

APÉNDICE AL § 41

Derecho español.

Antes de exponer la doctrina referente a la *demanda* propiamente dicha, conviene recordar que, conforme a nuestra ley de Enjuiciamiento civil (arts. 497 y sigs.), todo juicio podrá prepararse:

1.º Pidiendo declaración jurada el que pretenda demandar, a aquel contra quien se propone dirigir la demanda, acerca de algún hecho relativo a la personalidad de éste, y sin cuyo conocimiento no pueda entrarse en el juicio.

2.º Pidiendo la exhibición de la cosa mueble que, en su caso, haya de ser objeto de la acción real o mixta que trate de entablar contra el que tenga la cosa en su poder.

3.º Pidiendo el que se crea heredero, coheredero o legatario, la exhibición del testamento, codicilo o memoria testamentaria del causante de la herencia o legado.

4.º Pidiendo el comprador al vendedor o el vendedor al comprador, en el caso de evicción, la exhibición de títulos u otros documentos que se refieran a la cosa vendida.

5.º Pidiendo un socio o comunero la presentación de los documentos y cuentas de la Sociedad o comunidad al consocio o condueño que los tenga en su poder, en los casos en que proceda con arreglo a derecho.

El Juez accederá en cualquiera de estos casos a la pretensión, si estimare justa la causa en que se funde. No estando comprendida en ellos, la rechazará de oficio.

La providencia denegando la pretensión será apelable en ambos efectos.

En el caso 1.º de los citados, se procederá en la forma prevenida para la confesión en juicio, hasta obtener, en su caso, la declaración de confeso.

En el caso 2.º, si, exhibida la cosa mueble, el actor manifestare ser la misma que se propone demandar, se reseñará en los autos por diligencia del actuario, y se dejará en poder del exhibente, previniéndole que la conserve en el mismo estado hasta la resolución del pleito.

Tambien podrá decretarse, a instancia del actor, el depósito de dicha cosa mueble, si concurrieren los requisitos exigidos por el art. 1.400 de la procesal civil, para que pueda decretarse el embargo preventivo. Este depósito será de cuenta y riesgo del que lo pidiere, y de derecho quedará sin efecto, con indemnización de perjuicios, si aquél no entablare su demanda dentro de los treinta días siguientes.

Quedará igualmente sin efecto la prevención ordenada en el párrafo primero de este artículo, si no se interpusiere la demanda dentro de dicho término.

En el caso 3.º, no estará obligado a la exhibición del documento el que designe, en el acto de ser requerido, el protocolo o archivo donde se halle el original.

El que se niegue, sin justa causa, a la exhibición de que tratan los casos 2.º, 3.º, 4.º y 5.º, será responsable de los daños y perjuicios que se originen al actor, el cual podrá reclamarlos juntamente con la demanda principal.

Si el requerido se opusiere a la exhibición; se sustanciará y decidirá su oposición por los trámites establecidos para los incidentes.

Fuera de los casos expresados, no podrá el que pretenda, demandar, pedir posiciones, informaciones de testigos ni ninguna otra diligencia de prueba, salvo cuando, por edad avanzada de algún testigo, peligro inminente de su vida, proximidad de una ausencia a punto con el cual sean difíciles o tardías las comunicaciones, u otro motivo poderoso, pueda exponerse el actor a perder su derecho por falta de justificación, en cuyo caso podrá pedir, y el Juez decretará, que sea examinado el testigo o testigos que estén en las circunstancias referidas.

Estas diligencias se unirán a los actos, luego que se presente la demanda.

La demanda puede ser verbal o escrita. Como ejemplo de la primera clase, puede citarse la que se produce en acto conciliatorio (art. 471, L. E. C.), en juicio verbal (art. 730), etc., etc. Escrita es en la mayoría de los casos.

No contienen nuestras leyes procesales una norma general que regule la forma y contenido de la demanda, debiendo acomodarse en cada caso a las especiales para cada juicio. No obstante, por su carácter-tipo, debe tenerse en cuenta el precepto del artículo 524, referente al juicio ordinario de menor cuantía. Dice así: El juicio ordinario principiará por demanda, en la cual, expuestos sucintamente y numerados los hechos y los fundamentos de derecho, se fijará con claridad y precisión lo que se pida, y la persona contra quien se proponga la demanda.

También se expresará la clase de acción que se ejercite, cuando por ella haya de determinarse la competencia (1).

Aparte estos requisitos de la demanda, otros accidentales han de tenerse en cuenta, como la firma de letrado, el papel sellado, acompañamiento de cédula personal, recibos de contribución, etcétera, etc., y, sobre todo, no ha de perderse de vista lo ordenado en el art. 503 de la ley de Enj. civ., que dispone que a toda demanda o contestación deberá acompañarse necesariamente: 1.º El poder que acredite la personalidad del procurador, siempre que éste intervenga. 2.º El documento o documentos que acrediten el carácter con que el litigante se presente en juicio, en el caso de tener representación legal de alguna persona o Corporación, o cuando el derecho que reclame provenga de habersele otro transmitido por herencia o por cualquiera otro título. 3.º La certificación del acto de conciliación, o de haberse intentado sin efecto, en los casos en que es requisito indispensable para entrar en el juicio.

