

LORENZO CARNELLI

CUESTIONES
DE
PROCEDIMIENTO
CIVIL



PRÓLOGO

DEL

Dr. ALEJANDRO LAGARMILLA

Catedrático de Procedimientos Judiciales en la Facultad de Derecho



CLAUDIO GARCIA - Editor

CALLE SARANDÍ, 441

1933

INDICE

INDICE

	<u>Págs.</u>
Prólogo	5

I

La Preclusión	17
— <i>Estructura formal del proceso. Base necesaria para su estabilidad y eficiencia: la preclusión. La preclusión frente a la arbitrariedad. Concepto. Definición de Chiovenda. Origen del principio y su aplicación en Italia, España y Argentina. Origen del vocablo; explicación de Jofré. Contenido jurídico de la preclusión</i>	17
— <i>Distintas formas del desenvolvimiento procesal: de la libertad o arbitrariedad a la preclusión. Qué se entiende por estado de la unidad o indivisión; y qué por sistema de la concentración</i>	19
— <i>Desarrollo de la preclusión. Semejanzas genéricas y diferencias de la naturaleza, alcance y efectos entre la cosa juzgada y la preclusión</i>	20
— <i>Aplicaciones prácticas del principio. Formas generales y especiales. Ejemplificación</i>	22

II

¿ Debe pagar el deudor, además de las costas, los costos de las diligencias preparatorias, cuando llamado a reconocer la firma, consigna en el acto la suma adeudada?	25
— <i>Referencia a un folleto publicado en 1921. Reiteración del criterio sustentado en él, aunque con algunas rectificaciones y ampliaciones</i>	25
— <i>Opino que no se deben los costos: a lo sumo, tan sólo</i>	

<p>las costas, pero no tampoco necesariamente. Planteamiento de la cuestión en el concepto de que las diligencias previas sean integrantes del juicio: regirá entonces, para todos los casos, la norma común sancionada por el artículo 688 del Código Civil, salvo cuando alguna disposición especial imponga lo contrario. Ahora bien; ¿existe, para la cuestión planteada, alguna disposición de esta índole? No existe en el Código de Comercio: demostración. Tampoco existe en el Código de Procedimiento Civil: demostración. Hay que atenerse, entonces, a la regla general (artículo 688). Planteamiento de la cuestión en el concepto de que las diligencias preparatorias no forman parte del juicio: no procede a prima facie la norma del artículo 688 ya citado. ¿Qué disposición se aplicará? No es la del artículo 1341 del Código Civil: demostración. Es la del artículo 1467 del mismo Código: resurge, entonces, la abandonada norma del artículo 688, a que se remite este artículo 1467. En los dos planteamientos se arriba, pues, a la misma conclusión: ni las costas y los costos, ni aun las costas, son preceptivos. Los aplicará el Juez cuando corresponda, según la conducta de los litigantes. Breves consideraciones justificativas. Antecedentes favorables de las Leyes Recopiladas, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Código de Procedimiento de Buenos Aires. Artículo 282 del Código de Procedimiento de Italia</p>	26
<p>—Extracto de varias sentencias de la Alta Corte y de los Tribunales, confirmando la tesis expuesta</p>	33

III

<p>Cuándo se inicia el juicio ejecutivo</p>	37
<p>—Cuestión intrincada. Diversas soluciones, según el doctor Alejandro Lagarmilla</p>	38
<p>—Aclaraciones preliminares de concepto y de palabra. Razones que justifican el empleo del verbo "iniciar" en vez de "comenzar"</p>	40

- Teorías sobre la naturaleza del juicio: contrato, cuasi-contrato, relación jurídica. Historia de la litis-contestatio. ¿Constituía la litis-contestatio, en el derecho romano, un verdadero contrato? Opiniones afirmativas de Wlassak y de Lenel. Opiniones adversas de Windscheid y Pernice; refutación de Fadda y Benza. ¿Equivalía la litis-contestatio a una novación? Opiniones en favor de la teoría de que, en el derecho romano, la litis-contestatio constituía un cuasi-contrato. La litis-contestatio bajo la invasión, durante la edad media y en el derecho canónico. Los autores franceses se dividen, considerándola, unos, un contrato, y otros, un cuasi-contrato; los españoles optan, unánimemente, por esta última configuración. Concepto del Dr. Alejandro Lagarmilla: contrato sui generis y forzoso* 41
- La escuela moderna no acepta el criterio contractualista. Razones decisivas que obligan a rechazar la concepción del contrato y del cuasi-contrato. La litis-contestatio no implica tampoco una novación: opinión de Giorgi. Otros criterios sobre la naturaleza del juicio. Concepción de Mortara. Teoría moderna de la relación jurídica* 45
- La litis-contestatio, iniciación del juicio. Su ubicación en el proceso. Opiniones al respecto de Fadda y de Windscheid. Con la contestación, para la generalidad de los autores, en el antiguo derecho español, se consideraba iniciado el juicio. Actualmente, con la citación y el emplazamiento. Opinión de Xirau. Manresa, Miquel y Reus precisan y especifican algunos conceptos. Historia de la litis-contestatio en Francia. Las ideas evolucionan de la contestación al emplazamiento. En Italia reina una gran incertidumbre. Lo importante es que, en ninguna parte, se piensa en la demanda* 50
- Criterio dominante en la legislación española con respecto a la citación y el emplazamiento. Son las primeras medidas procesales que conciertan o establecen la situación jurídica entre las partes, y entre las*

