



UNIVERSIDAD DEL ZULIA

REVISTA

DE LA

4

FACULTAD
DE
DERECHO

enero

abril

1962

MARACAIBO-VENEZUELA

UNIVERSIDAD DEL ZULIA

REVISTA

DE LA

FACULTAD
DE
DERECHO

MARACAIBO - VENEZUELA

Confesión Ficta

Por: Angel Francisco Brice

APUNTES PARA LA CÁTEDRA

- (1) Concepto-Fundamento-Diversas Teorías.— (2) Antecedentes históricos: Derecho Romano; Español antiguo; Gran Colombia, Venezuela.— (3) Derecho comparado: España; Francia, Italia, Alemania; México; Argentina.—
- (4) ¿Cuándo procede? Requisitos legales expresos.—
- (5) Efectos.

(1) Nos referimos a la *ficta confessio*, confesión ficta, como la denomina nuestro Código de Procedimiento Civil; así, pues, se trata de la confesión que se presume cuando el demandado, citado debidamente, no comparece voluntariamente a contestar la demanda en el día ni en la hora fijados. No mencionamos, por tanto, al caso en que citado un litigante para absolver posiciones juradas, no comparece o se niega a contestarlas. La confesión ficta, se denomina también rebeldía o contumacia, porque en realidad, el demandado que no comparece a contestar la demanda que se le ha intentado, se podría considerar que desacata una orden de autoridad y por consiguiente, se niega a obedecer a la autoridad legítima. En otras legislaciones antes de que el Juez declarase confeso al no compareciente, había que citarlo varias veces, por lo que, si no obstante los varios emplazamientos, dejaba de concurrir a hacerse parte del proceso, se le seguía un procedimiento especial como rebelde y de allí que se le considerase como obstinado en desacatar la orden judicial, esto es, como contumaz. La palabra contumacia, proviene, según algunos, de *contemno*: voz latina que significa, desdeñar, no hacer caso, menospreciar; pero parece preferible suponer que deriva de la palabra latina *contumax*, que equivale a rebelde, desobediente, porfiado, porque el contumaz es un rebelde. El fundamento de este procedimiento se encuentra en razones de equidad y justicia, según

Caravantes; para este autor, sería injusto que quedara en suspenso la realización o declaración de los derechos del demandante contra el demandado por el querer de éste, con la agravante de que por su desobediencia al llamado judicial, debe presumirse que procedía de mala fe y como contumaz y rebelde para eludir el cumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo, según el concepto moderno de la rebeldía, ella implica más que una desobediencia, la inactividad del demandado en el proceso, su renuncia o abandono del derecho que le confiere el principio dispositivo, que caracteriza el impulso procesal, es decir, la renuncia o abandono de su derecho a activar el proceso. Por consiguiente: es un reconocimiento tácito de los hechos fundamentales de la acción, si es que su falta de comparecencia no se debe a causas ajenas a su voluntad.

Sobre la contumacia se han establecido diversas teorías, cuyo conocimiento es indispensable para concebir un exacto concepto de ella: *Desobediencia a la autoridad judicial*: Esta teoría, la más antigua, considera la ausencia del demandado como un acto castigable, especie de desacato a la autoridad judicial. Es la teoría penal de la rebeldía. Siendo la acción judicial el medio de que se vale el Estado para garantizar la paz y tranquilidad sociales, esto es, un medio de *pacificación social*, la comparecencia del demandado es una necesidad, pues de otro modo no podría conseguirse el establecimiento y desarrollo de la litis para poder alcanzar la realización del derecho por medio del fallo. La falta de comparecencia, por consiguiente, debía considerarse como un hecho que iba contra la función judicial; era un hecho punible por ilícito, y es claro que esta teoría tuviera su auge en la época en que dominaba la creencia del carácter privatístico del proceso, por lo que hoy ha perdido su influencia. Hoy la comparecencia del demandado es parte de su derecho al impulso procesal; algo que le es privativo y voluntario, por lo que su ejercicio es facultativo, no obligatorio. Por tanto, la ausencia de las partes no es obstáculo al desarrollo del proceso.

Para darle vida a esta teoría en los tiempos modernos se ha tratado de fundamentarla en un supuesto de *deber de comparecencia*, nacido como consecuencia de la prohibición de hacerse justicia por sí mismo, que obliga a ocurrir al poder judicial y por consiguiente el actor tiene derecho a que el demandado se preste al curso regular del proceso, sin perjuicio del derecho que tienen el Poder Público para pretender que las partes cooperen al desarrollo de la litis. Pero el argumento, se destruye ante el hecho de que, quitándole a la ausencia el efecto de obstaculizar la marcha del proceso, éste puede continuar su secuela sin nin-

gún inconveniente. Es que la comparecencia constituye un imperativo del propio interés del demandado y no una obligación impuesta por la Ley.

Renuncia a la defensa.— Esta es la opósita a la teoría de la pena; puesto que para esta teoría, la contumacia no es ya un desacato a la obligación de comparecer, sino, al contrario, el no uso del derecho que tiene la parte a defenderse y utilizar los medios legales de defensa. Una variación de esta teoría es la de Pescatore, en cuanto considera que la renuncia no es porque el demandado desiste del derecho a defenderse, sino, porque se atiene a la justicia del Juez, porque confía en el poder jurisdiccional. Asienta este procesalista, que el contumaz, renuncia solo a promover la prueba, porque cree que el Tribunal, con el examen de las actas o de los mismos documentos, podrá convencerse que la demanda es infundada o lo es solo en parte y el demandado se somete confiado a lo que resuelva la sentencia. Se le ha objetado a la teoría de la renuncia, que, si realmente lo fuera, el demandado no podría comparecer después del acto de la contestación de la demanda; lo que, sin duda es convincente. Igualmente podría alegarse este razonamiento en contra de la teoría de Pescatore.