También deberá acompañarse a toda demanda o contestación el documento o documentos en que la parte interesada funde su derecho.

Si no lo tuviere a su disposición, designará el archivo o lugar en que se encuentren los originales.

Después de la demanda y de la contestación, no se admitirán

(1) V. el art. 533, relativo a excepciones dilatorias, en su lugar referido.

al actor ni al demandado, respectivamente, otros documentos que los que se hallen en alguno de los casos siguientes: 1.º Ser de fecha posterior a dichos escritos. 2.º Los anteriores respecto de los cuales jure la parte que los presente no haber tenido antes conocimiento de su existencia. 3.º Los que no haya sido posible adquirir con anterioridad por causas que no sean imputables a la parte interesada, siempre que se haya hecho oportunamente la designación expresada en el párrafo segundo del art. 504 de la ley de Enj. civ.; pero no se admitirá documento alguno después de la citación para sentencia, sin perjuicio de la facultad que la ley concede a los Jueces y Tribunales para mejor proveer.

* * *

La Jurisprudencia ha determinado el carácter de la demanda declarando que ninguna demanda puede ser repelida de plano cuando la ley no lo ordene expresamente. (Entre otras, sents. 26 Abril 1882, 3 Marzo 1903 y 23 Abril 1904.)

Finalmente, el art. 548 autoriza para que en los escritos de réplica y dúplica, tanto el actor como el demandado, puedan modificar o adicionar los puntos y hechos que hayan consignado en la demanda y contestación.

También podrán ampliar, adicionar o modificar las pretensiones y excepciones que hayan formulado en la demanda y contestación, pero sin que puedan alterar las que sean objeto principal del pleito.

* * *

Por lo que respecta a las citaciones y notificaciones, han de tenerse en cuenta (para no dividir la materia) las disposiciones de la Sección tercera, título VI, del libro I de la ley de Enj. civ., que lleva por rótulo:

DE LAS NOTIFICACIONES, CITACIONES, EMPLAZAMIENTOS
Y REQUERIMIENTOS

Todas las providencias, autos y sentencias se notificarán en el mismo día de su fecha o publicación, y no siendo posible, en el siguiente, a todos los que sean parte en el juicio.

También se notificarán, cuando así se mande, a las personas a quienes se refieran o puedan parar perjuicios.

Si por la mucha extensión de una sentencia no fuera posible sacar copias para notificarla en el plazo antes expresado, se podrá dilatar su notificación por el tiempo indispensable, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco días.

Las notificaciones se practicarán por el secretario u oficial autorizado para ello, leyendo íntegramente la providencia a la persona a quien se hagan, y dándole en el acto copia literal de ella, firmada por el actuario, aunque no la pida, expresando el negocio a que se refiera.

De lo uno y de lo otro deberá hacerse expresión en la diligencia.

Las notificaciones se firmarán por el actuario y por la persona a quien se hicieren.

Si ésta no supiere o no pudiere firmar, lo hará a su ruego un testigo.

Si no quisiere firmar o presentar testigo que lo haga por ella en su caso, firmarán dos testigos requeridos al efecto por el actuario.

Estos testigos no podrán negarse a serlo, bajo la multa de 5 a 25 pesetas (art. 263).

Se harán las notificaciones en la Secretaría o en el local que en cada Tribunal estuviere destinado a este fin, si allí comparecieran los interesados.

No compareciendo oportunamente, se harán en el domicilio de la persona que deba ser notificada, a cuyo fin lo designará en el primer escrito que presente.

Cuando los procuradores no comparezcan oportunamente en la Secretaría o local destinado al efecto, se les hará también la notificación en su domicilio; pero en este caso será de su cuenta personal el aumento de gastos que ocasione la diligencia, sin que puedan cargarlos a sus poderdantes.

Cuando sea conocido el domicilio del que deba ser notificado, si a la primera diligencia en busca no fuere hallado en su habitación, cualquiera que sea la causa y el tiempo de la ausencia, se le hará la notificación por cédula, en el mismo acto y sin necesidad de mandato judicial.

La cédula para las notificaciones contendrá:

1.º La expresión de la naturaleza y objeto del pleito o negocio, y los nombres y apellidos de los litigantes.

2.º Copia literal de la providencia o resolución que haya de notificarse.

3.º El nombre de la persona a quien deba hacerse la notificación, con indicación del motivo por el que se hace en esta forma.

4.º Expresión de la hora en que haya sido buscada y no hallada en su domicilio dicha persona, la fecha y la firma del actuario notificante,

Dicha cédula será entregada al pariente más cercano, familiar o criado mayor de catorce años, que se hallare en la habitación del que hubiere de ser notificado; y si no se encontrare a nadie en ella, al vecino más próximo que fuere habido.

Se acreditará en los autos la entrega por diligencia, en la que se hará constar el nombre, estado y ocupación de la persona que reciba la cédula, su relación con la que deba ser notificada y la obligación que aquélla tiene, y le hará saber el actuario, de entregar a ésta la cédula así que regrese a su domicilio, o de darle aviso si sabe su paradero, bajo la multa de 5 a 25 pesetas.

