



ABRIR TOMO I

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE GEOGRAFÍA E HISTORIA
Dpto. de HISTORIA MODERNA**

LOS PLEITOS CIVILES EN CASTILLA. 1700 - 1835 :

**ESTUDIO DEL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
CASTELLANA EN EL MARCO DE LOS PLEITOS PRIVADOS**

TOMO II

**La demanda: Iniciación del proceso.- La llamada al proceso.- Actitudes del demandado
después del emplazamiento.-**

TESIS DOCTORAL

**MARÍA JOSÉ GANDASEGUI APARICIO
Madrid 1998**

INDICE TOMO II

PARTE SEGUNDA: LA FASE DE ALEGACIONES.

Capítulo III.- La demanda: Iniciación del proceso.	Pág. 1
3.1.- Las actuaciones previas a la interposición de la demanda.	Pág. 2
3.2.- La demanda como iniciación del proceso. Concepto.	Pág. 8
3.2.1.- Demanda escrita y demanda no escrita.	Pág. 10
3.2.2.- Investigación previa a la formulación de la demanda.	Pág. 14
3.2.3.- Poder del procurador.	Pág. 17
3.2.4.- Contenido de la demanda: La acción. Requisitos.	Pág. 21
3.2.5.- La no modificabilidad de la demanda.	Pág. 41
3.2.6.- Las cláusulas de estilo.	Pág. 43
3.2.7.- La cuestión de la supresión de las solemnidades.	Pág. 49
3.2.8.- Sobre el juramento.	Pág. 53
3.2.9.- Los formularios.	Pág. 54
3.2.10.- La demanda de jactancia.	Pág. 58
Capítulo IV.- La llamada al proceso.	Pág. 60
4.1.- La carta de emplazamiento.	Pág. 63
4.2.- Concepto y contenido del emplazamiento, confusión terminológica.	Pág. 69
4.3.- Notificación y traslado.	Pág. 73
4.4.- A quien se debe dirigir el emplazamiento.	Pág. 78
4.5.- Circunstancias y formas del emplazamiento.	Pág. 85
4.6.- Término y tiempo del emplazamiento.	Pág. 103
4.7.- El emplazamiento fuera del territorio.	Pág. 110
4.8.- Efectos del emplazamiento.	Pág. 114
Capítulo V.- Actitudes del demandado después del emplazamiento.	Pág. 120
5.1.- Presentación del emplazamiento e incomparecencia del demandado.	Pág. 120
5.2.- La contumacia.	Pág. 128
5.3.- La rebeldía.	Pág. 137
5.4.- El asentamiento.	Pág. 147
5.5.- La comparecencia del demandado.	Pág. 154
5.6.- El allanamiento.	Pág. 165
5.7.- Las excepciones.	Pág. 172
5.8.- La contestación a la demanda.	Pág. 184
5.9.- La reconvencción y la compensación.	Pág. 200
5.9.1.- La reconvencción.	Pág. 200

5.9.2.- La compensación.	Pág. 220
5.10.- Los escritos de réplica y dúplica y segundas alegaciones.	Pág. 224
5.11.- Cauciones del demandado.	Pág. 244
5.12.- Salir a la voz y defensa.	Pág. 247

PARTE SEGUNDA: LA FASE DE ALEGACIONES

CAPÍTULO III.- LA DEMANDA: INICIACIÓN DEL PROCESO

El proceso estaba estructurado en fases cada una de las cuales se iniciaba y finalizaba con un nudo procesal que suponía el paso de una fase a otra.

Esta división en fases, elaborada y difundida por la doctrina del Derecho Común, venía condicionada por la propia estructura procesal. En cualquier proceso se producían tres momentos:

1.- En primer lugar, cada una de las partes debe decir que es lo que pretende del juez y por qué, tanto si era el que demandaba como el que contestaba a la demanda. Es el momento de alegar y decir y se llamaba **fase de alegaciones**

2.- Todo lo que las partes alegaban en el primer momento procesal debían probarlo, en la siguiente fase llamada de **prueba o probatoria**. Para ello y en los tiempos previstos, tenían que proponer al juez la utilización de unos medios de prueba y si el juez los admitía, hacerlos efectivamente.

3.- Una vez que se habían hecho las pruebas, o haber transcurrido el tiempo dado para probar, las partes tenían que concluir con sus alegaciones finales y el juez dar su sentencia. Todo ello componía la llamada **fase de conclusiones**

La fase procesal inicial, o fase de alegaciones, contenían tres modos procesales: la demanda, la llamada al proceso del demandado, y las actitudes que éste podía tomar a partir del conocimiento de la existencia del pleito. Esta fase se inicia con la demanda y se cierra con el auto

de conclusión para prueba.

3.1. ACTUACIONES PREVIAS A LA INTERPOSICION DE LA DEMANDA.

La mayoría de los autores jurídicos del siglo XVIII, ya sean teóricos o prácticos, hacen sus exposiciones doctrinales y redactan sus manuales en categorías de Derecho Común, siguiendo un esquema procesal clásico estructurado en fases procesales; por ello comienzan el juicio hablando de la demanda que es el acto procesal iniciador del proceso por excelencia.

Pero en la práctica era frecuente encontrar actuaciones que se enmarcaban dentro del ámbito judicialista, que se iniciaban a petición de parte y eran tendentes a preparar la formulación de la demanda e incluso a evitar el pleito. Dice **Tapia** que "todo juicio o pleito civil **ordinario** debe empezar por demanda y contestación, y no por declaración jurada del demandado, a menos que el actor no pueda, si se omite esta diligencia, ir adelante o proseguir en la instancia."¹

De esta afirmación se pueden deducir dos aspectos fundamentales:

-se habla de juicios ordinarios, que según la terminología deben ser los declarativos², ya que los juicios ejecutivos tienen un carácter especial, y por lo tanto las diligencias preparatorias de ejecución no pueden ser estudiadas con el carácter de preliminares a la demanda.

-la declaración jurada del demandado se limita a los supuestos en que se hace imprescindible para que el actor pueda formular su demanda, sin que tengan valor procesal aquellas declaraciones hechas bajo juramento de forma gratuita y extemporánea. Estamos pues ante una serie de actuaciones, de carácter jurisdiccional, que sin formar parte propiamente del

¹TAPIA, E. Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Pág 59.

² La práctica en las Escribanías era indicar en la portada del pleito (normalmente en el ángulo superior izquierdo) si era "ordinario" o "ejecutivo". La mecánica de la práctica cotidiana introdujo esa elemental clasificación.

proceso, son necesarias para que su iniciación y puesta en marcha pueda conseguirse.

En **Las Partidas** (1.10.3.) se hace referencia a las preguntas que puede hacer el demandante sobre el objeto de la demanda antes de que comience el pleito; deben tener tal naturaleza, que el no hacerlas impide seguir con el pleito adelante. Las preguntas concretas que se pueden hacer al demandado son :

- las que se hacen a quien se quiere demandar por su condición de **heredero** sobre parte de la herencia.

- las que se hacen al **padre** sobre el peculio del hijo, para que diga si tiene o no en su poder dicho peculio.

- a quien se intente demandar, se le puede preguntar sobre si tiene o no **25 años**, para que en el caso de que no los tenga se le provea de curador ad litem.

- en las reclamaciones por daños causados por animal o siervo, las preguntas que se hagan al supuesto demandado irán tendentes a comprobar que pertenece al que se pretende demandar, o que estaba en su poder en el momento de producirse los daños.

-y en general, se puede preguntar al que se va a demandar si es tenedor de la cosa objeto de la reclamación

Por lo tanto, tiene derecho a valerse de esta acción cualquiera que tenga interés o derecho alguno en la cosa que desea demandar:

[...] está obligado el que tuviere en su poder el

testamento de algún difunto,

mostrarle ante el Juez al demandador

que le pidiere, por pretender que está

el acreedor ante el juez competente respecto a determinadas preguntas tendentes a fijar el crédito que tiene sobre el deudor⁶.

En la Chancillería de Valladolid se presenta en Julio de 1793 una demanda por Caso de Corte por María Gonzalez Yebra, Viuda de Miguel Cubero, del lugar de San Esteban de la Jurisdicción de Bembibre, contra los nietos de su marido, en reclamación de la parte de los gananciales que le corresponden. Antes de esta demanda se habían seguido en Bembibre actuaciones judiciales para la partición y adjudicación de herencia de Miguel Cubero, que no habían finalizado por auto sino por convenio entre las partes " para evitarse lo costoso de los pleitos y lo dudoso de sus fines" (Mayo 1792). En octubre del mismo año el Curador de uno de los nietos obtiene una **información testifical** ante la Jurisdicción Eclesiástica de Astorga⁷ con la que intenta probar que los otros dos herederos habían tomado cantidades de dinero que correspondían al caudal hereditario de Miguel Cubero y que no habían sido incluidos en el inventario de bienes, así como que existían créditos a favor del causante también sin incluir. Al tener conocimiento María de éstas declaraciones es cuando presenta su demanda.⁸

⁶ CONDE DE LA CAÑADA. Ob. Cit. Pág 42

⁷ La información ante la Justicia Eclesiástica se llamaba CENSURA, y era un procedimiento eclesiástico para información de unos hechos, apelando al descargo de conciencia. Se autoriza a su promotor a utilizarlas como medio de prueba o base para un pleito civil

⁸ en 2 de octubre de dicho año de 92. Folio 33. Autos de Censuras en que se funda la demanda. Resulta se acudió al Provisor de la ciudad de Astorga por Don José Alvarez Escarpizo vecino del Lugar de Vinales como Curador de Don Andrés Cubero [...] exponiendo que hallándose entendiendo en la partija de los efectos pertenecientes a dicho menor con sus hermanos, que reconocido el inventario hecho por muerte de Miguel se halló con la impensada novedad de no haberse inventariado más cantidad que la de 150 reales en dinero efectivo, siendo caso que el dicho Miguel fué uno de los más poderosos de aquel país, y pocos días antes había cobrado varias cantidades, además de las porciones de granos, vinos y otras especies, y remesa de dinero que le había llegado de un hermano que se hallaba en Indias[...] concluyó pidiendo y se mandaron librara censuras para que se leyesen y en su virtud declararon lo siguiente: José Gonzalez de Rón, vecino de San Esteban dijo que para descargo de su conciencia y no incurrir en las censuras lo que podía declarar era que en la ocasión de hallarse enfermo de su última el Don Miguel Cubero entró el deponente a pedirle 500 reales poco más o menos los que le entregó, de los que satisfizo a su nieto Don Antonio Cubero en el agosto del año del 91 300 reales y se persuadía no estarían puestos en el inventario que se hizo (siguen otras tres declaraciones similares). Relación de Autos que aparece en la primera pieza del pleito. CHAN. VALLA. Secc. Plei. Civ. Fene. Escri. Perez Alonso. 3558-1

Todas estas actuaciones, que aunque no integradas en el pleito, tienen el carácter de procesales ya que sin ellos el proceso no podría iniciarse. Por ello están encomendadas inicialmente al actor.

Hay otro grupo de actuaciones judiciales que se realizan en el límite del pleito, como previas a su iniciación o simultáneas a los actos iniciales, y encaminadas al aseguramiento de personas o bienes del demandado. Se puede hablar de **dos tipos concretos de diligencias preliminares de aseguramiento**. En los dos casos aparece como justificación para que el actor pueda pedir su práctica el factor **DUDA**: en el primero de los casos, **el arraigo en juicio**, la duda se refiere a la persona del demandado, y en **el segundo**, el secuestro de bienes, a los bienes muebles objeto del pleito.

1º.- Arraigo en Juicio, se puede pedir en los casos en que el demandado no comparece, **o se presume que pueda huir**, entonces puede solicitar el actor que "arraigue el juicio"; este arraigo se traduce en la prestación de fianza "lega, llana y abonada", y en el caso de que el demandado no halle fiador, deberá jurar que estará dispuesto hasta la conclusión del juicio⁹. A solicitud de la parte que demanda, el deudor que se encontrase en peor condición económica que cuando contrajo la deuda, y no tenga fiador podría ser puesto preso¹⁰

2º.-Secuestro y embargo de bienes. Este tipo de diligencias cuya ejecución era necesaria para que pudiese plantearse el pleito y que eran tendentes a asegurar los bienes objeto de la declaración, se admitirían sólo en supuestos concretos y tasados

-Cuando exista un acuerdo anterior entre los litigantes que permita que se haga el

⁹TAPIA, Ob. Cit. Pág.53
PP, 44.2.3.
Leyes de Toro, l.66

¹⁰TAPIA, en la obra ya citada incluye una nota a este aspecto de la prisión por deudas, aclarando que "en el día" son pocas las personas que pueden ser presas por deudas (ver Juicio Ejecutivo)

secuestro y embargo.

-En los casos en que la cosa litigiosa sea mueble y existen sospechas fundadas de que se pueda deteriorar.

-Cuando el marido está disipando la dote de la mujer.

-Cuando el hijo preterido reclama su legítima.¹¹ Se trata de medidas dirigidas a garantizar el resultado del litigio.

Juan y Colom da unas instrucciones muy prácticas sobre como unir estas diligencias. Quede claro que la petición de declaración, información testifical, arraigo o secuestro, no forma parte propiamente de la demanda. Dice que ha visto intentar demandas que consisten en hechos propios del demandado, y no habiendo instrumentos que la justifiquen, la ha visto intentar pidiéndose declaración jurada al demandado sobre el hecho, e incluye el modelo de petición:

F de tal, vecino de tal parte, comparezco ante Vmd. y como más haya lugar en derecho digo: Que N. vecino de esta Ciudad o Villa, se obligó a pagarme,, dar, o hacer o cumplir tal y tal cosa, por tal razón, y habiéndole requerido repetidas veces para su cumplimiento, no lo he podido conseguir: por lo a Vmd. pido y suplico mande comparecer ante sí al dicho N. y que jure y declare a tenor de este pedimento clara y abiertamente, conforme a la ley, y bajo la pena de ella; y constando por su declaración de lo referido en la parte que baste, se sirva Vmd. condenarle a que me dé, pague, haga o cumpla la dicha tal y tal cosa"¹².

Son EN RESUMEN, las diligencias preliminares, actuaciones "cuasi procesales",

¹¹ Tapia, Ob. Cit. Pág 60
PP 1.9.3

¹² JUAN Y COLOM, Instrucción de Escribanos en orden a lo Judicial, fº.9

encaminadas a evitar un proceso inútil o la fijación de los límites del "petitum", por lo que en muchos casos resultaba inevitable recurrir a este tipo de actos, sin los que al demandante le resultaría imposible interponer su demanda. Puede verse como un residuo de una "justicia privada" más arcaizante en las que las partes debían soportar toda la carga del proceso, sin que el juez interviniese más que para dictar sentencia, estando encomendado al demandante todos los actos necesarios para conseguir que su pretensión se hiciese efectiva.

3.2. LA DEMANDA COMO INICIACION DEL PROCESO. CONCEPTO.

El acto de manifestación de voluntad que contiene la demanda es una PETICION, que la persona que necesita que se le resuelva un conflicto hace al juez, para que mande dar o hacer¹³ o pagar una cosa¹⁴. Es por lo tanto, una solicitud de una parte procesal al Juzgador para que juzgue, decida y **mande** que la persona contra la que se dirige la acción que se está ejercitando **haga o entregue o dé** algo. No se puede entender la demanda simplemente como una solicitud genérica dirigida a un órgano con potestad de Juzgar.

A los Jueces, Chancillerías o Audiencias, incluso al Consejo de Castilla, se les podían solicitar actuaciones muy distintas, que ni formal ni sustancialmente pueden entenderse como verdaderas demandas¹⁵, si no como peticiones no encuadradas dentro del ámbito del proceso. La demanda lleva implícita, como condición determinanate, la intención de la parte de poner en

¹³ GOMEZ NEGRO, Ideario Procesal Práctico, Pág.75

¹⁴ SALA Y BAÑULS, Instrucción del Derecho Civil de España. Pág 184

¹⁵ Desde pedir que un Escribano no retenga un inventario, que ampare al arrendador ante el dasalojo, o pedir una reducción de rentas. AHN, leg. 9420

marcha la mecánica procesal; con la demanda no se está solicitando una mera declaración o actuación del juzgador de plano, sino una decisión última (la sentencia) que venga a resolver un conflicto privado, y que es la base misma del proceso. Esta decisión o juicio del juez la ha de tomar en base a lo que se desprende del resultado del curso procesal aplicando criterios jurídicos. No fijan los autores de la época en sus definiciones de la demanda el que tenga que dirigirse contra otra persona, cerrando así el círculo activo/pasivo, pero sí la mayoría de ellos refiere la presencia del demandado o reo entre los requisistos que validan la petición. Lo que sí es esencial en la demanda es que contenga una petición deducible en juicio¹⁶ para que en el curso del mismo, y como resultado final se condene al reo a lo que se pide¹⁷.

Al carácter de petición hay que añadir el de INICIACION. "Cuando algún Pleito se comienza se ha de comenzar por la demanda"¹⁸. Este efecto iniciador es lo que en Las Partidas se **llama comenzamiento**¹⁹ y **raiz del pleito**, atribuyéndoselo a la demanda y contestación en conjunto²⁰, y supone la puesta en marcha del sistema procesal: el hecho de que alguien pida al juez iniciar el proceso, hace arrancar la puesta en marcha de los actos que implican la procedimentalidad. La legislación Real (La **Nueva Recopilación** en esta materia recoge fundamentalmente legislación procesal procedente del reinado de los Reyes Católicos, Ordenanzas de Madrid, Toro y Medina) cuando se refiere a la forma en que el actor ha de poner

¹⁶ HEVIA BOLAÑOS, Curia Filípica, Pág. 62

¹⁷ JUAN Y COLOM, Instrucción de Escribanos en orden a lo Judicial, Pág. 6

¹⁸ JUAN MUÑOZ, Prácticas de Procuradores para seguir pleitos, Pág. 6

¹⁹ PP 3.10.3

²⁰ Se encuadran Las Partidas en la teoría romanista del contrato como naturaleza jurídica del proceso. Implica esta idea privatista la formación de un acuerdo de voluntades, que se vería perfeccionado con la contestación a la demanda. De esta base privada deriva que los autores clásicos integren la contestación a la demanda en el momento inicial del proceso.

la demanda, dice que "**al venir a mover pleito**" dando a este momento procesal el carácter de "poner en marcha" que tiene en sí misma la demanda como algo intrínseco a su propia naturaleza.

3.2.1. Demanda escrita y demanda no escrita

Al informarse el proceso castellano por el principio de escritura, prevaleciendo sobre el de oralidad, se exige que la demanda sea puesta por escrito , aunque con "carácter breve " en que se contiene lo que se pide y demanda en juicio"²¹ y **Elizondo** dice que "el libelo debe contener el hecho breve, claro y específico"²².

Pero pese a que prevalezca el carácter escrito sobre el oral "la más cierta [demanda] es la que por escrito se hace"²³ porque no se puede cambiar ni negar como la otra²⁴, está admitida la posibilidad de que la demanda, como tal declaración de voluntad que es, pueda hacerse verbalmente. Cuando en 1386, en Alcalá, Alfonso XI dicta una disposición encaminada a evitar que la falta de solemnidades en los pleitos produjesen anulaciones hasta en la fase de apelación " si se halla que la demanda no fué en escrito, hallándola asentada en el proceso[...] "pero si el demandado pide que la demandante dé su demanda por escrito" queda a la decisión del juez el que se haga así, según convenga y se deduzca del pleito"²⁵

De la propia argumentación de esta ley se pueden deducir dos situaciones:

²¹ HEVIA BOLAÑOS, Curia Filípica, Pág. 62
JUAN Y COLOM, Instrucción de Escribanos en orden a lo Judicial, Pág. 6

²² ELIZONDO, Práctica Universal Forense, Pág. 30

²³ PARTIDAS 40.2.3.

²⁴ PARTIDAS 41.2.3.

²⁵ N.R. 10.17.4.

- Se puede producir el hecho de demandar verbalmente "asentándose"²⁶ la demanda en el proceso.

- ésta falta de requisito escrito de las demandas en la práctica daba lugar a impugnaciones en instancias superiores y anulaciones de lo actuado (se daban los pleitos "por ningunos"). Si la necesidad o exigencia de que la demanda se dé por escrito debe colegirse en un sistema jurídico-procesal en el que la escritura invade todas las actividades, conviene no olvidar que se había reconocido la posibilidad del planteamiento de algunos asuntos sin demanda escrita, aunque la demanda se entendía con carácter general en los pleitos²⁷.

Estos asuntos variaban desde la pequeña cuantía (pleito pequeño) hasta los pleitos posesorios, pasando por la decisión voluntaria de las partes o las cosas manifiestas; en estas demandas no escritas debe manifestarse el motivo o la razón por la que se pide

La práctica, no perduró en el tiempo, por influencia quizás de disposiciones posteriores (N.R. 1.2.4.) en las que se habla expresamente de demanda escrita, y se deduce de los requisitos que se exigen que la demanda no puede ser verbal " porque la verdad de las cosas se puede mejor saber y sentenciar, y los demandados pueden saber si les conviene litigar o no, y más ciertamente se pueden defender y responder²⁸. A esta ley hace referencia **Juan y Colom**, advirtiendo que no está en práctica admitir la demanda si no es por escrito²⁹. En el mismo sentido se pronuncia

²⁶ "asentar" quiere decir poner por escrito algo para que conste, y en una petición procesal se lleva a cabo en el auto de admisión que dicta el juez o tribunal, en el que se recoge la petición para trasladarla al demandado

²⁷ MARGARITA DE LOS PLEITOS, Título VIII

²⁸ N.R. 4.2.4.

²⁹ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág.6

Tapia³⁰ advirtiendo que no está en uso la práctica de poner demanda en el proceso y que siga la norma general para las Audiencias Reales, que era la de exigibilidad de demada escrita³¹.

La justificación de la posibilidad de admitir las demandas orales en pleitos que son de pequeña cuantía habría que buscarla en la evitación a la parte de las costas de Abogado y Procurador³², y para que los pleitos se despachen brevemente, se manda a los Alcaldes de Adelantamiento que admitan la demanda que "se quisiera poner de palabra, aunque no la traigan por escrito", siempre que conste en el proceso por auto del propio juez³³. En los casos en los que la demanda se ponga por auto se deben tener en cuenta circunstancias o exigencias tales como, que se haga relación de lo que se pide, que la petición se ciña a la condena que se pretende sea impuesta al demandado, que se pidan las costas y que el demandante jure que no lo hace maliciosamente. Así la forma procesal venía de una decisión del juez, que ante el escribano dice, que ante él se ha presentado persona diciendo que alguien tiene deuda con él y pide al juez le condene a que se la pague; de todo ello el juez manda dar traslado a la otra parte³⁴

De la interpretación dada a esta norma, se desprende que la validez de la demanda verbal, formulada sin criterio de evitarse las costas del Abogado y el Procurador, dependía de que la petición pareciese asentada en autos: debía de constar formalmente por escrito en el proceso. Se podría considerar que este requisito de constancia escrita desvirtúa la verbalidad de la petición,

³⁰ TAPIA, Febrero Novísimo o librería de jueces. Pág.50

³¹ N.R. 1.2.4.

³² N.R. 50.4.3. Nueva Instrucción de leyes para Alcaldes de Adelantamientos. 1543

³³ En estos caso de demandas orales, se supone una comparecencia ante el juez, y en su vista dicta un auto (se entiende con carácter general como resolución judicial) en el que se acuerda dar traslado de la petición al demandado, después de recoger lo que el demandante le ha dicho en su comparecencia.

³⁴ GONZALEZ DE TORNEO. Ob. Cit. Pág. 6

teniendo en cuenta, como ya se ha dicho, que el proceso castellano está influido por el principio de escritura prevaleciendo sobre el de oralidad, la posibilidad de demandar oralmente hay que entenderla como el acto de comparecer ante el Juez o Tribunal y explicar de palabra lo que se demanda y a quien se le demanda, como residuo de una justicia oral y más ágil, que el escribano se encargará de relacionar para con esa relación dar traslado al demandado, o bien la relación ("asentamiento") se hace en el auto de admisión

Ante el Alcalde Mayor de Segovia comparece en 1764 Juan Martín casado, "relacionando" unos hechos y pidiendo al juez justicia y que librase un despacho para requerir al que se supone demandado para que le devuelva una tierra objeto de una venta.³⁵ Se exigía por tanto, para que la demanda oral tuviese validez como tal y surtiese efecto frente a terceros que el escribano la pusiese por escrito en el proceso, en los autos que el mismo formase para su tramitación posterior.

En resumen, el criterio general es que la demanda debe formularse por escrito, aunque las peticiones orales que se asentaban en el proceso tenían el mismo carácter. A esta normal general se exceptuaban las reclamaciones sobre cuantía de pequeña entidad que se podían hacer sin estar sujetas a ningún requisito de escritura sin que por ello el proceso pudiese ser impugnado aduciendo defecto de forma, dentro de una intención de reducir las formalidades procesales en asuntos de pequeña entidad.

Especial o excepcional por lo tanto es el tratamiento que reciben las demandas en reclamaciones de cantidad de pequeña cuantía. Estamos hablando de juicios sumarios o plenarios rápidos³⁶ sujetos a condiciones procesales específicas y cuyo trámite se simplifica en aras de la

³⁵ AHPS. J-1027/28

³⁶ VER SUPRA 1.4

mayor brevedad.

" porque en los tales haya toda brevedad, no haya orden, ni forma de proceso, ni tela de juicio, ni solemnidad alguna: salvo, que sabida la verdad sumariamente, la justicia proceda en pagar lo que se debiere, y que no se asiente por escrito sino la condenación, o la absolución[...]³⁷

Dice **Cornejo** que en los juicios verbales o de corta entidad [...] es conveniente, para evitar litigios y libertar a las partes de los crecidos gastos.³⁸

Con el paso del tiempo se admite la oralidad con carácter general para reclamaciones inferiores, variando únicamente la cuantía tope para mantener el criterio de sumariedad o no plenariedad. En 1593 Felipe II eleva la cuantía a 1000 maravedíes³⁹. La Real Cédula de 1768 que divide Madrid en Cuarteles y establece los Alcaldes de Barrio, fija el tope máximo para este tipo de reclamaciones en 500 reales, como cantidad que se reclama en el **juicio verbal**.

3.2.2. Investigación previa a la formulación de la demanda.

Sin formar parte de los actuaciones procesales propiamente dichas, antes de presentar su demanda ante el Alcalde, mayor u ordinario, el futuro litigante debía dar una serie de pasos previos. Se dirigía en primer lugar al Procurador, que a su vez le conducía al Abogado : su opinión era decisiva para formar la base de lo que sería la reclamación. A partir de esta toma de

³⁷ JORDÁN DE ASSO, Instituciones del Derecho Civil de Castilla. Pág. 282
N.R. 19.9.3.

³⁸ CORNEJO, "Diccionario histórico y forense del Derecho Real de España", Pág. 212.

³⁹ N.R. 24.9.3.

contacto abogado-parte, se podía derivar situaciones no muy convenientes.

a) podía ocurrir que el cliente no le explicase muy correctamente al abogado los supuestos de hecho.

b) a su vez el abogado podía no informar muy correctamente al cliente sobre las posibilidades de éxito, embarcándoles en muchos casos en pleitos innecesarios y de difícil buen fin.

Berní y Catalá⁴³ da una serie de consejos sensatos a los abogados antes de iniciar un pleito:

- El abogado debe informarse bien y secretamente de la acción que la parte pretende ejercitar, lo que supone más que un cambio de impresiones: casi una investigación de los supuestos de hecho en los que la parte intenta basar su petición.

-debe desentrañar las razones que tiene la parte para asegurarse que no actúa maliciosamente.⁴⁴

- para un buen proceder no debe basarse en lo que la parte le informe verbalmente; lo más conveniente es que el informe de los hechos sean presentado al abogado por escrito y firmado.⁴⁵

- Les aconseja que propongan a la parte la elección de un buen procurador, (en el caso de que no hayan entablado todavía esta relación profesional), por desconfiar de la suficiencia o

⁴³ BERNÍ Y CATALÁ, El Abogado Instruido en la práctica Civil de España. Págs. 10 y ss.

⁴⁴ La maliciosidad al interponer demandas debía estar presente con cierta frecuencia, ya que en las alegaciones se utilizan como argumento contra la parte contraria: "se ha de servir declarando por injusta, infundamental, y maliciosa la denuncia hecha por la citada María Gómez". CHAN, VALLA. 2791-2. (aclarando, que aunque en este caso se hable de denuncia y no de demanda, es debido a que se trata de un pleito de "denunciación de obra nueva", y la expresión denuncia se corresponde con demanda.

⁴⁵ El autor toma este criterio de la Ordenanza de Abogados de 1495 (N.R. 14.16.2.), donde se establece que los abogados al principio del pleito tomen la relación del negocio, firmada por la parte. La finalidad claramente era demostrar la correcta actuación del Abogado y librarle de posibles responsabilidades por una mala actuación profesional.

destreza de algunos o incluso por prácticas maliciosas en perjuicio de su representado.

Todas estas gestiones previas al pleito que se aconsejan, por personas expertas, hacer a un buen abogado van dirigidas a evitar pleitos inútiles, o insostenibles, que se alargan innecesariamente con el consiguiente perjuicio económico para las partes que los soportan.⁴⁶

El mismo consejo dan los autores prácticos a los Procuradores, aconsejándoles que antes de plantear un pleito, deben examinar a las partes, valorando la Justicia que les asiste, y si tendrá éxito favorable su proyecto, o por el contrario les puede perjudicar. En caso de duda deben dirigirse a un abogado, para que con total conocimiento pueda formular la demandada " pues si en este asunto se caminase con ligereza, muchas veces en lugar de defender a las partes , las perjudicaría.⁴⁷

Desde el punto de vista de un procurador, se aconseja conveniente que la parte que tiene que litigar elija a un procurador que sea solícito en su oficio, informándose antes de dirigirse a alguno entre los distintos que actúan en la plaza. Entre la parte y el procurador se informan quien es un buen letrado, y una vez localizado, van a su casa y le hacen relación del caso; para ello el procurador se debe haber informado cual es la acción que se intenta interponer, para no dar lugar a que el letrado le pueda reprochar que no se le informó bien. Así el abogado intentará la demanda conforme a Derecho, y conviene que la **relación** hecha por el procurador o parte la firmen el letrado y procurador, y en su defecto la parte, quedando una relación con las firmas en poder del procurador o de la parte, y otra en el del letrado. El abogado verá lo que le conviene

⁴⁶ Estos motivos se manifiestan en el sentir general de los autores críticos del Siglo XVIII sobre lo inútil y peligroso de los pleitos (VER)

⁴⁷ MARTINEZ SALAZAR Práctica de sustanciar pleitos, Pág. 137.

a la parte y le dirá si tiene justicia o no, en el caso de haberla, formará la demanda.⁴⁸

3.2.3. Poder del Procurador.

Una vez que las partes han comparecido en juicio, el juez debe informarse si han comparecido por sí mismas o por procurador, y antes de dictar el primer auto, debe examinar el poder en el caso de que haya sido presentado⁴⁹. El examen del poder por parte del juez se considera así un paso previo a la admisión de la demanda: debe el juez valorar el poder como **bastante**. Este juicio de valor no está claro si corresponde al juez o al escribano; para **Martínez Salazar**⁵⁰ los escribanos no deben admitir la demanda sin que al mismo tiempo se presente el poder.⁵¹ En cualquier caso la falta de este requisito puede ser causa de nulidad⁵². En el mismo sentido lo confirma la **Nueva Recopilación**⁵³, al decir que a veces los procesos son baldíos por no tener poder bastante los procuradores de las partes, anulándose lo actuado al cabo del tiempo por este defecto de los poderes del procurador. Del contexto de la misma Ley, ya en su parte dispositiva, se deduce que el poder puede no ser presentado con la demanda sino "luego que los dichos procuradores parecieran a poner su demanda"⁵⁴

⁴⁸ JUAN MUÑOZ, *Práctica de Procuradores*, Pág. 14.

⁴⁹ MONTERROSO Y ALVARADO, *Práctica civil y criminal e Instrucción de Escribanos*, Pág. 10

⁵⁰ MARTINEZ SALAZAR, *Ob. Cit.* Pág. 139.

⁵¹ La duda deriva de la mecánica del proceso: las demandas se dirigían al Juez pero se presentaban en el oficio del Escribano, que en ese momento hacía un primer examen, aunque la admisión dependía del Juez, después de que el Escribano fuese a su casa a darle cuenta de los pedimentos que se le presentaban.

⁵² MONTERROSO Y ALVARADO, *Ob. Cit.* Pág. 10

⁵³ N.R. 3.2.4.

⁵⁴ CHAN. VALLA. 2791-2.

La aportación de hecho del poder o poderes con los que el procurador justifica o acredita la representación era lo más frecuente se hiciera en el momento de presentar la petición inicial, aportando un testimonio o copia autorizada de la escritura de apoderamiento, copia que se unía a las actuaciones. En ocasiones el escrito inicial se encabezaba y firmaba por procurador y no se aportaba el poder, y diciendo no poder hacerlo. La ausencia, no del poder en sí, si no del documento que acreditase la existencia de tal apoderamiento a favor del procurador que comparecía, podía subsanarse, de ahí que no se rechazasen las peticiones que se presentaban sin poder y se requería al procurador para que aportase la copia de la escritura de poder.⁵⁵

Aunque la forma más frecuente de dejar acreditado en las actuaciones la existencia del apoderamiento era la propia copia del poder, en circunstancias especiales, el escribano podía extender una diligencia en la que daba fe de la existencia del poder por haberlo presentado, exhibido y retirado.

Especial es la circunstancia de que fuese denunciante un Obispo; el de Segovia en 1757 reclama la ejecución de una obligación, y aunque actúa como apoderado suyo el Mayordomo, que a su vez da poder al Procurador, el Escribano da fe que:

"por el Ilmo.Sr.D. Manuel Murillo y Angaiz, del Consejo de S.M., Obispo de ésta ciudad y su obispado, Andrés García de Coma Procurador del N^o y Audiencia de ella, le está dado y otorgado poder general y bastante para todas las causas y.....que se ofrezca a S.Ilma. y a su dignidad pertenezca" [...].⁵⁶

⁵⁵ En el pleito seguido ante el Gobernador y Justicia Mayor de Pedro Manrique, sobre tutela y administración de bienes de una menor, los demandados comparecen con Procurador en Septiembre de 1772 y no aportan el poder hasta Febrero del siguiente año (con anterioridad habían acudido al pleito saliendo a la voz, por sentirse perjudicados); en este tiempo se siguieron las actuaciones judiciales con el Procurador caomparecido.CHAN.VALL.P.A.3325.1

⁵⁶ A.H.P.S. J-1236/8

El único inconveniente procesal de ésta constancia fedataria de la existencia del poder, era que la parte contraria, al no tenerlo a la vista, no podía impugnarlo, circunstancia poco frecuente en todo caso.

En Recurso de Apelación contra Auto definitivo dictado por el Alcalde Mayor de Paredes de Nava (Palencia) en 1797 en pleito en el que se reclamaba el cumplimiento de un contrato de ejecución de obra, presenta escrito de formalización de recurso el apelante en el que pide que se le despache Real Provisión compulsoria y de emplazamiento, obligándose a presentar poder especial ya que el general para pleitos no es suficiente para comparecer en Recurso de Apelación; así se admite su obligación de presentarle en las primeras diligencias, a lo que se obliga el Procurador.⁵⁷

Aunque estas actuaciones se realizan en la Segunda Instancia, ante la Chancillería, habría que valorar la aplicación del axioma general que "si lo que vale para más, vale para menos", en la Primera Instancia ante Alcaldes Mayores y Alcaldes Ordinarios, existiría la misma práctica. Lo que si es cierto con carácter general es que los poderes deben estar bastanteados por Abogado convirtiéndose un requisito de forma en esencial para la validez del pleito. La forma que tenía el bastanteo consistía en firmar los abogados a la espalda del mismo poder. En el caso de no estar conforme el letrado contrario con la calificación de bastante, debe ser llevado el poder al día siguiente al Tribunal en el que está pendiente el negocio para que el propio órgano se pronuncie sobre ésta condición de bastante.

Este criterio continuaba plenamente vigente cuando **Escolano de Arrieta** confecciona su "Práctica del Consejo". Al describir el trámite ordinario ("Fórmula General llamada La Ordinaria") para el seguimiento y sustanciación de los pleitos.

⁵⁷ A.CH.VA. Pérez Alonso, 3581-3

Es explícito en cuanto a la obligatoriedad de presentar el poder con la demanda. Son los escribanos los que deben examinar éste poder, y en el caso de que no sea bastante, les está prohibido admitir la demanda. Se basa el autor en un Auto Acordado del Consejo de 16 de Enero de 1692 por el que se mandaba a los Escribanos de Cámara no admitir peticiones sin que se presente con ellas poder bastante.⁵⁸

Una vez examinado el poder del procurador y dado por bastante, se debía hacer un traslado al proceso, no se guardaba el original que lo custodiaba el escribano⁵⁹

Aunque este epígrafe se refiere al poder que se presenta con la demanda y sus requisitos relativos a este momento procesal, no hay que olvidar, como ya se ha dicho, que la primera comparecencia en el pleito podía hacerse con una narración de los hechos al juez, lo que se demandaba, y a quien se demandaba, teniendo este acto oral valor de demanda, y lógicamente en estos casos no se presentaba poder alguno.

Ante ésta situación se podían producir **dos salidas procesales**:

- El demandante podía comprometerse a comparecer posteriormente con procurador presentando éste su poder, o bien ser requerido por el propio órgano para que lo hiciera⁶⁰ en un plazo prudencial. Incluso la parte contraria podía solicitar del juez, que se le requiriera con este fin, en los casos en los que se comparecía con procurador y no se aportaba el poder, se "juraba" presentarlo de inmediato.

⁵⁸ ESCOLANO DE ARRIETA, Práctica del Consejo Real, Pág 353.

⁵⁹ VER SUPRA 2.5.3

⁶⁰ Ante el Alcalde Mayor de ISCAR se resuelve en 1750 un pleito sobre reconocimiento de censo y pago de sus réditos. Las partes comparecen con Procurador, excepto Lázaro de Blás, que comparece personalmente, después de que se ejecutó y citó de remate, y después de hacer una serie de alegaciones, hace dejación de la tierra, que se admite en cuanto no perjudica al Estado de la causa. CH. VA. P.A. 3783-4

- El pleito se seguía sin la representación de procurador por ser de poca entidad o una reclamación de pequeña cuantía⁶¹, o en los casos en los que se iniciaba como un expediente no contencioso.

Lo dicho sobre apoderamiento a procurador para presentar la demanda vale para el demandado cuando ha de presentar su contestación. Al comparecer los demandados a presentar sus escrituras se debe tener en cuenta las mismas circunstancias que para la formulación de la demanda.⁶²

La práctica venía admitiendo que si el demandado era vecino del mismo lugar en el que se seguía el juicio, no se le debía obligar a dar poder a procurador, reservándose ésta obligación sólo para los casos en que se residiera en distinto pueblo; pero el hecho de que existieran procuradores examinados en muchos pueblos y ciudades, hizo que para una mayor seguridad en la entrega de los autos se exigiera a las partes que comparecisen apoderando a un representante “causídico”.⁶³ En realidad, el hábito de comparecer con procurador, habría que buscarlo en lo complejo que podía resultar el proceso y como consecuencia encomendar su seguimiento a personas expertas.

3.2.4. Contenido de la Demanda. La acción. Requisitos.

Para la Doctrina del Derecho Común, los objetos del Derecho eran tres: personas, cosas, y acciones. Para la formulación clásica del Derecho **la acción** era un medio de pedir en juicio,

⁶¹ Ante el Alcalde Mayor de Segovia, en 1764, Miguel Chamorro comparece sin Procurador y hace relación en la que explica que con otras 4 personas paga un censo perpetuo al Convento de Santa María, y habiendo pagado atrasos acciona contra los otros censatarios su recobro. A.H.P.S. J-1027/3. Y en el expediente de dominio seguido ante el Alcalde de Villavieja, las partes comparecen por sí mismas sin procurador. CHAN.VALL.P.A.2792-3

⁶² N.R. 224

⁶³ TAPIA 68

pero sobre todo era una consecuencia del ejercicio de un derecho privado: el derecho mismo en ejercicio⁶⁴. Esta posibilidad de utilizar un medio para pedir en juicio el reconocimiento de un derecho se plasmaba en la interposición de una demanda: era así el vehículo por el que se usaba " un medio legítimo para perseguir en juicio los derechos que competen a cada uno, tanto a la cosa como en la cosa"⁶⁵ o "el medio por el que pedimos en Justicia lo que es nuestro o se nos debe, si no se presta voluntariamente"⁶⁶. En las dos definiciones se comprende la acción como medio de ejercitar un Derecho; este ejercicio se plasmaba materialmente en la demanda como una petición dirigida a obtener un pronunciamiento sobre un conflicto derivado del ejercicio de los derechos privados.

Esta formulación doctrinal de la acción/demanda no se corresponde en la práctica jurídica ni en la legislación, salvo las disposiciones dispersas de carácter privatista que contienen **Las Partidas** y **Las Leyes de Toro**. En sí misma es una construcción doctrinal basada en categorías de Derecho Común, en la que el contenido de una demanda es la misma acción que se está ejercitando como consecuencia del propio derecho del que deriva como inherentes a la persona a quien pertenece y forma parte de su patrimonio. De esta manera se configura la demanda como el vehículo a través del cual se ejercita la "acción" que a su vez supone la puesta en marcha del proceso.

Una vez definida lo que es procesalmente una demanda, y de aproximarnos a su contenido, hay que analizar "cómo" una persona que quiera ejercitar un derecho por medio de una acción debe formular su demanda.

⁶⁴ PRIETRO CASTRO, Derecho Procesal Civil, Pág.89

⁶⁵ ALVAREZ, Instituciones del Derecho Real de España en el S. XVIII, Pág, 160.

⁶⁶ SALA Y BAÑULS, Instrucción del Derecho civil de España, Pág 120

Desde los primeros tratados de Derecho del Proceso influidos por el Derecho Común⁶⁷ la **forma** que ha de tener la demanda, y sus **requisitos** se han considerado como el núcleo central del estudio del momento inicial del proceso

En el **prólogo del Título 2 de la Partida 3**, se empieza diciendo que el demandante debe saber a quien dirige su demanda, qué quiere demandar, y ante quien debe hacer su demanda, en el tiempo que la hace, que derecho quiere ejercitar y finalmente la forma que debe tener la demanda.

La Nueva Recopilación (4.2.4.), recoge una ley dada en 1503 por los Reyes Católicos en Alcalá de Henares, donde se dispone que en la demanda se determine con certeza la petición del actor, especificando lo que pide: propiedad, posesión o ambos derechos; si se piden bienes raíces debe decir donde están y fijar los linderos (recoge a su vez una Ley de Partidas). En cuanto a los muebles y semovientes, se exige que se fijen los límites y las características. Las demandas que no contengan **la certeza o fijación de lo pedido**, pueden ser rechazadas. Aunque la ley dice que no se admitan y se rechacen "hasta que se pongan cierta", lo que en un principio puede interpretarse como la posibilidad de subsanar un defecto formal, no es así: la subsanación de un defecto en una petición documental debe llevar implícita dos circunstancias:

- Que el defecto sea de carácter formal y no afecte el fondo de la petición

-Y que el defecto no impida la admisión de la petición; consecuentemente la subsanación implica un acto de conocimiento y voluntad del juzgador, que admite el documento condicionando su efectividad a que se subsane el defecto.

La única excepción a la norma general de especificar lo que se pide es la de los **juicios universales** y los casos en que sea imposible la determinación, y siempre que se jure la

⁶⁷ "La Margarita de los Pleitos" de MARTINEZ DE ZAMORA, 1263

imposibilidad de saberlo.

La mayoría de los autores prácticos, cuando explican los requisitos que debe tener una demanda para su validez siguen la exposición del Derecho Común, para ello enumeran una serie de circunstancias que resumen en el siguiente **axioma**:

QUIS, QUID, CORAM QUO, QUE IURE PETATUR, ET A
QUO ORDINE CONFECTUS QUISQUE LIBELLUS HABET.

1º. Quien pide y a quien se pide.

La fijación de quien es la persona del demandante, se exige para saber si el que demandada es persona legítima para comparecer en juicio y no está incurso en causa de incompatibilidades. La fijación de la identidad, circunstancia de la que los autores no mencionan nada, se hacía encabezando con el nombre y apellidos y la vecindad del que demandaba.

Normalmente las partes comparecientes se identifican con un solo apellido, aunque también pueden aparecer con los dos⁶⁸. Mientras que de las partes se hacen constar uno o dos apellidos, en los encabezamientos de los despachos librados por Alcaldes Mayores y Corregidores, se hace una prolija relación de apellidos, títulos y cargos. Los procuradores es frecuente que aparezcan con dos apellidos, lo mismo que los escribanos, aunque en los autos simplifican haciendo constar sólo un apellido: "Escribano: Monedero", "Escribano: Zamora".

La referencia a Oidores no es tan complicada como la de los Alcaldes, solo se les antepone " Señor Don" al nombre y dos apellidos, en la mayoría de los casos; algunas veces se le llama "licenciado". No se incluyen datos de filiación, únicamente referencias al estado civil

⁶⁸ Autos de Concurso de acreedores de los bienes de Pedro Gómez Chamorro, A.H.P.S. J-1188/2; Gabriel Pedril García, como apelante del auto definitivo de deshaucio y Bernardo Alaiza Ortega y Lara, Ch. VALL. P.A. 3782-3

en dos aspectos: **la edad y el matrimonio**. Así se hace constar la condición de menor edad (de menos de 25 años) y si se está sujeto o no a Curador⁶⁹; en el caso de que el demandado sea menor, se debe dirigir la acción contra el padre o tutor, en su defecto contra el Curador, y no teniéndolo se le debe nombrar⁷⁰. En cuanto al dato del matrimonio se hace referencia a esta circunstancia en los casos en que litigaba la mujer casada con autorización del marido para actuar en nombre de su conyuge. El nombre del marido aparecería algunas veces, sobre todo en el caso de que la mujer fuese viuda.⁷¹ En cualquier caso la mujer puede actuar por sí misma cuando litiga contra el marido en reclamación de su dote Tampoco era frecuente que apareciese en la primera parte de la demanda el lugar de naturaleza, aunque sí se hacía constar la vecindad de las personas. A los registros parroquiales se acudía para acreditar parentesco o premoriencias pero no para la personalidad de la que deriva la legitimación. La vecindad era una circunstancia procesal de la que derivaba la competencia del juez que tenía que conocer de la causa, de ahí que resultase un dato que se hacía constar en cuanto a la identificación de las partes procesales.

Vecinos son los que **viven y moran la mayor parte del año** con su familia en el pueblo y su término. Es el medio legal de establecer su domicilio, y de ahí el juez que puede conocer de la causa, siguiéndose para determinar la competencia el fuero del reo.

⁶⁹ "Andrés Ramos Barreno, en nombre de Angel Manso, vecino del lugar de Anaya de esta Jurisdicción, por sí y como tutor y curador, de la persona y bienes de María Ana Manso, natural de él e hija de Pedro Manso." A.P.S. J-1188/2.

"Manuel Diaz de Quiñones, en nombre de María Borregón, soltera, mayor de veinticinco años, no afecta a Curador[...]. Idem.

⁷⁰ BERNÍ Y CATALÁ , El Abogado Instruido, Pág. 93.

⁷¹"Antonio Garcia Vizcainos, en nombre de Manuel Cristobal Redondo, Manuel Palomo como marido y conjunta persona de Mª Antonia Redondo [...] vecinos todos del lugar de Aguasal de esta Jurisdicción (Olmedo) CHA. VA. P.A. 3782-4.

"Manuel Rodriguez Amurrio en nombre de María Gómez viuda [...]CHA. VA. P.A. 2791.

El término **vecino** implica la conexión entre una persona y un lugar; determina la participación en cargas o privilegios de un municipio, así como la sumisión a las leyes y tribunales del territorio de localización. Tenía por tanto la vecindad un doble carácter: el del control tributario y el factor de determinación de jurisdicción a efectos de realengo o señorios. El hecho cierto es que la condición de vecino de un municipio o lugar, unida al nombre y apellidos eran los únicos datos que servían para identificar a demandantes y demandados. Además, no sólo hace falta que en la demanda conste la vecindad del demandado a efectos de fijación de fuero, si no que también es necesario que conste el vecindario del actor a efecto de demanda reconvenional. Aquí la vecindad del actor/demandado **reconvenional** es determinante para fijar el fuero y la competencia.

Aunque el **domicilio** no es imprescindible en este momento procesal, conviene precisar que en los pedimentos procesales no se hacía constar el domicilio de los actuantes; no era necesario ya que la localización la hacía el escribano en su casa o habitación en las localidades pequeñas. En las ciudades, al exigirse la comparecencia en juicio por medio de procurador, el escribano, en caso de tener que hacer alguna diligencia en casa de alguna de las partes, testigos o peritos el procurador le conducía hasta el lugar concreto.

2º.- Cosa que se pretende y que debe contener la demanda

Como ya se ha dicho más arriba, la fijación del petitum se entiende como un requisito de esencialidad. En **Las Partidas** se motiva esta exigencia porque de otra manera no podría responder con certeza el demandado, ni el juez dar su sentencia⁷². Tanto las disposiciones de **Las Partidas** como las de **La Recopilación** son exhaustivas en regular las circunstancias que se

⁷² P.P. 26.2.3.

deben señalar para que los bienes reclamados queden bien fijados, delimitándolos e identificándolos. Para ello enumera los distintos bienes reclamables, objeto de obligaciones, según la doctrina clásica del Derecho Común:

-bienes raíces , localización y linderos, con expresión si lo que se pretende es la propiedad o la posesión. En éste caso se ha de hacer constar la fecha del despojo. En pleito tramitado entre 1708 y 1723 ante el Alcalde Mayor de Olmedo sobre evicción y saneamiento de la venta de unas tierras, al contestar a la demanda la parte demandada alega que la demanda no está puesta en tiempo y forma: en la demanda faltan por especificar cabida y linderos de las tierras [...] y el libelo conforme a derecho debe contener cosa cierta y no ser oscuro; la demanda debe ser repelida porque no especifica quien le desposeyó de sus tierras⁷³

-bienes muebles, se debe decir peso, calidad y cantidad; especie medida, color de la tela o paño y hechura si es vestido.

-los bienes semovientes se identifican por su naturaleza, sexo edad, color y especie.

-si lo reclamado es cofre o maleta cerrado y con contenido, no hay obligación de individualizarlo todo.

- en la misma situación está la reclamación genérica, sobre herencias, cuentas de bienes o daños.

- En el caso de que se demandase lugar, castillo. villa o aldea, debe nombrarse.

- si lo demandado es cosa de peso o medida, es bastante que se jure que no conoce con certeza, a cuanto asciende, con la condición de que a lo largo del pleito se aclarará⁷⁴

⁷³ CH.VA. P.A. Fe. 3782-4

⁷⁴ TAPIA, Ob. Cit. Págs. 50 y 51.
PP. 15 y 25.2.3.
N.R.4.2.4.
No.R. 4.3.11.

3º.- El nombre del Juez al que se acude.

El nombre del juez al que se le presenta la demanda es el dato que determina ante que juez se formula la demanda y en consecuencia se está interponiendo la acción. De esta determinación depende la fijación de la competencia y la jurisdicción, ya que el actor debe seguir el fuero del "reo", y demandarle ante el juez de su domicilio como competente para conocer de la reclamación: no debe ser condenado ni absuelto sino por aquel a cuya jurisdicción está sujeto. El error de este requisito posibilita al demandado para plantear la cuestión de competencia por jurisdicción declinatoria.⁷⁵

Teniendo en cuenta que el nombre del juez lo conoce el demandado por el emplazamiento o citación que se hace por orden suya, este mecanismo viene a suplir el nombrar al juez en la demanda,⁷⁶ observándose así en la práctica. Genéricamente se comparece ante "V.Md." ("Vuesa Merced"), y es el hecho material de la presentación del pedimento en un Oficio concreto de escribano adscrito a un Alcalde Mayor u Ordinario, o Corregidor, lo que está implícitamente señalando el juez ante el que se presenta la demanda. Únicamente puede dirigirse la demanda al Alcalde o Corregidor de una ciudad, pero en ningún caso se especifica el nombre de la persona. Por otra parte, el dirigir la demanda contra un juez concreto para que falle sobre una petición, supone por parte del demandante el reconocimiento de la jurisdicción. En la práctica nunca se nombraba al juez, sólo el cargo.⁷⁷

⁷⁵ TAPIA. Ob. Cit. Pág. 51.

⁷⁶ SALA. Ob. Cit. Pág 184

⁷⁷ En la práctica no se nombre al Juez, solo el tratamiento: VD, VMd. Excelentísimo, Alteza, o Majestad según el órgano. BERNI CATALA, Apuntamientos, Pág. 19.

4º.- El actor no debe pedir más de lo que se le debe.

Según **Las Partidas**⁷⁸ hay cuatro maneras en que los demandantes pueden excederse en su petición:

1- cuando se reclama más cuantía de lo que se debe, o lo que el demandado no está obligado a dar.

Esta posibilidad de excederse en la cuantía quedará desvirtuada al tener que juzgar el juez según la verdad resultante de los autos.⁷⁹

"que los jueces que conocieren de los pleitos, y los hubieren de librar, los determinen y juzguen, según la verdad que hallaren probada en los tales pleitos".⁸⁰

El mismo autor insiste en esta desvirtuación basándose en que en las peticiones se incluye una cláusula de estilo que salva la no fijación de la cuantía en la iniciación del pleito, posibilitando la justificación a lo largo del mismo:

"Salvo justa cuenta, protestando abonar lo que se justifique haber pagado el reo"

Por tanto, valdrá la sentencia en lo que se pruebe que se atiende a la verdad⁸¹; y en el caso de que se pidan también los frutos sin deberse, no se considerará la demanda defectuosa por

⁷⁸ P.P. 42.2.3.

⁷⁹ BERNI Y CATALÁ. Apuntamientos sobre Las Leyes de Partidas,3. Pág 20.

⁸⁰ N.R. 10.17.4.

⁸¹ PP 43.2.3.

exceso de la petición, ya que los frutos se consideran accesorios.⁸²

2º-cuando se pide más de lo que es justo por razón de la causa o manera. Es el supuesto en que la obligación del demandado consista en dar al actor de dos cosas la que el eligiere o señalara, y la elección la hace el demandante. En caso similar se estaría cuando la obligación fuese genérica y el demandante pretendiese cosa determinada.⁸³

Debe tenerse en cuenta el actuar engañoso en la constitución de las obligaciones para luego reclamar en juicio. En este caso, si el demandado puede probar el engaño, debe ser absuelto, y el actor no es objeto de pena si reconoce el engaño y se tiene por pagado.⁸⁴ Además, el engaño para obligar a pagar a alguien más de lo que debe es propiamente usura.⁸⁵

3º-Hay exceso de petición por razón del tiempo en dos casos:

a) cuando se formula demanda "en tiempo que no se debe", es decir, cuando se pide en el prohibido⁸⁶. No se puede poner demanda en días de fiesta ni llamar a los labradores en época de labranza o de cosecha.⁸⁷

Se deben tener en cuenta los días no feriados o las excepciones específicas por razón de la gravedad o de la urgencia: dación o remoción de tutela, petición de alimentos cuando el solicitante es indigente; dar a la viuda pobre posesión de los bienes del marido; justificación de la menor edad y apertura de testamento, entre otros supuestos.

⁸² TAPIA, Ob. Cit. Pág 52

⁸³ TAPIA. Ob. Cit. Pág. 52.

⁸⁴ PP 44.2.3.

⁸⁵ BERNI CATALA. Apuntamientos. Pág 20.

