

SEGUNDA PARTE

La actuación de la ley en el proceso civil. Sus formas y condiciones (Condiciones de la acción).

§ 5.

La actuación de la ley en favor del actor.

I. Sentencia estimatoria de la demanda.

I. *Concepto de la sentencia* (1).—Hemos visto (págs. 103, 113 y 116) que bajo el nombre de *sentencia* compréndense resoluciones judiciales substancialmente diversas entre sí. En este lugar nos ocupamos únicamente de la sentencia que resuelve sobre el *fondo* de la demanda. Recordando cuanto hemos dicho acerca de la acción y del destino del proceso podemos dar un concepto elemental de la sentencia de fondo, común a sus diversas formas: *La sentencia de fondo es la resolución del juez que estima o rechaza la demanda del actor dirigida a obtener la declaración de la existencia de una voluntad de ley que le garantice un bien, o de la inexistencia de una voluntad de ley que lo garantice al demandado.*

(1) KISCK, *Beiträge zur Urteilslehre* (Contribución a la teoría de la sentencia), Leipzig, 1903; ROCCO, *Sentenza civile*, cit.; MORTARA, *Comm.* II, número 415 y siguientes; IV, número 32 y siguientes, MATTIROLO, *Trattato*, IV, número 1 y siguientes; SCHMIDT, 2.^a ed. pág. 727; KLEINFELLER, § 66; WEISMANN, I, § 54 y siguientes.

Estimar la demanda del actor significa, pues, actuar la ley en favor del actor de un modo positivo o negativo según los casos o sea *afirmando la existencia de una voluntad de ley que garantice un bien al actor o negando la existencia de una voluntad de ley que garantice un bien al demandado*. Y análogamente *rechazar* la demanda, significa actuar la ley de un modo negativo o positivo según los casos, *negando la existencia de una voluntad de ley que garantice un bien al actor o afirmando la existencia de una voluntad de ley que garantice un bien al demandado*. Nos ocuparemos antes de la sentencia que *estima* la demanda del actor y de sus condiciones. Establezcamos algunos principios generales que se refieren, especialmente, a la forma más común de sentencia favorable al actor, a la que tiene un contenido *positivo*.

II. *Correspondencia entre la demanda judicial y la sentencia* (1).—Trataremos ante todo de la demanda judicial como acto

(1) La materia aquí estudiada llévase ordinariamente al campo del derecho substancial (parte general del derecho civil), véase WINDSCHEID, § 123 y siguientes, y las notas de FADDA y BENSA a dichos §§; CROME, *Parte generale del diritto privato francese*, § 46, y allí las notas de ASCOLI y CAMMEO. El tema ha sido, sin embargo, objeto de notables tratados especiales: BUCHKA, *Die lehre von Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältniss* (*La teoría de la influencia del proceso en la relación jurídica substancial*), Rostock, 1846, 1847; ROSSHIRT, *Zur Lehre von den Wirkungen des Processes auf das materielle Recht* (*Teoría de los efectos del proceso en derecho substancial*), Heidelberg, 1848; KOHLER, *Prozesshandlungen mit Civilrechtswirkung* (*Actos procesales con efectos de derecho civil*), en la *Rivista pel proc. civ. ted.*, vol. 29. p. 1 y siguientes. Deben verse además en general las obras de derecho romano acerca de la *litis contestatio* y la *consumación procesal* (SAVIGNY, KELLER, BEKKER, WLASSAK, etc.) En los tratados de derecho procesal esta materia encuentra lugar más o menos ampliamente en el desenvolvimiento del proceso, y según los diferentes procesos y los diversos sistemas de tramitación o bajo el tema «efectos substanciales del acto de citación» (MORTARA, *Comm.*, III, número 227 y siguientes; SIMONCELLI, *Lezioni*, cit. pág. 515 y siguientes), o bajo el tema «efectos del primer decreto» (BAYER § 174), «efectos de la *litis contestatio*» WETZEL, pág. 123 y siguientes), «efectos de la *litispendencia*» SCHMIDT, 2.^a ed. § 69, página 413; WEISMANN, I, § 88).

constitutivo de la relación procesal sin consideración del hecho de que sea fundada o infundada (véanse §§ 41 y 42). Aquí hablamos de la demanda judicial *fundada* o sea como acto de ejercicio de una acción que efectivamente corresponde (*spettante*). Como tal es la *declaración de voluntad del actor de que sea actuada en favor suyo la ley* (véase pág. 75), y puesto que, y en cuanto esto se da con la sentencia, la demanda y la sentencia hállanse en una relación estrecha, las condiciones de la sentencia favorables al actor y las condiciones de la acción (como exactamente se les llama en nuestra doctrina) son lo mismo.