Dicha diligencia será firmada por el actuario y por la persona que reciba la cédula; y si ésta no supiere o no quisiere firmar, se hará lo que se previene en el art. 263 de la ley de Enj. civ., antes referido.

Cuando no conste el domicilio de la persona que deba ser notificada, o, por haber mudado de habitación, se ignore su paradero, se consignará por diligencia, y el Juez mandará que se haga la notificación, fijando la cédula en el sitio público de costumbre, e insertándola en el *Diario de Avisos*, donde lo hubiere, y si no, en el *Boletín Oficial* de la provincia.

También podrá acordar que se publique la cédula en la *Gaceta de Madrid*, cuando lo estime necesario.

Las disposiciones que preceden, relativas a las notificaciones, serán aplicables a las citaciones, emplazamientos y requerimientos, con las modificaciones siguientes:

Las citaciones y los emplazamientos de los que sean o deban ser parte en el juicio se harán por cédula, que será entregada al que deba ser citado, en lugar de la copia de la providencia, haciéndolo constar así en la diligencia.

La cédula de citación contendrá:

1.º El Juez o Tribunal que hubiese dictado la providencia, la fecha de ésta y el negocio en que haya recaído.

2.º El nombre y apellidos de la persona a quien se haga la citación.

3.º El objeto de la citación y la parte que la hubiese solicitado.

4.º El sitio, día y hora en que deba comparecer el citado.

5.º La prevención de que si no compareciere, le parará el perjuicio a que hubiere lugar en derecho, terminando con la fecha y la firma del actuario.

Cuando deba ser obligatoria la comparecencia, se le hará esta prevención; y si, por no haber comparecido, fuese necesario segunda citación, se le prevendrá en ella que si no comparece ni alega causa justa que se lo impida, será procesado por el delito de desobediencia grave a la Autoridad (art. 272).

La citación de los testigos y peritos y demás personas que no sean parte en el juicio, cuando deba practicarse de oficio, se hará por medio de un alguacil.

A este fin el actuario extenderá la cédula por duplicado, y el alguacil entregará un ejemplar al citado, el cual firmará su recibo en el otro ejemplar, que se unirá a los autos.

También podrán hacerse estas citaciones por medio de oficio, cuando el Juez así lo estime conveniente.

La cédula de emplazamiento contendrá los requisitos 1.º, 2.º, 3.º y 5.º del art. 272, antes referido, expresándose además en ella el término dentro del cual deba comparecer el emplazado, y el Juzgado o Tribunal ante quien haya de verificarlo.

Los requerimientos se harán notificando al requerido, en la forma prevenida, la providencia en que se mande, expresando el actuario en la diligencia haberle hecho el requerimiento en aquélla ordenado.

En las notificaciones, citaciones y emplazamientos no se admitirá ni consignará respuesta alguna del interesado, a no ser que se hubiera mandado en la providencia.

En los requerimientos se admitirá la respuesta que diere el requerido, consignándola sucintamente en la diligencia.

Cuando la citación o emplazamiento haya de hacerse por medio de exhorto o de carta-orden, se acompañará al despacho la cédula correspondiente.

Las cédulas para las notificaciones, citaciones y emplazamientos se extenderán en papel común.

Serán nulas las notificaciones, citaciones y emplazamientos que no se practicaren con arreglo a lo dispuesto en las disposiciones precedentes.

Sin embargo, cuando la persona notificada, citada o emplazada se hubiere dado por enterada en el juicio, surtirá desde entonces la diligencia todos sus efectos, como si se hubiese hecho con arreglo a las disposiciones de la Ley.

No por esto quedará relevado el actuario de la corrección disciplinaria establecida en la ley.

El auxiliar o subalterno que incurriere en morosidad en el desempeño de las funciones que quedan expresadas o faltare a alguna de las formalidades establecidas, será corregido disciplinariamente por el Juez o Tribunal de quien dependa con una multa de 25 a 50 pesetas.

Será además responsable de cuantos perjuicios y gastos se hayan ocasionado por su culpa.

En toda clase de juicios e instancias, cuando sea declarado o se constituya en rebeldía un litigante, no compareciendo en el juicio después de citado en forma, no se volverá a practicar diligencia alguna en su busca.

Todas las providencias que de allí en adelante recaigan en el pleito, y cuantos emplazamientos y citaciones deban hacerseles, se notificarán y ejecutarán en los estrados del Juzgado o Tribunal, salvo los casos en que otra cosa se prevenga.

Estas notificaciones, citaciones y emplazamientos se verificarán leyendo las providencias que deban notificarse, o en que se haya mandado hacer la citación, en la audiencia pública del Juez o Tribunal que las hubiere dictado, y a presencia de dos testigos, los cuales firmarán la diligencia que, para hacerlo constar, se extenderá en los autos, autorizada por el actuario.

Los autos y sentencias que se notifiquen en estrados y las cédulas de las citaciones y emplazamientos que se hagan en los mismos se publicarán además por edictos, que deberán fijarse en la puerta del local donde celebren sus audiencias los Jueces o Tribunales, acreditándolo también por diligencia.