⁸⁶ Ibidem, Pág. 51.

⁸⁷ JORDAN DE ASSO, Instituciones, Pág 283.

Como se deduce de la enumeración a título informativo que hace **Tapia** (y que a su vez se remite a **PP 35.2.3.**), la supresión de la prohibición de actuar en pleitos civiles en días feriados, se refiere a reclamaciones específicas: son no contenciosas, y en ellas está latente una necesidad de resolver con urgencia una situación gravosa para personas especialmente desprotegidas a las que la demora en la actuación (el juez en muchos de estos supuestos puede actuar ex officio) puede causar un perjuicio.⁸⁸

b), Cuando se solicita el pago de una deuda dentro del plazo de su vencimiento, o de la condición estipulada: el demandante no debe ser oído antes de plazo al mismo tiempo que soporta las costas.⁸⁹ A esta regla también se admiten excepciones, como el empobrecimiento o la posibilidad de disipar legítimas, de perecer hipotecas: excepciones influidas por el mismo criterio que las enumeradas en el párrafo a): urgencia y necesidad.

4º Si se pide más de lo justo por razón del lugar. Son aquellos casos en que el demandado no está abligado a pagar o a entregar en aquel lugar en que se demanda, salvo que no se le encuentre en el lugar de su domicilio, en cuyo caso puede ser reconvenido del cumplimiento de la obligación en cualquier lugar que se le encuentre, para que el acreedor no pierda su deuda por su actividad maliciosa.

En el caso de demanda hecha en lugar distinto del que se debe, da origen a que el actor esté obligado a resarcir al demandado en el triple de los daños y perjuicios que le hubiese

⁸⁸ En los autos de inventario y concurso de acreedores formados a los bienes que quedaron a la muerte de Pedro Gomez Chamorro, del Lugar de Miguel Ibáñez y tramitados ante el Alcalde Mayor de Segovia entre 1772 y 1778, en la venta pública de sus bienes se especifica: "la cual dicha almoneda se hizo en tres días de fiesta continuos, según constumbre". A.P.S. J-1188/12.

En los autos seguidos por denuncia de obra nueva ante el Alcalde Mayor de Zamora, y en su fase probatoria, se habilita un día para la práctica de la prueba pericial, a instancia de la parte que la propone por no poder comparecer el perito señalado en el día y hora que en principio el Juez había fijado. CHAN. VALLA. 2791-2.

⁸⁹ P.P. 45.2.3.

causado⁹⁰

En el caso de que el actor, al formular su demanda no tenga en cuenta estos requisitos, actuando por dolo, no por error, debe ser condenado en costas y perder la deuda principal, siempre que no modifique su demanda antes de la contestación o no se aparte de lo que pidió de más. Las consecuencias en los supuestos concretos son:

- cuando se pide más de lo que se debe, si hay fraude, pierde la deuda. Si no, sólo tiene que abonar los daños y costas que causó al demandado, o lo que reclamó en exceso, pudiéndose condenar al demandado en la cantidad que realmente debe.⁹¹

-el que pide antes de plazo no puede ser oído, y al juez le cabe la posibilidad de alargar el plazo.

- el que pide en otro lugar o excediéndose en el modo, debe pagar al demandado el triplo del daño causado.⁹²

Para el **Conde de la Cañada** , en evitación de más de una instancia para resolver un conflicto, el juez debe suplir los defectos, dictando sentencia como si el actor no hubiese hecho su petición defectuosa:

"persuade la verdad y buena fe que el juez supla tales defectos, concibiendo su sentencia en los mismos términos, en que lo haría si el actor no los hubiese padecido, y condenando al demandado a que restituya la cosa que había comprado, en menos de la mitad del justo precio"⁹³

⁹⁰ P.P. 45.2.3.

⁹¹ JORDAN DE ASSO, Instituciones, Pág. 283.

⁹² TAPIA Ob.Cit. pag. 53. nota a pié de página

⁹³ CONDE DE LA CAÑADA, Instituciones prácticas de los juicios civiles. T. 1, pag. 31.

5º Derecho y razón por la que reclama y documentos para obtenerla en juicio.-

El actor debe cuidar el valorar como puede probar en juicio lo que quiere demandar, en el caso de que la otra parte se lo niegue, utilizando para ello testigos y documentos.⁹⁴ Si de lo aportado se deduce que el actor no tiene acción para pedir, se le debe declarar que no es parte en el procedimiento. Cuando la tenga, si el demandado se la niega, puede ser considerado litigante de mala fe condenándole en costas,⁹⁵ aunque para ello deberá probar la parte demandada la excepción formulada

Estas costas se evitarían en el caso de que probase su derecho a pedir o en el caso de que los testigos sean posteriormente tachados. Todo se tramitará como un **artículo de previo pronunciamiento**.

Cuando dos personas demandan a otra, el juez debe oír en primer lugar al demandado en aquella demandada por la que se emplazó primero, y en el caso de que se les emplazase a un tiempo, debe escoger al que le parezca que tiene mejor derecho.⁹⁶ Esta elección del Juez, en base a criterios de derecho, supone en realidad una valoración de la petición inicial con carácter previo a lo que del propio pleito se deduzca.

La persona que presenta una demanda ante un juez, tiene que acompañarla de los documentos en los que está apoyado su derecho, si es que dispone de ellos. Ciertamente es el

⁹⁴ P.P. 39.2.3.

⁹⁵ A la demanda en caso de corte reclamando la viuda parte de los gananciales, contestan los demandados y herederos del marido con una excepción de falta de jurisdicción; se da traslado y alega la demandante que la pretensión contraria era dilatoria y maliciosa, [...], pidiendo que se mande contestar derechamente. Dado traslado, los demandados insisten en su petición. Visto por la Sala, por auto, **se mandó contestar derechamente a la demanda** CH.VA. P.A. 3558-1-

⁹⁶ JORDAN DE ASSO, Instituciones, pag. 283

momento de hacer la demanda aquel en el que deben acompañar estos medios de demostrar que la acción que se está ejercitando tiene una base real.

Sobre los documentos se hablará más concretamente al tratar la prueba documental, pero en lo que se refiere al hecho de su aportación material, ésta se hace en el momento inicial, conjuntamente con la demanda y el poder. Así en un pleito de tenuta aparece un certificado del cura de la iglesia de San Miguel de Madrid sobre la defunción del marido de la demandante y el documento original o ALVALÁ, de constitución del mayorazgo, fechado en 1426,⁹⁷ y un pleito sobre tutela de una menor, con la demanda y el poder, la actora presenta una certificación del acta del segundo matrimonio de la madre de la niña, hecho que es el motivo en el que basa su petición⁹⁸

6º.- Requisitos de forma. La estructuración de una demanda en base a los requisitos de su contenido, se plasma en la realidad formal de la petición. Cuando se habla de requisitos de forma deben ser valorados dentro del criterio general de formalidades en los pleitos⁹⁹. En la práctica se resume como una conveniencia que facilita la instrucción y conocimiento del juez y de las partes.

Siguiendo el esquema de los requisitos estructurales, deben considerarse como formalmente exigibles los siguientes datos:

-, nombre del juez, que en la práctica del período estudiado, se traduce en una invocación genérica de comparecer y decir ante el juzgador.

-nombre y vecindad civil del demandante y demandado a afectos identificativos.

⁹⁷ A.H.M. CONS. 30.074

⁹⁸ CHAN. VALL. P.A. 3325-1

⁹⁹ VER SUPRA 1.3.2.

-lo que se pide: cosa, cantidad, hechos.

-causa o razón por la que se pide.¹⁰⁰

Cómo se demanda en la práctica se deduce del contenido de los pleitos. Partiendo de que el primer requisito formal (nombre del juez) que mencionan los autores, se elimina en la práctica, veamos como se estructura formalmente una demanda.

Estructuración formal de la demanda

Se encabeza con el nombre de demandante o demandantes, ya comparezcan por sí o por procurador. Ante el Alcalde Ordinario se podía comparecer personalmente, pero ante Alcaldes Mayores y Corregidores, se hacía por procurador, aunque también se podía hacer la primera comparecencia personalmente y luego apoderar.

- Antonio Bachiller, vecino de Villacastín, ante Vmd. (Alcalde Ordinario), comparece y dice (CH.VA. P.A. Fe. 3782-3)

- Carlos Diego, en nombre y con la protesta de presentar poder caso necesario de Gregorio Calderón, Padre Granero y apoderado del monasterio de San Zoilo Extramuros de la Villa de Carrión, ante Vd. comparezco y digo. (CH.VA. P.A. Fe. 3581-3)

- Manuel Benavente, en nombre de Pedro Sobrino, Vecino de Fuente, como heredero de Pedro Sobrino, ante el Alcalde Mayor de Olmedo comparece y aporta poder(CH.VA. P.A. Fe. 3782-4)

- Antonio de Lezcano, en nombre de Cayetano de Prado, vecino del lugar de Cojeres, Jurisdicción de la Villa de Iscar, como marido y conjunta persona de Josefa Gómez, digo (CH.VA.P.A. Fe. 3783-4).

Como se ve, la identificación del demandante se suele limitar el nombre y apellido o apellidos, y el lugar de vecindad; salvo excepciones, la vecindad coincide con el lugar de

¹⁰⁰ GOMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 58.

naturaleza, ya que hay casos en los que expresamente se hace constar que es natural de..., estante en.... Salvo en aquellos casos en que la legitimación derive de relaciones matrimoniales o paterno filiales, aparece expresa la razón de parentesco, como marido, viuda, madre, tutor o curador. Al estar la capacidad de comparecer en juicio para limitada a las mujeres y a los menores de 25 años, las circunstancias de edad y matrimonio deben aparecer explícitas en la iniciación del pleito, tanto para que haga el juzgador la valoración de las modificaciones de la capacidad procesal, como para conocimiento del demandado y sus posteriores y posibles excepciones

Después de relacionar las circunstancias del actor, y "DECIR", se ha de hacer una narración de los hechos en que basa su petición:

"que en los treinta de noviembre del año pasado de setecientos noventa y cuatro, Blas Vazquez, vecino de esta villa se obligó con su persona y bienes habidos y por haber en debida forma, y por escritura guarentigia con fuerza de reconocida, a dar y entregar el citado Monasterio la cantidad de ladrillo de alzar, solar y jabonero, que necesite para la obra empezada, a los precios, con las condiciones y circunstancias estipuladas, en la contrata firmada de puño y letra de referido Blas Vazquez, que con la debida solemnidad presentó y juró con las cuentas y recibos a su continuación firmados por el mismo de las diferentes partidas de dinero, y otros efectos que se le han entregado en cuenta de la obra, de donde resulta que en los 18 de marzo del corriente año tiene percibidos de más 712 reales de vellón, sin embargo de lo cual, y de acreditarse de la sexta condición de la insinuada contrata, que para puntual cumplimiento de la obligación mencionada que comprende, haya de trabajar dicho Vazquez sin cesar, permitiéndoselo el tiempo, con las personas precisas y sin interrupción todo el año, de modo que por su culpa no padezca atraso la obra del monasterio, sujetándose a todos los daños y perjuicios a regulación del maestro de ella [...]"¹⁰¹.

Los hechos en los que se basa la demanda, deben narrarse sencilla y claramente, señalando la cosa que se pide de un modo cierto para que se pueda identificar, poniendo al demandado en su conocimiento a efectos de la contestación.¹⁰² En la práctica así ocurre, pues realmente en la demanda se hace una narración de los hechos sin que adquiera este escrito el carácter de

¹⁰¹ CH.VA. P.A. Fe. 3581-3

¹⁰² CASTRO, J.F. Discursos críticos, Pág.27

alegación jurídica.

En algunos casos, a los hechos siguen las razones de fondo:

"gravando el terreno que corresponde a mí parte con la expresada servidumbre, y otras contra la posesión, en que mí parte está de ser libre dicho terreno, y de la acción de prohibir al citado Diego la entrada con carros cargados[...]¹⁰³

Las primeras y segundas alegaciones

Es importante valorar esas argumentaciones que aparecen en las demandas, y en general, en todas las alegaciones que se forman en la primera fase del pleito, que se llama precisamente de alegaciones. En primer lugar, llama la atención la escasa argumentación jurídico-legal y de referencia. Se utilizan axiomas y razones jurídico doctrinales, con muy poca referencia a leyes o jurisprudencia. Dentro de lo que estamos denominando fase de alegaciones (desde demanda hasta el auto o sentencia de recibimiento a prueba), se pueden ver dos tipos de alegaciones iniciales:

A) las de la demanda y contestación y en su caso reconvencción.

B) los escritos posteriores.

A) Los escritos iniciales. Se hace solamente una narración de los hechos, y la argumentación jurídica suele ser más escueta y sin vertebración.

B) Los escritos posteriores. En estas segundas alegaciones, que vienen a reflejar las iniciales se mantiene una estructura jurídica: **las razones**, aunque no se enumeran, sí se diferencian unas de otras, separándose por el término "**lo otro**", y gráficamente se distinguen por líneas trasversales //.

¹⁰³ CH.VA. P.A. Fe. 2791-2

En este núcleo central de los escritos se habla de contratos y obligaciones, de otorgamiento de escrituras, facultades contenidas en el poder, agravios, valoración de declaraciones previas y requerimientos. Se menciona la justeza y nulidad de resoluciones judiciales de referencia, y de los títulos esgrimidos. Se toma la costumbre como base "no es costumbre desahuciar a nadie, no perjudica a mí parte no haber salido al desahucio"¹⁰⁴. Se argumenta por la malicia o la mala fe. Se habla de posibilidad indemnizatoria por daños dilatorios. De las intenciones de las partes "mi parte no se niega a liquidar ni a cortar a la acción de daños y perjuicios"¹⁰⁵. Se excepciona falta de jurisdicción en la contesatación, defectos de forma en la demanda, conforme a derecho "para que la acción de evicción competa al comprador, debe hacerse saber la existencia del pleito, antes de estar conclusos para que pruebe dentro del término de prueba"¹⁰⁶. Se mencionan ideas genéricas "la culpa siempre debe ser nociva al que le conste y no a terceros"¹⁰⁷. Se piden condenas de frutos y rentas, se alega la prescripción de acciones ejercidas y la transmisión hereditaria. Se exhiben títulos para usufructuar y arrendar; se habla de posesión natural y posesión civil; se excepciona la mala fundamentación de la demanda, la falta de legitimación activa y pasiva. Se formula el allanamiento a la petición; se pleitea por censos e hipotecas. Se intenta demostrar la propiedad, o la nulidad de una diligencia de deslinde. Se tiene en cuenta la condición de heredero, el apartarse de la dote o traerla a colación "por disposición de Derecho y terminante Ley Real", así como la premoriencia. Se

¹⁰⁴ CH.VA. P.A. Fe. 3782-3

¹⁰⁵ CH.VA. P.A. Fe. 3581-3

¹⁰⁶ CHAN. VALL. P.A. Fe. 3782-4

¹⁰⁷ Ibidem.

valora la herencia como juicio universal. "Son sutiles reparos las censuras que me objeta la contraria". Se apoyan las partes en la buena fe. "Es sentada práctica legal" y "se fundan no sólo en reglas de derecho sino en las que dicta la equidad". "Según la consentida regla de derecho de aquellos que a muchos toca, por todos se debe consentir y aprobar". Servidumbre, legalidad de las fianzas. Identificación de los bienes inmuebles, maliciosidad de las demandas. Basarse en derechos perpetuos. Valor de la sentencia compromisoria. Obligación de pago legítimo. Deuda cierta, líquida y determinada. Validez de las diligencias de ejecución del Juez de Comisión. Venta confesada y notoria con entrega de precio. Enervación de contrato. El consentimiento como perfección del contrato: la escritura no es sustancial.

Esa enumeración de alegaciones forma parte del núcleo del escrito alegatorio; la parte final la constituye el petitum: "PIDO". Petición que en cuanto a su contenido se puede desglosar en tres núcleos fundamentales:

1.- La admisión del pedimento.- En los escritos de demanda y contestación, la admisión implica la puesta en marcha de la mecánica procedimental, y aunque no se pida expresamente, en este momento la admisión supone que el demandante se constituye en parte.

2.-Que se resuelva conforme a lo pedido, con carácter genérico. No se concreta en el tramo final del escrito lo que exactamente se pide, simplemente se remite a lo alegado como toda petición formal.

3.-La práctica de diligencias como consecuencia de la admisión de lo alegado (que se libre despacho, que se dé comisión, que se recojan las diligencias).

Finalmente, de la estructuración general de los pedimentos iniciales alegatorios se puede establecer el siguiente esquema documental:

* encabezamiento con los datos personales.

* comparece y dice:

-narración de los hechos

-consecuentemente lo que se pretende.

* argumentos de hecho y de derecho en que se basa la petición.

* petición final que se remite a lo argumentado y a lo solicitado en la primera parte del documento.

En cuanto a la argumentación, en general, es de carácter lógico-jurídico, con referencias a los hechos y antecedentes más que a las leyes. Únicamente aparecen referencias doctrinales y sobre todo axiomáticas. En cuanto a **la causa o razón por que se pide**, Berní y Catalá¹⁰⁸ aclara a la ley de **Partidas 40.2.3.** que la razón se debe plantear como un silogismo: "en la [premisa] mayor el hecho claro, en la menor lo que se pide con la razón jurídica; en la consecuencia la reconvencción extrajudicial, y consecuentemente se pide la condena". En la práctica, el contenido de la condena está implícita en la premisa mayor:

"Pedro Prieto [...] DIGO: que sin embargo de cuanto siniestra y voluntariamente expone y aduce, y desestimando la pretensión de su figurado derecho Vm. en justicia, y esta mediante se ha de servir declarar, que el mencionado Juan Blanco, ni tiene acción alguna ni le asiste el menor derecho a la parte que pretende que le toca por su difunta madre Matea Prieto, y que yo le estoy poseyendo y gozando pacíficamente, como mío propio y con justa causa y título por lo que debo ser mantenido y amparado en su posesión, dominio y pertenencia"¹⁰⁹

¹⁰⁸ BERNI Y CATALÁ, Apuntamientos, Pág.19.

¹⁰⁹ CH.VA. P.A. Fe. 2792-3

La parte de la demanda que más influye en la deliberación que ha de hacer el juez para fallar y que hace más fácil que pueda tomar la resolución acertada, consiste en que se exprese y se fije la causa o título de donde procede o nace la acción "porque determinándose el contrato o medio por donde se ha adquirido [la acción], más fácilmente lo pudiese después probar, y más de cierto puede ser dado juicio sobre ella" ¹¹⁰. Esta forma de pedir se consideraba como elemento fundamental de la demanda, y aunque las leyes reales removiesen las solemnidades de los juicios, para que se determinase sabida la verdad, "conteniéndose todavía en la demanda la cosa que el demandador entendió demandar"¹¹¹.

La conclusión de la demanda **es la que dá forma al juicio y determina la acción**, y es la parte dominante que debe atender en cualquier duda que haya entre la misma conclusión y la normativa del escrito¹¹². Corresponde a la parte la elección de la instancia que quiere promover, entendiéndose que la fija en la conclusión de su escrito. Pese a ello el juez no debe estar escrupulosamente vinculado por la conclusión de la demanda, pudiendo suplirla en beneficio de las partes, atendiendo a la verdad de lo que se pide y prueba.

3.2.5. La No modificabilidad de la demanda

Una vez contestado el pleito, no puede el actor sin consentimiento del demandado apartarse de él, añadir o enmendar la demanda en cosa sustancial, de tal modo que cambie la acción a otra distinta, pues para ello se necesita nueva demanda.¹¹³. Realmente no se admite la

¹¹⁰ CASTRO, Ob. Cit. Pág 27.

¹¹¹ N.R. 10.17.4.

¹¹² CASTRO, Ob. Cit. Pág. 28.

¹¹³ TAPIA. Ob. Cit. Pág 54.

modificación cuando la enmienda es tal que el demandado necesita valerse de nuevas excepciones y defensas, aunque el heredero o cesionario, en la réplica (respuesta a la contestación del demandado), puede declarar la acción, moderarla o aumentarla.¹¹⁴

Esta inmodificabilidad de la demanda en lo sustancial, es compatible con la petición alternativa, que sí se valora como un "petitum" específico. Para suplir esta posibilidad en las demandas se incluía una cláusula de estilo: "sobre lo cual le pongo formalmente la demanda".¹¹⁵ Deja abierta la intervención al heredero o cesionario para que en la réplica a la contestación del demandado pueda moderar la acción. Con ello, la réplica a lo excepcionado por el demandado tenía una justificación procesal más allá de la mera respuesta a los hechos, y es la fijación o concreción del contenido de la acción.

Tapia añade aún otra posibilidad más, que aunque queda fuera del momento procesal de alegaciones iniciales, afecta a la modificación del "petitum" (advirtiendo el autor que lo ha visto practicar en pleitos que siguió en la Corte, y es la posibilidad de hacer modificaciones en el **alegato de bien probado**), por lo justificado en la prueba, con citación de la contraria¹¹⁶. En realidad esta práctica a la que hace referencia **Tapia** se enmarca dentro del carácter de fijación de lo probado que tienen las alegaciones de bien probado, pero excediéndose de los límites impuestos por lo pedido en la demanda.

En este plano del acto procesal de iniciación, vuelve a emerger el problema de la supresión de formalidades, y la distinción entre partes esenciales (inmodificables) y no esenciales (modificables) de la demanda y el enfrentamiento entre los autores para fijar las no esenciales

¹¹⁴ HEVIA BOLAÑOS, Curia Filípica, Págs. 64 y 65.

¹¹⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 54.

¹¹⁶ Ibidem, Pág. 55

en las formalidades del Derecho Romano, o también en el Derecho Real.¹¹⁷

Dentro de este contexto, se deben admitir como modificaciones a la demanda, algunas aclaraciones que hace el actor a solicitud del demandado para poder contestar a las partes del escrito que no están claras. Sólo **Tapia** hace referencia a esta posibilidad, sin que se base en otro autor o en leyes de **Partidas** o **Recopiladas**. Añade incluso, que una vez requerido el actor para que aclare estas partes oscuras, no le corre el término para contestar, con lo que está introduciendo un trámite procesal previo que no vincula al juzgador en tanto las partes no insten.

3.2.6. Cláusulas de estilo.

La influencia del Derecho romano-canónico en la configuración procesal, a la que hay que añadir el importante peso de la práctica forense, fue una vez más el factor determinante de la instalación de fórmulas estereotipadas. Fórmulas de “estilo” que estaban adaptadas perfectamente en la forma de escribir en Derecho de los letrados del S. XVIII, y muchas de las cuales se siguen utilizando actualmente en el medio procesal. Las cláusulas de estilo actuaban como un corrector de futuro para posibles contingencias no previstas.

Los autores consideran las cláusulas de estilo muy útiles, aunque no necesarias para la validez de las demandas, indudablemente por influencia de la ya mencionada Ley Recopilada (N.R. 10.17.4.) que da validez a lo ya decidido en juicio aunque falten solemnidades, salvo que las partes pidan expresamente que se guarden, con lo que adquieren validez de esenciales¹¹⁸. Y teniendo en cuenta que lo que es lícito para el actor lo es también para el demandado, parece que sería suficiente que lo pidiese sólo una de las partes.

¹¹⁷ Ibidem, Pág. 54, nº5.

¹¹⁸ Curia Filípica, Pág. 64.

Hay que tener en cuenta que la demanda puede ser rechazada por el juez en el caso de contener expresiones superfluas y citas de leyes y autores " porque está prohibido ésto a los Abogados"¹¹⁹. "lo que hacen [los Abogados y Procuradores] es escribir en los procesos, donde simplemente se puede poner el hecho de que use el derecho"¹²⁰.

Siguiendo la exposición doctrinal clásica, estas **cláusulas de estilo** tendrían el siguiente orden:

1. "ante Vd. como mejor proceda en o haya lugar en derecho, comparezco y digo".

Con esta fórmula se pretende que la demanda valga siempre " en la forma que por derecho procede y se ha de intepretar y declarar el modo que sea más util al actor", para los pedimentos en que pretendan dos remedios, uno cierto y otro incierto se duda del competente.

2. "pongo demanda a Fulano sobre tal cosa". Más que una cláusula de estilo es una determinación esencial: se deben expresar los nombres del actor, del demandado y la cosa que se pretende. La falta de estos requisitos puede dar lugar a la no admisión de la demanda.¹²¹

En el Derecho Común (**Baldo**), ésta cláusula tenía el efecto de suplir la conclusión de la demanda, en el caso de que no se incluyese en el libelo.¹²² Se considera que según el Derecho Real no era necesaria, pues sin que haya conclusión en la demanda y aunque no se diga "pido se condene", vale con sólo decir la cosa que se pide.¹²³

¹¹⁹ N.R. 4.16.4.
No.R. 1.4.11.

¹²⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág.56

¹²¹ P.P. 40.2.3.

¹²² HEVIA BOLAÑOS, "Curia". Pág.62

¹²³ aunque [faltare] algunas que en demanda deben de ser puestas según la sutileza de Derecho N.R. 10.17.4.

3. **"y aunque varias veces le requerí extrajudicialmente me pagase o hiciese tal cosa, no lo puedo conseguir sin contienda de juicio"**. Esta cláusula debe introducirse después de narrado el hecho y acción y que sea necesaria su utilidad, y vá dirigida a obtener la condena en costas de la parte que se demanda (las originadas entes de la primera citación)¹²⁴. Reconociéndose como promesa para que pueda imponerse esta condena. No es preceptiva, mientras que la condena en costas sí lo es aunque el actor no lo pida¹²⁵

4. **"pido a Vd. habida mi relación por verdadera en la parte que baste"**. Esta cláusula está inspirada en una **Ley de Partida** (42.2.3.), que a su vez está dirigida a limitar el contenido de la demanda, para evitar que se demanden cosas superfluas, tantas que no se puedan probar. Pese a las opiniones en contra, es válido todo aquello que se demande y se pruebe, y que el juez sentenciará al demandado, en tanto cuanto está probado contra él, dándole por libre de lo que no se pudo probar. La idea es que sobre el contenido del petitum se puede fallar en cuanto se ha probado (aunque no se pruebe todo lo demandado), lo suficiente para poder dar sentencia condenatoria contra el demandado por lo probado, y absolutoria en lo no probado pagándole el actor las costas al demandado que sobre lo no probado hizo¹²⁶.

Con la cláusula "de relación por verdadera en la parte que baste", queda delimitado lo pedido a lo que del pleito resulte.

5. **"a Vd. suplico se sirva condenar a dicho fulano a que dé o pague tal cosa"**. Parece una expresión esencial a toda demanda: pedir al órgano al que se dirige el actor que condene a

¹²⁴ HEVIA BOLAÑOS, Curia, Pág. 63

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ Ibidem.

algo concreto al demandado. También tenía otra finalidad y era evitar la incongruencia entre lo alegado y lo pedido " [...] es muy conveniente para que la sentencia se arregle a la conclusión, en caso de que en ella pretenda una cosa y en el principio de la demanda refiera otra".¹²⁷ Así al Juzgador se le facilita la decisión en cuanto a la fijación de lo pedido: este acto depende del actor (o demandado en la reconvencción), por lo que se debe atener a esta conclusión. "Si se narra uno y se concluye otro, se ha de estar a la conclusión y no a la narrativa".¹²⁸ Según el Derecho Real no aparece como necesaria, pero según todos los autores es indiscutible su utilidad.

6. **"pues así es justicia que pido"**. De lo que se dice, y del lugar del libelo en que normalmente se situa (al final de la petición), parece que se invoca a la Justicia, con carácter genérico como un fin último del proceso en sí mismo. Por todo lo que ha contado, razonado y pedido, se pide que se haga lo justo. Es la interpretación desde una perspectiva actual, pero no es la misma para la doctrina. **Hevia Bolaños**, piensa que con esta cláusula se implora el oficio de juez, pudiéndose condenar de oficio aunque la parte no lo pida (se remite a **Acevedo**, "Proemium"). Además, sirve para salvar la diferencia entre narrativa y conclusión, ya que narrándose lo contrario de lo que se concluye, se ha de estar a la conclusión, pero con la cláusula **"pido justicia"**, se ha de estar también a lo narrado, " y por obrar muchos efectos esta cláusula, nunca se de ha de omitir"¹²⁹, ya que es útil, necesaria y sustancial.¹³⁰ pues puede suplir los defectos de la demanda. En consecuencia, se estan refiriendo a la aplicación de lo justo : actuación del juez ex officio, justificándose por qué por el hecho de pedir justicia, hay una intención de llegar

¹²⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág.56.

¹²⁸ HEVIA BOLAÑOS, Curia, Pág.64.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág.56.

a un acuerdo y someterse a lo que dispone el Derecho.

7. "**a cuyo fin imploro el noble oficio de VMd.**". Dice **Hevia Bolaños**¹³¹ que a fines del XVIII, ya no se utiliza en la práctica, pero piensa que al implorar que el Juez actúe de oficio viene a suplir los vicios o defectos de la acción. Para **Tapia**¹³² al incluirse esta cláusula e implorarse el oficio del juez, entran en conflicto el ejercicio de la potestad de oficio, y la autoridad del juez a la utilidad privada. Podía estar latente el viejo conflicto de origen altomedieval entre **justicia privada-justicia pública**, y por lo tanto podía perecer que con esta fórmula se pide la intervención del juez en un conflicto privado, cuando realmente lo que ocurre es que el juez actúa ex oficio, aunque sea a instancia de parte, siempre en el uso de una potestad jurisdiccional que le confiere el propio monarca.¹³³

8. "**juro lo necesario**" y "**juro no ser de malicia**". Tenía esta fórmula un carácter tan fundamental, sobre todo en las causas arduas, que si se omitía y el contrario opone su falta como defecto, no valdría la demanda, pues el juramento excluye la presunción de que la demanda es maliciosa.

En **Las Partidas**¹³⁴, se remite al juramento que han de tomar los jueces al demandante y al demandado una vez iniciado el pleito por demanda y por respuesta; la llama jura de premia, porque si el demandante no la quiere hacer se debe dar por libre al demandado. (en el caso del demandado rebelde en que lógicamente no puede hacer la jura se le debe dar por vencido)

¹³¹ Curia Filipica, Pág. 64.

¹³² Ob. Cit. Pág 56

¹³³ VER SUPRA 1.5.1.

¹³⁴ 23.11.3.

Aunque el juramento desvirtúa la presunción de que se actúa de malicia,¹³⁵ no lo consideran imprescindible los autores, sino es que la parte contraria lo pida, no viciando su falta al valor de la demanda. Se puede hacer antes o después de la contestación. Este mismo autor considera viable el juramento hecho por el Procurador que lo ha de hacer "no solo en ánimo de su parte, sino en la suya también".

La Recopilación recoge una Ley de Las Ordenanzas de Madrid de 1502 (1.6.4.) en la que se obliga a jurar de calumnia a las partes antes de dar "sentencia de prueba" sobre todo lo dicho y alegado.

El por qué de esta presunción de malicia (que solo se desvirtúa por el juramento), habría que buscarla en los motivos del legislador al introducir el juramento como un requisito esencial que dá valor de cierto a lo alegado "para que los hombres anden a los pleitos más derechamente y más con verdad". Parece que la intención es evitar los pleitos a los que aleguen hechos inciertos para fijar las peticiones como ciertas y verdaderas y evitar reclamaciones infundadas que tendrían su origen en rencillas y en la búsqueda de venganzas.

9. "las costas protesto". Afecta esta fórmula sólo a las costas causadas antes de la contestación, a las que no se podía condenar sin esta advertencia previa. La condena en las costas generadas a lo largo del pleito tiene otro carácter; aquí cabe solo la referencia a los gastos que haya tenido la demandante como imprescindibles para poder materializar la formulación de la demanda.

Si se hace una lectura de todas estas cláusulas de estilo, se obtiene una narración de lo que es formal y sustancialmente una demanda:

Se comparece ente el Juez para decir que se pone demanda a

¹³⁵ HEVIA BOLAÑOS, Curia Filípica, Pág. 64.

alguien sobre determinada cosa, después de haberle requerido varias veces antes. Se pide que lo que ha contado se tenga por verdadero, y que se condene a la persona a que pague, dé o haga; porque lo que pide es justicia, implora al juez su oficio, jurando que no actúa maliciosamente, y pidiendo las costas que todo lo que ha tenido que hacer le han generado.

Se comparece ante el juez pidiendo algo contra alguien, al que ya se la ha reclamado anteriormente, y además porque es cierto. Se pide que se le condene porque es justicia, ya que ese es el oficio del juez, además porque no se actúa con malicia. A este compareciente-demandador se le deben abonar los gastos que le haya supuesto presentarse ante el juez para formular la demanda (que al ser procesales o implicarse en el proceso se convierten en costas). Como se vé la estructura lógico-procesal está detrás de las fórmulas. En esta medida habría que entender las cláusulas de estilo como una **abstracción** de la mecánica procesal, que viene a convertirse en un refuerzo de lo que se quiere decir cuando se ejercita la acción por medio de la demanda.

3.2.7. La Cuestión de la supresión de solemnidades.

En el último tramo del periodo del Antiguo Régimen, estaba abierta la polémica entre Derecho Común y Derecho Real. En este contexto, se imputaba a la influencia del Derecho Canónico y del Derecho Romano el innegable hecho de la complicación de los pleitos, pues las formas rígidas impuestas al proceso hacían de él un sistema complejo y poco eficaz. A ello vino a sumarse la práctica con su hacer viciado y complicado, lo que hace más evidente que el exceso de las formas rituarías se había convertido en uno de los obstáculos principales para que los

pleitos resultasen un medio de resolver los conflictos.

La controvertida Ley 10.17.4. de la **Nueva Recopilación**, que está fechada en 1385, durante el reinado de Alfonso XI en Alcalá dió lugar a interpretaciones variadas sobre el problema de las solemnidades en los pleitos. La disposición está motivada **para evitar las nulidades de los pleitos**, incluso ya apelados, en base a defectos que en un principio parecen de forma:

- la demanda no está puesta por escrito, aunque esté asentada en el proceso
- no está bien formada como manda el derecho
- desfallece en lo pedido
- desfallece en cosas que son de la solemnidad y sustancia del orden de los juicios.

Todo ello da lugar a que los pleitos se alarguen causando perjuicio a las partes por innecesarias nulidades. Lo que la ley viene a establecer es que son los jueces que conocen los pleitos los tienen que juzgar y fallar según la verdad que encuentren probada, siendo válidas sus sentencias, aunque:

- la demanda aparezca sentada en el proceso, sin haberse dado por escrito
- falte en la demanda el pedimento o algunas de las cosas que deban ser puestas según la

sutileza del derecho.

- que no se haya hecho juramento de calumnia aunque esté pedido
- que la sentencia no fué leída por el Alcalde
- que desfallezcan las otras solemnidades y sustancia del orden de los juicios.

El fallo lo tomará el juez siempre que se contenga en la demanda la cosa que se pide, y estando hallada y probada la verdad de los hechos a lo largo del proceso.

A los jueces se les deja la discrecionalidad de exigir ciertos requisitos cuando las partes

así lo pidan. Finalmente se limita la nulidad de lo actuado en aquellos supuestos en que las partes piden expresamente que se guarde **substancia** de juicios y no se hace así.

A esta “extravagante” y controvertida ley se le pueden hacer algunas **observaciones**:

1º.-, aparece en un momento muy concreto del Derecho Castellano (finales del siglo XIV), por lo que su valoración debe hacerse en ese contexto histórico. Es dudoso que tuviese la misma vigencia en el S.XVIII pues la situación en parte se había modificado, o al menos se habían modificado algunas conductas procesales que habían sido la causa de que se promulgase : el criterio de los tribunales se fué haciendo más dúctil y más flexible en cuanto a las formalidades que no suponían una alteración de fondo procesal.

2º.- En cuanto a su aplicabilidad, es difícil de fijar por la ausencia de motivación en las sentencias y autos definitivos. Al no estar motivadas la resoluciones que ponen fin al pleito es difícil rastrear la valoración que hace el juzgador de lo actuado. La constancia práctica habría que buscarla en el desarrollo de la mecánica procesal.

3º.-En lo que se refiere al fondo, la ley está influida por criterios prácticos y sensatos, pero que se contradicen con los principios de escritura y formalistas que influyen el Derecho Común.

Opinión de los autores:

- El reformador de Febrero, piensa que la Ley se refiere a las formalidades o sutilezas prescritas por Derecho Romano, y no a las solemnidades que según la Leyes Reales deben intervenir en los juicios.

-Su editor, piensa que se refiere el contenido de la ley a todas la solemnidades, incluso las de derecho Real.

-Tapia, piensa que se dán en la práctica, en la doctrina y en la legislación mucha importancia a las fórmulas inútiles:

" ¿de que servirá implorar el noble oficio de juez cuando éste tiene la obligación de administrar Justicia, y le está mandado por la Ley que así lo haga atendida la verdad, supliendo la falta que pueda haber de posibles formalidades?"¹³⁶

-El Conde de la Cañada, cree que pese a esta ley se mantienen las cosas esenciales, y reconoce el valor y la eficacia que dán las Leyes Reales a la verdad y la buena fe:

" para que sean atendidas como primer objeto de los juicios siguiendo las intenciones de la partes sin embargo de algunas formalidades, que aunque se establecieron para explicar y conocer mejor las instancias no deben convertirse en menosprecio de los juicios y en daño de las mismos interesados"¹³⁷

La conclusión a la que llegan **Tapia** y el **Conde de la Cañada** es coincidente: las cláusulas que se incluyen en los escritos no tienen más valor que el práctico, teniendo en cuenta que las leyes Reales son más justas y prácticas que la doctrina.

"Los autores demasiado adictos al Derecho Romano han querido trasladar al nuestro toda la minuciosidad y rigidez de las fórmulas civiles, sin considerar que nuestras leyes, más equitativas y filosóficas en esta parte, atienden más bien al fondo de las cosas que a las meras palabras, para que se administre la justicia debidamente, así como desterraron también aquellas sutilezas de las antiguas estipulaciones tan contrarias a la sana razón"¹³⁸

¹³⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 56, nota pie de página

¹³⁷ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág 31

¹³⁸ TAPIA, Ob. Cit. nota a la página 56-57-

En conclusión, la controversia suscitada, tiene su enfoque clave en la valoración de cuales son **las solemnidades y sustancia en el orden de los juicios**, que se hacen por los autores . Lo que sí parece como cierto, es que a fines del siglo XVIII las cláusulas de estilo en las demandas se valoraban muy relativamente, como formas prácticas únicamente, sin ningún caracter de esencialidad. La controversia seguiría abierta en cuanto a otros requisitos de forma en el proceso para cuya supresión ni jueces ni doctrina se manifestaban conformes.

3.2.8.Sobre el Juramento. Es el llamado juramento de calumnia o creencia, " invocación tácita o expresa del nombre de Dios, como verdad primera e infalible"¹³⁹, y es distinto del juramento de decir verdad y del decisorio del pleito en fase probatoria. Deben hacerlo el actor o el reo al principio del pleito o después en todas la causas, no sólo en las civiles, sino también en criminales, mixtas. aclesiásticas, ya sea en primera o en segunda instancia, procediendo sumaria o plenariamente.

El contenido del juramento del actor es **afirmar que inicia el pleito porque cree que le asiste la justicia y que en su prosecución actuará de buena fé, y sin cometer engaño, molestar o calumniar al reo.** El demandado en las excepciones y defensas que utilice lo hará en los mismos términos. El juez mandará hacer este juramento a las partes después de contestado el pleito, siempre que se pidan el uno al otro: en este caso, el juramento si que es sustancia del pleito. El no cumplimiento de esta exigencia de la parte demandada por el juez, por dos veces, deviene en nulo el proceso, con condena en costas para el juez.

En el caso en que la parte no pida que la contraria jure, no convierte en nulo lo actuado.

En la práctica es raro que el juramento se pida expresamente, supliéndose su cometido

¹³⁹ Ibidem, en pág.

con la cláusula "juro lo necesario", debiéndose suprimir para evitar perjuicios, aunque se impuso como una medida práctica, para que los litigantes no oculten la verdad ¹⁴⁰

Las partes deben hacer el juramento sobre cinco cosas, que es lo mismo que los "dedos de la mano": 1), que creen tener justicia o buena causa. 2), que dirán la verdad llanamente cuantas veces se les pregunte.3), que no han prometido, ni prometerán, ni han dado ni darán ninguna cosa al juez o al escribano del pleito, más allá de lo que deben darle por razón de su trabajo.4), que no utilizarán pruebas y excepciones falsas o fraudulentas.5), que no pedirán actuaciones para dilatar maliciosamente el pleito en perjuicio del contrario.¹⁴¹

Los procuradores y apoderados pueden hacer el juramento sin poder especial, no necesitando hacerlo los representantes legales de menores e insituaciones.

Distinto es el juramento de malicia, que se hace no sobre toda la causa, sino sobre artículos o excepciones antes o después de contestada la demandada, cuando se presume que el colitigante actúa maliciosamente. A diferencia del de calumnia puede pedirse antes de contestado el pleito, y tantas veces como se presuma mala fe en la contraria, aunque sólo sobre excepciones o cuestiones particulares, y no sobre el objeto total del pleito. En cuanto a la práctica este juramento no es frecuente encontrarlo en los pleitos. Si existen declaraciones juradas como preparación a la ejecución, pero lo que implica el juramento referido: reconocer bajo juramento que no se actúa maliciosamente, no se practicaba a fines del siglo XVIII.

3.2.9. Los Formularios. En los autores jurídicos del S.XVIII predomina una intención práctica sobre la teoría. Tendencia doctrinal que comienza en el S.XVI, llega a tener en este

¹⁴⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág.58

¹⁴¹ PARTIDAS. 23.11.3.

momento mayor número de exponentes. Sus autores son juristas cuya actividad principal se desarrolla en el medio forense y las obras están dirigidas a un mejor manejo del proceso y su ejercicio. Conscientes de las dificultades que la práctica procesal lleva aparejada, es este el motivo de sus obras tal como declaran en sus prólogos.

"su objeto [de la práctica forense] no es otra cosa que enseñar a administrar rectamente la justicia en nuestros tribunales, a hacer valer en ellos los derechos de los ciudadanos: el prescribimos el mejor método de proponer a los jueces con claridad y energía sus acciones, y excepciones en sus recursos [...] de modo que mediante los trámites y procedimientos que ella enseña, se consiga una reparación las mas acertada, pronta y llevadera de los perjuicios o daños que por desgracia haya irrogado un ciudadano a otro en su persona, honor o bienes, que es la inapreciable ventaja que la sociedad principalmente nos procura"¹⁴²

Realmente se puede considerar que existen dos tendencias entre los autores:

a) autores teórico-prácticos, con su visión crítica del mundo del derecho que escriben en un intento de facilitar el ejercicio de la Administración de Justicia, para los componentes de los tribunales y para los que se dirigen a ellos. Parten de la base que el mundo del proceso es intrincado y la aplicación de las leyes complicada.

b) los meramente prácticos, que dirijan su obra a facilitar el aprendizaje de los profesionales del foro Escribanos, Procuradores, Abogados, incluso Jueces.

En la mayoría de los casos se mezclan construcciones teóricas con consejos prácticos; otras veces, se facilita el modelo procesal a seguir y a continuación se hace un comentario. En otros casos dividen la obra en dos partes, la teórica y la práctica. En los primeros hay que buscar

¹⁴² GÓMEZ NEGRO, Elementos de práctica forense, pág. 3.

las fórmulas iniciales del proceso de entre la disertación doctrinal.

Veamos algunos de los más significativos:

Elizondo. Formula primero un modelo de demanda muy simple ante el juez inferior:

"F en nombre de N. de quien presento Poder en debida forma, ante V. como más haya lugar en Derecho, digo, que F. trató con mí parte (aquí el hecho), sobre cuyo cumplimiento le pongo demanda en forma, y V. en justicia se ha de servir de condenarle a él: que así se ha de hacer por lo general, favorable y siguiente. "Se alega"

A V. pido, y suplico, que habiendo por presentado el Poder, y admitiéndome esta demanda, se sirva condenar el referido F. a su cumplimiento: Pido justicia, costas, juro,"

A continuación se dicta Auto (que no incluye en el formulario, por lo que hay que pensar que su obra no va dirigida a los miembros de los Tribunales) y el traslado; y el autor hace una serie de consideraciones sobre requisitos y contenido de la demandada, que enumera. Contiene referencias legales: Partidas y Recopilación, y Doctrinales: Menochio, Acevedo, Carleval, Castillo.

Juan y Colom, comienza haciendo comentarios doctrinales con referencia a Las Partidas y La Recopilación, no a la doctrina, para después incluir un modelo de demanda que llama "pedimento de demanda por declaración":

"F de tal, vecino de tal parte, parezco ante Vmd. y como más haya lugar en Derecho digo: que N vecino de esta Ciudad o Villa se obligó a pagarme, dar, hacer o cumplirme tal y tal cosa por tal razón, y habiéndole requerido repetidas veces para su cumplimiento, no lo he podido conseguir:: Por lo que Vmd. pido y suplico mande comparecer ente sí al dicho N, y que jure y declare al tenor de este pedimento clara y abiertamente conforme a la ley, y baxo la pena de ella; y constando por su declaración de lo referido en la parte que baste, se sirva Vmd. condenarle a que me dé, paga, o cumpla la dicha tal y tal cosa; que así proceda de Justicia que pido, con costas: juro en forma y para ello,

Juan Muñoz, después de una pequeña introducción muy simple incluye un demanda muy elemental.

"Fulano, hijo y heredero de Fulano, y fulana mis padres ya difuntos, vecinos que fueron de esta ciudad, por mi procurador, demando ante v.m. a fulano, vecino de esta ciudad, una viña que está en el pago de tal parte, linde con fulano, y fulano, y haciendo relación, digo:"

Martínez Salazar, su obra es un auténtico formulario, claramente escrita por un Escribano; sus modelos se refieren a las actuaciones de las partes y a las del órgano.

" Fulano en nombre de Fulano, y en virtud de su Poder, de que presento copia, o Testimonio, ante V.Md., parezco, y digo: que Fulano falleció bajo de tal disposición, otorgada tal día, por la que a mí Parte nombró por su Universal heredero; y así mismo declaró le pertenecian diferentes efectos, y débitos; y entre ellas, unas casas, sitas en tal parte, las que compró el mismo Fulano, como consta de Escritura, que a su favor otorgó Fulano, en tal día, que tambien presento: y es así, como en el transcurso del tiempo, y con motivo de haber estado mi parte ausente, en servicio de su Majestad, se halla intruso en la posesión de las mismas casas Fulano, sin que para ello tenga Título ni Documento alguno; y siendo, como es, en grave perjuicio de mi parte: Súplico a Vmd. se sirva haber por presentados los nominados Instrumentos ; y en su consecuencia, mandar se dé a mi parte la posesión de dichas casas; y que el nominado Fulano satisfaga los alquileres que han debido producir en el tiempo que las ha poseido, y apremiándole a ello en caso necesario, que es Justicia que pido, costas."

Berní y Catalá, En una línea muy simplista, con visos de utilidad, emplea un modelo muy simplificado, con consideraciones doctrinales sin referencias a leyes recopiladas y escasas a los autores.

" F. vecino de tal parte como más haya lugar en derecho parezco, i digo; Que S vecino de la misma por tal razón, está obligado a darme tal cosa, i como le haya reconvenido extrajudicialmente para su obtento sin poderlo conseguir, Por tanto. A usted suplico se sirva mandar al citado S. que dentro de nueve días me dé. i entregue dicha cosa, con apercibimiento de lo que huviere lugar en justicia, que es lo con costas, pido, juro."

Gómez Negro, autor mucho más crítico, coloca sus fórmulas al final de la obra. Hace una enumeración de juicios especiales muy util para conocer la diversidad de procedimientos.

" F. de tal, vecino de tal, ante V. como más haya lugar en derecho, digo, que en virtud de tal instrumento que presento, y juro a mí pertenece en pleno dominio y propiedad tal finca, de tales circunstancias, y los otros linderos &c. la cual sin derecho alguno está detentando F., y sin embargo de haberle reconvenido extrajudicialmente para su entrega, no lo ha querido hacer; por lo que a V. suplico que admitiéndome esta demanda, y constando ser cierta en tal modo o parte que baste, se sirva declarar que tal finca me toca y pertenece, y en su consecuencia condenar al expresado F. a que dejándola libre y desembarazada, me la restituya con todos los frutos y rentas habidas y por haber desde su injusta detentación; y así mismo en las costas; pues si para todo fuese necesaria, o más util otra demanda, la doy aquí por expresa con protestad de corregirla y enmendarla siempre que a mí derecho convenga, por ser justicia que pido juro &c."

Tapia, Sigue un esquema procesal exhaustivo con todas las actuaciones, las de la parte

y las del órgano

3.2.10. Demanda de Jactancia.

Existía en el sistema procesal vigente el siglo XVIII, pero que arrancaba de la recepción del Derecho Común. Era una forma especial de empezar un pleito, que aunque se denominaba "demanda" de jactancia no era una demanda propiamente dicha. Dice la ley 46.2.3. de **Las Partidas**, que en aquellos casos en que alguien habla de otra persona imputándole algo incorrecto, puede acudir al Juez del lugar, para que obligue al que habló a que haga demanda sobre ello en juicio, y que las pruebe o que se desdiga de ellas, y que le haga tal enmienda como el juzgador entienda que se necesita. Si no compareciere y se constituyese rebelde, el demandado de jactancia queda libre.

En la demanda, el actor de jactancia dice que ha tenido noticia que alguien persona concreta de la vecindad, "anda jactándose" de tener que poner a mi parte pleito sobre alguna cuestión, y como no es justo que continúe semejante jactancia, pide: que se le admita información que ofrece, y una vez dada, se mande hacer saber el referido, para que dentro del breve y perentorio término que se le señale, use de su derecho; y apercibiéndole que en caso contrario se le impondrá perpetuo silencio¹⁴³.

Juan y Colom¹⁴⁴, fija más allá del ámbito civil la posibilidad de interponer demanda de jactancia, ya que se puede intentar contra el que "vá publicando tener derechos o acciones criminales contra otro". En el modelo de demanda que incluye hace mención a la **difamación**, por la que se le sigue notable perjuicio; incluye también la petición de información sumaria por

¹⁴³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 311.

¹⁴⁴ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 102.

medio de testigos, y que la información se le notifique al demandado, fija el plazo de nueve días para que deduzcan los derechos y acciones que pretenden tener contra el actor: se le ha de apercebir que una vez pasado el término" se le impondrá silencio perpetuo y callamiento perdurable en razón de cualesquiera acciones, derechos pretensiones que contra mí pueda y pretenda tener"¹⁴⁵.

Sin dar traslado de la solicitud se manda dar la información, y si de las declaraciones se deduce la jactancia, se dá traslado al jactancioso, para que en nueve días deduzca la pretensión que se le exige.

Estas actuaciones procesales que los autores llaman de jactancia están a medio camino entre un expediente no contencioso y las diligencias preliminares de preparación al juicio. Realmente no es una demanda en sentido estricto porque no contiene alguno de sus requisitos esenciales:

- no se ejercita una acción propiamente dicha
- no se pone en marcha la mecánica procesal dirigida a obtener una resolución judicial de fondo.

Tampoco es exactamente una preparación para el juicio, ya que la instancia se deja a la voluntad del "demandado jactancioso", de forma que si no actúa se dá firmeza a la situación de fondo, impidiéndoles que interponga reclamaciones judiciales posteriores. Realmente, el contenido de la petición, que no demanda propiamente dicha y para lo que se pide la intervención judicial es la provocación de un pleito, para fijar y aclarar una situación de hecho que se pone en duda. Las posibilidades de resolver esta situación son dos:

- en el caso de que el jactancioso no comparezca al llamamiento judicial, se le impide

¹⁴⁵ Idem

litigar sobre el fondo y se declaran legítimos los hechos o la situación puesta en duda, en base a la información sumaria obtenida.

-si comparece el demandado, puede pedir los autos que se le deben entregar para que pueda formular su demanda, que debe llevar firma de letrado, y que debe tener estructura de demanda:

" Juan Blanco, vecino de esta villa, en las diligencias practicadas a instancia de Pedro Prieto mi tío y convecino, como más haya lugar en derecho, DIGO que se me ha conferido traslado de un escrito presentado por dicho Prieto en el que solicita muestre con otros mis primos si algún derecho tuviese del molino [...] y usando de dicho traslado sin embargo de las infundamentadas razones que expone para querer verificar el dominio y posesión, a Vmd. (sigue relación de hechos y justificación de los derechos)¹⁴⁶

Estamos pues ante una forma atípica o anormal de iniciar un pleito, en la que se insta al demandante para que presente la demanda, con las consecuencias negativas que le supondría no hacerlo

CAPÍTULO IV.- LA LLAMADA AL PROCESO.

El proceso es una suma de momentos, de tiempos anudados unos a otros que técnicamente se les llama **fases**. Las fases procesales tienen un marcado carácter preclusivo que sirve de "aislante respecto de una excesiva intervención judicial, que tiene facultades de vigilancia, pero no de sustitución o innovación respecto de los contenidos establecidos". Pues bien, dentro de este juego de sucesión de actos reglados que es un pleito, una vez que la persona

¹⁴⁶ CHAN. VALL: P.A. 2792-3

que quiere demandar a otra tiene hecha su demanda, con o sin procurador, o bien ha acudido ante el juez para formular su petición oralmente, ¿que actividad sucede?

El acto de formular demanda, de presentar petición, debe ir seguido de un examen jurisdiccional previo del acto en sí. En el caso de las demandas escritas, en un primer momento, es el escribano ante el que se presenta el que debe comprobar si la demanda se ajusta a derecho y si el poder que con la misma se presenta es dado por bastante por su letrado para pleitear.¹⁴⁷ una vez hecha esta comprobación, dará cuenta al juez del pedimento para que resuelva sobre su admisión.

"Entregado, como llevo dicho, el pedimento al escribano, y puesta por éste en él la nota de su entrega, que dejo advertida, acude a casa del juez, o en donde tiene su Audiencia, y le presenta el pedimento, quien lo lee, o manda leer al escribano en su presencia, y a su continuación manda poner el siguiente auto: Por presentada, y el contenido jure y declare"¹⁴⁸

El examen que haga el juez de la demanda debe ir más allá de la mera comprobación de unos requisitos formales, ya que debe decidir sobre su capacidad para conocer del asunto que ante él se plantea, en la doble vertiente de la jurisdicción y competencia. La capacidad jurisdiccional viene determinada por la no sujeción de las partes a jurisdicciones especiales Señorial o Eclesiástica, ya que para ser legítimamente emplazado el juez que manda el emplazamiento ha de tener jurisdicción.¹⁴⁹ **La competencia** se bifurca en dos direcciones:

-la territorial, que viene determinada por la ubicación de la vecindad del demandado, del

¹⁴⁷ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág 284.
N. R. 4.2.2.

¹⁴⁸ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág.8.

¹⁴⁹ BERNI Y CATALÁ, Apuntamientos de Partidas, Pág. 59, not.

lugar de cumplimiento de la obligación o donde este la cosa que se pide, siempre que estén en el ámbito físico dentro del que puede conocer cada juez.

- la material u objetiva, según el tipo de asunto que plantea el demandante..

Así como la competencia por el lugar estaba más definida, aunque los límites eran quebrados con frecuencia interfiriendo unos con otros, la competencia por la materia a conocer no estaba asignada a unos órganos con exclusión de otros, salvo en casos concretos. Lo normal era acudir ante el Alcalde Ordinario para reclamaciones de pequeña entidad y para asuntos no contenciosos, y ante el Alcalde Mayor o Corregidor para los demás asuntos, de los que podían detraerse los Casos de Corte que admitían ser presentados directamente en la Chancillería o Audiencia, pero siempre dentro de una línea de indefinición y confusión competencial.

