

LIBRO CUARTO

Fin de la relación procesal.

CAPÍTULO I

Modos excepcionales.

§ 73.

Amigable composición (1).

1. *Concepto*.—En los casos en que el magistrado tiene la facultad y el deber de intentar la conciliación de las partes (artículos 379, 401, 417 y 462, v. § 14), el pleito puede cerrarse con una *componenda procesal* (2). La componenda o composición es un acto procesal porque se realiza con la intervención del magistrado como tal, que pone fin inmediatamente a la relación procesal,

(1) WEISMANN, § 33; SCHMIDT, 2.^a ed., p. 406; KLEINFELLER, § 113; POLLAK, § 81; KOHLER, *Prozesshandlungen mit Civilrechtswirkung*, cit.; KRETSCHMAR, *Der Vergleich im Prozess* (Componenda procesal), 1896; PAUL, *Der Vergleich im Civilprozess*, 1898; LEHMANN, *Der Prozessvergleich*, Munich, 1910 (sobre esto WALSMANN en la *Riv. pel proc. ted.* Volumen 42, p. 208); SIMON, *Die Lehre vom Prozessvergleiche nach geltendem Rechte*, Berlín, 1911 (sobre esto MEYER en la *Riv. pel proc. civ. ted.*, volumen 42, p. 215).

(2) Según la ley consular, art. 110: «Los litigios ante los cónsules o los tribunales consulares pueden *resolverse* también con transacciones hechas por consentimiento *ante uno de los jueces*». Según el proyecto de reformas procesales, 16 Marzo 1908, la posibilidad de una componenda procesal se extendía a los tribunales, en materia civil, y a las Cortes de apelación en virtud de la facultad a ellas concedida de ordenar la comparecencia personal de las partes y de interponer sus oficios para hacer «transigir o conciliar» el pleito (art. 15).

de tal manera que, después de ocurrida la componenda, as partes no pueden pedir una sentencia de fondo en el mismo proceso. La componenda puede tener lugar también si el actor desiste completamente de su pretensión o el demandado se sujeta completamente a la pretensión del actor, obligándose a satisfacerlo, pero al mismo tiempo cesando el pleito. Por consecuencia, diferenciase:

a) De la conciliación, que tiene lugar ante el conciliador *antes* de que surja la relación procesal (§ 14)

b) De la transacción, que tiene lugar *fuera del proceso*, a la cual por una parte es inherente la idea de la concesión; y de otra falta el efecto de poner fin a la relación procesal inmediatamente.

c) De la renuncia a la acción y del reconocimiento de la acción, que no obran en la relación procesal, sino solo inmediatamente en la sentencia de fondo (§ 47).

d) De la transacción *homologada* (Cód. proc. civ., art. 316, 811; Cód. com. art. 836; ley texto único 31 Mayo 1904, sobre accidentes del trabajo, art. 14), en que la intervención del magistrado, por lo demás obligatoria, es posterior al acuerdo.

II. *Normas y efectos.*—Como acto procesal, la composición está regulada por la ley procesal. Supone, como dijimos, la intervención del magistrado, que lo hará asumir en acta (1). Su efecto procesal es poner fin a la relación procesal. Tiene además, los efectos sustanciales que de ella pueden derivar como convención. De su carácter de acto dispositivo del derecho privado no puede dudarse, a diferencia de cuanto hemos visto acerca del reconocimiento y la renuncia de la acción. Por tanto, requiéresel a presencia personal de las partes y la capacidad de disponer del derecho. En todo caso siendo autorizada por un funcionario público, tiene los efectos de título ejecutivo (art. 554, núm. 3, § 10).

(1) En la práctica rara vez tiene lugar como acto procesal; ordinariamente ocurre como acuerdo privado que trae como consecuencia el desistimiento del litigio. En 1905 los pretores del distrito de Roma solo

18 actas de conciliación o composición. V. FORTINI, *Relazione sull'amministrazione della giustizia al Tribunale di Roma*, 1906, p. 7.

§ 74.

Caducidad (1).

1. *Concepto.*—La *caducidad* es un modo de extinguirse la relación procesal, que tiene lugar al transcurrir un cierto período de tiempo en estado de inactividad (art. 338). No extingue la acción sinó que hace nulo el procedimiento (art. 341), esto es, extingue el proceso con todos sus efectos procesales y sustanciales (§ 5). Caducado el juicio, la demanda puede volver a proponerse *ex novo*; los efectos procesales y sustanciales, transcurren desde la nueva demanda. La caducidad puede influir indirectamente en la existencia de la acción (y del derecho), solo en tanto, en cuanto hace caer los efectos sustanciales del proceso; así cuando, teniendo lugar, confiere efecto a la prescripción que en el interior se habría verificado (art. 2.128), o hace desaparecer la transmisibilidad de una acción (art. 178, Cód. civ.).

Nuestra caducidad difiere sustancialmente del término de tres años señalado a las actividades necesarias para la tramitación de los litigios por Justiniano, *ne lites fiant paene inmortales (Lex properandum*, Cód. III, 1, 13) (2). Nuestra caducidad, al permitir no solo la reanudación del proceso *ex novo*, sino la interrupción continua del término caducable con actos nuevos, contribuye a eternizar más bien que a abreviar los litigios, además de dar lugar

(1) MANCINI, PISANELLI y SCIALOJA, vol. I, p. 2, núm. 366 y siguientes; MATTIROLO, *Trattato*, III, núm. 1.016 y sigs.; MORTARA, *Comm.*, III, número 697 y sigs.; los comentaristas de los arts. 338 y sigs.; GIANTURCO, *Esame critico del fondamento e dell utilitá della perenzione*, 2.^a ed., 1884; GUERRA, *La perenzione*, 2 vol., 1888-1889; FAZIO, *Della perenzione*, 1882; CESÁREO CONZOLO, *La perenzione d'istanza*, 1907; CHIOVENDA, *In tema di perenzione del giudizio di rinvio*, en el *Foro it.*, 1912; REYNAUD, *Tratté de la peremption d'instance*, 1837.

(2) V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma 1894, p. 462; WETZEL, *System*, p. 622 y sigs., 965 y sigs.

a innumerables cuestiones. Por su escasa utilidad, legisladores germánicos y austriacos han rechazado esta institución (1). Es cierto que la vemos ahora recogida en el Regl. proc. húngaro de 1911 (§ 475) (2).

La razón de nuestra caducidad se encuentra también en que el Estado, después de un período de inactividad procesal prolongado, entiende librar a sus propios órganos de la necesidad de proveer las demandas y de todas las obligaciones derivadas de la existencia de una relación procesal.

Es verdad que la ley no da sinó una *excepción* de caducidad, pero esto ocurre, ya porque el juez difícilmente podría pronunciar de oficio la caducidad, ya porque la ley supone la existencia de una parte interesada, tanto o más que el Estado, en hacer valer la cesación del proceso; y por consecuencia subordina también el interés público a la iniciativa privada (3). La concesión de esta excepción tiende a influir en las partes para que lleven el proceso a su término; esto es lo que nuestra caducidad tiene de común con la justiniana. El fundamento de la caducidad se encuentra pues en el hecho *objetivo* de la inactividad prolongada, tanto es así que transcurre también contra el Estado, las instituciones públicas, los menores y cualquiera otra persona que no tenga la libre administración de sus bienes, salvo la regresión contra los administradores (art. 330). No está conforme con la realidad de las cosas, y puede conducir a equivocadas aplicaciones, la doctrina dominante que trata a la caducidad como una *presunta o tácita renuncia al litigio*.

(1) Estos procesos admiten el *descanso* del proceso, que es un estado de inactividad sin consecuencias procesales. No obstante, el Código civil alemán dispone que durante el estado de descanso la prescripción comienza a correr de nuevo (§ 211); el estado de descanso va desde el último acto procesal de las partes o del juez hasta un nuevo acto de impulso procesal.

(2) La caducidad según el reglamento húngaro transcurre desde el día en que se notifica al juez el acuerdo de las partes de dejar *descansar* el proceso.