No uso de la facultad de obrar.— En los últimos tiempos se ha dicho que el demandado no es que renuncia a actuar en el proceso, sino que deja de ejercer la facultad de proceder en el proceso. El profesor de la Universidad de Sassari, Sergio Costa, expone esta teoría así: “Cada uno es libre de autodeterminarse: Así como los actos positivos son ejercicio de los propios derechos, los actos negativos no pueden considerarse violación de obligaciones; por consiguiente, como se tiene el derecho de cooperar en el proceso, así se tiene la facultad de abstenerse. La inactividad que determina la contumacia sería, pues, un acto negativo voluntario de parte, el efecto de la voluntad de no obrar”. Se impugna esta teoría aduciendo que la contumacia es objetiva: no es un acto negativo voluntario sino objetivo en el cual se prescinde de la voluntad del agente. Podría encajar esta doctrina dentro de los extremos de nuestra ley procesal en materia de *ficta confessio*, porque el hecho de no usar del derecho de defensa, bien de manera absoluta o solo parcialmente, no envuelve la idea de renuncia, y por lo tanto, el demandado no pierde el derecho de ocurrir en tiempo a defenderse, probando algo que le favorezca.

Teoría de la inactividad.— Es la teoría de Chiovenda; la mayormente acogida. Este autor la explica así: “El Estado tiende a la definición de los litigios por el medio más rápido y con el menor gasto posible de actividad procesal. Esto no puede impedirle ga-

rantizar a las partes la máxima libertad de defensa; pero cuando la parte, voluntariamente, (esto es, no forzada por impedimento legítimo), no hace uso de su derecho de defensa, el Estado prefiere que los hechos alegados por el contrario se tengan sin más por admitidos sin afrontar la serie de actuaciones necesarias para su prueba. Pero ello no lo hace ni para castigar al contumaz ni para obligarle a comparecer o a contestar, sino con el objeto de librarse del modo más expedito, a sí mismo y a la sociedad, de la litis pendiente". Por tanto, para Chiovenda, como dice Costa, la *ficta confessio* no envuelve hoy la idea de pena, ni de sometimiento a la justicia del juez ni de confesión tácita ni de voluntad de no comparecer, sino solamente de inactividad; pero habría que agregar, que el instituto de la contumacia tiene como razón de ser además, la necesidad del Estado de cumplir su función primordial de administrar justicia con celeridad y economía.

Pero, debe observarse, que ya la razón filosófica de la contumacia sea la renuncia a la defensa, el no uso de la facultad de obrar en juicio, o bien, una cuestión de inactividad, la pasividad del demandado implica, mientras no pruebe lo contrario, la voluntad de no *contradecir* los hechos ni el derecho en que se fundamenta el libelo de la demanda, bien porque los primeros no sean contrarios a derecho, ora porque aparezcan probados de las actas, asimismo porque sean ciertos o no puedan discutirse; e igualmente, porque el derecho sea indiscutible.

La inasistencia, por tanto, mientras no se demuestra lo contrario, es un convenimiento tácito de los extremos de la demanda, cualquiera que sea la naturaleza jurídica o real de ellos.

(2) Veamos ahora el desarrollo histórico de la institución: En la época clásica del derecho en Roma, el demandado tenía la garantía de ser citado varias veces y así, con la *triple denuntiatio* o por medio del *edicto perentorio* del magistrado, se le advertía de la acción intentada y si no obstante estas invitaciones, no comparecía, el Juez dictaba la sentencia contra el demandado. Contumacia tenía en el Derecho Romano un significado más amplio que en el derecho moderno, pues, contumaz era no solo el que citado no compareciera a defenderse, sino también el que compareciendo, o hallándose presente en el juicio, no obedecía a las reglas de procedimiento; aunque el caso principal de contumacia era aquel cuya desobediencia consistía en no presentarse al juicio.

Como se sabe, el proceso romano no podía tener lugar sino mediaba la citación, *in ius vocatio*; pero ésta no podía existir si demandado no se encontraba, por lo que éste podía, no dejándose citar, obstaculizar la acción con solo tratar de que no se le hallase. Para obviar este inconveniente, en caso de contumacia, pro-

cedía en vez del juicio de cognición, un procedimiento ejecutivo de derecho pretorio, que hacía innecesario la comparecencia; era la *bonorum venditio* y por medio del cual, el actor de una acción real, ante la imposibilidad de seguir el proceso *in jure*, se dirigía al pretor para pedirle que le pusiera en posesión de los bienes. Se concedía de este modo la posesión provisional de los bienes y de no encontrarse al ejecutado en determinado tiempo procedía la *bonorum venditio*; excepto el caso en que no se encontrara al ejecutado por hallarse fuera o estar prisionero y no por dolosa intención de ocultarse. De esto se deduce que, quien obstaculizaba la citación en la forma indicada, para que no se le demandase en juicio de cognición, tenía la amenaza o corría el riesgo de que se procediera contra él por medio de una ejecución inmediata, esto es, sin esperarse a que sea reconocido o declarado el derecho.

Desde el día de la *missio in possessionem*, el procedimiento tenía tres estadios: Durante los treinta primeros días el deudor podía presentarse para asumir su defensa. La venta comenzaba en los treinta días subsiguientes y todavía, al deudor era posible defenderse, pero previa la *cautio iudicatum solvi*. Transcurrido este nuevo plazo se procedía definitivamente a la venta de los bienes, aunque mientras no se llegara a la *addictio*, el deudor podía defenderse y aún invalidar la *missio in possessionem*, otorgando previamente la caución. Aun después de la *addictio* podía el deudor anular todo el procedimiento, si demostraba que para la *missio in possessionem*, faltaron las condiciones establecidas en el edicto.

En el Derecho Justiniano el concepto de la contumacia, según Scialoja, tiene más parecido al significado que se le ha dado en los tiempos modernos y podía ocurrir ya porque el demandado se ocultara para no dejarse citar, o, bien porque hecha la citación no concurriera. Cuando no se encontraba al demandado, se la citaba mediante tres edictos o con un solo edicto *perentorium* y de no comparecer se le seguía el proceso en contumacia, o sea, como si estuviese presente y la sentencia se dictaba a base solamente del mérito de las pruebas presentadas por el actor. Dice Scialoja, que en las acciones reales, el actor a su elección podía seguir un doble camino: demandar la posesión de la cosa y si demostraba verosímelmente la existencia de su derecho, se le daba la posesión de la cosa y cuando, del mismo modo, demostraba la existencia de su derecho, se le daba la posesión; no obstante, el demandado contumaz podía comparecer dentro del año, y prestando fianza, obtener que se le restituyera la cosa: asimismo, asumir la defensa en el juicio; si no se presentaba dentro del año la posesión del actor quedaba firme y el contumaz solo podía ocurrir para hacer valer su derecho en forma de acción. Sucedió,

pues, una mutación de partes y así el demandado convertido en actor sufría la carga de la prueba. El otro camino que podía seguir el actor es el de una acción real, es decir, intentar un proceso por contumacia para que se examinara el fondo del asunto y se dictara sentencia, con efecto definitivo, pero que podía ser de absolución o condena del demandado.

