

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

Año V

Febrero de 1929

Núm. 50

Ensayo sobre la "Plus petitio" en la cantidad ⁽¹⁾

(Teoría de la «litis contestatio», del juicio ejecutivo y de la imposición de costas).

I

PROEMIO

La «plus petitio» es una institución del derecho procesal, cuyos orígenes históricos los hallamos en el derecho romano. Pasaremos brevemente sobre éste, para adentrarnos en el estudio del derecho español, ya que, según la regla del artículo 814 de nuestro C. de Procedimientos Civiles, esta legislación es aplicable por cuanto todas las leyes hispanas rigieron en nuestro país hasta el momento de la Revolución, y aun más allá, hasta la sanción de los diversos códigos, y todavía más, porque en derecho procesal imperan en nuestros tiempos, en todo lo que no se opongan a las nuevas leyes. Y esta materia no se halla legislada en nuestros códigos.

En el frontispicio de la obra sobre procedimientos que compuso Estévez Sagui encuéntrase esta ley de la Recopilación Castellana, que nuestros tribunales y nuestros estudiosos olvidan tan a menudo:

(1) De la *Gaceta del Foro*, de Buenos Aires, de 16 de Diciembre de 1928.

Omitimos los registros de citas referentes a Jurisprudencia argentina, que carecen de interés para la generalidad de nuestros lectores y que pueden ser obtenidos con toda la precisión deseable por los que tengan algún asunto litigioso en aquella República, dirigiéndose a nuestro apreciable colega o a esta Redacción.

Todas las leyes del Reyno que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente; sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso; pues así lo tengo mandado en diferentes ocasiones.—R. C. L. 2, t. 1, l. 2.

En una sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil (t. 62, página 332), el Vocal doctor Gelly dijo, refiriéndose a la ley básica sobre la «plus petitio» en el juicio ejecutivo, que la Novísima Recopilación jamás hubo regido en nuestro país. Es un error fundamental, puesto que la Real Cédula de Carlos IV, Rey de España y de las Indias, manda aplicar a todos sus dominios la Novísima Recopilación, en fecha 15 de julio de 1805. Que de hecho no se hubiera observado en la Argentina; no nos interesa en este momento a nosotros.

Estudiaré el tema de la «plus petitio» en la legislación hispana y en sus comentadores, verdaderos y profundos maestros del derecho, que hoy son olvidados ante el cúmulo de noveles autores, respetables, pero no más que los antiguos. Se habla de nuevo derecho, de nuevas teorías... ¡Pero es tan viejo el derecho! ¡Son tan arcaicas las nuevas teorías! Cuántos de estos amantes de lo nuevo no se maravillarán de encontrar las avanzadísimas instituciones de la legislación bolchevique o fascista en el Senchús Morí en Egipto, en Hamurabí, no ya en forma semejante, sino en forma y contenido *igual*. La humanidad, el derecho, la cultura, son muy antiguos; la ciencia, la verdadera, la profunda, es muy añeja; mucho más de lo que parece a nuestra perspectiva de hombres de un instante.

Por eso he buscado en los polvorientos folios. No por vana pompa de erudición; mas sí para extraer el zumo de la ciencia y la experiencia que a través de los tiempos acumularon los hombres.

II

EL CONCEPTO Y EL PROBLEMA

«Plus petitio» es la expresión que los romanos usaron cuando un actor *pedía de más* en su demanda. Como no se han romanceado los términos, queda para nuestro uso nada más que el latín.

De cuatro modos se podía pedir de más: *re, causa, tempore, loco* (Maynz & 161 nt: 21.—Cp. Caravantes & 445).

En estas líneas estudiaremos solamente la «plus petitio» *re*, ya que en ella se puede concretar el problema, y tiene su máxima importancia.

Cuando el actor en la demanda se excede en la cosa pedida, y pide lo que no le deben (uno de los casos de la «plus petitio» *re*: exceso en la cantidad), ¿qué resulta? Tal es la tesis que queremos investigar y resolver.

III

EL DERECHO ROMANO

En el procedimiento formulario, donde en la *intentio* de la fórmula del pretor se establecía lo demandado, los romanos habían teorizado la «plus petitio».

Petit & 754-1, dice: *Si el demandante ha expresado claramente en la intentio de la fórmula una pretensión exagerada, incurre en la caducidad de su derecho, pues no puede justificar su demanda, lo cual implica la absolución del demandado. Y como dedujo todo su derecho ante la justicia, el efecto extintivo de la «litis contestatio» le impide obrar útilmente una segunda vez.*

Pero en las acciones que tienen una «intentio incerta», es decir, cuyo objeto no está precisamente determinado, el demandante no podría cometer «plus petitio», puesto que no precisa el objeto de su pretensión.

El romano es lógico: irabado el pleito, deducido todo su derecho en él, dada la fórmula rígida, no podía ser variada. El actor que no probaba toda la *intentio* perdía su pleito: *si paret, condemnatur*; *si non paret, absolvitur*, ordenaba al Juez el magistrado.

Gayo IV, 53: *Quien en la «intentio» pide más de lo que le deben, pierde el pleito... La «intentio» debe estar concebida en los mismos términos que el contrato originario.*

Instituta, 4, 6, 33: *Si el actor hubiera demandado más de lo que le debían, perdía la causa (excepto cuando hubiera un justo error; por ejemplo codicilo desconocido).*

En el procedimiento posterior al formulario, el actor *pluspeti-*

diente era penado por su dolo, ya que se había perdido el rígido concepto lógico que informaba el anterior procedimiento; a la lógica había sucedido la vida.

