

# REAFIRMACIÓN DE LA *LITIS CONTESTATIO* DESDE UNA PERSPECTIVA ACTUALIZADA (EN RECUERDO DEL PROFESOR GÓMEZ ORBANEJA)

Manuel Morón Palomino\*  
Universidad de La Laguna

## RESUMEN

Análisis de la institución romana de la *litis contestatio* desde una perspectiva actualizada, a partir de la cual se emprende el estudio del derecho litigioso como punto de referencia de la conexión entre derecho y proceso, cuestión muchas veces propuesta por la doctrina pero no siempre desarrollada científicamente.

PALABRAS CLAVE: *Litis contestatio*, litispendencia, *fumus boni iuris*, relación entre proceso y derecho, excepción procesal de derecho material.

## ABSTRACT

«Reaffirmation of The *Litis Contestatio* From A Current Perspective (In memory of Professor Gómez Orbaneja)». Analysis of the Roman institution of the *litis contestatio* from an updated perspective, from which there is tackled the study of the litigious right as point of reference of the connection between law and process, question often proposed by the doctrine but not always scientific developed.

KEY WORDS: *Litis contestatio*, litispendencia, *fumus boni iuris*, relation between process and law, procedural exception of substantive law.

## INTRODUCCIÓN

«La confrontación derecho y proceso es la que mejor permite ahondar en los principios del proceso».

«Derecho y proceso son como dos espejos enfrentados donde se refleja una misma realidad en ambos lados, de dos maneras distintas, de modo que no se puede entender lo que es el derecho sin el proceso ni lo que es el proceso sin el derecho».

«Sin proceso no hay derecho y sin derecho no hay proceso. Y esto no es sólo una necesidad empírica sino algo mucho más profundo».

«Como ya sostenía Max Weber, el gran sociólogo alemán y jurista, lo que caracteriza a una regulación jurídica, o que hace que la relación sea jurídica en el contexto social, es poder ser exigida su aplicación ante un cuerpo de jueces, de acuerdo con un procedimiento previamente regulado».



«La relación entre el derecho privado y el proceso no ha sido concebida siempre del mismo modo. El hallazgo del alcance dogmático que podía tener separarlos en campos independientes no se ha visto hasta muy recientemente».

Son palabras de don Emilio Gómez Orbaneja<sup>1</sup>, catedrático de Derecho Procesal, nacido el 16 de julio de 1904, fallecido el 11 de agosto de 1996, y fundador, en unión de los profesores Prieto-Castro, Alcalá-Zamora y Guasp Delgado, del derecho procesal científico en nuestro país.

## DESARROLLO

A) Como es sabido, la *litis contestatio*, institución básica del *ordo iudiciorum privatorum*, aparece en las fuentes de la *extraordinaria cognitio*, no con el significado anterior de contrato arbitral, esto es lógico dado el cambio radical que supuso el tránsito de uno a otro sistema de enjuiciar, pero sí referida al objeto litigioso, que se entendía fijado *post narrationem propositam et contradictionem obviecta* (*Codex*, 3.1.14). La institución, con el carácter de mito según la eufemística y repetida apreciación del profesor Fairén Guillén<sup>2</sup>, pasa al proceso romano-canónico y alcanza al siglo XIX y primeros años del XX fundamentada en la idea contractual del proceso<sup>3</sup>, formulación que hace suya el Tribunal Supremo en sentencias de 1 de junio de 1933, 20 de marzo de 1934, 5 de diciembre de 1945 y otras. Todavía en 1975, cuando hacía más de un siglo que las teorías privatísticas habían sido desplazadas por las de la relación y situación procesales, la formulación tradicional reaparece en sentencia de 10 de diciembre del indicado año al declarar, con manifiesto error, que el contrato de *litis contestatio*, base del proceso, se perfecciona por la contestación a la demanda. Pues bien, dada esta pertinaz resistencia a su desaparición, ¿cabe afirmar que la *litis contestatio* mantiene relevancia procesal en la actualidad?

---

\* Catedrático de Derecho Procesal.

<sup>1</sup> Recogidas en un reciente volumen de estudios compilados y cuidadosamente revisados por su hija doña María Gómez Mendoza: *Derecho y Proceso*. Cívitas, 2009. Con la devoción del discípulo y en recuerdo del maestro, me sirvo de las ideas que reflejan las frases entrecomilladas para desarrollar, por ahora en pocas líneas, tal vez más adelante con la normal extensión de una monografía de corte clásico, la reafirmación de una institución jurídica tan famosa como fue, y pretendo que lo siga siendo, la recogida en el epígrafe. La *litis contestatio* romana debidamente actualizada facilita el debido enfoque y comprensión de no pocas cuestiones jurídicas controvertidas, entre ellas la referida a la conexión entre derecho y proceso. Materia cuestionable cuando se trata —lo intentamos en el presente ensayo— de proyectar las aseveraciones iniciales con determinadas instituciones de la disciplina procesal, sin cuyo entronque con normas y criterios de derecho privado no es fácil, resulta problemático por tanto, acertar en su comprensión y organizar satisfactoriamente su tratamiento sistemático y exposición.