Por tanto, en el Derecho Romano, la *ficta confessio* era una pena por la falta de cumplimiento a la obligación de comparecer en juicio.

En el Derecho Español antiguo se consideraba la contumacia como un desacato: decía la Ley VIII del Título VII de la Partida Tercera, que eran rebeldes los que no querían venir al emplazamiento que les hacían y preceptuaba: "E estos non deven fincar sin pena, porque desprecian el mandamiento de aquellos, a quienes deven obedecer". El contumaz emplazado por el Rey, era castigado con multa de cien, treinta, o diez maravedises, según sus condiciones sociales y económicas, así como con el pago de las expensas ocasionadas por el emplazamiento. Cuando la rebeldía era por no asistir al llamado del Juez, el contumaz debía pagar a éste como multa, cinco maravedises porque despreció su mandamiento. Caso de probarle al contumaz que sí había sido citado, cuando lo negaba, la multa y las expensas eran dobles.

En el caso de demandar a quien tiene una cosa suya o en nombre de otro, si no comparecía en el plazo que se le concedía para imponerse de la acción al propietario, el Juez debía darle tres plazos al contumaz. Si tampoco el demandado comparecía al juicio, debía el Juez tomarle juramento al actor, de no proceder maliciosamente, después de darla la tenencia de la cosa demandada; luego no sería oído el demandado en el juicio intentado.

La Ley II del mismo Título VII, asienta que a veces los citados no pueden aparecer en los plazos que se les fijaron, por lo tanto, "que no ayan penas de rebeldes". Establece esta disposición como excusas justificadas: "grand enfermedad o embargo en el camino por llenas de ríos o de grandes nieves de otra tempestad; o si le embargasen ladrones o enemigos conocidos que le toviessen o que oviessen desafiado, o fuessen más poderosos que él, de manera que nom osasse venir, a menos de peligro de muerte; o si fuesse presso, o embargado por alguna otra razón semejante destas".

Piensa el glosador de la Partida, que en todo caso de contumacia el actor tenía dos procedimientos para escoger: *la vía de asentamiento*, que consistía en dejar la cosa en poder del deman-

dante, donde quedaba a salvo para poderla demandar después el contumaz y la *vía de prueba*, que consiste en acusar al demandado de rebeldía para que siga el juicio por sus trámites ordinarios, surtiendo los mismos efectos de cuando el demandado está presente en el proceso.

Para la legislación antigua española, la contumacia del demandado era también una falta o incumplimiento a su obligación y por consiguiente se le castigaba.

Véase, como en sus orígenes, o en los viejos tiempos, el concepto de la falta de comparecencia no era el resultado del ejercicio voluntario de una facultad, sino el incumplimiento de la obligación de comparecer en juicio, y esto se debía a que el juicio o proceso no podía desarrollarse sin la presencia de las partes, especialmente de la demanda.

La Gran Colombia dictó el 12 de mayo de 1825, una Ley para arreglar el procedimiento Civil de los Tribunales y Juzgados de la República.

Esta Ley estableció como requisito previo a la introducción de la demanda ante el Tribunal, el haberse intentado la conciliación (Art. 3) y en consecuencia, implícitamente convertía éste acto procesal en obligación de asistencia de parte del demandado; de allí que el artículo 8º prescribiera que sería multado con cantidad que no excediera de diez pesos, el demandado que no asistiere sin causa o impedimento legal; todo esto sin perjuicio de que se le diera al actor certificación expresiva de haberse intentado la conciliación.

Consecuente con este criterio de obligación de asistencia al proceso, el artículo 19, ordinal 2º de la misma ley gran-colombiana, disponía que si el demandado se negaba a comparecer se le obligaba a ello con una multa de veinticinco pesos, por la primera vez y por la segunda, con apercibimiento de *determinar* la demanda sin su comparecencia; continuaba así el juicio contra el contumaz, o sea, en su ausencia. Seguía de este modo el legislador de la Gran Colombia, los pasos del legislador español antiguo: era la teoría de la desobediencia o el desecato a la autoridad judicial.

El Código de Procedimiento Civil, que dictó Venezuela en 1836, de su parte disponía en el artículo 1º de la Ley III del Título I, que si el demandado no compareciere a la hora señalada, por sí o por medio de apoderado, se le impondría una multa que no bajase de doce pesos ni excediera de veinticinco, aplicada a gastos de justicia; pero se le debía citar nuevamente con solo el término de distancia y si tampoco se presentaba el día prefijado, era responsable de los perjuicios que la demora hubiese causado al actor, y se le declaraba confeso, siempre que en el término pro-

batorio nada probara que le favoreciera, y entonces la causa continuaba como si se hubiese comparecido y contestado la demanda. Pero dispone el artículo 2º de la misma Ley el caso de excepción eximente de la pena: *y es cuando la parte acredite causa suficiente a juicio del Juez para no haber comparecido*, caso en el cual el juicio se diferirá por el tiempo que el Juez considere necesario.

Estas disposiciones que son las primeras establecidas por el legislador patrio sobre la materia contumacial, indican que fue partidario entonces de la teoría que ve en la contumacia una desobediencia; de allí el castigo con pena de multa. Sin embargo, el legislador de 1836 establece además la confesión ficta, pues ordena tener por confeso al demandado, salvo que en el término probatorio pruebe algo que le favorezca. Como el precepto establecía la continuación del proceso como si el reo hubiese contestado la demanda, la declaración de confeso solo podía tener lugar en la sentencia definitiva. La falta de comparecencia, equivalía para el legislador de esa época, a un convenimiento de la demanda, tanto en los hechos cuanto en el derecho. Nada dice para cuando el objeto de la demanda fuera contrario a derecho, pero el silencio nunca podría considerarse como declaración también de la *ficta confessio*, porque nadie está obligado a cumplir contratos contrarios al derecho. De los términos del artículo 2º se desprende que *la causa suficiente*, eximía de la pena pecuniaria y daba lugar a la reposición del proceso al estado de contestarlo, pues de otro modo no podía entenderse lo que quiso expresar con diferir el juicio por el tiempo juzgado necesario por el Juez. El artículo 3º *ejusdem* venía a corroborar lo dicho al establecer que se extienda el expediente la orden del nuevo emplazamiento y de hacer nueva citación con copia de la demanda, debidamente autorizada por el Secretario. Esta Ley fue modificada por la de 23 de abril de 1850, sobre Contestación y Conciliación, la cual en su artículo 12, preceptó no solo la necesidad de que el demandado, para que se quitara la *ficta confessio*, probara en el término probatorio algo que le favoreciera, sino que estableció expresamente, por primera vez, que la confesión ficta, solo procedía “*en cuanto no fuera contraria a derecho la petición del demandado*”.