Código: 3, 10; 2. Justiniano: 2. *El que demande más de lo que le deben, pagará el triplo de lo que a título de «spórtulas» entregó a los ejecutores.*

Resumen de las Basílicas: *El actor que reclama más de lo que le deben por convenio, deberá satisfacer el triplo. Por verdadera cantidad de la acción se entenderá la que haya declarado el juez en su sentencia.*

Justiniano: 3. *...si se arrepintiese antes de la «litis contestatio», y confesase el importe verdadero de la deuda, no se le imponga correctivo alguno. Pero si hubiera dado comienzo el pleito, y durante sus trámites persista en pedir más de lo que se le debe, perderá no sólo el exceso, sino también todo su crédito.*

IV

EL DERECHO ESPAÑOL Y EL ARGENTINO

Hundida Roma bajo las tribus bárbaras, éstas se apropiaron de sus leyes y doctrinas jurídicas, para realizar el nuevo derecho; es decir, el sistema de derecho para la nueva cultura. A veces captan la institución con su nombre, forma y contenido; otras toman el nombre, pero infunden otra vida. En la «plus petitio», las leyes hispanas sacan el concepto y la lógica de la institución, del Corpus Juris. Quien pide de más, debe ser castigado en razón de su dolo: litigante temerario era el que usaba de este dolo.

Tenemos que dividir en dos grandes capítulos el estudio de la «plus petitio» en derecho español: la «plus petitio» en el juicio ordinario y en el ejecutivo.

A. JUICIO ORDINARIO

I. EL DERECHO ESPAÑOL

En la ley 42, título 2.º, partida 3.ª, se incluye entre una de las especies de plus peticiones la de demandar más de lo debido en la cantidad. Esta demasía hállase penada en la siguiente forma:

Ley 43: *Si no probase todo lo que demanda, lo no probado se le da por quitto. Pero si el demandado hizo algunas costas o misiones, por razón de aquello que le demandaron de más, tenemos por bien e mandamos que se las peche todas el demandador* (1).

Disposición que se halla reproducida en el Espéculo, l. 9, tomo 4, l. 4.

Estas leyes se refieren al caso en que el actor hubiera obrado con buena fe, pues cuando hubo dolo o mala fe, por la l. 44, t. 2.º, página 3.ª, perdía el actor el total de la deuda, amén de las costas e intereses.

Las leyes de Partidas eran lógicas: el demandante sólo debe recibir lo que le es realmente debido. Si por error demanda más, y no ha producido daños este error, no hay más que rectificarlo; pero si en razón del mismo error se han realizado gastos, debe pagarlos el actor (v. Vélez Sarsfield, en el principio sentado por el artículo 903 del Código Civil).

El caso varía cuando ha pedido de más sabiéndolo. Entonces se pena su dolo, perdiendo el actor toda la deuda, y pagando todos los gastos y daños (v. Caravantes, & 444, 445 y 446).

B. JUICIO EJECUTIVO

I. EL DERECHO ESPAÑOL

L. 6, t. 28, lib. 11, Novísima Recopilación: *Cuando el acreedor pidiese ejecución de alguna deuda que estuviere alguna parte pagada, ordenamos que el deudor no pague más derechos de la ejecución que montare lo que verdaderamente debe, ni el ejecutor, lo pida ni lleve; mas que el acreedor que pidiere ejecución injustamente por más de lo que se debía, pague la demasía con otro tanto.*

La ley se refiere al caso de «plus petitio» por error en el juicio ejecutivo; el caso de dolo se halla regido por la estudiada disposición de la ley 44 de Partidas.

Esta Recopilada, que viene de la ley 9.ª, t. 21, L. 4, Recopilación Castellana, ordena al deudor que no pague más de lo que verdade-

(1) «Misiones»: gastos, desembolsos.—«Pechar»: pagar.

ramente debe; y al acreedor, que no cobre ni ejecute por más de lo que le deben, y si así no lo hiciere, pagará á título de pena, el doble de lo pluspedido, con más las costas de la ley 43 de Partidas.

¿Por qué ésta diferencia entre el juicio ordinario y el ejecutivo? ¿Por qué se pena el acto erróneo en el juicio ejecutivo y no en el ordinario? Esto se debe a la diferencia esencial entre ambas categorías de procedimientos, y que estudiaremos más abajo; al tratar de la «dis contestatio» en el juicio ejecutivo.

Para evitar las consecuencias de esta ley se dispuso que el actor debía prestar juramento de recibir justos y legítimos pagos.

Caravantes dice & 1.148: *Ha de contener la demanda, como requisito propio y especial de su carácter ejecutivo, la protesta de adquirir en cuenta justos y legítimos pagos, cláusula que tiene por objeto el evitar en incurrir en la pena de la «plus petition» en el caso de que el deudor acreditase que había pagado algunas cantidades a cuenta del crédito que se le reclamaba.*

Estévez Sagui, p. 655, expresa: *Para evitar las consecuencias del exceso en petición, el ejecutante debe jurar la deuda que cobra, o expresar si tiene recibida alguna parte a cuenta, para que solamente sobre el resto recaiga la ejecución, so pena de que se devolverá duplicado el exceso.*

Sin embargo, si conoce con certeza el monto de la deuda, no le salva la protesta de recibir justos y legítimos pagos (Febrero, número 5.831 y 5.832, ed. Goyena).