A este examen competencial hay que añadir la comprobación de la capacidad de la parte para formular demanda, según los requisitos de edad, sexo y matrimonio. Ya hechas estas comprobaciones previas, el Alcalde o Corregidor (tres Oidores en las demandas presentadas por Caso de Corte ante Chancillería o Audiencia), resuelven por Auto o Decreto sobre la admisión, y en su caso sobre los consiguientes pasos procesales a dar.

"Por presentado con la escritura y poder, traslado a Manuel Francisco y Cristobal Redondo, que dentro del segundo día respondan y aleguen lo que les convenga para lo cual se despache mandamiento"CHAN. VALL. P.A. Fe. 3782-4.

" Decreto. Por denunciada[se refiere a obra nueva], suspensión y traslado, así lo mandó el Señor Licenciado[Alcalde Mayor de Zamora], por ante mí el Escribano." CHAN. VALL. P.A. Fe. 2791-2

" Señores Herrera, Ceballos y Mesón. Por notorio despáchese emplazamiento, y en cuanto al otrosí no ha lugar usar de su derecho. Sigue firma de Escribano" CHAN. VALL. P.A. Fe. 2987-2

Estos tres ejemplos, un auto, un decreto y una resolución de oidores, son una muestra de lo sumamente escueta que era la Justicia a la hora de decir que resolución había tomado. En los tres casos se contienen dos decisiones específicas : se considera que se ha formulado una demanda y se decide que hacer a continuación.

1º.- "Por presentado (el pedimento)", "Por denunciada"(la obra nueva) , "Por notorio (es Caso de Corte)". Tres expresiones que la práctica del foro ha venido sincopando; lo que se transmite es que "**se tiene por presentado, denunciada o notorio**". La simple partícula **POR** equivale a todo un conocimiento y una decisión: la de la admisión de la demandada, asumiendo el juez su competencia. A partir de este momento la demanda tiene verdadero carácter iniciador o desencadenador de toda la mecánica procesal, una vez superado el examen previo del órgano que debe resolver sobre lo que se pide.

2º.- Después de tener por presentada la demanda, se acuerda "**el traslado, la suspensión y el traslado y despachar emplazamiento**": se trata de comunicarle a la persona contra la que se dirige la demanda el contenido de la misma y llamarle al proceso. Se pone en su conocimiento la incoación del pleito y desde este momento nace una obligación procesal: la de comparecer y contestar a la demanda. El llamamiento al proceso se fundamenta en el sistema de **dualidad de partes**: la existencia de una contienda hace presuponer la contradicción entre más un interés, de ahí que la acción deba entenderse con carácter de **bilateralidad**, es la confluencia de más de una voluntad hacia la búsqueda de una decisión judicial.

4.1. LA CARTA DE EMPLAZAMIENTO.

Entre la decisión del órgano de admitir el conocimiento de una demanda y la materialización del llamamiento, se produce otra decisión jurisdiccional: la de librar la **carta de**

emplazamiento para con ella citar o emplazar al demandado. La **Nueva Recopilación** cuando habla del examen de la demanda, supone como consecuencia la entrega al demandante de la carta de emplazamiento ("nuestra carta")¹⁵⁰. Este documento, según que el órgano concedor del pleito sea Alcalde o Corregidor o Chancillería o Audiencia, revestía distinta forma. Si tenemos en cuenta que la carta de emplazamiento es el **vehículo por el cual se llama a una persona al pleito**, y suponiendo a estos actos una dimensión espacial (parte-órgano-parte-órgano) en la que la actuación procesal sale fuera del marco físico del oficio del escribano, de la morada del juez o de la sede de la Audiencia o Chancillería, hay que distinguir **tres tipos de cartas de emplazamientos**:

-1. Las emitidas por Alcalde o Corregidor y dirigidos a personas que tienen su morada habitual dentro de los propios términos del pueblo o ciudad. En este caso es un oficial asignado al órgano (Escribano o Portero) el encargado de llevar la diligencia a efecto, buscándole en su casa o morada.¹⁵¹

-2.- Las emitidas por Alcalde Mayor o Corregidor y dirigidos a personas que viven en pueblo o lugar de su jurisdicción pero no en la misma ciudad. Será el escribano del lugar el que emplace, o en su defecto el Fiel de Fechos, y la carta se entrega a la parte solicitante que la lleva hasta el lugar y se la presenta el escribano.

-3.- Las cartas de emplazamiento que emita la Chancillería en los pleitos que conoce en primera instancia y que van dirigidas a personas que tienen el lugar de residencia en distinto

¹⁵⁰ N.R. 2.2.4.

¹⁵¹ GÓMEZ NEGRO, Elementos de Práctica Forense, Pág. 76.

pueblo o ciudad a la que tenga la sede la Chancillería o la Audiencia. También en este caso es portador de la Carta la misma parte que la solicita y la encargada de hacerla cumplir por las Justicias del lugar al que se dirige.

En estos dos últimos caso, la carta de emplazamiento se llama mandamiento, en sentido genérico, real provisión, y exhorto o requisitoria cuando el emplazamiento deba hacerse en territorio de otra jurisdicción. Se entrega al mismo demandante para que la remita o por sí, o por algún comisionado que la haga saber al reo por medio de un escribano, que deberá ser del pueblo si lo hay.¹⁵²

A) Carta de empazamiento emitida por Chancillería.

El documento, encabezado en nombre del Rey, haciendo saber al demandado que ante Presidente y Oidores se ha presentado una petición que literalmente se copiaba; "y en su vista, por los nuestros susodichos Presidente y Oidores se dió el Auto siguiente", que también se copiaba literalmente. "Y conforme a lo referido fue acordado dar esta nuestra Carta y Real Provisión para vos". Siguen a continuación las instrucciones que se dan con carácter de **mandato**:

-a partir del día en que la carta le fuese leída y notificada, en quinze días venga o envíe Procurador en su nombre, en seguimiento de la demanda.

- se dan instrucciones concretas de como se le hará el emplazamiento a la parte: siendo leída y notificada la carta en su persona, y si no se pudiese hacer "ante las Puertas de las casas de vuestra continua morada" haciéndola saber a la mujer, hijos, criados o vecinos, mediante un traslado autorizado del Documento. Estas personas próximas a su vez tienen la obligación de hacer saber la noticia al demandado para que no pueda pretender ignorancia.

¹⁵² Ibidem.

-
- En el caso de responder al emplazamiento, el Presidente y Oidores le oirán y guardarán

Justicia

- Se le aprecibe que de no comparecer, en su ausencia y rebeldía, las resoluciones que se dictasen en el pleito se le notificarán en los Estrados de la Real Audiencia, con el perjuicio que supone, "sín más citar, llamar o emplazar"

- Se le emplaza en forma hasta la sentencia definitiva
- se incluye pena de mil maravedíes para la Cámara.

El documento se cierra con el nombre del Escribano de Cámara que "la hizo escribir por su mandato con acuerdo de los Oidores de su Real Audiencia" y con los nombres y firmas del Chanciller y el Registrador. En el centro del pie está el sello en cera.¹⁵³

B) Carta de emplazamiento emitida por Alcalde Mayor.

Se encabeza con el nombre del Alcalde Mayor, en el caso analizado es Segovia y su tierra, haciendo saber al demandado, vecino del Lugar de la Roda, que ante él compareció Juan Martín Casado, haciendo relación en la que cuenta el motivo de la reclamación para la que se pide el despacho. Siguen las instrucciones:

- una vez notificada, cumplir la supuesta obligación de dar por la que se reclama.
- en caso de tener razón para no hacerlo, comparecer ante el oficio del escribano en los dos

días siguientes a la notificación

- en caso de no comparecer se procederá contra él según derecho.
- en caso de no haber escribano en el lugar, que lo notifique y diligencie, persona que sepa

escribir.

¹⁵³ CHAN. VALL. P.A. 2987-2

El documento se cierra con la media firma del juez y la firma entera del escribano.¹⁵⁴

Aunque similares, ambos documentos contienen diferencias de forma y de fondo:

1. La Chancillería encabeza en nombre de Rey y el Alcalde Mayor de Segovia en nombre propio. Aunque pueda parecer una cuestión de forma, encierra un significado que va más allá de los meros formularios procesales; el juez de Segovia actúa con propia jurisdicción otorgada por el poder real, ejerce su propia potestad. El presidente de la Chancillería es la propia jurisdicción del Rey en él y en los oidores delegada. El matiz está en el origen de la potestad jurisdiccional, por el que el tribunal de la Chancillería es una evolución del antiguo Tribunal Real una vez separado del ámbito de la Corte

2. En la Chancillería se transcribe íntegramente la petición y el auto que a la misma recae y el alcalde se limita a relacionar una petición que a su vez se ha formulado en relación.

3. Mientras que el juez se limita a decir que una vez que se le notifique el documento (al demandado), la Chancillería da precisas instrucciones sobre la forma de hacer la notificación, concretando que si no hay escribano en el lugar que haga la diligencia persona que sepa leer y escribir.

4. Previo al emplazamiento en sí, el Alcalde Mayor de Segovia requiere al demandado a cumplir la obligación que se le reclama, y después le da la posibilidad de comparecer. Por el contrario, la carta de emplazamiento emitida por Chancillería va únicamente dirigida a emplazar, sin contener más mensajes procesales.

5. La diferencia más evidente entre ambos despachos es la de los días que se dan para comparecer y contestar a la demanda. En la Chancillería se ha formulado la demanda como Caso de Corte (que se tiene por notorio) en una reclamación de alimentos de madre viuda a hijo. Se

¹⁵⁴ A.H.P.S. J-1027/28

da al demandado el término de **quince días** y no los treinta que se fijan en la ley. Pues la misma norma incluye una excepción

" pero si pareciere a los de nuestro Consejo, o al Presidente, y Oidores que hubieren de librar la carta, considerada la calidad de las personas o de la causa, o la cantidad de la demanda, o la distancia de la tierra, [...], que si vieren que se debe abreviar [el término] por algunas justas causas, que así mismo que lo puedan hacer".¹⁵⁵

En cualquier caso el término es amplio y suficiente, teniendo en cuenta que el demandado vive en Zamora. Para el caso de Segovia, el plazo es mucho más reducido, sólo dos días; la reclamación (resolver un contrato de compraventa de una tierra) y la distancia son menores, por lo que no es de extrañar que los plazo se reduzcan aún más

6. La Chancillería tiene la delicadeza de decir a la persona que se emplaza, que **si comparece será oído y se le responderá en Justicia**, comentario que huelga el Alcalde Mayor de Segovia.

7. En ambas cartas se apercibe y advierte al demandado de las consecuencias y perjuicios legales en caso de no comparecer, añadiéndose en el Despacho de Valladolid las penas para la Cámara. Haciendo un esquema sintético de los dos documentos, se pueden estructurar así:

ENCABEZAMIENTO

PETICIÓN Y AUTO O RESOLUCIÓN

TERMINO POR EL QUE SE EMPLAZA

ADVERTENCIAS Y APERCIBIMIENTOS DE LEY

INSTRUCCIONES DE CÓMO HACER EL EMPLAZAMIENTO

Es de destacar como de un primer examen se desprende fácilmente la simplicidad de la

¹⁵⁵ N.R. 1.3.4.

carta emitida por el Alcalde Mayor de Segovia y lo extensa, detallada y complicada que es la Provisión de Valladolid; esta diferencia se hace mucho más chocante para cualquier observador si se compara la forma de las actuaciones procesales de Corregimientos y Alcaldías con las de Chancillerías y Audiencias; mientras las primeras se ven cuidadas, dentro de la propia formulación procesal, llama poderosamente la atención lo simplistas que son las formas de las resoluciones y actuaciones en general de la Chancillería, rayando a veces en el simbolismo gráfico. Además no se puede olvidar que los documentos procesales los confeccionaban los escribanos, que los Escribanos percibían sus honorarios por el Arancel, y que el Arancel se computaba en parte por el número de folios e incluso de palabras escritas. La parte tenía que costear este exceso de verborrea procesal para así mantener el nivel de ingresos de los Escribanos Reales.

4.2. CONCEPTO Y CONTENIDO DE EMPLAZAMIENTO, CONFUSIÓN

TERMINOLÓGICA.

Si entendemos que el emplazamiento es el vehículo por el que se llama al proceso al demandado, hay que encuadrar procesalmente esta actuación. Llamar a una persona para que comparezca ante el juzgador en un lapso de tiempo improrrogable y que ha ejercer su derecho de defensa frente a una reclamación de la parte supone:

- el hecho de poner en conocimiento de la persona contra la que dirige la acción que se le ha interpuesto demanda.
- las obligaciones procesales que de dicho conocimiento se derivan.

Es por lo tanto "un jurídico llamamiento, que se hace a alguno, para parecer en juicio ante

el juez a estar a derecho y cumplir su mandato".¹⁵⁶

Veamos cómo se desarrolla el contenido del emplazamiento.

1º.- Poner en conocimiento del demandado la interposición de la demanda implica una traslación hacia el exterior del proceso, es la conexión o el eslabón necesario entre el bloque que forman juez/demandante con el tercer elemento personal del proceso: el demandado. Si la llamada genérica a cualquier persona a un proceso para entender con ella cualquier tipo de actuación (notificación, traslado, declaración, acto del juicio) se puede fijar en terminología procesal como **citación, el emplazamiento** es aquella citación que implica:

un plazo de tiempo (término)

la obligación de comparecer y contestar a la demanda.

La definición que hacen las Partidas "Emplazamiento tanto quiere decir como llamamiento, que hacen a alguno que venga ante el Juzgador [...]"¹⁵⁷, contiene tanto el llamamiento como la obligación de comparecer

2.- Obligaciones que se derivan para el emplazado una vez que tiene conocimiento de la existencia del proceso. El llamamiento implica que el demandado ha de comparecer ante el juez a ejercitar su derecho y ha cumplir lo que se ha mandado, no es por lo tanto una mera puesta en conocimiento de la existencia del proceso sin más, si no que supone formalmente la constitución de una **obligación procesal**: la de comparecer y contestar.

Para la fundamentación de la **naturaleza jurídica del emplazamiento**, la doctrina

¹⁵⁶ HEVIA BOLAÑOS, Curia Filípica, Pág. 65.

¹⁵⁷ PP.1.7.3.

buscaba raíces de derecho natural y divino¹⁵⁸, introducida [la citación] por todos los derechos como indispensable para la defensa del demandado¹⁵⁹. Incluso se basaban los autores en "textos divinos" para argumentar, tales como la llamada a Adán después de la trasgresión, a Caín después de la muerte de Abel¹⁶⁰. Consecuentemente a este origen divino del emplazamiento, se le consideraba fundamental para la validez de las actuaciones posteriores que de él se derivaban; era principio, raíz y fundamento sustancial del juicio¹⁶¹. Este fundamento y cabeza sustancial del orden del juicio¹⁶², ya que nadie puede ser juzgado sin ser citado y oído¹⁶³, tiene como consecuencia que su defecto u omisión hagan al Juicio nulo.

Esta dimensión de esencialidad del emplazamiento no aparece ni en Las Partidas , ni en las Leyes Recopiladas, ni tampoco en la doctrina clásica castellana incardinada en la formación del Derecho Común. Es una formulación posterior de la doctrina, más avanzada en el propio siglo XVIII (Berní Catalá, Hevia Bolaños, Febrero y Tapia). El iusnaturalismo racionalista nacido y difundido en Europa en los siglos XVII y XVIII, unida a la teoría de los derechos individuales naturales de Locke con su idea del pacto social, forman parte de los principios jurídicos de la Ilustración, que en nuestro país empezaron a evidenciarse en los últimos años del siglo XVIII. Los pensadores y juristas que creían en esta formulación del pensamiento, lo hacían en parte como oposición a la tan desprestigiada formación jurídica en el Derecho Común.

¹⁵⁸ Ibidem.

¹⁵⁹ TAPIA, Febrero Novísimo. Pág.64.

¹⁶⁰ BERNI Y CATALÁ, Apuntamientos de Partidas, not. en pág. 9

¹⁶¹ TAPIA, Ob.Cit, Pág.64.

¹⁶² HEVIA BOLAÑOS. Ob.Cit. Pág 65

¹⁶³ . BERNI Y CATALÁ, ibidem.

Aunque escasamente difundidas se conocían las obras de Puffendorf, Grocio, Hobbes y Wolf, y la enseñanza del Derecho Natural fue oficial desde 1770 ; concretamente, la Universidad de Valencia introdujo esta disciplina en 1787, ciudad en la que se formó y trabajó **Berní y Catalá**.

Hevia Bolaños, basándose en la obra de **Paz**, resuelve la posible contradicción que pudiera encontrarse entre el principio de fundamentalidad procesal que algunos autores de su momento atribuyen a la citación o emplazamiento, y el contenido de la ya comentada Ley Recopilada, 10.17.4., sobre que la supresión de las formalidades y solemnidades en el orden de los juicios, en lo que no es fundamental, no supone la nulidad de lo hecho en el proceso. Esta omisión de solemnidades se entiende para las demás y no para la citación, ya que "aunque por Príncipe, y ley no se puede quitar la citación primera, nesesia para la defensa, por ser de derecho divino, y natural, se puede variar, y alterar el modo de ella, y quitar las demás citaciones de la causa, inductas para preparación de la Sentencia, por ser de derecho positivo".¹⁶⁴ Se entendía por lo tanto como esencial para la validez procesal que se hubiese producido la llamada formal al proceso.

CONFUSION TERMINOLOGICA: EMPLAZAMIENTO-CITACION.

Como ya se ha dicho la citación y el emplazamiento son dos actuaciones procesales de comunicación entre el órgano y las partes. Con la objetividad que permite la distancia, y en base a categorías de ciencia procesal, se puede entender la citación como la comunicación y llamada con carácter genérico, o bien específicamente la llamada a comparecer en un momento determinado. El emplazamiento sería la misma llamada sin fijar un momento, pero si abriendo un período de tiempo (**plazo**), en el que está obligada la persona que lo recibe a comparecer y

¹⁶⁴ Curia Filípica, Pág. 65.

contestar a la demanda contra él interpuesta, dándola por cierta, negándola o excepcionándola¹⁶⁵

La Partidas y la Nueva Recopilación, incluso el Fuero Real, a este momento le llaman **emplazamiento**, pero se detecta en la doctrina una confusión de los dos términos. Así, Jordán de Asso, Tapia y Hevia Bolaños, en la intitulación de los epígrafes en que propiamente van a hablar de lo que está fijado como emplazamiento, utilizan el término **citación**, aunque **Jordán de Asso** al desarrollar el capítulo habla indistintamente de citación y de emplazamiento. **Tapia**, directamente lo hace de forma disyuntiva, **citación o emplazamiento**, aunque en su exposición utilice casi exclusivamente la palabra citación. Habría que buscar el origen de esta confusión, aunque en principio podría considerarse un neologismo jurídico, ya que es la diferencia temporal la que determina que con el paso del tiempo se introduzca con más frecuencia el término citación.

4.3.NOTIFICACION Y TRASLADO

Antes de ver la forma material de hacerse el emplazamiento, conviene hacer algunas puntualizaciones sobre lo que se entiende por notificación y traslado, en general y en este momento referido a la demanda o petición inicial. Lo mismo que ocurría en el caso de los emplazamientos, no se ha dado por los autores ni en la legislación real una definición de **notificación**, más bien lo que se encuentra es confusión: "la notificación o citación (que es todo uno) es un llamamiento que se hace para que la persona que se cita parezca en juicio".¹⁶⁶ Su concepto debe inducirse de la práctica y de la utilización del término que hacen los autores. Desde luego, dentro de los que podríamos llamar actos de comunicación entre el juez y las partes,

¹⁶⁵ No debe confundirse este emplazamiento con el emplazamiento para comparecer ante el órgano superior en los recursos de apelación, pues en estos casos no se hacía depender del emplazamiento que el demandado tuviese conocimiento de la existencia de un pleito puesto contra él

¹⁶⁶ JUAN Y COLOM, Instrucción de Escribanos en orden a lo judicial, Pág. 16

la notificación encierra un contenido más genérico que los emplazamientos, requerimientos y citaciones. Se notifica una resolución, auto, decreto, providencia o sentencia, sin más finalidad que poner en conocimiento de las partes su contenido. Ahora bien, del contenido de la decisión que se notifica pueden resultar distintas posturas para el notificado:

- el mero y simple conocimiento de un paso procesal no preclusivo: unir un pedimento a los autos, dar por concluida una declaración de un testigo, nombrar asesor atc.

-hacer saber a las partes una decisión que supone la obligación de actuar procesalmente: traslado para alegar, auto para proponer prueba, auto de conclusiones.

- trasladar a una parte petición de la contraria con documentación aportada: demanda, contestación, excepciones.

En el caso del emplazamiento, en concreto se debe acompañar de el traslado o noticia de la demanda hecha contra el demandado.¹⁶⁷

El dar traslado de una demanda supone para el demandado el sometimiento al carácter preclusivo de las fases procesales y a los tiempos impuestos por la ley o por la toma de decisiones del juez encaminadas a evitar la excesiva intervención de las partes.

Situándonos en la fase de iniciación del proceso que estamos viendo, y más concretamente en el momento procesal en el que se ha de hacer saber a la persona contra la que se dirige la demanda la petición que se le formula y las obligaciones derivadas de ese conocimiento, conviene fijar cuales son los pasos a dar. El juez debe mandar que la demanda sea

¹⁶⁷ GÓMEZ NEGRO. Ob. Cit. Pág 77

notificada¹⁶⁸, haciendo la notificación al demandado el escribano¹⁶⁹ y conferirle **traslado** de ella,¹⁷⁰ para que en su resultado pueda contestar o alegar. "Presentada la demanda, se confiere traslado de ella al demandado, y para que lo evacue, se le cita judicialmente".¹⁷¹

En esta narración del movimiento procesal, parece que el llamamiento se divide en dos momentos: 1º, se le da traslado de la demanda, y 2º, se cita para que se conteste. En realidad, es un solo momento procesal desdoblado en dos tiempos: el de mostrar la demanda y el de advertir de la obligación de contestar.

El traslado, que se acuerda en el auto de admisión de la demanda, **se ha de hacer notorio al demandado**¹⁷² para que tenga efectividad

¿En que consiste materialmente el traslado y la traslación de la demanda al demandado?.

En principio **traslado** es una copia literal del pedimento presentado y de instrumentos aportados con él. Copia fielmente sacada que tiene el mismo valor que el original y que sirve para trasladar a otra persona una petición. El escribano de la causa guardará los originales del proceso en su poder, para evitar su extravío.¹⁷³ Lo que ocurre, es que se confunde el traslado como copia material y el traslado como acción de llegar al conocimiento de alguien la petición

¹⁶⁸ MONTERROSO Y ALVARADO, Práctica civil y criminal e instrucción de Escribanos, fol. 11.

¹⁶⁹ JUAN MUÑOZ, Práctica de Procuradores para seguir Pleitos, Pág. 14

¹⁷⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 63

¹⁷¹ ORTIZ DE ZUÑIGA, Práctica General Forense, Pág. 38.

¹⁷² GONZALEZ DE TORNEO, Práctica de Escribanos [...], pág. 140

¹⁷³ N.R. 9.20.2.

formulada y los documentos aportados: " en el tiempo que se admite la presentación de escrituras, se ponga el traslado [COPIA] de ellas concertado en la forma susodicha, y se dé traslado [NOTIFICACION] a las partes, incluso los propios autores utilizan el término equivocadamente, basándose en la legislación¹⁷⁴ En el uso de los Tribunales, en el tramo final del XVIII, el traslado como copia había perdido valor, aunque se utilizaba para aportar copias de escrituras como prueba, o de otros instrumentos, pero en el ámbito de "pasar información" a una parte de su contraria, no se dan copias, sino que se entrega el escrito e instrumentos originales presentados, con el fin de que se instruya,

" y este medio que produce y asegura el mismo efecto, que el antiguo de sacar copia de los escritos e instrumentos que presentaban las partes, trae el beneficio de la mayor expedición de los pleitos, excusa gastos, y se precave la pérdida de los autos originales con los recibos y obligaciones, que constituyen los procuradores quedando responsables a devolverlos a la misma Escribanía íntegros y sin mengua"¹⁷⁵

En la legislación se autoriza a confiar los procesos a los procuradores y letrados **que tomen de ellos conocimiento**, aunque de esta entrega se excluyen **los rollos y escrituras originales de los autos importantes**. Los procuradores, cuando llevan los procesos a los letrados, tienen que recibir conocimiento de los mismos y devolverlos a los escribanos, no pudiendo sacarlos del pueblo sin licencia.¹⁷⁶ La forma de "tomar conocimiento" era la firma del procurador en los **libros de conocimiento**" que era la constancia que quedaba en la Escribanía de la entrega de los autos

¹⁷⁴ N.R.:10-20-2

¹⁷⁵ CONDE DE LA CAÑADA, Instituciones Prácticas[...], pag 36.

¹⁷⁶ N.R. 11.20.2. y 4.24.2. y No. R. 9.24.5. 6.31.5.

En un pleito seguido ante el Alcalde mayor de la Villa de Paredes de Nava, en 1795, entre el Real Monasterio de San Zoilo y un fabricante de ladrillos sobre el incumplimiento de un contrato de suministro, el demandante comienza presentando una petición a la que acompaña contrato y recibos, para que el demandado jure y declare sobre ellos; una vez hecha la declaración solicitada, el juez acuerda por Auto:

"Entréguese estos autos a la parte del Monasterio, para el uso de su Derecho en vista de la anterior declaración".¹⁷⁷

En este caso el traslado de lo actuado se acuerda directamente por entrega de los autos, y no por copia.

En 1751, ante el Alcalde Ordinario de Villacastín, un rentero comparece y formula una petición para que se le deje libre la tierra que lleva en arriendo, petición que hace por escrito y sin Procurador. A esta demanda, el juez decide:

"Traslado a Gabriel Pedril para que en tercero día diga lo que le convenga. Con apercibimiento que no lo haciendo se procederá a lo que hubiere lugar, con citación de autos y señalamiento de estrados en forma"¹⁷⁸

Esta resolución se notifica "in continenti" al demandado por el Escribano, en su persona.

Aunque no se mencione la palabra emplazamiento, estas actuaciones contienen los requisitos de la llamada al proceso:

- se traslada al demandado la petición inicial.
- se le dan tres días para alegar.

¹⁷⁷ CHAN. VALL. P.A. 3581-2.

¹⁷⁸ CHAN. VALL. P.A. 3782-3.

-
- se le apercibe que de no hacerlo, se procederá (se seguirá el curso procesal)
 - se le cita a los autos, es decir se le llama para que comparezca y sea parte
 - y se señalan ,los estrados como lugar de notificaciones, para el caso de que no comparezca

En cuanto al traslado, hacer una última observación. En los Tribunales superiores la contestación se podía articular en dos tiempos: cuando la parte emplazada se presenta **dentro de tiempo hábil**, sin que haya finalizado el plazo para contestar y oponerse por medio de procurador con poder bastante, **se muestra parte**, esto es, se constituye en parte procesal. Puede pedir los autos por tres días para instruirse y así mejor formular su contestación.¹⁷⁹ Porque realmente la finalidad del traslado no es otra que la de instruir o informar a aquel a quien se demanda para que pueda hacer su contestación.¹⁸⁰

4.4.-A QUIEN SE DEBE DIRIGIR EL EMPLAZAMIENTO.

Se debe emplazar, en principio, a todas aquellas personas contra las que se dirige la demanda. Se le llama a esta persona indistintamente **demandado o reo**, aunque dentro del ámbito jurisdiccional privado es preferible y preferida la denominación de demandado o parte demandada, dejando para los procesos criminales el término reo. Pese a ello, tanto la doctrina como la legislación no tienen fijación terminológica. Para evitar confusiones y mejor comprensión del discurso, a la persona que se demanda se la llamará demandado, evitando la denominación de reo.

Además de emplazar a las personas que se demandan, la doctrina reconoce supuestos en

¹⁷⁹ ESCOLANO DE ARRIETA, Práctica del Consejo Real. T. 2. pag.355.

¹⁸⁰ MUÑOZ. Ob.cit.fol.16

que se ha de llamar a personas no señaladas en la demanda como receptores del efecto de la acción. Son aquellas cuyo perjuicio se trata de evitar principalmente en el juicio, ya que de no hacerlo así en un principio, se puede pretender su citación en cualquier momento del pleito, sobre todo, cuando de omitirse se puede causar perjuicio al que la pida.

Aunque como norma general, se reconoce la necesidad de llamar a la parte de "cuyo perjuicio se trata" con carácter fundamental, se reconoce, siguiendo a **Juan Andrés**, la utilidad de llamar a todos a los que afecta el perjuicio, aunque no sea con carácter principal, sino secundariamente, ya que se pueden ver afectados por el resultado de la sentencia, con su valor de **cosa juzgada**.¹⁸¹

Hevia Bolaños, hace un catálogo de los supuestos en los que pueden aparecer más de una persona demandada aunque no figuren como tal en la demanda.

a) Cuando el pleito es entre señores sobre la jurisdicción de algún lugar, ante la duda de si se debe o no llamar al pueblo, se decide seguir a **Baldo**, que no lo considera necesario.

b) En los pleitos sobre Mayorazgos, es suficiente citar al poseedor, sin que haya que llamar a los demás sucesores.

c) En las reclamaciones de dote o bienes dotales, es suficiente con llamar al marido, sin que sea necesario citar a la mujer.

d) Para los casos en la cosa objeto de la reclamación estuviese arrendado o prestada, no hay que llamar a los arrendadores o comodatarios, siendo suficiente emplazar al señor (propietario); sólo cuando se haya vuelto a prestar o arrendar, sí que se les debe citar.

Se está hablando de que un tercero tenga entrada en el pleito cuando sus intereses se pueden ver afectados por el resultado de la decisión final, pero no desde el punto de vista de la

¹⁸¹ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 66.

iniciativa del tercero, sino de la obligación del órgano que conoce, a petición de la parte o también ex officio, de poner en conocimiento de todos los posibles afectados por la contienda su existencia para que puedan tener entrada en el curso procesal "alegando lo que a su derecho convenga".

A la norma general de llamar a todos los que tengan interés en el pleito se plantean diversas excepciones que la restringen.

1º.- Cuando se ha de citar a un menor de edad, ha de hacerse el emplazamiento en su Tutor, Curador o Defensor nombrado.¹⁸²

En el caso de no tener ninguno nombrado previamente, para poder ser parte en un proceso le debe ser nombrado curador ad litem para que le represente, entendiéndose con él todas las actuaciones.¹⁸³

La falta de capacidad procesal del menor implica la imposibilidad de dirigir contra él una demanda y por lo tanto hacer el emplazamiento en su persona. En realidad, al menor de edad no se le puede citar procesalmente sino es en presencia de la persona que le guarda:

- a) el sujeto a patria potestad tiene que tener presente a su padre o abuelo.¹⁸⁴
- b) el huérfano menor de 20 o 25 años debe estar presente su guardador: Curador o Tutor.¹⁸⁵

Cuando un menor ha de ser citado y no tiene nombrado ni tutor ni curador se le debe

¹⁸² HEVIA BOLAÑOS Ob.Cit. Pág. 66.
JUAN Y COLOM Ob. Cit. Pág. 16.

¹⁸³ ORTIZ DE ZUÑIGA Ob. Cit. Pág. 38.

¹⁸⁴ P.P. 7.2.3.

¹⁸⁵ P.P. 11.2.3.

facilitar un "**curador ad litem**".

En reclamaciones dirigidas contra determinados herederos de una persona, con el fin de que acepten o repudien la herencia, en la provisión que se libra se hace constar que,

"hagáis parecer ante vos a los dichos hijos y herederos del dicho Fulano, y **siendo menores de edad, les proveed de Curador**, y así nombrado el dicho Curador le compeled, y apremiad, a que acepte o repudie la dicha herencia; y si la aceptare, hacedle notificar esta nuestra Carta, para que dentro de doce días primeros siguientes vengan o envíen por su Curador con su poder bastante en seguimeinto de dicho pleito".¹⁸⁶

En el pleito que en 1754 inicia María González , contra un cuñado y varios nietos en reclamación de ciertos bienes gananciales, después de admitirse la demanda, se libró provisión de emplazamiento, notificándose a los demandados; estos se oponen a la demanda e introducen artículo por considerar que no es Caso de Corte y que por tanto la competencia no es de la Chancillería, añadiendo que "la demanda se entendiese con el Curador de sus partes por ser menores" A esta excepción la demandante insiste en sus pretensiones, y una vez comprobada la menor edad por certificación de las partidas de bautismo, visto en la Sala se acordó entre otras cosas que "se citase a los menores como correspondía", citándose efectivamente a los curadores de los tres menores.¹⁸⁷

La minoría de edad no sólo se protegía en lo que se refería a la capacidad para ser parte, sino también con las garantías y formalidades necesarias cuando se demandaba a un menor. Así, en el pleito anterior, y en la primera parte de la relación se dice que la demandante

¹⁸⁶ FERNANDEZ DE AYALA Y AULESTIA, Formularios de la Chancillería de Valladolid, fol. 21.

¹⁸⁷ CHAN. VALL. P.A. 3558-1. Pieza de la relación del pleito.

"a fin de evitar alguna nulidad por hallarse el Don Antonio menor de 25 años aunque mayor de 18 y de estado casado administrando y regentando por sí su persona y bienes dió por su fiador a D. Juan Alvarez que se obligó por tal al cumplimiento con sus bienes".¹⁸⁸

Uno de los demandados es mayor de 18 años pero menor de 25, supuesto en el que es necesaria la intervención del Curador, pero está casado y por lo tanto administra su persona y bienes sin necesidad de ser asistido procesalmente. En ese caso, el demandante debe garantizar su seguridad por los daños que puede causarle el proceso en el caso de que no se estime su pretensión, y para ello dá un fiador que se obliga con sus propios bienes como garantía de que el menor será resarcido de los posibles perjuicios.

El nombramiento de Curador se puede hacer incluso en Audiencia Pública en la que se discierne a un menor la Curatoria ad litem, jurando el curador en el mismo acto y dando las fianzas.¹⁸⁹

Aunque lo correcto es dictar un auto el juez ante el que se pide, nombrando Curador y dándole poder para que pueda seguir en nombre del menor el pleito en todas sus instancias, [...] "como deba hacer todo lo demás que al bien y provecho del dicho menor convenga". En todas las actuaciones del Curador, el juez interviene "interponiendo toda su Autoridad y Decreto Judicial". El Curador debe aceptar el nombramiento, comprometiéndose mediante promesa o juramento cumplirlo bien y fielmente, incluso a tomar consejo de letrado cuando sea necesario, y obligándose con su persona y bienes. También en este acto de aceptación y jura procede la

¹⁸⁸ Ibidem.

¹⁸⁹ FERNANDEZ DE AYALA Y AULESTIA, Ob. Cit. fo. 44.

constitución de fiador por la persona de un tercero.¹⁹⁰

2°.- Cuando se ha de citar a una mujer. En Las Partidas se prohíbe emplazar a las mujeres que vivan honestamente en su casa, por considerar que verse mezclada públicamente con los hombres no es bueno para ellas¹⁹¹; pese a ello, cuando el juez deba hacer alguna pregunta para esclarecer la causa, deberá ir en su persona o mandar escribano a la casa.

En la ley siguiente se incluye otra limitación mucho más específica, como es la de que el juez no puede mandar emplazar a una mujer ni a los de su casa si hubiera querido violentarla o casarse por la fuerza con ella; por este motivo ni la mujer ni su familia están obligados a comparecer ni a enviar personero. En estos casos el actor debe usar de su derecho ante otro juez del mismo pueblo, y en caso de no haberlo, ante el mayor del mismo territorio.¹⁹²

3°.-Emplazamiento a los herederos y personas no prefijadas. Cuando alguien quiera dirigir la acción contra los herederos testamentarios o abintestato, pero éstos no han admitido o repudiado la herencia, se le debe dar a todos un breve plazo de tiempo para aceptarla o repudiarla, para así poder pedir contra ellos. En el caso de que no contesten al primer requerimiento, se les puede acusar hasta tres rebeldías, y si no se contesta se tendrá por admitida la pretensión del actor. Si ninguno de los herederos admite la herencia, se debe emplazar a todos, y con que uno sólo la admita, a ese exclusivamente se le tiene por emplazado.. Si la herencia recayese en el Fisco debe entenderse la demanda con el Fiscal del Rey¹⁹³, y en el caso de que la demanda se dirija contra mujer casada o sus herederos, por parte de su marido, sus herederos, o algún

¹⁹⁰ Ibidem, fo.77.

¹⁹¹ P.P. 3.7.3.

¹⁹² TAPIA, Ob. Cit. Pág. 76

¹⁹³ Ibidem. El autor hace su formulación puramente teórica, sin soporte legal.

acreedor, se debe hacer de igual modo requiriéndoseles para que acepten o repudien los gananciales.

4º.- Cuando la acción se dirige contra cautivo o ausente. Cuando se quiera demandar a alguien que se sepa cautivo o que no está en la tierra, se debe pedir al juez del lugar que designe persona que guarde en aquel pleito los bienes de aquel a quien quiere demandar. Y una vez dado el administrador, se puede entrar en juicio con él, siendo válidas todas las actuaciones como si estuviese delante aquel al que pertenecen los bienes.

Si el actor pretende la herencia de un ausente que se presume muerto, debe acreditar su fallecimiento mediante la fama pública. En este caso se le entregarán los bienes a título de inventario para que los tenga como Curador, por lo que tendrá que dar fianzas, para restituir los bienes con sus frutos en el caso de que aparezca el ausente o se instituya heredero.

5º.- Cuando en emplazado goza de privilegio.- El citado debe comparecer ante el juez que le llamó, aunque goce de privilegio,¹⁹⁴. Puede ocurrir que el demandado goce de privilegio especial de jurisdicción, por lo que está excusado en el pletio, pero debe comparecer y acreditar su privilegio. Así lo hace uno de los demandados en el pleito ante el Corregidor de Olmedo por saneamiento de venta de unas tierras, compareciendo ante el juez, sin reconocerle más jurisdicción que la necesaria para el caso¹⁹⁵ mediante los privilegios y excepciones concedidos por Su Majestad como soldado de número de su Real Guardia Vieja: dice que es soldado y se halla en servicio y preeminencias y acredita esta circunstancia exhibiendo licencia del Excmo. Sr. Marqués de Montealegre, Capitán de las Guardias Españolas y de Alabarderos, y certificación

¹⁹⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pág.65.

¹⁹⁵ El hecho de comparecer y alegar ante el juez que ordenó el emplazamiento implica un reconocimiento tácito de la jurisdicción, a no ser que se haga para alegar la excepción a la jurisdicción.

de D. Miguel de Aguilar su Secretario y de las Reales Guardias. Entre los privilegios que tiene, está que se le exima de todas las contribuciones debidas a S.Majestad (excepto Millones y Alcabalas), pide que se le guarde así y se le guarden todas la honras y franquezas de que gozan y han gozado los demás soldados, y que se le dé testimonio. El juez así lo acuerda.¹⁹⁶

Los privilegios personales también suponían determinadas formas para hacer el emplazamiento. Se tenían en cuenta e manera que las notificaciones eran necesariamente personales en determinados casos; esto se alegó en la contradicción que hizo el Duque de Verwik y los Porteros de las Chancillerías a raíz del emplazamiento que se le hizo en la persona de un Notario de Chatelet por residir el Duque en París, con motivo de la demanda puesta en la Chancillería de Valladolid contra él.

4.5. CIRCUNSTANCIAS Y FORMA DEL EMPLAZAMIENTO.

El emplazamiento puede hacerse de palabra o por escrito, según sea la demanda, pero siempre es un acto de carácter **público**¹⁹⁷, por mandato del juez de la causa¹⁹⁸; esto es, no se puede considerar un acto de la parte sino de verdadera jurisdicción, aunque Las Partidas admitan que el emplazamiento pueda pedirse a la Justicia del Rey, o puede hacer por si o por otro hombre.¹⁹⁹ Según Las Partidas, el Rey, y los que tienen el poder de Juzgar por él, pueden emplazar por su palabra, por la de su portero o por su carta, o por hombres que sean puestos especialmente para ellos. Se admiten dos formas, de palabra y por carta o documento público que supone la orden del juez de emplazar. **La carta de emplazamiento** es un **mandamiento** judicial

CHAN.VALL. P.A. 3782-4

¹⁹⁷ SALA, Ob. Cit., Pág. 189.

¹⁹⁸ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág 68.

¹⁹⁹ P.P. 1.7.3.

que da el juez para que se haga el emplazamiento, y que desde las Ordenanzas de Alcalá de 1503, es obligatorio para que el emplazamiento se válido. Este requisito documental deriva de excesos cometidos por porteros y emplazadores, que lo hacían simplemente a pedimento de la parte.

" ordenamos, y mandamos, que de aquí adelante ningún Escribano, ni Portero, Pregonero, ni Emplazador, ni otro oficial que tenga cargo de emplazar, ni emplace a persona alguna, sin que primeramente le sea expresamente mandado por nuestras justicias, o cualquier de ellas, que de la causa sobre que se hiciere el emplazamiento hubiere de conocer".²⁰⁰

a) emplazamiento verbal. La oralidad, que parece reservada a los emplazamientos derivados de las demandas que pueden plantearse de esta forma, supone la forma más simple o primitiva de llamar: la persona encargada de hacerlo (Juez, Escribano o Alguacil) se dirige al demandado y le comunica que contra él se ha formulado demanda, citándole para que comparezca a darle traslado. De esta diligencia debe quedar constancia en los autos, por lo que la oralidad debe valorarse de forma restringida, sólo referida al acto en sí, pero no a su constancia

b) emplazamiento escrito. El documento que libra el Juez para que con él se emplace ya sea carta o mandamiento se acuerda por un simple "librese emplazamiento" y se documenta como ha quedado indicado anteriormente²⁰¹

A) QUIEN PUEDE EMPLAZAR. Aunque ya se ha dicho que Las Partidas admitían que el propio demandante puede emplazar, se debe considerar como un residuo de influencia privatista de la Justicia.²⁰² En la práctica, el emplazamiento, por su carácter público, deben hacerlo las Justicias o sus oficiales, sin que esté encomendado a uno en concreto. Puede hacer

²⁰⁰ N.R. 1.3.4.

²⁰¹ VER SUPRA 4.1.

²⁰² SALA, menciona que entre los romanos podía el propio demandador buscar al reo y decirle "sígueme, o ven al Tribunal".

el emplazamiento el mismo juez, aunque no era frecuente que fuese así, ya que lo normal era que lo hiciesen los escribanos en los pueblos, y los emplazamientos emitidos por Audiencias o Chancillerías, los llevaban a cabo porteros, alguaciles o incluso se habla de "Emplazadores", o personas que tengan cargo de emplazar.²⁰³ La diferencia entre ambos emplazamientos está en los requisitos exigidos para los que hagan los porteros: si la diligencia la hace el Portero Mayor, ha de firmar con él un testigo, y si la hace el Portero Menor, se precisa firma de dos testigos para que el acto tenga validez, no así cuando son el propio juez o el escribano quien las hacen ya que deben ser creídos.²⁰⁴

B) COMO SE LLEVA A EFECTO EL EMPLAZAMIENTO.

Todos los autores coinciden, con Las Partidas, que el emplazamiento debe entenderse con la persona del demandado, pudiendo ser habida, y si no es habida bastará hacerlo en su casa.²⁰⁵ Como ya se ha dicho la casa, morada o habitación puede servir en este caso para **localizar** a una persona, sin que sea el lugar donde legalmente reside. En la práctica común de las ciudades pequeñas y los pueblos, el escribano o cualquier oficial encargado de hacer el emplazamiento **buscaban** a la persona por el pueblo o en los lugares donde más comunmente se le pudiera encontrar, y si no le hallaban le buscaban en su casa, y si en su casa no le encontraban, entendían la diligencia con su familia. Las Partidas, no la Recopilación, indican que se puede ser emplazado, no sólo en la persona, sino también en las casas, haciéndoselo saber a los que allí se encuentren. Nos encontramos con que la forma de hacer el emplazamiento o primera citación, por todos los tribunales respetada y seguida, era según lo venía estableciendo la práctica de

²⁰³ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 68.

²⁰⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pág.66.

²⁰⁵ JORDÁN DE ASSO, Instituciones del Derecho Civil de Castilla, pág.285.

escribanos, alguaciles y porteros.

Veamos algunas menciones a la práctica en cuanto a la forma material de hacer el emplazamiento.

" lo que se observa, sin embargo de no ser rigurosamente preciso, porque las leyes no lo mandan [...]"²⁰⁶

"La práctica en Tribunal superior la nota el mismo Despacho (el de emplazamiento); pues previene, que no pudiendo ser habido, se notifique a la mujer, a hijos, a familia o vecinos. Y en Tribunal inferior, se hacen tres diligencias a horas cómodas, en tres distintos días, en la casa del reo; y anotadas en autos, se pide por el actor que se haga el emplazamiento por Cedulón, el Juez lo manda, y si buscado otra vez el reo a hora cómoda, no es habido, se le deja Cedulón, que es una copia del pedimento y auto; lo que equivale por citación, anotándolo el Escribano por diligencia."²⁰⁷

"Diligencias para con una persona particular. Son ir a su casa en dos, o tres días algunas veces; y no le hallando, decir a los criados, o personas que estuvieren en ella la diligencia a que se va; y **si en todo este tiempo no pudiere ser habido**, se ha de sacar el traslado de la Provisión, entregándole a la mujer, hijos o criados, o la persona mas propicia que se hallare, para que se le entregue y haga saber, poniendo por diligencia y fe todo lo ejecutado".²⁰⁸

Está claro que es una forma no regulada en la ley y sí por la costumbre y la práctica del foro. De ella hay que destacar los siguientes **aspectos**:

²⁰⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 65.

²⁰⁷ BERNI CATALA Ob. Cit. not a pág. 60

²⁰⁸ FERNANDEZ DE AYALA Y AULESTIA, Ob. Cit. fo. 60.

a) la diligencia en un principio se hacía personalmente.²⁰⁹

b) en caso de no encontrar a la persona, se podía enterder en su casa con miembros de su familia.

c) en este caso la práctica era distinta según se tratase de emplazamiento librado por Chancillería o Audiencia, o por Alcalde Mayor u Ordinario, ya que debido a que la carta de emplazamiento que libraban los Tribunales Superiores contenía instrucciones concretas sobre la forma de llevarse a cabo tal actuación, y dado el valor de documento expedido en nombre del Rey, no se precisaban comprobaciones de la no presencia de la persona buscada.

Dejando a un lado estos emplazamientos basados en libramientos documentales de tribunales superiores, vamos a situarnos en un supuesto normal de una demanda presentada en primera instancia ante Alcalde Mayor u Ordinario, en la que que el juez ya ha acordado que se vaya a emplazar al demandado. Como ya se ha dicho anteriormente, hay hasta este momento dos elementos personales en el proceso: el juez y el actor, y hay que traer al tercer y necesario elemento en la contienda jurisdiccional: el demandado o reo. Lo más simple que puede ocurrir, y ocurría, es que el demandado, sabedor que contra él se ha puesto pedimento, se persona en el oficio del escribano para que le traslade la petición; en este caso, el oficial únicamente debe darle conocimiento del contenido de la demanda, y ponerle en conocimiento los días de término que tiene para contestarla, formulando su oposición y sus excepciones. Todo ello lo hará constar en los autos por una "notificación". Si el demandado no comparece espontáneamente en el oficio del Escribano, éste, u otro oficial por mandato del Juez, debe "salir a **buscarle**" para emplazarle;

²⁰⁹ El Escribano debía extender una diligencia para que quedara constancia del emplazamiento.

" Yo Isidro Vidal, Eº del Rey público y propietario del Aytº de ésta ciudad [Avila] notifiqué e hice saber la Real Provisión a D. Francisco de Miranda y Quirós [...] que habiéndola visto y leído de "verbo ad verbum" dijo quedaba enterado de su contenido y para los efectos que le conviniera [...] se le dieron traslado de esta R. Provisión, y ésta es su respuesta que firmo. (Aparece aquí la firma del Escribano con la del emplazado) En Avila a 31 de Mayo de 1752". A.H.M. COS. 26.9.67 Escribanía de Granados.

se dice que no puede ser habido cuando es buscado por el pueblo²¹⁰, y no es hallado en él. En este caso el escribano va "via recta" a la casa del que ha de ser citado, sin ser necesario seguir buscándole por el pueblo ni en otra parte. De la primera circunstancia deberá dejar constancia el escribano, en el caso de que sea este oficial el que tiene encomendado el emplazamiento. Hasta este momento, los autores y la práctica son más o menos unánimes. El problema comienza cuando se acude a la casa o morada del buscado. Como reconoce **Juan y Colom**²¹¹, y el propio **Berní y Catalá**, "se ha hecho estilo corriente", o "la constumbre del día"²¹², la forma de buscar a la persona con la que se quiere entender la diligencia.

Si no se encuentra en la casa, se pone una diligencia haciéndolo constar, y se vuelve otro segundo día a horas cómodas en las que según la constumbre de pueblo suelen estar en su casa, poniéndose, en caso de no hallarle, otra diligencia como la primera. Después de esta segunda diligencia en busca, el actor debe presentar petición para que se le vuelva a buscar, y que no pudiendo ser habido, se notifique la demanda a su mujer, hijos, criados, o vecino más cercanos, para que se lo digan.²¹³ **Tapia**, dice que el escribano hará tres diligencias de busca, ex officio, y en vista de ello el actor le pide al juez que se le deje cédula de ello, considerando la citación hecha en su persona. A esta petición el juez manda que se practique otra diligencia en su busca, para que pueda quedar citado, sin que sea necesario volverle a buscar por el pueblo²¹⁴. La

²¹⁰ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 66.

²¹¹ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 16

²¹² SALA Ob. Cit. Pág.189.

²¹³ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Págs. 16 y 17.

diferencia entre los dos estilos forenses esta en el número de diligencias de busca para considerar válido el emplazamiento hecho a quien esté en la casa del demandado. En ambos casos se precisa una petición expresa del actor para que se le emplazace mediante cédula.

Habría que buscar la causa por la que el estilo del foro haya complicado tanto esta búsqueda del demandado. Las Partidas no dicen nada de acudir más de una vez a la casa. Esta reiteración del hecho de buscar puede tener dos explicaciones lógico-procesales:

1ª.- Como ya se ha dicho, la doctrina considera a la primera llamada al proceso un acto fundamental, de tal manera que su defecto puede devenir la nulidad del proceso. De ahí que puedan los jueces y letrados en general, pretender que el emplazamiento no personal se haga con la seguridad de que no ha podido ser entregado al demandado en su persona, ni buscándole por el pueblo, y acudiendo a su morada. Es más, se traslada al actor la carga de pedir que el emplazamiento se haga en terceras personas mediante cédula, sin que pueda ser facultad del juez acordarlo ante la vista de las diligencias negativas extendidas por el escribano, en las que se hace constar que no se ha encontrado el demandado. Aunque Las Partidas nada digan al respecto de tanta garantía, ya que solo menciona que se puede emplazar en las personas o en sus casas, en los caso en que alguien se esconda o huya de la tierra; indudablemente, esta Ley (1.7.3.), se refiere a los supuestos en los que el demandado intente eludir la acción de la justicia, impidiendo que se haga derecho a los que contra el se querellan. Quizás por este matiz de penalización por esconderse, es por lo que en los casos que no hay ánimo de ocultación en el demandado, se quiere asegurar con la insistencia de su búsqueda por el pueblo y yendo a su casa en horas normales varias veces, que no se le causa un perjuicio.

2ª.- Sin descartar este origen de la busca, no hay que olvidar que los ingresos de los

escribanos y oficiales estaban en función de las actuaciones que llevasen en cada pleito, devengando derechos a cargo del condenado en costas cada diligencia en busca que se hubiese de hacer en la casa del demandado. El excesivo número de idas y venidas habría que buscarlo por lo tanto en los aranceles.

Una vez que se ha ido a buscar a su casa al demandado todas las veces que se considere necesario según la práctica del lugar, después de no encontrarle por el pueblo, hay que entregar una cédula a quien esté en la casa.

a) Personas a las que se puede entregar la cédula. Como es lógico, el documento se ha de entregar a aquellas personas que convivan en la casa y que les una relación de parentesco o dependencia con la persona a la que se dirige el emplazamiento. En general se habla de parientes o vecinos cercanos, que pueden ser los criados, los hijos o la mujer . A la mujer no se le exige autorización especial para recibir este documento, y a los hijos habrá que suponer que tengan una edad mínima de 14 años.

b) requisitos de la cédula. La cédula de emplazamiento, también llamada "Cedulón", es un documento público que a modo de **memoria** debe contener los extremos de los que debe ser informado el demandado a través de la persona a la que se le entrega. Debe contener por lo tanto, copia o relación del contenido de la demanda así como la decisión del juez de emplazar.

El documento se dirige a la persona del demandado, haciéndole saber quien (el actor) presentó ante Corregidor, Alcalde Mayor u Ordinario, por el oficio de escribano, un pedimento de demanda con la petición que contiene; proveyéndose a continuación auto de traslado; y habiendo sido buscado por el escribano para hacer saber dicha demanda y auto, no pudo ser habido; por lo cual, de pedimento del mismo demandante y auto a su continuación, se mandó notificar la demanda y auto a su mujer, hijos, criados o vecinos más cercanos, dejando en su

poder la cédula para que se la entreguen y le diesen a entender lo referido para que no aleguen ignorancia, sirviendo de notificación en forma como si se hubiese hecho en su persona. La cédula va firmada por el escribano.²¹⁵

c) Como se entrega la cédula. El escribano acude con ella a casa del demandado, entregándola en primer lugar a los miembros de su familia, en su defecto a los criados, y en defecto de estos a un vecino cercano. A la persona que se entregue la cédula se le debe hacer saber su contenido para que se lo trasmita mejor al demandado.

d) Constancia de la entrega del emplazamiento por cédula. En los autos debe quedar constancia de la entrega de la cédula con todos los requisitos formales exigidos. Para ello debe el escribano poner fe por diligencia²¹⁶, expresando la persona a la que se le entregó la cédula y la hora en que fue buscado. **Esta constancia es la garantía de la efectividad del emplazamiento por cédula.**

El escribano hará constar el lugar y la fecha, diciendo que fue a la "casa o morada" del demandado para hacerle saber el pedimento de demanda, y auto a su continuación proveído; y después de preguntar por él a su mujer o la persona que estuviese en la casa, se le responde que no está en la casa, por lo que notifica a esta persona el pedimento de demanda y auto; dejando en su poder una cédula escrita en relación de dicho pedimento y auto y demás diligencias hechas en su busca, para que lo ponga en su conocimiento quedando apercibida de ello. Da fe y lo firma el escribano.²¹⁷

El apercibir a la persona de su obligación de hacer llegar al demandado la noticia, debe

²¹⁵ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Págs. 18 y 19.

²¹⁶ TAPIA Ob. Cit. Pág. 66.

²¹⁷ JUAN Y COLOM, ibidem.

constar expresamente en la diligencia de emplazamiento, pues esta advertencia de la obligación que la persona que reciba la cédula tiene de hacerla llegar al que vá dirigida, hace nacer la obligación de entregarla y poner en conocimiento del demandado la existencia de una demanda presentada contra él. Es la garantía de que ese conocimiento se hará efectivo y por lo tanto el emplazamiento será válido.

Por tanto, sobre la forma de llevarse a cabo los emplazamientos, puede decirse que su regulación puede ser considerada de carácter mixto: la Ley de Partidas, la doctrina y sobre todo la práctica procesal. En los momentos en que la Recopilación se está ultimando, en 1566 Felipe II dicta una disposición en la que en su Exposición de Motivos, expresamente reconoce la falta de regulación en las Leyes Reales para la forma de hacerse las ejecuciones:

"Por que por no estar declarado por leyes de estos Reinos, la forma que se ha de tener en las ejecuciones"²¹⁸

En la minuciosa descripción de como se debe ejecutar un documento con este valor, al regular la citación de remate, que supone en el procedimiento ejecutivo lo que al declarativo es el emplazamiento, dice:

"sea citado el deudor para el remate en su persona, si pudiere ser habido, y si no en su casa haciéndolo saber a su mujer, y hijos, o criados si los tubiere, y sino a los vecinos más cercanos"²¹⁹.