Pero todavía hay más. Esta relación entre la demanda y la sentencia origina una serie de fenómenos que comúnmente se llaman *efectos substanciales de la demanda judicial*, y más propiamente *efectos del proceso*. Suele hablarse también de influencia del proceso *en el derecho substancial*. Pero conviene tener presente que la relación entre el derecho y el proceso moderno difiere mucho de la que existía en los derechos antiguos. En el derecho romano clásico, la constitución del juicio mediante la *litis contestatio* tiene este efecto en gran número de relaciones: la relación originaria se desvanece, *se consuma* y se sustituye por un derecho nuevo que se identifica con el proceso y hace independientes sus destinos (principio de la *consumación procesal*). Aún terminando el pleito sin una decisión de fondo, la acción originaria no podía reproducirse (*de eadem re ne bis sit actio*). Un principio análogo presenta el antiguo proceso germánico.

En cambio hoy observamos una perfecta separación entre el derecho como espectación de un bien y el *proceso* como medio de conseguirlo independientemente de la voluntad del adversario. La vida del primero permanece inmutable mientras pende el segundo. Por esto no es rigurosamente exacto hablar de la influencia del proceso en el derecho.

Los efectos procesales de que hablamos se reconducen al siguiente principio, que pertenece al derecho procesal, porque está determinado por razones procesales aunque manifieste sus efectos en el campo del derecho substancial (1). La acción es un poder

(1) No es este caso el único. Análogamente es procesal el principio que deja a salvo los derechos de los terceros en caso de reforma extraordinaria de la sentencia (*revocación*): véase § 82, VII.

jurídico del particular contra el particular, pero derivado del Estado y fundado en la posibilidad de una actividad del Estado. La demanda judicial contiene pues: *a)* la declaración de voluntad de que sea actuada la ley; *b)* la invocación de la actividad del Estado. Esta actividad, para obrar la actuación de la ley precisa un cierto período de tiempo; pero la demanda judicial, como declaración de la voluntad de que sea actuada la ley, en si misma agota ya el poder jurídico de producir la actuación de la ley, contiene ya potencialmente la actuación de la ley. Por consecuencia: *la sentencia que admite la demanda debe actuar la ley como si esto ocurriese en el momento de la demanda judicial; la duración del proceso no debe obrar en detrimento del actor* (1).

Nuestro derecho positivo contiene numerosas aplicaciones de este principio: algunas nos presentan una relación no solamente entre la demanda judicial y la *sentencia*, sino entre la demanda y otros actos de actuación de la ley, como la ejecución, pero la relación constante y típica es entre demanda y sentencia (2).

a) El poseedor *aún siendo* de buena fé está obligado a restituir los frutos de las cosas que ha disfrutado después de la demanda judicial (Cód. civ. arts. 32, 45, 703, 864, 933, 1086 y 1094). Cuando se dice que la demanda judicial constituye al poseedor en mala fé, se afirma una cosa contraria a la realidad de la vida y se equivoca al principio de la ley. La obligación de restituir los frutos no se funda en la cesación de la buena fé sino en el principio procesal según el cual «debe darse al actor lo que le podría corresponder si la ley hubiese actuado a su favor en el momento de la demanda (*res cum omni causa*)» (3). Por esto el poseedor debe restituir los frutos posteriores a la demanda aunque no estén recogidos, aunque hubiesen perecido *aun sin su culpa*, a no ser que pruebe que *igualmente hubieran pere-*

(1) WINDSCHEID, loc. cit.; KOHLER, loc. cit.; WEISMANN, I, pág. 355 IV.

(2) Existen otras relaciones entre demanda y sentencia: por ejemplo el juez en la sentencia no puede pronunciar más allá de la demanda (*ultra petita*) etc. Pero aquellas fúndanse solo en lo naturaleza de acto constitutivo de la relación procesal que tiene la demanda, no suponen que la demanda sea *fundada*. De ahí que de estas relaciones tengan importancia solo procesal hablamos en la IV y V parte (por ejemplo § 47).

(3) Véase en igual sentido MORTARA. *Commen.* III núm. 229.

cido en poder del actor. El principio se limita por su naturaleza a los frutos *posteriores* a la demanda, no se extiende pues a los frutos *anteriores* a la demanda aunque todavía *no estén consumidos*. Los artículos 234 y 1429 parece que dispone lo contrario, pero solo aparentemente porque se refieren a administradores con obligación de rendir cuentas limitada a los frutos existentes.

b) La responsabilidad del poseedor en cuanto a la cosa poseída no disminuye cuando ha cesado de poseer la cosa *por hecho propio* después de la demanda judicial (*ficta possessio*). Debe recuperar la cosa a su costa o resarcir el valor de aquella (Código civil art. 439) (1).