(3) El caso no es único. Recuérdese la querrela de parte en el proceso penal; las normas procesales obligatorias cuya inobservancia no pueda revelarse de oficio (§ 4); el recurso de *legitimidad* al Consejo de Estado (§ 16).

II. *Condiciones.*—Las condiciones para que la caducidad tenga lugar son: *un período de tiempo determinado* y la *inactividad*.

Tiempo.—Se requiere un período de *tres* años de inacción en los juicios civiles ante los tribunales: de *un* año ante los pretores: de *seis meses* ante los conciliadores (artículos 338, 447, 464, primer párrafo). En los juicios mercantiles estos tres términos se reducen a la mitad (Cód. Com. art. 877).

Inactividad.—La inactividad consiste en no realizar *actos de procedimiento* (art. 338). Ya hemos dado el concepto de procedimiento (§ 51 bis), y al mismo tiempo hemos visto cuales interrumpen la caducidad. Aquí debemos añadir que la inactividad debe ser inactividad de parte (voluntaria o involuntaria, no importa), no de juez, puesto que si la simple actividad de juez pudiese producir la caducidad, sería remitir al arbitrio de los órganos del Estado la cesación del proceso (1). Por lo tanto debe decirse que la *actividad* de los órganos jurisdiccionales, basta para mantener en vida el proceso, pero su inactividad no basta para hacerlo desaparecer, cuando durante la inactividad de los órganos públicos (por ejemplo en el intervalo entre la discusión y la sentencia), las partes no pueden realizar actos de desarrollo del proceso. En un juicio en que domine el impulso oficial, no es posible la caducidad (así en casación, v. § 51).

Dado el concepto, antes expuesto, de la caducidad, debe concluirse que las normas que a ella se refieren son o obligatorias y no dispositivas: de aquí que las partes no puedan convenir que su inactividad no baste para producir la caducidad (§ 4) (2).

No obstante, si durante el pleito llegasen a un compromiso, renunciando así al conocimiento ordinario (§ 4), debe entenderse que la excepción de caducidad desaparece en cuanto a todo el

(1) Pero debe tenerse fuera de duda que todo acto de juez o de otro órgano judicial en el proceso siendo «acto de procedimiento» interrumpe la caducidad. La idea de que el acto de procedimiento del art. 338 es un acto de procedimiento más restringido y especial y que debe «emanar de una de las partes y ser conocido de la otra» (GALANTE, en la *Rivista critica di diritto e giurisprudenza*, 1903, núm. 6), es enteramente arbitraria. En defensa de este concepto sus partidarios llegan a negar naturaleza de acto de procedimiento a la *sentencia interlocutoria* (GALANTE, loc. cit.)

(2) V. sobre este tema MONTANI, en el *Foro italiano*, 1906, p. 1.240.

tiempo, durante el cual las partes tuvieron la excepción de compromiso.

III. *Efectos.*—De la caducidad nace, como vimos, una *excepción procesal* en sentido propio en favor de ambas partes; cuando quiera continuarse la instancia vencido el término, el que desee aprovecharse de la caducidad, debe proponerla expresamente antes de cualquier otra defensa, en otro caso la excepción es preclusa (art. 340). La ley dice que la caducidad *obra de derecho* (1), queriendo separarse del sistema francés, para el cual un acto de procedimiento realizado después de transcurrido el término de caducidad, pero antes de que esta se haga valer, subsana la misma caducidad (Cód. proc. franc. art. 339).

La caducidad pone fin al proceso considerado como *relación jurídica*, pero no destruye los actos realizados, y por tanto, no priva a los actos del valor jurídico que pueden tener en sí, o sea separados de la relación caducada. En consecuencia dispone la ley: a) que la caducidad *no extingue los efectos de las sentencias pronunciadas*. Entiéndase que la ley habla aquí de sentencias interlocutorias, esto es, tales que no pongan fin a la relación procesal (art 341). Esta norma entendióse al principio en el sentido que dichas sentencias *impidiesen* la caducidad, o al menos la caducidad de los actos *anteriores* a las mismas sentencias, de suerte que estas conservasen todos sus efectos en el *proceso mismo*. Ahora entiéndese en cambio y justamente por la mayoría, que las sentencias interlocutorias, no impiden la caducidad, y por lo tanto, pierden todo efecto *en el juicio caducado*, pero conservan los efectos que pueden hacerse valer *fuera del proceso caducado*, esto es, el valor que tienen en sí mismas, como actos aislados de la relación procesal (por ejemplo, una condena en las costas, una multa; acerca de la cosa juzgada v. § 78). b) Que la caducidad no extingue *las pruebas que resulten de los actos*.

La caducidad en los juicios de apelación o de revocación *da fuerza de cosa juzgada a la sentencia impugnada* (art. 341).

(1) La frase *obra de derecho* corresponde en este caso a la frase *se hace de derecho* que la ley emplea para la compensación (Cód. civ., artículo 1.286). V. § 11. En ambos casos los efectos de la excepción se remontan al día en que ella ha nacido.

Cuando la relación procesal se cierra con la sentencia definitiva en un procedimiento, no es posible en este caducidad: pero es posible en el procedimiento de impugnación: y ella produce entonces el mismo efecto que si la impugnación no hubiese sido propuesta en el término, pero este efecto preclusivo de una impugnación posterior (da fuerza de cosa juzgada), se produce también si el término para la impugnación no ha transcurrido, por no haber sido notificada la sentencia. El art. 341 nada dice de la oposición en rebeldía y de la oposición del tercero, por esto la caducidad en estos juicios no da fuerza de cosa juzgada a la sentencia, sino indirectamente, esto es, en cuanto hayan trascurrido en él interin los plazos para las diversas impugnaciones posibles: si la sentencia no fué notificada, estas impugnaciones serán siempre posibles, y también podrá volverse a proponer la misma oposición (1) N. § 83, I. Obsérvese que la frase «da fuerza de cosa juzgada», tiene aquí un alcance práctico, distinto según que el juicio caducado fuese de apelación o de revocación: caducado el juicio de apelación al no poder reproponerse la apelación, será también preclusa la posibilidad de un recurso de casación (§ 20) salva, en su caso la demanda de revocación; caducado un juicio de revocación, si la sentencia estaba sujeta a recurso de casación y los términos para proponerlo no han transcurrido, siempre será admisible el recurso de casación (§§ 8 bis y 82, II).

No obstante, cuando los efectos de la sentencia impugnada *fueron modificados por otra sentencia*, pronunciada en los juicios de apelación o de revocación, la caducidad de estos juicios no da fuerza de cosa juzgada a la sentencia impugnada (art. 341), sinó que pone fin a la relación procesal del juicio interno, salvo el derecho de volver a proponer *ex novo* la acción. La razón de esta norma no se encuentra en que la caducidad no extingue los efectos de las sentencias y, por consiguiente, ni aún el efecto de la sentencia modificadora, como comúnmente se dice, porque más bien el efecto modificativo, *produciéndose en el mismo proceso*, debería desaparecer con el proceso caducado. Pero la razón se encuentra en que no sería conveniente que pasase como cosa juzgada la primera sentencia, cuando otra nueva producida por

(1) En contra MONTANI, *La opposizione contumaciale*, 1907, p. 127 y siguientes; v. más ad. § 83, I, nota.

un juez *superior* (en caso de apelación), o a base de la nueva instrucción preliminar (en caso de revocación), ha declarado que es o puede ser injusta. De todo esto síguese:

a) Que también cuando una sentencia de apelación reforma (o confirma) la de primer grado y posteriormente *es casada* por la Corte de Casación, la caducidad del juicio de recurso deja sin valor *la totalidad* del proceso (§ 20; § 82, V.).

b) Que cuando se quiera proponer *ex novo* la demanda, deberá siempre proponerse en primer grado, incluso si el juez de apelación reformando la sentencia definitiva de primer grado, había retenido el pleito (art. 492). Porque es verdad que en este caso el juez de apelación había determinado la propia competencia por los actos posteriores, pero este *efecto* se producía en el *mismo proceso*, por consecuencia desaparece con la caducidad.