El Código de Páez, del 2 de marzo de 1863, en su artículo 12, trae con respecto a la contumacia del demandado, disposición de un contenido igual al del Código de Procedimiento vigente, pues considera como caso de confesión ficta no solo la no comparecencia del demandado, sino también la del apoderado que se presente con poder insuficiente o sin las formalidades debidas, o sin tener representación legítima, y, como excepción, que sea contraria a derecho la petición del demandado y la prueba de algo favorable

en el término probatorio. Esta es la misma disposición del Código del 73, comentado por Sanojo y del Código de 1879, comentado por Feo, pero el Código de 1904, la modificó, condicionando la declaración de confeso de parte del demandado, al hecho de que *no pruebe que la inasistencia fue ocasionada por caso fortuito o de fuerza mayor, o que no ha existido nunca la obligación cuyo cumplimiento se demanda*. El Código de 1916 derogatorio del de 1904 acogió textualmente la redacción del Código de Páez.

(3) La legislación española moderna, y nos referimos a la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, no regula la rebeldía con carácter de generalidad; lo que atribuye de la Plaza, tal vez que la introducción al proceso no obedece al sistema de inmediación característico de otras legislaciones; asimismo, refiriéndose al *principio inspirador* de la rebeldía, en relación con el demandado, dicho autor cita una sentencia de los tribunales españoles para asentar que ella está concebida en la contemplación del elemento *subjetivo* de la voluntariedad y no del *objetivo* de la *comparecencia*, por lo que, aparte de abrir la arcaica vía de *asentamiento* obliga a notificar en estrados las resoluciones que recaigan, salvo las excepciones legales.

Concretamente a la inasistencia al acto de la contestación de la demanda, por parte del reo debidamente citado, dispone la Ley de Enjuiciamiento, que acusada la rebeldía, se dará por contestada la demanda. El aviso de rebeldía envuelve su declaración y esto permite al actor, si así lo pidiere, la retención de los bienes muebles y el embargo de los muebles en cuanto se estimen necesarios para asegurar el objeto del proceso. El demandado puede comparecer en cualquier estado del pleito y será admitido con parte; de modo que si la comparecencia es después del término de pruebas, aún en segunda instancia, se abrirá la causa a prueba si el demandado lo pidiere y fueren de hechos las cuestiones que se discuten. Pero según la jurisprudencia establecida por sentencia del 26 de junio de 1946, la rebeldía no implica en derecho español, conformidad con las pretensiones del actor ni con las resoluciones judiciales que recaigan sobre las mismas. El derecho español moderno, por tanto, se inspira en los viejos dictados legales, que daban al actor las vías de *asentamiento* y de *prueba*. La Ley española expresamente permite al reo rebelde hacerse parte en el juicio, cualquiera que sea el estado de éste, pero asimismo prohíbe que la sustanciación del proceso se retrotraiga; es decir, prohíbe la reposición y de allí que, no podría, después del acto de la contestación de la demanda, oponer las excepciones y defensas que solo pudieran tener lugar en ese acto. Por eso dice Caravantes, refiriéndose a una disposición similar al artículo 76 del Código vigente, que, cuando el litigante se presente después

que por su rebeldía se declaró contestada la demanda, no podrá hacer uso de la reconvencción ni proponer las excepciones dilatorias. Manresa, de su parte, expresa al respecto: que para no favorecer la mala fe y evitar perjuicios a la otra parte, se ordena que en ningún caso pueda retroceder la sustanciación; “de suerte que el litigante rebelde tiene que aceptar el juicio en el estado en que se halle cuando comparece, utilizando solo para su defensa los trámites y recursos que resten; en *ningún caso*, ni aun por fuerza mayor, se puede retroceder hoy al estado de contestación”.

Los efectos de la contumacia según la legislación procesal española, al decir de Pedro Aragonese, en cuanto a la pretensión, ni la modifica ni la satisface: “No modifica, por cuanto la incomparecencia del demandado no es obstáculo para que el proceso siga su curso y no lo satisface porque la rebeldía tampoco determina el triunfo del actor, aunque lógicamente lo facilita extraordinariamente al faltar el contradictorio del demandado.

En cuanto a la legislación procesal francesa, la contumacia puede tener lugar de dos modos: Cuando el demandado no constituye representante (*avoué*), pues entonces hay la falta de comparecencia (*faute de comparaitre*) o falta contra parte (*defaut contre partie*). Y, cuando el representante constituido por el demandado no se presente a la audiencia o, aún compareciendo se abstiene de presentar conclusiones: es esta la falta de defensa (*faute de conclure o defant contre avoué*).

La consecuencia de estas dos clases de incomparecencia, produce el resultado de que el Juez, pueda decidir con las conclusiones y pruebas del actor; pero, como esta conclusión podría ser inexacta, el demandado tiene el recurso de la oposición.

Así, pues, en el derecho procesal francés, el demandado no puede ser condenado por el solo hecho de la inasistencia o por la falta de presentación de conclusiones, porque su inactividad no podría engendrar un derecho en provecho del actor, si este derecho no existe (*d'ores et deja*), como asienta Japiot. Es necesario que las conclusiones del demandante, para que le sean concedidas, sean justas y bien demostradas, es decir, que no sean contrarias a prohibiciones legales y los títulos y otros elementos invocados por el actor contengan la prueba de sus pretensiones. Porque, según el Procedimiento francés, las conclusiones o pretensiones del actor al solicitar la contumacia, serán otorgadas, *si elles se trouvent justes et bien vérifiées*.