<sup>2</sup> *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Bosch, Barcelona, 1953, y «La *Litis contestatio* y sus consecuencias», *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, pp. 14 a 55.

<sup>3</sup> Cfr. Domínguez y De Pina, *Procedimientos judiciales*, Madrid, 1931, p. 241.



El caso es que el magistrado español Santiago Sentís Melendo, desde el exilio bonaerense al que le condujo su condición de vencido en la guerra civil española de 1936 a 1939 y a propósito de una penetrante recensión al primer tomo del «Tratado» del profesor argentino Hugo Alsina<sup>4</sup>, escribe lo siguiente: «*la litis contestatio*, contractual o cuasi contractual, no se puede resucitar, porque el juicio al que servía de explicación ha dejado de ser objeto del derecho procesal, y porque a éste no aprovechan las figuras del derecho civil puro, por haber pasado ya los tiempos en que se caminaba con la ayuda que a éste le prestaba; pero forzoso es reconocer que el juicio y el contrato o el cuasi contrato de *litis contestatio* ofrecían una armonía que difícilmente se encuentra entre el proceso y la relación o situación jurídicas»<sup>5</sup>.

El comentario, que apunta a la recuperación del instituto romano, permitirá afirmar años más tarde al profesor Alcalá Zamora y Castillo, otro ilustre exiliado de la guerra civil, que «Sentís pese a los años transcurridos —Alcalá Zamora escribe en 1974 y el libro de Alsina y por tanto la recensión aludida son de 1941— no ha desenvuelto las ideas afloradas en las líneas precedentes»<sup>6</sup>. Lo cual era cierto. Como también lo es que un parecer más resuelto en la misma dirección había sido anticipado por el profesor Leonardo Prieto-Castro, el cual, en su manual de 1972, pone de relieve que «si quisiéramos trazar los perfiles de cada una de las teorías diríamos que las del contrato y cuasi contrato están pensadas para un tiempo en el que el proceso sólo se veía en su aspecto externo o procedimental, y responden a una preocupación de hallar un principio de aglutinación de los derechos y deberes, orientados al logro de un resultado unitario: la decisión final por sentencia y pronunciamiento del derecho con efecto de cosa juzgada»<sup>7</sup>. El mismo profesor, en la segunda edición de su «Tratado», no tiene inconveniente en reiterar que «se trata de la supervivencia de una institución, si se quiere de un nombre, para designar nuevas ideas y un nuevo contenido»; agregando que «*la litis contestatio* viene a recoger el punto central del proceso, proporcionando un aglutinante positivo-dogmático a éste, como más adelante se intenta de modo acentuadamente jurídico con el moderno concepto de relación procesal, de Bülow y Kohler». Finaliza así: «de ella (de la *litis contestatio*) se deriva el comienzo de la relación jurídica litigiosa; de ella parten las cargas y derechos para los litigantes y nacen los derechos y facultades para el juzgador»<sup>8</sup>.

Por mi parte, en 2006, en una solemnidad académica organizada y celebrada en Barcelona bajo los auspicios del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Ilustre Colegio de Abogados de la misma Ciudad, tuve ocasión de disertar sobre varios extremos suscitados por el tema: vocación de permanencia —signo inequívoco de cualquier realidad institucional— de la *litis contestatio*; efecto que

<sup>4</sup> *Tratado Teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, I, Buenos Aires, 1941.

<sup>5</sup> Tomo el pasaje de Alcalá-Zamora, «Algunas concepciones menores acerca del proceso», *Estudios de Teoría General e Historia del proceso*, Universidad Autónoma de México, 1974, p. 415.

<sup>6</sup> «Algunas concepciones menores», cit., p. 216.

<sup>7</sup> *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, 1972, p. 226.

<sup>8</sup> *Tratado de Derecho Procesal Civil*, segunda edición, I, Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 57.

bien podemos llamar novatorio en cuya virtud el derecho afirmado en la demanda y objetado en la contestación se convierte en derecho litigioso; acerca también de la trascendencia de éste en el ámbito de la tutela cautelar, así como en torno a la sentencia, al fin y al cabo norma jurídica individualizada, escalón intermedio entre la norma de carácter general (ley, costumbre) y la realización ejecutiva de la sanción<sup>9</sup>. En este último punto debo reconocer mi discrepancia con Gómez Orbaneja. Sostenía éste, siguiendo a Chiovenda y de acuerdo con el conocido postulado del jurista italiano acerca de la actuación de la voluntad concreta de la ley como objetivo básico del proceso, que la sentencia no es ley sino aplicación de la ley; pero aplicación de la ley —cabe precisar— que crea derecho, *facit ius*, según las modernas corrientes de pensamiento que defienden desde muy diversos puntos de vista la creación judicial del derecho<sup>10</sup>.