Es lógico: si no hay cantidad líquida, y la liquidación sólo es provisional a fin de poder accionar ejecutivamente (ya que no puede despacharse ejecución sino por cantidad líquida, artículo 475, C. Pr., debido a que el juicio ejecutivo es procedimiento de ejecución y no de declaración, como más adelante estudiaremos); siendo la liquidación provisional; decimos; debe así manifestarlo el actor, protestando de recibir justos y legítimos pagos. Pero si en la realidad hay cantidad líquida, esta protesta es inocua, ya que no puede eximirlo de dolo o culpa.

Si el actor, en lugar de entablar la demanda por cantidad líquida provisoria, la entabla por dos cantidades, alternativamenté, esto importa también una simple invitación al deudor para que pague, invitación que, al transformarse en demanda, se regirá por

los principios que estamos estudiando : si alguna cantidad es la justa, no hay «plus petitio».

Esto vale tanto para el juicio ordinario como para el ejecutivo. Debido a la importancia del tema, permítasenos una digresión : nuestra jurisprudencia comercial, en las demandas por devolución de fletes contra las empresas ferroviarias, cuando se plantea en esta forma : «por la cantidad de tantos pesos o la que resultare en definitiva», forma que no es alternativa, sino de liquidación provisoria, al imponer las costas, lo hace proporcionalmente a la cantidad obtenida ; por ejemplo ; si el actor obtiene la mitad de lo demandado, costas por su orden ; si obtiene un tercio, paga dos tercios del total de las causadas, etc.

Este criterio es ilegal ; desde el momento que la liquidación es provisoria, y así se manifiesta, no puede incurrirse en «plus petitio», sea ordinaria o ejecutiva la demanda ; el demandado que no quiere entrar en la «litis», siempre puede ofrecer al actor lo que considere justo, desde el momento que la liquidación provisoria importa una invitación a ello. Si ofrece, y no se acuerdan las partes, habrá «plus petitio» o no, según lo que resultare al final ; pero si no ofrece, el actor no incurre en «plus petitio». Principios, como vemos, distintos a cuando la demanda no es de liquidación provisoria o alternativa, en cuyo caso no está obligado a ofrecer nada el demandado, según lo hemos estudiado en el párrafo sobre la jurisprudencia en caso de error (v. supra).

V

INFLUENCIA DE LA «LITIS CONTESTATIO» SOBRE LA «PLUS PETITIO»

Pero el problema más interesante, sin duda, en esta materia, es el conocer la influencia que ejerce la «litis contestatio» sobre la institución que venimos estudiando.

Puede suceder que el actor haya cometido una ligereza al demandar de más, y que se apresure a rectificar su error antes de que haya producido efectos. Ahora bien ; el problema es éste : *¿ hasta qué momento tiene el actor derecho de modificar su demanda ?*

Es necesario estudiar la teoría de la «litis contestatio» en el juicio ordinario y en el ejecutivo.

A. JUICIO ORDINARIO

I. LA «LITIS CONTESTATIO» EN EL DERECHO ROMANO

Savigny define a la «litis contestatio» del derecho romano en esta forma (Sistema, & 257): «La «litis contestatio» consiste en la declaración hecha ante el magistrado por las partes sobre la existencia y el contenido de la «litis» (1).

Se consideraba a la «litis contestatio» como si fuera un contrato («quasi contractus»).

Petit & 747, 2, expresa: *La «litis contestatio» crea una nueva obligación entre las partes. El demandado está obligado a sopor-tar la instancia hasta que el Juez haya pronunciado la sentencia que lo condena o que lo absuelve. Esta obligación puede ser considerada en cierto modo como que nace de un acuerdo entre el demandante y el demandado, de un concurso de voluntades análogo a un contrato. En efecto: la organización del «judicium» requiere una in-*

(1) Ruggiero, en «Bulletino dell' Istituto di diritto romano», t. 17, p. 190, dice: «La fijación de la fórmula es, ante todo, obra de los litigantes. Estos, con sus recíprocos allegatos, provocan su redacción. El magistrado se limita a guiar a los litigantes, y a dar las normas y términos para fijarla conforme al derecho; después entrega dicha fórmula al actor, y envía ante el Juez a las partes. Entónces el demandado está obligado a presentarse ante dicho Juez.»

Para Willassac (ibidem, p. 151), es un acto formal y escrito, que se cumple como última actuación «in jure», es decir, ante el magistrado, el pretor. Para Schlossmann, en cambio, la «litis contestatio» es el primer acto «in judicio», ante el Juez. Ruggiero refuta victoriosamente esta última hipótesis.

Históricamente, la «litis contestatio» viene del procedimiento de las «legis actiones», en que las partes se obligaban ante testigos u acatar el juicio. El juicio romano era un arbitraje, es decir, la transformación de la primitiva lucha privada en lucha judicial y decisión arbitral; la «litis contestatio» vino a subrogar el antiguo pacto de composición, y los testigos que servían para atestiguar dicho pacto sirvieron también para justificar la obligación de acatar la sentencia; estaba entónces trabado el pleito ante testigos: «testes estote», según Festo. (Collinet, «Nouv. Revue Historique», t. 26, p. 532.—Lenel, en Ruggiero, «Bulletino», p. 189.)

teligencia entre las partes que consienten en someter el litigio a la decisión del Juez. Pero hay esta diferencia con un contrato: que el consentimiento del demandado no es espontáneo ni libre. Acepta la fórmula «etiam invitus», para evitar consecuencias más perjudiciales: el embargo y la venta de sus bienes.