En cuanto al derecho procesal italiano es de observar que allí, citado debidamente el demandado, debe llenar cierta formalidad

para constituirse parte, sin lo cual no puede desplegar sus actividades procesales. Si el demandado no concurriera a constituir parte, podrá ser declarado contumaz por el Juez, si así lo pide la contraparte. La declaración de contumacia tiene consecuencias en orden a las funciones procesales y a la sentencia. El proceso prosigue, pero al contumaz no se le da comunicación o no se notifica directamente los actos de la otra parte, salvo que hubiere demandas nuevas de fondo y otras actuaciones expresamente exceptuadas. Las notificaciones se realizan mediante el depósito en Secretaría de los escritos del actor. El demandado contumaz dice Redenti, "sufrirá las consecuencias de no haber deducido excepciones en sentido estricto o aun excepciones, en sentido lato pero de las que el Juez no llegue a percibir a someter ni pruebas de tal índole". El mismo autor asienta que el demandado contumaz, por el hecho de serlo equivale a haberse remitido a la justicia del Juez, pero no ejercerá las funciones que le competirían si se hubiera constituido parte en el proceso y por lo tanto no podría aportar en el proceso contribuciones para su defensa. Sin embargo, lo contrario podría suceder si hiciera la llamada *purga de la contumacia*, esto es, que constituya parte, aunque sea tardíamente.

El contumaz puede también obtener la reposición a objeto de evacuar actos procesales para los cuales haya transcurrido y el término de efectuarlos, siempre que demuestre, entre otros extremos, la nulidad de la citación o que la constitución le fue impedida por causas no imputables a él. El Juez cuando considere verosímiles los hechos, admite si fuere necesario la prueba del impedimento y luego resuelve sobre la reposición. Así, pues, cuando existe causa mayor o caso fortuito que justifiquen la falta de constitución oportuna, deja de surtir sus efectos legales la contumacia.

El derecho procesal alemán está inspirado en la Ordenanza prusiana de Tribunales del año de 1793, la cual establece que el demandado no compareciente es declarado contumaz y en consecuencia convicto y confeso, porque acoge la ficción llamada *lit contestatio*, expresión ésta que ha sido criticada en la doctrina.

Según el Código de Procedimiento Civil alemán (ZPO) si el demandado no compareciere, y siempre que así lo pida el actor, se dictará sentencia contumacial, lo que equivale a que se consideren como admitidas o confesadas por el demandado las alegaciones o hechos de hecho del actor. Esto tiene lugar si tales alegaciones justificaren la petición de la demanda. Por otra parte; se considera como no comparecida a la parte que aún presente en la audiencia, no actúe; pero la contumaz puede hacerle oposición a la se

tencia contumacial y si se declarase con lugar la oposición, se responderá la causa al estado en que se encontraba al tiempo de la inasistencia. En lo que toca a los efectos de la contumacia, tratándose del demandado, produce el efecto de una admisión o confesión de los hechos que fundamentan la demanda; por consiguiente, se deben considerar como confesados los hechos alegados en la demanda. Como dice Wach, "La consecuencia de la contumacia es que, a petición del adversario, deben considerarse como confesados los hechos alegados en la demanda. No se trata de que se considere al demandado como vencido; tampoco se trata de la suposición de un allanamiento a la pretensión de la demanda. Esta pretensión se considera como discutida. No se trata de una renuncia presunta a la defensa... Se impone el proceso al demandado con respecto al fondo y, al mismo tiempo, se supone al efecto de realizar la obligación de reclararse sobre los hechos alegados en la demanda, incumplida por el demandado, que el demandado admite los hechos. Todo esto es, si la alegación oral de los hechos justifica la petición de la demanda y ésta llegó a conocimiento del demandado.

La contumacia solo puede, pues, surtir sus efectos, si los hechos son suficientes para estimar como fundadas en derecho las pretensiones de la acción.

El derecho mexicano ordena declarar la rebeldía, cuando transcurrido el término del emplazamiento no ha sido contestada la demanda; en este caso, el Juez mandará recibir el negocio a pruebas; pero, para declarar la rebeldía el Juez debe cerciorarse si las citaciones y notificaciones fueron legalmente realizadas. La Ley presume, expresamente, que en el caso de rebeldía, el demandado ha confesado los hechos de la demanda, pero el presunto confeso le queda a salvo el derecho para probar en contra.

En Argentina se requiere también para que pueda declararse la rebeldía que estén llenos los extremos siguientes: 1º que el demandado haya sido citado con arreglo a la Ley; 2º que no comparezca dentro del término del emplazamiento o abandone el juicio después de haber comparecido; y 3º que lo pida el actor. Pero declarado en rebeldía el demandado, el actor obtendrá lo que pidiere, pero siempre que sea justo. Sin embargo el Juez podrá abrir el juicio a pruebas o dictar auto para mejor proveer, a fin de practicar cualesquiera de las diligencias que considere conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes, o bien exigir confesión a cualquiera de ellos y ordenar cualquier reconocimiento.

La jurisprudencia argentina considera que el pedimento del actor es justo, o que la demanda es justa, cuando de los hechos expuestos surja que lo reclamado es ajustado a derecho.

(4) El artículo 276 del Código de Procedimiento Civil venezolano establece que si faltare el demandado al emplazamiento o si quien pretenda representarlo lo hiciere con poder insuficiente o sin las formalidades debidas, o sin tener representación legítima, se le tendrá por confeso en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, si en el término probatorio nada probare que le favorezca. Este artículo se refiere a la contumacia o rebeldía del demandado, del actor o de ambos al mismo tiempo. Con respecto a la contumacia del demandado, supone que se pueden presentar tres casos de inasistencia de la parte demandada; 1º que el reo no comparezca personalmente; 2º que el apoderado que pretenda representarlo, presente un poder que no sea suficiente o bastante, bien porque carezca de facultades para asumir la representación, o porque, le falten las formalidades debidas; y, 3º que quien se presente por el demandado como su representante legítimo, no lo sea realmente.

Los dos últimos supuestos, existen, el primero cuando no obstante presentarse un apoderado el mandato acompañado carece de la autenticidad requerida o de las menciones legales que le atribuyan la representación o que deba efectuar el funcionario ante el cual se haya otorgado. Y el segundo, cuando el compareciente no es el representante que le da la Ley al demandado, como si éste fuera un menor y se presentare por él quien no fuera su padre o tutor; o, demandado el Estado, las iglesias u otras comunidades o corporaciones, el que se aparezca como su representante, no sea el llamado a ello por la ley.