	<u>Págs.</u>
<i>partes y el Juez. Por eso, también, son las que inician el proceso judicial. Nuevas razones que lo demuestran. Concepto de la demanda en lo que se refiere a la cuestión planteada. Por qué la demanda no es la que inicia el juicio. Opinión de Chiovenda</i>	54
— <i>Nuevas aclaraciones para ajustar mejor los términos del problema. Características diferenciales de la demanda en el juicio ejecutivo. Derecho comparado. El juicio ejecutivo, ¿es, efectivamente, un juicio? Párrafos de un informe de Gómez de la Serna</i>	56
— <i>La citación de excepciones en el juicio ejecutivo representa al emplazamiento del juicio ordinario. Citas de autores, precedentes legislativos y razones que lo confirman</i>	57
— <i>Por qué en el embargo no puede estar la iniciación del juicio. Le falta una condición indispensable: la esencialidad</i>	60
— <i>Nueva prueba en favor de la citación de excepciones: presentación de las copias. La ley de Enjuiciamiento Civil Española</i>	62
— <i>La doctrina, según los autores. Citas corroborantes de Warker, Ulbrich, Casarino, Parody, Armand-Ugón, Jofré y Anastasi</i>	65

IV

¿ Pueden ser embargados y rematados los derechos y acciones del deudor ejecutado?	67
— <i>Tres soluciones distintas: A) No pueden ser embargados ni ejecutados; B) Pueden ser embargados mas no ejecutados; C) Pueden ser embargados y ejecutados</i>	69
— <i>El derecho y la acción. Explicaciones previas. En la escuela antigua predominaba el criterio de la identidad. Savigny, Vico, Manfredini. La tendencia moderna aboga por la autonomía de la acción. Opiniones de Windscheid, Mortara, y especialmente de Chiovenda. La persistencia del criterio clásico en el derecho contemporáneo. Cuche, Japiot. Es, tambien,</i>	

	<u>Págs.</u>
el que predomina en la legislación española. <i>Manresa, Miguel y Reus, Emilio Reus, Manresa y Navarro</i>	69
—Todo derecho constituye un bien; y lo constituye aunque sea litigioso. La acción, pues, tiene un valor económico. Así lo entienden la antigua y la moderna doctrina. <i>Caravantes. Chiovenda</i>	74
—A. La inembargabilidad en concepto de los autores franceses: <i>Aubry y Rau, Baudry-Lacantinerie. Pandectas francesas. Resumen, por Garsonnet y César-Bru, de las razones contrarias a la embargabilidad</i>	75
—B. Embargo, pero no remate de las acciones. Qué es el embargo. Distintos procedimientos para asegurar la efectividad del crédito activo. El embargo en la legislación francesa y en nuestra legislación. <i>Diferencias</i>	76
—Una aclaración: las acciones y embargos a que se refiere el artículo 881 de nuestro Código de Procedimiento Civil no son las acciones ni los títulos cotizables en la Bolsa. Antecedentes de dicho artículo en la legislación y en la doctrina españolas. <i>Opiniones corroborantes de Eizale, Ferrer y Samponts, Escriche, Manresa y Reus, Hernández de la Rúa, Gómez de la Serna y Caravantes. El Código alemán de 1900. Concordancias con la legislación y la doctrina argentinas. Jofré, Rodríguez y Castro</i>	78
—Nuestro Código, al hablar del embargo de los derechos y acciones, no ha querido referirse a "los derechos y acciones en general". De cualquier manera, reafirma su embargabilidad	81
—¿Son también enajenables? <i>Jurisprudencia argentina completamente adversa. También es adversa la mayoría de los autores. Excepción del Dr. Cástulo L. Furnus. En nuestra legislación tampoco es admitido el remate de las acciones embargadas. Como resulta de la discusión parlamentaria en 1883, sobre las reformas del Código de Procedimiento, el artículo 881 excluyó del juicio ejecutivo el remate judicial de los derechos y acciones embargadas</i>	81
—C. Procedencia del embargo y de la ejecución de los bienes incorporales. <i>Estos bienes, que constituyen</i>	

- también la prenda común de los acreedores, son perfectamente enajenables. Cita del Dr. Furnus. Transmisibilidad y alienabilidad. La transmisibilidad de los derechos litigiosos estaba ya consagrada por el derecho romano. Y lo está en la legislación actual. Su alienabilidad sólo puede ser negada, pues, cuando una disposición expresa imponga a ese respecto la debida excepción 84
- La enajenación de los créditos se llama cesión y equivale a la venta. Cita de Llerena. En nuestra legislación los créditos litigiosos son cesibles. Antecedentes legales. La cesión forzada, ante la doctrina y la ley. Carnelutti 86
- Si los derechos litigiosos son embargables y enajenables, también deberían ser, y por eso mismo, ejecutables. No hay ninguna razón jurídica que obste a su remate judicial. Razones prácticas invocadas por los autores franceses para oponerse a esa cesión forzada. Refutación. Inconvenientes de la tesis contraria. Si legalmente no puede hacerse, ninguna razón existe, jurídica ni prácticamente, para negar el remate judicial de las acciones 88

V

- La reconvención en el juicio ejecutivo 93
- La reconvención, la contestación o defensa y la excepción: caracteres diferenciales. La reconvención y la compensación en el juicio ejecutivo: caracteres diferenciales 94
- Ejemplo práctico en que la reconvención no es implícante ni es absorbida por la excepción compensatoria. Pueden coexistir las dos: razones que justifican esa coexistencia teórica. Opiniones favorables de Cujacio, Vitali, Manfredini y Chiovenda. Otro ejemplo en que la reconvención concurre con la excepción en un juicio ejecutivo 95
- En el derecho español se ha entendido generalmente que la reconvención sólo vale, dentro del juicio ejecutivo,