La parte dispositiva de las sentencias definitivas se insertará además en los periódicos oficiales, en los casos y en la forma que determina la Ley. En este caso se unirá a los autos un ejemplar del periódico en que se haya hecho la publicación.

§ 41 bis

Defectos en la constitución de la relación procesal y su importancia (nulidad y anulabilidad de la relación procesal) (1).

I. *Carácter de la nulidad de la relación procesal.*—Hasta aquí hemos visto como para la regular constitución de una relación procesal, exige el derecho:

a) La existencia de determinadas condiciones (presupuestos procesales).

b) La existencia de un acto constitutivo válido (demanda judicial).

La falta de un supuesto, un defecto en el acto constitutivo producen un defecto en la constitución de la relación procesal; y según que este defecto sea tal que el juez deba manifestarlo de oficio o que solamente la parte pueda hacerlo valer, puede hablarse también en la esfera del proceso de *nulidad* y de *anulabilidad* (2).

Pero no debe creerse por esto que la institución de la nulidad y de la anulabilidad tengan lugar en el proceso del mismo modo que en el derecho sustancial. El proceso presenta también en este

(1) KOHLER, *Civilprozessrecht*, § 71; HELLWIG, II, § 68; *System*, § 174; SCHMIDT, 2.^a ed., §§ 105, 106 y 107; SKEDL, *Nichtigkeitsbeschwerde*, 1886; WACH, *Urteilsnichtigkeit*, en la *Rivista renana*, III, (1911), pág. 380; CALDA, *Le nullità della sentenza civile*, en el *Archivio giuridico*, 1908; LESSONA, *Nullità e inesistenza di sentenza*, en el *Foro ital.*, 1911, (y acerca de esto MENDELSON-BARTHOLDY, en la *Riv. renana*, III, (1911), página 371).

(2) Lo mismo que en el derecho civil, en el procesal la terminología de nuestras leyes es muy incierta. La *nulidad*, comprende tanto la nulidad propia y verdadera como la anulabilidad; la ley distingue sólo entre *nulidades* que pueden o no pronunciarse de oficio, art. 56. En cuanto a las condiciones no exigidas bajo pena de nulidad, su falta no tiene influencia en la relación procesal (§ 43).

punto algunas particularidades notables que se derivan siempre de la especial naturaleza de esta relación jurídica, que nace con la petición de una resolución autoritaria, y se desarrolla e inclina hacia esta resolución como a su fin; y en la cual campea y domina con su importancia cualquiera otra actividad, la actividad del órgano del Estado.

1.º En primer lugar conviene observar que el defecto jurídico que vicia una relación procesal de tal manera, que lo hace nulo o anulable, no impide la existencia *actual* de esta relación, siempre que se tenga un órgano jurisdiccional y una demanda dirigida a él aunque ésta sea nula. Este vicio puede ser subsanado y perfeccionarse la relación. Pero en todo caso el órgano jurisdiccional, si no tiene la obligación de proveer en el fondo porque la relación está viciada, tiene no obstante, la obligación de declarar que no puede proveer. Una resolución es, pues, siempre necesaria para que el órgano se vea libre de su obligación; y hasta este momento la relación existe (§ 3). De lo cual se deduce:

a) Que los efectos procesales de la demanda judicial (v. § siguiente), se producen también en el proceso nulo y duran hasta que la nulidad sea declarada *en el proceso mismo*. En particular, como hemos ya observado (§ 38), la excepción de litispendencia nace también con la constitución de una relación procesal nula; y sólo con la declaración de nulidad dada *por el mismo juez adido*, desaparece la litispendencia, porque antes de este momento existe la posibilidad de que él pronuncie en el fondo y esto basta para excluir provisionalmente cualquiera relación nueva sobre el mismo objeto.

b) Que hasta la sentencia con la cual el juez declara la nulidad de la relación procesal, existen *partes* litigantes y por esto puede haber condena en las costas, fundada sinó en el *vencimiento (soccumbenza)*, por lo menos en la *culpa* (1).

2.º En segundo lugar, debe notarse que la casi totalidad de los motivos de nulidad (y de anulabilidad) de una relación procesal desaparece al devenir definitivo el resultado de un proceso (sentencia). Así que la cosa juzgada equipara nulidad y anulabilidad en sanatoria general. Por tanto, cuando se habla de nulidad y anulabilidad de la relación procesal, se tiene en cuenta lo que el

(1) CHIOVENDA, *Condanna nelle spese*, núm. 278 y sigs.

juez puede o nó hacer *en el curso del proceso*, y si el juez de hecho omite manifestar las nulidades que debería pronunciar de oficio, estas nulidades se desvanecen ante una sentencia de fondo una vez devenida firme.

II. *Falta de presupuestos procesales y vicios de la demanda.* La nulidad o anulabilidad de una relación procesal puede derivarse tanto de la nulidad de la demanda como del defecto de un presupuesto.

La máxima nulidad de un proceso es la nulidad propia del acto constitutivo, esto es, de la demanda. Si a base de una demanda válida el juez tiene por lo menos la obligación de declararse competente o incompetente, etc., a base de la demanda nula el juez, no puede no ya entrar en el fondo, pero ni siquiera examinar si existen los presupuestos procesales, sino que deberá limitarse a declarar la nulidad. Por esto la cuestión sobre la nulidad de la demanda es preliminar de cualquiera otra.