Esta disposición legal establece varios requisitos para que pueda darse la contumacia. Ellos son: a) Que el demandado haya sido legalmente citado, porque nadie puede ser condenado sin oírle. No se puede considerar rebelde o contumaz a quien no se haya emplazado debida y legalmente para el acto de la contestación, desde luego que no podría entonces deducirse la presunción que saca la ley del hecho de la inasistencia, porque en la contumacia se trata de poner a cargo del contumaz las consecuencias de su inercia y de allí que ésta deba ser voluntaria; no lo sería, por tanto, si faltare el emplazamiento en la forma prevista por la ley.

Para que se dé el supuesto legal de la confesión ficta, es indispensable que la incomparecencia no haya sido el efecto de fuerza mayor ni de caso fortuito; porque de serlo faltaría la voluntariedad de la inasistencia y por lo tanto, no podría fundamentarse en ella la presunción *juris* de que el demandado admita los hechos de la demanda. La falta de comparecencia, como dice Carnellutti, supone lógicamente la *carga de la comparecencia*, esto es

que la inactividad del rebelde implique la insatisfacción de la necesidad de asistir al acto de la contestación de la demanda, puesto que él debe asistir a los fines de establecer su defensa y al no dar este paso voluntariamente, quiere decir que no desea contradecir la pretensión del actor. De allí que el contumaz pueda demostrar estos casos de excepción para destruir el supuesto de voluntariedad en la no comparecencia. De lo dicho se desprende que el contumaz, puede comprobar que su inasistencia no fue voluntaria y así purgar la contumacia.

Pero en nuestro derecho, a diferencia de otras legislaciones, no existe la posibilidad de que el demandado pueda en cualquier tiempo purgar la contumacia: su oportunidad está en el lapso de promoción de pruebas; sin embargo, el hecho de no haber comparecido el demandado no le impide asistir a la evacuación de las pruebas, informar, apelar y anunciar los recursos extraordinarios. Igualmente podría promover ciertas pruebas extraordinarias como posiciones juradas, juramento, experticias, inspecciones oculares, documentos etc. b) Que la petición del actor no debe ser *contraria a derecho*. El Estado en su función de administrar justicia procede llevando por mira de su actividad la realización del derecho; lo cual efectúa aplicándolo a los hechos comprobados en actas; de modo que si los hechos constantes de actas, al contrario, van contra la letra misma de la Ley, contra el derecho vigente, aun cuando esos hechos hayan sido confesados o admitidos por la parte demandada, el Juez no podrá darle eficacia jurídica a esa confesión. Así, por ejemplo, una deuda proveniente del juego o fundada en un hecho ilícito o delictuoso. Por consiguiente; cuando el Procedimiento habla de petición contraria a derecho, se está refiriéndose a obligaciones fundadas en causa ilícita o que pugnen contra las condiciones establecidas por la ley para su existencia o validez.

Cualquiera sea la teoría que se siga para definir la función de la pretensión procesal, se llegará a la conclusión de que lo que se persigue es la realización del derecho, el remedio de las infracciones jurídicas o del desconocimiento del derecho; es decir, el remedio al desconocimiento o vulneración del derecho subjetivo, o bien, la protección al derecho en general, mirado objetivamente. Y, siendo el proceso la tutela al derecho subjetivo u objetivo no podría considerarse la contumacia como una aceptación o confesión de hechos que no van a servir de base a un derecho que no merece la tutela del Estado. Así, pues, si la pretensión del actor no es jurídica, porque no está de acuerdo con el ordenamiento jurídico, sino que es contraria a ese ordenamiento, nada importa que exprese ni tácitamente la reconozca el demandado, porque esa pretensión no habrá de merecer la tutela del Estado para

su realización. Por eso la ley procesal, requiere como presupuesto esencial para la contumacia, que la petición del actor no sea contrario a derecho. c) Que en el término probatorio *nada pruebe el demandado que le favorezca*: Según nuestro Procedimiento, la contumacia no es materia de juicio aparte ni siquiera de una incidencia tramitada en pieza aparte; es una incidencia que se desarrolla junto con la secuela o el procedimiento del propio juicio y dentro de él. Por manera que, la tramitación se reduce a que el actor pida la declaración de rebeldía, la cual se hará en la sentencia definitiva; pero, el demandado puede purgarse bien de una manera especial promoviendo lo conducente en el lapso de promoción de pruebas o contrariando las alegaciones del actor en el curso del proceso, por ser contrarias a derecho.

Una interpretación gramatical de los términos legales conduce a creer que la facultad probatoria conferida al contumaz es tan amplia como la pensaron Feo, Borjas y Reyes. En efecto, la esencia del artículo 276, *es que si faltare el demandado, se tendrá por confeso en cuanto no sea contrario a derecho la petición del demandado, si nada prueba que le favorezca*. Lo que afirma del demandado es que se le tendrá por confeso; y tener por confeso aquí el predicado de esta oración, pero ese predicado tiene un complemento circunstancial. Ahora bien, si nos valemos de las preguntas, sistema tan usado en el análisis sintáctico, tenemos que si deseamos saber cuándo se tiene por confeso al demandado, vemos que al realizarse dos supuestos: 1º que falte el demandado; 2º que nada prueba que le favorezca. Consecuencia de la inasistencia es pues, la declaración de confeso, pero se requiere otra condición, la falta de prueba que le favorezca. El problema ahora es saber cual es el objeto de esa prueba; es decir, sobre qué debe versar esa prueba para que proteja al demandado? ¿lo favorezca de qué?

El complemento de esa oración se refiere a hacer prueba que proteja al demandado o evite la declaración de confeso, porque los términos del artículo son de una claridad evidente en cuanto se refiere a evacuar prueba que impida la declaración de la confesión. Se trata de una presunción de confesión. Luego la prueba debe versar sobre hechos que estorben esa presunción de la confesión. El precepto, pues, se refiere concretamente a imponerle al demandado el deber de probar lo que tienda a hacer imposible que se le considere a éste como que ha confesado los pedimentos del libelo. Por consiguiente, gramaticalmente hablando, el significado del artículo no puede ser de otro modo que comprendiendo la intención del legislador de presumir de la inasistencia del demandado, la confesión de los hechos en que se basa la demanda. La impone, por la inasistencia, la obligación de comprobar que

tuvo motivos excusables para no comparecer, que su inasistencia no fue voluntaria y por lo tanto, no se puede ni se debe suponer que quiso admitir los hechos. Por consiguiente; la interpretación gramatical conduce a la conclusión de que el reo lo que debe probar es que tuvo motivos o causas justificadas *para no comparecer*.