Se recoge así, para el juicio sumario ejecutivo la práctica que se utilizaba en la primera citación o emplazamiento para el proceso declarativo u ordinario, que es la misma que regulaban Las Partidas.

²¹⁸ N. R., 19.21.4.

²¹⁹ Ibidem .

En cuanto a la práctica de los emplazamientos, es difícil rastrearla en los pleitos de Chancillería porque era limitado su conocimiento a la primera instancia, sólo a Casos de Corte, y porque en los recursos por el escribano "ad quem" se emitía un traslado del pleito, es decir una copia del mismo, en el que no se incluían normalmente las diligencias de comunicación. Incluso, aun siendo Caso de Corte, en los autos no aparecen las actuaciones originales, nada más que en las piezas de prueba; así en la Reclamación que hace María González, del lugar de Campo, cerca de Bembibre a su cuñado y a sus nietos, los autos están encabezados por la relación del Relator Sr. Licenciado González. En esta relación, después de resumir el contenido de la demanda dice que "admitióse, mandó librar emplazamiento".²²⁰ (no se especifica el "se tiene por notorio" propio de los casos de Corte)

En otros casos, sí que incluye el escribano las diligencias de notificación, así en un pleito seguido ante el Alcalde Ordinario de la ciudad de Iscar, sobre reconocimiento de un censo en 1750, a una petición de la parte demandante, el juez acuerda por auto requerir a los demandados para que aporten los poderes; para ello el escribano "in continenti" notifica el auto a la parte personada en la persona de su procurador. A continuación aparece una diligencia del mismo escribano, diciendo "haber pasado tres veces hasta hoy al lugar de Cojereres de esta jurisdicción para efecto de notificar la petición y auto antecedente en distintos días a Lázaro de Blas vecino de él y nunca le he hallado; por lo cual no hice dicha notificación [...] mediante estar mandado se le haga en su persona dicha diligencia" (firmado en Iscar el 9 de septiembre de 1750). Y sigue, "a veintitres días de dicho mes y año pasando yo el escribano cuarta vez a notificar la petición y auto precedente al expresado Lázaro de Blas, **le hallé en el camino frente a las viñas del**

²²⁰ CHAN. VALL. P.A. 3558-1

Porrillo que venía a esta villa donde le hice el encargo y notificación en su persona"²²¹ Aunque esta notificación no es propiamente un emplazamiento, sino el traslado de una petición previa de la fase de alegaciones, valga como ejemplo de dos aspectos ya señalados:

- el domicilio no tenía valor prioritario, ya que el escribano o Fiel de Fechos, podían buscar y encontrar a la persona en cualquier parte, simplemente en un camino del que sólo se hace una indicación de su ubicación.

- en la exigencia de traslado o notificación personal, se hacía constar que se había buscado a la persona a notificar, y las veces que se había intentado.

Si colocamos en el mismo plano procesal el emplazamiento y la citación de remate para el sumario ejecutivo, la posibilidad de hacer este llamamiento, el primero del pleito, por cédula en la persona de familiar o criado, queda desvirtuada si se advierte que la persona en cuestión no está en el pueblo. Así, en el pleito sobre reclamación de cantidad seguido ante el Alcalde Mayor de Segovia en 1755 entre vecinos de dos pueblos de la jurisdicción (Pinilla de Ambroz y Paradinas), se comisiona al Alcalde Ordinario para que haga el requerimiento de pago, embargo y citación de remate, acude el Alcalde con el Fiel de Fechos a la morada de uno de los demandados y después de embargar un cajón de pino "por no estar dicho Manuel Gómez en casa y decir su mujer estar en la de su madre, no se le pudo citar de remate". A los diez días en Segovia le cita el escribano de la Causa.²²² El hecho de no estar en la casa el demandado hace que se le tenga por buscado una vez, haciendo constar en diligencia esta circunstancia; en este caso no se piden ni se hacen más buscas, sencillamente le cita de remate el escribano del pleito en Segovia, sin que medie petición de la parte por escrito, posiblemente por comparecencia

²²¹ CHAN VALL P.A. 3783-4.

²²² A.H.P.S. J-1235/5.

espontánea en el propio Oficio, ya que el escribano no dice que le haya buscado por Segovia, simplemente que es vecino de Paradinas "estante el presente en esta Ciudad".²²³

A pesar de que en esta primera notificación del pleito se contiene un llamamiento para constituir parte procesal, no le es posible al llamado hacer ningún tipo de observación sobre la reclamación que se le formula en la demanda, ya sea declarativa o ejecutiva, ni podían los escribanos recoger ninguna manifestación.

En Bernardos, de la jurisdicción de Segovia, un Juez Comisionado, (José Soriano, ministro de Vara del Juzgado de la Ciudad de Segovia) con asistencia del Escribano del Número del pueblo ha de hacer un primer requerimiento para designación de personas deudoras " y habiéndosele encontrado a las puertas de la taberna pública de éste dicho lugar el referido comisionado le requirió personalmente [...] y enterado de su contenido dijo que él no era deudor de cantidad alguna al Concejo ni tenía que firmar más cuentas que las que tiene firmadas, y habiéndosele reconvenido sobre lo que procedía [...] **con bastante alboroto y muy enfadado dijo no firmaría más cuentas aunque le ahorcasen del Mayo y aunque Dios lo mandase; por lo que viendo esta osadía y falta de respeto, dicho comisionado le puso preso en la cárcel pública de dicho lugar [...]**".²²⁴

El requerimiento inicial se convierte así en motivo de desacato al Juez Comisionado, suponiendo el ingreso en la cárcel pública del lugar para el notificado; indudablemente, el escribano recoge en la diligencia todas las manifestaciones abusivas de la persona, para constancia de las mismas y justificación del hecho de poner preso al notificado.

²²³ Ibidem

²²⁴ A.H.P.S. J-2792/3.

C) EL EMPLAZAMIENTO POR EDICTOS.

El supuesto que acabamos de ver, el emplazamiento por cédula, implica conocer el **paradero** de la persona que ha de ser emplazada. Pero si no se le encuentra en el pueblo ni en donde habitualmente reside ni se conoce su paradero, no es posible dejar una cédula para que se le entregue con comprensión del negocio. Debemos fijar la situación, como que el demandado está ausente y no se sabe su paradero²²⁵, o más concretamente, cuando no pueda ser habido ni se sepa su paradero²²⁶; lo mismo ocurre en el caso de que las personas a emplazar sean inciertas, o aun siendo ciertas, están en tanta multitud, que no se las puede conocer sin gran dificultad.²²⁷ En estos casos se debe recurrir a la **forma pública de citación**. La llamada pública al proceso, de origen Altomedieval en la Asamblea Concejo o Mercado,²²⁸ tiene su fundamento en la proximidad pública de las personas.

" y si casas no tuvieren, débenlos pregonar en tres mercados, porque lo sepan sus parientes o sus amigos, y se lo hagan saber que vengan a hacer derecho a aquello que se querellan de ellos"²²⁹

En esencia, la motivación jurídica de esta citación es la misma que la del emplazamiento por cédula: hacer saber al demandado la existencia del proceso, llamándole, por medio de terceras personas; se requiere por la tanto la intervención de otras personas como intermediarios ante el demandado.

²²⁵ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 76.

²²⁶ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 38.

²²⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit., Pág. 66.

²²⁸ LALINDE ABADÍA, Iniciación Histórica del Derecho Español, pág. 776.

²²⁹ P.P. 1.7.3.

La doctrina elabora cuatro supuestos para la citación por edictos, también llamada **citación escrita**:

1.- En caso de ocultación maliciosa del citado para que no llegue a él la noticia, impidiendo así que se le cite.

2.- Cuando no sea seguro el lugar en el que se la ha de citar por causa de enemigos u otro impedimento. En este caso se fijarán los edictos en lugares inmediatos al lugar en el que debería hacerse la citación.

3.- En los casos en los que el citado se le considera vago, se debe poner el edicto en los lugares en los que más suele permanecer, o en donde tenga casa abierta.

4.- Cuando la persona a llamar es incierta (concurso de acredores, adjudicación de herencia). En estos casos se llama a todos los interesados para que comparezcan.²³⁰

La publicidad de esta llamada pública se materializa en LOS EDICTOS Y PREGONES.

La publicidad de la llamada al proceso puede hacerse de dos formas:

-el pregón. Tiene el auténtico carácter de llamada en lugar público, entendiéndose como tal el espacio físico en el que cabe la posibilidad de reunión de personas suficientes para que se entienda como un conocimiento público, puede ser mercado o concejo. Para seguridad del conocimiento, se debe hacer por tres veces para que los parientes y amigos lo sepan.²³¹

-el edicto. El vehículo de transmisión no sería puramente oral, como en el pregón, sino documental. El edicto ha de ser fijado, o bien a las puertas de la casa del emplazado, si se conoce, o en lugar público: Ayuntamiento, Concejo, Juzgado, con el fin de darle publicidad. **Tapia**²³²

²³⁰ TAPIA. Ob. Cit. Págs.70-71.

²³¹ SALA, Ob. Cit., Pág.189.

²³² Ob. Cit. Pág. 70.

llama a la citación por edictos **citación por escrito** y dice que con ella se llama y emplaza al demandado ausente por ignorarse su paradero y que no se debe hacer por mera voluntad del juez, sino sólo en caso de necesidad y cuando el demandado no pueda ser citado de otra forma, agotando así todas las posibilidades que se permiten para poder citar o emplazar en persona o por cédula. Se intenta así garantizar la llegada efectiva de la citación al demandado, ya que la llamada por edictos viene a suponer una ficción que se sabe poco efectiva, excepto en los lugares pequeños.

Está claro que en un principio la llamada pública se refería solo al hecho de **pregonar en lugar público**. Con el tiempo parece confundirse edictos y pregones, los autores se refieren a ellos con carácter alternativo "edictos o pregones"²³³. Podía intentarse el pregón como medio más sencillo de llamar, y si no era posible, se recurría al edicto:

"yo el Escribano doy fe que hoy día de la fecha por no haber pregonero en esta villa, fijé edicto donde es costumbre para el primer pregón de los bienes ejecutados en estos autos [...] y por verdad lo firmo, en Iscar a veintiocho de marzo de 1749. Felix de Benito Salazar".²³⁴

En este caso se deberían dar pregones, pero no puede hacerse por no haber pregonero en la villa, por lo que el escribano fija el edicto en el lugar de costumbre. El pregonero no aparece entre los oficios públicos que se ejercían dentro del marco de la justicia real, pues era de carácter concejil o municipal. El "vocero" más bien es el llamador en el lugar donde se celebre la audiencia pública, mientras que el pregonero pertenece más a la comunidad estando vinculada su actividad con el Concejo.

²³³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 66.

²³⁴ CHAN, VALL. P.A. 3783-4.

En cualquier caso en los autos debe quedar la constancia de que tanto pregón como edicto se ha dado o fijado; esta constancia se verifica por diligencia o certificación, aunque realmente se desdobra en dos actos:

- primero se hace constar que se ha dado el pregón o se ha fijado el edicto.
- en el caso de los edictos, además de la constancia de fijación del edicto, se debe hacer constar cuando se retira y los días que ha estado fijado.

Veamos cómo se materializaba en la práctica el llamamiento por edictos.

"Certifico yo Miguel Roldan fiel de fechos, en este lugar de Miguel Ibáñez como en una de la puertas de este Concejo, puse y fijé un edicto llamando a todas las personas que tuviesen derecho y sean acreedores de los bienes que dejó Pedro Gómez Chamorro, vecino que fué de este lugar, ocurran a exponer su derecho al Tribunal Real de la Ciudad de Segovia, por el Oficio de Manuel Garcia Barragán, uno de los Escribanos del Numero de dicha ciudad que se les oirá en lo que justo fuera"²³⁵

En aquellos asuntos en los que la publicidad se hacía mediante pregón, la constancia documental de que el pregón estaba hecho se fué instalando en la práctica. Al pregonero o vocero público se le notificaba la resolución del juez en la que se solía incluir el número de días en que debían ser dados los pregones, y una vez hechos se ponía una diligencia en la que se hacía constar este hecho:

"Por voz de Bartolomé Bonete, pregonero público, se llevó al pregón en altas e inteligibles voces[...]mandaron dichos señores avivar la voz al pregón [...] lo que

²³⁵ A.H.P.S. J-1188/12.

así ejecutó el pregonero²³⁶

Indudablemente los edictos requieren un soporte documental que no precisan los pregones, ya que deben fijarse a las puertas o de la casa del llamado o del Concejo Público. Este soporte documental no se recuperaba para las actuaciones, siendo suficiente con la diligencia o certificación del escribano.

Habría que saber cual de las dos formas de llamamiento público era mas efectiva. Lo que si parece cierto, dado los pocos pregones que aparecen en las actuaciones, es que a las alturas cronológicas en las que estamos situados, el uso más frecuente era el de edictos sobre pregones, prevaleciendo sobre todo en ciudades y villas de mayor población, allí donde la Justicia se administraba por Alcaldes Mayores o Corregidores, quedando los pregones para los lugares pequeños en los que el juez era un Alcalde Ordinario. En cualquier caso sólo están facultados para acordar que una citación se haga por edictos los jueces ordinarios, y los Delegados del Rey o su Consejo, pero nunca los jueces comisionados, salvo que se incluya expresamente en la Comisión esta posibilidad o que lo permita la costumbre.²³⁷

La eficacia de esta citación no es la misma que la de una citación personal o por cédula, ya que siempre que aparezca el citado se le debe oír, en cualquier momento del pleito

D) LA CITACION O EMPLAZAMIENTO REAL. Se denomina así a la llamada que implica la **captura del reo**, aunque no esté formalmente demandado, en los casos en que se puede presumir que huya o no tenga arraigo o domicilio en el pueblo en el que se le demanda. Este "prendimiento" personal debe estar precedido de la garantía del demandante de responder

²³⁶ A.H.N. CONS. 41.644

²³⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág.70.

por los daños en el caso de que su pretensión no prospere. Si la forma **real** de citar, en la que la *captura personal del demandado se entiende como la forma más segura de citación*, a fines del XVIII se mostraban prevenciones hacia esta retención personal

" esta obligación [la del demandante de responder de los daños] nunca subsana el daño y las fatales consecuencias que pueden seguirse de privar a un hombre de su libertad. Los jueces no deben proceder a la captura en casos civiles, cuando puede quedar alguna duda de la certeza de la pretensiones del actor. No basta que se pida la prisión para decretarla. Es necesario examinar con gran prudencia las causas, considerar las circunstancias del que se supone reo, hacer la crítica más escrupolosa de las pruebas, graduarlas y considerar cuales deben ser las consecuencias del juicio. **Vale mucho para un hombre su libertad, sea la que quiera su condición**".²³⁸

Significativo este comentario frente a una forma tradicional de entender el ejercicio de un derecho privado. Aunque se exija para poder acordar por un juez la captura del demandado que se den unos supuestos que implican riesgo para el demandante en el ejercicio efectivo de su acción queda limitada en su ejercicio por la protección a la libertad del posible capturado, pues es una garantía para el posible capturado, lo que viene a ser una medida cuatelar a favor del actor. Entrarían en conflicto el derecho privado del actor a resarcirse del daño sufrido patrimonialmente y el derecho a la libertad de cualquier persona. Este conflicto se resuelve **discrecionalmente** por el juez haciendo una valoración personal de los intereses que deben ser protegidos.

4.6.TÉRMINO Y TIEMPO DEL EMPLAZAMIENTO.

Como ya se ha dicho, todo emplazamiento implica un término de tiempo para comparecer

²³⁸ TAPIA Ob. Cit. nota a la pagina 70, recogiendo a su vez otra de la obra "Febrero adicionado".

ente el juzgador a responder a la demanda puesta contra la persona que ha sido emplazada. El término, distinto del plazo,²³⁹ puede acordarse por el juez o por los oidores en la resolución en la que se admite la demanda, o bien no hacer ningún pronunciamiento en este acto procesal y hacerlo en el contenido del documento por el que se realiza el emplazamiento: carta de emplazamiento o real provisión. Lo que sí es indudable, como ya se ha dicho, es que es inherente a la validez del emplazamiento la fijación de un término para responder a la petición del demandado, término que tiene **carácter preclusivo**, es decir, que una vez vencido el plazo decae el derecho de la parte que no lo ha ejercitado, dándose por cerrado el momento procesal para hacerlo.

El término para responder es por lo tanto un periodo de tiempo que se computa en **días**. Pero algo tan esencial al acto procesal en sí como es el tiempo que se dá al demandado para que venga al proceso no tenía más regulación que la práctica procesal.

1º.- En Las Partidas solo se dice que debe comparecer ante el Juzgador todo aquel que fuese emplazado, compareciendo por sí o por otro en el plazo que fuese puesto.²⁴⁰ Pero no se dice nada de los días que tienen que integrar el plazo, entendiéndose que queda a voluntad del juzgador la fijación de los días: "en el plazo que fuese puesto". El plazo puede ser prolongado por acuerdo de las partes, y será válido siempre que de él tenga conocimiento el juez,²⁴¹. Desde luego están claros dos aspectos:

a) el término del emplazamiento no está prefijado por la ley, correspondiendo la

²³⁹ **Término** es un periodo concreto de tiempo en el que se pueden hacer determinadas actuaciones, y **plazo** es el vencimiento del término.

²⁴⁰ P.P. 2.7.3.

²⁴¹ P.P. 7.7.3.

determinación de los días al juez.

b) El término fijado por el juez es prorrogable por acuerdo de las partes , y será válido siempre que el juez tenga conocimiento de ello, con lo que se está dejando su duración en manos de la voluntad.

Hay que concretar por lo tanto, que para Las Partidas y en consecuencia toda la doctrina procesal que informa y que determina, el término debe existir pero lo fija el juez y puede ser modificado a voluntad de las partes.

Además de esta variabilidad, el término no era único en la práctica. Se podían dar hasta tres términos y a cada uno de ellos el actor tenía que acusar una rebeldía: se pedía el emplazamiento por un término , sino contestaba dentro de él el demandado, el demandante pedía que se le acusase una rebeldía, pudiendo llegar hasta tres las rebeldías pedidas y acusadas para que tuviese carácter definitivo.

2º.- En Las Leyes Recopiladas, se produce una inflexión en la tendencia. Así las cosas, en las Ordenanzas de Madrid de 1502 ²⁴², vienen a poner las cosas en su sitio:

-en primer lugar se fija un término concreto de emplazamiento: treinta días si estuviese más acá de los puertos, o en el mismo lugar que la Audiencia o El Consejo, y cuarenta días si fuese más allá de los puertos.

- en segundo lugar, después de determinar estos dos términos tan concretos, se establece la posibilidad de que el término pueda ser prorrogado, **discrecionalmente** por Consejeros, Presidente y Oidores por:

la calidad de la personas,

la calidad de la causa,

²⁴² N.R. 4.3.1.

la cantidad de la demanda

o la distancia de la tierra.

La justificación es que "podría perecer su justicia si no se prorrogase"²⁴³

Son dos valoraciones cualitativas y dos cuantitativas de las causas de prorrogación del término. Esta misma discrecionalidad para prolongar se reconocía para reducir, pero en este caso simplemente "si vieren que se deba abreviar por algunas justas causas". La discrecionalidad aquí es mucho mayor que en el supuesto de la prórroga, simplemente la existencia de causas que lo justifiquen, y que por supuesto las tiene que valorar el juez que acuerda el emplazamiento, aunque sea la parte actora quien las pida.

3º.- Un análisis objetivo del planteamiento de esta disposición, y con los antecedentes que se han explicado hace pensar que los términos seguían estando a voluntad de los jueces y oidores, pudiéndose alargar o acortar sin mayores justificaciones que la valoración de las circunstancias que la parte actora alegue.

En un pequeño muestreo de pleitos seguidos ante distintos órganos, unipersonales y colegiados, se observa:

1- En tres pleitos seguidos ante el Alcalde Mayor de Segovia en 1755, 1757 y 1765, el término que se dá al demandado para que alegue derecho es el de **tres días**²⁴⁴. **Tres días** también ante el Alcalde Ordinario de Villacastín en 1751,²⁴⁵ que se reduce a **dos días** en 1723 ante el

²⁴³ Ibidem.

²⁴⁴ A.H.P.S. J-1236/11, 1027/3 y 1235/2.

²⁴⁵ CHAN.VALL. P.A. 3782-3.

Corregidor de Olmedo.²⁴⁶ **Dos días** en un pleito sobre obra nueva que es especial y sumario ante el Alcalde Mayor de Zamora en 1768,²⁴⁷. El término se prolonga hasta **cinco días** ante el Alcalde Mayor de Paredes de Nava en una reclamación de ejecución de contrato de obra en 1796,²⁴⁸ y hasta **quince días**, ante Presiedente y Oidores de la Chancillería de Valladolid en un pleito por Caso de Corte en 1757.²⁴⁹ Predominan con mucho los plazos cortos, entre **dos y cinco días**, ante órganos unipersonales, Alcaldes Ordinarios y Mayores y Corregidores, siendo el más extenso el acordado por Presidente y Oidores de la Cancillería. En esta confusión legal y práctica los autores no se decantan por la fijación de un término único, sólo **Gómez Negro**, diciendo que **debe fijarse un término** dentro del que se presente el demandado, cuyo término está fijado por las leyes y es de **nueve días** contados desde que notificó el emplazamiento. Se puede concluir:

1º.- Los plazos para contestar al emplazamiento no estaban prefijados, pese a la regulación de la Ley Recopilada.

2º.- era la discrecionalidad del juez la que fijaba el término para contestar a la demanda.

3º.- Los términos eran menores en los órganos unipersonales que en la Chancillería.

4º.- **Tendencia a la perentoriedad del término.** La existencia de un término para responder al emplazamiento y con ello a la demanda no evitaba en la práctica la reiteración evasiva del demandado. Se solían hacer tres citaciones o emplazamientos si estaba el demadado

²⁴⁶ CHAN.VALL. P.A. 3782-4.

²⁴⁷ CHAN.VALL. P.A. 2791-2

²⁴⁸ CHAN.VALL. P.A. 3581-2.

²⁴⁹ CHAN. VALL. P.A. 2987-2.

en el pueblo,²⁵⁰ siempre que lo pidiese la parte y se le acusasen las correspondientes rebeldías. En el pleito seguido ante el Corregidor de Olmedo entre 1708 y 1723 para el saneamiento de una venta de tierras, el demandante presenta un escrito diciendo que se mandó dar traslado de la demanda a los demandados y

" dióseles y no han respondido cosa en contrario y el término en que habían de haber repondido es pasado y días más, por cuya razón les acuso la rebeldía. [...] Por acusada la rebeldía, notifíqueseles y repondan dentro del segundo día a lo que se les está mandado, con apercibimiento y en caso necesario se despache mandamiento".²⁵¹

Todo esto ocurría en 1708, y desde que se notificó por mandamiento a los demandados el segundo término, el pleito estuvo parado **doce años**. Después de este tiempo, la misma persona con otro procurador presenta una petición diciendo que

" respecto de no haber dicho ni alegado cosa alguna, suplico a VM. se sirva de mandar se vuelva a notificar **por retardado** [...] para dentro de un breve término".²⁵²

A esta petición, el juez acuerda dar traslado de todo lo actuado a los demandados para que "dentro de tercero día repondan lo que convenga a su derecho". Una vez verificado el traslado a los demandados, el demandante vuelve a presentar una petición en la que dice que ha pasado el término y más días, y los demandados no han dicho ni alegado cosa alguna, por lo que les acusa la rebeldía. El juez les tiene por acusada la rebeldía y acuerda que se les vuelva a notificar por **segundo término** dentro de tercero día, con apercibimiento que de no contestar dentro del

²⁵⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 72.

²⁵¹ CHAN. VALL. P.A. 3782-4.

²⁵² Ibidem.

término "se pasará a lo que haya lugar en derecho". Sin tener en cuenta el período de inactividad procesal, que en este caso sería imputable al actor dado el carácter de justicia rogada que informa el proceso civil, a los demandados se les dan tres traslados para contestar a la demanda, con términos cortos, pero que al fin dilataban el curso de los autos, teniendo en cuenta el tiempo que mediaba entre petición-auto-notificación. Esta práctica era la que intentaba evitar el capítulo 3 de las Ordenanzas de Madrid,²⁵³ en las que se establecía que el término de los emplazamientos debe ser único y perentorio, con la misma fuerza que si fuesen asignados tres términos, no teniendo el actor que acusar la rebeldía mas que al final del único término. Se evitaban así "atender los nueve días de Corte, ni los tres de pregones que disponían las leyes de los ordenamientos y estilo de la Audiencia". El término de treinta o cuarenta días que se fijaba en el capítulo 2 de las mismas ordenanzas, quedaba fijado como **único y perentorio**. Tapia, insiste en la necesidad de que los Jueces apliquen la ley Real, considerando que "no se excederán por seguir con todo rigor las leyes patrias".²⁵⁴

De todo lo expuesto, se puede deducir que los términos de los emplazamientos no eran uno sino varios: dos o tres, que dependía del actor el pedirlos en la práctica y que la obligatoriedad de la sujeción a un único término perentorio en la práctica no era frecuente.

EL TIEMPO DE HACER EL EMPLAZAMIENTO es el de los días no feriados, ya que en estos días no se pueden hacer actuaciones procesales, y las que se hiciesen serán nulas, lo mismo que los emplazamientos hechos en la noche, ya que debían hacerse entre la salida y la puesta del sol. Tanto el día como la hora pueden ser habilitados por el juez, siempre que exista una causa de "utilidad pública o privada", aunque es necesario que el citado comparezca para que

²⁵³ N.R. 2.3.4.

²⁵⁴ Ibidem.

sea revalidada, por lo que se supone que la habilitación de día feriado o de hora nocturna por sí misma no tiene validez total, haciendo falta la confirmación por la comparecencia del citado.²⁵⁵

4.7. EMPLAZAMIENTO FUERA DEL TERRITORIO.

Se han visto más arriba todas las posibilidades que pueden surgir cuando se va a emplazar a alguien dentro de la jurisdicción del territorio del juez que acordó el emplazamiento. Veamos que puede ocurrir si el demandado no vive en el mismo término municipal en que reside el juez que le manda emplazar.

En primer lugar puede ocurrir que el demandado, o alguno de ellos viva en un pueblo incluido en la demarcación territorial del Alcalde Mayor o Corregidor pero fuera de la villa en que este reside. En este caso, siendo competente para emplazar la Justicia que conoce del pleito, se pueden tomar dos direcciones:

- mandar un **comisionado** al pueblo. No es frecuente que se den comisiones para sólo emplazar, sino para diligencias de requerimiento de pago o práctica de pruebas, pero si cabe esta posibilidad.

- mandar **despacho** o Carta de Emplazamiento al Alcalde Ordinario para que por él se mande hacer la diligencia de emplazamiento.

- ir el juez de la causa por si mismo a citarle,²⁵⁶. "El Alcalde en los pleitos que a él pertenecieren de librar, que pueda ir por si [...] a emplazar la parte ausente aunque esté en el lugar de otra jurisdicción, para que parezca ante él a cumplir su derecho: y el emplazamiento o

²⁵⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág 69.

²⁵⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 66.

emplazamientos que así fueren hechos sean valederos".²⁵⁷

En segundo lugar, puede ocurrir que el demandado viva en otra demarcación judicial distinta de la del juez que le ha mandado emplazar. En este caso debe librarse **despacho exhortatorio** al juez del lugar en el que reside habitualmente la persona a emplazar,²⁵⁸ aunque sigue abierta la posibilidad de enviar Juez Comisionado.

Conviene en este punto intentar hacer una distinción entre cartas de emplazamiento y despachos exhortatorios de emplazamiento. El matiz esencial que diferencia estos dos documentos está en su **destinatario**, en el distinto carácter de la persona a la que se dirige y para la que se emite. La **carta de emplazamiento** se libra para que el **demandado** conozca por documento público que contra él se ha presentado una demanda, es la traslación hacia el exterior del órgano de la decisión del juez de que se emplazace a quien en la demanda se solicita. El **despacho exhortatorio de emplazamiento** es una comunicación entre órganos jurisdiccionales. El exhorto lo emite un juez que le dirige a **otro juez** la petición de que en su nombre haga el emplazamiento. Por lo tanto, el mandamiento exhortatorio puede contener en sí mismo la carta de emplazamiento, pero una carta de emplazamiento nunca puede ser un mandamiento exhortatorio por sí misma.

Los jueces superiores, entendiéndose como tal los Oidores de Audiencia y Chancillería, pueden citar por medio de despacho o de cualquier comisionado, basándose en que tienen jurisdicción en todo el territorio del reino, o en las demarcaciones de cada tribunal,²⁵⁹ . En estos casos en que se considera al comisionado como delegado del Rey o de Tribunal Superior, cuando

²⁵⁷ N.R. 7.3.4.

²⁵⁸ ORTIZ DE ZÚÑIGA. Ob. Cit. Pág.38.

²⁵⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 66.

require al juez del lugar para el cumplimiento de la comisión, sino es obedecido, puede conminarle y exigirle multa, "porque la superioridad a quien representa, y cuyas veces hace, le concede tácitamente la jurisdicción y facultad para mandarle y hacer que le obedezca [...]"²⁶⁰.

Cuando son los propios jueces que conocen de la causa, o los comisionados los que hacen el emplazamiento, deben comparecer antes ante el juez del pueblo en el que van a practicar la diligencia "tomando su cumplimiento".

1º.- emplazamiento hecho por Juez Comisionado. Cuando el juez que acuerda el emplazamiento, aunque vaya asisitido por el escribano del pueblo o por el Fiel de Fechos, actúa por nombramiento de comisión o delegación de otro juez, debe acompañar al traslado de la demanda el trasalado del título de la comisión para que la parte se instruya en la existencia del nombramiento,²⁶¹ siempre teniendo en cuenta que deben tomar el cumplimiento del juez del pueblo. Si no se acompaña el título o comisión debe dar fé el escribano que asiste al Juez Comisionado de la existencia del nombramiento y su extensión. Aunque cuando es notoria la jurisdicción del juez, no es necesario que en el despacho se incluya literal la comisión del juez, solamente es imprescindible en los supuestos de jurisdicción delegada, que no es presumible si no se pone de manifiesto,²⁶² Al despacho en sí o requisitoria se le debe unir la carta de emplazamiento,²⁶³ con los documentos, demanda y copia del auto.

2º.- emplazamiento por despacho exhortatorio. Práctica más habitual entre jueces superiores hacia inferiores y entre iguales, ya que de inferiores a superiores tiene carácter de

²⁶⁰ TAPIA, Ob. Cit, Pág.75.

²⁶¹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 77.

²⁶² HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 69.

²⁶³ JORDAN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 285.

suplicatorio, era la forma más frecuente de citar o emplazar al demandado cuando éste vivía fuera de la demarcación del juez que conocía de la causa. Este despacho se solicitaba, y se entregaba a la parte actora en la persona de su procurador, que era quien se encargaba de gestionar su cumplimiento ante la Justicia del lugar donde vivía el demandado.

El despacho exhortatorio tiene el matiz de dirigirse entre jueces de igual categoría, ya que el dirigido al inferior tiene el carácter de orden, y el dirigido al superior el de súplica.

El portador de este documento comparece ante el juez del lugar donde se ha de hacer el emplazamiento y le requiere para que admita y cumpla el contenido del despacho, mandando a su vez hacer el emplazamiento o citación,²⁶⁴

La requisitoria tiene que ir firmada por el juez y por mandato, también el escribano. Una vez que es presentado al juez del territorio al que va dirigido, y con él es requerido debe ser cumplida aunque no lleve ninguna justificación. Para el cumplimiento, se hace primero un requerimiento al juez que a continuación dice por auto que la acepta y ordena que se cumpla,²⁶⁵.

En 1767, ante el Alcalde Mayor de Zamora se presenta demanda, sobre paralización de obra nueva; el demandado no vive en Zamora sino en un pueblo de su jurisdicción, Morales. Para citarle al juicio, se libra despacho dirigido a las Justicias de Morales; en este lugar, casi dos meses después de la emisión del despacho, aparecen las siguientes diligencias:

" En lugar de Morales,[...], como Justicia que soy de Regidor en dicho lugar, hice saber el contenido de éste a la persona de Diego Cabrero (el demandado)"²⁶⁶

²⁶⁴ ORTIZ DE ZÚÑIGA, OB. Cit. Pág. 38.

²⁶⁵ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. fo. 17.

En este caso es el regidor el que hace el emplazamiento, se supone que en ausencia de otras justicias.

4.8. EFECTOS DEL EMPLAZAMIENTO.

Si la demanda, una vez presentada y admitida pone en marcha la actividad del proceso naciendo para el órgano la obligación de poner en conocimiento del demandado la existencia del pleito y llamándole formalmente el mismo para que diga si admite o niega las pretensiones del demandado, la realización práctica del emplazamiento produce una serie de consecuencias de carácter procesal, que afectan a las partes y al órgano.

1º.- previene el juicio,²⁶⁷ ya que por el emplazamiento adquiere el juez prevención en el conocimiento de la causa,²⁶⁸ o lo que es lo mismo, una vez emplazada una persona por un juez no puede serlo por otro de igual jurisdicción,²⁶⁹ aunque si de jurisdicción superior. Este efecto nace de la misma obligación de comparecer ante el juez que ordena el emplazamiento, excluyendo la posibilidad de ser emplazado por otro juez, y en caso de que se hiciese otro emplazamiento pedido por la misma persona y con la misma reclamación, no está obligado a comparecer ante el segundo juez que le llame,²⁷⁰.

2º.- El emplazamiento correctamente hecho interrumpe la prescripción, entendida

²⁶⁶ CHAN.VALL. P.A. 2791-2.

²⁶⁷ SALA, Ob. Cit. Pág. 190.

²⁶⁸ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág.285.

²⁶⁹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 77.

²⁷⁰ P.P. 2.7.3.

como la posibilidad de adquirir una cosa o un derecho por la virtud jurídica de la posesión continuada durante el tiempo que la ley señale, y también la de caducar un derecho por lapso del tiempo señalado. La interrupción de la prescripción juega en dos aspectos diferentes de la relación jurídica:

- en la prescripción adquisitiva, el lapso de tiempo que se exige para que se produzca deja de discurrir desde el momento en que la acción interpuesta por quien intenta evitar que se produzca el efecto ha tenido su enganche procesal por medio del emplazamiento. Desde este plano la interrupción de la prescripción afecta a la parte que se demanda, ya que el ejercicio de un derecho afecta a la consecución de otro.

Según Las Partidas, si alguien hubiese comenzado a ganar por tiempo cosa ajena, si fuese emplazado sobre ella o se la hubiese demandado en juicio por el anterior poseedor, se pierde el tiempo transcurrido a su favor ²⁷¹.

- en el caso en que el transcurrir del tiempo produce la caducidad para ejercitar una acción, que a su vez protege un derecho, la interrupción de la prescripción es relevante para el propio ejercitante de la acción y solo afecta relativamente al demandado por las consecuencias del propio ejercicio.

En cualquier caso, lo que implica la interrupción de la prescripción en el ámbito procesal es la detención del cómputo de un tiempo, paralizándose en coincidencia con el del momento procesal que lo determina.

Si entendemos que el transcurso del tiempo depende de la inactividad de alguien, contrario sensu, su interrupción parece vinculada a alguna actividad de parte interesada. La determinación de cual es el momento (concreción en el tiempo) en que se produce ese efecto dentro del proceso,

²⁷¹ P.P. 29.29.3.

parece que se fija por la doctrina en el del emplazamiento y no en el mero hecho de demandar, como parece que Las Partidas puedan admitir: "le hiciese emplazar[...]o se hubiese demandado en juicio". La trascendencia de la influencia civilista a través de teorías contractualista o cuasicontractualista en la esencia jurídica del proceso²⁷², hace que sea la perfección procesal la que determine la existencia de tal proceso, y por lo tanto el efecto paralizador de un tiempo que determina la obtención de un derecho.

3º.-Perpetúa la jurisdicción del Juez Delegado, aún después de la muerte del delegante,²⁷³. Para llegar a esta solución se parte en la doctrina de la idea ya expresada de que la llamada al proceso "es fundamento y cabeza sustancial de la orden del juicio",²⁷⁴ y que vincula a la parte demandada al proceso, comenzando así la relación causicontractual que se considera parte el proceso. Pues bien, si se parte de esta premisa del nacimiento de la relación procesal cuando se formaliza el emplazamiento del demandado, es desde aquí desde donde la existencia de una realidad procesal está clara. Además, si se tiene en cuenta la formulación, también doctrinal, del nacimiento y extinción de la jurisdicción delegada en paralelo a la doctrina del mandato contractual, es lógico que se admita con carácter general que la jurisdicción del delegado se extinga por revocación o muerte del delegante. En el caso de la muerte o pérdida del oficio, al no depender de un acto de voluntad del mandatario, se valora la existencia del proceso como una entidad procesal autónoma que debe seguir discurriendo desde su punto de partida. En la línea de influencia canónica, la desaparición del delegante antes de la contestación determina la

²⁷² VER SUPRA 1.3.1.

²⁷³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 77.

²⁷⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 65.

extinción de la jurisdicción dada con carácter delegado; ahora bien, en Las Partidas,²⁷⁵ se establece que:

"las cartas foreras que son dadas para mover pleito[...] han tiempo de durar hasta un año seyendo vivo el que la mandó dar, o el que la ganó o aquel contra quien fué ganada, ca muriendo alguno destos no debe valer la carta si el pleito no es comenzado "a lo menos por emplazamiento", mas que comenzado fuese desta manera, debe valerle la carta para deliberarse el pleito donde adelante por ella entre aquellos cuyo es el pleito o sus herederos".²⁷⁶

Se entiende que basta para conservar la jurisdicción el emplazamiento o citación,²⁷⁷; de forma que pueda el juez delegado continuar conociendo de la causa, si la muerte o pérdida del oficio ocurrieron despues del emplazamiento. Se argumenta, siguiendo a **Gregorio López** en la glosa 5 de d.l.21, que debe prevalecer el criterio de la ley de Partidas sobre el de la canónica por ser esta más amplia, ya que "dijo menos de lo que quiso".

4º.- El emplazamiento produce situación de "litis pendencia", consecuentemente, la cosa de la que se trata se hace litigiosa, sin que pueda ser anajenada y por lo tanto siendo nula toda enajenación hecha a posteriori,²⁷⁸. La prohibición expresa de enajenar el objeto litigioso responde a la protección de las expectativas de derecho del actor ante posibles actuaciones maliciosas del emplazado que vende o enajena maliciosamente las cosas, y cuando comparecen

²⁷⁵ P.P. 35.18.3.

²⁷⁶ P.P. 25.18.3.

²⁷⁷ SALA, Ob. Cit. Pág. 143.

²⁷⁸ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág.77.
SALA, Ob. Cit. Pág. 190.

dicen que no tienen que responder por que no tienen las cosas sobre las que se les demanda, ²⁷⁹.

Consecuentemente la enajenación es nula y la cosa debe retornar al poder del que la anajenó. Si el comprador conoce el engaño, pierde el precio pasando íntegro como pena de la Cámara, y si hubiese comprado de buena fé, puede reclamar el importe entregado, más la tercera parte como pena, quedando las otras dos partes para el Rey.

A esta prohibición de enajenación y su consiguiente e intrínseca nulidad se reconocen **tres excepciones** en las que se mantiene interinamente la enajenación, hasta que resuelto el pleito se vea si el demandante tiene derecho a la cosa que pide, ²⁸⁰:

- cuando se enajenó por última voluntad,
- si la enajenación se hizo para constituir dote
- cuando la cosa objeto del pleito pertenece a muchos, y la quieren enajenar los unos a los otros, ²⁸¹. En cualquier caso, este tercer poseedor debará comparecer y contestar a la demanda, constituyéndose como una parte en el proceso.

5°.- Obliga al empalzado a comparecer ante el Juez, aunque no sea competente, por tener privilegio de no ser reconvenido ante él, ²⁸² porque "así se corresponde a la honra del lugar y poder que tiene el juez por el Rey". Basta con que enseñe el título de privilegio, bien ante el escribano en el mismo acto de la notificación, o bien mediante privilegio ante el juez para que

²⁷⁹ P.P. 13.7.3.

²⁸⁰ SALA, Ob. Cit. Pág. 190.

²⁸¹ JORDAN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 286.

²⁸² SALA, GÓMEZ NEGRO, Ibidem.

reconozca su privilegio,²⁸³.

A la obligación de comparecer se admiten otras excusas más genéricas, tales como el impedimento por enfermedad, encontrándose de viaje, o en ocupación urgente en servicio del Rey, incluso en bodas y funerales de parientes y amigos,²⁸⁴. Tampoco tienen obligación de comparecer los que sufren grandes catástrofes, como riadas, nieves, tempestades o peligro de muerte,²⁸⁵.

6º.- Vincula al emplazado a seguir el pleito ante el Juez competente cuando se le emplazó, aunque después haya dejado de serlo por cambio de domicilio o por otra causa,²⁸⁶. El cambio de morada de un lugar a otro, aún fuera de la jurisdicción, no excusa al emplazado a responder ante el juez que ordenó su emplazamiento,²⁸⁷.

²⁸³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 78. Añade: "Y así se practica en Madrid".
VER SUPRA 4.4.

²⁸⁴ JORDAN DE ASSO, Ob. Cit. Pág 286, y P.P. 2.7.3.

²⁸⁵ P.P. 11.7.3.

²⁸⁶ GOMEZ NEGRO, SALA Ibidem.

²⁸⁷ P.P. 12.7.3.

CAPÍTULO V.- ACTITUDES DEL DEMANDADO DESPUÉS DEL EMPLAZAMIENTO.

Si el trasladar la demanda a la persona contra la que se dirige, y llamarle para que la conteste dentro del ámbito del proceso, es el primer eslabón de una dialéctica procesal encaminada al resultado último, la decisión judicial, las actitudes que puede tomar el demandado ante este planteamiento determinan que el curso del proceso se desarrolle en distintos planos o situaciones según que, si no contesta, si contesta y se allana, si contesta y excepciona, y si contesta y niega la demanda, e incluso reconveniona. De la elección de cada una de estas actitudes por parte del demandado depende, no sólo la producción de efectos procesales para el mismo, sino la toma de determinadas decisiones por el juez, en función de los planteamientos procesales que de ellas deriven.

Siguiendo la línea mantenida hasta ahora, que es buscar el hilo conductor de los momentos procesales, vamos a estructurar el contenido de este epígrafe, según las posibles actuaciones que se pueden producir desde que el demandado ha sido efectivamente emplazado.

5.1. PRESENTACIÓN DE EMPLAZAMIENTO E INCOMPARECENCIA DEL DEMANDADO

En los casos en que el emplazamiento se lleva a cabo fuera del lugar de residencia del titular de la jurisdicción, se entrega un despacho dirigido a las justicias del lugar en el que vive habitualmente el demandado para que, auxiliado jurisdiccionalmente, hagan el emplazamiento. Este documento que se entrega a la parte que lo solicita y que es la encargada de que se haga

cumplir lo que en él se ordena, se presenta al Alcalde correspondiente, que a su vez encarga al oficial de justicia que haga lo que en el mismo se pide o "interesa". El despacho original se queda en el oficio del escribano encargado de hacer la diligencia, así como el propio emplazamiento, con todas las vicisitudes que puedan acaecer. A la parte que lo presentó, se le entrega **un testimonio de despacho y diligencias** que es el que va a presentar en el órgano que expidió el documento original, con el fin de que en los autos quede constancia de que se ha hecho el emplazamiento, o bien las posibles incidencias ocurridas en el diligenciamiento.

En estos casos, se aporta con un pedimento, por el que se presenta el emplazamiento notificado, afirmándose en todo lo que por su parte se ha dicho y alegado, suplicando que se le tenga por presentado, y que haga como la parte ha pedido¹²

A pesar de que esta petición no debe expresar nada más que se aporta el despacho de emplazamiento para que se una a las actuaciones y se tenga en cuenta, la tendencia de los letrados a alegar en todos los escritos, permitía que también en este pedimento la parte que lo presentaba hiciese manifestaciones sobre el fondo. Valga como ejemplo el documento siguiente en el que se introducen alegaciones en un momento procesal atípico

"Laurencio de Zarza (Procurador) en nombre de Don Pedro Sobrino González Monroy, vecino de la Villa de la Nava del Rey, en el pleito con Manuel Cristóbal y Francisco Redondo (Demandados), hijos legítimos y herederos que quedaron de Antonio Redondo y María Herranz, difuntos vecinos que son y fueron del lugar de Aguasal, sobre que hagan a mi parte buenas cuarenta y siete obradas de tierras en los términos de dicho lugar; [...] que vendieron a Don Diego Sobrino su padre, los dichos Antonio Redondo y María Herranz como resulta de la escritura de venta presentada. Y que paguen a dicha mi parte los frutos y rentas que han podido rentar desde el otorgamiento de dicha venta, las cuales dichas tierras le han salido inciertas= **Digo** que se ha hecho saber dicha demanda a Cristóbal y Francisco Redondo, como consta de la notificación que está al pie del mandamiento que se libró por el señor Licenciado Don Antonio Viar y Rodríguez, Corregidor que fue de esta villa, en veintidós de agosto del año pasado de setecientos ocho, por testimonios de Manuel Martínez Quirós, Escribano que fue de su número, que uno y otro reproduzco, y respecto de no haber dicho ni alegado cosa alguna, **Suplico**

¹² PÉREZ DE AYALA Y AULESTIA. Ob. Cit. fol. 1 de 2ª parte.

a VM. se sirva de mandar se vuelva a notificar por retardado. [...].¹³

En este pleito, por ser "**retardado**", no se aporta el despacho de emplazamiento, sino que se refiere al ya aportado y que la parte solicitante "**reproduce**", es decir, se remite a la presentación y unión a los autos. Es fácil ver, que frente a la simplicidad de la súplica "se sirva mandar se vuelva a notificar por retardado", y a la no menos simple relación de los hechos "Digo: que se ha hecho saber dicha demanda [...], la parte solicitante, después de ubicar el pleito por las partes intervinientes y por el motivo de pedir, hace una alegación para que se le pague lo que se le debe.

En otras ocasiones, al mismo tiempo que se aportaba el despacho con la notificación del emplazamiento, ya se decía que el término del emplazamiento para contestar había pasado y en consecuencia se pedían otras actuaciones del órgano.

"[Encabezamiento con Procurador], **Digo**: que a mi pedimento se ganó despacho de este Tribunal para que la Justicia que fue en el año de mil setecientos sesenta y cuatro reintegrara en su Pósito doscientas cincuenta fanegas de trigo, que recibió de líquido alcance, a su favor y del de su Concejo de quien es propio; y aunque se le hizo saber para que al término de tercero día pagasen y pusiesen dicha partida de trigo, en el citado Pósito y Alóndiga, y que de no ejecutarlo así pasaría ministro a su consta a hacerlo cumplir; aunque el citado término es pasado y mucho más **como aparece de notificación puesta a continuación del citado despacho en menosprecio de los mandatos de este Tribunal, que para más verificación en la debida forma presento [...]**".

A esta petición se dicta Auto: "Por presentada con el despacho que expresa (siguen decisiones sobre subsiguientes actuaciones).¹⁴ Aunque la petición podía resumirse en decir que presentaba el emplazamiento notificado.¹⁵

¹³CHAN. VALL. P.A. 3782-4.

¹⁴A.H.P.S. J-1027/3

¹⁵CHAN. VALL. P.A. 2791-2.

"[...] en el pleito con [...],// presento con juramento y con forma esta vuestra Real Provisión de Emplazamiento a mi parte librada, y notificada en forma a la contraria, por tanto, y afirmándome como me afirmo en todo lo por mi parte pedido, y lo para ello dicho y alegado, y siendo necesario haciéndolo de nuevo// a V.A. suplico se sirva de hacer y estimar en todo como antes de ahora tengo pedido, y en que insisto; justicia"¹⁶

La incomparecencia del demandado.

Si en un momento arcaico del desarrollo del proceso, la incomparecencia del demandado suponía la detención de su curso, la influencia del Derecho Común sobre la evolución procesal supone una solución jurídica para el supuesto de la no comparecencia del demandado, permitiendo que continúe sin su presencia, aliviando los efectos patrimoniales y personales al incomparecido como eran la posesión de bienes y la prisión por deudas.¹⁷ Esta solución suponía la entrega de la cosa litigiosa al demandante, aunque sin prejuzgar el resultado final. En este punto, se instalaba una **ficción jurídica** consistente **en suponer** la comparecencia de demandado, una supuesta o admitida "litis-contestatio" entre las partes para respetar el desarrollo del proceso y tras este requisito, si la incomparecencia era pertinaz, podía el demandante pasar a poseedor o dueño de la cosa.¹⁸ El hecho de entregar la cosa litigiosa al demandante en el caso de que el demandado no contestase a la demanda, tiene una marcada raíz germánica, como un residuo de la *Gewere* que se mantiene y convive con la gran trayectoria de influencia que vino a suponer en los derechos europeos la recepción del Derecho Común, con su gran carga de Derecho Canónico; como se verá más adelante, procede de su concepción privatista y contractualista, el que en el proceso español en general haya quedado como una institución jurídica más la *litis-contestatio*,

¹⁶CHAN. VALL. P.A.2987-2

¹⁷LALINDE ABADIA, Ob. Cit. Pág. 777

¹⁸PÉREZ PRENDES, Ob. Cit. Pág. 1273.

aunque en determinados momentos la institución se base en una ficción, jurídica, sí, pero ficción al fin y al cabo.

La primera cuestión a fijar es desde cuando se debe tener por incomparecido a la parte demandada. Si el resultado último de esta situación procesal es la declaración de rebeldía del demandado no comparecido y el seguir el pleito en su ausencia, hasta llegar a esa declaración de rebeldía de la parte demandada, se establece una situación transitoria en la que los elementos personales del proceso siguen siendo dos, el juez y el demandante, y entre ambos tienen que solucionar la situación para que los elementos sean tres, juez, actor y demandado.

En primer lugar, hay que establecer como premisa básica que el demandado no ha comparecido; para ello hay que comprobar que ha transcurrido el término que se le dio para comparecer y contestar: "que el término es pasado y más días", le decía el actor al juez, para que examinase el escribano lo actuado y si ciertamente había transcurrido el plazo dado por el juez, tenerlo por tal.¹⁹ Pero era el demandante el que se lo debía pedir al juez; sin esta petición el juez no actuaba y el pleito moría en sí mismo por el paso del tiempo, dado que no caducaba la instancia, pudiéndose convertir en un pleito retardado. En el mismo pedimento, el actor, después de decirle al juez que había transcurrido el término dado sin que el demandado dijese nada, pedía al juez que le acusase la rebeldía. La cuestión de fijar el momento en el que al demandado que no ha comparecido ni contestado, la doctrina la ve desde una óptica muy especial: el momento es el fin del término señalado para comparecer **pero antes de ser pasado**, porque después de

¹⁹ Para el cómputo de los términos y plazos, es difícil hacer un seguimiento, ya que no constaban en los autos las fechas de presentaciones de pedimentos, haciéndose necesario guiarse por la fecha del auto o decreto que se dicta a cada petición. En cualquier caso, las peticiones pocas veces se presentaban en los días justos, sólo cuando alguna de las partes tiene prisa por apremio de algún gasto, como el pleito de Obra Nueva seguido ante el Alcalde Mayor de Zamora y Jueces Consistoriales de la misma ciudad entre 1766 y 1768; en él, el demandado tiene prisa por que hagan todas las actuaciones ya que en tanto no se resuelva tiene parada la obra y le supone un gasto, por ello acusa las rebeldías en el mismo día en que vencen los términos. CHAN. VALL. P.A. 2791-2.

pasado "la citación queda circunducta" y hay que volverla a hacer.²⁰ Parece difícil decir cual será este día en que el término finaliza, pero no está pasado. Desde luego, como se ha visto, la práctica habla constantemente de que **el término es pasado** y que no es precisamente el día de su finalización.

"[...] a quien se dio traslado de mi pretensión; y aunque se le notificó el auto, **es pasado el término** y no ha comparecido a decir cosa alguna, **por lo que le acuso la rebeldía**: Suplico a Vmd. se sirva haberla por acusada".²¹

De momento pues, sólo se precisa tener al demandado por **no comparecido** y para ello basta la constancia de que fue emplazado, de que el término ha transcurrido, incluso en exceso, y la inexistencia de cualquier manifestación o alegación por parte de la persona obligada a comparecer y contestar.

Para el cómputo de los días, **Martínez Salazar** dice que si el último día para contestar fuese feriado, se debe admitir la contestación por el juez o el escribano, poniendo nota o fe del día y hora en que se hace.²² Ahora bien, con el tiempo se fue fijando la práctica de no computar los días feriados, aunque la última valoración de este momento la tenía el juez que era quien decidía discrecionalmente si la contestación estaba presentada en tiempo.

A) EFECTOS DE LA INCOMPARECENCIA DEL DEMANDADO.

Si el demandado no va a decir y alegar lo concerniente a su justicia, "si el término es pasado, se proveerá y determinará según el Juez lo tenga por derecho"; y los autos y diligencias

²⁰ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 67. El autor en nota refiere a Paz, Gregorio López, Salgado, Vela y Covarrubias para afirmar esta idea.

²¹ MARTÍNEZ SALAZAR, Colección de Memorias y Noticias del Consejo. pág. 143.

²² MARTÍNEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 148.

se harán y substanciarán en su ausencia y rebeldía en los estrados de la Audiencia Pública, causándole el mismo efecto que si se le hiciesen personalmente las notificaciones.²³ En resumen, esto es lo que se decía en un auto en el que se acordaba el emplazamiento, y al darle traslado de él al demandado se le advertía de los efectos procesales de su incomparecencia, y que esencialmente eran dos:

- **el pleito continuaría su curso**, y el juez lo fallaría y determinaría según su criterio y conforme a derecho, pero sin que las alegaciones y pruebas de la parte demandada pudiesen pesar sobre su decisión. Únicamente tendría en cuenta las que el demandante hubiese aportado al proceso,

- **todo lo que se actuase desde ese momento se lo comunicaría el demandado en los estrados de la Audiencia**, y estas comunicaciones tendrían el mismo efecto que si se le hiciese en su persona, es decir, le correrán términos y transcurrirán las fases del proceso sin su intervención.

En **Las Partidas** se fijan distintas penas pecuniarias que se impondrán a los demandados incomparecidos, variando la cuantía según su condición social. La justificación es que, desprecian el mandamiento de aquellos a quienes deben obedecer por no querer entrar en el pleito en el que fueron emplazados. Pese a ello, dice **Sala** que la práctica no tenía en cuenta estas multas, simplemente se señalan los estrados del Tribunal como si fuesen el Procurador, leyéndole allí las providencias del juez, que le causarán el mismo perjuicio que si les hiciesen en sus personas las notificaciones.²⁴

Esta **ficción jurídica** de notificar al demandado a sabiendas de que no se va a enterar, ni

²³ Ibidem. pág. 142.

²⁴ SALA, Ob. Cit. Pág. 191

tan siquiera estar presente, responde a los mismos criterios que informan la institución de la **rebeldía** como solución para que la *litis-contestatio* siga existiendo aunque el demandado no conteste a la demanda y así poder tener por perfeccionada la relación cuasicontractual que a su vez determina la existencia del proceso imprimiéndole el carácter de relación interpersonal.²⁵ En cualquier caso, **el efecto inmediato de la no comparecencia del demandado** es que se abre la posibilidad de que se le acuse la rebeldía, y en consecuencia, el pleito se seguirá en su ausencia y se le comunicará lo actuado en estrados, sin que pueda decir ni alegar cosa alguna desde este momento.