(1) El actor tiene, no obstante, la elección de proponer la acción contra el nuevo poseedor. Nótese que esta norma se refiere únicamente a la *posesión* y a la *pérdida de la posesión*; de aquí que interese al *demandado* en la reivindicación, en cuanto que, perdida la posesión, cesa la legitimación pasiva (pág. 50) y el pleito no puede proseguir contra la misma persona sino cambiando el objeto (resarcimiento). Por esto la norma nada tiene que ver con la otra cuestión, enteramente distinta, del efecto de la sentencia respecto del sucesor a título particular durante el pleito, por ejemplo, por habersele hecho enajenación del objeto litigioso (véase aquí letra *h*) y más adelante §§ 71 y 80); esta cuestión puede presentarse tanto por parte del demandado como del actor porque ambos durante el pleito pueden enagenar los pretendidos derechos sobre la cosa; y es una cuestión que puede darse también sin que exista pérdida de posesión porque el poseedor puede enagenar durante el pleito y conservar la posesión de hecho que basta para la legitimación pasiva; cómo por otra parte puede haber pérdida de posesión sin que exista sucesión en la relación substancial porque, por ejemplo, el demandado no tenga ningún derecho en la cosa que poseía y que cesó de poseer o si también lo tenía no lo enajenó (la confusión entre las dos cosas no es rara: Véase por ejemplo en GALANTE, *Lezioni*, 2.^a edición págs. 390 y 771, quien a propósito de la sustitución procesal, en que nosotros incluimos el caso de la *enajenación durante el pleito*, (adelante § 36 núm. 1) nos observa que el art. 439 no tiene que ver nada con la sustitución). Que el art. 439 obligue al actor a *proponer* sus demandas contra el nuevo *poseedor* no puede significar que en caso de sucesión a título singular durante el pleito, la sentencia no desarrolle efectos en cuanto al sucesor. Y que el Código Albertino (art. 444) usase la palabra *proseguir* en vez de *proponer* no tiene importancia. Véase en sentido contrario LONGO, *L'azione contro il fictus possessor* en el *Archivio giuridico*, vol. 49, pág. 289 y siguientes.

c) Los intereses vencidos, las rentas vencidas producen intereses en virtud de demanda judicial (Código civil arts. 1232 y 1233).

d) Algunas acciones intransmisibles, una vez propuesta la demanda judicial pueden proseguirse por los herederos o contra los herederos (Código civil arts. 177, 178 y 1082) (1).

e) La sentencia debe condenar al vencido en los gastos del pleito (Código procesal civil art. 370). Este principio es también común a la sentencia favorable al demandado (véase § 77). Principio que, además admite algunas excepciones determinadas por la actitud de las partes.

f) A veces la sentencia constitutiva que normalmente produce efectos *ex nunc* o sea con su paso a cosa juzgada (§ 8 III), remóntase con sus efectos a la demanda judicial. Tal ocurre en el caso de separación de bienes entre cónyuges. (Cód. civ. arts. 1420, 1442); y puede añadirse el caso del art. 1645 del Código civil en el que la forma especial de expropiación que tiene lugar en favor de los obreros empleados en una obra dada en contrata sobre la acción del empresario hacia el comitente, comprende la deuda de éste en el estado que tenía al momento de promover la acción los operarios.

g) La sentencia constitutiva que pronuncia la revocación, rescisión o resolución de un negocio jurídico, obra también ordinariamente en perjuicio de terceros (Código civil arts. 1976, 1096, 1520). A veces la sentencia de revocación, rescisión o resolución de un negocio jurídico traslativo de inmuebles no perjudica a terceros pero sólo si han adquirido derechos sobre los inmuebles anteriormente *a la transcripción de la demanda judicial* (Código civil arts. 1080, 1088, 1235, 1308, 1511, 1553, 1787, 1933, número 3); quiere decir que no se tienen en cuenta los derechos adquiridos por los terceros *durante el proceso*, desde que la demanda se hizo pública mediante la transcripción. Sólo por excepción posterior, algunas veces déjanse a salvo todos los derechos de los terceros hasta el momento en que tiene lugar la nulidad (artículo 1068, Código civil).

h) Durante el proceso y hasta la sentencia que estima la de-

(1) Este efecto debe ser, se comprende, expresamente reconocido por la ley.

manda no corre a prescripción (Código civil arts. 2125 y 2128)

i) Tan necesario es este principio, que frecuentemente tiene aplicación aún en los casos no regulados expresamente por la ley. Por ejemplo, cuando la sumisión del extranjero a la ley del Estado y por lo mismo a su jurisdicción, depende de su residencia en el Estado (Código procesal civil art. 106, núm. 1), basta que ésta tenga lugar en el momento de la demanda. Y con el mencionado principio resolveremos la grave cuestión de los efectos de la cosa juzgada respecto de quienes *durante el pleito* han adquirido cosa litigiosa (§§ 71 y 80).