Pero también se llega a la misma conclusión si nos valemos de una interpretación lógica: Veamos: La razón filosófica de la contumacia, entre nosotros, es la inferencia de admisión, o, confesión de lo pedido en la demanda, en caso de inasistencia del demandado al acto de la contestación de la demanda. La falta de cumplir con la carga o el deber de la contestación, se traduce en una confesión de la demanda: se trata, pues, de una presunción; pero la misma Ley se encarga de considerar esta presunción como, *juris*, puesto que expresamente admite prueba en contrario. Dice la Ley que se tendrá por confeso al demandado si no prueba nada que le favorezca. Ahora bien, la ley ordena que se pruebe algo que favorezca al reo para que no se le declare confeso por su inasistencia; le impone que destruya la supuesta voluntariedad de la inasistencia. Luego si la confesión ficta nace de la incomparecencia, voluntaria, todo se reduce a atacar esa incomparecencia para que no se produzca la presunción. La fórmula sería ésta: si la inasistencia es lo que produce la confesión ficta, justificada aquélla, no tiene lugar esta última. Lo único, pues, que puede favorecer al demandado inasistente, es probar que ese acto perjudicial para él, se realizó contra su querer, o sea, sin su voluntad, que mediaron causas poderosas, ajenas a su voluntad: La fuerza mayor o el caso fortuito. Esto fue establecido expresamente así por el Código de Procedimiento Civil de 1904; pero, como a lo imposible nadie está obligado, aunque no haya declaración legal que así lo disponga, el legislador de 1916 suprimió lo relativo a la prueba de la fuerza mayor o el caso fortuito, porque si esta prueba se dirige a contradecir los hechos en que se funda la demanda no se está comprobando nada que favorezca al demandado contra la presunción deducida de su incomparecencia, porque la prueba contra dicha presunción, es lo que requiere la ley.

El análisis de la evolución histórica de la contumacia entre nosotros conduce al mismo fin: El Código de 1836, el primero dictado por la República sobre procedimiento civil, consideró la incomparecencia a contestar la demanda, como un desacato a la autoridad; era una falta que debía castigarse con pena de multa, más los perjuicios que su demora hubiera causado al demandante, y la declaración de confeso, sin embargo, dejaba ya la puerta abierta para evitar la confesión ficta, *siempre que en el término probatorio nada pruebe que le favorezca*". Véase como el caso de excepción está concebido en los mismos términos del Có-

digo vigente con la pequeña diferencia de la inflexión verbal, pues el artículo vigente dice *probare*. Pero el Código de 1836, tenía el artículo 2, que no existe en el Código vigente, concebido en los términos siguientes: “No se impondrá pena alguna cuando la parte acredite *causa suficiente a juicio del Juez para no haber comparecido . . .*” Es el artículo 2º de la Ley III del Título I. De la redacción de la Ley, es evidente que la intención era no aplicar las sanciones al contumaz cuando probare que la inasistencia tuvo causa excusable y, por lo tanto, desvirtuaba la presunción de confesión ficta. Esto explica cual pudo haber sido la intención del legislador o bien, el querer de la ley vigente, porque el desarrollo histórico de la institución en nada contradice este criterio. Es que la interpretación en el caso de contumacia depende del principio procesal dominante en cada legislación, es decir del régimen legal que tenga la contumacia. Entre nosotros ese régimen se inició con el concepto clásico de pena, pero con exención en caso de involuntariedad en la falta de comparecencia. La parte estaba obligada a comparecer, como en los primeros tiempos del derecho romano; después se adoptó el concepto de carga procesal: no era obligatoria sino conveniente la asistencia; pero tanto en 1836 como en la legislación actual, los efectos de la incomparecencia son los mismos: dar lugar a la presunción de admisión de la parte petitoria de la demanda, pues, se considera la inactividad como un reconocimiento de los hechos. De allí que si el demandado no comparece a contestar la demanda, se supone que conviene en ésta, mientras no pruebe que su ausencia no implica esa voluntad, que su ausencia no equivale a una confesión ficta. Y del único modo que esto puede ser así es acreditando que eso no fue su voluntad o su intención.

Siguiendo a Carnelutti, puede decirse que en materia de régimen de la contumacia, se observa una diferencia profunda, según el concepto que se establezca sobre ellos por lo que, podemos clasificar el régimen jurídico de la contumacia, en dos grandes géneros:

- a) El que considera que la contumacia puede ser involuntaria, a pesar de las medidas adoptadas para garantizar al demandado el conocimiento del proceso, esto es, de ponerlo a derecho y por tanto no considera la inasistencia como presunción de conformidad con la demanda; de allí que faculte al demandado, para que pueda oponer al actor todas las defensas dirigidas a destruir la acción que se le ha intentado, y que la contumacia no impide el curso del proceso ni la sentencia que decida el problema discutido. Es el régimen de la *contumacia involuntaria*.

- b) Otro es el que le atribuye siempre a la contumacia carácter voluntario, *contumacia voluntaria*. Considera que el demandado rebelde, está conforme con la demanda y nada tiene que oponerle y juzga inútil el proceso para sus intereses. Pero este régimen se desdobra en dos tipos, según se acoja la demanda, sólo si está fundada en derecho, que son: si no es contraria a derecho como dice el Código de Procedimiento Civil Venezolano; o bien, si se omite la valoración en derecho.

Nuestro Código considera el elemento subjetivo de la voluntariedad para la declaración de la confesión ficta, o rebeldía y no, como es la tendencia moderna, el objetivo de la incomparecencia. Es que nuestro derecho sigue aferrado a los principios que caracterizan el régimen establecido por la Ordenanza general prusiana de Tribunales, que consideró al no compareciente como confeso y convicto y era considerado según el pedimento de la demanda, pero se inspira en el derecho francés, en cuanto sujeta expresamente la contumacia a que la demanda está ajustada a derecho.