Ulpiano, D. 15, 1, 3, 11: *Así como en las estipulaciones se contrae, del mismo modo en el juicio.*

Ulpiano, D. 5, 1, 61: *En el juicio se halla comprendido cuanto en él han querido ventilar los litigantes.*

Pablo, D. 45, 1, 83, 1: *Si habiéndose estipulado que se ha de dar a Sticus, y yo o tú creemos que es otro, la estipulación no vale; lo mismo juzgó Aristo respecto de los juicios.*

Paulo, D. 27, 3, 22: *Si fué condenado el defensor del tutor, no priva al pupilo de su privilegio, porque voluntariamente no litigó el pupilo.*

Gayo, III, 180: *También concluye la obligación por la «litis contestatio», pues entonces queda disuelta la obligación principal y empieza para el demandado una nueva obligación, proveniente de la «litis contestatio».*

Por lo tanto, la «litis contestatio» producía una novación. Se había deducido todo el derecho ante el magistrado («in jure deducto»), y el derecho que surgía en la fórmula era un derecho nuevo.

II. LA «LITIS CONTESTATIO» EN EL DERECHO ESPAÑOL Y ARGENTINO

De Roma, esta institución pasó en su nombre y en parte de su contenido a los nacientes pueblos. Pero no así en la forma.

El procedimiento formulario extinguióse antes del Bajo Imperio; la cognitio extraordinaria convirtióse en ordinaria, fundiéndose en una sola persona la magistratura y el Juez, hasta que en el Medioevo la demanda y su contestación se hicieron por escrito.

De ahí que el nombre de «litis contestatio» (que etimológicamente significa algo así como «pleito atestiguado»—«testes esto te»—) vino a querer decir «litis contestada», «contestación a la demanda», y Savigny definió el nuevo concepto en esta forma (& 259): *La «litis contestatio» es un acto unilateral del demandado, consistente en su declaración sobre los hechos alegados en la acción.*

EL CONTENIDO.—LA TEORÍA DEL CUASI CONTRATO

Pero en el nuevo derecho, ¿siempre sigue siendo la «litis contestatio» un cuasi contrato?

La «litis contestatio» produce esencialmente el efecto de obligar a seguir el pleito, tal como fué planteado, a ambas partes.

Lev 10.^a, «in fine», Estilo: *Ninguno no puede defender a este defendedor, en juyzio en este pleyto, fasta quel pleyto sea contestado con este defendedor, porque entonces es ya fecho señor del pleyto.*

Ahora bien: esta obligación en el nuevo derecho; ¿es contractual, es cuasi contractual o es legal? Los autores están divididos; pero la discusión se ha radicado entre la teoría cuasi contractual y la legal, pues no tiene mayor asidero la doctrina contractual. Someramente escudriñaremos el tema.

¿Qué es, ante todo, un cuasi contrato? Tal es el postulado previo que hay que resolver; pues hay autores, como Planiol, que, rompiendo el antiguo cuadro de las fuentes de las obligaciones, afirman que éstas sólo provienen de la ley y del contrato. El cuasi contrato, así como los delitos y cuasi delitos, serían simples obligaciones legales; puesto que no hay más que dos fuentes de obligaciones: la voluntad privada y la voluntad pública, que se manifiestan en el contrato y en la ley.

Sin embargo, aunque en su hondura sea exacta esta simplificación, nada impide que no lo sean también las distinciones antiguas. Partamos del axioma: «no hay más fuentes jurídicas que la voluntad individual y la voluntad social». Ahora bien: la voluntad individual puede manifestarse directamente sobre una relación de derecho: es el contrato; o puede manifestarse no sobre la relación misma, sino sobre el hecho inmediato que le da origen: es el cuasi contrato; o puede hacerlo sobre el hecho mediato, remoto: es la obligación legal.

La teoría del cuasi contrato se basa en la existencia de la voluntad en la generación del hecho inmediato que da origen el vínculo jurídico.

En la obligación legal, la voluntad yace en la generación de un hecho mediato. Ejemplo: la obligación de vecindad, la de pater-

nidad: La voluntad reside en el hecho de haber adquirido el dominio, de haber querido generar un ser, no en el hecho de querer ser vecino o de querer ser padre.

La distinción es sutil, pero importante; en las obligaciones cuasi contractuales, la voluntad puede impedir el nacimiento del hecho inmediato; en las legales, no. La voluntad individual existe siempre en el cimiento de todo «vinculum juris»; pero unas veces constituye el fundamento del mismo vínculo, otras del hecho inmediato y otras del mediato; en este último caso, es el Poder legislador, coercitivo, el que hace unir el hecho mediato a la norma abstracta: es la obligación legal.

En cuanto a las obligaciones delictuales, son análogas a las cuasi contractuales, pero su contenido jurídico es otro. Las cuasi delictuales son análogas a las legales.

Ahora bien: ¿por qué en nuestro derecho la «litis contestatio» es una obligación cuasi contractual? Por las mismas razones que da Petit para el derecho romano: el demandado no está obligado a concurrir al juicio, y si lo hace, es por su propia voluntad, para evitar consecuencias más perjudiciales; de ahí que haya una especie de contrato, un cuasi contrato, desde el momento en que el demandado ha aceptado entrar en la «litis».