- como una excepción. Consideraciones generales para distinguirlas, según el Conde de la Cañada. En contra, Esteves Sagú. Pocos autores, y no muy decididamente tampoco, admiten la reconvencción en el juicio ejecutivo: Febrero, Escriche. Opiniones de Alonso Acevedo y Carneval en el antiguo derecho español* 97
- Análisis de la compensación, —condiciones y efectos,— dentro de nuestro derecho positivo. Cómo debe ser planteada la cuestión. Caso en que la reconvencción no se funda en un título ejecutivo como la convención. Divergen los viejos maestros del derecho español, que la admiten, al señalar el trámite que debe seguirse. En general, se considera que dicha reconvencción es doctrinariamente discutible y legalmente inaceptable* 99
- En nuestro Código de Procedimiento (artículos 873 y 874) no es procedente la reconvencción, aun ejecutiva, dentro del juicio ejecutivo. Demostración de esa improcedencia. La ley no la admite; pero doctrinariamente nada se opondría a su admisión* 102

VI

- En una ejecución hipotecaria con renuncia de los trámites no pueden oponerse excepciones de ninguna clase, por grave y justificada que sea la causa que la determine** 107
- Nuestro Código de Procedimiento (artículos 895 y 899) se opone a toda excepción dentro de una ejecución hipotecaria con renuncia de los trámites. Error de Vasquez Acevedo. Inconveniencias del absolutismo de la prohibición legal. Soluciones de equidad: la fianza, propuesta por el Dr. de Freitas. Código de Procedimientos de la Capital argentina (artículo 401). Antecedentes en la legislación española* 107,

VII

- La imposición de las costas y los costos en el juicio ejecutivo** 115
- Los tres sistemas sobre condenación en costas y costos.*

- La norma general del artículo 688 del Código Civil se aplica, por lo que dispone el artículo 466 del Código de Procedimiento Civil, a todos los juicios, sin excluir, desde luego, al ejecutivo* 118
- El juicio ejecutivo no es un verdadero juicio, según Alejandro Lagarmilla. Nuestro Código, sin embargo, le da esta denominación. De cualquier manera, al aplicar las costas y costos, se refiere a todas las sentencias, comprendiendo las que ponen término al juicio ejecutivo* 118
- La condena en costas y costos y la doble exigencia previa de ser parte y ser vencida en el juicio (Eugenio J. Lagarmilla). Precedentes de las legislaciones francesa e italiana. Chiovenda. En nuestro Código, ante la doble condición previa de ser parte y ser vencida, el juez analizará, para resolver sobre las prestaciones, la razón subjetiva dada por el litigante: para no condenar, para condenar en costas o para condenar en costas y costos* 119
- El artículo 466 del Código de Procedimiento se aplica también al juicio ejecutivo, no a lo que está fuera de éste, como las diligencias preparatorias. Pero el artículo 1467 del Código Civil restablece, para esas mismas diligencias, la regla general* 121
- Las cuatro posiciones que se presentan para la imposición de costas y costos en el juicio ejecutivo, comprendiendo sus preliminares. Exposición* 121
- Las únicas excepciones posibles a las normas generales. Deben ser especialmente determinadas por la ley respectiva* 123
- La naturaleza del juicio ejecutivo no puede constituir nunca la causa legal de ninguna de esas excepciones. Crítica de una sentencia de la Alta Corte que erróneamente lo establecía. Lo que dijo Caravantes* 123
- La condena en las sentencias definitivas y en las interlocutorias. Se apreciará la conducta de los litigantes en cada una de sus distintas actuaciones procesales. Solución práctica* 126

- ¿Qué se entiende por parte en el juicio? Desde cuándo y por qué es parte. Razones ineficaces que se han dado para caracterizarla: la intervención en el litigio, el interés que la impulsa. Distintas clases de interés. El interés no es esencial a la parte. La parte, en realidad, se constituye con un mero estado procesal: su posición en el litigio. Chiovenda. Xirau . . . 127
- ¿Es parte el Ministerio Público? En Italia lo es cuando procede por vía de acción. En Francia, procede como parte principal y como parte conjunta: en el primer caso es, verdaderamente, una parte en el juicio. También lo es en nuestra legislación. Justificación doctrinaria de la tesis 131
- Recapitulación: la norma común para el juicio ejecutivo, antes y después de iniciado, está en el artículo 688 del Código Civil: artículos 1467 del Código Civil y 466 del Código de Procedimiento 134
- Situación del deudor, que, citado a reconocimiento de firma, consigna lo que adeuda: no está obligado, esencialmente, a pagar las costas y los costos, ni siquiera las costas; bien que, por lo común, obran razones que imponen esta última condena (culpable ligereza) y aun pueden obrar otras (malicia que merezca la nota de temeridad) —caso muy raro— que impongan la primera. El juez apreciará dichas razones 135
- Situación del deudor que consigna en pago, después del embargo y antes de la citación de excepciones: esencialmente no está obligado a pagar las costas y los costos, ni siquiera las costas; bien que, por lo común, tendrá que pagar las costas y, tal vez, las costas y los costos, según estime el juez que haya litigado con alguna razón, o por culpable ligereza, o por malicia que merezca la nota de temeridad. Concepto del embargo ejecutivo. Análisis del artículo 880 del Código de Procedimiento Civil 135
- Situación del deudor que consigna después de la citación de excepciones: esencialmente no está obligado a pagar las costas y los costos; aunque por su posición en el proceso, consecuencia de haberse resistido o