Nuestra Jurisprudencia de Casación es escasa en esta materia; sin embargo en sentencia de 1º de febrero de 1955, establece que "la única prueba favorable que podrá hacer el reo confeso, deberá tender exclusivamente a destruir la presunción de voluntariedad de su insistencia al acto de la contestación, como el haber mediado fuerza mayor insuperable". Según esto la Casación Venezolana es partidaria de la teoría que ve en la incomparecencia, una presunción de admisión o confesión de los pedimentos de la demanda, por lo que, asienta que la prueba que puede promover la parte demandada, es la encaminada a destruir esa presunción. Así dice la sentencia: "la prueba de todo hecho nuevo, ya sea imperativo o modificativo del derecho accionado, debe serle, por tanto rechazada". La Corte se basa para asentar esa jurisprudencia en el hecho, a todas luces evidente, de que si el demandado pudiera hacer prueba dirigida a esos extremos, estaría en mejor situación que, si no hubiera sido contumaz, porque si aun habiendo sido contradicha la demanda en términos generales, dice la Corte no le es permitido probar otros hechos que no tiendan directamente a desvirtuar los que han sido alegados por el actor como fundamentales de su acción, con mucha mayor razón ha de prohibírsele esa prueba "a quien por remiso, negligente o contumaz, desacata aquel llamado". A pesar de que para la Casación no puede ser mejor la situación del contumaz que la del compareciente, asienta también que el confeso puede bien hacer "la contraprueba de los hechos expresamente alegados por el actor en su libelo como constitutivo de la acción". Es tanto más inexplicable esta conclusión, cuanto que establece asimismo, que si se le permitiera al

contumaz la prueba de hechos nuevos, se colocaría en situación privilegiada y "*se haría nugatoria la presunción de convenimiento con que el legislador sanciona su también presunta rebeldía*". Sin pensar, tal vez, que con la contraprueba igualmente se hace nugatoria esa presunción. Con esta jurisprudencia, nuestra Casación rechazó la opinión de Feo, que es partidario de que el demandado contumaz, tenga el derecho absoluto de defensa, y acogió la de Borjas, quien piensa que el demandado confeso, tiene un derecho reducido o limitado de defensa, pues, no puede oponer las defensas o excepciones que solo deben serlo en el acto de la contestación, pero si le está consagrado el derecho de comprobar aquellos hechos que solo constituyan la contraprueba de los alegados por el actor, la comprobación de que son contrarios a la verdad.

Tanto Sanojo como Feo, Reyes y Borjas, se contradicen a ellos mismos cuando establecen que el demandado declarado contumaz puede hacer la contraprueba de los hechos alegados por el actor. Porque todos están contestes en que la incomparecencia equivale a una presunción *juris* de confesión de los hechos; luego, mientras esa presunción no sea destruída, el reo nada puede probar, puesto que equivaldría a confesar voluntariamente los hechos, de acuerdo con la presunción, y al mismo tiempo no haberlos confesado. Las cosas no pueden ser y no ser a la vez, por lo que, en tanto en cuanto exista la presunción, los hechos alegados por el actor son ciertos según las actas del proceso y así debe apreciarlos el sentenciador.

Esa cita que trae Borjas del artículo del Código de 1904, es la mejor prueba de lo dicho en su contra; Ese Código en el artículo 286 establece que al demandado contumaz, "*se le tendrá por confeso en cuanto no sea contrario a derecho la petición del demandante, si en el término probatorio no prueba que la inasistencia fue ocasionada por caso fortuito o de fuerza mayor, o que no ha existido nunca la obligación, cuyo cumplimiento se le demanda*". Lo subrayado fue suprimido por el Código vigente y se reemplazó por la frase: "*si en el término probatorio nada probare que le favorezca*". Cree Borjas que el cambio se debe a ser arbitrario y antijurídico la disposición, porque solo permitía al demandado la prueba de no haber existido nunca la obligación reclamada y la de ser obra de fuerza mayor o caso fortuito su falta de comparecencia. Pero, pensamos que la razón fue otra: permitirle al reo la prueba de la destrucción de la confesión ficta; con la demostración de algo favorable o capaz de destruir la presunción existente, para que así, el demandado quedara después en libertad de probar todo lo que le fuera posible legalmente, de haber comparecido y contradicho los hechos base de la demanda. Porque no

se compagina bien que mediando una confesión ficta; por incomparecencia y sin destruir esta confesión, se pueda probar que no ha existido nunca lo que se ha supuesto confesado afirmativamente. Eso si sería arbitrario y antijurídico.

Angel Francisco Brice

Caracas, 1961.

B I B L I O G R A F I A

- Sanojo, Feo, Borjas, Reyes.
Hugo Alsina.— Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial.— Tomo III.
Francisco Canelutti.— Sistema.— Tomo IV.
Luis Mattiolo.— Tratado de Derecho Judicial.— Tomo III, traducción.
Ovejero.— Primera edición.
Gigesto Italiano-Contumacia Civile.— Tomo VIII. Parte tercera-Tomazo Bruno.
Nuevo Digesto Italiano, tomo IV.— Contumacia Civile por Sergio Costa.
Giuseppe Chiovenda, Instituciones, Vol. 3º. Traducción Orbanaja, primera edición.
Chiovenda: Principios. Tomo II.— Traducción Casais y Santalá.
Adolfo Wach.— Conferencias sobre Ordenanza Procesal Civil Alemana.
J. Goldschmidt.— Derecho Procesal Civil.
Leo Rosenberg.— Tratado de Derecho Procesal, tomo II.
Los Códigos Españoles Concordados y anotados, segunda edición 1873, tomo III, Código de las Siete Partidas.
Manuel de la Plaza.— Derecho Procesal Español, tomo I, Jaime Guasp.
Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tomo I.
René Japiot.— Traite Elementaire de Prodecure Civile.
Vittorio Scialoja.— El Procedimiento Civil Romano.
V. Araujo Ruiz.— Las acciones en Derecho Privado Romano.
Demetrio Sodi.— La Nueva Ley Procesal, tomo I y II.
José Castillos Larrazaga y Rafael de Piña.— Institución de Derecho Procesal Civil.
Caravantes.— Ley de Enjuiciamiento Civil, tomo IV.
José María Manresa y Navarro.— Comentarios, tomo III.