B) Las anteriores consideraciones permiten situar a la *litis contestatio*, como propugnaba Prieto-Castro, en el punto central del proceso al tiempo que determinante del nacimiento de la relación procesal, y a la autonomía de la voluntad de las partes, en la función delimitadora del objeto procesal, sobre el que deberá recaer, con los límites que le impone el deber de congruencia (artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el pronunciamiento judicial. La aseveración ha de ser obviamente referida al proceso civil dispositivo, no al penal, informado por el principio de oficialidad que excluye la contestación de la litis y consiguientemente rechaza, el tratamiento doctrinal y legislativo unitario, por mucho que se pretenda ejemplarizar con el modelo sueco propuesto por Fairén Guillén<sup>11</sup>. Dicho lo cual y retomando el argumento debo añadir que la cuestión fue analizada con detenimiento en un trabajo que publiqué en homenaje al profesor Giménez Fernández con motivo de su jubilación<sup>12</sup>.

Se iniciaba entonces el movimiento de reforma de nuestras leyes orgánicas y procesales y de ahí el título de mi aportación. Con todo, el recuerdo de una investigación jurídica tan pretérita pienso que incluso hoy puede ser útil, porque trae al presente, no sólo un enfoque sistematizado del problema de la relación entre derecho y proceso, sino una perspectiva generalizada de la tensión entre valores, que en servicio del Estado de Derecho y del debido proceso se precisa armonizar: me refiero a los valores de libertad y autoridad en el proceso civil, respectivamente asociados a las actividades de partes y órgano jurisdiccional.

<sup>9</sup> Sobre la construcción escalonada del ordenamiento jurídico es fundamental Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, traducción de Vernengo, México, 1993, pp. 232 a 254.

<sup>10</sup> Cfr. Francisco de Paula Blasco Gascó, *La norma jurisprudencial (nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

<sup>11</sup> *Doctrina General del Derecho procesal, Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Bosch, Barcelona, 1990.

<sup>12</sup> (12) «Libertad y autoridad en el Anteproyecto de Bases para un código procesal civil», *Libro Homenaje al profesor Giménez Fernández*, II, Sevilla, 1964, pp. 325 a 342.

C) Posiblemente sea la excepción en sentido propio o estricto, oponible con el carácter de medio autónomo de defensa (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1949), la figura que ofrezca uno de los puntos de convergencia más relevantes entre lo procesal y el complemento normativo del derecho privado. Dada su necesaria invocación en la contestación de la litis por parte del demandado para que el juzgador pueda considerarla —en la contestación a la demanda expondrá el demandado las excepciones materiales, dice el artículo 401.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, la excepción que nos ocupa se distingue técnicamente de aquellas otras modalidades defensivas que el demandado puede oponer a lo largo del proceso y que, incluso, cabe su estimación de oficio por el juzgador. La doctrina dominante —también el profesor Gómez Orbaneja— la concibe como hecho cuya alegación constituye un derecho potestativo de la parte demandada, la cual, sin impugnar la relación jurídica invocada en la demanda, y aun aceptando su validez, impugna la consecuencia interesada en su contra que de dicha relación se deriva<sup>13</sup>. La prescripción extintiva y la compensación del crédito constituyen ejemplos paradigmáticos.

La dificultad aparece si los términos de la contestación de la litis ponen en cuestión la validez de la relación jurídica material que el actor invoca en apoyo de su pretensión, eventualidad que desborda el ámbito estrictamente defensivo que al demandado concierne en cuanto tal. ¿Bastará este posicionamiento? ¿Será precisa la reconvencción? Bajo el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior, algún sector doctrinal consideró la posibilidad de una «excepción reconvenccional», contrasentido terminológico dada su manifiesta incompatibilidad conceptual; contrasentido que sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en lugar de rechazar —lo rechazó el artículo 45 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 relativo al llamado «proceso de cognición»—, asumió bajo la débil cobertura formal de la «reconvencción implícita», predicable de cualquier solicitud del demandado que sobrepasara la desestimación de la demanda y consiguiente absolución respecto de la misma (sentencias de 6 de febrero de 1936 y 11 de julio de 1983 entre otras). La nueva Ley procesal no recoge tan anómala figura. Con todo, su influjo se deja sentir en el artículo 408, sobre tratamiento procesal de la alegación de compensación del crédito y de nulidad del negocio. El precepto, en efecto, permite al demandado en ambos casos hacer uso de dichos argumentos defensivos al tiempo de contestar y sin reconvenir; si bien, se concede al demandante la oportunidad de contradecir —una especie de «réplica»— en los términos prevenidos para la contestación a la reconvencción; agregando el precepto que los pronunciamientos que recaigan tendrán fuerza de cosa juzgada. Cuestión ésta ciertamente difícil dada la imprecisión de la línea divisoria entre excepción y reconvencción —lo ha razonado con rigor el profe-