B) EXCUSAS QUE PUEDE ALEGAR EL DEMANDADO PARA NO COMPARECER.

Los efectos que produce la incomparecencia quedan anulados en los casos en que el demandado puede alegar justos motivos que le han impedido cumplir con el mandato del juez de contestar en el plazo señalado y consecuentemente cumplir con la primera obligación procesal. Así las penas que se imponen al demandado en la Ley de Partidas, son para los casos en que **no quiere comparecer**, no para cuando **no puede venir al pleito**. Los casos en que el emplazado no puede venir a la causa por **motivos de fuerza mayor**, tales como enfermedad o catástrofes naturales, son aquellas que quedan fuera de su voluntad y son motivos externos o ajenos a su persona.²⁶ A estos motivos para excusar el demandado su comparecencia, se les añade el de considerar que el juez que le ha emplazado no es competente,²⁷ que se le mande comparecer en días de ferias, prohibición de su propio juez o estar llamado por tribunal superior. Así, al

²⁵ VER INFRA 5.8

²⁶ BERNI Y CATALA, Ob. Cit. not. pág. 63.

²⁷ La incompetencia jurisdiccional es tratada por la mayoría de la doctrina como una excepción para plantear con carácter previo a la contestación a la demanda.

ignorante y al rústico, al menor y al impedido no les corre el término, ni pueden ser considerados rebeldes; por ello, en cualquier momento que se presenten ante el juez, justificando el no haber podido comparecer y responder a la demanda, conservan el término dado para la contestación. Y el caso de que hubiese sido acusada la rebeldía, por ser presunta y ficta, ha de ser alzada, y debe prevalecer la verdad.²⁸

5.2. LA CONTUMACIA

En este punto conviene plantear de nuevo una **cuestión terminológica**, sobre la utilización de los conceptos **contumacia** y **rebeldía**. Como en otras ocasiones que ya se han visto, la doctrina clásica y la práctica, más moderna, confunden ambos términos jurídico-procesales, utilizándolos indistintamente como si de conceptos análogos se tratase, y desde luego hay analogía entre contumacia y rebeldía: son dos situaciones procesales en las que la base fundamental es la no comparecencia, y desobediencia al mandato de un juez para comparecer ante él en una causa o pleito. Pero la madeja conceptual que forman los autores puede ser desentrañada si se hace una distinción inicial del contenido de los dos momentos procesales.

1º.- La contumacia es la acción de no comparecer y desobedecer. Exige necesariamente tres requisitos:

- la llamada al proceso como un mandato judicial.
- que el llamado sea o pueda ser parte.
- que desobedeciendo este mandato no comparezca.

La contumacia hay que dejarla en el plano de los hechos: es una **actitud** que puede tomar el demandado cuando se le llama en un pleito, que indudablemente tiene un contenido de

²⁸ CONDE CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 40.

negativa o desobediencia, y al mismo tiempo de aceptación de las condiciones y advertencias que se le hacen en el momento de emplazarle.

2º.- La rebeldía implica algo más que una acción: **es un estado procesal**. Va más allá de la mera actuación, ya sea por acción u omisión, del emplazado. **La calidad de rebelde** se adquiere por algo más que la omisión de la comparecencia; en su vista, y a petición de la parte que ha presentado la demanda y solicitado el emplazamiento, debe el Juez **hacer una declaración** dentro del marco del proceso, por la que queda vinculado el demandado incomparecido al resultado último del pleito.

La práctica de los Tribunales, partiendo del hecho de la ausencia del demandado para decir y al mismo tiempo constituirse parte procesal, añadía dos requisitos semiformales:

1º.- Ha de ser el propio actor el que pida del Tribunal que se acuse la rebeldía del demandado que no ha contestado. Se deja así, como en otros muchos momentos procesales, a voluntad del actor la toma de decisiones de impulso procesal.²⁹

2º.- Se precisa una declaración formal del juez, tanto que si el demandado muere antes de contestar, no se trasmite la pena de contumacia a su herederos, y se les debe hacer saber el estado de los autos para que salgan a su defensa³⁰

Pues bien, partiendo de los dos planos, el de los hechos y el de las instituciones procesales, se va a intentar desenmarañar su desarrollo doctrinal, fuertemente condicionado por la influencia romanista del Derecho Común que forzaba el trasunto privatista del proceso para convertirlo en un **cuasicontrato**, necesitando tres elementos procesales: el juez, y las dos partes,

²⁹ En este plano de la práctica ante Tribunales, aclara el CONDE DE LA CAÑADA en su mencionada obra, páginas 91 y 92, que aunque la ley recopilada (NoR 3 y 2.15 11, y 13.4.11.) se refiera a los negocios que penden en Consejos y audiencias, debe entenderse que afecta también a los demás tribunales del reino "su razón y espíritu general y en interés de la causa pública"

³⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág 80.

demandante y demandado para que se produzca la realidad procesal que supone nacida de la voluntad de las partes. Por lo tanto **al hablar de contumacia se habla de hechos y al hacerlo de rebeldía nos referimos a un estado procesal.**³¹ Así, la rebeldía sería la consecuencia jurídico-procesal del supuesto de hecho de la contumacia.

Entre uno y otro momento hay una línea divisoria: **el momento en que la contumacia se convierte en rebeldía.** En principio, para que pueda producirse la declaración de rebeldía debe haber existido primero la contumacia del demandado.

La contumacia sería así la desobediencia del demandado al mandato del juez para que comparezca a contestar la demanda. Presupone la **incomparecencia**, pero para que esta incomparecencia se valore como contumaz hay que añadirle un elemento más, **la valoración que haga el juzgado** siempre a petición de la parte actora.

La primera duda que se plantea es la de fijar en qué momento se debe considerar al demandado contumaz. En un primer paso, hay que fijar que no se ha comparecido después de transcurrido el término dado; debería ser una incomparecencia bastante para que la situación se dé por tal. Pero parece que la práctica no funcionaba en este sentido. El Derecho Real insiste en fijar los términos de emplazamiento y contestación³² (N.R. 1 y 2.3.4. y 1.4.4.) como únicos y perentorios para evitar que se produzcan abusos y dilaciones por la reiteración de los llamamientos. Pese a ello, en la práctica, influida sin duda por los beneficios económicos que para los escribanos suponía la prolijidad de actuaciones, se solía exigir que la incomparecencia

³¹Esta distinción es meramente formal, para establecer unas categorías metodológicas que permitan situar con claridad las dos figuras procesales. la realidad era distinta: se hablaba indiferentemente de contumacia y de rebeldía, aunque sí se puede conceptualmente separar los dos momentos en el proceso, marcando la diferencia entre situación y declaración procesal. Pese a ello, debe quedar claro que supone una abstracción de la realidad doctrinal y práctica para su mejor comprensión, sin que se pueda referir a bases jurídicas reales.

³²N.R. 1 y 2.3.4.
NoR. 11 y 13.14.11

fuese **reiterada** para que al demandado se le tuviese por contumaz. La reiteración se valoraba como tal después de que se hubiesen producido **tres llamamientos consecutivos**, con tres días entre uno y otro, a petición de la parte demandante.³³

En el pleito sobre saneamiento de la venta de unas tierras seguido entre 1708 y 1723 ante el Corregidor de Olmedo,³⁴ la parte actora pide tres veces que se acuse la rebeldía del demandado. Vamos a ver como se desarrolla procesalmente:

1º.- Comparece el procurador Benavente en nombre de Pedro Sobrino, diciendo que "tiene puesta demanda a Manuel Cristóbal y Francisco Redondo por cuarenta y siete obradas de tierra, sus frutos y sus rentas, como herederos que son de antonio Redondo su padre y de María Hernández su madre, [...] y Vm fue servido de mandar darles traslado, dióseles y no han respondido cosa en contrario, y el término en que habían de haber respondido es pasado, y días más, por cuya razón les acuso la rebeldía". (**primera petición de rebeldía**). Pide se les tenga por acusada. A esta petición, el juez dicta un auto diciendo que les tiene por acusada la rebeldía, que se les notifique, y que respondan dentro del segundo día a lo que les está mandado, con apercibimiento". A 21 de agosto de 1708. Para cumplir lo acordado se libra un mandamiento que se notifica el 28 de agosto del mismo año.

2º.- Dos meses después, el 29 de octubre, con un nuevo procurador, comparece el demandante diciendo "que lo pedido por su parte se mandó dar traslado a las contrarias, el que se les notificó y el término es pasado y días más, y no han dicho ni alegado cosa alguna por lo que acusa rebeldía" (**segunda petición de rebeldía**): pide que se les tenga por acusada y que se mande a las contrarias hacer lo pedido. Recae auto teniendo por acusada la rebeldía y acordando

³³GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 78

³⁴CHAN. VALL. P.A. 3782-4.

que se les vuelva a notificar por segundo término, para que dentro del tercero día respondan al traslado que se les ha dado, con apercibimiento de que no haciéndolo y pasado se pasará a lo que haya lugar en derecho. Para hacer esta notificación, que se hace el día once, no se libra mandamiento, la notifica el escribano de Olmedo.

3°.- Doce años después, el 2 de diciembre de 1720, y sin ninguna respuesta, vuelve la misma persona a reiterar lo pedido, y por auto se acuerda darles traslado por tercero día que se les notifica el 4 de diciembre. El 22 de enero de 1721, la actora vuelve a presentar petición para que se les acuse la rebeldía a los demandados por haber pasado los días dados (**tercera rebeldía**). Por auto se tiene por acusada la rebeldía y que se les vuelva a notificar por segundo día, con apercibimiento. Las notificaciones se hacen a lo largo del mes de enero.

4°.- Con más rapidez, el día 4 de febrero, se vuelve a pedir que les acuse ~~otra rebeldía (la cuarta)~~. El juez les tiene por acusada la **segunda** rebeldía, en el segundo periodo del pleito mandando que cumplan con lo mandado dentro del día siguiente al de la notificación. El mismo día se les notifica a todos los interesados.

El 1 de marzo contesta uno de los demandados, pedimento del que se da traslado al demandante, y al responderle insiste en que a los otros demandados se les ha acusado dos rebeldías, y por haber pasado el término, les acusa la **tercera (es en realidad la quinta)**. El juez acusa la rebeldía, mandando que se vuelva a acusar por último y perentorio término de dos días. Era el 28 de marzo.

5°.- El 12 de mayo del mismo año, el demandante insiste en que les acusado a las contrarias diferentes rebeldías, sin que digan cosa alguna ni cumplan con lo que les está mandado. En este momento el juez da por finalizada la fase de alegaciones ya que pasa lo actuado al asesor nombrado a tal efecto, sin que se pronuncie sobre la situación de rebeldía,

pasando a recibir el pleito a prueba.

Al ser un pleito retardado se mueve en dos periodos; en el primero se acusan dos rebeldías, y en el segundo tres, aunque hay una petición última sobre la que se no resuelve y que podía considerarse una cuarta solicitud. En total, serían **seis rebeldías**. En cuanto a los días que se dan a los demandados para que contesten, en las **seis ocasiones** varían según criterio del juez. En la primera fase del pleito, en la primera rebeldía se dan dos días y en la segunda tres, es decir se aumentan. En el segundo período, se empiezan dando tres días, para reducirlos a dos, posteriormente a uno, para finalmente dar el último término por dos días. Aunque son plazos cortos, de pocos días, entre la recuperación del pleito por retardado (2 de diciembre de 1720), y el recibimiento a prueba (12 de mayo de 1721), transcurren más de **cinco meses**: Aún teniendo en cuenta que los traslados y notificaciones se han de hacer en lugar distinto de Olmedo, en donde viven los demandados, a veces por despacho y otras por el mismo escribano del pleito, se dilata en muchos días la fijación del momento en que a los demandados se le puede tener por contumaces, o lo que es lo mismo, el momento en que definitivamente se considera que la desobediencia es tan evidente y tan reiterada como para que justifique que se les tenga procesalmente por rebeldes.

La inobediencia al mandato del juez legítimo que llama a alguno en juicio, se comete en siete casos:³⁵

1. Cuando el actor no manifiesta su acción habiéndolo mandado el juez dos o más veces.
2. Aunque el actor manifiesta la acción y el demandado conteste, si no la prosigue a instancias del segundo.
3. En caso de incomparecencia del demandado, o que impida que se haga la citación

³⁵TAPIA, Ob. Cit. Pág. 71.

ocultándose maliciosamente.

4. Cuando no responde a la demanda del actor, o lo hace maliciosamente, pese haberle mandado que lo haga clara y categóricamente.

5. Cuando alguna de las partes no quieren jurar de calumnia mandándose el juez.

6. El caso de que no obedezcan la sentencia impidiendo su ejecución.

7. Cuando no quieren contestar a lo que se les pregunta estando delante del juez "y esta es la mayor contumacia por la injuria que le hacen en no darle respuesta, desairando su autoridad en su presencia".³⁶

Gregorio Lopez, en sus Glosa a **Las Partidas**, dice que son tres los modos por los cuales se puede probar la contumacia por tener la litis como no contestada:

1. si no se comparece en el término perentorio, no siendo suficiente una citación, sino ser requerido por tres veces.

2. si se ocultase maliciosamente.

3. si impide que le pueda llegar la citación.

4. cuando el citado viene pero no quiere responder personalmente al juez, porque es mayor contumacia no responder que no comparecer.³⁷

La no comparecencia después de tres llamamientos, el ocultarse para no poder ser citado o impedir que se le haga llegar la citación y comparecer y negarse a responder, son las actitudes del demandado que determinan que se pueda considerar que desobedece al mandato judicial de responder y por lo tanto su postura abre la vía para que el juez, a petición de la parte actora, pueda declararle en la situación procesal de rebeldía.

³⁶ Ibidem.

³⁷ GREGORIO LÓPEZ, Glosa a la ley I, t. 8, P. 3.

La doctrina elabora cuatro formas de contumacia.

1. **notoria**, cuando el citado en persona responde que no quiere comparecer.

2. **verdadera**, cuando la persona es citada legítimamente y conoce la citación comparece y calla, o no comparece.

3. **presunta**, cuando no consta que el demandado haya sido emplazado, pero se presume como tal mientras no pruebe lo contrario.

4. **ficta**, en los casos en que el demandado dolosamente evita que le llegue la citación, "pues entonces finge y supone el derecho que llegó y fue citado".³⁸

Estas cuatro categorías se resumen en dos grandes grupos:

A) Cuando el demandado comparece y se niega a contestar, o ni siquiera comparece, suponiendo siempre que está correctamente emplazado y por lo tanto, en la acción o en la omisión está implícita la desobediencia.

B) Cuando no hay constancia efectiva de la citación o incluso se sabe la ocultación dolosa del demandado. En el primer caso se **presume** la existencia del emplazamiento correspondiéndole al emplazado la carga de probar que no es cierta tal presunción.

Esta formulación de la doctrina no se corresponde con la exigencia que fue afirmándose de la necesidad de la constancia de la citación primera³⁹. En este segundo planteamiento lo que se crea es **una ficción jurídica** por la que se supone emplazado a alguien que dolosamente se ha ocultado para impedir que llegase a su conocimiento la llamada al proceso; mediante esta ficción se le considera como citado.

Finalmente, en este punto, conviene hacer una aclaración necesaria para evitar la

³⁸TAPIA, Ob. Cit. Pág. 72.

³⁹VER SUPRA 4.5

confusión, o el cruce entre dos momentos procesales que pueden simultanearse, como es la diferencia entre primera y segunda citación, y primera y segunda rebeldía. Si la citación es la llamada a comparecer en el pleito para contestar y decir, y su efecto negativo pone en marcha una serie de mecanismos procesales ficticios para que el proceso pueda seguir su curso dentro de las estructuras semipúblicas, la rebeldía se mueve más dentro del marco de un estado procesal (el de "rebelde") alejándose del plano de los hechos. En las dos instituciones procesales, por la práctica del sistema funcional de la Administración de Justicia de Antiguo Régimen, lo que se produce es una sobrecarga de actuaciones. Como ya hemos visto anteriormente la poderosa influencia del Derecho Común, unida a la a veces descontrolada práctica ante los Tribunales, fue creando unos hábitos procesales de difícil erradicación por la monarquía. En realidad, daba igual que se dictasen leyes tendentes a limitar el exceso de actuaciones superfluas,⁴⁰ el hecho era que el hacer procesal, controlado por escribanos y receptores imponía la reiteración de actuaciones innecesarias, con la colaboración de las partes

Y no sólo era la práctica forense, sino que cuando los autores articulaban explicaciones sobre su sobrepasada existencia, intentaban encontrar su justificación, claro está en el Derecho Romano.

Dentro de la corriente practicista de los autores jurídicos de fines del XVIII, se admite como necesaria para la marcha del proceso la existencia de las rebeldía de las partes, como un medio para estimular la actividad de los litigantes y así corregir su morosidad y malicia. Pero curiosamente, basan su argumentación en el marco de instituciones de derecho privado; nuevamente las justificaciones procesales se apoyan en argumentos que proceden de las

⁴⁰ N.R. 51.4.2., ley dada por Felipe II en 1564, ordenando a los del Consejo y Audiencias concluir con una sola rebeldía; o N.R. 47.4.3. dirigida a Alcaldes y Merinos, para que cuando se acuse la primera rebeldía, manden que en la primera Audiencia la parte responda.

obligaciones privadas basadas en voluntades, no en leyes

En lo que se refiere a la justificación de la existencia de la rebeldía, como un estado procesal, parten de la mora o incumplimiento dentro de plazo de una obligación, ya que una vez que pasa el día señalado, y ha sido instado por el acreedor, el deudor se constituye en morosidad.⁴¹ Aunque fundamenten su opinión en el derecho privado, consideran que no se está en contradicción con las leyes reales, en el sentido de que la parte que no responde en el plazo dado ha de ser considerada rebelde, pues "hay un **cuasi contrato** en todos los juicios, y tiene en ellos grande influencia la voluntad de los litigantes".⁴² Por ello están de acuerdo en que los juicios se acaben por su convención, o se detengan por su tolerancia, no tiene sentido que el Juez le de curso por su providencia. Al fin y al cabo, es una forma de eludir las imposiciones de la ley real, su carácter imperativo queda así vulnerado por la aplicación al proceso de la voluntad de las partes, por mucho que la leyes insistan en la obligatoriedad de declarar en rebeldía a la parte procesal que no responde en su término. Es un predominio y fortalecimiento del principio dispositivo

Por lo tanto, la utilización de la primera, segunda y hasta tercera rebeldía, era una de las muchas prácticas viciadas y viciosas del hacer forense, aunque las leyes reales insistiesen en la obligación de declarar a la parte rebelde con el solo efecto de una sola llamada y una ausencia de respuesta.

5.3. LA REBELDÍA

⁴¹ CONDE CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 88. Se remite este autor, para basarse, a la opinión de romanistas clásicos, como Menoquío y Castillo, incluso hace referencia a una ley de Partidas, 18.11.5., donde se regulan las obligaciones de dar.

⁴² Ibidem.

Siguiendo la línea conceptual iniciada hay que situar la rebeldía procesal en el momento en el que, constando la contumacia del demandado como una negativa a obedecer el mandato del juez para comparecer y contestar a la demanda, el órgano jurisdiccional hace una declaración procesal que afecta a la situación del demandado en el proceso. Se hacen necesarias dos circunstancias:

- que conste la negativa a contestar.
- que a petición del actor se declare que el demandado está procesalmente rebelde.

Este sistema procesal sólo surtía los efectos que le eran propios después de haberse declarado las tres rebeldías que la práctica había impuesto. Es decir, el demandado no tenía la condición de rebelde mientras al demandante le cupiese la posibilidad de insistir en nuevas declaraciones de rebeldía

Situación solamente admitida en la justicia civil y restringida en la penal, permite solucionar la no comparecencia del demandado y liberarle de los efectos personales y patrimoniales de la incomparecencia, permitiendo que el proceso continúe en su ausencia.⁴³

La rebeldía como institución reguladora o normalizadora del curso del proceso, era utilizada en mayor medida en los procesos civiles que en los criminales. En estos procesos, en los que la prisión preventiva del reo era la situación normal, si el presunto delincuente no era encontrado, se le llamaba por pregones con el fin de que se personase voluntariamente. Se hacían tres llamadas sucesivas en los estrados y fijando edictos en lugares públicos, y una vez comprobada la incomparecencia, era declarado en rebeldía y el proceso continuaba en su ausencia.⁴⁴

⁴³ LALINDE ABADIA, Ob. Cit. Pág.777.

⁴⁴ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág 175.

Puesta en relación esta rebeldía con la de los pleitos civiles, contiene un elemento fundamental de diferenciación: la ausencia del reo como premisa para iniciar las llamadas al proceso. En los pleitos civiles, esta ausencia no era requisito para ser declarado en rebeldía; el demandado presente podía eludir la comparecencia y respuesta, y aunque las consecuencias son las mismas, el punto de partida no siempre coincidía. En cuanto a las llamadas, que en el marco de la justicia penal pueden entenderse como una garantía formal para el reo y una medida de aseguramiento de que ha tenido conocimiento de la existencia del un proceso en su contra, pueden ser el origen que viniese a justificar la complicada y desmedida práctica de la acusación de tres rebeldías para poder llegar a la declaración final de la situación procesal.

Según se deduce de lo expuesto en el epígrafe anterior, para que se pueda llegar a esta declaración jurisdiccional era necesaria la constancia de la negativa del demandado a comparecer. Y así como la práctica había introducido tres citaciones para que exista contumacia, siendo suficiente una sola, así también para declarar a uno rebelde se ha introducido que se le acuses tres rebeldías, con término de tres días entre una y otra. Y sólo en la última de ellas se le puede declarar como tal y tener por contestada la causa.⁴⁵

Vuelve a verse como los autores, especialmente los prácticos de finales del XVIII, asumen como doctrina lo que la práctica a impuesto frente al derecho real, que en este caso concreto de la rebeldía del demandado previene que se tendrá por confeso al demandado que no conteste a la demanda en los días que fija la ley acusándole una sola rebeldía.⁴⁶ Se supone que la rebeldía se le puede acusar al demandado de plano, teniéndole por confeso *ipso iure*,⁴⁷ sin que

⁴⁵ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 78.

⁴⁶ N.R. 1.4.4.

⁴⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 72.

medie solicitud de la parte instante del pleito, "pero la práctica y estilo de los tribunales ha recibido por constante que el actor, pasado el término de los nueve días, acuse al demandado la rebeldía para que con esta previa diligencia se tenga por confeso",⁴⁸ "precedida la acusación de rebeldía conforme a la práctica y estilo de los tribunales".⁴⁹

En la detallada obra que **Escolano de Arrieta** escribe sobre la práctica en el **Consejo de Castilla**, parece desprenderse un mayor acercamiento de esta práctica a la legislación real, aunque se reconoce la necesidad que el actor acuse la rebeldía en el momento de presentar el emplazamiento, solicitando que se hagan los autos en estrados. Una vez que la escribanía ha comprobado que la citación está correctamente hecha y que es pasado el término, se pone un decreto en el que se tiene por acusada, acordándose que se hagan los autos en estrados. Al día siguiente, la parte actora tiene que presentar otro pedimento que se llama de **afirmativa**, en el que se afirma en lo que dijo y pidió en su demanda. De esta petición, se da traslado en los estrados. A los tres días se debe presentar otro pedimento en el que definitivamente se pide que le acuse la rebeldía, en el que recae decreto por el que se acusa.⁵⁰ Como se ve, admite el Consejo que a la primera solicitud de rebeldía sea tenido por rebelde el demandado, ya que se acuerda se le siga el pleito en estrados, sin más llamada. El especial matiz lo pone el que se le exija al actor una confirmación de su petición, de la que se da traslado al demandado en los estrados del tribunal.

Con ello ya se está admitiendo la ficción jurídica de la declaración de rebeldía pues al demandado se le comunica una petición del demandante sin su presencia en el pleito; se da así

⁴⁸ CONDE CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 40.

⁴⁹ Ibidem, pág. 45.

⁵⁰ ESCOLANO DE ARRIETA, Ob. Cit. Pág. 355.

un paso más en la aseguración de la petición del actor antes de la declaración definitiva de rebeldía

En los tribunales inferiores la práctica no era la misma que en el Consejo, aquí se seguía la práctica mencionada anteriormente de acusar más de una rebeldía:

"por haberse hecho estilo corriente, que pasados los tres días primeros siguientes al de la notificación de la demanda, acusarse al reo una rebeldía, y otra después de pasados otros tres días, y concluidos estos, otra pidiendo se reciba la causa a prueba, por quedar contestada la demanda con las tres rebeldías, y así se manda por el juez".⁵¹

No era esta práctica uniforme en cuanto a los días que debían concederse al demandado entre una y otra rebeldía: incluso se podía repetir los nueve días de contestar entre la primera y segunda rebeldía, rebajándose después a tres días entre segunda y tercera rebeldía.⁵² Como en los casos de segunda y tercera citación parece quedar al arbitrio del juez la fijación de los días que han de mediar entre las distintas acusaciones de rebeldía, acusaciones que no son más que peticiones de la parte demandante para que el demandado sea declarado rebelde, no haciéndose de oficio, por lo que debe entenderse que recae sobre la parte solicitante la carga de pedir la reiteración en la contumacia del llamado al pleito para que pueda ser así tenido por rebelde con sus consecuencias.

En una demanda de jactancia presentada en 1767 ante el Alcalde Mayor de Villavieja, se presenta un pedimento del demandante en el que se dice que de su última petición se dio traslado (por decreto del día 28 de abril) por término de tres días para responder, y siendo pasado sin

⁵¹JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 20.

⁵²MARTÍNEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 144.

haberlo hecho, pide que se le acuse la rebeldía. Se le tiene por acusada y se le da segundo término de tres días para responder con apercibimiento (6 de mayo de 1766). Diez días después, el 16 de mayo la parte actora presenta pedimento en el que dice que a los demandados se les dio traslado de su petición "con cierto término que es lapso y cumplido" sin que hayan comparecido en juicio a decir o alegar cosa alguna ni proponer acción o razón de su derecho; por lo tanto le acusa la primera rebeldía en cuya vista se difiere otro término que así mismo es pasado y persisten en su contumacia, por lo que le acuso segunda rebeldía. Por auto se les tiene por acusados haciéndoles saber que dentro de tres días por tercer término deduzcan sus excepciones. En este caso los demandados contestan en tres de julio del mismo año, y aunque fuera de término (la última notificación es del día 17 de junio) el pleito sigue su curso normal.⁵³ No llega a recaer la tercera petición por lo que no se produce la declaración de rebeldía, hasta este momento los demandados han sido contumaces o desobedientes al mandato del Juez de contestar, pero procesalmente no se establece la situación de rebeldes ya que al comparecer y contestar se les tiene por personados en el pleito y se sigue con su presencia.

En cuanto al origen o el porqué de esta necesidad en la práctica de hacer tres llamadas y que se le advierta al llamado que si no comparece se seguirá los autos en su ausencia, ya que las leyes no lo recogen, aunque sí la necesidad de que no se produzcan estas prolongaciones "porque se aluengan los pleitos por razones maliciosas de los demandados no queriendo responder derechamente a las demandas",⁵⁴ hay que buscarla por el rastro de los autores en la influencia canónica en el proceso civil; así **Martínez Salazar**, para el que sólo en el fuero canónico la rebeldía ha de ser por "tres términos y canónicas moniciones", aunque luego reconoce que en la

⁵³CHAN. VALL. P.A. 2792-3.

⁵⁴N.R. 1.4.4.

práctica se han de hacer tres términos.⁵⁵ Lo mismo dice **Hevia Bolaños**, reconociendo explícitamente que en fuero secular basta una sola citación y rebeldía para causar contumacia,⁵⁶ pero en el fuero eclesiástico la citación ha de ser trina por tres términos, y canónicas moniciones, de dos en dos días cada uno más o menos [...] a arbitrio del juez.⁵⁷

No hay que olvidar en este punto⁵⁸, la inmensa trascendencia que tuvo la aportación del Derecho Canónico, precisamente en el plano procesal. Llegó esta aportación en un momento evolutivo del proceso en el que las formas y requisitos procesales necesitaban una fijación; en el procedimiento altomedieval la ausencia de rigor y la flexibilidad estaban presentes. La recepción del Derecho Común, y con él el Canónico, vino a llenar este vacío de contenido, aunque desde la perspectiva del tiempo y de sus negativas influencias, se pueda valorar negativamente. Pero es cierto que el proceso privado, en Europa en general, y en Castilla en particular, se perfecciona en este momento histórico, condicionado por los elementos que el Derecho Canónico había elaborado, en base sus necesidades. Y una de estas necesidades, impuesta a su vez por la **preclusividad de los términos**, era la de garantizar la presencia del demandado en el pleito para que se produjese la efectividad de la **litis-contestatio**.

La trascendencia de la declaración de rebeldía son **SUS EFECTOS PROCESALES**. Partiendo de la idea inicial de que la rebeldía es un estado procesal que le confiere al que así se declara una calidad específica en el curso del proceso, su trascendencia deriva de sus

⁵⁵ Ob. Cit. Pág. 144.

⁵⁶ Recuérdese lo dicho sobre los conceptos de rebeldía y contumacia, y que aquí quedó fijado en sentido inverso al utilizado por el autor.

⁵⁷ Ob. Cit. pág. 67.

⁵⁸ VER SUPRA I.4.

consecuencias procesales.

A) El primero y más general de sus efectos es que se sigue el pleito en los asientos o estrados del tribunal, manifestándose a ellos las resoluciones judiciales y produciendo los mismos efectos que si se notificasen a la parte misma en persona;⁵⁹ todo ello como si se hubiese comparecido, declarándose contestada a la demanda a la tercera rebeldía que el actor acusa, recibiendo el pleito a prueba.⁶⁰

De lo dicho se pueden extraer tres resultados concretos:

- se tiene la demanda por contestada.
- se recibe el pleito a prueba o se resuelve de plano
- a partir de este momento al demandado se le harán todas las notificaciones en estrados

hasta sentencia y tasación de costas en los tribunales superiores, aunque en los inferiores se acostumbra a notificar al demandado si está en el pueblo el auto de abrirse la causa a prueba y la sentencia, notificación que podrá ser personal o por cédula.

Ahora bien, parece que existe una contradicción entre este planeamiento doctrinal y la ley real; en la ya citada ley 1.4.4. de la Nueva Recopilación se ordena expresamente que el demandado que no conteste a la demanda **sea tenido por confeso por su rebeldía**; el ser tenido por confeso en una petición judicial implica el reconocimiento y aceptación del contenido de la petición y por lo tanto el sometimiento a la decisión final del pleito; siendo así, no sería lógico que en la mecánica procesal entrasen más alegaciones ni pruebas del demandante: si el demandado reconoce su petición al confesarlas, aunque sea ficticiamente, puede el juez dictar la sentencia sin más prueba.

⁵⁹GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 79.

⁶⁰TAPIA, Ob. Cit. Pág. 73.

Para que al demandado se le tenga por confeso " ipso iure" debe hacer el juzgado declaración en auto o sentencia interlocutoria, ya que la contundencia de la situación necesita de la implicación del juzgador⁶¹

Pero puede ocurrir que el demandante quiere hacer alegaciones que confirman las iniciales y las fijan y que necesite probar determinadas circunstancias; en este caso es necesario que el pleito se reciba a prueba. Cual sea la decisión que tome el juez sobre el recibimiento o no a prueba de un pleito en que la parte demandada está declarada en rebeldía dependerá en cualquier caso de lo que la actora le pida. Vuelve a funcionar aquí el criterio de justicia rogada que informa todo el proceso civil; por él será, el propio demandante, como impulsor casi único del proceso, el que planteará el juzgador en el propio pedimento de rebeldía definitiva si quiere que se reciba el pleito a prueba o que se dicte sentencia con lo que se tiene ya alegado. Depende por tanto del propio demandante el curso a seguir, aunque parece deducirse de los autores y de la práctica que en la mayoría de los casos se proseguía el pleito con las alegaciones, prueba y conclusiones de la actora, hasta sentencia definitiva.

Por lo tanto, esta ficta confesio, también llamada presunta o legal hace las veces de contestación, cerrando la puerta a la posibilidad de plantear excepciones dilatorias. Consecuentemente queda libre el demandado para alegar y probar en el curso del proceso.⁶² Ante la disparidad existente entre la ley y la práctica, los autores críticos del XVIII alzaban su voz de protesta de la situación, y en defensa del Ley Real. **Berní y Catalá**⁶³ insiste en que la ley 1.4.4. de la N.R. es tajante y que el reo debe ser tenido por confeso si no formula su contestación en el

⁶¹ HEVIA BOLAÑOS. Ob. Cit. Pág. 72

⁶² CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 44.

⁶³ BERNI Y CATALÁ. El abogado instruido. pág. 95

término que se le ha dado, considerando la práctica abusiva porque no tiene en cuenta la **ficta confesión** del demandado al no contestar. Insiste en sus consejos a los abogados:

"que nadie se amedrente porque no hay mas práctica y estilo, que las Leyes Reales; mayormente originándose de semejante abuso, el que el reo se esconde para las notificaciones segundas, y se llevan más los escribanos por las diligencias, que lo que importa lo principal de la causa"⁶⁴

Son los vicios intrínsecos de la Justicia Real los que aparecen como evidentes en este consejo, no era una justicia muy eficaz y estaba sujeta a los intereses de ciertos oficiales reales que basaban sus ingresos en el exceso de actuaciones escritas.

Además, la ausencia de contestación del demandado produce un **segundo efecto**; no sólo se le ha de tener como si hubiese confesado ser cierto lo que en la demanda se le pretende, sino que también la demanda se tiene por probada, ya que para demostrar sus afirmaciones la carga de la prueba, se traslada al demandado ausente, " que ha de probar lo que propone contra la intención de aquel que la tiene ya fundada en la presunción o ficción de la ley ⁶⁵.

Puede por tanto el demandado probar lo contrario de lo que es pedido, aunque no haya impugnado la declaración del juez que le tiene por confeso⁶⁶

La práctica, como en otras muchas ocasiones puede desmontar toda la argumentación doctrinal, y por supuesto vulnerar lo dispuesto por la ley. Sirva de ejemplo el pleito de **tenuta**

⁶⁴ BERNI Y CATALÁ, Ob. Cit. Pág. 97.

⁶⁵ TAPIA. Ob. Cit. Pág. 80

⁶⁶ HEVIA BOLAÑOS. Ob. Cit. Pág. 72

que se tramitó la Sala de Mil y Quinientas del Consejo en 1752.⁶⁷ En él, el curador ad litem de un menor, comparece para decir que se le dio traslado de la demanda de tenuta, y pidió los autos para argumentar su defensa, autos que se le mandaron entregar, pero no pudo hacer uso del seguimiento de la instancia por no tener medios; y mientras los demás colitigantes habían introducido sus pretensiones, lo que suponía dejar al menor sin defensa. Pide, que se le tenga por pobre, y **a pesar de la rebeldía**, se le entreguen los autos, por el término ordinario, para así poder argumentar sus defensa. La Sala así lo acuerda el día 23 de agosto de 1752; después se suceden distintas alegaciones de otras partes, y el día 2 de septiembre, la actora pide la declaración de rebeldía, **acusándose la rebeldía por la Sala**. El día 6 de octubre presenta petición el Curador ad litem del menor (por supuesto, por medio de su Procurador), diciendo que habiéndose acordado darle traslado de los autos, mientras tanto se acusó la rebeldía, debido a que el escribano no le entrega los autos si no le satisface los *derechos de tiras*, pide, **que pese a la acusación de rebeldía** se le manden entregar los autos para poder contestar al traslado. La Sala acuerda, que pese a la acusación de rebeldía se le entreguen los autos, que se sacarán del poder del relator. A los pocos días vuelve a presentar petición para prórroga del término ordinario que se le había concedido para que alegase, con la excusa de que el abogado D. Vicente García ha estado muy ocupado e indispuesto.

Como se ve, el hecho de haber sido declarado rebelde (declaración que se traduce en *acusación*) no es obstáculo para que se le abra a uno de los demandados la posibilidad de contestar en el pleito.

5.4. LA VÍA DE ASENTAMIENTO

⁶⁷ A.H.N. Consejos. Escribanía Granados. Pleitos. Leg. 26967.

La consecuencia inmediata de la decisión judicial de tener al demandado por rebelde no sólo permite al actor seguir el pleito en su ausencia proponiendo pruebas y concluyendo hasta sentencia, sino que puede optar por otra vía distinta para resolver el pleito que era la **vía de asentamiento**.⁶⁸

El asentamiento, también llamado **remedio o medio** era una facultad o posibilidad que la ley concedía al actor para llegar a la resolución de un pleito en los casos en que al demandado, emplazado y contumaz, se le tenía por rebelde:

"pone la ley en escogencia del actor admitir el medio indicado de ir por el pleito adelante para probar su intención con testigos u otras pruebas, o pedir que se haga asentamiento".⁶⁹

Del asentamiento como posibilidad de continuar el pleito el actor en caso de no contestar el demandado a lo pedido, tratan **Las Partidas** y **Las Leyes Recopiladas**. Pero no deja de parecer curioso que esta figura procesal, regulada de forma poco usual por ley no se utilizase en la práctica; así lo dice **Tapia**, "que no se estila en la Corte ni en otras muchas partes",⁷⁰ y por esta circunstancia no entra a explicar esta figura procesal.⁷¹ Lo mismo opina **Gomez Negro**,⁷² que dice que la vía de asentamiento apenas está en uso, sin duda porque la vía ordinaria está más libre, ya que como no hay contrario se sigue y termina con la mayor celeridad, y asegura al

⁶⁸ El asentamiento como remedio procesal debe poner al actor en posesión de la cosa, tiene origen económico y procede de un Decreto de Inocencio III. VER MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO "Líneas de influencia económica en el proceso civil" pág. 486

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 75.

⁷¹ En los pleitos investigados no se ha encontrado la práctica de esta posibilidad procesal.

⁷² Ob. Cit. Pág. 80.

litigante para siempre el goce de la cosa pedida, mientras que si se elige la vía de asentamiento está expuesto a que le disputen el dominio de ella.

La justificación podría ser que el asentamiento no es en la práctica nada más que un juicio posesorio, y como nadie puede ser despojado de sus bienes sin ser oído y vencido, se hace necesario justificar el derecho que asiste al que pide, "pero sin estos requisitos no valen rodeos".⁷³

1º.- Concepto de asentamiento.

Las Partidas recogiendo la doctrina romanista del Derecho Común definen el asentamiento como el apoderamiento y aseguramiento en tenencia de alguna cosa de los bienes de aquel a quien emplazan.⁷⁴ Siempre que tenga el actor justificada su acción "pues cada día vemos perderse los pleitos en rebeldía".⁷⁵ Lo ha de mandar el juez a petición de la parte demandante, que como ya se ha dicho puede optar por esta vía o por la de continuar con la prueba para llegar a la decisión final. En cualquier caso, implica una resolución jurisdiccional, que se fija como decreto o sentencia interlocutoria, al ser motivada y como valor de juicio dado sobre pleito, "que no es librado por juicio acabadamente".⁷⁶ Se establece la exigencia de una resolución motivada que implica un pronunciamiento, no de fondo, sobre lo pedido en la demanda, y que sin resolver como un juicio ordinario, viene a solucionar el conflicto privado entre las partes.

2º.- Limitaciones. Aunque en un principio el asentamiento está previsto con carácter general para las reclamaciones en que se ejerciten acciones reales o personales, en 1525, por una

⁷³BERNI Y CATALÁ, Ob. Cit. Pág. 66.

⁷⁴P.P. 1.8.3.

⁷⁵BERNI Y CATALÁ, Ibidem.

⁷⁶P.P. Ibidem. y CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 47.

Ley dado en Toledo por Carlos y Juana, con motivo de la visita de D. Francisco de Mendoza, se manda que no se puedan hacer asentamientos en reclamaciones inferiores a seiscientos maravedíes, y que se han de hacer por mandamiento en los casos de tercera rebeldía:

- se limita el asentamiento a demandas que superen una cierta cuantía, para evitar que por pequeñas reclamaciones se pueda perjudicar a los demandados no comparecidos reteniéndoles sus bienes.

- se manda hacer por mandamiento dirigido a los Alcaldes del lugar donde estuviesen los bienes.

- se está admitiendo tácitamente la práctica de las tres rebeldías, en contraposición por lo prevenido por otras leyes reales anteriores.

Tampoco se admite la vía de asentamiento en las causas beneficiosas, para no dar entrada viciosamente en los beneficios.⁷⁷

3º.- Requisitos del asentamiento.

A) En principio, para que el juez mande que se siga la vía del asentamiento, sólo se requiere la premisa procesal de la rebeldía del demandado, constatada y declarada, pero ya que el actor puede elegir entre esta vía y la vía de prueba, debe ser la parte interesada quien le pida al juez que se siga este recurso como alternativa al seguimiento del juicio

"pero si el demandador quisiere, y pidiere, que se haga asentamiento, y no quisiere ir por el pleito adelante, a dar pruebas en él, que el juzgador sea tenido a hacerlo"⁷⁸

En el mismo sentido se reitera la siguiente **Ley de la Recopilación**, incluida en las

⁷⁷ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 80.

⁷⁸ N.R. 1.16.4

Ordenanzas de Madrid, donde se admite que si el actor quiere escoger la vía de asentamiento, que se hagan según las leyes de nuestros reinos. Se confirma la ley en las **Ordenanzas de Alcalá**, con el mismo espíritu de posibilidad de alternativa entre la vía de prueba y la vía de asentamiento.

B) En las Partidas aparece otro requisito, y es la exigencia al actor, antes de que el juez mande el asentamiento, de que muestre alguna **caución o fianza**, o que explique los motivos por los que puso la demanda. Por lo menos el juez le debe tomar juramento de que la demanda no la hizo maliciosamente, sino porque tenía derecho para ponérsela. Se entiende esta exigencia como una **garantía** frente a la situación de rebeldía en que se encuentra el demandado, y que puede suponer abusos por parte de quien le demanda y que se pierdan los pleitos injustamente.⁷⁹

4º.- Forma de hacerse el asentamiento.

En el auto o sentencia interlocutoria en que se ordena el asentamiento se tiene que decir que el demandado fue rebelde y que no quiso acudir a contestar a la demanda, por lo que se ordena que al demandante se le ponga en posesión de los bienes del demandado por falta de respuesta de la cosa que pedía como suya. Si la cosa objeto de la reclamación no aparece se mandará poner en posesión de los bienes del demandado, por el valor de la cosa pedida sobre la que no se quiso hacer derecho. Si la petición fuese por una deuda, el juez debe mandar que se entregue al actor, por falta de respuesta, en tantos bienes del demandado como sea la deuda que se le reclama, o por el valor de la obra que debía hacer.⁸⁰

Aunque inicialmente la forma es igual para todos los asentamientos, ya que tiene de común que exista la rebeldía del demandado y que el Juez mande que se haga el asentamiento,

⁷⁹BERNI Y CATALÁ, Ob. Cit. Pág. 67.

⁸⁰P.P. Ibidem.

en cuanto a los bienes sobre los que se ejercita este derecho del demandante varía según sea el tipo de acción ejercitada.

1- Si la demanda fuese sobre acción real, la cosa demandada se ha de entregar al actor.

2- Si la acción ejercida fuese personal, se le entregarán al demandante bienes del reo hasta el importe de la cantidad que se le debe, prefiriendo los bienes muebles sobre los raíces, que sólo se le entregarán en defecto de aquellos.⁸¹

5º.- Quienes pueden hacer el asentamiento.

Para hacer físicamente el asentamiento, distingue la mencionada ley de Partida según quien lo haya ordenado.

- si ha sido el Rey debe hacerlo el alguacil o su propio portero.

- si la orden es de algún juez de la Corte, alguno de los porteros del Rey.

- en los casos en que el mandato haya sido dado por jueces de ciudades, es decir unipersonales, el asentamiento lo pueden hacer ellos mismos, o los hombres que designen para que lo hagan.

Aplicado el espíritu de esta ley a momentos posteriores, por analogía se puede decir que los Alcaldes Mayores, los Ordinarios y los Corregidores pueden efectuar por sí mismos las diligencias propias del asentamiento, que no son otras que la puesta en posesión al actor de los bienes del demandado que se designen, o bien designar la persona comisionada para hacerlo. En los casos en que el asentamiento se acuerde por Presidente y Oidores de Audiencias o Chancillerías, por alguno de los Porteros de ellas, Por último, si en la Sala de Justicia del Consejo se mandase hacer un asentamiento, lo deberá hacer uno de los alguaciles o porteros de este

⁸¹ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 73.

En Partidas, ibidem. se especifica que la entrega debe ser hecha primeramente en los bienes muebles del rebelde, si tuviese tantos como para que se pueda hacer. Y si no debe ser hecha en los bienes que fuesen raíz, hasta la cuantía de la deuda.

órgano.

6°.- Consecuencias del asentamiento. Una vez hecho el asentamiento en los bienes del deudor, la posesión pasa a manos del actor, aunque no automáticamente. Han de transcurrir dos meses si la acción ejercitada es real y un mes si fuese personal, ya que en ese tiempo el demandado puede presentarse y purgar la rebeldía, lo que implica que los bienes le han de ser devueltos y puede ser oído en vía ordinaria. Pero si no comparece en este tiempo "el actor es verdadero poseedor de los bienes, y no está obligado a responder al demandado sobre su posesión, únicamente sobre la propiedad."⁸² Además, si la acción que ha dado lugar al asentamiento es de carácter personal, y si el actor quiere ser resarcido de la deuda, y no sólo tener la posesión de los bienes del demandado, pueden ser vendidos en pública almoneda, por orden del juez, mediante pregones, y del valor de la venta pagarle la deuda y las costas. Si el producto de la venta no es suficiente para pagar estas cantidades, se buscan más bienes y se venden de la misma manera. Si el producto de la venta fuese superior a la deuda y costas, la diferencia se entregará al demandado.⁸³

Cuando el asentamiento se ha hecho sobre bienes raíces pretendidos por acción real, se le da al actor la posesión de los mismos, sirviendo como de apremio al demandado para que purgue su rebeldía, y venga a responder a la demanda en los dos meses que se le conceden; debe entenderse como una finalidad disuasoria del asentamiento para conseguir la presencia del demandado en el pleito. Una vez terminada la moratoria, la reiteración en la incomparecencia no determina como en el caso de asentamiento sobre bienes muebles en acción personal la venta de los mismos y la entrega del producto al actor, sino que adquiere efectiva posesión con los frutos

⁸²HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 73.

⁸³M.R. 1.11.4.

y rentas, que desde entonces produjesen, que es una forma de agravar el apremio y mejorar al actor, no sólo por la ganancia de los frutos, sino que a partir de este momento recae sobre el demandado la carga de reclamar la propiedad en juicio declarativo sobre dominio.⁸⁴

Indudablemente las consecuencias de un pleito seguido por vía de asentamiento, aunque más inmediato y menos trabajoso que los obtenidos por la vía ordinaria, están limitando los efectos procesales a la simple posesión pacífica y legal de una cosa, pero en ningún caso supone una resolución de fondo, que con autoridad de cosa juzgada dirime una contienda y declara unos derechos. De ahí que no sea preferida a la consecución del pleito, pues sus propias limitaciones internas colocan al reclamante en una situación de inestabilidad jurídica, derivada de la posibilidad del demandado de reclamar la propiedad, que le hacen preferir una resolución judicial con carácter definitivo.

Los problemas que se plantean con esta figura procesal parece que derivan de la inconcreción de su naturaleza jurídica y sus efectos. La posesión que se entrega al demandante tiene inevitablemente un carácter de **prenda**, como una idea residual de la prenda de iniciación del juicio, pero no se constituye como tal. Al mismo tiempo, la puesta en posesión de los bienes al actor, implican la imposibilidad de disponer de la cosa que se le entrega, únicamente conlleva su **retención** hasta el momento del pago. Ya en el plano de los efectos, hay una traslación de los bienes del rebelde al patrimonio del poseedor pignoraticio, que puede convertirse en propietario de los mismos por el paso del tiempo.

5.5. LA COMPARECENCIA DEL DEMANDADO.

La otra gran posibilidad que discrecionalmente se concede al demandado emplazado ante

⁸⁴ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 47.

un juez para contestar a una demanda contra él interpuesta, es la de **comparecer**. Comparecer en principio no es nada más que hacer acto de presencia en el proceso; la comparecencia no implica en un primer momento más que el hecho de decir "aquí estoy", después se verá si se dice y lo que se dice. El aparecer delante de un juez en base a un llamamiento procesal debe ir revestido de determinadas formalidades y requisitos que dan a este acto eficacia procesal.

Aunque la obligatoriedad de la representación por medio de procurador se extiende al demandado en igual medida que al demandante, también puede admitirse que en un primer momento el demandado comparezca en persona ante el juez o escribano de la causa y que esta comparecencia tenga valor procesal aunque a continuación deba procederse a los nombramientos de procurador para la representación y letrado para que le asista jurídicamente.

A) La personación del demandado. Cuando una persona comparece ante un juez en base a un emplazamiento mandado por él en un pleito en el que figura como demandado, no lo hace vanamente, es un acto de voluntad que implica la decisión de intervenir en el proceso, es decir, de **constituirse en parte procesal**. El demandado asume así las responsabilidades de ser un elemento, personal, en el pleito y las consecuencias que de este acto se derivan: se le comunicará todo lo que se actúe, y está facultado para alegar y probar. De momento, hasta que conteste o excepcione no ha hecho más que decir al Juez y a la parte actora, que está dispuesto a intervenir en la contienda contra él planteada.

El demandado puede comparecer espontáneamente en el juicio, por si o por procurador antes de ser citado; en estos casos no es necesario hacer citación.⁸⁵ Pero además puede el demandado comparecer y presentarse por si mismo, sin necesidad de procurador, cuando sea

⁸⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 69, citando a Bovadilla y Gutiérrez.

vecino del pueblo en el que se sigue el juicio,⁸⁶ aunque la práctica fue haciendo, que debido a la existencia de procuradores de número en los tribunales superiores y en muchos inferiores, no se entregan los autos a las partes en donde los hay, sino a ellos para la mayor seguridad, porque de su devolución son responsables sus oficios, y por la facilidad de apremiarles, es mejor darles poder, ya que sin él a nadie se admite en los Consejos Reales.⁸⁷ Si el sentido inicial del procurador fue el de representar a las partes ante órganos de Justicia distantes de los territorios incorporados, fue perdiéndose ese matiz de necesario por la distancia y se instauró como una profesión más de las que engrosaban el movimiento de la justicia a causa precisamente de su complicación. Para los autores, la práctica y finalmente la legislación, el procurador fue una pieza clave del engranaje judicial. Por ello, la mayoría de las comparecencias ante jueces y Tribunales se hacían por medio de procurador, y pocas, sólo ante Alcaldes Ordinarios, eran personales. Así, lo normal era presentar un escrito por procurador:

"En virtud del poder que presento me muestro parte: suplico a Vm. me admita por tal y que para excepcionar se me entreguen los autos por el término ordinario; y en el ínterin protesto no me corra el término, ni pare perjuicio en justicia"⁸⁸

Comparece el procurador aportando poder de la parte que representa; poder que tiene que estar sujeto a las mismas garantías y requisitos que las exigidas para la presentación de la demanda ⁸⁹; lo reconocerá el escribano, y al mismo tiempo que se ponga en su oficio el pedimento en que se muestra parte, el procurador ha de aceptar el poder, y jurar que cumplirá con

⁸⁶ N.R. 1.2.4.

⁸⁷ TAPIA, Ob, Cit. Pág. 68.

⁸⁸ MARTÍNEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 145.

⁸⁹ VER SUPRA 3.2.3.

la obligación de su oficio. No es necesario extender diligencia en este asunto, y menos que esté presente el escribano, pues la práctica es, que al pie del mismo poder o testimonio de él, el procurador dice: acepto este poder y juro lo necesario, firmándolo.⁹⁰ Igualmente el poder tiene que ser examinado por el escribano ante el que se comparece o por el propio juez de la causa. El procurador, en base al apoderamiento, dice que se muestra parte y que se le admita como tal.

"Manuel José Cantero en nombre de D. Alonso José Zuazo, caballero del hábito de Santiago, vecino y Regidor perpetuo de la Ciudad de Zamora. En el pleito con D^a Josefa Asensio Coronel, vecina de ella, viuda de D. José Antonio Zuazo. **Para ser parte en él** presento con el juramento necesario esta escritura de poder a mi favor otorgada. A V.A. suplico la tenga por presentada y a mí por parte, y mande **se me dé traslado y entreguen** los autos para decir y alegar lo que al derecho de mi parte convenga. Pido".⁹¹

Hay que observar que el compareciente está manifestando una voluntad concreta: la de ser parte en el proceso, pero como no basta esta simple manifestación, pide del juez que se le tenga por tal; no es suficiente la intención del demandado, o de un tercero interesado, en ser parte en un proceso; para que la condición procesal de parte sea efectiva, es imprescindible que sea declarado como tal por el juez en el marco concreto del proceso. Por lo tanto, el juez, una vez examinado el poder del compareciente y la identidad de las personas y peticiones procesales formuladas, si todo es conforme, debe hacer una **declaración procesal de parte.**

Otro aspecto de la comparecencia del demandado para mostrarse parte es que se puede hacer mediante escrito, pedimento, o por comparecencia ante el escribano de la causa con exhibición del poder. Lo mismo que para la demanda se exigía el requisito de escritura pero se

⁹⁰MARTÍNEZ SALAZAR. Ob. Cit. Pág. 146.

⁹¹CHAN VALL. P.A. 2987-2.

permitía formularla por relación ante el juez, al demandado se le permite comparecer sin escrito, simplemente compareciendo y manifestando su voluntad. Así se entiende desde luego para los casos en los que el demandado es vecino del pueblo en el que se sigue el juicio, ya que no debe ser obligado a nombrar procurador, antes bien puede comparecer por sí mismo y defenderse.⁹² Así lo dicen las Leyes 2.2.4.N.R. y la 2.3.11. No.R., cuando dicen que el emplazado, dentro del término venga y comparezca por sí o por su procurador. Se sigue el mismo criterio que en la ley que la antecede, por la que se permite al demandante, que si no deja procurador, deberá designarle al escribano una casa para ser notificado de lo que se actúe, advirtiéndole que si no señala una casa, se le notificarán en los Estrados de la Audiencia. En estos casos, como en otros muchos, la ley era muy sensata: la representación por procurador era realmente necesaria cuando la persona que tenía que pleitear no vivía en la misma población en la que tenía su sede la Chancillería, la Audiencia o incluso el Corregimiento. Era lógico que en estas circunstancias, teniendo en cuenta lo difícil de las comunicaciones y lo largo de los pleitos, se apoderase a procurador para que siguiese el pleito sin tener que estar la parte en el lugar para oír las notificaciones y pedimentos; y consecuencia de ello era permitir que las partes pudiesen actuar por sí mismas, sin representación, en los casos en los que esta distancia no impidiese su presencia en el pleito. Pero como en otros muchos casos, era la práctica de los Tribunales la que determinaba el que se utilizase casi siempre el procurador; así se reconoce cuando se dice que ya que hay procuradores en los tribunales superiores, y en muchos inferiores, lo frecuente es no entregar los autos a las partes en donde los hay, sino a los mismos procuradores, por un criterio de seguridad, al ser responsables de la devolución y lo fácil que es apremiarles.⁹³ Lo que hace el

⁹² TAPIA, Ob. Cit. Pag. 68

⁹³ Ibidem.

autor es justificar un práctica que no se basa en la mayor profesionalidad del procurador, como una garantía de que se obliga correctamente mientras dure la tramitación de un pleito, sino en el propio **oficio de Procurador**, que actúa como una empresa de servicios, es decir, sus ingresos dependen de sus representados, y lógicamente, la gran maquinaria que era la Administración de Justicia a lo largo de todo el Antiguo Régimen, implicaba la actuación del procurador, que era exigida por los escribanos, los que a su vez eran receptores de las peticiones de los procuradores.