Pero aparte de este orden natural, no existe una diferencia sustancial entre las nulidades de la relación procesal en cuanto se derivan de la demanda o de los presupuestos procesales; ambas causas tienen de común que de ellas deriva la nulidad (o anulabilidad) *de la relación procesal*. Ciertamente, los presupuestos procesales hállanse en cierto modo fuera de la demanda, en cuanto que ésta tiene su propia objetividad, sus propios requisitos que la hacen idónea para servir como demanda, y por consecuencia, puede tener sus defectos propios, pero así como la demanda es en potencia toda la relación procesal, y sólo tiene importancia como fuente de éste, al cual está ligada indisolublemente, así el defecto de los presupuestos alcanza también a la demanda, porque donde la relación procesal no puede constituirse por falta de una condición, la demanda no puede darle vida. La distinción puede tener importancia práctica sólo cuando claramente resulte de la ley que la demanda judicial produzca algunos efectos, incluso *independientemente de su idoneidad para constituir una relación procesal*.

Por otra parte, las nulidades concernientes a la demanda no son consideradas con más rigor que la falta de presupuestos procesales. El defecto máximo de una demanda es la falta de comunicación al demandado; una demanda no comunicada, más que nula es inexistente, en el sentido de que el demandado no es parte en

el pleito. Pero si, esto no obstante, se lleva el pleito a la audiencia y el juez omite manifestar que la demanda no ha sido comunicada al demandado y lo condena, éste deberá precaverse contra la sentencia que le fué *regularmente notificada* con la oposición en rebeldía o con otro medio de impugnación; de otro modo la sentencia pasará en calidad de cosa juzgada (1). Más aún; existe la posibilidad de una sentencia que pase como cosa juzgada, aunque la demanda no sólo no haya sido comunicada sino *no haya* sido propuesta (2).

III. *Inexistencia, nulidad, anulabilidad de la relación procesal.* De estos tres estados de la relación procesal se habla con referencia al momento en que el proceso *está todavía en tramitación* y no con referencia a la sentencia. Nulidades de la relación procesal que sobrevivan a la sentencia son hoy meramente excepcionales, (tal es la falta absoluta de jurisdicción, §§ 17 y 76) (3). Por otra parte, como hemos visto, la misma inexistencia de una relación procesal en cuanto a una parte, no puede impedir de modo absoluto la formación de una sentencia que afecte a esta parte.

A) *Inexistencia y nulidad.*—Si esta diferenciación es discutible en la esfera del derecho sustancial, resulta en cambio, necesaria teórica y prácticamente en el proceso.

Para la existencia de una relación procesal se exige una deman-

(1) No es fácil que un juicio sea tramitado contra un demandado no citado, sin que el juez lo ponga de manifiesto; pero es fácil que en un juicio en rebeldía se introduzca una demanda nueva y que el juez la acoja, no poniendo de manifiesto la novedad (Cód. proc. civ., art. 387); es fácil que en un juicio contra *varios* demandados uno no sea citado y el juez no lo descubra.

(2) No es fácil que el juez produzca arbitrariamente una sentencia sin demanda alguna; pero es fácil que *con ocasión* de una demanda provea también sobre cosa no demandada (Cód. proc. civ., art. 517, números 4 y 5).

(3) Ya hemos observado (§ 26), a propósito del notable libro de CALDA, que el hecho de que contra una sentencia se nieguen impugnaciones, no autoriza a admitir la supervivencia a la sentencia de otros efectos además de los que sobrevivirían si las impugnaciones fuesen admitidas.

da y un órgano jurisdiccional a quien sea dirigida. Si la demanda se dirige a un particular o a un órgano administrativo privado de toda jurisdicción o a un órgano jurisdiccional, pero sin poder de decisión (juez delegado, canciller, auditor judicial) (1), la relación no existe y no hay obligación alguna de proveer siquiera para declarar que no se puede proveer; por consiguiente, no se concebiría una querrela ni una acción por denegación de justicia, etc. Si la demanda se dirige a un órgano provisto de jurisdicción especial, pero en materia no atribuída a él por la ley, la relación procesal es nula por defecto de jurisdicción, pero existe actualmente porque el juez especial tiene, por lo menos, la obligación de declararse incompetente.

Si la demanda no existe, es claro que no existe relación procesal. Si existe pero no ha sido notificada al demandado, la relación procesal no existe respecto de éste, y sí sólo entre actor y juez, en cuanto que el juez tiene por lo menos la obligación de proveer declarando que no puede proveer.

Si la demanda se notificó por error a persona distinta de la indicada como demandada en la citación, la relación procesal no existe en cuanto a la persona indicada como demandada, pero no citada. En cuanto a la que fué efectivamente citada, podrá ésta pedir no ya la desestimación de la demanda, sino solamente que se declare que la demanda no le afecta (2). Si por el contrario ha sido llamada en el pleito la persona que se quiso citar, si bien, erróneamente indicada, la relación existe válidamente respecto de ella.