En todos estos casos tenemos un efecto *del proceso* y no de demanda judicial aisladamente considerada (1). Supónese que cosa es debida efectivamente, que el derecho existe efectivamente que, en una palabra, la demanda está *fundada*. Pero la certeza de una demanda fundada no puede tenerse *a priori*; supone una sentencia *que la haya estimado*. Esto es, un proceso terminado. A se explica porque cuando el proceso termina sin sentencia, como en caso de *renuncia o caducidad*, el efecto no se produce (Código civil arts. 178, 1945 y 1128). El caso más típico es la interrupción de la prescripción: impropriamente dice la ley que la *demanda judicial interrumpe* la prescripción; por esto precisase considerar que la demanda judicial *en sí misma* no produce éste efecto, sino que la existencia de un proceso terminado por sentencia que acogió la demanda detiene la prescripción en la misma fecha de la demanda, mientras que la existencia de un proceso terminado de otra manera no tiene influencia alguna en la prescripción. Si, pues, el proceso termina con sentencia declarando no poder resolver en el fondo de la demanda por nulidad o falta de otro presupuesto procesal la prescripción tiénese por no interrumpida (art. 2128). Si se trata de sentencia de tal naturaleza, resulta del hecho mismo que la sentencia «desestimatoria» es mencionada junto al *abandono* o la caducidad. Es impropio hablar en este caso de *desestimación* de la demanda: pero el código civil italiano, lo mismo que el francés, adopta la terminología de los prácticos: ni la sentencia desestimatoria a que se refiere el art. 2128 puede ser una sentencia de fondo, porque frente a una sentencia que desestima en el fondo

(1) Conforme para el caso b) GIORGI, *Obbligazioni*, VIII, 268.

no puede hablarse de *prescripción* sino de cosa juzgada sobre inexistencia del derecho (1). La ley no admite excepción más que

(1) Esta interpretación del art. 2128 (art. 2247 del código francés), puede considerarse tradicional en la doctrina italiana y francesa y ha ejercido influencia en las legislaciones más recientes hasta el punto de ser formulada en ellas como norma. Así en el código civil germánico (§ 212 «La prescripción tiénese por no interrumpida cuando se retira la demanda o es desestimada con sentencia definitiva que no decida sobre el fondo»), y ya el Código federal suizo de las obligaciones (art. 158: «*lorsque l'action ou l'exception a été rejetée pour cause d'incompétence du juge saisi, ou bien a raison d'un vice de forme susceptible d'être couvert, ou parce qu'elle était prématurée, le créancier jouit d'un délai supplémentaire de soixante jours pour faire valoir ses droits, si le délai de la prescription est expiré dans l'intervalle*»). Véase esta doctrina tradicional en GIORGI, *Obbligaz*, VIII, 368; PUGLIESE, *Prescrizione acquisitiva*, 3.^a ed., 1911, núm. 267; Casación de Roma. Sec. un., 11 Septiembre 1895 (*Giur. it.* 1895, I, pág. 877).

En contra MORTARA, *Comm*, III, núm. 228; TOCCI, en la *Giur. it.* 1911. IV, pág. 58 y siguientes (en el sentido de que la «desestimación» del artículo 2128 se refiera exclusivamente al fondo; COVIELLO, N. *Manuale di D. C.*, I, pág. 456, nota (En el sentido de que la «desestimación» puede referirse tanto a la forma como al fondo), C. Roma, 1 Junio 1909 (*Giur. it.* 1909, página 1216).

Los argumentos de TOCCI, son éstos: a). La ley italiana es diferente de la francesa, porque a nuestro art. 2125 fué añadida la frase «o de cualquier otro acto que la constituya en mora de cumplir la obligación»; por esto cuando la demanda judicial es de tal suerte que pueda valer como acto de constitución en mora, interrumpe la prescripción (pero a esto se opone el artículo 2128, 1.^a parte, del que resulta que aunque la ley hubiere considerado la demanda judicial como un acto de constitución en mora, la habría regulado siempre a parte negándole el efecto interruptivo cuando fuese nula como demanda judicial para impedir — desde un punto de vista enteramente procesal — que sean lanzadas con demasiada ligereza demandas judiciales, con el único fin de interrumpir la prescripción; pero en realidad la frase «o de cualquier otro acto, etc.», no se refiere a la demanda judicial sino al (*precepto*), que es un verdadero acto de constitución en mora, y la adición fué determinada precisamente por las cuestiones suscitadas en la doctrina francesa (LAURENT, 32, núm. 110), acerca de la sola mención del *precepto* en el 2244 francés. Que nuestra demanda judicial no es considerada por la ley como acto de constitución en mora resulta también del hecho de que pierde el efecto interruptivo en los casos de *abandono* o caducidad, lo cual no tiene sentido respecto de una constitución en mora); b).