B) Petición de los autos. En el mismo acto en que el demandado comparece por medio de procurador y pide que se le tenga por parte procesal, está pidiendo que se le entreguen los autos para así mejor formular sus alegaciones.⁹⁴ Esta petición puede hacerla cualquiera de las partes emplazadas, que se presenta en tiempo hábil por medio de procurador, con poder competente, mostrándose como parte y pidiendo que se le entreguen los autos.⁹⁵

"[...] A V. suplico se sirva estimar como aquí se contiene y que **se me entregue el proceso** para evacuar el traslado pendiente".⁹⁶

En este pleito, sobre un contrato de ejecución de obra seguido ante el Alcalde Mayor de Paredes de Nava en 1796, había comparecido el demandado previamente a la contestación a la demanda pidiendo que el demandante confesase sobre unas posiciones, y una vez hecho se le diese traslado para contestar; en este momento está pidiendo el traslado de los autos para ver esas diligencias y formular su contestación.

La finalidad de la entrega de los autos al demandado una vez personado es la de que

⁹⁴ Estamos viendo el momento de la personación con carácter general, si entrar todavía en las diferentes respuestas que pueda dar el demandado a la petición del actor, para alguna de las cuales no sería necesario ver los autos.

⁹⁵ ESCOLANO DE ARRIETA, Ob. Cit. Pág. 355.

⁹⁶ CHAN. VALL. P.A. 3581-2.

pueda instruirse para hacer así mejor su contestación. Como ya se ha dicho más arriba⁹⁷, el término que se da al demandado emplazado para que conteste a la demanda, aunque único, puede estar dividido en dos momentos: el de comparecer y el de contestar. Ahora bien, en ninguna disposición se dice expresamente que el término dado para contestar pueda dividirse en dos momentos; la Nueva Recopilación, insiste en que para abreviar los pleitos, se debe contestar a la demanda derechamente dentro de los nueve días; luego en el término dado al demandado debe estar la demanda contestada, y si no entra en funcionamiento el mecanismo:

incomparecencia/contumacia/acusación de rebeldía/declaración de rebeldía.

Por lo tanto hay que buscar en la práctica la existencia del término que se le da al demandado para que formule su contestación, ya personado y al que se le han entregado los autos para que se instruya. En puridad procesal, actuando desde categorías procesales actuales, la personación debería hacerse dentro del plazo que se concede para contestar, sin agotarlo, de forma que la contestación, como tal, se formulará antes de que sean finalizados los días. En la práctica procesal de este momento previo a la Codificación podían darse los dos supuestos:

- el demandado se persona dentro de término y sin agotarlo, de ahí que cuando pide los autos, proteste para que no le corran los días, es decir, se deje en suspenso el término para contestar.

- el demandado se persona al finalizar el término por el que ha sido emplazado, ya agotado, pero dice que no puede contestar a la demanda si no se instruye primero en el contenido de los autos, y para ello así se acuerda, que se le entreguen los autos.

Solamente hay tres autores que hagan referencia a este momento de la personación, **Martinez Salazar, Escolano de Arrieta y Tapia**. En ninguno se aclara este aspecto dudoso de

⁹⁷VER SUPRA 4.6

la prorrogación del término de la contestación. Se podía inducir una velada crítica a prácticas insidiosas encaminadas a prolongar excesivamente los pleitos, pero ya instalados en los Tribunales y Juzgados.

"porque se aluengan los pleitos por razones maliciosas de los demandados, no queriendo responder derechamente a la demanda".⁹⁸

Conviene también hacer una diferenciación entre Tribunales de ciudades, o unipersonales, y Tribunales Superiores, Audiencias y Chancillerías. Era más frecuente en los últimos el que se produjese la personación previa a la contestación, deducido de las explicaciones, escasas, de los prácticos en las que la referencia es a las Audiencias y Chancillerías. Además, la propia estructura y funcionamiento de estos órganos de justicia, era un impedimento para que las partes tuviesen acceso a lo aportado y dicho por el demandante, de ahí que se hiciese necesaria una petición expresa de los autos.

C) La entrega de los autos. La entrega de autos a las partes para que se instruyan antes de alegar, es una "operación procesal" que puede efectuarse a lo largo de todo el proceso, no sólo en el momento de contestar a la demanda, sino siempre que alguna parte lo necesite para formular alegaciones; al concluir la fase de alegaciones, al concluir la prueba o siempre que se produzca una situación que haga necesaria la instrucción de la parte para que en base a lo actuado pueda decir su derecho. En el momento procesal de la contestación a la demanda se siguen los mismos criterios prácticos que para todas las entregas de autos a las partes. **En primer lugar**, los autos sólo se pueden entregar cuando se han pedido y así está acordado. **En segundo lugar** sólo se pueden dar al procurador con poder bastante, que presentará en el oficio del escribano con el pedimento por el que se muestra parte.

⁹⁸N.R. 1.4.4.

"[...] y para exponer las razones que a la mía [parte] competan, pido **se me entreguen los autos** por el término de la ley, **dejando recibo** de ellos como también un tanto de las heredades vendidas a dicho Pedro Gómez [...] para que en caso de que dicho Cayetano se haga parte pueda proceder contra ellos o sus herederos. Otro si digo [...] pido que el presente escribano ponga fe del poder que tengo de mi parte, y que es justicia y juro. Auto, [...] se le entreguen los autos como se pide dejando recibo".⁹⁹

La materialidad de la entrega de los autos está sujeta a determinadas garantías. La primera es que no se puede hacer la entrega en las personas de las partes, sino exclusivamente al procurador; se intenta evitar las manipulaciones de las actuaciones procesales, que tienen valor de documento público, en base a la caución que supone las obligaciones del oficio de procurador, y su carácter de semipúblico que puede llegar a tener. La entrega se hacía de escribano al procurador. Para ello en las Cortes de Madrigal de 1496, se dio una disposición, después recogida en las Ordenanzas del Consejo de 1544, por la que se prohibía expresamente a los escribanos "dar o fiar los procesos de los pleitos que por ellos pasan a ninguna de las partes ni a sus solicitadores".¹⁰⁰ La forma de controlar estas entregas es mediante la **toma de conocimiento** que es un recibo que el procurador o letrado dejan en el oficio, numerando y contando las piezas y hojas que tuviesen.¹⁰¹ En el conocimiento tienen que ir declaradas todas las escrituras que le dan.¹⁰² el lugar en el que se toma este conocimiento es en un **libro**, que lógicamente se llama "de conocimientos", en el que el procurador anota por él mismo el recibo de autos, y sirve de garantía

⁹⁹ CHAN. VALL. P.A. 3783-4.

¹⁰⁰ N.R. 3.19.2.

¹⁰¹ ESCOLANO DE ARRIETA, Ob. Cit. Pág. 355.

¹⁰² N.R. Ibidem.

en caso de deterioro, extravío o falsificación de los documentos que se entregan.

D) Tiempos para devolver los autos. El principal problema que en la práctica suponía la entrega de los autos a las partes para que alegasen era el de su **devolución**, exactamente cuando tenían que devolverlos al oficio. la primera premisa es que tienen que devolverlos cuando finalice el término concedido que normalmente era de tres días, contando desde el siguiente al que se le entregó el pleito, y que una vez pasados se le puede apremiar a quien los tenga para que vuelva al pleito.¹⁰³ La petición de devolución de los autos la hace el actor. "Siendo pasado el término, aprémiesele". La comprobación de que el término es pasado la tiene que hacer el propio escribano, o el oficial mayor en las Escribanías del Consejo, mediante nota en la que hace constar que los autos los tiene el procurador.¹⁰⁴

El apremio al procurador se lo hace uno de los oficiales de Justicia, portero o alguacil, o incluso el propio escribano de la causa.

La forma de computar el término de la devolución devenía en sí viciada, ya que se empezaba a contar, no desde el día siguiente en el que se notificaba el auto acordando la entrega, sino desde el momento en que la parte los tomaba materialmente del oficio del escribano.

"y así cuando se les notifica algún traslado, no lo toman hasta el último día en que debían evacuarlo, haciendo que se conviertan en nueve o más los tres días que tenían para responder a él, con notable perjuicio de sus colitigantes. Semejante abuso no debe ser permitido por los jueces, debiéndose contar cualquier término desde el día de su notificación exclusive. [...] de ningún modo ha de contribuir ni el juez ni el escribano a que contra lo prevenido repetidamente por las leyes que encargan justamente la brevedad de los pleitos, se

¹⁰³ MARTÍNEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 146.

¹⁰⁴ ESCOLANO DE ARRIETA, Ob. Cit. Pág. 355.

dilaten y causen gastos y extorsiones a los que proceden de buena fe"¹⁰⁵

Ocurría también que trascurrido el término ordinario, no se había hecho el traslado, y aunque no debe dejarse de apremiar al procurador, era frecuente pedir término para despachar los autos, accediendo los jueces a esta solicitud, concediendo muchas veces diez, quince, veinte días y aún un mes. Se cumple este término y se vuelve a pedir y a conceder otro por otros tantos días, en los cuales tampoco se contesta al traslado. Si se hace nueva petición se le vuelven a conceder a la parte que tiene los autos dos o tres días perentorios, pasados los cuales se mandan que vuelvan los autos con respuesta o sin ella. En estas prórrogas se pasan hasta dos meses, y la dilación no tiene otra causa que la malicia de los litigantes.¹⁰⁶

"Digo que [...] se confirió traslado a la contraria, y aunque se notificó a su procurador no dice ni responde cosa alguna, sin embargo haber mediado algunos días, [...] se sirva mandar que en la primera audiencia, con respuesta o sin ella vuelva los autos, y se traigan a V.M., y pasado no lo haciendo, se proceda a su apremio. "[...] tiene los autos por traslado el procurador a quien pido se le notifique responda y los vuelva conforme a estilo." Dos días después: "[...] se notificó al procurador devolviese los autos, y no cumple, rebeldía le acuso, pido por acusada y se le notifique de prisión, y que no haga autos, los vuelva en la primera audiencia". Un día después: "[...] según lo deducido en autos viene de apremio para volverlos en esta audiencia [el procurador], sino cumplierse pido se ejecute, o que estando en el oficio se me entreguen." Al día siguiente presenta petición la parte requerida: "[...] que para su vuelta (la de los autos) me hallo de apremio en esta Audiencia, y no puedo cumplir a causa de no haberlos podido despachar mi abogado el Licenciado D. Miguel Salgado, por sus muchas ocupaciones, el mismo que eligió mi parte por el fallecimiento de D. Antonio Rodríguez, en cuya atención, y en ser para alegar de bien probado [...] se sirva concederme ocho días de término, y por ellos suspensión de dicho apremio, bajo la protesta de cumplir si antes se pudiese, y de lo contrario la indefensión, y toda causa en Justicia". Por Decreto se le conceden seis días, el día dos de septiembre,

¹⁰⁵TAPIA, Ob. Cit. Pág. 81.

¹⁰⁶Ibidem.

y el día nueve del mismo mes presenta la parte contraria petición: "[...] que hallándose de apremio para su vuelta en los dos del que corre, el procurador contrario salió pidiendo término, que se le concedió el de seis días, que son pasados, por lo que si no cumpliera en esta Audiencia, pido se proceda al apremio decretado".¹⁰⁷

La práctica era tan habitual que en los formularios se incluían modelos para estas peticiones, en los que el motivo o excusa del procurador para no devolver los autos y pedir más término era siempre el mismo: enfermedad, ausencia y ocupación excesiva del letrado, alegando por supuesto que si no se concede su parte quedaría indefensa.¹⁰⁸

Esta actitud se veía por los autores más críticos como un abuso, al que debían prestar atención los jueces, en base a las recomendaciones de las leyes a la brevedad de los pleitos, para evitar así los perjuicios que se ocasionan a las partes con estas dilaciones.¹⁰⁹ La realidad era que los propios jueces participaban de estas disfunciones desde el momento que las consentían y no trataban evitarlas, aunque la mayor responsabilidad sería para los escribanos como encargados de la custodia de la documentación

5.6. EL ALLANAMIENTO.

Siguiendo el discurso procesal más lógico, y situándonos en un momento concreto como es el de que el demandado tiene los autos para responder a la demanda, la propia dialéctica del pleito supone que se tiene que producir el hecho por el que el demandado **diga algo**. Y puede, desde decir que no quiere contestar, allanarse al *petitum* de la demanda, oponer excepciones, o

¹⁰⁷ CHAN. VALL. P.A. 2791-2.

¹⁰⁸ MARTÍNEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 147.
Ver supra lo dicho en el pleito de Tenuta seguido en la Sala de Mil y Quinientas en 1752

¹⁰⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 81.

finalmente alegar sus razones que es propiamente la contestación.

A) El allanamiento propiamente dicho.

Jurídicamente la solución más sencilla es la del allanamiento; no ocurre como en el caso de la rebeldía procesal, que se constituye una ficción jurídica, sino que el allanamiento implica de fondo una litis contestatio, pero sin oponer razones contra la demanda, simplemente se dice que se está conforme con lo pedido, por lo que el juez debe dictar sentencia según aquello que se ha pedido en la demanda. Es un reconocimiento u otorgamiento que hace el demandado del derecho del contrario.¹¹⁰

El allanamiento es la actitud más elemental que puede tomar el demandado, y que a su vez facilita la labor jurisdiccional, suministrando al juez la base de la sentencia sin necesidad de seguir adelante con el juicio. Implica un reconocimiento de la existencia del derecho que pretende el demandante.¹¹¹ Y se puede entender como una forma de substraerse del juicio de los jueces, ya que está excluida la posibilidad de una absolución del demandado, desde el momento en que este está mediatizando la decisión del juez al imponerle la decisión de admitir lo pedido por la actora.

Implica desde luego el allanamiento del demandado una manifestación de voluntad expresa de admitir la reclamación que contra él ha hecho el actor; por supuesto que el silencio no debe entenderse como tal, sino que ha de estar formalmente planteado para que tenga valor. Así, la contestación puede hacerse llanamente y de buena fe como confesión del demandado a la obligación en los términos que ha propuesto el actor. Se impide así que el juicio siga adelante, no dejándole al juez mas posibilidad que la de condenar al demandado, al pago o restitución de

¹¹⁰ LALINDE ABADIA, Ob. Cit. Pág. 777.

¹¹¹ PRIETO CASTRO, Derecho Procesal Civil, pág. 220.

la cosa que se le pide.¹¹²

El hecho del allanamiento no liberaba al allanado de pagar en algunos casos **las costas**; en un pleito ejecutivo seguido ante el Alcalde Mayor de Segovia en 1764,¹¹³ se aporta por el ejecutante un documento que se corresponde a una certificación que hace el escribano de Santa M^a de Nieva, en la que hace constar que en 1758, practicó varias diligencias contra Miguel Chamorro (el ejecutado), y que pese haberse allanado, le pagó por costas los derechos al escribano.

Las Partidas (7.3.3.), al llegar al punto en que el demandado debe contestar a la demanda, dice que si es cierto que el demandado debe lo pedido, debe responder otorgando lo que le demandan. Más adelante, en el título 13 de la misma Partida, ley 2, al hablar de la "conocencia" como el reconocimiento que hace la parte en el juicio, estando la parte contraria delante, dice que por este conocimiento **se puede decidir la contienda**; el juez debe dar juicio de acuerdo con esta manifestación de la voluntad.

No es propiamente una regulación del allanamiento como actuación procesal, pero si admite, a sensu contrario, que la oposición del demandado a la demanda sólo debe plantearse cuando no esté realmente de acuerdo con lo que se le pide, y si es cierto lo que se le demanda, reconocerlo en el juicio. Estas leyes de **Las Partidas** son la única regulación legal de esta posibilidad o actitud del demandado ante la demanda, aunque no se denomine propiamente como allanamiento. No se encuentra en las Leyes Reales más mención a esta posibilidad procesal, su configuración depende de la práctica.

Veamos cómo se producía esta situación en los pleitos. Por otrosí hace mención el

¹¹² CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 41.

¹¹³ A.H.P.S. J-1027/3.

demandado a los efectos, que tiene voluntad de allanarse:

"OTROSÍ DIGO: Que aunque es claro que mi parte se halla libre de dicha obligación especialmente por haberse contravenido a ella por el Monasterio, comprando en el verano anterior ladrillo de otras partes para la citada obra, con todo, para que se vea que mi parte siempre ha procedido de buena fe, y procedí, se conforma en continuar fabricando ladrillo en este año en el horno de Villaverde, [...] **y que para ver si el Padre Granero se conforma con este allanamiento** [...] se le haga saber y en el acto o cuando más en el término de quinto día responda dicho Padre Granero si se conforma o no en este allanamiento [...]"¹¹⁴

Como se ve en esta petición, el demandado, por otrosí dice que se allana a la petición del Monasterio demandante (después de haber alegado en contra de lo pedido y de haber pedido la confesión de la contraria como previa a su contestación). Se está utilizando así el allanamiento como una fórmula alternativa de evitar el pleito condicionado a que el actor reconozca algunas exigencias, y desde luego, reservándose la posibilidad de contestar a la demanda para lo que pide la declaración de la otra parte. Es importante destacar la petición expresa de que la parte contraria conozca su intención y sobre todo que diga si se conforma; volvemos a encontrar la exigencia del acuerdo de voluntades para que el allanamiento sea válido y pueda ser el soporte de una sentencia condenatoria.

En la misma línea se manifiesta el demandado en un pleito de alimentos seguido como Caso de Corte en la Chancillería de Valladolid en 1757; en el otorgamiento de poder hace unas alegaciones en descargo suyo, concluyendo que debe pedir [su procurador] que se le absuelva de la demanda. A continuación dice:

¹¹⁴CHAN. VALL. P.A. 3581-2.

"para que se experimente el afecto y cariño de hijo y deseos del alivio y comodidades de dicha mi madre: se allanen los referidos mis apoderados en mi nombre, en que dándome y afianzándome esta a mi satisfacción [...], perciba todos los frutos, rentas y emolumentos que produjesen el dicho vínculo y los demás mayorazgos que dice estoy disfrutando; de cuya forma se evitan pleitos y disensiones tan mal sonantes en los tribunales.¹¹⁵

Aunque no estamos propiamente ante una contestación a la demanda, sí era frecuente que en el otorgamiento de poder, que no deja de ser una manifestación de la voluntad, se hiciesen manifestaciones y alegaciones, que aunque no se puede considerar que tuviesen valor procesal, al contener un mandato expreso sí pueden valorarse como la intención de la persona que está otorgando el poder respecto del pleito. En esta línea, las manifestaciones del poderdante son significativas para el contenido del mandato otorgado. En este caso, como en el anterior, en primer lugar, el demandado manifiesta su voluntad de oponerse al contenido de la demanda (en este caso es en el poder, y en el anterior es en una petición previa de declaración para formular la contestación), y sólo con carácter condicional dicen que se allanan: o bien por determinadas acciones del actor o por la prestación de una fianza como garantía. De forma más clara y expresa **se allana** la demandante a la demandada reconventional que le plantea la demandada, contestando a la petición sobre la tutela de una menor que formula la abuela de la niña a su madre por haberse casado en segundas nupcias, motivo que por ley la excluye de la tutela; la madre **demand reconventionalmente** a su suegra por no haberle liquidado a su hija los bienes que procedían del caudal hereditario del padre. La abuela como sabe que este hecho es también motivo que a ella se le excluya de la tutela, se allana a presentar las cuentas, no sin antes protestar porque " *Las*

¹¹⁵ CHAN. VALL. P.A. 2987-2.

leyes se dirigen a la defensa y seguridad de los menores y cuidar su salud y libertad, y todo es *copla y velación*” pues lo que le piden (que dé las cuentas) no tiene relación con la petición principal¹¹⁶

De lo dicho se puede resumir, que:

- el allanamiento no tiene soporte legislativo.
- implica una manifestación expresa de voluntad de la parte demandada, ante la parte demandante. Se debe entender como una exigencia de que el actor conozca esta intención de su contrario, pues puede oponerse a ella.
- que condiciona al juez para su decisión final, aunque LAS PARTIDAS digan que **puede** decidir la contienda.
- simplifica la tramitación procesal desde el momento en que recae sentencia sin necesidad de más proba.
- se entiende esta decisión del demandado como **primada**, ya que en caso de allanamiento al demandado se le puede eximir de las costas, interpretando también a sensu contrario lo dispuesto en la 7.3.3. de las Partidas, cuando ordena, que el demandado que realmente debe lo pedido y se opone sin tener razón, debe pechar con las costas de lo que su actuación derive.

B) La confesión o reconocimiento del demandado a lo que le pide.

Nos encontramos ante un tipo de confesión distinta de la preliminar y la del juramento

¹¹⁶CHAN. VALL. 3325-1

de calumnia, y por supuesto de la que utilizaba como medio probatorio.¹¹⁷ El demandado, en el momento de contestar podía reconocer **llanamente** que lo que se le pedía era cierto, o bien responder a las posiciones del actor en el mismo acto de la contestación. No sólo esta confesión a las posiciones que podía formular el demandante en el momento de la contestación era una forma de asegurar el allanamiento del demandado, sino que reforzaba el hecho de que, ausentes de contestación el pleito por no decir el demandado nada a lo pedido, solamente reconocer la certeza de lo que se reclamaba, suple la contestación en sí, ya que equivale a la prueba más constante y segura, y facilita al juez el poder dar la sentencia después de tener el pleito por concluso.¹¹⁸

En la práctica, el demandante pedía expresamente que el demandado contestase a posiciones que le presentaba como un paso previo a poder formular sus segundas alegaciones: "*sin perjuicio y para poder responder más en forma, por ahora corresponde a mi derecho y pido que dicho Pedril, sin perjuicio de las pruebas jure y declare conforme a la ley y pago de sus penas*".¹¹⁹ Sólo cuatro días después, el demandado declara las posiciones que se le formula, declaraciones que se hacen bajo juramento. Este juramento de la parte no tenía el valor probatorio

¹¹⁷ Aunque los límites de las distintas confesiones y juramentos procesales, parece que están muy confusos, no sólo en las Leyes Reales, sino sobre todo por la doctrina clásica y la práctica más avanzada y crítica, conviene hacer una **delimitación elemental entre estas formas de confesar y jurar en la vía de un proceso**. **1º**, se daba una confesión previa o preliminar a la interposición de la demanda; vamos a distinguir como previa a la que se hacía sobre el contenido de una obligación que había que su cumplimiento tuvieses, desde el momento de la confesión carácter ejecutivo; y es preliminar la confesión que se hace antes de una petición declarativa para fijar determinados límites del contenido del petitum. **2º**, Había una confesión subsiguiente a los primeros escritos de alegaciones de las partes respectivas, que se pedían por las partes contrarias como una confirmación o garantía de que lo que se pedía o contestaba a la demanda no estaba viciado y era cierto, existen otros juramentos que entran en la actividad procesal de probar directa o indirectamente, eran los juramentos de calumnia y de malicia. **3º**, El demandado en el momento de contestar a la demanda, podía confesar, a voluntad propia, que lo que se le reclamaba en la demanda era cierto y exacto (esta es la confesión que se ve en este epígrafe). **4º**, Finalmente, la confesión con valor probatorio, como prueba plena.

¹¹⁸ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 42 y 43.

¹¹⁹ CHAN. VALLA. P.A. 3782-3.

de la confesión, es decir, no iba dirigido a que su objeto integrase el fallo de la sentencia. Se trataba más bien de obtener de la parte contraria el reconocimiento de unos hechos antes de continuar alegando. Lo cierto es que en determinados asuntos de no menor trascendencia (y el ejemplo anterior así lo era, ya que se trataba de un juicio sumario de desahucio) sí podía dar lugar a que no se abriese la posibilidad de la prueba y se declare el asunto concluso.

Se seguía así la línea general que intentaba imponer la ley dada en 1386 en Alcalá para la supresión de las solemnidades en los juicios cuando decía que los Jueces debían determinar los pleitos según la verdad que hallasen probada,¹²⁰ prevaleciendo la buena fe de los contendientes procesales sobre la idea de contienda procesal. Esta decisión judicial, la sentencia que resuelve un pleito en base a la confesión del sujeto pasivo, no puede ser apelada, excepto que se alegase que la confesión fue errónea,¹²¹ y se ofreciese probar el error, en cuyo caso debe ser admitida, y ser revocada la sentencia dada en base a la confesión, ya que no hay nada más contrario al consentimiento y la voluntad que el error, y si la sentencia dada en base a la confesión se basa en el consentimiento de la voluntad, pierde todo su efecto y puede ser revocada.¹²² Siguiendo la línea privatista que entiende el proceso como un cuasi-contrato, la doctrina clásica entiende que el consentimiento es la raíz de todo acuerdo de voluntades, y que debe haberse formado libre y sin error, por lo que un error en el conocimiento produce un vicio en la obligación que la hace nula.

5.7. LAS EXCEPCIONES.

¹²⁰ N.R. 10.17.4

¹²¹ GREGORIO LÓPEZ, Glosa a la 7.3.3. de las P.P.

¹²² CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 44.

Si la primera posibilidad que hemos visto para el demandado a la hora de comparecer y decir en el proceso era la de manifestarse de acuerdo con el contenido de la demanda, dando lugar a que el juez pueda dictar sentencia sin más probar ni alegar, y antes de que se perfeccione el proceso mediante la **contestación**, puede el demandado tomar una actitud previa, que retarda o anula el curso normal del pleito por considerar que la petición de la demanda carece de requisitos legales.¹²³ La crítica consideró que el problema de las excepciones había sido una fuente inagotable de abusos, debido a las malas artes de los litigantes temerarios. Pese a ello se consideraban imprescindibles, justificándolas por los principios de la ciencia, por nuestra historia jurídica y por el ejemplo de otros países.¹²⁴

Este tipo de **excepciones o defensas previas**, se resuelven mediante **decisiones interlocutorias**, que no entran en el fondo del asunto, "debatándose la validez o no del diálogo, o locución entre partes, no el fondo mismo de la demanda interpuesta".¹²⁵ Mediante esta sentencia interlocutoria se pasaba al nudo procesal siguiente, o estimándose las cuestiones planteadas por el demandado, finalizaba el proceso, sin decidir el fondo de la contienda planteada.

Esta posibilidad que tiene el demandado, con carácter general, de excepcionar a la demanda, comprende defensas de dos tipos fundamentalmente: las llamadas **excepciones dilatorias**, que alargan el proceso y en las que se plantean defensas que una vez solventadas pueden seguir adelante, y las **excepciones perentorias**, que son aquellas que pueden dar lugar a la terminación del proceso en el caso en que sean estimadas.

A) A quien corresponde plantear las excepciones.

¹²³ LALINDE ABADIA, Ob. Cit. Pág. 778.

¹²⁴ GOMEZ DE LA SERNA, Trtado académico forense. Pág 312

¹²⁵ PÉREZ PRENDES, Ob. Cit. Pág. 1273.

En cualquier caso, vuelve esta figura procesal a reflejar la influencia privada en el proceso civil, ya que la obligación de poner de manifiesto los posibles defectos de la demanda recae sobre las partes litigantes y no se atribuye al órgano como una obligación "ex officio".

El arranque de estas manifestaciones del demandado, hecha a partir de la valoración que hace de la demanda, está en el examen que ha de hacer del libelo contra él dirigido. Este **examen viene a ser una carga que** se impone a la persona contra la que se dirige la acción, ya que de no hacerlo, y existir defectos en la demanda, las consecuencias negativas serán siempre en perjuicio de la parte que lo ha omitido:

"el demandado deberá antes de entrar en el juicio examinar si en la persona del Juez o del demandante, en la cosa que se le pide, en el modo, tiempo y lugar para que le cita, hay o concurren todas las circunstancias que hemos dicho ser necesarias para que el juicio sea metódico, válido, útil y lo menos gravoso que sea posible, y si hallase que falta alguna de ellas, deberá negarse a entrar en lid hasta que se supla, porque cualquiera que falte es un verdadero obstáculo para litigar".¹²⁶

El examen previo de los posibles obstáculos que tenga la demanda, y que corresponde al demandado, es un pequeño juicio independiente del principal, y previo a seguir el curso de los autos

Así como al actor le corresponde entablar su acción, de la misma manera corre a cargo del demandado eludirla y defenderse.¹²⁷ Para la doctrina clásica del Derecho Común, la excepción es una **exclusión** o defensa que propone el demandado, y que impide que produzca su efecto la acción intentada contra él, eludiéndola del todo o suspendiendo su efecto. Equivale

¹²⁶ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 81.

¹²⁷ ALVAREZ, Ob. Cit. Pág. 211.

a dar razones para no verse obligado a hacer lo que se le pide.¹²⁸

Hay que valorar por tanto como norma general la obligación de contestar a la demanda, y solamente para casos excepcionales y tasados se pueden interponer defensas previas, siempre con carácter particular, ya que las leyes establecen que a la demanda debe seguir necesariamente la contestación, y por limitación o excepción de esta regla se señalan los casos en que los demandados pueden usar de tales excepciones para dilatar o impedir el juicio; no debiendo invertirse el orden de establecer en primer lugar la regla, y tratar después de sus limitaciones.¹²⁹

Esta tendencia a hacer casi "numerus clausus" de las posibles defensas a excepcionar por el demandado antes de la contestación estaba ya en el **Fuero Real** y en **Las Partidas**. Aunque en el **Fuero Real** se diga que el demandado puede evitar la contestación interponiendo alguna defensa con derecho porque no la deba responder, regulando prolijamente las excepciones como defensas que hace valer el demandado para intentar evitar o demorar el conocimiento de la causa, y con efectos suspensivos sobre la tramitación de la cuestión principal.¹³⁰ Ya que en el mismo cuerpo legal se rechazan determinados argumentos que se estaban utilizando como excepciones, cabe suponer que la relación de las que se pueden alegar como tales, son las realmente válidas. En **Las Partidas** no se especifican limitaciones en cuanto a los motivos para excepcionar, pero se dan a título orientativo algunas de ellas, como el haber pagado o cumplido la obligación o la litispendencia, agregando que "en tales razones como estas o en otras semejantes de ellas",¹³¹ con lo que está cerrando el marco de posibles defensas previas a aquellas que sean similares a las que

¹²⁸ GONZÁLEZ DE TORNEO, Ob. Cit. Pág. fol. 7.

¹²⁹ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 41.

¹³⁰ VALLEJO, La regulación del proceso en el Fuero Real. pág. 526.

¹³¹ P.P. 8.3.3.

se mencionan.

B) Tiempo para plantear defensas previas.

Siendo la causa de las excepciones un obstáculo para el curso del pleito, está claro que se deberán proponer antes de contestar a la demanda todas las que se conozcan. El tiempo y el modo de proponer y probar excepciones, dilatorias y perentorias, está regulado en la 1.5.4. de la Nueva Recopilación bastante prolijamente; es una disposición de las Ordenanzas de Madrid de 1502 que no parece tener antecedentes en el Derecho Real, excepto en LAS PARTIDAS. En esta ley se fijan **dos términos**:

1º.- **nueve días**, para presentar y probar excepciones de incompetencia de jurisdicción o pendencia, o cualquier otra declinatoria. En el mismo término, si no las presenta deberá el demandado formular su contestación. También es común para el actor en el caso de que litigue como Caso de Corte, ya que en estos nueve días tiene que probarlo, si no se tiene por notorio.¹³²

2º.- **veinte días** cuando las excepciones que se formulan son perentorias. El término también es común para presentar reclamación reconvenional al demandado.

El problema que deriva de esta disposición está en la fijación y valoración de estos dos términos que deben ser "contados del fin del término de la carta de emplazamiento a la que había de venir y se presentar".¹³³

Si estos nueve o veinte días se deben computar desde que finaliza el término dado para comparecer y contestar en la carta de emplazamiento, nos encontramos ante una prórroga legal del término dado para contestar a la demanda; haciendo una interpretación literal, en relación con

¹³² Se entiende que el solicitar por Caso de Corte supone una declinación de la jurisdicción del Juez natural, de ahí que se deba probar en el mismo término que se da al demandado para alegar la declinatoria de jurisdicción.

¹³³ N.R. 1.5.4.

la ley 1.4.4., se debe entender que el demandado tiene que contestar a la demanda en los nueve días siguientes en que ha personado el pleito, ya que para formular defensiones previas, dispone de otro término nuevo, de nueve o veinte días según el tipo de excepciones que se trate o de interponer demanda reconvenzional. Estamos pues ante un doble término que solo juega en los casos en que el demandado quisiera excepcionar a la demanda.

Entiende **Gomez Negro**¹³⁴, siguiendo a **Febrero**, que en los veinte días concedidos para interponer excepciones perentorias, no están comprendidos los nueve señalados para oponer y contestar las excepciones dilatorias, aunque parezca estar más de acuerdo con el espíritu de la ley lo contrario. En la práctica, lo que ocurre es que el resultado es el mismo, ya que además de los veinte días para alegar unas y otras excepciones, se añaden los nueve días para acusar las tres rebeldías.

C) Tipos de excepciones que se pueden plantear.

El poder anteponer a la demanda determinados elementos de defensa sin entrar a contestar al fondo de lo que se pide o se reclama debe estar sujeto a motivos que, en parte tasados por las leyes y en parte fijados por la práctica determinan que las defensiones se encuadren como **dilatorias o como perentorias**. Son dilatorias las excepciones que se proponen antes de contestar a la demanda en base a causas que no detienen o anulan el proceso en sí, simplemente dilatan su tramitación o desvían la competencia, de forma que la acción no queda desvirtuada ni se impide su ejercicio. Al tramitarse como artículo de previo pronunciamiento, vienen a dilatar el curso de los autos, demorando su consecución; si no se estiman por el juez, sigue adelante el pleito, y si se estiman, la acción puede ser interpuesta correctamente, subsanándose el defecto o la carencia alegada. Por el contrario, las excepciones perentorias, pudiéndose interponer en

¹³⁴ Ob. Cit. Pág. 84.

cualquier momento procesal y en caso de ser admitidas se estima que no cabe la posibilidad de interponer la acción, quedando definitivamente extinguida.

1º.- Las excepciones dilatorias.- Son dilatorias aquellas excepciones que sólo demoran el conocimiento de la causa y no la acaban,¹³⁵ sin que de su aceptación por el juez derive la imposibilidad de ejercer la acción, suspendiendo su efecto o difiriéndolo hasta otro momento.¹³⁶

"Excepciones dilatorias son las que dilatan, y difieren la causa, impidiendo su ingreso, y prosecución; pero no la extinguen, acaban, ni rematan del todo, [...]"¹³⁷

Su planeamiento por parte de demandado, impide entrar en el pleito hasta que esta cuestión previa, o interlocutoria, se ventile; advirtiéndolo en la petición que se formulan como tales excepciones, para que se forme artículo de previo y anterior pronunciamiento.¹³⁸ Alargan por lo tanto el pleito pero no lo rematan; se llaman en latín "dilatorias" que quieren decir "alongaderas".¹³⁹

Como ya se ha dicho, el demandado las puede alegar y probar dentro de los **nueve días** posteriores a la personación, sin darle otro término, contra el que no ha lugar restitución aunque sea menor.¹⁴⁰ Los nueve días se entiende que son en los que se puede hacer la contestación, y no después, en que no se admitan las excepciones como dilatorias, aunque sea con juramento que

¹³⁵ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 22.

¹³⁶ SALA, Ob. Cit. Pág. 212.

¹³⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 69.

¹³⁸ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 83.

¹³⁹ P.P. 9.3.3.

¹⁴⁰ MONTERROSO Y ALVARADO, Práctica civil y criminal e instrucción de Escribanos, fol. 11.

no se había tenido conocimiento antes.¹⁴¹

En cuanto al contenido de las excepciones o defensiones dilatorias, son motivos todos que se pueden alegar previos a la consecución del pleito, sin entrar en el fondo. Estas son:

a) las que se refieren a la persona del juez y su Jurisdicción, y que suponen la exclusión del juez del conocimiento de la causa.

- Cuando se emplazase a alguien delante del juez que no tuviere fuero¹⁴²; es la excepción de **falta de Jurisdicción** o de **incompetencia de jurisdicción**. Aunque el juez haya examinado de oficio su propia competencia, es muy de destacar que para declararse incompetente por falta de jurisdicción, por no estar sujeto el demandado a su fuero, debe pedírselo la parte contraria, diciéndole que **decline** de su jurisdicción a favor de otro juez. Es la primera excepción que debe plantearse, **la declinatoria del juez**¹⁴³; esta exigencia tiene su lógica procesal; si el demandado interpone cualquier tipo de excepción, o alega motivos de fondo a lo pedido en la demanda, **está admitiendo tácitamente la jurisdicción de juez al que se dirige**. De ahí que se deba tratar siempre en el principio del pedimento, advirtiendo que sólo se reconoce al juez la jurisdicción necesaria para tratar de la cuestión previa que se interpone, evitándose así que el juez se declare competente para conocer de todo el pleito.¹⁴⁴

- Como excepción dilatoria se puede entender también la sospecha del juez y plantear su

¹⁴¹HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 70.

¹⁴²P.P. 9.3.3.

¹⁴³HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 70.

¹⁴⁴Ibidem.

recusación,¹⁴⁵ recusación que en este caso estaría sujeta a la misma exigencia que la declinatoria de jurisdicción, de advertir en su planeamiento que sólo se reconoce al juez para los efectos de la cuestión previa que se debe resolver.

- La **excepción de litis-pendencia** debe estar incluida en este grupo que se refiere a la capacidad o no del juez para conocer de la causa, ya que, aunque no se está negando de fondo la competencia para decidir sobre el conflicto planteado, si que se **obstaculiza** este conocimiento supeditándolo a que se resuelva un pleito pendiente por la misma causa, o que se acredite al menos que existe la pendencia ante otro juez, ya que mientras esta persista no puede haber nuevo juez conociendo por los mismos hechos

En el pleito seguido ante el Alcalde mayor de Segovia en 1755 por una reclamación de cantidad por la venta de una casa, el demandado pide que se declare nula la vía ejecutiva seguida por la misma causa y que acumulen los autos:

"se reconoce y convence de nula e ineficaz la citada ejecución, que no pudo expedirse por la **litispendencia** en dicha vía ordinaria".¹⁴⁶

b) Las que se refieren a las partes o su representación.

- El **no ser parte legítima** para comparecer en juicio por estar dentro de los defectos y causas por lo que no se puede hacer.¹⁴⁷ **Sala** habla de no ser la persona que demanda legítima para comparecer en juicio, y **Juan y Colom** de legitimación de la persona del que pide,¹⁴⁸ en la **Curia**

¹⁴⁵ SALA, Ob. Cit. Pág. 212.

VALLEJO, La regulación del proceso en el Fuero Real, not. 106.

¹⁴⁶ A.H.P.S. J-1235/5.

¹⁴⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 70.

¹⁴⁸ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 22.

Filípica se dice "la que toca a la persona de la parte", sin especificar que la parte sea la actora o la demandada, por lo que de ahí se puede entender, que respecto a la legitimación de parte se puede excepcionar en los dos sentidos procesales: el activo y el pasivo; las excepciones de falta de legitimación serían **activas** cuando afectasen a defectos de la parte demandante, y **pasivas** cuando afectasen a defectos de la parte demandada.

- La prolongación de la falta de legitimación de las partes en juicio se refiere a la falta o defecto en su personación, lo que supone una deficiencia de la representación con que se comparece. Supone que una parte contradiga la personería de la otra, mostrando razón, porque no tiene capacidad para la representación o porque no está cumplida según derecho.¹⁴⁹ La excepción de **falta de personación** no sólo se refiere a que el Procurador que comparece no pueda hacerlo por él mismo, sino también a que el poder no sea bastante para comparecer en pleito concreto.

c) Las que se refieren al objeto de lo pedido.

- Cuando sea incierto u obscuro el libelo de la demanda,¹⁵⁰ en lo que se refiere al mismo negocio,¹⁵¹ el demandado lo puede alegar como una defensa para no entrar en el pleito manifestando que lo pedido no está claro y por lo tanto no puede negar o admitir algo que no tiene perfiles jurídicos definidos.

- El pedir antes del tiempo que se debía es también motivo o causa de una excepción dilatoria,¹⁵² según se recoge en la ley de **Las Partidas**, antes mencionada, ya que si se hace pleito

¹⁴⁹ P.P. 9.3.3.

¹⁵⁰ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 70.

¹⁵¹ SALA, Ob. Cit. Pág. 213.

¹⁵² HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 70.

en reclamación de deuda o de entrega de cosa, no se debe hacer antes del tiempo que se debía, pidiéndoselo en juicio antes de plazo, aplicándose aquí el principio de derecho necesario o "ius cogens" por el que un acuerdo válido que no puede ser vulnerado por la voluntad de una de las partes.

- el no pedir como se debía es otro motivo para interponer una excepción dilatoria, y sería el no haber dirigido la acción contra el principal antes de dirigirla contra el fiador, en el caso de obligaciones mancomunadas.

- Para evitar que se divida la continencia de la causa, se puede plantear una excepción dilatoria, ya que se considera como un grave perjuicio el litigar ante muchos Tribunales contra una misma persona, incluso contra los mismos bienes en los casos en que se hubiese formado Concurso de Acreedores.¹⁵³

En cuanto al trámite procesal de estas excepciones, se harán separadamente del pleito principal, dándose traslado a la parte contraria que formulará sus alegaciones. Las partes pueden probar sus respectivas alegaciones. De todo ello el Juez conocerá sumariamente, pronunciándose expresa o tácitamente antes de proseguir con la causa, sin llegar a sentencia definitiva.¹⁵⁴

2º.- Las excepciones perentorias.- Así como las excepciones dilatorias tienden a demorar la entrada en el pleito, y en el caso de ser admitidas no liquidan la acción, las excepciones perentorias que puede oponer el demandado sin contestar a la demanda se dirigen a imposibilitar que la acción prospere sin dar lugar a que se entre a discutir sobre el fondo del asunto. Son las excepciones que extinguen del todo el derecho que ejercita el actor, con lo que

¹⁵³ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 70.

¹⁵⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 71.

termina la causa; se tratan y deciden con el pleito principal.¹⁵⁵ Este carácter permite que las excepciones perentorias puedan plantearse después del término concedido para al contestación. Si el demandado prueba las excepciones, se le tiene que dar por libre de la demanda, pagándole el demandante las costas que le hubiera causado.¹⁵⁶ Por el contrario, si el demandado no puede probar las excepciones planteadas, se le debe condenar a las costas del pleito retardado sin esperar a la sentencia definitiva.¹⁵⁷ Comprenden los supuestos en que la acción no puede ser interpuesta por causas concretas que lo impidan y que supongan que la causa de pedir es inexistente. No puede prosperar un pleito si el demandado puede demostrar que se ha producido **cosa juzgada** sobre lo que se reclama; si así se acredita y se admite por el Juez que conoce de la demanda. Ocurre lo mismo con la **transacción o pacto y juramentos de no pedir**, concediéndose a la voluntad de las partes el mismo valor de derecho necesario que se da al plazo de vencimiento de las obligaciones, por sujeción a la voluntad de las partes.

La **prescripción** de la acción también puede ser considerada causa de plantear una excepción perentoria, ya que la acción prescrita no es tal, ha desaparecido y por lo tanto no se puede interponer.¹⁵⁸

En general, los autores dan a este tipo de excepciones carácter de **excepciones mixtas**, ya que pueden plantearse tanto en carácter de perentorias, como de dilatorias, siempre que se

¹⁵⁵ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pag. 74.

¹⁵⁶ P.P. 8.3.3.

¹⁵⁷ N.R.1.5.4.

¹⁵⁸ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 22.

haga dentro del tiempo señalado para la contestación.¹⁵⁹

5.8. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

Hasta este momento se ha visto que el demandado podía no comparecer al llamamiento judicial que supone el emplazamiento, o bien podía comparecer; dentro de esta actitud de comparecer, podía permanecer callado, allanarse a lo pedido, excepcionar a la demanda, y finalmente puede contestar a la demanda. Si el allanamiento implica un reconocimiento y aceptación de lo pedido, y las excepciones una defensa para precisamente no entrar en el fondo de la demanda y así evitar la contestación, es la contestación a la demanda una auténtica manifestación de voluntad de la parte demandada de entrar en el litigio e iniciar así la dialéctica procesal. Así como de la contestación se debe excluir el reconocimiento de lo que se pide, ya que es el allanamiento, el contenido de lo que en ella vierta el demandado puede ser, tanto como una **oposición total** a los que se le reclama, como una **oposición en parte**, y una aceptación del resto de los argumentos y reclamaciones.

Es la contestación a la demanda el tercer gran nudo procesal dentro de la primera fase del proceso o fase de alegaciones (demanda/emplazamiento/contestación), recogándose la naturaleza que en derecho romano tenía ese momento, como una aceptación contractual, y formal, de las partes, de los contenidos del litigio,¹⁶⁰ manifestándose el carácter contractual precisamente en que la comparecencia es voluntaria y produce efectos procesales.¹⁶¹

¹⁵⁹ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 41.
HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 70.

¹⁶⁰ PÉREZ PRENDES, Ob. Cit. Pág. 1273.

¹⁶¹ LALINDE ABADIA, Ob. Cit. Pág. 778.

" CONTESTACIÓN: Es la respuesta que da el reo, o el deudor, negando, o confesando lo contenido en la demanda puesta por el actor, o acreedor, de que se le comunica el necesario traslado. Es pues, el primer acto que el reo hace en el juicio, raíz y origen de los demás que subsiguen; [...]"¹⁶²

La contestación es la respuesta afirmativa o negativa que da el demandado a la demanda del actor,¹⁶³ el primer acto del demandado en el juicio, y es la raíz, piedra angular y fundamento del juicio, por el que se empieza propiamente.¹⁶⁴

Tan esencial y precisa es la contestación, aún en las causas sumarias, que las partes no pueden omitirla, ya que serían nulos el proceso y el juicio.¹⁶⁵ Se acepta por la mayoría de la doctrina la definición dada en **Las Partidas**,¹⁶⁶ como: "comenzamiento e raíz de todo pleito, sobre que debe ser dado juicio, es cuando entran en el por demanda y por respuesta delante del juzgador; respondiendo el demandado a aquella demanda llanamente, si o no. [...] cumple para ser comenzado el pleito por demanda y por respuesta, al que dicen en latín contestatio". En la Glosa a esta misma ley, (glos. 2) dice **Gregorio Lopez** que esta ley confirma la opinión de los que dijeron que, también por confesión del demandado se hace la contestación.

En cuanto al contenido de la contestación a la demanda, puede entenderse, o bien que solo cabe negar la demanda y el auto subsiguiente, diciendo simplemente el demandado que lo

¹⁶² CORNEJO, *Diccionario Histórico y Forense del Derecho Real de España*, pág. 191.

¹⁶³ TAPIA, *Ob. Cit.* Pág. 78.

¹⁶⁴ HEVIA BOLAÑOS, *Ob. Cit.* Pág. 71.

¹⁶⁵ TAPIA, *Ibidem*, citando a Gregorio López.

¹⁶⁶ P.P. 3.10.3.

niega,¹⁶⁷ o bien puede confesar o contradecir la instancia del actor.¹⁶⁸ Cuando el contenido de la contestación a la demanda supone el reconocimiento del demandado a lo que se le pide, nos encontramos ante la figura del ALLANAMIENTO, que ya ha sido vista; a partir de esta premisa, cabría excluir el reconocimiento de lo pedido en la contestación y ceñirla por lo tanto exclusivamente a que en la contestación el demandado se oponga a lo reclamado con sus propios argumentos. Pero, cabe una tercera posibilidad, que es, la de que el demandado, aún reconociendo lo que se le reclama en la demanda, y reconociendo la acción, oponga determinadas circunstancias para la fijación de los hechos.¹⁶⁹

Lo que es indudable para toda la Doctrina es la esencialidad de la contestación para la existencia del proceso, aunque la causa se conozca de forma sumaria, no siendo válido el juicio en que sea omitida la contestación, pues es *fundamento, raíz, comenzamiento, esencial*. La coincidencia en este carácter de la contestación es indudable para la ley y para la doctrina, y consiguientemente para la práctica. La justificación de esta necesidad para la existencia del proceso, hay que basarla en el hecho de que el actor en su demanda no pregunta al demandado sobre las causas y acciones que propone, dándoles una positividad independiente de que el reo las reconozca o niegue; pero como el Juez no puede decidir la pretensión del actor por sus solas alegaciones, ha de darle al demandado *traslado de la instancia*, conteniendo este traslado una pregunta para que conteste y afirme si es cierta la demanda o no, por lo que **el demandado responde al Juez** lo que este desea saber sobre la demanda del actor, **siendo esta la materia o**

¹⁶⁷ GONZÁLEZ DE TORNEO, Ob. cit. fol. 7

¹⁶⁸ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 37.

¹⁶⁹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 85.

asunto a que se refiere su contestación reconociéndola o negándola.¹⁷⁰ Es desde luego una especial elaboración doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la contestación a la demanda, entendiéndola la respuesta que da el demandado como dirigida al Juez de la causa, no al propio demandante, entendiéndola, que es el juez el que pregunta al demandado que respuesta quiere dar a lo que en la demanda se contiene.

A) La contestación como perfección del proceso. La litis-contestatio.

El Derecho común busca en el proceso un factor que aglutine los actos aislados; esta unificación la encuentra en la formalización de la contienda procesal mediante la **litis-contestatio**. En su origen Romano clásico, la litis-contestatio tenía el carácter de un contrato entre partes, por el que, mediante el acuerdo de voluntades, se comprometían a someterse a la decisión del "iudex". Esta forma privatista pura, queda sin contenido cuando aparece la Jurisdicción como un poder estatal, al que las partes están sometidas sin un contrato, aunque de las voluntades de estas partes nazcan derechos y deberes para los litigantes y se ejerzan las potestades del juez.¹⁷¹ Esta es la idea jurídica que pasa al Derecho Común, recogiendo esta naturaleza de **aceptación contractual** por parte de los litigantes de los términos en que el litigio está planteado. La aceptación de las partes, como manifestaciones de su voluntad, no entra dentro del marco de la teoría general de los contratos como fuente de las obligaciones, sino que los autores (Heinecio entre otros) lo entiende como un **consentimiento presunto**, en sentido más estricto de presunción jurídica; aquello que se tiene por verdad mientras no exista prueba en contrario. Para el derecho romano clásico, las fuentes de las obligaciones eran fundamentalmente los contratos y los delitos; además se reconocían otras fuentes que no se entraban dentro de estos

¹⁷⁰ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 38.

¹⁷¹ PRIETO CASTRO. Ob. Cit. Pág. 29.

dos tipos, y que no suponían un acuerdo mutuo y convergente de voluntades, sino que su origen también participaba de la imperatividad de otra norma. Por ello, la elaboración de la doctrina a partir de los **glosadores** encuadra la **naturaleza jurídica del proceso perfeccionado** en el marco del **cuasicontrato** ya que participa de las voluntades de las partes y del imperativo de la ley, canalizada a través de la potestad jurisdiccional del juez.

Supone por tanto la perfección del proceso llegar a las condiciones necesarias para que pueda cumplir su papel de cauce jurídico de las pretensiones de las partes.¹⁷² Y por influencia del Derecho Común se adopta el término **litis-contestatio** para la contestación a la demanda, como acto que se realiza ya dentro del proceso (litis). Este carácter dentro de la litis que tiene la contestación, hace que deba adaptarse a la demanda, aceptando o rechazando los hechos y razonamientos jurídicos que la misma contiene.

Tiene por lo tanto la **litis-contestatio** tres elementos fundamentales:

- la demanda del actor.
- la respuesta del demandado a su contenido.
- el sometimiento a la potestad jurisdiccional del juez.

Se efectúa la **litis-contestatio** por la demanda del actor y la respuesta del demandado, y su contenido es el "recordamiento principal y respondimiento a él",¹⁷³ suponiendo la voluntad de contestar al litigio. La consecuencia fundamental de esta respuesta procesal es que se perfecciona la relación jurídica procesal y comienza formalmente el juicio.

En el pleito sobre arrendamiento de unas tierras, sguido en Villacastín, a la demanda de arrendamiento, que la hace el arrendatario por comparecencia, contesta el demandado diciendo

¹⁷² LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 777.

¹⁷³ MARGARITA DE LOS PLEITOS, tit. 10.

que ha llegado a su noticia que Antonio Bachiller ha dado y presentado cierto pedimento, del que se le ha dado traslado y hecho saber su decreto, y respondiendo a él, negándole ("es fuerza de ley despreciando en todo su pretensión, condenándole a perpetuo silencio por mal demandante") y formulando alegaciones en contra y sobre el fondo de la demanda, termina pidiendo que se provea según ha pedido. De la demanda se le dio traslado el día siete de Enero por tercero día, y la contestación la presenta el día once del mismo mes, es decir en el siguiente día a que venciese el término.¹⁷⁴

B) Término para formular la contestación. La Ley 3.10.3. de las Partidas nos dice que el comienzo y raíz de todo pleito, sobre el que se debe dar un juicio [por sentencia], es cuando se entra en él por **demanda** y por **respuesta** delante del **juzgador**. Y debe el demandado responder a la demanda por respuesta; la ley 6.3.3. del mismo cuerpo legal establece que el demandado podrá tomar plazo de "tercero día" cuando se mueva demanda contra él para aconsejarse y ver el derecho que le asiste. En el Ordenamiento de Alcalá, en 1386, se establece que en los Pleitos, que el día que la demanda fuese puesta al demandado, o a su procurador, sea obligado a responderla derechamente, contestando al pleito, conociendo o negando, hasta nueve días contenidos.¹⁷⁵ "Y todo ello porque se alargan los pleitos por razones maliciosas de los demandados, no queriendo responder derechamente a la demanda": de ahí que esta ley se dé para abreviar los pleitos.

Por lo tanto, el demandado tiene **nueve días** para instruirse de la demanda, una vez personado, y deliberar su contestación, empezando a correr y contarse desde el siguiente al de la notificación del traslado, ya que está a su decisión tomar la demanda, enterarse de ella y

¹⁷⁴ CHAN. VALL. P.A. 3782-3.

¹⁷⁵ N.R. 1.4.4.

consultar la decisión sobre si consultarla o contradecirla.¹⁷⁶

Pero la práctica es la de no evacuar los traslados, en general, y en concreto también el de la contestación a la demanda:

" sino que piden [las partes] otro y otros [traslados], pretextando algún grave motivo, y los jueces, aún cuando recelen o presuman alguna malicia, suelen conceder nuevos términos, ya por no dar lugar a que la parte apele de su negación y cause mayores dilaciones, ya porque en duda es justo atender a la defensa natural, aunque sea a costa de sufrir alguna dilación".¹⁷⁷

Es decir, la práctica y la complejidad de los Jueces y Audiencias, había ido suponiendo que la respuesta a la demanda no se produjese de forma inmediata, sino que los demandados eludiesen esta obligación, por lo que **alargaban los pleitos** y se hizo necesario poner un **límite de tiempo** al demandado para que presentase su contestación: el de nueve días.

Parece claro que la intención del legislador en este momento era la de evitar que por demora en la presentación de la contestación a la demanda, los pleitos sufriesen dilaciones en perjuicio de la parte que reclamaba su derecho ante la jurisdicción, ya que no existía más fuerza coactiva para impelerle a ello que la posibilidad de ser declarado en rebeldía; declaración procesal, que como ya se ha visto, estaba sujeta en la práctica igualmente a demoras y prolongaciones.

Si partimos del momento en que el demandado es emplazado a comparecer y contestar mediante el traslado que de la demanda se le hubiese hecho, se abre un período de tiempo en el que se le da la posibilidad de analizar su derecho y lo alegado por el actor, para en su

¹⁷⁶ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 39.