Si la demanda procede de una persona o se dirige a una persona en *calidad* de representante de un incapaz, de procurador de un capaz, de órgano de una persona jurídica, y cuando en realidad, tal condición no le corresponde (*falsus tutor, falsus procurator*), la relación procesal no existe *respecto del pretendido representado*, pero una relación procesal existe ciertamente; sólo es incierto si el sujeto de ella es el supuesto representado o el supuesto representante; hasta que el juez declare si existe o no la pretendida cualidad, el caso debe considerarse como un caso de nulidad.

(1) A este último se refiere el caso decidido por la Cas. Roma, 8 Octubre 1910, (en la *Legge*, 1910, pág. 2.185).

(2) HELLWIG, II, pág. 26; *System*, § 67.

Prácticamente entre la inexistencia y la nulidad de una relación procesal median las diferencias siguientes:

a) En caso de inexistencia no hay obligación de proveer; por consiguiente no puede hablarse de sanciones penales o civiles por el incumplimiento. Si la demanda propuesta, pero no notificada ha sido abandonada, el demandado no tiene derecho de hacerse cargo de ella pidiendo la desestimación de la demanda. El actor no tiene obligación de notificar la renuncia al demandado; éste no está llamado a aceptarla o rechazarla.

b) En caso de inexistencia no nace la excepción de litispendencia. En cambio, en caso de nulidad es indispensable que ésta sea declarada por el juez adido y por lo tanto, existe litispendencia; sólo si la nulidad consiste en el defecto de jurisdicción (juez especial adido en materia que no le pertenece), como este defecto sobrevive a la sentencia (§ 17), impide la excepción de litispendencia.

c) La *inexistencia* de la notificación *naturalmente* es diferente de la nulidad de notificación; en caso de inexistencia no puede, por lo mismo, encontrar aplicación el art. 145, últ. párr. Cód. procesal civ., (beneficio de la renovación del acto nulo).

B) *Nulidad y anulabilidad*. A veces la misma ley dispone que un defecto en la relación procesal debe ponerse de manifiesto de oficio por el juez (*nulidad*), o bien que no pueda pronunciarse sino a instancia de una parte (*anulabilidad*).

Pero otras muchas la ley no dispone; y también la relación procesal es nula, esto es, viciada de manera que el juez, de oficio, debe declararlo. Es verdad que el art. 56, últ. párr., Cód. proc. civil dispone: «que no puede pronunciarse la nulidad o la caducidad sino a instancia de una de las partes, salvo que la ley declare que deben pronunciarse de oficio». Pero muchas veces se argumenta inoportunamente con esta norma.

El art. 56 se refiere a las nulidades de citación o de *determinados actos de procedimiento realizados*; y ya hemos observado que frente al hecho *realizado*, el derecho es propicio a las sanatorias aunque la norma violada tuviese carácter obligatorio (§ 4). En cambio, cuando se trata de la nulidad de la relación procesal completa, por defecto de un presupuesto, el defecto se refleja en actos que aún están para realizarse, y el juez que pronuncia la nulidad no de actos determinados sino de la *relación* procesal declara no poder realizarse actos posteriores en aquel proceso.

En general, puede decirse que cuando es de *interés público* que no falte un cierto presupuesto, su falta debe manifestarse de oficio; y este interés público existe no sólo en la observancia de aquellas normas que se refieran directamente a la constitución del Estado (separación de poderes, y consiguiente supresión de oficio del defecto de jurisdicción en los órganos administrativos con jurisdicción especial); sino en un sentido más general, siempre que la falta de un presupuesto procesal pueda influir en el resultado final del proceso (1); conducir, por ej., a una sentencia menos buena, como puede temerse que sea la sentencia del juez incompetente; o conducir a una sentencia inútil, como sería ciertamente la sentencia surgida *contra* un incapaz, si éste no estuvo representado en forma (§ 35).

En cambio, litigar no obstante la existencia de compromiso o sin intentar la conciliación o sin haber antes recurrido en vía administrativa, o sin haber pedido la autorización para proceder, o sin haber prestado fianza o pagado los gastos de un juicio precedente o un impuesto debido, etc.; todos estos defectos no tienen influencia en el resultado de un pleito y por esto no pueden manifestarse de oficio (excepciones procesales).

Por esto, examinando las condiciones para la normal constitución de un juicio, hemos encontrado una serie de presupuestos cuya falta debe relevarse de oficio por el juez, y cuya prueba de existencia corresponde al actor; y una serie de condiciones cuya observancia no es necesaria sino en cuanto lo exija el demandado, valiéndose de un contraderecho, de una *excepción*, la cual, como todas las excepciones es de su iniciativa, y en la cual corresponde a él la prueba (*excepciones procesales*).

Entre estos extremos hay casos intermedios o especiales, que exigen algunas observaciones:

1.º La inobservancia de las normas sobre competencia *territorial*, como sabemos, no puede manifestarse (relevarse) de oficio (art. 187, Cód. proc. civ.). Si, pues, en cierto sentido puede hablarse de excepción de incompetencia territorial, no debe creerse que se trate de una excepción propiamente tal, entendida como un simple «contraderecho» del demandado; trátase siempre de un «presupuesto procesal cuya existencia, exigiéndolo el demandado,

(1) SCHMIDT, 2.ª ed., pág. 671; WEISMANN, I, pág. 375.

debe probar el actor (probando el domicilio del demandado, probando el lugar destinado al pago, etc., (1).