La obligación de concurrir al pleito nunca puede ser coercitivamente legal; tiene que ser voluntaria: una persona goza pacíficamente de sus derechos; pero un buen día otra pretende algunos de estos; si aquél no quiere protegerlos, haciéndolos valer en juicio, tendrá que cedérselos; pero nunca puede ser obligado por el legislador a proteger sus derechos si no quiere.

Carleval, uno de los más grandes estudiosos del derecho procesal español, dice (II-1): 3. *Sin embargo, del mismo modo que para realizar un contrato es necesario una convención que requiere el consentimiento de ambas partes, para el cuasi contrato se necesita también igual consentimiento, del cual nace la obligación; de modo que el mismo fundamento sirve para el contrato como para el cuasi contrato.* 5. *El demandado, que puede evitar el juicio pagando, y no quiere hacerlo, se estima que consiente.*

Varios de estos autores son contrarios a la doctrina cuasi contractual de la «litis contestatio». Sin embargo, me parece que no han conseguido rebatir los fundamentos seculares. Se basan en en-

cialmente en que la demanda por sí misma produce ciertos efectos. No lo dudamos; produce, sobre todo, efectos conservativos (1) y la incertidumbre de los derechos cuestionados (Rocco, «Il fallimento», & 27); pero de esto a deducir que la acción judicial es independiente del derecho subjetivo, y que el litigio no es voluntario por ambas partes, hay mucha distancia. Toda acción que se hace valer en justicia emana de un derecho subjetivo, no de un derecho procesal (Vanni, «Filosofía del diritto», II, 4.º, p. 111)—todo litigio se produce por la voluntad expresa ó tácita de los litigantes.

CONSECUENCIAS DEL CUASI CONTRATO

Establecido, pues, que la «litis contestatio» es un cuasi contrato, el primordial efecto de ello consiste en que forma un «vinculum juris» que las partes (es decir, los litigantes, pues el Juez no es parte), no pueden variar sin un mutuo consentimiento, sin un nuevo contrato.

En nuestro derecho no produce la «litis contestatio» novación como en Roma, porque el actor no está obligado a deducir todo su derecho. En Roma se explica este efecto novativo porque el acto del magistrado, la fórmula, era de absoluta solemnidad, que no podía enmendarse una vez dictada. Pero entre nosotros, el fin de esta institución es, como lo expresa Savigny, & 260, «el evitar las consecuencias dañosas que nacen de la duración no querida, pero inevitable de la «litis», ya que, en rigor, el Juez tendría que haber fallado en el momento de contestarse la demanda; mientras que en Roma el fin era distinto: dar la forma solemne para que el pretor construya la fórmula.

La «litis contestatio» produce el vínculo que fija los derechos contradictorios de las partes que van a resolverse. Sobre los dere-

(1) La simple interposición de la demanda interrumpe la prescripción y hace correr los intereses moratorios. La notificación de la misma constituye en mora al poseedor, establece la competencia del juez y fija el día en que comienza a correr el término para oponer excepciones dilatorias. (Malkaver, & 761 y s.). Pero todos estos efectos son procesales, es decir, que atañen como accesorios a un derecho subjetivo; no tienen vida propia.

chos presentados en colisión, la sentencia produce cosa juzgada. El Juez, por lo tanto, debe fallar de acuerdo al cuasi contrato realizado en la «litis contestatio», debe declarar, definir, delimitar el derecho que corresponde a cada parte, de entre todos los que se le han presentado en la «litis contestatio» en forma contradictoria.

L. 16, t. 22, p. 3.^a: *Afincadamente debe catar el judgador qué cosa es aquélla que contienden las partes ante él en juyzio: entonce debe dar juyzio sobre aquella cosa, ca si non, non deve valer tal juyzio* (1); que Gregorio López, siguiendo la opinión de Baldo, anota en esta forma: *Sententia debet esse confirmis libello in tribus, in re, causa et actione. Si judex pronuntiat ultra petita, sententia etsi ipso jure nulla.*

(Véase también Cañada, p. 100, núm. 16. En d. francés: Fuzier-Hermann, verbo Réquette.)

Por lo tanto, la demanda puede mudarse solamente antes de la «litis contestatio».

L. 40, t. 2.^o, p. 3.^a: *El libeto non se puede cambiar.*

Ley 1.^a, Estilo: *Si alguno pone su demanda, y es el pleyto comenzado por respuesta, si después ponen o razonan algunas otras cosas en el pleyto, las cuales ayudarían a la demanda, no las puede poner, ni les deben ser recibidas después del pleyto comenzado e contestado.*

L. 2, t. 10, p. 3.^a: *Si el demandador o el demandado otorgare ante el Judgador alguna cosa, si después se arrepintiere de lo que respondió, ante quel pleyto principal sea comenzado por demanda e respuesta: que lo puede revocar si quisiere. Mas si respondiere alguna de las partes, después quel pleyto fuere comenzado, sobre pregunta que le ficiessen, non la pueda después revocar.*

Caravantes, II, p. 29: *El permitirse mudar la demanda antes de la contestación, se funda en que aun no se ha verificado el cuasi contrato que supone esta contestación entre actor y reo. Como el demandado no se ha hecho aún cargo de la demanda, no ha producido efecto alguno el primer escrito del actor, por lo que se considera el segundo, en que varía su acción, como una nueva demanda, con arreglo a la cual debe el Juez pronunciar la sentencia. Mas si se variase la acción después de contestado el pleito, habría dos:*

(1) «Afincadamente»: cuidadosamente.—«Catar»: estudiar.—«Ca»: pues.

demandas, y el Juez no podría arriesgar su sentencia a la segunda, sin dejar desatendida la primera, que ya habría producido efecto. En los casos en que muda el actor la demanda, debe satisfacer las costas y los daños y perjuicios causados al demandado a consecuencia de la demanda variada (arg. de la ley 75, Cód. de Reg. Juris. Leyes 25, t. 1 y 2 del libro 10, Part. 3.ª, Curia Fil., parte 1.ª & 14, número 5); porque se presume que el que muda o enmienda en cosa sustancial la demanda, entabló el juicio temerariamente.