Cuando se ha impugnado una sentencia interlocutoria, el juicio de grado inferior no puede caducarse, *incluso si la sentencia era provisionalmente ejecutiva*, mientras pende la impugnación (1), puesto que en tanto pende una fase de la única relación procesal *no hay inactividad procesal*. Caducando el juicio de impugnación caduca al mismo tiempo también el juicio en el grado inferior. La caducidad es única, como una es la relación procesal.

(1) También mientras pende el juicio de Casación sobre una interlocutoria, no es posible caducidad del proceso; v. Cas., Roma 11 Diciembre 1906 (*Legge* 1907, p. 112). Así, en el campo de la ejecución forzosa, mientras pende oposición *a precepto* no puede caducar el *embargo* (Código proc. civ., art. 581). Mientras pendan juicios incidentales no puede caducar el juicio de venta. Y si en la práctica se sostiene a veces lo contrario, es por defecto de conceptos fundamentales, como en este caso, el principio de la *unidad* de la relación procesal (§§ 1, 3, 82, v.). El hecho de que la parte *pueda* avanzar el estado procesal suspendido por que tenga sentencia ejecutable, no quiere decir que *deba* hacerlo y que le sea negada la facultad de esperar. Y la pretensión de que aquélla deba mantener vivo con actos interruptivos dicho estadio procesal suspendido, denota a qué extravagancias puede llegar el formalismo anquilosado de los prácticos no estando animado por los principios.

(2) V. CHIOVENDA, *Condanna nelle spese*, p. 315 y sigs., sobre los diversos sistemas en este punto.

IV. *Declaración de la caducidad.* Aunque con el transcurso del tiempo nace inmediatamente una excepción de caducidad, las partes siempre tienen interés en pedir una sentencia de *declaración* de la caducidad ocurrida. Esta sentencia forma parte de la relación procesal que debe declararse caducada: la relación procesal sobrevive al solo efecto de la declaración de que ha caducado; y esta no puede producirse sinó por el juez del proceso caducado. Pero esto no priva que la excepción de caducidad pueda deducirse y conocerse incidentalmente en otro proceso (por ejemplo como réplica a una excepción de *litispendencia*) V. § 93.

V. *Costas.*—Cada una de las partes soporta los propios gastos del juicio caducado (art. 342) (2). Más que una norma rigurosamente lógica, es esta, una norma de justicia distributiva. Como a las dos partes corresponde la iniciativa procesal, como ambas están sometidas al principio de la responsabilidad, la igualdad de ellas aconseja también al legislador el reparto de la carga de los gastos en caso de inactividad común.

APÉNDICE AL § 74.

Derecho español.

Ley de Enjuiciamiento Civil.—Artículos 411 y siguientes.

Se tendrán por abandonadas las instancias en toda clase de juicios, y caducarán de derecho, aun respecto de los menores o incapacitados, si no se insta su curso:

Dentro de cuatro años, cuando el pleito se hallare en primera instancia.

De dos, si estuviere en segunda instancia.

De uno, si estuviere pendiente de recurso de casación.

Estos términos se contarán desde la última notificación que se hubiese hecho a las partes.

No procederá la caducidad de la instancia por el transcurso de los términos antes señalados, cuando el pleito hubiere quedado sin curso por fuerza mayor o por cualquiera otra causa independiente de la voluntad de los litigantes.

En estos casos se contarán dichos términos desde que los litigantes hubieren podido instar el curso de los autos.

Será obligación del Secretario, en cuyo oficio radiquen los autos, dar cuenta al Juez o Tribunal respectivo, luego que transcurran los términos señalados, para que se dicte de oficio la providencia correspondiente.

Si los autos se hallaren en primera instancia y resultare de ellos que han transcurrido los cuatro años sin que ninguna de las partes haya instado su curso, pudiendo hacerlo, se tendrá por abandonada la acción, y el Juez mandará archivarlos sin ulterior progreso.

En este caso serán de cuenta de cada parte las costas causadas a su instancia.

Cuando los autos se hallaren en segunda instancia o en recurso de casación, luego que transcurran los términos respectivos, se tendrá por abandonado el recurso y por firme la sentencia apelada o recurrida, mandando devolver los autos al Tribunal o Juez

inferior, con certificación del auto en que se hubiere dictado esta resolución, para los efectos consiguientes.

En estos casos, las costas de la instancia caducada serán de cuenta del apelante o recurrente.

De los autos a que nos referimos podrá el demandante, apelante o recurrente, pedir reposición o suplicar dentro de cinco días, si creyere que se ha procedido con equivocación al declarar transcurrido el término legal en cuya virtud se hubiere tenido por caducada la sustancia, o se hallare en el caso del art. 412 de la L. E. C.

No podrá fundarse la pretensión en ningún otro motivo.

Este recurso se sustanciará conforme a lo prevenido en los artículos 378 y 379 de dicha ley, admitiéndose al que pida la reposición la justificación que ofrezca sobre el hecho en que la funde, concediéndose a este fin un plazo que no podrá exceder de diez días.

Estas disposiciones no serán aplicables a las actuaciones para la ejecución de las sentencias firmes. Tales actuaciones podrán promoverse hasta conseguir el cumplimiento de la ejecutoria, aunque hayan quedado sin curso durante los plazos señalados en el art. 411 de la L. E. C.

La caducidad de la primera instancia no extingue la acción, la cual podrá ejercitarse de nuevo en el juicio correspondiente, y entablando nueva demanda, si no hubiere prescrito con arreglo a derecho.

En los pleitos que a la promulgación de la ley de E. C. se hallasen paralizados en cualquiera de las instancias, se contarán los términos antes señalados, desde el día en que, después de su publicación, empezó a regir.

Si estuvieren archivados, se tendría por caducada de derecho la instancia pendiente, sin necesidad de declaración especial, a no ser que se promoviere su curso dentro de los plazos antedichos.

§ 75.

Renuncia a los actos del juicio (1).

I. *Concepto.*—La renuncia a los actos del juicio es la declaración de la voluntad de poner fin a la relación procesal sin una sentencia de fondo. Mediante la renuncia la parte abandona los efectos sustanciales y procesales de proceso, pero no pierde el derecho de hacer valer la acción *en un nuevo proceso*, a menos que la cesación de la relación procesal haya influido indirectamente en la existencia de la acción (art. 2118, 178; Cód. civ; § 5). Por esto es profundamente distinta de la renuncia a la acción, ya tenga lugar fuera del proceso, ya en él (declaración de que la acción es infundada, § 47).

La renuncia a los actos de un cierto procedimiento no puede partir más que de quien promovió los actos: esto es en primer grado el actor, en otros procedimientos el apelante, el oponente etcétera.

II. *Condiciones y efectos.*—Para las personas sometidas a la administración o asistencia ajena, la renuncia no puede hacerse sinó en la forma establecida por la Ley para habilitarlas para comparecer en juicio (art. 343) (2).

La renuncia y su revocación además no pueden hacerse por el procurador si no está provisto de mandato especial, a menos que la parte suscriba el escrito (art. 344), § 37.

La renuncia puede hacerse en cualquier estado y grado del pleito (art. 343).

(1) MANCINI, PISANELLI y SCIALOJA, vol. 3, núm. 653 y sigs., vol. 4, núm. 797 y sigs.; MATTIROLO, *Trattato*, III, núm. 1.180 y sigs.; MORTARA, *Comment.*, III, núm. 688 y sigs; GALANTE, *Sulle rinuncie agli atti del giudizio*, 1901; SCHMIDT, 2.^a ed., § 68; WEISMANN, I, § 90; HELLWIG, *System*, § 137; KLEINFELLER, § 113; POLLAK, § 78, p. 382.

(2) Formas especiales para la renuncia a la acción popular que interese a las Obras Pías, Regla. 5 Febrero 1891 de la Ley sobre O. P., art. 122.

Pero no debe depender de la voluntad unilateral del actor la cesación de la relación procesal, en la que, como sabemos, el demandado tiene los mismos derechos que el actor, en particular el derecho de pedir una sentencia de fondo (§§ 1, 11, 41). Por tanto requiérese para que la renuncia a los actos produzca su efecto el consentimiento del demandado, esto es, la *aceptación* (artículo 345). Para la aceptación se requieren las mismas condiciones que para la renuncia, ya en cuenta a la capacidad de las partes, ya a la de los procuradores (artículos 343 y 344).