¹⁷⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 106, n.p.p.

consecuencia, si entiende que debe decir en el proceso, mostrarse parte y contestar. Puede ocurrir que dentro del término dado en la carta de emplazamiento, el demandado comparezca y conteste a la demanda afirmando o negando. También puede ocurrir que comparezca y se muestre parte sin agotar este término y a continuación, dentro del mismo produzca su respuesta. La dificultad de interpretación deriva de los dos términos con los que parece que puede encontrarse una persona que ha sido llamada al proceso: el que se le otorga en la carta de emplazamiento, y el que se le da para contestar. De la mencionada disposición (N.R. 1.4.4.), parece deducirse que los nueve días concedidos para contestar corren desde que la demanda fuese puesta, con lo que estaríamos solapando los dos períodos de tiempo. La doctrina saliendo al paso de esta duda, aclara, que si hay término señalado para comparecer, éste (el de la contestación) corre desde el fin de él.¹⁷⁸ Puede servir de aclaración lo dispuesto por los Reyes Católicos en las Ordenanzas de Madrid,¹⁷⁹ dentro de su interés por evitar que los pleitos continúen dilatándose en base a prácticas procesales viciadas, cuando fijan las excepciones dilatorias que puede presentar el demandado. En esta ley, se da el término de nueve días para interponerlas, "contados desde el fin de la carta de emplazamiento a que había de venir y presentarse", término que será común para contestar a la demanda. Con esta aclaración se está admitiendo que el término que se da en la carta de emplazamiento es para venir y comparecer, y una vez finalizado, corre un nuevo término, el de nueve días, para contestar a la demanda. Esto no impide a los demandados que en el término que se les da en la carta de emplazamiento puedan también formular su contestación.

La justificación de esta postura hay que buscarla en la mecánica procesal que permite al demandado primero comparecer para instruirse en la demanda e instrumentos con ella

¹⁷⁸ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 72.

¹⁷⁹ N.R. 1.5.4.

presentados. Para ello se le concede el término de nueve días deliberando su contestación, ya que puede tomar la demanda, enterarse de ella, y consultar su decisión.¹⁸⁰ Se debía respetar este término de nueve días, aunque el Juez hubiese mandado en la carta de emplazamiento que respondiese dentro del tercero día, y para evitar prolijidades, no se le debe acusar las rebeldías hasta que no transcurran los nueve días, ya que el juez no puede quitar el término que el demandado tiene para responder.¹⁸¹

Desde luego, la tendencia de la práctica había sido la de demorar lo más posible las actuaciones de las partes, aunque estas demoras estuviesen protegidas por el marco legal; así, se entendía, que si las defensiones que quería interponer el demandado eran del tipo de las perentorias, para las que la ley concedía el término de veinte días, este plazo se sumaba al de los nueve días concedidos para contestar, convirtiéndose en la práctica en veintinueve días.¹⁸²

En cuanto al cómputo de los días, pese a lo regulado en **Las Partidas**, se cuentan todos los días, incluso los feriados. La ley 6.3.3. advierte a los demandados que no están obligados a responder a la demanda que se les haya puesto en días feriados, y que si el día en que debiesen responder fuese así, debe, además de exigir la demanda por escrito, tomar plazo de "tercero día" para aconsejarse y buscar el derecho que le asista. Después de la ley de Recopilación ya mencionada, en la que se da el término para contestar de nueve días, la doctrina fue fijando la exigencia de que estos días corren de momento a momento,¹⁸³ contándose los días de fiesta,

¹⁸⁰ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 38.

¹⁸¹ MUÑOZ, Práctica de Procuradores, fol. 16

¹⁸² MONTERROSO Y ALVARADO, Práctica Civil y Criminal e Instrucción de Escribanos, fol. 11.

¹⁸³ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 72.

incluso para el que sea dar la contestación, pudiéndose hacer aunque sea de noche.¹⁸⁴ La perentoriedad de la norma ya comentada obligando a los demandados a contestar sin dilaciones o excusas, se completa por la dada por Enrique II en Toro en 1407 disponiendo que la contestación del pleito pueda ser hecha en cada uno de los nueve días señalados siquiera sea feriado o no. Hace que se le facilite el hecho de contestar, hasta el punto de que el ser día feriado no inhabilita el plazo.

C) Ante quién debe hacerse la contestación

La disposición mencionada,¹⁸⁵ siguiendo con el mismo criterio de facilitar al demandado su contestación, insiste en que el demandado puede presentar su respuesta en cualquier momento, esté presente o no el demandador, y en cualquier lugar en que pudiera ser habido el juez, ya sea en su casa o en la Audiencia donde suele juzgar; así mismo, puede el demandado presentar la contestación ante el escribano de la causa cuando la demanda sea escrita, y en el caso de que la demanda no fuese escrita la puede contestar ante cualquier otro escribano público del lugar de donde es el juez. Si no puede ser habido el juez, incluso se puede hacer la contestación ante las puertas de su casa o de la Audiencia, siempre que se haga en presencia de testigos,¹⁸⁶ y de la contestación hecha en ausencia de la parte actora, está obligado el demandado a darle traslado en el primer día en que compareciere en juicio, y a demostrar la misma contestación ante el juez.¹⁸⁷

Desde luego, que no pueden darse más facilidades al demandado para que haga su

¹⁸⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 79.

¹⁸⁵ N.R. 2.4.4.

¹⁸⁶ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 72.

¹⁸⁷ N.R. 2.4.4.

respuesta a la demanda que las que se fijan en esta ley: puede contestar en cualquier momento, en festivo o de noche, y en cualquier lugar, siempre que sea dentro de la demarcación jurisdiccional en la que puede conocer el juez de la causa, pues aunque se deba hacer ante el juez, si a este no se le encuentra, no tiene el demandado excusa para demorarse, ya que se permite hacerlo ante el escribano de la causa, o ante cualquier otro escribano del lugar en el que resida el propio juez; incluso, no hallando ni a uno ni a otros, vale la ficción jurídica de hacer la contestación **a las puertas de la casa del juez**. Pero así como puede el demandado dirigirse a escribano **aunque no sea el de la causa**, no se le permite que se dirija a otro juez que no sea el que está conociendo de la demanda interpuesta; si se permitiese lo contrario (dar la contestación a juez distinto) se estaría alternando el principio de competencia de jurisdicción, en base al principio de sometimiento tácito a la jurisdicción desde el momento en que ante un juez determinado se formula alguna petición.

D) Efectos procesales de la contestación a la demanda

Después de la contestación **está trabada la litis**, por lo que no pueden las partes variar la demanda o respuesta que hubieran dado,¹⁸⁸ después que el pleito es comenzado por demanda y por respuesta.¹⁸⁹ Pues se puede la parte arrepentir contra la voluntad de su adversario de la demanda y demás autos, y mudar su acción antes de la contestación, más no después de ella **por ser ya trabada la litis y haber pasado en casi contrato**.¹⁹⁰ Aparece aquí desde una óptica practicista, la idea civilista que informa el proceso civil durante todo el sistema del Derecho Común, sin que ninguna ley real ni la práctica del foro lo desvirtuasen: el proceso civil es un

¹⁸⁸ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 286.

¹⁸⁹ P.P. 2.10.3.

¹⁹⁰ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 72.

cuasicontrato y como tal se perfecciona con las manifestaciones de voluntad de las dos partes procesales, demandante y demandado, que se traducen en el plano de las realidades procesales en la demanda y la contestación.

Dentro de esta línea fundamental, vamos a ver cuales son los efectos concretos que produce la contestación dentro del pleito.

1º.- Como ya se ha dicho, una vez hecha la contestación no puede el demandante arrepentirse, dejar de proseguir el juicio hasta sentencia, ni cambiar su acción contra la voluntad del demandado; ni al contrario el demandado contra la voluntad del actor, porque ya está fijado el contenido de la litis, y se ha convertido en un cuasicontrato entre los litigantes.

2º.- Consecuencia de lo anterior es cerrar la puerta a la posibilidad e interponer la declinatoria de jurisdicción y las otras excepciones dilatorias, quedando el reo sujeto al Juez y obligado el actor en el marco del proceso.

3º.- Al producirse la perfección de la litis, se interrumpe definitivamente la prescripción de la acción.

4º.- Si el demandado es vencido en el juicio está obligado a devolver los frutos devengados desde la contestación, por lo que desde el momento en que esta se produce se constituye en mora.

5º.- Si es válida la contestación, la acción personal se prórroga por cuarenta años.

6º.- A partir de la contestación, el procurador que la hace se le considera dueño del pleito, con posibilidad de sustituir el poder.

7º.- Después de contestado el pleito se puede proceder a la recepción de testigos y demás pruebas.

8º.- Una vez contestado el pleito, aunque muera alguno de los litigantes, puede el

procurador del demandado continuarlo hasta la decisión final, aunque los herederos no ratifiquen el poder, ni le den otro, siempre que no elijan nuevo apoderado.¹⁹¹

9º.- Puede el juez tomar juramento de las partes que anden "verdaderamente en el pleito", con el fin de saber mejor la verdad del objeto del litigio. Aunque de ello ya se cuidan los abogados a fin de que no se dude del hecho, aunque el juez pueda hacer jurar a las partes para saber la verdad en caso de alguna duda.¹⁹²

10º.- Puede el juez, desde este momento dar la sentencia sobre lo pedido en la demanda, lo que no sería posible si el pleito no fuese así comenzado por demanda y respuesta.

11º.- Si la cosa objeto del litigio pudiese perderse en un tiempo menor de un año, nace la protección o aseguramiento de la cosa litigiosa.

12º.- Una vez comenzado el pleito por demanda y respuesta ante el juez, no puede ninguna de las partes desechar al juez por sospechoso ni recusarle por ninguna otra razón.¹⁹³

E) La omisión de la contestación. Sus efectos.

La omisión de la contestación, si la demanda y el emplazamiento reúnen todos los requisitos, supone que al demandado se le tiene por confeso "ipso iure", siéndole acusada la rebeldía.¹⁹⁴ La pena derivada de esta ausencia de contestación y su consiguiente rebeldía, deberá ir contenida en la resolución en la que al demandado se le tenga por contumaz, ya que si muere antes de que se produzca, la pena no es transmisible a sus herederos.

Cuando el demandado omite su contestación basándose en que el procurador del actor

¹⁹¹TAPIA, Ob. Cit. Pág. 81.

¹⁹²BERNI Y CATALÁ, Apuntamientos de Partidas, not. pág. 76.

¹⁹³P.P. 8.10.3.

¹⁹⁴HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 72.

no ha presentado su poder, no está obligado a contestar y por lo tanto no se le puede tener por confeso, ya que la falta de respuesta no se puede considerar confesión en un juicio que es nulo per se.¹⁹⁵

Quizás a causa de la mitificación medieval de la *litis-contestatio*, la ausencia de este momento procesal venía a entorpecer la marcha del proceso, aunque como ya se ha visto, la ficción jurídica de la rebeldía paliaba los efectos negativos que podía tener en un proceso el hecho de que el demandado no contestase a la demanda. La *litis-contestatio*, como una exteriorización de las partes de su resolución de ligarse a un procedimiento contencioso y a una sentencia jurisdiccional,¹⁹⁶ continuó ligada al proceso como un elemento esencial, sobre todo por la insistencia de la práctica forense y parte de la doctrina procesalista, aunque llegó un momento en el que los autores se cuestionaron la necesidad de prescindir de la contestación como una forma de **simplificación del proceso**, en la línea de influencia de la corriente, cuya finalidad era la de encontrar una vía de simplificación en el proceso ordinario, tan farragoso y lento, para facilitar la resolución de los asuntos con mayor celeridad; la liberación de la *litis-contestatio* era uno de los principios informantes que se veían como facilitadores de la marcha normalizada del proceso, sin que se viese sujeto tan excesivamente a la voluntad de las partes. No hay que olvidar que desde Las Partidas no se podía continuar el juicio si no había contestación.¹⁹⁷ La doctrina sigue esta línea, dándole carácter general a la *litis-contestatio* siempre que no se dispusiese lo contrario; y consideraba que debía formalizarse por afirmaciones o negaciones, y no por excepciones dilatorias. Y su valor era tal, que las posibilidades de desistir el actor terminaban

¹⁹⁵ Ibidem, pág. 74.

¹⁹⁶ FAIREN GUILLÉN, El juicio ordinario y los plenarios rápidos, pag 59.

¹⁹⁷ P.P. 3.1.3.

cuando se contestaba a la demanda. Aunque en **Las Partidas** se permita este desistimiento,¹⁹⁸ la doctrina lo valoraba como una zona oscura, y la práctica lo eludía sujetando la aceptación del demandado constituido en parte para que surtiese efectos.

En 1753 un vecino de Segovia formula una petición ante su Alcalde Mayor diciendo que vendió una casa con escritura de obligación aplazada; del precio que tenía que cobrar se le han retenido 200 reales que el comprador debía a otro acreedor; como este crédito no está justificado, pide que se le devuelva la cantidad. El juez sin esperar oír a la otra parte, acuerda librar comisión para requerir de pago y embarga.¹⁹⁹ Dado que no es un pleito ejecutivo, sino una reclamación de cantidad, sólo se puede entender la falta de traslado de la petición al demandado por ser una cantidad pequeña (200 reales) la que se reclama. En cualquier caso, se está haciendo una interpretación a la vista de la documentación, sin que en el pleito se explicita que se está tramitando simplificada por ser de pequeña entidad; simplificación que comienza por eludir el trámite de la contestación. En cuanto **al contenido de la contestación** como **hecho procesal**, se debe partir de que cuando tal se producía, se trataba en esencia de un mensaje dirigido a negar, anular, rebatir o desmentir lo que en la demanda decía el actor. Si se parte de que las propias demandas estaban formuladas nuclearmente por una relación de los hechos esgrimidos como motivo para pedir, con escasa o nula argumentación jurídica, se entiende que las contestaciones mantengan el mismo discurso argumental.

En el pleito seguido en 1751 en la Chancillería de Valladolid, como Caso de Corte, por el que una madre reclama alimentos a su hijo que es Regidor de Zamora, cuando contesta a la demanda, después de hacer un resumen de la petición, comienza advirtiendo, mediante **cláusula**

¹⁹⁸ P.P. 9.22.3.

¹⁹⁹ A.H.P.S. J-1235/5.

de estilo, que sólo la contesta en lo que le interesa, pidiendo “ que se ha de absolver y dar por libre [...] de la referida demanda”. Sigue negando la demanda, en base a que no está obligado a contribuir a los alimentos , ya que a la muerte del padre del demandado y marido de la demandante se hicieron las particiones, adjudicándose a la viuda cantidades en metálico que no corresponde haber gastado en el tiempo transcurrido. Además, considera el demandado que no se dan las premisas básicas del derecho como “la indigencia del alimentario y la opulencia del alimentante”, pues las rentas que percibe no son suficientes para mantener a su familia “ con la decencia correspondiente a su estado y calidad”²⁰⁰

En el pleito por evicción y saneamiento de la compra-venta de unas tierras (Corregidor de Olmedo, 1720), los demandados, herederos de los en su día vendedores, piden que se les absuelva de la demanda o libelo, pues no está puesta a tiempo y forma, conteniendo contradicciones, y según Derecho “ debe contener cosa cierta y no ser oscuro”. Alega simplemente que es incierto que a la demandante le falten tierras, y en todo caso, se deberá al hecho de haber dejado entrar a terceras personas. Además, consideran que hay negligencia del comprador al no reivindicar la cosa al poseedor “ pues la culpa siempre debe ser unívoca al que la comete y no a un tercero”. Valoran como prescrita la acción, pues han transcurrido más de treinta y cuatro años desde la transmisión, y la acción personal que es la que intenta el demandante prescribe a los veinte años²⁰¹.

Pero no siempre las contestaciones a la demanda tenían un contenido jurídico tan concreto como en estos dos casos; lo más frecuente es que se refieran sólo hechos y no argumentos jurídicos. Así en la demanda declarativa de dominio del molino (Alcalde Mayor de Villavieja,

²⁰⁰CHAN. VALL. P.A. 2987-2

²⁰¹CHAN. VALL. P.A. 3782-4

Ciudad Rodrigo 1767) contesta el demandado diciendo que el demandante heredó el molino de sus padres, y que por lo tanto a los demás herederos les corresponde su parte, sin que haya demostrado por título que el molino le pertenece; y en Derecho la prueba le corresponde al actor; Además en el momento de la adjudicación de la herencia, el propio demandado era menor, sujeto a curador, por lo que no pudo intervenir en las diligencias de partición ²⁰².

Lo mismo se puede decir de la demanda de arrendamiento (Alcalde Ordinario Villacastín 1751), en el que el demandado que es el propietario de las tierras, se limita a narrar los hechos que le han llevado a exigir al arrendatario que desaloje la finca, motivo por el que este le pone la demanda.²⁰³

Las contestaciones a las demandas, son en sí documentos orientadores sobre los motivos de defensa utilizados en la justicia civil, que parecen en algunos casos más completos que las propias demandas, y que concretan sus argumentos en los escritos de segundas alegaciones.

5.9. LA RECONVENCIÓN Y LA COMPENSACIÓN.

5.9.1. LA RECONVENCIÓN.

La reconvención es una facultad que tiene el demandado, por su propia condición procesal, para oponerle al actor las reclamaciones que a su vez tenga contra él, para que sean interpuestas en el mismo cauce procesal en el que se le han formulado, lo que origina una perfección dúplice del proceso.²⁰⁴ No es por lo tanto una necesidad procesal ni un requisito para la existencia misma del proceso; la reconvención se mueve en el plano del posibilismo que se

²⁰²CHAN. VALL. P.A. 2792-3

²⁰³CHAN. VALL. P.A. 3782-3

²⁰⁴LALINDE ABADIA, Ob. Cit. Pág. 779.

atribuye a la libre voluntad que influye todo el proceso civil. Por ello la reconvencción solo se admite en los pleitos civiles, nunca en el proceso criminal, ya que no se admitiría en los casos en que cupiese justicia de muerte o de lesión;²⁰⁵ y si el actor pide hurto, daño o injuria, aunque lo intente civilmente, ya que en estos casos no ha lugar contra la reconvencción ni puede ser reconvenido.²⁰⁶ En realidad es una nueva demanda distinta en todas sus partes de la formulada por el actor, porque su acción y la que propone el demandado son notoriamente distintas; y aunque las partes parezcan las mismas, son diversas en sus situaciones procesales, ya que el demandado en la primera es actor en la segunda y al contrario, "produciendo las enunciadas representaciones diversidad legal en los juicios".²⁰⁷ La reconvencción es en realidad una demanda que el demandado formula contra el actor inicial, porque el proceso pendiente es el cauce que le proporciona esta oportunidad de convertirse a su vez en demandante reconvenccional. El demandado en su respuesta no tiene porqué limitarse solo a formular reconvencción, sino que puede negar la demanda principal y formular la reconvencción con carácter subsidiario. Supone pues la reconvencción una acumulación de objetos procesales, que se tramitan y resuelven en el mismo procedimiento y en única sentencia, ya que la mutua petición que es la reconvencción y la demanda principal deben tratarse en un mismo juicio, aunque nazcan de causas distintas: "Providencia sabia de las leyes para que de este modo acaben de una vez las controversias que los ciudadanos puedan tener entre sí".²⁰⁸

Nace la reconvencción como un privilegio para el demandado, para evitar que éste

²⁰⁵ P.P. 4.10.3.

²⁰⁶ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 75.

²⁰⁷ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 56.

²⁰⁸ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 86.

ejercitase su mutua petición ante juez distinto de la demanda contra él puesta, que sería el del fuero del actor; así se seguirían dos pleitos antes jueces distintos, que correrían paralelos, "compitiendo las partes en los esfuerzos de hacerlos interminables, porque cada una deseaba que se concluyese primero aquel en que era actor y del cual esperaba sacar interés". Para evitarlo se reunieron las dos acciones en un mismo juicio y ante un mismo juez, tramitándose al mismo tiempo para que acabase en una sola sentencia.²⁰⁹

Por lo tanto, el demandado emplazado que tenga algún derecho contra el demandante, lo puede pedir ante el mismo Juez que le ha citado, aunque para el actor no sea competente, siempre que la materia sobre la que reconvenga esté dentro de sus competencias.²¹⁰

La reconvencción es una figura procesal con escasa apoyatura legal, por lo que su formulación es más bien doctrinal. En la ya mencionada disposición de las Ordenanzas de Madrid,²¹¹ en la que se regulan las excepciones dilatorias y perentorias que puede presentar el demandado, se dispone que dentro de los veinte días que éste tiene para presentar excepciones perentorias **pueda, si entiende que le cumple, poner y hacer su pedimento y reconvencción de mutua petición contra el actor**. Y en *Las Partidas*, de forma dispersa, en los distintos títulos de la Partida Tercera se hace referencia a la reconvencción.²¹² Por todo ello se define la reconvencción como "mutua petición o nueva demanda que el reo pone al actor, después de contestada la que este le puso", en base a que a veces pueden los demandados, no solo excepcionar para enervar o destruir las pretensiones de los demandantes, sino también ejercitar

²⁰⁹ CONDE DE LACANADA, Ob. Cit. Pág. 75.

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹ N.R. 1.5.4.

²¹² "si el demandado quiere mover algún pleito contra aquel que le hace la demanda". P.P. 32.2.3.

acciones para reconvenirlos judicialmente, "a fin de evitar gastos en nuevos pleitos, o acudir ante sus jueces privativos, si son de distinto fuero y quieren usar de ellos en el mismo juicio".²¹³

"Reconvención es la **nueva demanda**, que el reo, después de contestada la que le puso el actor, le pone de lo que le debe; la cual puede poner, y con ella reconvenir el reo al actor **en la misma causa y juicio en que le demandó**; porque así como en el demandado, así en el le puede demandar, y reconvenir, sin que pueda excusarse de responder".²¹⁴

En la práctica no era frecuente encontrar demandas reconvencionales, quizás por ser esta una posibilidad de simplificación procesal, y la simplificación estaba reñida con la tendencia de los letrados que preferían iniciar otro pleito paralelo, y así aumentar sus ingresos.

En un pleito que se inicia pidiendo el vendedor la nulidad de la venta de una tierra, es decir, un pleito declarativo, contesta el demandado, que ya que el vendedor actuó de mala fe y en fraude, formula contra él acusación y queja criminal, pidiendo además de la indemnización, la evicción y el saneamiento de la venta, la encarcelación del actor.²¹⁵ En este caso, el demandado se opone a la demanda diciendo que el actor no precisa la causa por la que pide la nulidad de la venta, y además dirige contra él una nueva acción: pide la evicción y saneamiento y la indemnización de los daños. Todo ello con bastantes imprecisiones formales, ya que la nueva demanda o demanda de reconvención no se expresa como tal, aunque si está muy clara la intención de ejercitar una acción; y además se mezclan las acciones penales y las acciones civiles. Pero pese a ser infrecuente que el demandado reconviniere al actor, existen casos en los que la

²¹³TAPIA, Ob. Cit. Pág. 102.

²¹⁴HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 75.

²¹⁵ A.H.P.S., J-1027/28

única defensa que puede tener el demandado es precisamente plantear al demandante cuestión que anule su petición. Esto es lo que hizo la demandada en una reclamación de tutela. La abuela de una menor pide al juez de Pedro Manrique la tutela de su nieta, hija de su hijo ya fallecido, por haberse casado nuevamente su nuera que es la tutora testamentaria. La madre de la niña se opone a esta reclamación e instrumenta una demanda reconvenzional, reclamando a su suegra que entregue a su hija los bienes de las herencias del padre y abuelo que estaban sin liquidar. De esta manera podía demostrar que la abuela era deudora de la niña, con lo que quedaba excluida de la tutela²¹⁶

A) Personas que pueden hacer la reconvección.

En principio pueden hacer reconvección las personas, que no están afectadas por prohibiciones o incapacidades para comparecer en juicio, dentro de los criterios generales de legitimación y postulación. En el momento procesal que estamos, además se prohíbe reconvenir:

- al actor para que demande por segunda vez o reconvenga en la misma causa el reo que le reconvinó, ya que crearía un **infinito** de reconvecciones, sin cierre del nudo procesal.

- al demandado en situación de excomunión, pues puede comparecer en juicio para excepcionar y defenderse, pero no para interponer nueva acción.

- tampoco puede el demandado reconvenir al actor, cuando interpone la demanda en representación de otra persona, ya que los verdaderos demandantes son las personas a quienes representan

B) Diferencia entre reconvección y compensación.²¹⁷

- **La reconvección** va dirigida a anular o extinguir la acción interpuesta por el

²¹⁶ CHAN. VALL. P.A. 3325-1

²¹⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 103.

demandante en su demanda, mientras que por la compensación se le pide otra cosa.

- **En la compensación la deuda que se discute** ha de ser líquida, determinada y confesada, mientras que la reclamación que se formula en la reconvencción se puede hacer por una deuda no liquidada, incluso de cosa de especie distinta de la que se demanda.

- La reconvencción supone una prórroga automática de jurisdicción para aquel demandado que la opone ante el juez que conoce de la demanda que le han dirigido; por el contrario esta posibilidad no cabe para el demandado que intenta compensar su derecho, ya que en este caso el juez tiene que ser competente para conocer de esta reclamación.

- Mientras la compensación se admite solo limitadamente, para algunos supuestos, el demandado puede reconvenir, no sólo sobre el mismo negocio, sino sobre otro cualquiera.

- La compensación se termina siempre por sentencia, mientras que en la reconvencción caben otras posibilidades.

- La compensación supone un reconocimiento de deuda, que incluso puede servir para preparar otro proceso, y la reconvencción nunca puede tener este contenido.

- La compensación está limitada a lo que pide la otra parte, y la reconvencción no tienen más limitación objetiva que la adecuación del procedimiento en el que se plantea.

- La reclamación que se formula mediante compensación, aunque no se admita, no tiene autoridad de cosa juzgada y puede volverse a formular en instancia distinta.

- La compensación puede alegarse en segunda instancia, cuando no se ha alegado en la primera, mientras que no se puede hacer con la reconvencción, ya que en la apelación no hay prórroga de jurisdicción.²¹⁸

²¹⁸ Tanto reconvencción como compensación se pueden oponer en la ejecución de la sentencia. (Curia Filipica, pág. 76.). En Las Partidas, 20.14.5., G. López en su glosa, dice: que la compensación se puede oponer [en diez días] aunque sea sentencia pasada en cosa juzgada.

- Contra la compensación cabe a veces la réplica, mientras que en la reconvencción no se admite pues se acumularían pretensiones.

C) Efectos de la reconvencción.²¹⁹

- Tanto la demanda principal como la reconvencción se han de determinar y fallar en un mismo proceso, aunque sean distintas y desiguales. La demanda y la reconvencción han de caminar al mismo paso, siguiéndose a un tiempo y determinándose en una misma sentencia. Solamente en los casos en que la causa principal sea sumaria, y la reconvencción deba tratarse en plenario ordinario, deberá el juez fallar en primer lugar la sumaria, y continuar con la que corresponde a la demanda reconvenccional, ya que sino se causaría perjuicio al actor.

- se prórroga "ex lege" la jurisdicción del juez que conoce del negocio principal, aún sin el consentimiento de las partes. A la reconvencción está obligado a responder el actor, sin que pueda excusar que la competencia no es del juez que conoce del asunto: "esto tuvieron los Sabios por razón, pues así como el demandador pudo alcanzar derecho ante aquel juzgador, que así le sea tenido de responder ante él".²²⁰ Es regla conocida que el actor ha de seguir el fuero del reo.²²¹

La prórroga de jurisdicción puede hacerse desde la parte actora, cuando pide ante el juez que no es del domicilio del demandado y este no formula declinatoria de jurisdicción, sino que reconviene al demandante ante él, ya que se debe entender como una sumisión tácita a la jurisdicción; y desde la parte del demandado, cuando se le demanda ante juez incompetente, y el demandado reconviene ante el mismo.

- si el actor no quiere contestar a la reconvencción del demandado, no está éste obligado

²¹⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 104.

²²⁰ P.P. 32.2.3.

²²¹ BERNI Y CATALÁ, Apunt. a P.P. 32.2.3.

a responder a la demanda, ya que las dos reclamaciones se han de tratar simultáneamente, y la condición de los dos debe ser la misma. Ni puede excusarse el actor de responder ante el juez de la demanda a la reconvencción del demandado en los casos en que se admite, ya que la jurisdicción se encuentra prorrogada por imperativo legal, sin que pueda alegar ningún privilegio a favor suyo; no respondiendo se le puede negar la audiencia sobre su demanda como si fuese rebelde teniéndole por confeso, ya que si no quiso obtener justicia ante el juez que eligió contra el demandado, lo mismo está obligado a responder a la reconvencción ante el mismo juez. Esta fuerza obligatoria de asumir la jurisdicción del reo, se basa en que el demandado utiliza la reconvencción para defenderse, y para que la acción del demandante no le perjudique más de lo necesario.

- se debe observar en ambas causas el mismo modo de proceder procesalmente.

D) Ante quien se puede presentar la reconvencción.

La regla general para determinar la competencia del juez en base al domicilio del demandado, haría suponer, en los casos de demanda reconvenccional, la distorsión en el conocimiento de los pleitos en los que se ha formulado mutua petición; no sólo porque se haría necesario repetir alegaciones y pruebas comunes a las dos peticiones, sino que la unidad de decisión quedará vulnerada, pudiéndose dictar sentencias contradictorias, y sobre todo, jugando un importante papel el hecho de que según el juez que conociese del asunto, y los avatares procesales, un pleito podía ser resuelto antes que otro, y conseguida la sentencia con valor de cosa juzgada y ejecutoria, se podían vulnerar intereses protegidos en el proceso mutuo. Por ello, la competencia para conocer y fallar de una demanda reconvenccional está determinada por el hecho de que el propio demandado, al formularla ante el juez de su jurisdicción, está utilizando el cauce procesal que le permite el hecho de haber sido demandado, como un privilegio a oponer

frente la acción de la otra parte, que sabe de antemano que puede ser utilizada esta posibilidad por la persona a la que demanda. Todo este planeamiento hace que tanto legislación como doctrina se decanten

"a favor del juez que empezó a conocer como ordinario y competente de la acción y demanda introducida contra el reo, que estaba sujeto a aquel juzgado por razón de domicilio, o por otras causas legales para que él mismo pueda ejercitar su jurisdicción, y extenderla y conocer y determinar las causas del mismo actor, que propusiese el reo por vía de reconvencción y mutua petición, aunque sea de diverso fuero y jurisdicción".²²²

A la vista del carácter excepcional que se da al fuero en las reconvencciones, por el que se limita el derecho real y la propia doctrina, que protegen al demandado para que pueda defenderse dentro del fuero de su domicilio de las acciones que se intenten contra él, hay que considerar las poderosas razones que habrán tenido los legisladores para vulnerar con tanta indulgencia el derecho común. El mismo autor reconoce que en la doctrina no hubo unanimidad de criterios para justificar la vulneración de la norma general de aplicación del fuero del domicilio del demandado, haciendo oscura y confusa la decisión de esta cuestión. Por ello, hace un resumen de las actitudes doctrinales sobre este punto.

Para **Barbosa**, siguiendo a **Papiniano**, que se basaba en una razón de equidad, se está ante una traslación o trasunto de la libertad de elección de fuero que supone, dentro de las obligaciones y contratos, que las partes se **sometan** a un fuero concreto para resolver los conflictos que puedan derivarse de su cumplimiento. En esta línea piensa **Gonzalez**, consistiendo en la aprobación que hace el actor del juez del demandado ante quien pone su demanda, considerándole por este acto como el juez adecuado para administrar justicia, pues no tendría

²²² CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 57.

sentido que el propio demandado rechazase al juez de su fuero. Para **Castillo de Bovadilla** y para **Larrea**, el que es demandado en una demanda, y quiere interponer la suya contra el mismo actor, lo ha de hacer ante el juez del propio fuero que empezó a conocer de la primera instancia, reduciéndose así los dos procesos a uno, y haciéndose más libre la defensa al demandado que se torna actor en la nueva demanda, pues la situaba en su propio fuero, y se conseguía la igualdad en la duración de las dos instancias, determinándose en una sola sentencia por el orden con que se habían interpuesto.

La reconvencción se puede hacer normalmente ante cualquier juez, entendiéndose como tal que sea ordinario o delegado. Incluso el juez delegado nombrado como tal a petición del actor para conocer un asunto concreto, ya que si el demandante quiso conseguir un derecho ante este juez, que ante él lo haga el demandado.²²³ Todo ello, salvo que las facultades contenidas en el título de la delegación, se limite a conocer de una causa y le prohíba conocer de otra; hay que tener en cuenta que esta jurisdicción es más limitada, por su propia condición de mandato y comisión que se da para conocer y determinar ciertas causas, obligando a reducir el cumplimiento de la comisión a los propios términos.²²⁴ Todas estas consideraciones tienen que ceder a la más importante de que el mismo juez conozca de las causas y acciones que introduzca el demandado contra el actor por reconvencción y mutua petición.²²⁵

"después que el demandado haya respondido a la demanda de su contendor delante del juez delegado, si se quisiere hacer otra demanda al demandador delante de ese mismo juez, que lo pueda hacer, como en manera de reconvencción. Y

²²³ P.P. 20.4.3.

²²⁴ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 57-58.

²²⁵ *Ibidem*.

tiene poder el delegado de oír tal pleito y librarlo, aunque no le fuese encomendado expresamente; [...] después que el demandador quiso alcanzar derecho ante ese juez, que ante él lo haga el demandado".²²⁶

La reconvencción hace el mismo efecto que la demanda respecto del actor: previene la relación jurisdiccional, de forma que una vez hecha la reconvencción, el demandante no puede renunciar a su derecho.

En cuanto a los jueces particulares o espaciales, una vez elegido por el actor es válida para la reconvencción ya que la jurisdicción se prórroga por la elección y por razón de la propia ley; queda de tal forma vinculado a la jurisdicción todas las incidencias procesales, que aunque una persona pueda ser demandado entre dos jueces, no le es posible excepcionar la jurisdicción de aquel ante quien se le ha demandado y alegar que quiere ser demandado ante el otro posible concededor de la causa.

En cambio, el demandado/actor no puede presentar reconvencción ante un árbitro elegido voluntariamente y de común acuerdo por los litigantes porque no tienen realmente jurisdicción, sólo puede conocer y decidir sobre aquello que de común acuerdo las partes le han recomendado, no pudiéndose exceder de los términos del compromiso. Aunque si puede ser reconvenido el actor ante el árbitro de derecho, que es el que se elige por necesidad de la ley.

Tampoco puede admitir reconvencción el juez que conoce en apelación, ya que sus límites de conocimiento están en lo que se conoció en primera instancia, y porque la apelación está dirigida a reparar el perjuicio que para la parte apelante ha causado la sentencia de primera instancia.²²⁷

²²⁶ P.P. 20.4.3.

²²⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 108.

E) Tiempo para formular reconvencción y su trámite.

La doctrina ha mantenido posiciones muy varias sobre cual es el momento para interponer la reconvencción: para unos la reconvencción se puede formular en cualquier momento del pleito, hasta la sentencia; otros aseguran que sólo puede hacerse antes de la contestación o en el tiempo próximo a ella; finalmente, otra parte, eclécticamente, dicen que la reconvencción formulada antes o en el mismo acto de la contestación produce el efecto de fijar la jurisdicción del juez sobre el actor, siguiendo las dos demandas el mismo proceso y fallándose en la misma sentencia, pero que cuando se hace después de la contestación ya no tiene el efecto de substanciarse en el mismo pleito, sólo el de fijar la jurisdicción.²²⁸

Está obligado el demandado que quiera reconvenir a proponer su mutua petición en los mismos veinte días que le da la ley para proponer las excepciones perentorias, después de la contestación a la demanda, y no en adelante,²²⁹ ya que pasados estos veinte días no se puede admitir la reconvencción ni surtirá efecto alguno.²³⁰ Aunque si seguimos la misma teoría del cómputo de los días que tiene el demandado para hacer su contestación, según **Monterroso y Alvarado**, los días totales serían veintinueve y no veinte. La mayoría de la doctrina práctica del XVIII se decanta por el término marcado en la ley 1.5.4. de la N.R.:

"y que dentro de los dichos veinte días pueda el reo, si entendiere que le cumple, poner y hacer su pedimento y reconvencción, y de mutua petición contra el actor y no después"

Esta ley confirma la idea de que el motivo principal de admitir las reconvencciones ha sido

²²⁸ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 67.

²²⁹ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 22.

²³⁰ TAPIA, Ibidem.

siempre el beneficio público de seguirse y determinarse a un mismo tiempo las dos demandas, y al poderse hacer solamente poniendo la reconvencción en los veinte días, no admitiéndose las que se hagan después, debiendo imputar a su negligencia el perjuicio que tenga que soportar por tener que acudir al ejercicio de una acción ante el fuero del actor.²³¹

Como ya se ha dicho, para la contestación y las excepciones, este término corre de momento a momento aunque sean días feriados.

Tanto de las excepciones como de la reconvencción se debe dar traslado al actor,²³² el cual, desde que se le notifica tiene seis días para responder a lo excepcionado y nueve a la reconvencción,²³³ desde la notificación del traslado exclusive.

F) Supuestos en los que se puede presentar reconvencción.

Si en general la reconvencción se puede formular en cualquier proceso, siempre que la reclamación que le haga el demandado al actor sea mutua y como consecuencia del mismo motivo en que se basa la demanda, siempre que no exceda los límites del proceso y de la competencia y jurisdicción del juez y que ambas partes estén legitimadas activa y pasivamente, hay supuestos específicos para reconvenir:

1º.- En principio en cualquier causa, mientras que por su propia naturaleza y cualidad no se repugnen, y no exista prohibición especial, aunque las dos sean de distintos género: cuando la demanda se formula por acción real y la reconvencción por acción personal, o como ya se ha dicho, cuando una acción ha de despacharse en causa sumaria y la otra en plenaria, en cuyo caso se resolvería primero la que implica más celeridad y se prorrogaría la jurisdicción a la plenaria.

²³¹ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 68.

²³² TAPIA, Ibidem.

²³³ JUAN Y COLOM, Ibidem.

2°.- En causas ejecutivas, se puede hacer reconvencción, siempre que se pueda liquidar y decidir al mismo tiempo que la demanda y que la una no impida el curso de la otra, dándose el mismo valor al instrumento ejecutivo que a una sentencia, y como por su fuerza de cosa juzgada y ejecutiva, después de dictada una sentencia no se puede pedir reconvencción, lo mismo ocurre en una ejecución forzosa judicial, admitiéndose solamente la reconvencción en este tipo de reclamaciones la prórroga de jurisdicción.

"precisamente en la vía ejecutiva no se admite la reconvencción según la práctica de dentro y fuera de la Corte. Si la cantidad por la que el reo trata de reconvenir al actor, es líquida como la suya, podrá excepcionarlo así en el término encargado con presencia de documento que justifique su acción: si no es líquida, como que no tiene lugar para una excepción justa, tampoco la tiene para la reconvencción. De consiguiente, no habiendo lugar a ella, no puede prorrogarse la jurisdicción del juez que conoce en la demanda [...]. Soy de parecer que nunca debe admitirse la reconvencción para el efecto de prorrogar la jurisdicción del juez, siempre que no haya de seguirse y decidirse, al mismo tiempo que la demanda principal".²³⁴

Nacen estas dudas doctrinales de la dificultad que supone aplicar la institución de la reconvencción, nacida en el juicio declarativo, al desarrollo procesal del juicio ejecutivo. En este tipo de procesos, sumarios y especiales, se altera el orden lógico de los actos procesales: mientras en un juicio declarativo ordinario la captura de los bienes del demandado para aplicar su valor a resarcir el perjuicio del actor, se hace como consecuencia de la existencia de una sentencia con valor de cosa juzgada y ejecutoria, en los juicios ejecutivos, esta captura se hace previa a la contienda judicial; primero se embargan los bienes y luego se cita al demandado para que alegue sus excepciones si es que las tiene. Se ha quebrado así el plano lógico del proceso,

²³⁴ TAPIA, *Ibidem*.

alegaciones/prueba/juicio, para introducir con carácter previo a la discusión procesal la ejecución de lo reclamado en los bienes del deudor. Por ello, la admisión o no de la reconvencción en un proceso de ejecución, plantea problemas a la doctrina según se encuadre la reconvencción en las normas generales de los juicios declarativos, o en las excepciones de los propios ejecutivos.

En este punto de la posibilidad de hacer reconvencción en los juicios ejecutivos, la doctrina está dividida. Mientras parte admite la tesis de la admisión siempre que la ejecución pueda hacerse líquida en la mutua petición, y en el caso de que la demanda de reconvencción suponga un mayor conocimiento que la sumaria ejecutiva, se reserva la posibilidad de continuarla en juicio separado ante el mismo Juez. **Acevedo** la funda en que la reconvencción es una de las excepciones más legítimas recibida por derecho civil, canónico y real para poder impugnar y contrarrestar la demanda. Parte de la posibilidad que Enrique III da a los mercaderes de Sevilla en 1396, y que ratifican los Reyes Católicos en Toledo en 1480, por la que se facilita la ejecución de obligaciones y deudas documentadas y se declaran no legítimas las excepciones que contra estas escrituras fuesen alegadas, para impedir que las deudas no puedan hacerse efectivas por estas excepciones alegadas por los deudores, impidiendo que los acreedores sean resarcidos de sus deudas "por paga o excepción que los dichos deudores aleguen" salvo que en **diez días** acrediten la paga o excepción".²³⁵ En base a ello, parece consiguiente que pueda tener lugar la reconvencción en el mismo término de diez días, y que si no se liquida dentro de él, la ejecución sigue su curso, reservando la acción ejercitada en la reconvencción a otro pleito ante el mismo juez. **Carleval** apoya este criterio.²³⁶ Por el contrario, otros autores apoyan la teoría de que en los

²³⁵ N.R. 2.21.4.

²³⁶ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 69.

juicios ejecutivos no cabe la reconvencción, entre ellos el propio **Baldo**.²³⁷ **El Conde de la Cañada** mantiene este criterio, pero lo basa en razones distintas que la doctrina tradicional (el ser la reconvencción una de las más legítimas excepciones que tiene todo demandado en juicio), que apoya en las leyes y en la práctica y observancia de los Tribunales. Empieza basándose en su propia experiencia personal como letrado en la Corte durante treinta y dos años en los que no ha conocido una reconvencción formulada en vía ejecutiva, entendiendo que la falta de utilización indica su no utilidad. Se basa a continuación en la ley 1.21.4. de La Nueva Recopilación, en la que con carácter imperativo se dispone que no puedan ser admitidas en las ejecuciones más excepciones que las tasadas en la propia disposición, en las que no se menciona la reconvencción y mutua petición. Pero además especifica que la reconvencción "no es excepción, porque su fuerza es relativa a eludir o detener la acción a la que se dirige"; tampoco es defensa "porque esta supone defecto de acción en su origen, o hallarse enteramente extinguida". En consecuencia, si lo que el demandado propone es una excepción o defensa, no se está ante una reconvencción, sino más bien ante una pura compensación; y si lo que el demandado propone es su interés por vía de la acción, no se le puede considerar excepción de las que admite la ley para los juicios ejecutivos. Ahora bien, si los requisitos esenciales para despachar la ejecución son los de ser líquida y probada la acción que en ellos se propone, lo mismo debe exigirse en la ejecución que pretende el demandado ejecutado por vía de reconvencción, sin tener derecho a los diez días para probar que solo se conceden en los casos en que se formulan excepciones o defensas, pero no para una acción nueva que es lo que es en sí misma la reconvencción.

En resumen, cabe admitir reconvencción en el juicio ejecutivo, siempre que se reúnan estos dos requisitos:

²³⁷ Ob. Cit. Pág. 70 y ss.

- que la acción del demandante y la del demandado estén probadas con instrumento auténtico o con reconocimiento y confesión de las partes o sentencia pasada en cosa juzgadas, es decir, en título ejecutivo.

- que el objeto de ambas ejecuciones sean deudas en cantidad líquida.

En este caso, se despacharían las dos ejecuciones si se intentase la reconvencción, aunque lo recomendable es que el demandado ejerciese su acción en forma de compensación o defensa, cual es la práctica seguida en todos los juicios ejecutivos.

Todo este enredo doctrinal sobre si cabe o no formular reconvencción en los juicios ejecutivos, llega al mismo punto por dos caminos distintos: **el ejecutado sí puede presentar reconvencción o mutua petición en el curso de la ejecución contra él formulada**. Una parte de la doctrina (la más tradicional) lo entiende como un derecho general e inamovible de toda persona que es demandada ante la justicia encuadrándolo dentro de las excepciones u oposiciones que el demandado ejecutado puede hacer a la petición y despacho de ejecución; por el contrario, la doctrina más evolucionada, empieza por advertir que las excepciones que se permiten en el juicio de ejecución están tasadas, son *numerus clausus*, y que la reconvencción, por su propia definición procesal, no puede ser considerada una oposición a la ejecución. Pero no niegan la posibilidad de que el demandado pueda accionar contra el ejecutante una petición de deuda, siempre que se base en instrumento y que sea líquida, aunque entiende que se debería hablar más de compensación que de reconvencción.

Dentro de esta línea discursiva (no se está hablando de la reconvencción con carácter de facultad que se concede al demandado en el juicio declarativo plenario ordinario), no se puede acoger al plazo de veinte días que permite la ley 1.5.4. de la N.R.; únicamente dispondría de los tres días que señala la ley 19.21.4. para alegar excepción legítima en los juicios ejecutivos,

retrayendo así la reconvencción ejecutiva al propio marco procesal de la ejecución, sin que se la pueda considerar una excepción del juicio ejecutivo.

Consecuencia de este planeamiento de admisión de la reconvencción en vía ejecutiva sería el resultado subsidiario en cuanto a que si la demanda reconvenccional excede de los propios límites de la ejecución, queda prorrogada la jurisdicción del Juez que conoce de ella para resolver la reclamación en el correspondiente juicio ordinario. Parece que repugna a los autores porque implica una sumisión del demandante-ejecutante a la jurisdicción del Juez que en principio estaba fijada para el demandado. Se basa este criterio en los siguientes supuestos:

1º.- La reconvencción formulada en un juicio ejecutivo, aunque su naturaleza sea la misma que la del juicio ordinario, debe introducirse en el curso del juicio ejecutivo, sujetándose a los trámites breves que establecen las leyes, porque sería absurdo que si la reconvencción se formula en el curso de un proceso ejecutivo sumario, se tenga que tramitar como la formulada en el juicio ordinario, y sobre todo, porque esta diversificación en el trámite jugaría en perjuicio de los derechos del ejecutante que vería así demorados sus derechos legítimos.

2º.- Si la reconvencción no se puede probar en los diez días que fija la ley, hay que seguir con la ejecución adelante; una vez terminado el juicio ejecutivo, seguirá la reconvencción su trámite separadamente, como una demanda desgajada del pleito en el que se presenta con prórroga de la jurisdicción del juez que conoció de la ejecución. Se sujeta así el actor al fuero del demandado perdiendo el suyo. Aunque en este caso hay que valorar que los dos juicios no acabarían en la misma sentencia que es la finalidad y motivo de la reconvencción.

3º.- En las causas sumarias. Cabe reconvenir en aquellas causas que tengan carácter de sumarias en principio. Pero se viene a plantear el mismo problema que en los juicios ejecutivos; si la reconvencción no puede ser conocida como sumaria, entonces se prorrogaría la jurisdicción

del juez que conoce de la causa inicial y la reconvencción se resolvería en sentencia aparte, aunque a la doctrina más avanzada le repugna este efecto de prorrogar la jurisdicción del juez, siempre que no haya de seguirse y decidirse en la demanda principal.²³⁸

4º.- ~~En las causas posesorias.~~ Los juicios posesorios, también llamados **interdictales** que permiten conseguir, retener o conservar la posesión de cualquier bien. En el caso de interdicto de recuperar o recobrar la posesión, si el despojador reconviene por otra acción igual, se debe admitir la reconvencción, cuando el despojo sea de otra cosa, no de la misma, y ambas causas se seguirán y decidirán a un tiempo. En la Ley 5.10.3. de **Las Partidas**, se regula que si el demandado alegare "despojamiento" o fuerza en sus bienes, en razón de reconvencción y de demanda, debe oír el juez y librar en un juicio ambas demandas; es más, continúa refiriéndose a la posibilidad de que en una reclamación de deuda, el demandado reconenga con una acción de despojo: en estos casos debe conocerse y resolverse primero el sumario posesorio, previo a la demanda inicial, "porque la fuerza nace de gran codicia y de gran soberbia"; una vez resuelta esta cuestión, el demandado debe responder a la demanda por la que fue emplazado. Se está dando así prioridad a la cuestión que debe decidir sobre el despojo, aunque se haya planteado como una nueva demanda, por lo que se puede entender como **artículo de previo y especial pronunciamiento** dentro del pleito principal. No puede, en cambio, admitirse la reconvencción contra el despojador si quiere reconvenirle sobre el petitorio sobre la misma cosa, antes de que la restituya. Se reserva al despojador y a tercero el derecho para intentar la reivindicación en otro juicio. Tampoco tiene obligación el despojado de contestar a la reconvencción en el interdicto de retener sobre la misma cosa que le hace el despojador, pues aunque ambas causas son sumarias en si desde el punto de vista procesal, la de despojo es privilegiada sobre cualquier otra.

²³⁸TAPIA, Ob. Cit. Pág. 111; nota de "Febrero Reformado".

Igualmente, el que ha sido despojado de la posesión no tiene obligación de contestar a la reconvencción del demandado cuando él mismo haya planteado el interdicto de recobrar, aunque el objeto de la reconvencción sea el mismo, porque aunque nos movemos en causas igualmente sumarias, la iniciada por el despojo tiene carácter de privilegio. Si cabe la reconvencción en el interdicto de recobrar, cuando es el tercero poseedor el que la plantea en el mismo procedimiento por ser inquietado en la posesión por el despojado, y los hará frente al despojador, tramitándose ambas causas, la principal y la de tercería, conjuntamente por tratarse de causas sumarias.

En los casos en que se plantea la reconvencción con contenido posesorio en el curso de una acción real o personal, se seguirán las dos causas a un tiempo por el carácter de reciprocidad y por no excluirse mutuamente.

Hay que tener en cuenta, que los pleitos sobre posesión y propiedad, o lo que es lo mismo, las acciones reivindicatorias o posesorias, son en principio acumulables, y pueden fallarse en una misma sentencia en la que el juez se pronunciará primero sobre lo posesorio y después sobre el petitorio, por ser primer sumario y segundo ordinario; en los asuntos en que en el fondo confluyen posesión y propiedad, cabe la acumulación pues las acciones no son contrarias entre sí. Si por el contrario, en una contienda de este tipo (posesión-propiedad), aparece un tercero que reclama la cosa sobre la que se contiene, por decir que se la tomaron por la fuerza siendo el poseedor, ha de ser oída en primer lugar y ser librada según derecho.²³⁹

"ambos remedios posesorio y petitorio se pueden tratar en un juicio y ante un mismo juez, sea ordinario o delegado, el cual debe oír a en-rambos litigantes, recibir a prueba sus pretensiones, y determinarlas en una propia sentencia para evitarles muchas expensas, y porque cuando quiere hacer probanzas se les deben admitir, como

²³⁹TAPIA, Ob. Cit. Pág. 114.

así mismo para que no se divida su continencia si se proponen a un propio tiempo. Más esto procede cuando actor y reo son de un mismo fuero, pues siendo de diverso no puede ser".²⁴⁰

Una vez que se ha planteado demanda reivindicando la propiedad, se puede cambiar la reclamación de una posesoria, pese a que las demandas en principio no se pueden cambiar, porque en estos casos se considera que se están enmendando y no cambiando, resolviéndose primero sobre la posesión, restituyéndose al despojado hasta que se resuelva sobre la propiedad y el dominio; aunque toda esta modificación en el curso del pleito solo se puede hacer previa a su conclusión para sentencia. Esta situación de privilegio en la alteración de la causa de pedir respecto de las reclamaciones posesorias, está dentro de la línea de influencia germánica en el derecho privado, en el que la posesión aparece como un derecho tan protegido como el de propiedad, produciéndose a veces colisiones en los dos ámbitos jurídicos, en las que se confunden las propiedades; así, ante el planteamiento procesal mutuo y simultáneo de dos reclamaciones, una para reivindicar la propiedad y otra para evitar el perjuicio del despojo de una posesión siempre referida a la misma cosa, se ha de resolver primero la cuestión planteada sobre la posesión, porque se ventila en un procedimiento sumario en el que no pueden interferir los trámites propios del juicio ordinario, y porque el resultado de este procedimiento no llega a tener valor de cosa juzgada, por lo que puede verse alterado por la decisión que se tome en el pleito sobre propiedad. Puede hablarse por lo tanto de una entrega de la posesión con carácter provisional en tanto se resuelva la cuestión principal.

5.9.2. LA COMPENSACIÓN.

²⁴⁰ Ibidem.

La compensación es una institución propia del derecho privado que se ha visto trasplantada al plano procesal. Supone esencialmente una **mutua relación de acreedor/deudor sobre cantidades líquidas o bienes fungibles que sean equivalentes**. Las Partidas, cuando se refieren a la compensación, no lo hacen en la Partida Tres, sino en la Partida Cinco: "Compensación es otra manera de pagamiento, porque se desata la obligación de la deuda que un hombre debe a otro".²⁴¹

Desde la óptica procesal, supone la compensación una "mutual condonación del crédito y el débito entre sí, o un descuento y modo de satisfacción,"²⁴² que equivale a la paga real, extinguiendo la acción del acreedor desde el momento en que el deudor adquiere otra contra él,²⁴³ con lo que el demandado pretende enervar y anular los efectos de la demanda que le puso el actor.²⁴⁴ Esta figura procesal está basada en el concepto de equidad, para evitar pleitos superfluos, para que se haga de una vez lo que se estaría haciendo en varios tiempos,²⁴⁵ por lo que no cabría esperar a que la compensación se proponga como excepción, ya que su alegación va dirigida a poner en conocimiento del juez los respectivos créditos que inducen a la compensación, explicándole la intención de compensarlos; intención que se presume por su **utilidad**, y que es una consecuencia de la unión de los créditos.²⁴⁶

"por todo ello los jueces deben admitirla [la

²⁴¹P.P. 20.14.5.

²⁴²TAPIA, Ob. Cit. Pág. 85.

²⁴³CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 50.

²⁴⁴TAPIA, Ibidem.

²⁴⁵TAPIA, Ob. Cit. Pág. 86.

²⁴⁶CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 51.

compensación] siempre que no se viole ninguna de las pocas leyes nuestras que hablan de ella, ni hay ningún motivo poderoso que se oponga a su admisión".²⁴⁷

A) Requisitos de la compensación.

1º.- Que el débito sea compensable. Aunque el demandado reclame mayor cantidad que la que le reclama a él el demandante, la compensación sólo puede hacerse por la cantidad reclamada en la demanda, pues al no ser la compensación una reconvencción, no cabe la prórroga de la jurisdicción por la diferencia.

No son compensables los intereses o usuras en los que exceda del capital.

2º.- Que la obligación sea válida. En principio cabe la compensación en todas las acciones, reales, personales o mixtas, en los contratos en general, de buena fe o de derecho estricto. No tiene por tanto lugar la compensación en el contrato de depósito, ya que se violaría la confianza y buena fe que debe prevalecer en este negocio; lo mismo que en el contrato de comodato. La limitación de la compensación se extiende a los créditos pertenecientes al Fisco por razón de alcabalas, derechos y contribuciones reales. En el mismo sentido se debe entender la limitación impuesta a los bienes comunes o de concejo.

Por el contrario, sí son compensables las reclamaciones sobre alimentos ya vencidos, porque una vez socorrido el alimentario, cesa la razón que los justifica. La compensación en el contrato de ejecución de obra, está limitada a que se haga en el lugar elegido por la parte contratante. Sí son compensables los delitos por injurias cuando son de una misma especie, siempre que se ejercite la acción civilmente.