B. JUICIO EJECUTIVO

En el juicio ejecutivo, la teoría tiene que ser distinta, puesto que hay diferencia esencial entre ambas especies procesales.

El juicio ordinario tiene por objeto el declarar el derecho de las partes, es decir, establecer los límites de los intereses contradictorios de dos o más personas. Objetivo esencial es, pues, delimitar fijamente el derecho dudoso.

Una vez hecho esto, viene el procedimiento de ejecución de la sentencia, que es, en síntesis, el juicio ejecutivo.

El juicio ordinario, que comienza con la «litis contestatio», termina en realidad con la sentencia. La ejecución de ésta es simplemente un derivado, un complemento del juicio, pero no es el juicio.

El juicio ejecutivo es precisamente la misma ejecución de sentencia, pero derivante de otras fuentes, pues ésta emana de un acto llamado sentencia y aquél de un documento ejecutivo. Son por esencia idénticos.

Así dice Caravantes (III, p. 264), que: *El juicio ejecutivo es un procedimiento sumario por el que se trata de llevar a efecto por embargo y venta de bienes el cobro de créditos que constan por algún título que tiene fuerza suficiente para constituir por sí mismo plena probanza.*

No se dirige, pues, este juicio a declarar derechos dudosos o controvertidos, sino a llevar a efecto los que se hallan reconocidos por actos o en títulos de tal fuerza que constituyen una vehemente presunción de que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado para que sea desde luego atendido. (Títulos que

por sí mismos hacen plena prueba, y a los que la ley da tanta fuerza como a la decisión judicial, dice Escriche).

Consecuencia de la naturaleza de este juicio es que se cierre la puerta todo lo posible a la oposición de la parte contraria, dirigiéndose rápidamente a dar cumplido efecto al derecho que se reclama, sin dar lugar a controversias propias de un juicio declarativo.

Escriche dice lo mismo (verbo Juicio ejecutivo, introducción), y agrega :

Este juicio, pues, no es propiamente juicio, sino más bien un modo de proceder para que se ejecuten y no queden ilusorias las obligaciones o deudas ventiladas y decididas en juicio, o comprobadas por títulos o instrumentos tan eficaces como los juicios; y así tiene por objeto la aprehensión o embargo, y la venta o adjudicación de los bienes del deudor moroso, en favor de su acreedor (1).

No se produce, por lo tanto, la «litis contestatio» en el juicio ejecutivo por el cuasi contrato de contestación a la demanda, sino simplemente por la notificación solemne al demandado, es decir, por

(1) Una cuestión discutida en nuestra jurisprudencia es si el previo embargo de bienes es trámite esencial en el juicio ejecutivo (artículos 471, 485, etc., C. Pr.).

Se ha resuelto en numerosos fallos que éste es un derecho establecido a favor del acreedor, quien puede renunciarlo o diferirlo. Los autores no tratan la materia, porque no han concedido la posibilidad de una ejecución «in abstracto», siendo la ejecución precisamente ejecución de bienes «in concreto»: es un procedimiento sobre bienes y no una discusión sobre derecho de las personas.

Sin embargo, nuestra ley permite la ejecución aun no habiendo bienes (artículo 474, C. Pr.).

Y así debe ser. El juicio ejecutivo comprende dos etapas: 1.º, juicio ejecutivo propiamente dicho; 2.º, vía de apremio. En la primera se busca esencialmente dar completa fuerza al título ejecutivo. En la segunda, darle efectividad a este título mediante la realización de los derechos conferidos, por la venta de bienes del obligado, venta que, traducida en dinero, representa la obligación del deudor.

El acreedor puede perfectamente diferir la segunda etapa del procedimiento para cuando lo crea oportuno y reducir el objetivo de su demanda a tener un título líquido, semejante a un fusil cargado y listo para disparar, si se nos permite el símil. La ley da derecho a embargar bienes del deudor en esta primera etapa: pero es un derecho conservativo, de prevención y de carácter preliminar establecido a su favor.

«Luego la decisión de la jurisprudencia es exacta.

la citación de remate, puesto que «las partes se encuentran envueltas en la relación procesal por el solo hecho de la demanda, quiéralo o no el demandado», como expresa gráficamente Chiovenda (p. 625).

«La relación procesal se constituye cuando la demanda es comunicada a la otra parte», agrega el mismo autor (págs. 92 y 624), que fué la opinión de Savigny (& 279): «el cuasi contrato con todas sus consecuencias, surge en el momento de la notificación de la acción».