para la sentencia que declara la incompetencia (art. 2125); en este caso la ley considera la actuación de la ley como verificada en la

La *Comisión* de coordinación (acta 44), manifestó la opinión de que el juez pueda decidir si la citación nula por defecto de forma e incapaz para arraigar el juicio tiene valor al menos como acto interruptivo (pero esto además de ser poco importante porque es contrario al texto del art. 2128, no es exacto: tal opinión fué expresada por CASSINIS, mientras que MANCINI entendía que el art. 2128 excluía la interrupción en todos los casos en que la demanda sea nula, y por lo tanto, también cuando sea válida en sí misma como acto de constitución en mora, y proponía una apostilla para dejar a salvo éste último caso, pero DE FORESTA creyó peligrosa la proposición por considerarla fácil a originar cuestiones: de aquí que el artículo fuese dejado como ahora se lee); c). Es contradictorio sostener que la sentencia que desestima la demanda por falta de presupuestos judiciales deja *imprescindible la acción*, (CHIOVENDA, *Principii*, 2.^a ed., páginas 80, 109, 111; antes páginas 111, 163 y 166) y sostener que aquella priva del efecto interruptivo de la prescripción produciendo la extinción de la acción (Bien claro está que tal contradicción no existe, porque la primera proposición contiene una regla *general*, la segunda se refiere a un efecto *particular* y enteramente *indirecto*: así la caducidad por el art. 341 Cód. proc. civ. *no extingue la acción*, pero por el 2128 priva a la demanda judicial del efecto interruptivo); d) La «desestimación» es palabra que puede referirse únicamente al examen del fondo (pero el art. 490 del Cód. proc. civ. demuestra que la ley habla de desestimación aun refiriéndose a la forma).

Tanto TOCCI como MORTARA argumentan con los inconvenientes que puede presentar el art. 2128 interpretado según la doctrina común (desestimación en la forma). Pero esto se resuelve verdaderamente en una censura de la ley, porque tales inconvenientes no impiden que la ley tenga un sentido y claro; mientras que decir—como decimos nosotros—que si la sentencia ha desestimado «en el fondo» no puede hablarse de prescripción sino de cosa juzgada, no es (como nos objeta TOCCI) censurar a la ley sino sólo excluir una interpretación por la cual la ley carecería de sentido. El mismo MORTARA está de acuerdo en esto aunque entiende que existen algunos casos en que esta interpretación podría tener un sentido.

El primero de estos casos, expuesto por MORTARA en las dos primeras ediciones del *Comm*, III, núm. 228, es el de la sentencia que desestimó en el fondo, *pero no fué notificada* no pudiendo, por lo mismo, dar lugar a la cosa juzgada y por esto la excepción de prescripción podría hacerse valer en *apelación*. Pero para nosotros es evidente:

1.º Que el art. 2128 del Código civil ha sido dictado en la hipótesis de que en un *nuevo* proceso sea propuesta la demanda que incurrió en

fecha de la *primera* demanda judicial, aunque fuese promovida ante juez incompetente porque la esencia de la demanda judicial como ejercicio de la acción está en la válida declaración de volun-

caducidad o ha sido renunciada o desestimada en el *primer* proceso. En cambio, en el procedimiento de apelación nos encontramos siempre *en el mismo proceso* (página 114); trátase y júzgase todo sobre la base de la demanda que ha iniciado el proceso y mientras dura el mismo proceso no pueden cesar los efectos que se remontan a su comienzo.

2.º Que el art. 2128 supone una sentencia desestimatoria *devenida definitiva*: porque sería absurdo que una sentencia *desestimatoria* produjese un efecto tan grave apenas publicada. Supongamos la hipótesis de que el pleito se haya iniciado el último día del término prescripcional: el mismo día que se ha publicado la sentencia desestimatoria, antes de que el condenado tenga la posibilidad material de impugnarla, ocurriría que la prescripción (como no interrumpida), se encuentra consumada. Esto prueba que la sentencia desestimatoria de que habla el art. 2128 no debe estar sujeta a impugnación; y como se tiene el derecho de impugnar la sentencia en un término que comienza desde la notificación, o en defecto de este en 30 años, es evidente que no puede verificarse la hipótesis de MORTARA.