---

<sup>13</sup> Cfr. Gómez Orbaneja, *Derecho Procesal Civil*, volumen primero, Madrid, 1975, p. 272, y José Garberí Llobregat, *Los procesos civiles* (con Torres Fernández de Sevilla, Duro Ventura y Casero Linares, 1, Bosch, 2001, p. 48).

sor Cortés Domínguez<sup>14</sup>—, que queda abierta a un futuro desarrollo doctrinal proporcionado a la importancia que el tema merece, que no es poca.

D) Conviene detenerse en el derecho litigioso a partir del artículo 1.535, párrafo segundo, del Código Civil, conforme al cual se tendrá por litigioso un crédito desde que se contesta la demanda relativa al mismo. Me ocupé del problema en un trabajo juvenil<sup>15</sup> y ahora retorno a él para reflexionar brevemente sobre la litigiosidad referida al bien discutido, no identificable necesariamente con el objeto del proceso, pero en todo caso próximo a éste<sup>16</sup> y desde luego nuevo punto de convergencia y por tanto de investigación entre el proceso y el derecho material.

El derecho litigioso es un derecho en situación de interinidad que deriva de la contestación de la litis, subsiste durante la sustanciación del proceso (es en rigor *litis pendencia* si bien ésta se retrotrae a la interposición de la demanda, si después es admitida: artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y finaliza con el pronunciamiento jurisdiccional decisorio una vez que éste adquiera firmeza y genera el efecto de cosa juzgada.

Pero la interinidad constituye circunstancia que recae o se proyecta sobre el derecho en el litigio; es externa respecto del mismo; lo condiciona pero no lo define como controvertido. ¿Cuál es entonces la nota definitoria? Sin duda, la incertidumbre. El derecho en litigio es derecho interino y, precisamente por serlo, es también incierto en el sentido de presentar la posibilidad de la tutela judicial pero también de recibir el rechazo; es derecho que se instala en el amplio capítulo de las situaciones jurídicas carentes de firmeza, de las que se ha ocupado la doctrina del Derecho Civil, muy singularmente De Castro y Bravo<sup>17</sup>, y cuyo ejemplo más saliente en el ámbito procesal viene ofrecido por la apariencia de buen derecho, el famoso *fumus boni iuris* justificante, junto al *periculum in mora*, de las medidas cautelares, o del proceso cautelar entendido como proceso autónomo y diferenciado tanto del de conocimiento como del ejecutivo, según la brillante orientación del profesor Vázquez Sotelo<sup>18</sup>, no acogida en la sistemática de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,

<sup>14</sup> *Derecho Procesal 1*, volumen 1, 5ª edición, Tirant lo Blanch, p. 398.

<sup>15</sup> «La transmisión a título singular del derecho controvertido», *Anales de la Universidad Hispalense*, 1960, pp. 1 a 24.

<sup>16</sup> Se impone indagar sobre la distinción entre derecho litigioso y bien litigioso. Guasp apunta al problema afirmando que el bien litigioso es un bien de la vida apto por su naturaleza para satisfacer determinadas necesidades o conveniencias de las personas y diferenciable de la pretensión como objeto del proceso. El Código Civil, al referirse a la *transmisión de créditos y demás derechos incorporales* (capítulo VII del título IV del Libro Cuarto), y en orientación perfectamente diferenciada respecto de las cosas, los bienes y derechos corporales o materiales en general, respalda jurídicamente la sugerencia. Cf. Guasp, *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid, 1985, p. 71.

<sup>17</sup> *Derecho Civil de España*, Parte General, tomo primero, Valladolid, 1942, pp. 522 a 528.

<sup>18</sup> Cfr. José Luis Vázquez Sotelo, «La construcción del proceso cautelar en el derecho procesal civil español», *Justicia* 90, 1990, número IV.

aunque sí, en alguna medida, en el tratamiento que recibe la materia en el título VI del Libro III de la Ley.

Y para finalizar: es patente el servicio que a la sistematización unitaria de la tutela cautelar puede prestar el análisis del derecho litigioso como situación interina e incierta. De nuevo aparece la tensión entre justicia y seguridad. De la justicia, desde el prisma constitucional que requiere su efectividad (artículo 24.1 de la Constitución). De la seguridad, que en principio no parece fácil coordinar con la incertidumbre del derecho al que ha de enfrentarse el juzgador. En definitiva, una cuestión delicada que se incorpora a la problemática general de la relación entre derecho y proceso.

