.— El actor podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de títulos diferentes, *siempre que aquellas no sean incompatibles* entre sí; y serán incompatibles:

a) Cuando se excluyan mutuamente, o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra.

b) Cuando el juez que deba conocer de la acción principal sea incompetente, por razón de la materia, o de la cuantía litigiosa para conocer de la acumulada.

c) Cuando con arreglo a la ley deban ventilarse y decidirse las acciones en juicio de diferente naturaleza.

Las acciones que uno tenga contra varios individuos, o varios contra uno, podrán ejercerse simultáneamente acumuladas, siempre que nazcan de un mismo título, o se funden en una misma causa de pedir.

La acumulación no puede admitirse después de contestada la demanda, quedando a salvo el derecho del actor para ejercitarlo en el juicio correspondiente.

El efecto fundamental de la acumulación de acciones, es el de discutirse todas en un mismo juicio, y resolverse en una sola sentencia.

Acumulación de autos.— Solo puede tener lugar por las causas siguientes:

a) Si la sentencia que haya de dictarse en uno de los pleitos

cuya acumulación se pida, produce excepción de cosa juzgada en el otro.

b) Si en juzgado competente pende pleito sobre lo mismo que es objeto del que después se ha promovido.

c) Si hay un juicio de concurso o de quiebra, al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o formule cualquier demanda.

d) Si hay un juicio de testamentaria o abintestato al que se halla sujeto el caudal contra el que se haya formulado o se formule una acción de las declaradas acumulables a estos juicios.

e) Cuando de seguirse separadamente los pleitos, se divida la continencia de la causa; y se entiende que se divide para estos efectos:

1.º Cuando haya entre los dos pleitos identidad de *personas, cosas y acción*.

2.º Cuando haya identidad de *personas y cosas*, aun cuando la acción sea diversa.

3.º Cuando haya identidad de *personas y acciones*, aun cuando las cosas sean distintas.

4.º Cuando las acciones provengan de una misma *causa*, aunque se den contra muchos y haya, por consiguiente, diversidad de personas.

5.º Cuando las acciones provengan de una misma *causa*, aunque sean diversas las personas y las cosas.

6.º Cuando haya identidad de *acciones y de cosas*, aunque las personas sean distintas.

Son acumulables entre sí los juicios ordinarios, los ejecutivos, los interdictos, y en general los que sean de la misma clase, siempre que concurra alguna de las causas enumeradas. Pero no son acumulables los juicios ejecutivos entre sí, ni a juicio universal, cuando sólo se persigan los bienes hipotecados, salvo lo dispuesto en la ley hipotecaria a este respecto Y en dichos juicios ejecutivos no será obstáculo para la acumulación, cuando proceda, el que haya recaído sentencia firme de remate: para este efecto no se tendrán por terminados mientras no quede pagado el ejecutado, o se declare la insolvencia del ejecutado.

La acumulación puede pedirse en cualquier estado del pleito, antes de la citación para sentencia definitiva, pero no son acumu-

lables los autos que estuvieren en diferentes instancias, ni los ordinarios conclusos para sentencia.

El procedimiento a seguir en la acumulación de autos es diferente según que se sigan ante un mismo juez o ante jueces diversos: véanse los ars. 168 y sigs. de la L. E. C.

El efecto de esta clase de acumulaciones es el de seguir en un solo juicio los autos acumulados y terminar por una misma sentencia.

Para completar la referencia legislativa a este capítulo pueden verse también el art. 1252 del Código Civil, relativo a la presunción de cosa juzgada.