2.º La nulidad de la citación, como también sabemos, no puede pronunciarse de oficio, sino cuando el demandado es rebelde. Si pues, el demandado se constituye en juicio tiene un derecho de impugnación, que puede o no utilizar contra la relación procesal; pero que se trata de algo más que un simple derecho de impugnación, resulta ya de la obligación del juez en caso de rebeldía, ya de que en muchísimos casos no corresponde al demandado probar la nulidad, sino al actor probar la validez de la citación.

3.º La litispendencia da lugar en nuestro derecho a una simple excepción procesal. Pero como la litispendencia puede hacer inútil la actividad judicial en el segundo proceso, (cuando en el tiempo intermedio el pleito pendiente termina con sentencia firme), se comprende que algunos derechos obligan al juez a declararla de oficio y otros dejen abierta la cuestión (§ 38).

4.º En cuanto a las condiciones *generales* requeridas para que la relación procesal normalmente constituida pueda válidamente *desarrollarse* (§ 3), y que nosotros hemos colocado entre los presupuestos procesales precisamente por su generalidad, aunque no se refieran a la validez de la *relación procesal*, observemos que:

a) Respecto de las condiciones de capacidad subjetiva del juez, el *particular* juez incapaz *debe* abstenerse (o sea relevar de oficio la propia incapacidad); pero si no se abstiene y la parte no excepciona la incapacidad, el *colegio* a que pertenece el juez no tiene obligación de relevar de oficio la incapacidad, sino cuando se trate de incapacidad *absoluta* (§ 32).

b) En cuanto a la representación obligatoria por medio del procurador para pleitos, su falta debe manifestarse de oficio por el juez; la parte no representada se considera rebelde.

IV. *Nulidad en el procedimiento.*—Distintas de las nulidades de la relación procesal son las nulidades ocurridas *durante la tra-*

(1) Que no se trata de excepción procesal resulta más claro en las leyes que admiten que el juez pueda relevar la incompetencia territorial *en rebeldía del demandado* (§ 70, II, c).

mitación del juicio. Estas nulidades se diferencian de aquellas en cuanto:

1.º Son nulidades que se refieren al acto particular en que ocurren, y a los actos *consecutivos que de él dependen*; nunca a los actos *precedentes* ni a los consecutivos independientes (Cód. procesal civ., art. 58).

2.º A estas nulidades aplícaseles la regla de que no pueden pronunciarse si la nulidad no está declarada expresamente por la ley o se trata del defecto de elementos *esenciales* (art. 56).

V. *Las nulidades de la relación procesal y los medios de impugnación.*—Pronunciada una sentencia en una relación procesal nula o anulable, la nulidad puede hacerse valer, si no ha sido subsanada, con los medios de impugnación admitidos contra la sentencia, pero como el juez no procede nunca de oficio a la impugnación de una sentencia, en este punto la nulidad confúndese con la anulabilidad. Propuesta la impugnación, la distinción resurge ante el juez del procedimiento de la impugnación, puesto que hallándose éste incluido en la relación procesal tiene los mismos poderes que tuvo el juez en el período anterior de su desarrollo, incluso si la nulidad no fué deducida.

Con el mismo procedimiento de impugnación pueden hacerse valer las nulidades no subsanadas de los particulares actos del procedimiento y las nulidades propias de la sentencia, siempre que sean deducidas expresamente.

Sobre esto, v. § 76, II.

VI. *Declaración de los presupuestos procesales.*—El poder de *manifestar* (relevar) de oficio, la falta de los presupuestos procesales no significa poder ilimitado de *indagar* de oficio su existencia efectiva. Acerca de esto, v. § 47, VI (1).



(1) Las referencias al derecho español correspondientes a este capítulo encuéntrase en las adiciones a los §§ aludidos en el texto (N. del T).

§ 42

Efectos de la constitución procesal. (Principio de la unidad de la relación procesal.)

I. *En general.*—En su lugar hemos visto (§ 5), qué efectos *sustanciales* produce la existencia del proceso desde el día de la demanda. Falta examinar que efectos produce la demanda en el proceso mismo, o sea como acto constitutivo de la relación procesal (los llamados efectos *procesales* de la demanda).

Estos efectos corresponden al principio de la *unidad de la relación procesal* (§ 3). Todos los actos del proceso están ligados entre sí por un vínculo común, y todos se enlazan a la demanda judicial y de ella dependen estrechamente. Así como la futura actuación de la ley ha de considerarse como ocurrida en el momento de la demanda, así toda la relación procesal debe estimarse contenida en embrión en el acto y en el momento de la demanda.

Por lo tanto, la demanda judicial es la principal condición de existencia de la relación procesal.

II. *En particular.*—Del principio de la unidad de la relación procesal derivase que:

1.º La nulidad de la demanda implica la nulidad de la relación entera.

2.º La cuestión sobre la nulidad de la demanda es preliminar a cualquiera otra. Acerca del orden de las excepciones, v. §§ 69 y 70.