Adhiriéndose, en parte, a estas objeciones, MORTARA en la 3.ª ed. del *Comm.* (y en la *Giurt. it.* 1912, I, pág. 77 y siguientes), ha excluido de este caso las sentencias sometidas a apelación, limitándolo a las sentencias desestimatorias sometidas tan sólo a medios extraordinarios y no notificadas pensando que entonces la sentencia produce su efecto, incluso el del artículo 2128, sin más que con la publicación. Pero las objeciones subsisten porque permanece sobre todo el absurdo de que una sentencia desestimatoria (si se inició el pleito, supongamos, el último día del término prescripcional), devenga irrevocable con la publicación. Esto es contrario a la ley que admite el recurso de casación y la demanda de revocación sin distinciones aun contra las sentencias desestimatorias, las cuales en otro caso quedarían así de hecho privadas de él en los casos en que el tiempo anterior a la citación esté próximo a rematar el término prescripcional (¿y por qué además no se debería computar en la prescripción también la duración del proceso, visto que la ley habla de prescripción *que se tiene como no interrumpida*? Esta es una limitación evidentemente contraria a la ley con la cual quiérense temperar las consecuencias absurdas de una interpretación inaceptable). Tendríanse así sentencias contra las cuales el medio de impugnación concedido por la ley no serviría al vencedor para los fines especiales que se consiguen con la impugnación. Añádase que la naturaleza de los medios extraordinarios no conduce a este resultado. Que estos no impidan a la sentencia producir sus efectos con su publicación, bien está,

tad de que la ley sea actuada (1). El error que consiste sólo en la invocación del juez no ha parecido al legislador que debiese impedir el efecto del proceso en cuanto a la prescripción (2).

Este, como otros efectos del proceso suele justificarse considerando la demanda judicial como *acto de constitución en mora*. Este concepto entiéndese con algunas restricciones. En *si misma*

pero falta demostrar qué efectos son estos. Los medios extraordinarios no son sino acciones de impugnación contra actos jurídicos viciados, que la ley procesal configura de especial manera (§ 82, V); tienen, pues, como toda acción, un término de vida: notificada la sentencia este término redúcese a pocos días; no notificada es el término de prescripción. Podrá discutirse si esta prescripción es la de 30 años o la especial de la relación controvertida (núm. III); pero lo cierto es que ésta comenzará a correr *ex novo* desde la publicación de la sentencia, de manera que en grado de impugnación podrá oponerse *la nueva* prescripción consumada, no la que fué interrumpida (PUGLIESE, op. cit. número 267 nota). El vicio que justifica la demanda de revocación puede ser descubierto muchos años después de la publicación, pero en todo caso dará derecho al vencido a ser *puesto en el estado anterior al pronunciamiento* de la sentencia, a menos que la nueva prescripción esté cumplida (Código procesal civil. art. 497-507).

Los otros casos propuestos de aplicación práctica de la interpretación de la desestimación del art. 2128 como desestimación «en el fondo» son igualmente de verificación imposible. En el caso derivado (MORTARA, COVIELLO), del art. 2131 del Código civil la demanda desestimada «en el fondo» respecto de uno de los acreedores solidarios es cierto que no interrumpe la prescripción en cuanto a los otros acreedores, pero no por aplicación del art. 2128 sino porque aquella no la ha interrumpido respecto del actor, que fué repelido, y en virtud del mismo art. 2131 no puede interrumpirla respecto de los demás. En el caso de acción posesoria desestimada (MORTARA) la interrupción de la prescripción de la reivindicación exclúyese no por el 2128 sino porque son distintas la acción de reivindicación y la posesoria; el ejercicio de esta no interrumpe la prescripción de aquella.

(1) El Código civil germánico § 212 extiende este favor al caso de renuncia de los actos y de desestimación no en el fondo, pero siempre que la demanda se haya propuesto dentro de seis meses. También el Código federal suizo de las obligaciones (art. 158), admite este término para volver a proponer la acción, pero sólo de sesenta días.