- negado a pagar lo que adeuda, hasta el extremo de provocar la iniciación de un juicio ejecutivo, justifica la opinión de que procedió con culpable ligereza, debiendo responder, entonces, por las costas; y hasta por las costas y los costos, si hubiese procedido, en este último caso, con malicia que merezca la nota de temeridad. El juez apreciará las causas respectivas, de acuerdo con el artículo 688 del Código Civil. Análisis del artículo 900; su verdadero significado. Régimen legal en Italia* 139
- Artículo 1341 del Código Civil. ¿Es aplicable a la cuestión? Artículo 1348 del mismo Código* 141
- Los daños y perjuicios. Su concepto más amplio y genérico. En ese concepto, se asimila a las costas y los costos. Diferencias efectivas entre unos y otros. Criterio de nuestra legislación* 142
- Casos en que el deudor paga extrajudicialmente. Perención de la instancia. Opinión expuesta por Demaría. Desistimiento; transacción* 143
- Cómo se condena en los incidentes. El artículo 914 del Código de Procedimiento constituye una excepción* 144
- Critica de una sentencia de la Alta Corte. Procedencia, en principio, de las disposiciones generales del Código de Procedimiento, en su aplicación al juicio ejecutivo. Citas favorables de varios autores* 145
- Análisis de los artículos 880 y 913 del Código de Procedimiento Civil. Cómo deberían tasarse legalmente y cómo se tasan, en la práctica, las costas y costos posteriores a la sentencia de remate* 147
- Legislación y jurisprudencia argentinas, sobre las costas, en los incidentes de excepciones* 151
- Soluciones distintas según que el ejecutado haga o no oposición. En definitiva, no se impondrá ninguna condena por efecto forzoso del mismo juicio sino por consecuencia razonada, que hará el juez, de la conducta que observaren los litigantes* 152

VIII

- La prohibición de iniciar juicio ordinario antes de concluir el juicio ejecutivo pendiente no da lugar a ninguna excepción dilatoria 155
- El artículo 246 del Código de Procedimiento Civil enumera taxativamente las excepciones dilatorias. Opinión de De-Maria y Manresa, Miquel y Reus. La oposición que se formule de acuerdo con el artículo 940 no está comprendida en la enumeración del artículo 246. No se trataría, a este respecto, de ninguna omisión padecida por el mencionado artículo 246. En realidad, lo que hubo fué una exclusión. Además, la oposición que se instaurase en contra de lo que ordena el artículo 940, no produciría simplemente el efecto de suspender o aplazar el ingreso de la acción, sino de anularla o extinguirla completamente. En definitiva: se trata de una incidencia de nulidad* 155

IX

- No es legal la devolución de los escritos, como medida disciplinaria, por los términos inconvenientes o irrespetuosos en que estén concebidos 159
- Improcedencia legal de la devolución. Los artículos 151 y 152 del Código de Procedimiento, al establecer las correcciones disciplinarias, no habla de dicha devolución. Y como ésta tiene un carácter evidentemente punitivo, el Juez no podrá aplicarla sin una disposición expresa de la ley. Opiniones de Lagarmilla (Eugenio J.) y de Atilio C. Brignole. La obligación de nuestros jueces. En qué casos pueden ser devueltos los escritos* 159

X

- Interpretación del artículo 225 del Código de Procedimiento Civil 165
- La imprescriptibilidad de las costas en los juicios ejecutivos paralizados. Artículo 209 del Código de Procedimiento Civil* 166

	Págs.
— <i>Las costas en los juicios ejecutivos paralizados no pueden ser tasadas; luego, tampoco pueden ser cobradas. Y, en consecuencia, no correrá para ellas la prescripción. Argumentos corroborantes de Baudry Lacaninerie. Artículo 1216</i>	166
— <i>Las aludidas costas no pueden ser tasadas porque el artículo 225 excluye a los juicios ejecutivos cuando dispone que a los tres meses de paralización “el actuario dará cuenta al juez”. No todos, sin embargo, aceptan esta interpretación</i>	167
— <i>Tres soluciones distintas se han propuesto en la interpretación del artículo 225. Concepto especial sustentado al respecto por el Tribunal de Apelaciones de Primer Turno. La solución más justa y razonable no es, sin embargo, la solución legal. Razones del Dr. Díaz, que demuestran la justicia de aquella solución. Explicaciones no convincentes sobre la última solución dadas por los Dres. De-María y Lagarmilla. Cuál fué la razón determinante de los codificadores al establecer la exclusión de los juicios ejecutivos y sumarios. Antecedentes parlamentarios que revelan dicha razón expuesta al discutirse la reforma del artículo 225 en el año 1883. Palabras de los diputados Jiménez, Aguirre y Martínez</i>	168
— <i>No es legal la distinción que se hace, a los efectos del artículo 225, entre medidas preparatorias y juicio verdadero. Tesis del Dr. Armand-Ugón. Crítica. Antecedentes aclaratorios extraídos de la discusión parlamentaria</i>	176

XI

Acción o excepción de nulidad por la vía de los incidentes	179
— <i>Explicación previa. Un caso práctico ocurrido ante nuestros Tribunales: cometidos varios defectos de procedimiento en la citación de una demanda se promovió, como incidente especial, una acción de nulidad de todo lo actuado</i>	180