(1) La mayoría requiere a este efecto una contradicción expresa del demandado (subsistencia *controvertida*). V. GIANTURCO E., *Lezioni sui contratti speciali*, vol. III, pág. 68. Difiere de esto el contenido del artículo 1.700, Cód. proc., y los escritores franceses entienden de un modo distinto la litigiosidad para los efectos de la inalienabilidad y del retracto (DURANTON, IX, núms. 141 y 532).

3.º Con la demanda judicial existe el proceso, con todos los derechos y deberes que de él derivan. Sobre esto, v. § 2. Con la demanda judicial nace la excepción de litispendencia (§ 37).

Con la demanda judicial el derecho deducido en el pleito se considera como litigioso (arts. 1.458 y 1.547, Cód. civ.; art. 117, ley 25 Julio 1904, sobre las construcciones hidráulicas (1). Con la demanda judicial nacen algunas incapacidades, como la inelegibilidad para consejero municipal de quien tenga pleito pendiente con el Municipio (L. Municipal y Provincial, 21 Mayo 1908, artículo 23 (1), las incapacidades para juzgar antes examinadas (§ 33); la inelegibilidad para administrador de O. P. con las que se tenga pleito pendiente (art. 11, L. 17 Julio 1890); la incapacidad para ser nombrado recaudador del municipio con el cual se está en litigio, dependiente de la gestión precedente (art. 14, texto único sobre la recaudación de los impuestos directos, 29 Junio 1902).

4.º La demanda judicial es el momento con relación al que, ordinariamente, se determina la existencia de los presupuestos, sobre todo la competencia (§§ 27 y 28).

5.º El que sea parte en el momento de la demanda, continua parte, ordinariamente durante el pleito (sucesión a título particular, § 35). Las autorizaciones concedidas para proponer la demanda sirven para el proceso íntegro. La admisión a la defensa gratuita obtenida en primer grado, sirve para todos los grados de jurisdicción, excepto—por una razón obvia—si la parte admitida ha perdido el pleito en primer grado (R. D. 6 Diciembre 1865, artículo 20).

6.º No puede cambiarse la demanda durante el pleito, puesto que cualquiera *nueva* demanda daría lugar a una nueva relación jurídica procesal, en una forma no prevista por la ley más que para casos excepcionales (§ 41). El demandado puede por lo tanto, oponerse al cambio de la demanda *exceptio mutali libelli*); pero esta no es una excepción en sentido propio porque si el de-

(1) Según los principios expuestos en nuestro curso, claro que no es necesario para tener pleito pendiente la caducidad del término para comparecer y el *contraste* efectivo entre las partes, como de ordinario se estima por nuestros magistrados; v. Junta prov. adm. de Roma, 11 Enero 1907, (*Foro italiano*, 1907, III, pág. 38 y los datos aquí citados de doctrina y de judicatura).

mandado es rebelde, el juez debe de oficio, manifestar el cambio (artículos 38 y 387). El demandado puede consentir el cambio, excepto en apelación (art. 490, § 26). La existencia del cambio de demanda se determina por las reglas sobre identificación de las acciones (§ 12) (1). Es admisible la *emendatio libelli* que no implique una nueva demanda.

7.º La demanda judicial determina los límites del poder del juez; *sententia debet esse conformis libello* (2). Acerca de esto, § 47. Es nula la sentencia pronunciada fuera de los límites de la demanda (art. 517, núms. 4 y 5, *extra y ultra petita*).



(1) V. CHIOVENDA, *Sulla regola ne eat judex ultra petita partium*, en la *Legge*, 1903; reproducido en los *Nuovi saggi di diritto proc.*, 1912, página 41 y sigs.

(2) V. la obra citada en la nota precedente. Son partidarios de la libertad de cambio de la demanda ASCOLÍ Y CAMMEO, trad. de CROME, página 392, nota y 445 nota; pero los artículos citados por ellos (arts. 176, 380 y 490), no prueban nada en favor de esta tesis, esto es, la libertad del cambio de la demanda en nuestro derecho positivo. En efecto, el art. 490 no significa sino que el cambio en apelación, no es admisible *ni aún* por *convenio de las partes*; el art. 387 declara la prohibición en forma absoluta en los juicios en rebeldía, *precisamente porque aquí no es posible* convenio de las partes, y el art. 176 no supone una *absoluta* libertad anterior de cambio, sino libertad sólo mediante *convenio* de las partes; además de que la palabra *instancia* tanto puede referirse a las demandas de fondo como a las de procedimiento, y a estas últimas no alcanza la prohibición general del cambio. Así el art. 9 de la L. 31 Marzo 1901, con el cual argumenta en el mismo sentido MONTANI, (*Foro italiano*, 1908, pág. 39), no se refiere a nuestra cuestión; las *nuevas* demandas de que habla pueden ser demandas de procedimiento (v. el mismo MONTANI, en el Dicc. de der. privado, palabra *demanda judicial*); y de todas maneras, el derecho de pedir un *recurso* para examinar las demandas nuevas, no quiere decir se esté obligado a responder en el fondo de ellas; la parte *en primer grado* es libre de hacerlo o no. V. nuestra última nota al § precedente (N. del T.).