(2) Consúltese ZITELMANN, *Zum Recht der Eheanfechtung*, en las publicaciones por BEKKER, páginas 145-161.

la demanda judicial no es *un acto* de constitución en mora, porque la declaración de voluntad que contiene dirígese a la actuación de la ley, no a la prestación del demandado (1). Pero la ley puede equiparar en los efectos la tardanza que el deudor pone en verificar el pago después de conocida la voluntad del acreedor de conseguir en el proceso el bien que la ley le garantiza, a la tardanza que pone después de conocida la voluntad del acreedor de conseguirlo mediante la prestación del deudor. Cuando se da esta equiparación, no puede establecerse de modo general sinó caso por caso (2). La relación entre demanda judicial y constitución en mora puede expresarse así: para que continúe la mora del acreedor precísase que la demanda sea válida *como tal*; pero no basta que la demanda sea válida como tal para que siga la mora, puesto que la demanda judicial tiene sus normas propias y puede constituir el proceso independientemente del conocimiento que de ella tenga el demandado (ejemplo Cód. proc. civ art: 141) (3). En cuanto a los efectos del proceso antes emunerados, estos se remontan a la demanda como tal, no a la mora. Los efectos que la ley da a la mora (Cód. civ. arts. 1223, 1231 y 1298) *pueden* verificarse en el proceso, pero no necesariamente.

Los efectos del proceso remóntanse a la fecha de la demanda, no de la *comparecencia* (véase § 42); mucho menos al día de la *contestación de la litis*, que es una institución desconocida en nuestro derecho (véase §§ 47, 69 y 70).

III Efecto general de la sentencia positiva que acoge la demanda.—La sentencia sobre el fondo produce la cosa juzgada, y

(1) Conforme con esto PUGLIESE, *Prescrizione acquisitiva*, 3.^a edición 1911, pág. 473. La no contradicción de cuanto llevamos dicho en el texto con el art. 2125 del Cód. civ. explicase en la nota de la pág.

(2) La frecuencia con que esta equiparación se da y la inveterada costumbre de confundir derecho y acción, problemas substanciales con problemas procesales, explican porque ordinariamente se confunde la demanda judicial con la constitución en mora. Manifiéstanse aquí palpablemente la importancia de la autonomía del derecho procesal.

(3) Véase sobre el particular, y en general sobre las normas dictadas para las notificaciones procesales y su aplicación a las notificaciones de derecho privado BARASSI, *La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*, Milán 1906. págs. 84 y sigtes. 108 y siguientes.

de este efecto común a las sentencias estimatorias y desestimatorias hablaremos en lugar oportuno (§ 78). La sentencia estimatoria, en cuanto afirma la existencia de una voluntad de ley que garantiza un bien al actor, no añade nada a esta voluntad en las relaciones entre el actor y el demandado: mucho menos les sustituye una voluntad nueva: la idea de que la sentencia produce una novación simple o aumentativa, es extraño a nuestro derecho. Pero la sentencia produce una *novedad jurídica*; puesto que actuando la ley con la declaración, ésta agota el poder jurídico del actor o sea, *consume la acción*; en el mismo momento nace a favor del actor un nuevo poder jurídico, esto es es, una nueva acción que consiste en el *poder jurídico de poner en ser la condición para la ulterior actuación de la voluntad de la ley declarada en la sentencia*. Este poder ofrece una fundamental identidad, no obstante toda diferencia procesal, con la *actio iudicati* romana y puede conservar su nombre. La *actio iudicati* comprende bajo el fin común de la actuación de la ley los dos estadios autónomos del conocimiento y de la ejecución: *con la demanda judicial inicial (citación) piden solo una sentencia, no la ejecución*.

Cual es la voluntad de la ley a cuya actuación se tiende con la *actio iudicati* dedúcese de la sentencia y solo de la sentencia. No se puede remontar a los hechos anteriores a la sentencia, considerados como existentes por el juez, sino para *interpretar* cuando corresponde la sentencia. Así por lo regular el ser estos hechos regulados por una o por otra ley (por ejemplo civil o mercantil) no tiene importancia después de la sentencia pasada en calidad de cosa juzgada, *por lo que se refiere a la ejecución de la sentencia misma*: las diversidades de las normas vienen a punto cuando se trata de saber *si existe* una voluntad de ley que garantice un bien, pero afirmada esta voluntad solo resta proveer a la *consecución* de aquel bien por normas idénticas en todos los casos. La obligación de encabezar las sentencias con la indicación de la naturaleza del pleito (Cód. proc. civ. arts. 157 y 436) no tiene alguna relación con la ejecución: las controversias en torno a este pertenecen siempre al juez de la ejecución (art. 570) salvo casos excepcionales (1). Se ha objetado que, según este principio: a) Si la sentencia condena

(1) Al Tribunal de Cuentas está reservada la interpretación de sus decisiones: art. 48, ley 14 Agosto 1862.

al pago del interés *legal*; debería siempre excluirse la tasa comercial; b) Si una deuda comercial está reconocida por una sentencia no se podría pedir por el acreedor la quiebra del deudor faltando la *causa de comercio* exigida por el art. 687 del Código mercantil. Pero en cuanto a los intereses, la cuestión relativa a la tasa a que se refirió el juez, es cuestión de *interpretación* de la sentencia. En cuanto a la quiebra no se pide mediante ella la *ejecución de la sentencia* sino la apertura de una ejecución colectiva; el crédito y no la sentencia es condición para obtenerla y si el crédito tiene o no causa comercial júzgase independientemente de la sentencia de condena.