- Escrito demostrativo de la procedencia del incidente. Al fundar los recursos de reposición y los de apelación y nulidad en subsidio, se insiste aun en especificar que se promovió, inicialmente, una acción o excepción de nulidad por la vía de los incidentes. Demostración jurídica de la pertinencia de esta vía legal. No se trata, pues, de un recurso contra ninguna resolución. Conveniencia y necesidad de la reclamación inmediata por la vía incidental. Aplicabilidad del artículo 846 de nuestro Código Civil. Legislación comparada. Precedentes doctrinarios en favor de la tesis expuesta. Manresa, Miquel y Reus; Caravantes; Manresa y Navarro. El Código de Procedimiento Civil de Italia, Mattiolo* 181
- Sentencia desfavorable. En dicha sentencia se establece que la ley no admite más acción de nulidad por defectos de procedimiento que la del recurso de reposición contra estos defectos* 189
- Sentencia definitiva que consagra la buena tesis. El tribunal resolvió los recursos de apelación y nulidad interpuestos en subsidio reconociendo en los considerandos de la sentencia, que se había deducido “en vía incidental una excepción de nulidad contra todo lo actuado” y que “dicha excepción bajo su aspecto formal es enteramente admisible y de resolución previa”* 190
- Los actos procesales son actos jurídicos. Pero se rigen por principios propios; las nulidades de aquellos actos no se resolverán, pues, por las disposiciones del Código Civil* 192
- Diferencias entre acción, incidente y recurso de nulidad. Distintos medios para alegar la nulidad de los actos de procedimiento* 192
- El artículo 311 de nuestro Código resuelve una vieja cuestión doctrinaria entre citación y notificación. Defectos particulares de una y de otra. Exposición aclaratoria de Chiovenda* 193
- Defectos exclusivos de la notificación no imputables a la parte. El artículo 145 del Código italiano dispo-*

- ne, justicieramente, que en ese caso será nula únicamente la notificación y eficaz la citación para ciertos efectos. Legislación comparada* 194
- Definición de las palabras término y plazo. Diferencias fundamentales de concepto entre esas dos palabras. Antecedentes ilustrativos del derecho romano y del derecho germánico. Confusión de los vocablos término y plazo con el de dilación en la ley española y en las exposiciones de sus comentaristas. Exclusiva razón de ser de los "términos" en el proceso* 196
- Cómo se subsana la nulidad de la citación. Opiniones ilustrativas de Rodríguez, de Manresa, Miquel y Reus, de Manresa y Navarro y de Puca* 198
- Caso curioso que se registra en la Jurisprudencia italiana; su solución en la misma. Cómo se procedería en nuestro derecho positivo* 199

XII

- El reconvenido en un juicio ordinario, ¿puede oponer, a su vez, como artículo de previo y especial pronunciamiento, dilatorias o mixtas contra el reconviniente?** 201
- La doctrina y la jurisprudencia argentinas se pronuncian por la afirmativa. Lo demuestran las opiniones de Esteves Sagú, Alberto M. Rodríguez, Juan A. González Calderón y Adolfo M. Carranza, Raymundo L. Fernández y Alberto Parody. Reproducción de una sentencia corroborante dictada por la Cámara de Apelaciones de la Capital Argentina. Sin embargo, dentro de nuestra legislación no son admisibles, como artículo de no contestar, las excepciones del reconvenido. Podrá oponerlas el reconvenido, pero no como tal incidente previo. Manresa, Miguel y Reus explican cómo podrá interponerlas. Examen de la cuestión dentro de nuestro Código de Procedimiento. En definitiva, la disparidad entre las tesis argentina y la nuestra se reduce a una simple diferencia de*

<i>procedimiento. El reconvenido lograría siempre su finalidad, siguiendo, para obtenerla, vías diferentes, según actúe en la legislación argentina o en la uruguayana</i>	201
--	-----

XIII

El valor probatorio de la confesión ficta con respecto a los hechos afirmados por el actor y negados expresa y categóricamente por el reo en su contestación	209
<i>—Debe estarse a la contestación que niega y no a la confesión ficta. El artículo 443 de nuestro Código de Procedimiento establece que la declaración del confeso no importa reconocimiento de prueba plena. Aunque en el Código argentino no existe semejante disposición la jurisprudencia respectiva ha resuelto, en general, que la confesión ficta de los hechos negados no constituye prueba plena. La doctrina argentina concuerda con la jurisprudencia. Opinión de Nicolás Casarino. Opinión concordante de De-María. Algunas consideraciones más en fundamento de la tesis prevaleciente. Legislación comparada</i>	209

XIV

No pedida, en la demanda de simulación, la entrega de los frutos, ¿deberá el juez ordenar que con la cosa sean ellos devueltos al actor?	213
<i>—Caso práctico planteado ante un tribunal del país</i>	213
<i>—La cuestión no consiste en saber si el reivindicante por simulación tiene derecho a los frutos, que esto es indiscutible; sino—cuestión de forma y no de fondo—si estos frutos, que le pertenecen, deben serle devueltos de oficio, es decir, sin que él los haya solicitado en la demanda reivindicatoria. La misma cuestión ha sido planteada ya en los juicios comunes sobre reivindicación y resuelta siempre negativamente. Pero la simulación, aunque se hace valer por me-</i>	

dio de la reivindicación, no es exactamente una reivindicación. Características diferenciales y propias de la simulación. Declarada la simulación de un contrato se declara que no hubo contrato, que, por consiguiente, los frutos no salieron nunca del dominio o patrimonio del actor. El demandado, pues, no se ha hecho nunca dueño de los frutos; más aún, ni siquiera ha llegado a poseerlos. Baudry-Lacantinerie. Nuevas diferencias entre la acción reivindicatoria y la simulación. Por qué es necesario que en la primera se reclamen los frutos y por qué no lo es en la segunda. Las razones que fundamentan aquella necesidad son aplicables a la reivindicación por simulación. Sentencia ultrapetita. Lo accesorio sigue a lo principal. Consideraciones finales de Guillot 214

—*Jurisprudencia nacional* 223

XV

Quando son varios los demandados no podrá obligárseles a que litiguen por procurador común hasta que produzcan la contestación a la demanda 225