La aceptación del demandado es necesaria también cuando la renuncia tiene lugar antes de la audiencia señalada, puesto que el derecho del demandado a la sentencia nace *con la demanda judicial* (§ 41) (1). La aceptación hace irrevocable la renuncia.

Los efectos de la renuncia aceptada son los mismos de la caducidad; y por consecuencia, según hemos visto, la acción no aparece por ello regularmente perjudicada, sino tan solo el proceso concluye (2). A diferencia de cuando sucede en la caducidad, la renuncia obliga al renunciante a pagar los *gastos* del juicio.

(1) Conforme: Trib. Nápoles, 31 Enero 1912. (*Rivista di dir. comm.*, 1912, II, p. 852) y BRUSCHETTINI (allí en nota).

(2) No obstante la renuncia hecha por un actor popular en pleitos en que estén interesadas obras pías, el pleito puede ser *continuado* por otro actor popular; v. art. 121, Reg. 5 Febrero 1891.

CAPITULO II

Modo normal.

§ 76.

La sentencia (1).

I. *Concepto. Referencias.*—Hemos dado el concepto de la sentencia como acto de tutela jurídica, esto es considerado respecto de la voluntad concreta de Ley que ella actúa (§ 5). También hemos hablado de la sentencia como resolución del juez, distinguiendo sus varias especies y estudiando su formación y condiciones de validez (§ 58).

Falta que consideremos la sentencia como acto que *pone fin* a la relación procesal.

La total relación de conocimiento tiende en su desarrollo a la sentencia: el conocimiento separado sobre la existencia de los presupuestos procesales conduce a una sentencia que puede ser definitiva si niega la existencia de los presupuestos o de un presupuesto (Absolución del seguimiento del juicio) o interlocutoria, si afirma la existencia de presupuestos procesales. El conocimiento sobre el fondo conduce a la sentencia de fondo.

La sentencia definitiva es el acto con el cual el juez cumple la obligación derivada de la demanda judicial: mediante la sentencia ha terminado su oficio (*functus officio*); a no ser que haya que tomar resoluciones consecuenciales (liquidación de las costas, delegación al ujier para la notificación al rebelde, etc., etc.) El juez no debe ni puede ingerirse más en el pleito: si la sentencia es impugnable surgirá con la impugnación un segundo estadio de la relación procesal en que será competente otro tribunal. No obstante a veces la sentencia se impugna ante el mismo juez que la

(1) V. los citados en el § 5; KOHLER, *Civilprozessrech*, § 72; POLLAK, página 474 y sigs.

ha pronunciado, pero la facultad y el deber de este de volver a examinar el pleito, nace solo por la impugnación.

El juez no puede rechazar la sentencia de fondo, cuando la relación procesal viene validamente constituida. Pero no puede negarse al juez la facultad de mandar a las partes a *instruir mejor el pleito*, cuando no encuentra suficientes elementos de conocimiento: esto se conforma con las exigencias del juicio moderno y con los intereses, tanto de las partes, como de la economía de los juicios; y si esta declaración de juez tiene lugar en la forma solemne de la sentencia (1), esto depende de los defectos de nuestro

(1) Sentencia sobre presupuestos procesales y sobre el fondo (condena ordinaria y condena con reserva); §§ 6, 8 bis, 53 y 58.

**En nombre de Su Majestad Víctor Manuel III,
por la gracia de Dios y por la voluntad de la Nación, Rey de Italia.**

El Tribunal Civil de Roma, sección primera, en las personas de los señores Dr. Carlos Lanfranchi, Presidente; Dr. Luis Forti, juez, y Dr. Angel Serristori, juez adjunto, ha pronunciado la siguiente:

S e n t e n c i a

Art. 155 y reg. gen. jud., artículo 267 en el pleito comercial en procedimiento ordinario, inscrita bajo el número 188 del Registro general de 1912, promovida

p o r

Art. 360 y reg. gen. jud., artículo 267 FRANCHETTI ANTONIO, residente en Roma, Vía Julia, núm. 4, representado por el procurador-abogado Stefano Ballisti, por mandato de 4 Febrero 1912, autorizado por el notario Buttaoni,

ACTOR

c o n t r a

MOLINARI ENRIQUE, domiciliado en Roma, Vía Nacional, 181 en el estudio del procurador-abogado Próspero Martini, que lo representa en virtud de mandato de 7 Marzo 1912, autorizado por el Notario Guidi.

DEMANDADO

Art. 360. núm. 4. En la Audiencia pública del 17 Junio 1912, los procuradores, de las partes concluyeron así:

El procurador del actor: «Quiera el Tribunal, rechazando cual-

procedimiento, más escrito que oral; en el proceso oral el juez puede manifestar en la misma audiencia su opinión sobre el esta-

quiera instancia o excepción contrarias, condenar a Molinari Enrique al pago de la suma total de 4.400 liras, importe de tres efectos cambiarios de 800 liras cada uno vencidos el 31 de Julio de 1907 y de un cuarto efecto de 2.000 liras vencido el 15 de Diciembre de 1907, con los intereses legales desde los vencimientos, más los gastos de protesto, liras 20,50 y los gastos del pleito, ordenando la ejecución provisional de la sentencia.»

El procurador del demandado: «Quiera el Tribunal declararse incompetente por razón de valor para proveer sobre la demanda de pago de los efectos vencidos en 31 Julio 1907, y rechazar la demanda de pago del efecto vencido en 15 Diciembre 1907, condenando al actor en las costas. Subordinadamente, y admitida la declaración de incompetencia supradicha, admitir al demandado a probar con testigos: que la letra de cambio de 15 Junio 1907, a vencer en 15 Diciembre 1907, fué expedida por el demandado al padre del actor, con el fin de descontarla para proveer a los gastos de los trabajos de construcción de la Villa Fiori en Frascati, en compañía suya, tomadas en contrata

Con reserva de otras pruebas.»

Hecho

Art. 360,
núm. 6 y
reg. ge-
neral Ju-
dicial, ar-
tículo 267

Mediante citación de 3 Enero 1908, del oficial judicial Parboni, Franchetti Antonio demandó ante este Tribunal a Molinari Enrique, pidiendo su condena al pago de 2.400 liras como precio de mercancías vendidas, representado por tres efectos cambiarios emitidos el 1 Febrero 1907, vencidos el 31 Julio 1907, con los intereses legales desde el vencimiento y las costas.

Art. 73.

Molinari pidió que el Tribunal se declarase incompetente por la cuantía, alegando que debía tenerse en consideración el valor de cada uno de los tres títulos separadamente. Este Tribunal, en sentencia 24-28 Febrero 1908, declaró la propia competencia, pero antes de proveer en el fondo ordenó al actor presentar en autos la denuncia al Agente de los Impuestos de la renta consistente en los intereses pedidos. Tal sentencia, impugnada por ambas partes, fué confirmada por la Corte de apelación de Roma en sentencia 9-16 Mayo 1908, en cuanto a la competencia, pero reformada en cuanto a la denuncia pedida que la Corte estima innecesaria; y las partes fueron remitidas nuevamente a este Tribunal. Por billete de 22 de Enero de 1910, el actor reprodujo el

do de la instrucción (§ 44). Si las partes, después de la sentencia

pleito ante el Tribunal, pero habiendo excepcionado la caducidad del demandado, el Tribunal en sentencia 9-18 Abril 1910, hoy firme, declaró caducado el juicio.