Esto, que en derecho italiano y alemán es exacto para todos los juicios (aunque Chiovenda sea contrario a la teoría cuasi contractual de la «litis»), en el nuestro lo es sólo para el ejecutivo, puesto que el cuasi contrato surge, como acabamos de decir, no por la contestación, ya que no hay contestación en el juicio ejecutivo, sino por la citación de remate, y desde el momento en que ha sido notificado el demandado de esta citación.

¿Pero el juicio ejecutivo comienza con el cuasi contrato de la «litis contestatio»? No; y he aquí la profunda distinción con el juicio ordinario.

El juicio ejecutivo, como no es un procedimiento de contradicción, sino de ejecución, se establece sin la voluntad del demandado por el solo hecho de que el actor pretende algo contra una persona, fundando su pretensión en un derecho presuntamente indudoso, incontrovertible, definido, como es el probado por un *título ejecutivo*.

El cuasi contrato, o, mejor dicho, el contrato, reside en el contrato o acto que ha dado origen al título ejecutivo, contrato o acto que están en análoga situación que el cuasi contrato de contestación de la «litis» en el juicio ordinario; podríamos así decir geométricamente: «el contrato (o acto) originante del título ejecutivo es al juicio ejecutivo como el cuasi contrato originante de la «litis» es al juicio ordinario».

Por eso la teoría de la «litis contestatio» no tiene ninguna importancia para el juicio ejecutivo.

Carleval dice que el cuasi contrato del juicio no sólo se produce por la «litis contestatio», sino también por otras causas:

II-1-12.—*Neque vero solum per «litis contestationem» celebran-*

tur in iudicio quasi contractus, sed etiam per alia, quae emergunt ante litis contestationem».

Pero, como ya dijimos, en el ejecutivo no es cuasi contrato, sino contrato o cualquier otra fuente de la obligación originaria.

Por todo esto, algunos autores y legisladores han dicho que no es tal juicio el ejecutivo, sino simplemente un procedimiento ejecutivo; pero como es posible cierta contradicción (como lo es posible en la ejecución de sentencia) (1), se prefiere dejarle la palabra *juicio*, aunque difiera esencialmente del juicio propiamente dicho, o sea el ordinario, que como lo define Casarino (p. 66), es «la controversia o discusión sobre derechos e intereses, que termina por una sentencia».

No teniendo lugar el comienzo del juicio ejecutivo por la «litis contestatio», es necesario establecer un momento indubitable de constitución del proceso. Este no puede ser otro que el del conocimiento auténtico que tiene el demandado del acto de ejecución. Desde este momento es parte en el juicio, puesto que contra él se sigue un procedimiento de embargo y venta de sus bienes. La citación solemne que se le hace, es la de remate, a fin de intimarlo a que oponga defensas, pero no a fin de tenerlo por parte. Es así como se ha fallado en buena doctrina, a pesar de haber algunos fallos en contra, cuyos fundamentos nos permitimos considerar erróneos. (C. Com., *Gaceta del Foro*, t. 6.º, pág. 69).

Todos los autores están conformes con nuestra opinión:

Gutiérrez, t. 1.º, «pract. quaest», q. 133, N.º 11. Eliazando, 3, pág. 28, núm. 42. Manuel A. Castro, pág. 224, núm. 423. Curia Fi-

(1) El juicio ejecutivo es, en esencia, igual a la ejecución de sentencia. Carleval, IV, 1, 22. Escriche, verbo juicio ejecutivo. Cp. Chiovenda, p. 95. Garsonnet, IV, p. 3 y s.—Mortara, II, 428, discute la opinión que asimila la ejecución de sentencia a la de los otros títulos ejecutivos, y señala estas diferencias entre ambas ejecuciones: 1.º En el título ejecutivo preexiste la voluntad de demandado en la sentencia, no; 2.º Antiguamente los títulos ejecutivos emanaban de actos judiciales. 3.º El título ejecutivo se despacha porque existe una presunción «juris tantum» de resistencia a pagar; mientras que en la sentencia esta presunción es «juris et de jure».

Ya hemos visto que el primer concepto es erróneo; en cuanto al segundo, es sin importancia; el único valedero sería el tercero, pero en él no radica una esencial diferencia entre ambas especies de ejecuciones.

lípica, I, pág. 128 (t. 1.º, parte 2.ª, 13 núm. 3; Id. núm. 11) (edición comentada de 1736):

Si el deudor se presenta antes de la citación de remate, no hay necesidad de citarlo.

Escriche, verbo Juicio ejecutivo. XXI:

Si el ejecutado comparece y se opone antes de que se le cite de remate, no es ya necesaria la citación, puesto que por el hecho de la comparecencia y oposición se entiende que se da por citado.

CONSECUENCIAS

De todo esto se sigue que el actor no puede variar su demanda una vez notificada al demandado por medio de la intimación de pago. Por eso la ley española le obliga a hacer protesta de recibir justos y legítimos pagos, protesta que no es de obligación en la demanda ordinaria (véase la cita de Caravantes & 1.148, «supra»: plus p. en j. ejec. der. españ.)

Lo que la ley quiere es que el Juez, al despachar el procedimiento ejecutivo, no sea sorprendido ni por negligencia, ni por dolo del actor, pues la ley dá como realizado todo un juicio ordinario al asignar fuerza de sentencia a ciertos instrumentos; estos instrumentos deben por tanto ser en su fondo y en su forma, perfectos. Si no lo son, los que los utilizan deben cargar con todas las consecuencias de su acción. Siguiendo estos principios, la ley española no exime de la «plus petitio», aun habiendo protesta de sólo recibir justos y legítimos pagos, cuando el actor *no debía ignorar* la demasía. (Febrero, cit. más arriba).