—*Origen y significado del artículo 71 de nuestro Código de Procedimiento. Dicho artículo se refiere a las excepciones perentorias y mixtas. Opiniones de Manresa, Miquel y Reus, de Emilio Reus, de Vicente Hernández de la Rúa y de Rodríguez (A. M.). Interpretación del mismo artículo según De-Maria y Gallinal. Lo que debe entenderse por perjuicio e inconveniente. El juez no puede ordenar que los demandados designen un procurador común sino cuando ya conozca sus excepciones o sepa que no las opondrán; y como las excepciones de que se trata son las perentorias o mixtas que se deducen con el escrito de contestación o el de dúplica, el juez no podrá imponer aquel nombramiento sino después que los demandados presenten, por lo menos, su contestación* 225

XVI

Las condenas de futuro	231
—Consideraciones generales. Determinación del sentido jurídico de las condenas de futuro. Chiovenda. Diver- sos casos de condenas de futuro	233
—Las verdaderas condenas de futuro. Sentencias condi- cionales. Comparación entre aquellas y éstas. Opinión de Vassalli en “La sentenza condizionale”	234
—Condenas de futuro no verdaderas. Lo que dice Ramponi de las condenas in futurum	235
—Otras sentencias asimiladas a las condenas de futuro. Opinión de Giorgi. Sentencias a término. Nuevos ca- sos de condenas de futuro impropias citados por L. Anastasi. Todas las sentencias que imponen presta- ciones, las imponen para el futuro, próximo o remoto. Pero no hay que confundirlas con las verdaderas con- denas de futuro. Casos mencionados por Fadda y Bensa y por Chiovenda	235
—Las sentencias de condena y las de mera declaración. Caracteres diferenciales. Las sentencias de mera de- claración en Alemania. Artículo 256 del Código Ale- mán. Casos de sentencias meramente declarativas citados por Ferrara. Diferencias entre las meramen- te declarativas y las de condena de futuro. Sus efectos en cuanto a la ejecución. Autores que disienten so- bre dichas diferencias. Opinión de Rocco y Kisch	237
—Condición esencial de las condenas de futuro. Casos mencionados por Chiovenda que se distinguen por la condición enunciada. Fadda y Bensa. Vassalli	242
—Sentencias sobre demandas injustificadas que se hacen justificadas durante el proceso. Obligaciones en que el término vence durante el juicio. Y especialmente las que dan origen a un juicio ejecutivo. Jurisprudencia italiana. Comentarios de Jofré sobre Windscheid. Otro caso: cuando surgen hechos nuevos, no contemplados en la demanda, pero vinculados a ella por una misma causa. Opinión de Chiovenda, Mortara y Vassalli	243

	Págs.
— <i>Ensayo de una clasificación general de las condenas de futuro. Propias e impropias, en los juicios: ejecutivo, no ejecutivo y ordinario</i>	245
— <i>Examen especial de las condenas de futuro en juicio ejecutivo, por vencimientos posteriores a la demanda, pero referentes a la misma obligación inicial. Artículo 484 del Código de Procedimiento de la Capital argentina; comentario de Alberto M. Rodríguez. Artículo 839 del Código de Procedimiento de Santa Fe; comentario de Parody. La legislación española. Ineficacia de los principios generales de derecho para justificar las condenas que se refieren a los vencimientos posteriores. Opinión de Emilio Reus y del miembro informante, Gómez de la Serna</i>	246
— <i>Tampoco en nuestro Código bastarían los principios generales para justificarlas. Vásquez Acevedo entiende que la cuestión debe ser resuelta de conformidad con la doctrina española. Refutación de la opinión sustentada por Vásquez Acevedo</i>	248
— <i>Vencimientos posteriores a la sentencia en juicio ejecutivo. Precedente de resolución, aportado por la ley española del 81. Código de Procedimiento de la Capital argentina. Artículos 840 y 841 del Código de Procedimiento de Santa Fe. Artículo 716 del Código de Procedimientos de Mendoza</i>	250
— <i>Demandas nuevas, o adicionales, o de adaptación. Soluciones acreditadas en las legislaciones alemana y francesa. R. Japiot y P. Cuche</i>	251
— <i>Solución del problema (condenas de futuro, en juicio ejecutivo, que imponen prestaciones aún no debidas) con los principios generales de derecho. Diversas opiniones, según los tratadistas argentinos Castro, Rodríguez y Parody. En nuestra legislación no son admisibles las demandas nuevas o adicionales</i>	253
— <i>Las condenas de futuro en el juicio ordinario. Las tres especies más importantes de estas sentencias</i>	255
— <i>Las condenas por violaciones sucesivas, que se producen después de la formalización del proceso judicial. Opinión de Fadda y Bensa. Jofré</i>	255

- Condenas por una demanda, infundada en el momento de la presentación. Windscheid. Solución en el derecho italiano. Fadda y Bensa. Opinión de Gianturco; crítica de dicha opinión. Improcedencia de estas condenas según nuestro derecho positivo* 257
- Examen general de las diversas condenas de futuro dentro de la legislación nacional. Son siempre improcedentes. Nuestro Código de Procedimiento Civil no las admite y la doctrina es insuficiente, por sí sola, para justificarlas* 258

XVII

- La abstención judicial no tiene efecto fuera del juicio en que se dictó** 263
- Exposición del caso práctico que se discute. Alcances de la sentencia y de las leyes. Las sentencias se circunscriben a la cuestión debatida en el proceso. No sale de los límites del mismo proceso. En cada juicio debe el juez resolver si se abstiene o no* 264
- Las consideraciones de dicho escrito se aplican también a la recusación. En cada juicio debe promoverse, discutirse y resolverse la recusación del juez, por más que ya lo haya sido en otra causa* 267
- La opinión concordante de Rodríguez en "Práctica Forense". La opinión igualmente confirmatoria de Ballesteros en sus comentarios a la ley chilena* 268
- La cosa juzgada no constituye ningún argumento en contra de la tesis sustentada* 268
- La recusación ¿se promueve como un incidente? Concepto de Botto Micca (incidente especial). Poncet, Bioche, Carré et Chauveau la asimilan a una declinatoria parcial. Pisanelli y Borsari a la excepción de incompetencia. Argumentos deducidos de su condición de incidente. Rodríguez, De-María* 269
- El juez recusado ¿se convierte en parte? Opinión afirmativa de Chiovenda. Razones que la fundamentan.*