Mediante citación de 15 Enero 1912 del oficial judicial Mancini, Franchetti ha establecido nuevamente el juicio, volviendo a proponer la demanda contenida en el acto de 3 de Enero 1908 y pidiendo además la condena de Molinari al pago de 2.000 liras en virtud de otro efecto cambiario emitido a favor de Luis Franchetti en 15 de Junio de 1907 y vencido en 15 Diciembre 1907, con los intereses y costas. En la Audiencia de expedición los procuradores de las partes tomaron las conclusiones antes transcritas. Molinari opuso la competencia del Tribunal por la cuantía, por las razones ya alegadas antes; a cuya excepción Franchetti replica que obsta la cosa juzgada derivada de la sentencia de la Corte de apelación, 9-16 Mayo 1908. En el fondo nada opone Molinari en cuanto a los tres efectos de 800 liras cada uno; pero en cuanto al efecto de 2.000 liras, excepciona que nada debe puesto que expidió el efecto a Luis Franchetti, padre de Antonio, durante el curso de los trabajos de construcción de la Villa Fiori en Frascati, tomadas en común contrata con el Luis, para que éste lo descontase para proveer a un pago; el efecto fué a su tiempo retirado con dinero común, y permaneció casualmente con el protesto en manos de Franchetti, padre, hoy difunto. El actor contesta el hecho. El demandado para demostrar la verdad argumenta que nunca Franchetti, padre, obró para el pago de este efecto; presenta también una carta de Franchetti, Luis, fechada en 20 Diciembre 1907, en la cual se lee la siguiente frase: «Hoy he retirado nuestro efecto que llevaré conmigo viniendo también en conformidad Fiori.» Subordinadamente, pide probar con testigos el hecho antes mencionado, y se reserva pedir la presentación de las cuentas relativas a la contrata Fiori, que afirma haber quedado también en poder de Franchetti, mientras que el actor asegura no haberlas encontrado.

Motivos

Art. 360,
núm. 6 y
reg. ge-
neral ju-
dicial, ar-
tículo 267

Considerando que a la excepción de incompetencia por valor no obsta la decisión que la rechaza, en el precedente proceso, porque la decisión sobre la competencia, como sobre otros presupuestos del proceso, no puede producir efectos más que en el proceso en que se produce; y desaparecido éste con la caduci-

que remite a completar la instrucción, reproducen el pleito y

dad, la competencia en el nuevo proceso puede ser objeto de nuevo examen. Si no que la excepción debe ser rechazada por la misma razón que condujo a la primera decisión, y es que habiendo el actor deducido en el pleito además de los títulos cambiarios también la relación jurídica en orden a la cual fueran emitidos (venta de mercancías), ha demostrado querer ejercitar acumuladas, tanto las acciones cambiarias, como la acción derivada de la relación fundamental, y el valor del pleito en esta acumulación debe determinarse por la acción de mayor valor;

Que en el fondo la demanda de condena al pago de 2.400 libras debe estimarse porque está justificada por los títulos cambiarios presentados, sobre los cuales el demandado no ha producido contestación de ninguna clase;

Que la otra demanda de condena al pago de 2.000 libras, en cambio, está contradicha por el demandado con una excepción que se presenta de modo admisible, con arreglo al art. 324, primera parte del Código de Comercio, siendo personal de quien la ejercita, y conduciendo, si es justificada, a excluir toda obligación, pero más particularmente la obligación cambiaria respecto de Franchetti. Sin embargo, el examen de esta excepción no puede tener por efecto la suspensión de la condena, a base de un título cambiario reconocido, sino que debe reservarse a la prosecución del juicio, con arreglo al citado artículo; verdaderamente la excepción no está fundada en prueba escrita, puesto que la carta de Franchetti Luis no demuestra por sí el fundamento de la excepción, pudiendo entenderse de diversos modos, así que sólo en concurso con otras pruebas podrá proporcionar elementos de convicción al Tribunal;

Que la prueba testifical pedida, tratándose de materia comercial, es admisible, aún prescindiendo del principio de prueba que podría encontrarse en la carta antes recordada; y puede admitirse desde ahora para ser verificada en la prosecución del pleito;

Que las costas siguen a la condena (art. 370, Cód. proc. civ.) y puede concederse la ejecución provisional con arreglo a lo dispuesto en los arts. 363, núm. 1 y 409, Cód. proc. civ.; y que en cuanto a la condena con reserva, es oportuno disponer la prestación de una caución.

P. Q. M.

Art. 367,
núm. 7.

El Tribunal, rechazada toda instancia y excepción distinta y contraria y en particular la excepción de incompetencia por va-

piden sentencia en las mismas condiciones, el juez entonces proveerá definitivamente.

II. *Vicios de la sentencia* (1). La sentencia, ya en cuanto pro-

lor, condena a Enrique Molinari a pagar a Antonio Franchetti la cantidad de 2.400 liras debidas, con los intereses legales desde el 31 Julio 1907;

Condena al mismo Molinari a pagar a Franchetti (previa prestación por parte de este último de conveniente caución para la restitución de lo pagado, además del resarcimiento de los daños determinados a los efectos de la caución en 300 liras), la suma de 2.000 liras, con los intereses legales desde el 15 Diciembre 1907 y los gastos del protesto, liras 20,50, reservando al mismo Molinari la excepción propuesta, para cuyo conocimiento se provee:

Admite a Molinari a probar con testigos el hecho articulado en las conclusiones transcritas, delegando para la ejecución de la prueba en el juez que extiende la presente.

Condena a Molinari en las costas del presente juicio liquidadas en 275,85 liras, comprendidas 100 por honorarios del letrado, además de las de la presente sentencia y posteriores; en cuanto a la mitad de cuyas costas, la condena se hace con reserva de la excepción supradicha;

La presente sentencia en todas sus partes, excepto en las costas, será ejecutada provisionalmente.

Así decidido en Roma, en la Cámara de Consejo de la primera sección del Tribunal, en 10 Julio 1912.

C. LANFRANCHI, *Presidente*.

L. FORTI, *Juez extensor*.

A. SERRISTORI, *Juez adjunto*.

C. FABI, *V. Canciller*.

Leída y publicada por el infrascrito en la Audiencia pública del 22 de Julio de 1912.

C. FABI, *V. Canciller*.

(1) WETZELL, *System*, § 60; SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde (La querela nullitatis)*, 1886; *Die Urteilsnichtigkeit im osterr. Prozessrecht*, en la *Revista di GRÜNHUT*, 14 (1886), p. 81; SCHMIDT, 2.^a ed., p. 664 y siguientes; HELLWIG, II, § 68, *System*, § 144; JELLINEK W., *Der fehlerhafte Staatsakt*, 1908; WACH *Urteilsnichtigkeit*, en la *Revista renana*, III (1911), página 380; CALDA, *La nullità della sentenza civile*, en el *Archivio glur.*, 1908; LESSONA, *Nullità e inesistenza di sentenza*, en el *Foro ital.*, 1911.

nuncia sobre los presupuestos procesales, ya en cuanto pronuncia sobre el fondo, puede ser *injusta* y puede ser *nula*.

Es *injusta* cuando estima existente una voluntad de ley *concreta* que no existe, o estima inexistente una voluntad que existe. La *injusticia* refiérese pues a la sentencia como *juicio*: por tanto puede depender de un error del juez acerca de la cuestión de *derecho* o acerca de la cuestión de hecho (§ 5). El error del juez sobre la cuestión de derecho, puede consistir en estimar inexistente una norma abstracta que existe, o existente, una norma abstracta que no existe; o en entender una norma existente de modo distinto del verdadero (*violación* de ley) o, finalmente, en estimar aplicable a una cierta relación, una norma existente, pero que se refiere a otras relaciones, como sucede cuando una norma general es aplicada también a casos exceptuados, o cuando una norma es aplicada a casos a los cuales no se extiende (*falsa aplicación* de ley) (1).

Puede ocurrir que una sentencia sea intrínsecamente justa, pero exteriormente no, porque sea equivocado el razonamiento del juez: exacta la conclusión, pero equivocadas las premisas. La injusticia en la cuestión de hecho puede derivar: *a)* de la *insuficiente demostración* de la verdad por la parte; y esta depender a su vez de falta de pruebas, imputable o no al adversario; *b)* o de la presencia de elementos de decisión objetivamente *falsos*; *c)* o de una actividad *dolosa* realizada por una parte en daño de la otra; *d)* o del *dolo del juez*; *e)* o finalmente de la *insuficiente valoración* del hecho, realizada por el juez; y esta aún puede presentar diversos grados, según que el error de hecho resulte de los actos y documentos del pleito de manera de estar o no *incontrastablemente* establecidos por ellos, y según que el punto de hecho fuese o no un punto controvertido sobre el cual haya pronunciado la sentencia.