Por eso, en el momento inicial del procedimiento, debe hacer esta protesta de su buena fe, planteando la demanda en forma alternativa o provisoria, ya que sólo puede ejecutarse por cantidad líquida, como hemos estudiado anteriormente.

Una vez planteado el procedimiento, esto es, notificado, claro que no le valdrían en nada las protestas que hiciere; no puede ya variar su demanda. Lo contrario implicaría, como sucede en el juicio ordinario, el entablar dos demandas, con todas las consecuencias de este hecho que ya hemos estudiado.

VI

FUNDAMENTO DE LA CONDENACION EN COSTAS

I. EN GENERAL

Llegamos al punto final de nuestro estudio: ¿Por qué se condena en costas al pluspiciente? Ante todo, debemos resolver una cuestión previa: ¿cuál es el fundamento de la imposición de las costas?

Hay tres sistemas de condenación en costas:

- 1.º Cada litigante paga las costas suyas.
- 2.º El temerario paga en proporción a su temeridad.
- 3.º El vencido paga todas.

El primero se funda en la teoría cuasi contractual, y aun quizás más hondamente, en el sistema de justicia privada, voluntaria, en el concepto de lucha judicial.

El segundo, como pena del litigante que ha procedido con dolo, al querer defender o apropiarse de un derecho que en realidad no le pertenecía; esto es, al querer ultrapasarse de los límites ínsitos en sus derechos subjetivos.

El concepto del tercero es el siguiente: «el derecho debe ser reconocido como si lo fuese en el momento de la demanda: de ahí que todo lo que fué necesario gastar para su reconocimiento, lo disminuye, y por ende debe serle reintegrado al sujeto del derecho, de modo que éste no experimente detrimento alguno en razón del juicio. La naturaleza de la condenación en costas, es de un resarcimiento que tiene lugar toda vez que debe declararse un derecho (Chiovenda & 172, «La condanna nelle spese giudiziali»).»

Nosotros seguimos el segundo sistema, puesto que el primero pertenece a una concepción procesal extraña a la nuestra, y el tercero es demasiado absoluto, porque muchas veces «hay razón para litigar», aunque en definitiva se salga vencido; en estos casos el vencedor debe pagar una especie de prima para el reconocimiento y delimitación de sus derechos; son gastos necesarios, de conservación de los mismos.

En los incidentes y en el juicio ejecutivo el que pierde paga las.

costas, pues no hay razón para litigar en estos casos (art. 24, ley 4.128; art. 507, C. Pr.).

El derecho francés sigue el tercer sistema (Dalloz, Rép. Prat. verbo «Frais et dépens», núm. 45).

2. EN LA «PLUS PETITIO»

Establecidos así los fundamentos de la condenación en costas, veamos el caso de la «plus petitio»: en ella se castiga en costas al pluspiciente en razón de que las ocasionadas por el exceso, en ningún caso debe pagarlas otro; y las demás, por proceder temerariamente, con culpa o dolo (Cp. Chiovenda & 108, «Condanna», etcétera).

El Código de Procedimientos francés, de acuerdo al sistema de su condenación en costas al vencido, establece para el caso de plus petitio que:

Le Tribunal peut compenser les dépens en tout ou en partie, si les parties succombent respectivement sur quelques chefs (art. 131).

Entre nosotros, no es el concepto de la compensación, el de deuda, sino el de pena, que informa esta institución. El actor que pluspide, pagará las costas que ocasione este exceso, como penalidad a su error; pagará todas las costas y perderá toda la deuda, como penalidad a su dolo; pagará las costas que ocasione el exceso y perderá el doble de lo pluspedido, como penalidad a su error en el caso de obrar ejecutivamente, pues en este momento, debió actuar con el máximo de prudencia (principio general del art. 902 de nuestro Código civil).

VII

CONCLUSIÓN

Llegamos al final de nuestro estudio. Contemplándolo ahora como se mira un camino recorrido, notamos el decurso de una institución encaminada, como toda norma jurídica, a dar la forma algebraica para resolver justamente, en justicia que Aristóteles llamó

conmutativa, un choque de intereses protegidos, una colisión de derechos.

Una persona demanda ante la justicia a otra por cantidad mayor que la debida. Aparentemente el caso es sencillo, y el romano lo resolvía de acuerdo a los fundamentos que informaban dos de sus instituciones: «litis contestatio» y prestación del dolo; de los basamentos de ambas; desprendió las conclusiones lógicas que hemos esbozado.

El Medievo, al rechazar muchos conceptos que sostenían la construcción del sistema litiscontestacional del Lacio, debió al mismo tiempo modificar el sistema lógico que informaba la «plus petitio». El acto jurídico de la «litis contestatio» influye sólo en un mínimo: en la posibilidad de modificación ulterior de la «litis». Es, en cambio, el concepto de la prestación del dolo y de la culpa, lo que viene a constituir en el nuevo derecho los cimientos de esta institución.

Hemos querido escorzar uno de los puntos menos estudiados en nuestro derecho, y sin embargo, de cotidiana aplicación foránea. Con ello, deseamos agregar tan sólo un pequeño capítulo a la tentativa de logiquizar el frondoso sistema de relaciones interindividuales, que realiza el derecho a fin de distribuir la justicia entre los seres humanos.

ALBERTO M. ETKIN.