²⁴⁷TAPIA, Ob. Cit. Pág. 100.

3º.- La cantidad objeto de la reclamación y de la compensación debe ser líquida o poderse liquidar en poco tiempo. Lo debido respectivamente debe ser de la misma materia, y susceptible de ser medido o pesado, no pudiéndose compensar deudas en dinero y especie o en distintas especies, por no poderse obligar a alguien a recibir en paga algo que no está pactado o que no se desea.²⁴⁸ Incluso en objetos de la misma especie, el valor y la estimación ha de ser el mismo. Sí se puede admitir la compensación entre cantidad líquida y el valor de la cosa en especie que se ha perdido o dañado por responsabilidad del propio acreedor, condenándole al pago de intereses.

4º.- Capacidad del que alega la compensación para presentarla. Puede ser admitida la compensación, no sólo al deudor principal, sino también al cesionario, porque se extingue la acción directa desde el momento en que su deudor se hizo acreedor contra el que lo era antes. Lo mismo ocurre con el fiador del deudor, en el caso de que le reclame el acreedor de su principal por haber caducado la acción a causa del pago efectuado.

B) Tiempo y forma para proponer la compensación.

La compensación ha de hacerse a petición de parte y nunca de oficio, salvo en los casos en que la compensación se hace "ipso iure"; en estos casos el juez debe declararla hecha total o parcialmente, según sea la deuda y lo que pretenda compensarse.²⁴⁹ Puede plantearse ante el propio juez que conoce de la causa en primera instancia durante todo el curso procesal, e incluso ante el del órgano que conoce en segunda instancia, incluso después de dada la sentencia, y cuando las causas sean ejecutorias. El fundamento de esta posibilidad tan amplia es el considerar la compensación, no como una excepción dilatoria de las que solo se pueden interponer en la fase

²⁴⁸ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 55.

²⁴⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 96.

alegatoria, sino una pura defensa con efectos de paga; y ya que ésta se puede plantear en cualquier momento del pleito, y en cualquier instancia de la reclamación, procede interponer la compensación, porque extingue la acción del acreedor, consecuencia que no tienen las excepciones procesales que dejan en vigor la acción, solamente deteniendo sus efectos.

C) Consecuencias de la compensación.

Si el deudor hubiese pagado a su acreedor, y por error o ignorancia no hubiese planteado la compensación, se le reserva una condición especial que supone extinguida la deuda. En los juicios ejecutivos tiene el mismo valor que la excepción de verdadera paga.

5.10. ESCRITOS DE RÉPLICA Y DÚPLICA Y SEGUNDAS ALEGACIONES.

La dialéctica procesal está iniciada: el demandado ha respondido al actor a lo que le pide en su demanda, incluso le ha reconvenido con otra petición; la ha podido excepcionar sin entrar en el fondo, o bien excepcionar y contestar. De estos argumentos se ha de instruir al demandante para que pueda alegar lo que piense que es oportuno. Y a su vez, de lo que diga el demandante se ha de dar traslado al demandado para que se instruya de lo que se le contesta, y pueda a su vez alegar y decir. Se está en el momento procesal de las **segundas alegaciones** también llamadas **escritos de réplica y dúplica**.

Aunque dentro de la estructura general del proceso, todavía estamos en el primer estadio o eslabón procesal, sin que se haya traspasado el nudo que da paso al siguiente y que sería la fase probatoria, estas son alegaciones específicas. Podrían encuadrarse dentro de las alegaciones genéricas de cualquiera de las partes en cualquier momento procesal, que se producen a estímulos de un traslado de peticiones de la parte contraria; formalmente no hay ningún motivo para valorar estas alegaciones desde ese plano concreto de los actos del proceso. Pero es indudable que tanto

la réplica como la dúplica contienen un matiz muy específico que configura su especial valor dentro del proceso: ambas alegaciones están dirigidas a fijar y concretar lo que las partes han pedido y contestado para cerrar esta conversación procesal y poder pasar al segundo momento, que es el de probar su contenido; o por el contrario, si se estima suficiente lo vertido procesalmente, pasar a resolver en sentencia, dándose el pleito por concluso en esta parte. Se trata por tanto de fijar el estado de la cuestión, ya que si el demandado alega cualquier hecho nuevo dirigido a anular la acción del demandante, el actor puede a su vez negarlo, e incluso alegar otra circunstancia que le quite toda su fuerza.²⁵⁰ dándose de nuevo traslado al demandado que a su vez podrá excepcionar. Generalmente la doctrina llama réplica a las alegaciones de la actor y dúplica a las del demandado, aunque en un momento avanzado se cuestiona esta segunda denominación y se prefiere la de contrarréplica.²⁵¹

A) Tiempo para interponer réplica y dúplica.

Desde el momento en que al demandante se le notifica la contestación del demandado, ya sea que éste excepcione solamente o que conteste y reconvenga, se abre el término para que a su vez **replique**, si es que le conviene y cabe. Si el demandado ha presentado defensiones o excepciones, tiene el actor **seis días** para "responder y satisfacer a las excepciones que el reo hubiere puesto, y para hacer otro pedimento por vía de replicación, si entendiere que le cumple, y para presentar las escrituras que acerca de ello tuviere".²⁵² En el caso de que el demandado haya puesto reconvención, tendrá el actor **nueve días** para responder a lo que en la demanda reconvencional se le pida; estos nueve días se contarán desde que le fue notificada la

²⁵⁰ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 85.

²⁵¹ Ibidem.

²⁵² N.R. 2.5.4.

reconvención. Al darse el correspondiente traslado al demandado de lo que el actor responde a sus excepciones o contesta a su demanda de reconvención, puede durante otros seis días responder con las alegaciones que crea necesarias.

B) Forma y contenido del escrito de réplica.

El escrito de réplica es una alegación que hace el demandante a lo que contesta el demandado a la demanda; en principio es un escrito de alegaciones tendente a fijar la cuestión litigiosa. Su única característica específica frente a una alegación con carácter general es el matiz de respuesta a los que el demandado ha alegado en su contestación a la demanda, haya o no excepcionado. Por lo tanto, lo que se vierta en un escrito de réplica debe estar en relación con lo alegado por la parte demandada en su escrito de respuesta a la demanda.

Forma de replicar en la práctica

Ocurría, que ante el traslado de la contestación del demandado al demandante, se le decía que podía alegar, pero a veces sin fijar término. Así en el pleito sobre arrendamiento seguido ante el Alcalde Ordinario de Villacastín, se le dio traslado del escrito del demandado contestando a la petición inicial a la parte instante el día 28 de Diciembre de 1750; el 15 de Enero de 1751 el actor presenta una petición para que se le concedan ocho días de mora para la formulación de alegaciones, ya que no puede responder porque tiene que irse fuera; se le conceden los días solicitados, y el día del vencimiento del término, presenta su escrito de réplica o segunda alegación. Dice que se le ha dado traslado del poder de administrar y pedimento contrario, y sin perjuicio y **para responder más en forma** pide que la otra parte jure y declare, **sin perjuicio de la prueba** a las posiciones que numeradas se formulan en el mismo escrito; para concluir pidiendo el juramento y declaración del demandado. Así se acuerda por el juez, y una vez efectuada la declaración por el demandado, **vuelve la actora a presentar alegaciones**, en base

a la propia declaración de la contraria, diciendo que "en justicia se ha de servir ampararme y mantenerme en la posesión y cultivo de dichas tierras", para lo que formula las alegaciones correspondientes, numeradas y separadas según las respuestas que la parte contraria ha dado en su declaración. Alega la posesión de años y lo que eso implica de derecho preferente; manifiesta que se allana a pagar la renta y a hacer las escrituras de arrendamiento que se le reclaman; opone a lo que la contraria ha dicho, la falta del requisito formal del desahucio antes de San Martín. Propone que se despoje a la contraria y se la condene por el hecho de haber entrado en las tierras, por lo que propone que se forme artículo de previo y especial pronunciamiento. En un otrosí, pide que en tanto se falla en pleito, se le dé la posesión de las tierras, comprometiéndose a asegurar la renta mediante la prestación de una fianza.²⁵³

Aunque es un pleito no complicado desde el punto de vista procesal, que se plantea y resuelve ante un Alcalde Ordinario, incluso las partes comparecen por sí mismas sin asistencia de Procurador, la dirección jurídica es muy correcta: a la contestación que hace el demandado a la petición inicial replica la actora. Pero para poder hacerlo correctamente, con carácter previo, solicita que el demandado declare con juramento a unas precisiones; una vez que se ha tomado la declaración bajo juramento, replica correctamente alguna de las cuestiones. Es un escrito con un buen planeamiento jurídico, que no se ciñe sólo a los hechos y en el que se alegan postulados jurídicos, aunque no se mencionen las leyes en las que se basa para su argumentación: así se habla de posesión, allanamiento, pagar renta y hacer escrituras, requisitos formales del desahucio, artículo de previo pronunciamiento y fianza provisional. No se refieren a leyes, decretales ni fueros, como bien manda la ley 4.16.2. de la N.R., pero sí ciñen la cuestión de discutir la conclusión del pleito a su plano estrictamente jurídico. Si en la primera petición prácticamente

²⁵³ CHAN. VALL. P.A. 3782-3.

se exponen unos hechos: el arrendamiento por tiempo de las tierras, la entrada de la otra parte a labrarlas, pidiendo que se le mantenga en la situación anterior, ahora se alega la posesión como un derecho, se sitúa en el plano procesal proponiendo soluciones dentro de su ámbito: se allana a lo que la otra parte propone en su contestación, pero pide anticipadamente las tierras con la garantía de una fianza. Es además una respuesta a lo que el demandado le ha contestado: que no tiene derecho a labrar las tierras por la mera posesión y que ya se le ha requerido formalmente para que las deje. La dialéctica está servida **A** le pide a **B** las tierras que ha llevado en arrendamiento durante años y que le han sido ocupadas. **B** le contesta que no tiene derecho a pedírselas, que él mismo las puede labrar y que ya se le ha requerido formalmente. **A** le replica que la posesión por largo tiempo crea expectativas de derecho y es en sí misma un derecho preferente, que se compromete a hacer las formalidades que se le solicitan mediante escrituras, y que mientras se decide la cuestión, afianza para que le dejen labrar las tierras.

En otro pleito seguido ante el Alcalde Mayor de Segovia en 1753 sobre reclamación del importe aplazado de la venta de una casa,²⁵⁴ no se respetan los plazos dados a las partes para las alegaciones: la petición inicial es del día 2 de mayo; a ella le siguen diligencias por comisión para embargar bienes del demandado, que responde a la petición inicial y subsiguientes diligencias el 11 de noviembre; casi un año y mes después, el 10 de diciembre, la actora, a la que se le ha dado término de tres días, pide los autos para alegar y presentar escrito de segundas alegaciones (réplica) el día 18 de diciembre. En él, después de insistir en lo pedido inicialmente, hace en párrafos separados y numerados, alegaciones en las que exige el pago de la deuda, como líquida, cierta y justificada, se rechaza un recibo aportado por la parte contraria, ante un escribiente de hecho, que no produce acción, y por tanto no tiene efectos en juicio sin previo reconocimiento,

²⁵⁴ A.H.P.S. J-1235/5.

se hace mención a la ejecución de otro Tribunal y la repetición de la deuda. Teniendo en cuenta que nos encontramos con un pleito de carácter mixto, ejecutivo y declarativo, estas alegaciones hay que encuadrarlas dentro del marco declarativo, aunque se estén valorando actuaciones cautelares ejecutivas. Así, predomina la exigibilidad del pago de la deuda, desvirtuando lo que la otra parte había opuesto a lo pedido y documento aportado. No contiene ninguna mención a disposición jurídica, o principio doctrinal, pero si está correctamente argumentado desde el punto de vista jurídico sin que se limite a simple narración de los hechos.

En el pleito de Tenuta planteado en la Sala de Mil y Quinientas del Consejo de Castilla en 1750,²⁵⁵ uno de los codemandados contesta a la demanda, mientras el otro intenta conseguir el traslado de los autos para instruirse sin pagar derechos al escribano por considerar que litiga por pobre. La contestación a la demanda tiene traslado el día 7 de Junio, mientras que este escrito de **réplica** es del día 21 de Agosto. Es un escrito de alegaciones, excesivamente largo y mal estructurado, y únicamente viene a pedir que se le tenga por presentado, y en su virtud, determinar según en el mismo se pide. Comienza por insistir en sus alegaciones iniciales, para después, negar los argumentos que hace la demanda en su contestación, incluso invalidando el contenido de los instrumentos que aporta. Es un escrito de segundas alegaciones, del demandante. Los pleitos que se tramitaban en Chancillería en primera instancia no resultaban tan estrictos con los plazos como los tramitados ante los Alcaldes; la lentitud que afectaba a estos Tribunales desde la segunda mitad del siglo XVIII se reflejaba también en las reclamaciones que se hacían directamente por las partes en asuntos que no eran recursos. Así, en la reclamación presentada por **caso de Corte** en 1757,²⁵⁶ en la que se reclamaba a su hijo alimentos, contesta el

²⁵⁵ A.H.N. Consejos. Escribanía de Grados. Pleitos. Legajo 26.967

²⁵⁶ CHAN. VALL. P.A. 2987-2.

demandado a la demanda, y en la notificación que se le hace a su Procurador, dice que se da por notificado, y que lo que se alega es incierto, con protesta de responder dentro de la prueba. Esta manifestación no es normal en el momento de la notificación, pero aquí la parte demandada está **anunciando** su oposición a la contestación a la demanda. La explicación habría que buscarla en la práctica procesal de anunciar el recurso para luego formalizarlo, práctica que el Procurador extrapola del trámite de la segunda instancia a la de un proceso que es ordinario aunque esté planteado ante la Chancillería de Valladolid. A continuación se pide por la actora que se reciba el pleito a prueba y así se acuerda; se suplica de esta resolución, y un mes después la propia parte actora, reitera la solicitud de proposición de prueba y formula alegaciones: estas alegaciones, con verdadero carácter de segundas alegaciones, replican a la parte contraria y reafirman las primeras, se hacen sobre el fondo; desde el punto de vista procesal, se opone a lo dicho por la parte contraria, insistiendo que la demanda reúne todos los requisitos, basándose en el **orden de los juicios**.

En resumen, los escritos de réplica, aunque su verdadera justificación en el pleito, era la de negar lo que el demandado hubiera opuesto en su contestación a la demanda, en ellos se vertían todo tipo de argumentaciones, casi todas de hecho sobre el fondo del asunto planteado, y algunas procesales. Siguen apareciendo pocas referencias a disposiciones legales, y pocas veces se sigue el esquema lógico de argumentar cada negación correspondiendo con lo que la parte contraria alega.

C) Forma y contenido de los escritos de réplica.

Así como los escritos de **réplica** para su equiparación con las alegaciones deben contener dos aspectos fundamentales para que se les considere como tales, que son responder a lo que el demandado ha contestado en su demanda y fijar la cuestión litigiosa desde el punto de vista del

demandante; los escritos de **dúplica** a su vez deberán responder a lo de contrario alegado, como respuesta a sus propias alegaciones, y fijar la cuestión que se debate desde la óptica del demandado.

Veamos como se desarrollaba en la práctica el trámite de la dúplica.

En el mismo pleito que se ha visto sobre desahucio seguido ante el Alcalde Ordinario de Villacastín,²⁵⁷ se da traslado al demandado de las segundas alegaciones que formula la actora y "cuando que dijeron o no, se traigan los autos" el 23 de febrero, sin plazo para decir. El día 10 de marzo, la parte demandada presenta escrito de segundas alegaciones o **dúplica**. Refiere que está "usando del traslado de lo que dice la contraria", negando su petición, y haciendo nueve alegaciones distintas en párrafos numerados y separados: alega la propiedad de las tierras y la libertad de desahuciar y labrar; rebate el argumento de la contraria de que el desahucio no se hizo en tiempo y forma, y que el desahucio no es un requisito necesario pues no había contrato y que según la ley se ha de hacer constar a los arrendatarios el vencimiento del término. Siendo objeto del desahucio la reconducción, según legales principios, alega defecto del título y mala fe, finalizando con la manifestación de que todo lo dicho está probado con los instrumentos aportados. Es ciertamente un escrito de dúplica ya que contesta a lo alegado por el demandante (falta de requisitos en el desahucio y no legitimación de la parte que actúa como apoderado del propietario) y fija los términos de la contienda: la falta de título de la actora y la reconducción del arrendamiento. Con una buena redacción lógica y técnica, es ciertamente un escrito de contenido jurídico, aunque sólo se haga mención genérica a leyes y principios legales, sin especificación concreta de los que se refieren. El juez acuerda unir este escrito a los autos, y con citación de la parte contraria que se una un testimonio que se pide (del desahucio y

²⁵⁷ CHAN. VALL. P.A. 3782-3.

requerimiento); una vez efectuado, que se traigan los autos, con lo que está excluyendo la posibilidad de nuevas alegaciones, pero sí que el demandante conozca su contenido.

Este riguroso y sensato orden procesal seguido ante el Alcalde Ordinario de Villacastín, no tiene correspondencia con el pleito que se tramita en Segovia hacia la misma época sobre reclamación del cumplimiento de una obligación.²⁵⁸ Se ha visto que el demandante presenta ya con retraso las segundas alegaciones; de este escrito se da traslado a la parte contraria, y a los tres meses recuerda que no sólo no ha contestado, sino que no ha tomado los autos; a los cinco días por fin pide que se le entreguen los autos, y así se acuerda para que alegue. Las segundas alegaciones del demandado dilatan el pleito **cuatro meses**. Es un buen escrito de alegación jurídica y procesal, técnico y bien estructurado, en el que se pide, con carácter previo que se acumulen al pleito ejecutivo y declarativo, dejando sin efecto la vía ejecutiva para determinar en la ordinaria, o declarativa. Siguen hasta once alegaciones separadas y numeradas, en las que se hace mención a la preferencia de la vía ordinaria sobre la ejecutiva "según buena Jurisprudencia y práctica", creando litispendencia el declarativo sobre el ejecutivo. Una vez hechas estas manifestaciones procesales, pasa a argumentar que tiene satisfecho el pago; se hace mención a la adquisición hereditaria de la casa por parte del vendedor, así como la existencia de un censo sobre el inmueble. En este acto dice hacer consignación del resto de la cantidad que figura como precio de la venta de la casa, (no figura en las actuaciones la constancia de este depósito, aunque en otro momento del pleito, cuando ya se ha apelado, la actora pide que se le haga entrega de esta cantidad depositada, más de un año después).

Es desde luego un completo escrito de alegaciones en dúplica, en el que se incide de forma especial en la cuestión de la acumulación de autos y se insiste en las cantidades ya

²⁵⁸ A.H.P.S. J-1235/5.

pagadas, considerando bastantes las justificaciones presentadas al contestar a la demanda, aunque la actora las rechaza en su escrito de réplica. Aparece una decisión de consignar la diferencia líquida entre lo que ha pagado y el montante total de la deuda, con lo que está fijando la cantidad que se le puede reclamar.

D) La cuestión de la limitación de los escritos de alegaciones.

Después de la replicación y duplicación no permite más alegatos el derecho real, sino que habiendo llegado al cuarto escrito, se da el pleito por concluido y se manda recibir a prueba.²⁵⁹ Las Leyes han creído que basta la réplica y la contrarréplica para que las partes aleguen todas las cuestiones que les favorezcan, y para fijar el estado de la cuestión.²⁶⁰

Llegar a este punto, que se controle el número de escritos de alegaciones que presentan las partes por disposición real, no resulta sencillo. Como en muchos casos, se produce la norma para solucionar o evitar una situación existente; situación que en el momento procesal que nos ocupa no debía ser muy frecuente y consolidada; aunque el fluir de escritos de alegaciones antes de la fase probatoria debía haber sido abundante dadas las quejas en general que esta situación había provocado. El carteo de las partes en contienda, utilizando al juez como intermediario, podía hacerse infinito sin que se llegase a soluciones ni resultados. El problema de dilaciones y perjuicios estaba motivado indudablemente por el abuso profesional de los letrados que aumentaban sus beneficios proporcionalmente al número de alegaciones que presentaban en el Tribunal, y lo mismo ocurría con su prestigio profesional. Ello unido a una práctica viciada y consolidada, venía a provocar situaciones dilatorias indebidas, que el juez no quería o no podía controlar. A este respecto es muy expresivo lo que nos dice el **Conde de la Cañada**:

²⁵⁹ SALA, Ob. Cit. Pág. 214.

²⁶⁰ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 85.

"Nunca pierden las leyes de vista el interesante punto de abreviar la decisión de los pleitos, pero rara vez se conforman las partes con este loable deseo: porque interesándose en la retención de lo que poseen y gozan, resisten por todos los medios posibles llegar a la decisión final, aún cuando conciben su buena causa y derecho, y con mayor razón si desconfían de su vencimiento. Los procuradores y abogados suelen también ayudar a los litigantes en estas dilaciones repetiendo alegaciones officiosas, y llenándolas de discursos legales: porque en uno y otro hallan su propio interés, y acaso mayor que el que espera lograr el principio litigante."²⁶¹

Los legisladores que tomaron mayor conciencia de este problema fueron Los Reyes Católicos, que en las Ordenanzas que dan en Alcalá en 1503, intentan controlar la situación en dos de sus capítulos:

- en el capítulo 5, en forma de pragmática, mandan, que para evitar dilaciones en los pleitos, el pleito ha de ser tenido por concluso con dos escritos presentados por las partes, aunque las partes no concluyan expresamente, ya sea para la resolución interlocutoria que recibe el pleito a prueba, o para sentencia definitiva.

Es tajante, concreta y sin explicaciones o exposiciones de motivos que justifiquen su promulgación. No solo es importante que se limite el número de escritos que cada parte puede presentar a dos, sino que el Juez tendrá el pleito por concluso para prueba, aunque las partes no presenten sus conclusiones ni pidan que el juez se pronuncie en este sentido. De esta forma, además de limitar la capacidad infinita de las partes para presentar alegaciones, está disponiendo que los jueces den el paso procesal subsiguiente que coloca el pleito en la fase probatoria. Es un matiz de **impulso procesal** poco frecuente en el derecho común,²⁶² que en cualquier caso tiene que actuar como control de las partes, control que tiene que partir del juez o Tribunal, no de una

²⁶¹ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 77.

²⁶² Las Partidas nada dicen al respecto sobre la limitación de escritos a presentar por las partes antes de que el pleito esté recibido a prueba.

petición de parte, sino ex officio.²⁶³

- En el capítulo 12 de las mismas Ordenanzas, en el que se regula la réplica y la dúplica, se explicita, que el demandado tiene seis días para responder a la replicación del actor y presentar las escrituras que tuviere para probar: a partir de este momento se excluye la posibilidad de presentar escrituras, salvo que jure que no ha tenido conocimientos antes de ellas, "y dende en adelante no reciban otras peticiones: y con esto sea habido el pleito por concluso, sin otro auto de conclusión".²⁶⁴

Estas leyes nacen del conocimiento y de la experiencia de los perjuicios que suponían en general. Para evitarlos disponen que no se presenten más de dos escritos hasta la conclusión del pleito, que en el caso de que se presentasen no fuesen recibidos, y si fuesen recibidos, indebidamente, no se tengan en cuenta, no haciendo prueba lo que se quisiese probar sobre su contenido. El contenido de los escritos está limitado a los hechos de que nace el derecho que se pretende. Así, con dos escritos por cada parte, ha de ser tenido el pleito por concluso en cuando a lo que cada parte alega.²⁶⁵ La limitación se hace extensiva a los casos en que se litiga conjuntamente, evitando que los procuradores dupliquen los escritos de alegaciones, para evitar las inútiles y repetitivas. Una vez que el demandado ha presentado su último escrito, la dúplica, se da traslado al actor para que se instruya de su contenido, nunca para que a su vista alegue lo

²⁶³ N.R. 9.6.4.

²⁶⁴ N.R. 2.5.4.

La referencia en este momento del pleito a la conclusión y al auto de conclusión, no se encuadra en las conclusiones finales, previas a la sentencia y que se basan en un resumen de lo alegado y probado; esta **conclusión** se refiere a la finalización del período de alegaciones: es el cierre de una fase procesal, a partir del cual ya no es posible retroceder, simplemente se pasa a la fase siguiente.

²⁶⁵ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 77.

que a su derecho le sea conveniente, únicamente puede concluir, sin más alegar ni decir.²⁶⁶ Esta es la práctica habitual, sobre todo en los Tribunales Superiores, Consejo, Chancillerías y Audiencias. Si la parte no pide esta conclusión, será el juez, de oficio, quien tenga por concluso el pleito en cuanto a las alegaciones que cabe a las partes formular.

Para la doctrina no está muy claro si los dos escritos presentados por cada parte suponen en sí mismos una conclusión del pleito o esta debe estar pedida expresamente. **Paz** considera que del segundo escrito que presenta el demandado (la dúplica) no cabe traslado a la parte contraria, ni siquiera para que se instruya y conozca su contenido, pudiendo en consecuencia pedir la conclusión para prueba o sentencia; para este autor, una vez que se ha presentado el cuarto escrito, queda el pleito concluso sin necesidad de otro acto de conclusión ni declaración judicial, ya que dicha conclusión viene impuesta por la propia ley.²⁶⁷ En el mismo sentido se pronuncia **Hevia y Bolaños**,²⁶⁸ de acuerdo en que con los dos escritos de cada parte, se tenga el pleito por concluso sin más acto de conclusión, aunque ninguna de las dos partes pida, y teniendo en cuenta que este efecto sólo se refiere al recibimiento a prueba del pleito, no a la conclusión para sentencia definitiva.

Con anterioridad a las dos leyes dadas por los **Reyes Católicos**. en Alcalá, son bastante concisas a lo regulado, hay una disposición dada por Juan I en 1387, ratificada también por Fernando e Isabel en Madrigal en 1476,²⁶⁹ que pone con mucha claridad en antecedentes los daños que se producían por el exceso y la largura de escritos alegatorios. Va dirigida a la

²⁶⁶ N.R. 4.16.2.

²⁶⁷ Citado por CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 78.

²⁶⁸ CURIA FILIPICA, Pág. 76.

²⁶⁹ N.R.4.16.2.

actividad de letrados y procuradores, admitiéndose que se actúa por malicia y para alargar los pleitos, llevando así mayores salarios de las partes,

"hacen muchos escritos luengos, **en que no dicen cosa de nuevo**, salvo replicar por menudo, dos o tres, y cuatro, y aún seis veces lo que han dicho, y está ya puesto en el proceso; y aún disputan alegando leyes y decretales, y partidas y fueros, porque los procesos se hagan luengos. [...], y todo lo que hacen es escribir en los procesos, **donde solamente se puede poner simplemente el hecho del nace el derecho**. [...] Otrosí defendemos que en el proceso no disputen los abogados, ni los procuradores, ni las partes principales, más cada una simplemente ponga el hecho en encerradas razones".

De su exposición de motivos se puede deducir cual era la práctica ante los tribunales castellanos: abundancia de escritos largos, reiterativos e inútiles. Cuando el **Conde de la Cañada** analiza este aspecto de la viciada práctica letrada, trescientos años después, parece que en la práctica estaba corregido, según se ha podido comprobar en los pleitos analizados, salvo casos puntuales, se observa una cierta prudencia a la hora de alegar lo que llama poderosamente la atención, es la vaciedad de contenido jurídico que se destilaba en los pleitos en general; en las resoluciones judiciales, escuetas y de plano en la mayoría de las peticiones, y en las peticiones y alegaciones de las partes, en las que es infrecuente encontrar referencias jurídicas, ya sean leyes, doctrina o jurisprudencia,²⁷⁰ únicamente tímidas referencias a leyes Reales, fundamentalmente de las de Toro, o principios de Derecho Común. Partía de este cuerpo jurídico la situación, que dejaba libre al arbitrio de las partes la producción de escritos de alegaciones, y

²⁷⁰ La jurisprudencia, como se entiende hoy, no tenía el mismo significado. primero porque era difícil deducir actitudes de los jueces por la falta de motivación de las sentencias, y además, porque lo que se entendía por jurisprudencia tenía un concepto más amplio, como toda actividad derivada del ejercicio o estudio del derecho.

según Paz,²⁷¹ para contener los abusos y perjuicios que se derivaban de esta actitud, el Derecho Real corrigió el "licencioso abuso" reduciéndose los escritos de cada litigante a sólo dos.

En todo este juego de alegar lo alegado y de reiterar argumentos, se movía una actitud de fondo, generalizada y asumida como normal en la práctica. Actitud que tenía su origen en un motivo muy concreto: mejorar los ingresos, tanto de letrados, como de procuradores, y por supuesto de escribanos; ya se ha visto dentro de lo que era el funcionamiento de la Administración de Justicia el peso que tenía el hacer de los escribanos, que percibían sus salarios de las partes procesales, y el hecho de que los profesionales aumentaban sus ganancias según se alargasen y complicasen los asuntos. A esto hay que añadir el peso que la forma de trabajar de los juristas se aportaba a la hora de alegar; la influencia de los métodos de estudio y enseñanza del Derecho Común condicionó en gran medida la tendencia de los letrados a alegar con desmesura

E) La conclusión como línea divisoria de dos fases procesales: las alegaciones y la prueba.

La consecuencia inmediata de los segundos escritos de alegaciones de las partes es **la conclusión del pleito para prueba**. Si la ley de Recopilación mencionada, dice que los escritos se pueden recibir "hasta la conclusión", hay que fijar en este momento procesal la línea divisoria entre las dos fases primeras del juicio: la alegatoria y la probatoria. No es un término predeterminado por la ley, sin carga expresa de quien lo tenga que fijar; se deja a los litigantes esta facultad.

Así, en el segundo escrito de alegaciones del demandante (réplica), después de fijar y reiterar su petición inicial, esta parte pide.

"Se haga, provea y determine como pedido llevo en justicia y [...] **concluyo para el**

²⁷¹ Citado por CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 78.

artículo de prueba".

Después de citar a las partes para la llevanza de los autos, el juez acuerda por Auto recibir el pleito a prueba.²⁷²

La parte está diciendo al juez, y por extensión a la contraria, que sus alegaciones **están concluidas**, no teniendo nada más que decir y pidiendo que el Juez reciba el pleito a prueba.

Desde luego, una vez que el demandado ha contestado a la réplica, se tiene el pleito por concluso, sin que haya que dictar auto de conclusión,²⁷³ ya que con cada dos escritos de las partes se entiende que el pleito está concluido, tanto para la sentencia interlocutoria de recibimiento a prueba, como para la sentencia definitiva, **aunque las partes no concluyan**.²⁷⁴

Pueden las partes recordar el órgano que ya han presentado las alegaciones que creen convenientes, y que consideran que los autos están concluidos para la prueba: "el pleito está concluso para prueba" y seguidamente resolverse sobre esta advertencia: "se recibe el pleito a prueba por veinte días".²⁷⁵ Esta forma supone, no una petición de la parte de recibir a prueba, sino la puesta en conocimiento del juzgador de que tiene el pleito por concluso.

De manera, que con dos escritos, o alegaciones de cada parte, se tiene el pleito por concluso para recibirlo a prueba.²⁷⁶son en realidad dos momentos procesales:

- se tiene el pleito por concluso.
- para recibirlo a prueba.

²⁷²CHAN. VALL. P.A. 2792-3.

²⁷³N.R. 2.5.4.

²⁷⁴HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 76. Recoge N.R. 9.6.4.

²⁷⁵CHAN. VALL. P.A. 2987-2.

²⁷⁶JORDAN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 291.

No se puede, por tanto confundir la conclusión de la fase de alegaciones, con el recibimiento del pleito a prueba. Conviene tener presente que una actuación no implica necesariamente la otra, ni que va implícito el recibimiento a prueba dentro de la propia conclusión. En principio, por algo tan obvio como el que no en todos los casos las partes pedían el recibimiento a prueba, sólo para los casos de que en la fase de alegaciones no hubieses quedado acreditados los términos de la contienda; en segundo lugar porque no se deja a voluntad de las partes el pedir la conclusión, sino que puede acordar el juez esta conclusión, una vez que ambas partes han presentado sus dos escritos de alegaciones, y desde este momento las partes han de pedir el recibimiento a prueba. Se diferencian, por tanto estos dos actos procesales, en que, mientras el recibimiento a prueba siempre han de pedirlo alguna de las partes, la conclusión, puede acordarla el Juez como un acto de impulso procesal. Se ha de concluir la causa (un momento procesal) para recibirla a prueba (otro momento procesal).²⁷⁷

En la realidad cotidiana de la práctica procesal, el auto o la sentencia interlocutoria que dicta el juez una vez que se ha presentado el último de los escritos de alegaciones, o ha pasado el plazo dado a alguna de las partes para que aleguen, contiene tanto la conclusión de las alegaciones como el recibimiento del pleito a prueba:

"el juez la ha por presentada, y la causa por conclusa para prueba, y recibe a las partes a prueba, con término de nueve días. Notifíquese a las partes".²⁷⁸

Desde otro plano de actuación del juez, hay que entender, que desde el momento en que ha presentado el último escrito de alegaciones

"se dice estar los autos por conclusos porque los litigantes han dicho y alegado ya cuanto tienen

²⁷⁷ MONTERROSO Y ALVARADO, Ob. Cit. fol. 11.

²⁷⁸ MUÑOZ, Ob. Cit. fol. 9.

que decir y alegar, pero como por lo regular no han probado todo lo que han dicho en sus escritos, provee el Juez un auto, en que manda se traigan los autos²⁷⁹ para ver si necesita pruebas o no".²⁸⁰

En esta explicación, que es tan práctica como la anterior, hay diferencias en los movimientos de juez: mientras en el primer texto, el juez en una misma decisión tiene el pleito por concluso y lo recibe a prueba, en el segundo parece deducirse otro recorrido procesal; primero el Juez tiene la causa por conclusa; cierra la posibilidad de hacer más alegaciones. Da otro paso pidiendo que se le traigan los autos a la vista, para poder estudiar, si con lo alegado tiene suficientes fundamentos para decidir la sentencia, y en el caso en que de lo alegado y acreditado no pueda decidir, acuerda por su voluntad recibir el pleito a prueba.

Se deduce:

- la conclusión y recibimiento a prueba son dos actuaciones distintas.
- puede el juez, para mejor resolver, y por no estar suficientemente claro lo alegado, acordar que el pleito se reciba a prueba, aunque las partes no lo hayan pedido.

Lo que no hay duda, es que desde la óptica procesal, aunque en la práctica se confundan las dos resoluciones, conclusión y recibiendo a prueba, son actuaciones procesales distintas, siendo una la que cierra la fase alegatoria con la exclusión de toda posibilidad de alegar, y la segunda la que inicia la fase probatoria.

²⁷⁹ En la mecánica de funcionamiento judicial, la Escribanía era la puerta de acceso al Juez para las partes; en la fase procesal en la que nos encontramos, el Escribano ha de dar cuenta al Juez, o bien de que ha transcurrido el término dado a la parte para que alegase, o bien de las peticiones presentas, y el Juez decidía: la forma de los autos es contundente" ante mí el Escribano, dijo". Si el Juez consideraba que necesitaba ver las actuaciones para tomar su decisión, ordenaba que se le trajesen los autos, que estaban en la Escribanía, en poder del Escribano, como oficial encargado de su confección y custodia.

²⁸⁰ SALA, Ob. Cit. Pág. 240.

La doctrina²⁸¹ considera la conclusión como parte integrante del proceso,²⁸² y de ahí que no pueda resolverse de oficio, ya que se estaría limitando la libertad de actuación y petición de las partes, porque sería "avivar los pleitos contra la intención de las partes, que pueden tener varias causas para terminarlos en cualquier estado, o tomar tiempo con alguna suspensión para atender a otros objetos más importantes continuándolos después con mayor comodidad"²⁸³

Al no estar determinado por la ley el término de la conclusión y al entender que se deja esta facultad a los litigantes, la no actuación puede suponer la paralización o aparcamiento del pleito. Para evitar estas situaciones, debe valorarse, que al dar traslado a la parte actora del segundo escrito presentado por el demandado, tiene el término **ordinario de seis días** para responder; y como a este traslado no cabe más respuesta que pedir la conclusión, y en su caso la prueba, debe entenderse que el demandante tiene seis días para pedir la conclusión. Para el demandado corre el mismo término desde que se le notifica el auto por el que el juez admite el segundo escrito del demandado, acordando dar el traslado al demandante. En el caso de morosidad, y en aplicación de lo dispuesto en la ley 4.16.2. N.R., para abreviar los pleitos, se les tendría por conclusos. Esto es lo que se observa en los Tribunales de la Corte, en los que no se tiene por concluso ningún pleito, sin que alguna de las partes concluya o incurra en contumacia.²⁸⁴

²⁸¹No existe en Las Partidas ninguna mención a la conclusión en fase de alegaciones. En Los Apuntamientos de Berní y Catalá, al empezar a hablar de la prueba, hace una nota a pie de página que remite a las leyes de la Recopilación mencionadas. (nota al título XV de la Partida 3).

²⁸²CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 81.

²⁸³Ibidem. No se comprende bien la intención del Conde de la Cañada, en otros momentos de su obra tan crítico con las prácticas abusivas permitidas por la costumbre, de la actuación ante Tribunales.

²⁸⁴Ibidem. Concluye así el autor, intentando salvar las dos posiciones (libertad de las partes y brevedad de los pleitos), dándole valor a la negativa de la parte a responder al traslado como si de una afirmación se tratase.

La finalidad de este término es, por lo tanto, evitar la morosidad y malicia de las partes para dilatar el curso de los autos. Aunque es frecuente en la práctica, que las partes tomen dentro de este término los autos, pocas veces los devuelven dentro del término, sino que lo dilatan hasta que la parte contraria solicita que se le apremie, y aunque así se manda, solicitan nuevo término para hacerlo, alegando alguna causa justa que les haya impedido responder (no haber encontrado abogado, graves ocupaciones), en cuya consideración concede el juez nuevo término, aunque presuman malicia en las partes o procuradores, en evitación de que puedan recurrir si se les deniega nuevo término, lo que supondría mayores dilaciones. Además, con un criterio igualitario y de defensa, se piensa que negar esta posibilidad, es negar a alguien que ejercite el derecho a su defensa.²⁸⁵

En aquellos casos en que alguna de las partes no toma los autos para usar del traslado en el término de los seis días, es contumaz y puede ser acusada la rebeldía por la parte contraria, se tiene la causa por conclusa como si se hubiese respondido.

Termina así la fase llamada de alegaciones en los pleitos, en la que se plantean las cuestiones a debatir, y mediante el juego de contestaciones a lo dicho, se fijan y concretan las peticiones sobre las que tiene que fallar el Juez.

La conclusión técnica o procesal significa la imposibilidad de volver a alegar, según el principio de preclusividad de los términos procesales, cerrándose un primer bloque de actividad procesal que viene a dar paso a la segunda fase o fase de prueba, en la que la actividad de las partes está encaminada a demostrar al juzgador que lo que se ha dicho es cierto y debe ser tenido en cuenta.

²⁸⁵ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 85.

5.11.CAUCIONES DEL DEMANDADO.

Antes de cerrar la fase procesal de las alegaciones, se debe tener presente otros aspectos y situaciones que pueden plantearse por las partes.

El demandante puede pedir, después del emplazamiento, determinadas actuaciones del juez encaminadas a garantizar la presencia y respuesta del demandado dentro del proceso. En el tramo medieval de evolución del proceso, se hipertrofia el sistema de garantías personales del demandado, debido a las dificultades para que se reparen los daños derivados de una actuación dolosa.²⁸⁶ Desde el S. XV las fianzas procesales empiezan a decaer sobreviviendo únicamente en forma de cauciones.²⁸⁷ Cauciones que ha de acordar el juez a petición de parte y que adquieren un carácter residual, sólo para supuestos concretos, y en principio tasados. En **Las Partidas**,²⁸⁸ se regulan los casos en los que los bienes litigiosos deben ser puestos en manos de "fiel", con qué carácter y por cuanto tiempo. Hay que partir de la petición del demandante, una vez hecho el emplazamiento,²⁸⁹ y antes de que quede fijada la cuestión litigiosa, ya que son peticiones que deben atenderse con carácter previo, y que suponen poner en poder de un tercero las cosas sobre las que se va a pleitear.²⁹⁰

Aparece de este modo un **tercero**, ajeno a la contienda, que se le llama **fiel o fiador**.

Lógicamente, para que una persona suponga una garantía debe reunir determinadas condiciones:

²⁸⁶ LALINDE ABADIA, Ob. Cit. Pág. 780

²⁸⁷ La detención como garantía de la presencia del demandado permanece solo en el proceso penal, quedando para el orden civil solo las garantías reales en forma de embargo y secuestro.

²⁸⁸ P.P. 1.9.3.

²⁸⁹ Aunque Las Partidas establecen que las garantías se solicitarán por el actor, después del emplazamiento, la petición podía ser anterior a este momento procesal, ya que la expresión es "después que los demandadores han hecho emplazar a los demandados", con lo que no se está exigiendo la práctica efectiva del emplazamiento.

²⁹⁰ SALA, Ob. Cit. Pág. 192.

responde con su persona y bienes, de ahí que debe ser persona de conocida honestidad personal, y estar respaldada por un patrimonio suficiente para poder resarcir los posibles perjuicios que se pueda irrogar al demandante por una incorrecta actuación del demandado. Las personas en las que se hagan los depósitos de bienes han de ser "llanas y abonadas", sin que pueda recaer en el Escribano de la causa.²⁹¹

Para que se pueda hacer secuestro y retención de los bienes del demandado, debe existir una **causa que justifique la desposesión** y el paso a manos de un tercero de los bienes objeto de la contienda litigiosa. **Las Partidas** fijan **seis razones justas** para que se pueda pedir la retención o secuestro de los bienes del demandado. Vienen a ser supuestos residuales del planteamiento medieval general de garantizar el resultado del proceso. Eliminado el último de los motivos por referirse a situaciones de esclavitud, y que en este momento histórico ya no se daban, el acuerdo o avenencia de las partes de que la cosa pase a manos del fiel debe ser respetado y tiene valor de obligarse; cuando la cosa sobre la que se litiga es mueble y se teme que el demandado la detraiga de la acción de la justicia o la menoscabe; por los mismos motivos, en los casos en que una sentencia definitiva es recurrida, puede pedirse la retención de los frutos de la cosa litigiosa, y ponerse en manos de un fiel, hasta que se resuelva la sentencia definitiva.

Dentro del marco de las relaciones matrimoniales y paternofiliales, se protegen los derechos de la mujer para los casos en que el marido malgaste sus bienes, casos en los que puede acudir al juez y pedirle que se le entregue la dote y sus frutos, o bien que se pongan en manos de guardador;²⁹² siempre, claro está, que esta situación se deba a actuaciones culposas del marido,

²⁹¹No. R. 1.26.11.

²⁹²Este es uno de los pocos casos en que se permite a la mujer casada comparecer jurisdiccionalmente sin la autorización del marido.

no a empobrecimientos fortuitos. En el mismo sentido se protege a los hijos cuando el padre hace disposiciones testamentarias a favor de unos en detrimento de otros; puede el perjudicado pedir la partición de los bienes, y si no hay avenencia, el secuestro y depósito en manos de un fiel para que recoja sus frutos, hasta que se cumpla lo ordenado por el juez".

Con posterioridad, a la ley de **Las Partidas**, y aunque en ella se hace referencia a "**seis razones señaladas son e non más**", lo que parece indicar una intención de fijar los posibles secuestros como *numerus clausus*,²⁹³ se dictaron normas que amplian estos casos. En 1730, por una Ley, Felipe V²⁹⁴ viene a concretar, que es facultad privativa del Presidente del Consejo [de Castilla] el nombrar Administradores de los Mayorazgos litigiosos y secuestrados, en detrimento de lo que hacía la Sala de Mil y Quinientas. Todo ello es para los casos en que exista litigio sobre la tenuta de un mayorazgo.²⁹⁵ Finalmente, **Sala**,²⁹⁶ observa que se viene admitiendo la petición de secuestro, cuando se tema prudentemente, que por no hacerlo, puedan las partes llegar a las armas. Expresión quizás tremendista, pero que situada en un contexto más realista, debe entenderse como que la evitación de males mayores es justa causa para ordenar el secuestro y depósito de los bienes litigiosos.

Fijando la cuestión, queda establecido el hecho, de que aunque **Las Partidas** hablen de seis supuestos justificativos del secuestro y depósito judicial, con carácter de tasado, las posibilidades se fueron ampliando con el tiempo a otros casos, para finalmente admitirse con

²⁹³ P.P. 1.9.3. Y TAPIA, 60. Se refiere a situaciones concretas tales como reclamaciones de porción hereditaria legítima por el hijo preterido o desheredado, además de las ya mencionadas

²⁹⁴ No.R. 2.25.11.

²⁹⁵ En la práctica se hace una petición, generalmente en forma de OTROSÍ en la propia demanda de tenuta por la que se solicita que se encargue la administración de los frutos y rentas. A.H.N. CONSEJOS 26467

²⁹⁶ SALA, Ob. Cit. Pág. 194.

carácter general la causa justificativa de querer evitar que se produzcan mayores daños en la contienda si los bienes continúan en posesión del demandado.

La desposesión que se hace al demandado de determinados bienes como una medida para asegurar el resultado óptimo del proceso, no se debe confundir con el asentamiento. El asentamiento es una solución procesal a la que puede optar el actor en los casos en los que el demandado no acuda a contestar a la demanda; por este sistema, se trasladan bienes del patrimonio del demandado al patrimonio del demandante al que se le entrega la posesión únicamente. Pasado el tiempo que señala la ley, el actor puede pedir la venta pública para resarcirse de la deuda con el importe que resulte.

Así pues, a diferencia de las cauciones genéricas, el asentamiento es una facultad que puede utilizar el actor sólo en el caso de que el demandado sea rebelde, y que a su vez es alternativa de la continuación del pleito en su ausencia.

5.12. SALIR A LA VOZ Y DEFENSA.

La expresión "**salir a la voz y defensa**" no es propiamente una institución procesal; es más bien una expresión que se utiliza en el marco del proceso pero que tiene su origen dentro del contexto del Derecho privado, como una fórmula contractual de la que se derivaba la obligación del vendedor, en el caso de que alguien pusiese pleito al comprador sobre la cosa objeto del contrato de compraventa. Con carácter general, salir a la voz simplemente quiere decir acudir a responder o contestar en juicio a una demanda. Ahora bien, este decir tan general, que afecta por igual a los que han sido llamados al proceso, como a terceros interesados pero no partes, se debe fijar en dos planos:

1º.- Cualquiera puede presentarse en un pleito ya entablado alegando motivaciones

procesales o privadas: así, la tercería como institución procesal, a las simples alegaciones al tener conocimiento de la existencia de una contienda entre partes, tendentes en este caso, no a la exigencia de un derecho, sino simplemente al ejercicio de una facultad discrecional que puede conducir a remediar posibles daños mayores, o aclaraciones dentro del propio proceso. El porqué de la expresión **VOZ** hace referencia a la oralidad del proceso, y lo que es más importante, al carácter de **llamamiento** que tiene en el marco procesal la puesta en conocimiento de las partes la existencia del proceso, y de ahí la publicidad que deriva de este carácter oral. Y no sólo se podía comparecer en un pleito con contienda, ya que alguien con interés en peticiones que se hacían al juez y que no eran contenciosas podía mostrarse como parte, y desde ese momento, el pleito se hacía contencioso.

En 1772, ante la Justicia Ordinaria de San Pedro de Manrique; se presenta una petición de una mujer viuda reclamando la tutela y administración de bienes de su nieta, menor de edad, por haber "pasado la madre a segundo matrimonio". A las tres semanas de presentada la petición, la madre de la menor, comparece su procurador "sin causar instancia ni hacer otro acto perjudicial" diciendo que ha tenido conocimiento de la pretensión y se opone,²⁹⁷ pidiendo que se le de traslado de todo lo que se haya alegado y pide los autos para alegar. En el siguiente escrito que presenta la parte que ha iniciado el expediente dice expresamente que "salió la madre haciendo oposición". Estamos en un expediente que se inicia como no contencioso, pidiendo del Juez una declaración formal, y al que acude la persona que se puede ver afectada por esa declaración, oponiéndose y en consecuencia entablando una contienda procesal. El hecho de "salir" o acudir a unas actuaciones procesales les da el carácter de contenciosos por el simple acto de voluntad de no estar conforme con lo que se le ha pedido al juez pues se considera que puede

²⁹⁷ CHAN.VALL.P.A. 3325.1

ser perjudicial.

Volviendo al marco procesal de la figura, cuando esta deriva de lo acordado en un contrato de compraventa, al ser una obligación procesal del vendedor consecuencia de la más privatista de la evicción y saneamiento de la cosa objeto del contrato, puede entenderse como un litisconsorcio pasivo no necesario. Una vez que el vendedor ha sido notificado de la existencia del procedimiento, puede, como una facultad libre y discrecional, salir a la defensa del derecho controvertido; si no comparece en el proceso, la acción continua contra el comprador. No es propiamente una tercería procesal, ya que para que así fuese tenida la actuación, el tercero que demanda o contesta con tal carácter es en sí mismo una parte procesal, con derechos y obligaciones derivadas de este status; por el contrario, el salir a la voz como vendedor en una reclamación por saneamiento hecha por el comprador implica el ejercicio de una facultad que tiene el vendedor para poder evitar, si la ejerce, el tener que acudir a reclamaciones posteriores, y poder ejercer su derecho en el mismo proceso. La notificación o requerimiento al vendedor debe ser hecha antes de la publicación de las probanzas, antes que concluya el pleito definitivamente para sentencia, para que quien salga a la voz pueda probar lo que alega. **Muñoz**,²⁹⁸ fija el tiempo para salir a la voz en el término de las excepciones, en el que el demandado puede requerir al que le vendió la cosa para que la sanee y **tome la voz del pleito**.

En la forma del requerimiento dice que:

"le pido, y requiero salga a la causa, y tome la voz y actoría de dicho pleito, y lo siga y fenezca a su costa, hasta me dejar en paz según me está obligado".

Aconseja como conveniente que con el requerimiento se le dé un traslado de la demanda

²⁹⁸ Práctica de Procuradores, folio 17.

puesta contra el demandado, para que así pueda responder a la demanda del vendedor, no ignorando el pleito. El requerimiento aparece para el demandado como un requisito imprescindible, que se podría hacer hasta la publicación de pruebas, para que el demandado pueda resarcirse en el caso de que perdiese la posesión de la cosa, el vendedor no vendría obligado. Si requerido el vendedor, no sanease la cosa, está obligado a pagar al comprador los daños, lo que supondría otra reclamación judicial distinta, que es lo que la salida a la voz intenta evitar.

De esta forma se produce una **subrogación** en las obligaciones del demandado, de las que hace una traslación a tercero que de momento es ajeno al pleito; frente a la tercería se diferencia en el carácter facultativo que deriva de la llamada: la persona requerida como vendedor puede o no, comparecer y asumir las acciones, pero si no lo hace no decae en ningún derecho ni se la declara rebelde o contumaz. Simplemente reserva el cumplimiento de unas obligaciones para una posterior reclamación del demandado.

En 1764 se tramita pleito ante el Alcalde Mayor de Segovia sobre "anular una escritura de venta de una tierra de una obrada más o menos, por la enorme y enormísima"²⁹⁹ en el que se aporta escritura de compraventa en la que el vendedor se obliga a dar la tierra

"por cierta y segura y no quitada por más ni por el tanto, no le será puesto pleito, demanda ni otra mala voz, y si lo hiciere, no quiere ser oído, ni admitido en juicio ni fuera de él, y si a mi noticia llegara, saldré, y mis herederos se hagan obligados salir, a la voz y defensa y lo seguiré y seguirán en todas instancias y grados hasta dejarle en quieta y pacífica posesión".

Es un claro compromiso del vendedor de responder de las acciones que por saneamiento

²⁹⁹ A.H.P.S. J-1027/28.

de la cosa se pueden interponer, acudiendo al pleito que se pueda plantear al comprador de la cosa como posible demandado.

Un pleito de evicción, con advertencia de salir a la voz y defensa

El mismo sentido tiene el contenido del contrato de compraventa aportado en el pleito seguido ante el Corregidor de Olmedo "sobre evicción y saneamiento de tierras vendidas".³⁰⁰ Este contrato, origen del larguísimo pleito, está fechado en 1685. Por él, un matrimonio vende unas tierras adquiridas por compraventa y por trasmisión hereditaria, comprometiéndose a "que las tierras sean ciertas y a que no se les ponga pleito ni mala voz: en cuyo caso saldremos a la voz y defensa". El demandante en el pleito, heredero del comprador, pide que cite de evicción y saneamiento a los herederos de los vendedores, para que salgan a la voz y defensa del pleito o pleitos que sobre la heredad se moviesen. Cuando los herederos del vendedor contestan, a la reclamación de evicción, en su escrito de alegaciones, dicen que conforme a derecho, para que la acción de evicción competa al comprador, debe hacer saber al vendedor la existencia del pleito, antes de estar conclusos para que pruebe dentro del término de prueba; unos días después, formalmente pide el actor que se cite a los herederos del vendedor para que salgan a la voz y defensa del pleito; a esta petición acuerda el Juez que se haga notorio a los herederos lo que se pide "para que les pare el perjuicio la evicción que se solicita", notificándoles a los que puedan ser habidos.

A esta notificación comparece uno de los ocupantes de las tierras, diciendo, que compró la tierra a un tercero que es quién está obligado a salir a la voz y defensa, pidiendo que le cite como vendedor de la tierra. Mientras se está discutiendo sobre la declaración de rebeldía de los demandados iniciales, aparece otro poseedor de las tierras, negando que el demandante tenga

³⁰⁰ CHAN. VALL. P.A. 3782-4.

derecho a las tierras que él posee, ni que el antiguo propietario se las vendiese a su padre. El esquema procesal sería: el heredero del comprador reclama a los herederos del vendedor; los herederos piden que cite a los poseedores; los poseedores salen a la voz y defensa. La falta de identidad entre propietarios y poseedores deriva en este caso de lo que se discute como cuestión de fondo: la cabida de las tierras transmitidas no es la correcta, y estarían afectas otras tierras a la evicción del contrato, tierras que en ese momento pertenecen a terceros, terceros que no son demandados, sino simplemente notificados de la existencia del pleito para que puedan acudir al mismo, y para que en caso de que puedan evitar la condena de los vendedores, evitarían así una posterior reclamación de estos, repitiendo su derecho.

En otro pleito, sobre resolución de un contrato de arrendamiento de la casa del Boticario del lugar de Otero de Herreros, seguido en 1757 ante el Alcalde Mayor de Segovia,³⁰¹ el arrendatario responde al requerimiento de la arrendadora para que le deje la casa con una serie de alegaciones, que se plantean como una reclamación contenciosa; en esta medida, la requiriente y arrendadora de la casa, llegado el momento, comparece con poder diciendo que, ya que el arrendatario de su casa ha ganado despacho del Tribunal para que se le mantenga en el arriendo, sale a la causa y pide que se le entreguen los autos. No es el caso específico de "**salir**" a la causa que se establece para los casos de saneamiento de la cosa objeto de un contrato de compraventa, pero sí dentro del plano general de los que son obligaciones derivadas de los contratos, es una contienda que deriva del cumplimiento o no de obligaciones establecidas por los obligados en un contrato de arrendamiento. En este sentido, puede aplicarse aquí la figura de tercero no demandado pero que tiene interés en que se resuelva una reclamación (reclamación que tiene forma en la respuesta a un requerimiento); no es una tercería pues no hay pleito hasta este

³⁰¹ A.H.P.S. J-1236/17.

momento propiamente dicho, sino que la parte interesada, acude al pleito para mejor resolver la cuestión.

ABRIR TOMO III