La *nullidad* de la sentencia refiérese a la sentencia como *actividad* del juez o como *acto escrito*. Puede depender:

(1) El Código sardo 1859 (art. 588, último párrafo), definía expresamente la falsa aplicación: «Hay falsa aplicación de ley cuando una disposición general fué aplicada a un caso sustraído por ley del dominio de aquella disposición, o cuando una disposición excepcional fué aplicada a casos a los cuales no se extiende.»

a) De la falta de los presupuestos procesales, puesto que cuando no es válida la relación procesal, no puede haber sentencia válida.

b) De las nulidades no subsanadas, producidas en el curso del proceso, puesto que subsistente el nexo que liga los diversos actos procesales, son nulos los actos posteriores a actos nulos y *dependientes* de los mismos (art. 58).

c) De la falta de las condiciones propias de validez de la sentencia (artículos 360 y 361).

d) De la contradicción o imposibilidad de las disposiciones, tales que hagan la sentencia práctica o moralmente inactuable.

e) De la contradicción de la sentencia con una precedente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto.

III.—*De las impugnaciones respecto de los varios vicios de la sentencia.*—Estas distinciones tienen suma importancia en cuanto al sistema de las impugnaciones de la sentencia. En primer lugar es propio de la institución de la cosa juzgada moderna que la *injusticia* de la sentencia se cubra con el paso en calidad de cosa juzgada de la sentencia misma. En cuanto a las *nulidades*, varían los sistemas: en Roma podíase oponer siempre a la *res judicata* la nulidad de la sentencia sin necesidad de una especial impugnación, y aún el derecho romano considera como *nullae* y no simplemente *injustae* las sentencias evidentemente contrarias al derecho. Esta norma hállase también en leyes próximas a nosotros: v. Const. piem. lib. III, tit. 23, art. 3. En el derecho común, bajo la influencia germánica, se formó un remedio especial contra la sentencia nula (*querela nullitatis*); y se distinguió entre *nullitates sanabiles*, que se subsanaban por el simple transcurso del término; y *nullitates insanabiles* que podían hacerse valer aún después del término. Con el tiempo la *querela nullitatis* se unificó, en cuanto a las nulidades subsanables, con la apelación: y quedó para hacer valer las nulidades insubsanables; a veces dentro de un término más o menos largo, otras sin término (1). Hoy tenemos diversos medios de impugnación de las sentencias, con algunos de los cuales puede denunciarse cualquier vicio de la sentencia (oposición

(1) En las Const. piemont. III, 23, art. 3, la encontramos aún vinculada solamente al término de prescripción de 30 años.

en rebeldía (art. 474 y sgs.), apelación (art. 481 y sgs.); con otras no pueden denunciarse sino determinados vicios; así la demanda de revocación limitará a determinadas causas de injusticia *in fatto* de la sentencia (art. 494 y sgs.) mientras que el recurso de Casación solo se dá para los errores sobre la cuestión de *derecho* de la sentencia y para las nulidades (art. 517 y sgs). Puede darse el caso de que el mismo vicio se presente como un error y como nulidad: así la sentencia con la cual el juez incompetente se declara competente y pronuncia en el fondo, es nula como decisión de fondo por falta de un presupuesto procesal (competencia) y es injusta como decisión sobre la competencia, por haber violado las normas de ley sobre la competencia (§ 76).

En nuestro sistema las nulidades son en general subsanables, en el sentido de que el transcurso de los términos para la impugnación precluye el derecho de impugnar por nulidad: por esto se ha visto (§ 41 bis) que después de la sentencia, incluso la nulidad, y a veces la misma inexistencia de la relación procesal deviene simple anulabilidad. En cuanto a la contrariedad a la ley, se considera como simple *injusticia* que no impide la sentencia. Aunque en la sentencia puede darse *inexistencia y nulidad absoluta* al lado de la simple anulabilidad, y puede haber motivos de inexistencia y nulidad derivados de la inexistencia y nulidad de la relación procesal, o propios de la sentencia (1).

Estos motivos de nulidad o de inexistencia no se encuentran en una relación necesaria con la impugnabilidad de la sentencia. Si la sentencia es impugnabile, la impugnación puede TAMBIÉN servir para hacer valer el motivo de nulidad y de inexistencia, pero si la impugnación no fué propuesta dentro del término, la nulidad o inexistencia podrá hacerse valer siempre (2). Viceversa: si la im-

(1) En sentido plenamente conforme a cuanto hemos escrito en las precedentes ediciones. V. WACH, *Urteilsnichtigkeit*, cit., obra rica en sagaces observaciones, de la cual nos hemos ayudado en esta 3.^a edición.

(2) La opinión contraria de LESSONA, *Nullità e inesistenza di sentenza*, cit., fué ya combatida como lógicamente defectuosa. Por otra parte, ya se criticó también el concepto fundamental de la obra de CALDA, *Le nullità assolute della sentenza civile*, cit., según el cual la falta de todo medio de impugnación haría insubsanables defectos que de otro modo serían subsanables. Es inútil repetir que en esta materia no se debe considerar la defectuosísima terminología de la ley, en la cual nulidad, anulabilidad e inexistencia son frecuentemente confundidas.

pugnación fué propuesta, y el juez no ha reconocido el motivo de nulidad o inexistencia, este sobrevive y se transfunde en la nueva sentencia.

Entre inexistencia y nulidad (como contrapuestos de la anulabilidad) media también aquí una profunda diferencia, porque la sentencia *nula* existe pero como acto procesal; por ej. obliga al juez que la ha pronunciado, de modo que no pueda volver sobre ella (§ 41 bis).

La sentencia inexistente es una negación, no tiene efectos. Es *inexistente* la sentencia producida por quien no es juez (§ cit.), la sentencia que no contiene un pronunciamiento (§§ 5 y 58), la sentencia no escrita y no publicada (§ 68). Es *nula* la sentencia pronunciada por un juez falto de jurisdicción. Como la sentencia del juez *especial* en materia de competencia del juez ordinario (§§ 17, 26 y 41 bis) la sentencia contra quien está exento de la jurisdicción (§ 13); es *nula* la sentencia pronunciada contra un sujeto inexistente (si es contra el sujeto desaparecido *durante el pleito* no puede ser más que simple motivo de anulabilidad a menos que con la muerte del sujeto desaparezca la posibilidad del pronunciamiento, como en las acciones intransmisibles); la sentencia constitutiva que crease una condición de cosas imposibles; la sentencia del contenido indeterminable, incomprensible o contradictorio; la sentencia de declaración *o de condena imposible* relativa a una prestación jurídica-moral o físicamente. Las partes podrán defenderse de varias maneras contra una sentencia nula en sentido absoluto o inexistente: el actor cuya demanda fué rechazada podrá reproducirla sin tener la excepción de cosa juzgada; el demandado podrá con una acción de declaración negativa hacer declarar, por ej. la imposibilidad de la prestación, o reservarse de hacer oposición a los futuros actos ejecutivos (1).

(1) La opinión de CALDA, ob. cit., cap. III, seguido en esto por LESSONA, ob. cit., § XI, de que la sentencia de condena a una prestación imposible no puede considerarse nula, porque puede tener por efecto excluir cualquier otra regulación jurídica de la relación controvertida, es errónea por dos razones: ante todo, mientras se niega que se trate de nulidad, no se expresa que la sentencia viene así reconocida nula, por lo menos *como sentencia de condena*; en segundo lugar, atribuyendo a esta sentencia el efecto de excluir toda otra regulación de la relación, se cae en lo ar-

En cuanto a la contradicción de la sentencia con otra precedente (1) por derecho romano era este un caso de nulidad de la sentencia, por el cual la primera sentencia conservaba su vigor. En nuestro sistema, la contradicción de las sentencias puede hacerse valer como motivo de revocación (cuando una sentencia no haya pronunciado sobre esta excepción, art. 494, n. 5), o como motivo de casación (cuando pronunció acerca de la relativa excepción, art. 517, n. 8), pero transcurridos los términos sin que sea propuesta la impugnación, esta nulidad queda subsanada, y por tanto la primera sentencia pierde valor porque la segunda implica negación de toda sentencia precedente contraria (2).