	<u>Págs.</u>
—El artículo 793 de nuestro Código de Procedimiento Civil. Comentario de Parody al respectivo artículo concordante del Código de Santa Fe	270
—El artículo 1040 del Código de Procedimientos de Santa Fe. Comentario del mismo Parody	271
—Cuestión propuesta por Ballesteros. Su solución, según Ballesteros; y dentro de nuestro Código de Procedimiento Civil	271
—¿Puede el fiscal recusar al juez? Predomina la tesis afirmativa. Pocas son las opiniones contrarias. Mariano J. Calvento. Consideraciones favorables a la mencionada tesis. Rodríguez (A. M.)	272

XVIII

El fiador que paga por el arrendatario deudor, ¿puede entablar, subrogándose al deudor, el juicio de desalojo contra dicho deudor arrendatario?	275
—Antecedentes de nuestra ley sobre desalojo. La opinión del diputado Sr. Carámbula. Carácter meramente personal de esta opinión	277
—Nuevas citas, pertenecientes a los Dres. Bayley, Bajac y Folle Joanicó. El precedente de un juicio en que se admitió el desalojo por la subrogación del arrendador: sentencia del juez Dr. Aladio, confirmando la tesis del Dr. Celedonio Nin y Silva	278
—La opinión de Baudry-Lacantinerie sobre el problema en debate. Y la de Huc, concordante con la anterior, calificando desfavorablemente el Decreto de París	281
—Con excepción de los preindicados, los autores franceses sostienen que el derecho de desalojo no pasa al fiador. Pandectas francesas. Comentarios de Sirey. Opiniones corroborantes de numerosos autores: Ponsot, Troplong, Paul Pont, Guillaouard y Rollero	281
—Síntesis de los argumentos que fundamentan la tesis contraria a la subrogación con el alcance necesario para entablar el juicio de desalojo	285
—Refutación del argumento básico de la tesis opuesta. Demolombe; Planiol y Ripert. Interpretación jurídica del artículo 2132 de nuestro Código Civil. Referen-	

- cias al artículo 1166 del Código francés. Lo que debe entenderse por derecho inherente a la persona. El derecho de desalojo tiene, en cambio, un evidente contenido económico; y, sin embargo, no por eso es transmisible al fiador que se subroga al acreedor. Incongruencias a que daría lugar esa subrogación y que prueban la intransmisibilidad del derecho. Demolombe, Giorgi. Interpretación del Decreto de París; en qué sentido dice que el derecho de desalojo "es inherente a la calidad de propietario". Legislación comparada. Razones que inducen a creer que lo transmisible es el derecho de arrendar; y no el derecho de desalojar con independencia del derecho de arrendar. La subrogación transfiere los derechos y acciones pertinentes, entre los cuales no se encuentra el de desalojo. Rara condición a que se relegaría, con una subrogación que comprendiera este último derecho, al arrendador, dentro de su propio contrato. Se daría, además, ancho margen al fraude 286*
- Lo que significa subrogar, según Planiol. Principios que reglamentan la subrogación. Demolombe; Troplong; Baudry-Lacantinerie; Manresa y Navarro. La única finalidad de la subrogación. Hasta que límite puede hacer uso el subrogado de los derechos que pertenecen al subrogante. Giorgi; Rollero 293*
- El subrogado, que desaloja, se pone en pugna con el acreedor, subrogante, lo que está en contra de los principios esenciales de la subrogación. Según los autores, como Troplong y Demolombe, el fiador no puede alzarse contra el acreedor, en virtud de la subrogación, que no se legisló, absolutamente, para perjudicar ni siquiera contrariar a dicho acreedor . . . 295*
- Nuevas razones suministradas por la misma naturaleza jurídica de la fianza. Si el fiador que paga puede pedir el desalojo, la fianza se resuelve en el mismo instantes y por los mismos motivos que la hacen exigible. Otras incongruencias no menos graves . . . 295*
- No es aplicable el ejemplo que se funda en la conocida resolución de la Corte Real de Amiens. Oportuna sal-*

	Págs.
<i>vedad que hace al respecto Texier. Cual sería la verdadera solución legal. La subrogación debe ser aplicada restrictivamente. Demolombe; Laborie . . .</i>	296
— <i>Consecuencias absurdas a que conduciría la subrogación aplicada al caso. Dificil situación jurídica del acreedor frente a su bien, del cual fué desalojado, por el fiador que pagó, el arrendatario deudor . . .</i>	297,
— <i>Afirmación final</i>	298