III. *Efectos de la sentencia.*—Como acto definitivo de la relación de conocimiento, la sentencia produce una serie de efectos:

- a) La obligación de las costas por la parte vencida (§ siguiente:
- b) La cosa juzgada (§ 78 sgs.) Se entiende la cosa juzgada *en sentido substancial*, o sea, la eficacia de la sentencia definitiva respecto de los procesos futuros mientras que por cosa juzgada *en sentido formal* se entiende haber devenido definitiva la sentencia (§ 82 y sgs.)
- c) La acción ejecutiva (*actio judicati*) en los casos y según las normas antes estudiadas (§§ 5 y 16)

bitrario. La sentencia que el juez quiere de condena devendría así sentencia de desestimación; en vez de proporcionar un remedio al acreedor reconociéndole el derecho a la prestación posible, o al correspondiente resarcimiento del daño, lo despojaría de su derecho. La reputación de tales errores es concluyente en WACH, ob. cit., p. 406.

(1) Diferente es el caso de la publicación de una nueva sentencia que el juez produjese después de la primera. WACH, ob. cit., p. 389, considera el caso como un caso de *nulidad* de la segunda sentencia.

(2) Según el sistema alemán se distinguen:

a) Nulidades subsanables con el paso a cosa juzgada de la sentencia; la impugnación se lleva al juez superior.

b) Nulidades que sobreviven *cinco* años al paso en cosa juzgada, con tal de que se hagan valer dentro de un mes desde que se tuvo conocimiento de ellas; la impugnación en cuanto a éstas se lleva normalmente al mismo juez cuya sentencia es impugnada (§ 579).

c) Nulidades insubsanables (no son nombradas por la ley, sino reconocidas por la doctrina. V. WACH, ob. cit., p. 381).

§ 77

Condena en las costas. (1)

1. *Principio general.*—La parte que sucumbe en el juicio, es condenada en los gastos del mismo (art. 370). Si son varias, los gastos se distribuyen entre ellas por cabezas o por razón de su interés en la controversia. Si las partes son condenadas por obligación solidaria, cada una puede ser obligada a los gastos solidariamente. Si la sentencia nada establece acerca de la distribución de los gastos, se hace por cabezas (art. 371). El fundamento de esta condena es el hecho *objetivo* de la derrota (*soccombenza*): y la justificación de esta institución encuéntrase en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte en favor de la que se realiza: siendo interés del comercio jurídico que los derechos tengan un valor posiblemente puro y constante (2).

Este es el resultado a que lleva el desarrollo del derecho procesal; el cual, en sus orígenes, no tiene condena en las costas sino

(1) WALDNER, *Die Lehre van den Processkosten* (Teoría de las costas procesales), Viena 1883; CHIOVENDA, *Condanna nelle spese*, 1901, y sobre éste la recensión de KOHLER en la *Riv. pel. proc. civ. ted.*, vol. 30, p. 234, de MENESTRINA en la *Rivista di Grünhut*, 1202; de TRIANI en el *Archivio giur.*, 1901; LESSONA, *L'onere delle spese tra le parti*, en la *Legge*, 1896; MORTARA, *Comm. IV*, núm. 74 y sigs.; SCHMIDT, 2.^a ed., § 162 y siguientes; WEISMANN, § 191 y sigs.; HELLWIG, *System*, § 223 y sigs; POLLAK, § 10; GORRES, *Die Haftung für den Ersatz von kosten und Schaden nach Deutschem Prozessrecht*, en la *Riv. pel. proc. civ. ted.*, vol. 35 (1906), página 313 y sigs.; OSTER, *Ueber die kostenerstattungspflicht*, 1909.

(2) Estos que son los conceptos fundamentales de nuestro libro citado sobre la condena en los gastos, encuentran afortunadamente aceptación en frecuentes decisiones. V. Casación, Roma 1 Febrero 1909 (en la *Legge* 1909, p. 850).

para los litigantes de mala fé: posteriormente se pasa por un período intermedio en el cual no viéndose la naturaleza exacta de la institución, se aplican principios propios del derecho civil (culpa) a la condena en las costas; después se llega a la condena absoluta.

Nuestra ley, admite que haya justos motivos de compensación de los gastos entre las partes, pero debe entenderse que esto no tendrá lugar sinó en caso de *reciproca derrota* de las mismas. En particular deriva de una tradicional confusión de conceptos, el abuso que se hace en la práctica, contrariando toda razón de ser de la institución, de toda clase de motivos de compensación (por ej.: buena fé del vencido, parentesco de las partes, dificultades del pleito etc.). Sin embargo, es preciso observar:

a) Que hay casos especiales en los que la ley regula las costas del procedimiento completo o de actos particulares no basándose en la derrota, sinó en circunstancias diversas: así para las costas del juicio en caso de renuncia a los actos (art. 345 p. 890) en caso de persecución (art. 342 p. 889), de rebeldía (art. 381 y 388, págs. 744 y 753) de actos realizados con retraso, o de devoluciones (*rinvii*) dependientes de una parte (art. 614 últ.º § 716, 1.º § 714 cod. proc. civ. art. 247 y 1.º § regl. pen. jud; art. 770 cod. com. etc.

b) Que la derrota no puede tenerse sino cuando exista una declaración de derecho, esto es, que la ley sea actuada a favor de una parte contra la otra: por esto el concepto de derrota hállase íntimamente ligado a la cuestión de fondo: una sentencia interlocutoria no puede contener condena de parte, fundada en la derrota, por esto normalmente debe *reservar* los gastos, salvo que las circunstancias del pleito aconsejasen la condena en las partes del incidente basada en la culpa del litigante (1).

c) Que la derrota del litigante, aunque sea objetivamente considerada, supone siempre una relación de causalidad entre él y el pleito: y por consecuencia no siempre hay derrota y condena en las costas cuando se tiene una declaración de derecho en favor del adversario, puesto que puede darse una acción frente a Ticio que no depende del hecho de Ticio o de su hecho exclusivo y que por lo tanto no puede ejercitarse sinó por cuenta del actor (como en

(1) CHIOVENDA, *Condanna nelle spese*, p. 280.

caso de comprobación de las escrituras en vía principal, (art. 282) o por cuenta de todos los litigantes (como en caso de *división*): V. §§ 6, 7 y 8). (1)

d) Que la responsabilidad del litigante por el pleito y por las costas puede desaparecer durante el pleito (como en caso de reconocimiento y de extinción de la acción durante él, § 5) y puede surgir durante el pleito (como en caso de *jus superveniens* y en caso de acción propuesta sin previa interpelación, cuando ésta fuere necesaria, §§ 5 y 6). En estos casos, la condena en las costas no puede referirse sino al período del proceso anterior a la cesación de la responsabilidad o posterior a su nacimiento, y puede suceder que el pleito prosiga al solo efecto de regular las costas.

La obligación de las costas no surge durante el pleito con la figura de un crédito eventual o condicional, por esto, durante el pleito no puede hablarse de un crédito y de un derecho a las costas. Únicamente en el momento de pronunciar en el fondo, esto es, cuando se determina la derrota, nace, no ya el derecho del vencedor a las costas, sino la obligación del juez de condenar al vencido en las costas mismas, y sólo de la condena ya pronunciada nace el derecho y la obligación de las costas (2).

Por esto hemos visto que el juez debe pronunciar sobre este punto de oficio (§ 47) y que la sentencia es siempre constitutiva en cuanto condena en los gastos, porque no *declara* un derecho

(1) Las observaciones del texto prueban que es demasiado absoluto y genérico afirmar que la parte *victoriosa* no puede nunca ser condenada en costas. Así PUGLIESE, *Prescrizione acquisitiva*, 3.^a ed., p. 492; a propósito de la acción de mera declaración contra el tercer poseedor (art. 2.126, Código civil). La otra razón alegada por este autor para cargar al tercer poseedor los gastos de este pleito, esto es que la «posesión del tercero es de por sí un estado de cosas antijurídico y lesivo del derecho suspendido por término o condición»; es también evidentemente errónea: la posesión del tercero no es, en efecto, antijurídica respecto del actor, tanto es así, que éste no tiene ningún derecho para hacerlo cesar. Y aun es más evidente la cosa si se piensa en el caso de tercer poseedor de un fundo hipotecado en favor de un derecho condicional o a término. Yerra, en fin, PUGLIESE al considerar como objeto de esta acción la interrupción de la prescripción más bien que la mera declaración que es la causa de la interrupción.

(2) V. CHIOVENDA, *Azione*, cit., p. 104.

preexistente a las costas, sino que lo *constituye* como derecho provisto al mismo tiempo de ejecutoriedad (§ 8) (1).

Si el juez no pronuncia la condena; el vencedor tiene la acción para provocar por el mismo juez una nueva sentencia que contenga la condena (art. 370, 2.º párr.), pero esto no quiere decir que el actor haga valer un derecho suyo subjetivo a la prestación de las costas por parte del adversario; éste es uno de los casos en que la acción vive como derecho autónomo y sólo, como poder jurídico de obtener una actuación de ley (§ 1).

II.—*Condena contra personas y a favor de personas que no son partes.*— Los herederos beneficiados: los tutores, los curadores y cualquier otro administrador, mediando graves motivos, pueden ser condenados en las costas *personalmente* sin derecho de repetición (art. 372). Los procuradores pueden pedir que la condena al pago de las costas sea pronunciada en su favor por la parte que *declaren* haber anticipado. Esta demanda puede hacerse en la demanda conclusional o verbalmente en la audiencia (artículo 373; *distracción* (?) de las costas).

Mientras que las costas no sean abonadas al procurador solicitante, la parte puede hacer oposición mediante acto de ujier que se notificará a la otra parte, y en este caso, el total de las costas se deposita en la cancillería hasta que la oposición sea resuelta. La oposición puede hacerse por la parte sin intervención de procurador (art. 374).

III. *Liquidación de las costas.*—La sentencia de condena en costas contiene su tasación, ésta, no obstante, puede ser delegada

(1) En el caso decidido por la Cas. de Turín 1 Septiembre 1911 (en la *Giur. ital.* 1911, p. 1.300), se pedía la condena en las costas judiciales a base de una sentencia inglesa que contenía el correspondiente pronunciamiento. Fué opuesta la necesidad del juicio de reconocimiento también porque el crédito de las costas no puede existir con independencia de la sentencia que más bien lo ha *constituido* que *declarado*. Nuestra doctrina era invocada fuera de lugar puesto que ser el crédito constituido por la sentencia no importaba que ésta debiese ser sujeta al juicio de reconocimiento, dado que se hacía valer como título del crédito y no como título ejecutivo. Pero igualmente equivocada, respondió genéricamente que «las sentencias no constituyen derechos.»

por la autoridad judicial en un juez (art. 375).—En este caso, las partes pueden reclamar al colegio contra la tasación hecha por el juez delegado (art. 377).

El contenido de la tasación de las costas varía de pleito a pleito, pudiendo comprender, además del impuesto del timbre y registro relativo a los actos procesales, los derechos de cancillería, los derechos de los oficiales judiciales, los honorarios de los abogados y procuradores, los gastos de testigos, peritos, accesos judiciales, etc., etc., a determinarse, según los casos o según las tarifas legales relativas a los actos de que se trata o según el alcance efectivo de los gastos sostenidos o según la apreciación del juez. Es regla común únicamente ésta de que «la tasación no comprende las costas de los actos *reconocidos supérfluos*» (art. 376), y la ley misma considera como supérflua la intervención de varios procuradores para representar a varias personas con el *mismo interés*, para una acción u obligación indivisa; además de la asistencia de los procuradores a interrogatorios y a un juramento no realizado en la audiencia; y el viaje de los procuradores del pleito para asistir a actos realizados en la jurisdicción de un tribunal distinto de aquél ante el cual tiene lugar el juicio y cerca del cual ejercen (art. 376).

APÉNDICE AL § 77

Referencias al Derecho español.

Por lo que se refiere a liquidación de costas, deben tenerse presentes los arts. 421 y sigs. de la L. E. C.

Cuando hubiere condena de costas, luego que sea ejecutoria, se procederá a la exacción de las mismas por la vía de apremio, previa su tasación, si la parte condenada no las hubiere satisfecho antes de que la contraria solicite dicha tasación.

La tasación de costas se practicará en los Juzgados y Tribunales por el Secretario que haya actuado en el pleito, incluyendo en ellas todas las que comprenda la condena y resulte que han sido devengadas hasta la fecha de la tasación.

Se regularán, con sujeción a los aranceles, los derechos que correspondan a los funcionarios que a ellos están sujetos.

Los honorarios de los Letrados, peritos y demás funcionarios que no estén sujetos a Arancel, se regularán por los mismos interesados en minuta detallada y firmada, que presentarán en la Secretaría por sí mismos, sin necesidad de escrito, o por medio del Procurador de la parte a quien hayan defendido, luego que sea firme la sentencia o auto en que se hubiese impuesto la condena. El actuario incluirá en la tasación la cantidad que resulte de la minuta.

No se comprenderán en la tasación los derechos correspondientes a escritos, diligencias y demás actuaciones que sean inútiles, supérfluas o no autorizadas por la ley, ni las partidas de las minutas que no se expresen detalladamente o que se refieran a honorarios que no se hayan devengado en el pleito.

Tampoco se comprenderán las costas de actuaciones o incidentes en que hubiere sido condenada expresamente la parte que obtuvo la ejecutoria, cuyo pago será siempre de cuenta de la misma.

Hecha y presentada por el actuario la tasación de costas, no se admitirá la inclusión o adición de partida alguna, reservando al interesado su derecho para reclamarla, si le conviniere, de quien y como corresponda.

De la tasación de costas se dará vista a las partes por término de tres días a cada una, principiando por la condenada al pago.

Si los honorarios de los Letrados fueren impugnados por excesivos, se oirá, por el término de dos días, al Letrado contra quien se dirija la queja, y después se pasarán los autos al Colegio de Abogados, y donde no lo hubiese, a dos Letrados designados por el Juez o la Sala, para que den su dictamen. Si no los hubiere en el lugar del juicio o estuvieran todos interesados en el asunto, se pasarán los antecedentes al Colegio de Abogados más próximo, por medio del Juez de primera instancia respectivo.

Lo mismo se practicará cuando sean impugnados por excesivos los honorarios de los peritos o de cualquiera otros funcionarios no sujetos a Arancel, oyéndose en este caso el dictamen de la Academia, Colegio o gremio a que pertenezcan, y en su defecto el de dos individuos de su clase. No habiéndolos en el lugar del juicio, podrá recurrirse a los de los inmediatos.

La Sala, o en su caso el Juez, con presencia de lo que las partes o los interesados hubieren expuesto y de los informes recibidos sobre los honorarios, aprobará la tasación o mandará hacer en ella las alteraciones que estime justas, y a costa de quien proceda, sin ulterior recurso.

Cuando sea impugnada la tasación por haberse incluido en ella partidas de derechos u honorarios cuyo pago no corresponda al condenado en las costas, se sustanciará y decidirá esta reclamación por los trámites y con los recursos establecidos para los incidentes.

Deben consultarse también de un modo particular los arts. 5, 7, 8, 10, 31, 37, 39, 108, 151, 211, 227, 228, 234, 292, 293, 309, 374, 396, 475, 645, 842, 850, 916, 1.154, 1.413, 1.445, 1.474, 1.475, 1.557, 1.582, 1.603, 1.648 a 50, 1.661, 1.748, 1.767, 1.771, 1.784, 1.785, 1.787, 1.809, 2.088, 2.098, 2.106, 2.108 de la mencionada ley procesal,