XIX

¿ <i>Qué se entiende por fiador, liso y llano pagador?</i>	299
— <i>El caso planteado ante el Juez Letrado de lo Civil. Sentencia de este juez en la que se establece que el fiador, liso y llano pagador, no contrae ninguna obligación solidaria. Significado de las palabras liso y llano pagador, según el mismo magistrado . . .</i>	300
— <i>Error que se comete al plantear la cuestión como un dilema: o la fianza es solidaria o es simple. Distintas variedades de la fianza. ¿Qué debe entenderse por fiador, liso y llano pagador? Significado que se le da, popularmente. Criterio del juez, que no le atribuye ninguna importancia jurídica a las expresiones comentadas. Crítica. No harán solidaria a la obligación; pero no por ello ésta será simple. Puede haberse renunciado al beneficio de excusión. Artículo 2118 del Código Civil. Caravantes</i>	301
— <i>La cita de Escriche, en que tanto hincapié hace el juez, no es aplicable. Orígen y significado de las expresiones: fiador lego, llano y abonado. Antecedentes de las Partidas. Liso y llano, según el diccionario . . .</i>	303
— <i>Referencia equivocada hecha a la ley y a la jurisprudencia. Numerosos fallos de la magistratura argentina que establecen, unánimemente, que las palabras liso y llano pagador constituyen al fiador en pagador principal y le privan del beneficio de excusión. Otras le privan, simplemente, de este beneficio</i>	304
— <i>Referencia igualmente equivocada en cuanto a la doctrina. Opinión del Dr. Juan José de Amézaga, favora-</i>	

	<u>Págs.</u>
<i>ble a la tesis del juez. Opinión contraria del Dr. Joaquín Secco Illa, quien entiende que hay renuncia del beneficio de excusión. Opinión de Silverio J. Prota, de Olegario Machado y de Carlomagno. Artículo 2005 del Código Civil de la Argentina; comentarios . . .</i>	308
— <i>El pagador principal, o liso y llano, en la doctrina. Consideraciones al respecto de Manresa y Navarro</i>	310
— <i>Síntesis. Eliminación del obstáculo que aparentemente interpone el artículo 1391 de nuestro Código Civil. Artículo 1392 del mismo Código. La solidaridad no se presume; pero tampoco requiere palabras sacramentales. La renuncia del beneficio de excusión debe ser expresa, artículo 2118, N.º 1 del Código Civil; y es expresa al decir: liso y llano pagador. Lo que enseña la práctica. Razón final de simple buen sentido . . .</i>	311

XX

La excepción de incompetencia no suspende el cumplimiento del auto que manda entregar la cosa	315
— <i>Un caso práctico planteado ante nuestros tribunales. Exposición. Lo que sostuve entonces. Referencias</i>	316
— <i>Primer argumento. Los términos del artículo 1311 del Código de Procedimiento son preceptivos y absolutos, salvo las excepciones que menciona. Comprende, pues, a la declinatoria de jurisdicción</i>	317
— <i>Segundo argumento. La naturaleza de la acción sobre entrega de la cosa y sus finalidades. Comentarios de Joaquín Requena y Alejandro Lagarmilla</i>	318
— <i>Tercer argumento. La opinión de los tratadistas es favorable a la tesis. Y lo mismo puede decirse de la jurisprudencia en general</i>	319
— <i>Cuarto argumento. La índole expeditiva del juicio sobre entrega de la cosa. Informe de Gómez de la Serna. No puede argumentarse por analogía con el juicio ejecutivo a propósito de la declinatoria de jurisdicción</i>	321
— <i>Quinto argumento. La obligación del juez es respetar la ley. Palabras de Narvaja</i>	322

	Págs.
—Sexto argumento. <i>La resolución judicial sobre entrega no hace cosa juzgada en cuanto la parte puede iniciar después, nuevos procedimientos</i>	323
—Séptimo argumento. <i>Refutación de los fundamentos contrarios. Exageraciones de la excepción sobre incompetencia de jurisdicción. De-María, Gallinal</i>	323
—Octavo argumento. <i>Otras excepciones: perentorias y mixtas. Alejandro Lagarmilla</i>	324
—Noveno argumento. <i>La supuesta preeminencia jurídica de la incompetencia. Su refutación</i>	324
—Décimo argumento. <i>Disposiciones legales que se oponen a dicha preeminencia esencial. De Freitas</i>	326
—Undécimo argumento. <i>Precedente favorable de la Alta Corte de Justicia</i>	326

XXI

Interpretación del artículo 1316 del Código de Procedimiento Civil	327
— <i>Como se verifica la perención de la instancia en nuestro código. Diferencia de redacción con otras legislaciones: la italiana. Significado del artículo "el" con referencia al procedimiento. Lo que entendió al respecto el juez Dr. Ernesto Llovet. Consideraciones vertidas por este magistrado. Actos "del" procedimiento: su verdadera significación gramatical y jurídica. Opinión del Dr. Martín Berinduague. El artículo "el" sólo busca fines de objetivación procesal. Doctrina: Consolo, Mattiolo, Chauveau et Carré</i>	328
— <i>Amplia generalización que el artículo 1316 hace de los actos del procedimiento. Que se entiende en teoría por acto procesal. Chioventa, Mortara, Borsari y Battista. La doctrina y la jurisprudencia aceptan ya que todo acto de procedimiento interrumpe la perención. Opinión adversa de algunos viejos procesalistas: Mattiolo, Saredo; reacción posterior de Mattiolo. Opiniones favorables a la tesis. Actos válidos, legítimos y nulos; actos supérfluos, superabundantes, intempestivos, frustráneos, inútiles</i>	330

Págs.

- Naturaleza de la perención: característica, origen, consecuencia. Citas de Dalloz, Reus, Mattiolo. El fundamento de la perención según Mattiolo, Parry, Borsari, Mortara, Battista, Moulón, De la Colina y Chiovenda. Consecuencias que se extraen de la esencialidad jurídica de la perención* 332
- No se requiere que el acto interruptivo esté informado de una intención de progreso o avance. Battista. Libertad de acción de las partes para litigar moviéndose en cualquier sentido. Todo acto, pues, aunque importe un retroceso, interrumpe la perención. Citas de Mattiolo, de Mateo Guerra y de Miguel Battista. La jurisprudencia italiana consagra la tesis de que interrumpe la perención cualquier acto con tal que no sea extraño al procedimiento* 335
- Consideraciones finales* 338