La *actio judicati* es, como toda acción, prescriptible; pero de cuanto hemos dicho dedúcese que lógicamente no puede estar sujeta a otra prescripción que la de *treinta años* (1). Cualquier razón práctica que se otorgue a las prescripciones distintas de la de treinta años desaparece frente a la sentencia. Particularmente la prescripción de diez años en materia comercial hállase determinada por las necesidades de las relaciones comerciales que suelen ser liquidadas en poco tiempo y menos consienten la inacción de los acreedores: Pero bien está esto mientras la inacción puede significar inercia como ocurre antes del juicio; pero la inacción de

(1) Cuestión vivamente controvertida. Consúltese para estudiar la opinión expresada en el texto: GALANTE, *Sulla prescrizione dell'actio judicati*, en la *Giur it* 1900 IV 274; MORTARA, *Comm.* II núm. 442; VIVANTE, *Trattato*, 2221; RICCA-BARBERIS, en la *Riv. di dir. comm., industr. e marit.*, vol. 2, parte II, pág. 118; y vol. 5, II, pág. 209; MAIORANA: *La prescrizione in materia commerciale*, 1912 pág. 33 y siguientes (excluyendo la sentencia de simple declaración) en igual sentido manifiéstase la mayoría de las sentencias, incluso las más recientes, como Cas. Roma, 31 Diciembre 1906 (*Giustizia* 1907, p. 67); 24 Noviembre 1906 (*Foro ital.*, 1907, 18, en los motivos); 31 Diciembre 1909 (*Riv. di comm.* 1910, II 671). La cuestión está expresamente resuelta en este sentido por el Cód. civ. germ. (§ 218). Para conocer la opinión contraria FADDA, en el *Foro it.* 1898 pág. 1282 y siguientes, y en la *Riv. di dir. comm.* 1909, p. 125. CALDA, *La prescrizione dell'azione esecutiva*, 1910, admite la «conversión» de las prescripciones cortas excepcionales en prescripcinn ordinaria; pero niega la de la prescripción comercial de diez en treinta años. En tal sentido LORDI, *La prescrizione del giudicato in materia commerciale*, en la *Riv. di dir. comm.*, 1910, II, 674.

un acreedor provisto de sentencia, la mayor parte, de las veces solo depende de la falta de bienes objeto de excursión y no hay motivo para convertir en ventaja del deudor su impotencia económica (1). Si una sentencia está sujeta a un gravámen que impide la *actio iudicati* (véase adelante § 82) debe notificarse para que transcurra el término del gravámen (Cód. proc. civ. art. 467). El derecho del vencedor consiste en este respecto *en el poder jurídico de producir el transcurso del término mediante la notificación de la sentencia*.

También este momento especial de la acción está sometido a la prescripción de treinta años que transcurre desde la publicación de la sentencia (2).

Puede suceder el caso opuesto, o sea que el derecho se desconozca en primer grado por una sentencia desestimatoria. En este caso no puede hablarse aún de *actio iudicati* ni actual ni po-

(1) CALDA, ob. cit. que insiste particularmente en la persistencia frente al fallo de las razones justificativas de la prescripción distinta de la de treinta años, olvida, en nuestro sentir la más importante razón, que es la indicada en el texto. Se preocupa sobre todo de la posibilidad de que la inercia del acreedor haga difícil al condenado la prueba de la liberación. Este modo de considerar la prescripción es muy unilateral; además es de observar que el deudor que paga en virtud de la sentencia debe ponerse en situación de justificar con especial seguridad la liberación (este es precisamente un caso de carta de pago *no ordinario* según las leyes fiscales del Timbre art. 13 y de Registro art. 148).

(2) En este sentido véase COVIELLO L. en el *Foro italiano* 1894 página 31; COVIELLO N. *Manuale di D. C.* I pág. 554. También FADDA en la *Rivista Prática di Giurisprudenza*, 1904 (y *Foro italiano* 1904, pág. 540) observa que quien no considere aplicables las prescripciones especiales a la *actio iudicati* debe consecuentemente tratar de la misma manera el *derecho de notificar* la sentencia en que se produzca la cosa juzgada. Pero muchos fallos aplican en este caso la prescripción especial: véase Cas. Nápoles 24 Marzo 1904 (*For. ital.* 1904, pág. 540), Cas. Roma 7 Abril 1904 (*For ital.* id.); Cas. Nápoles 22 Agosto 1905 (*For. ital.* 1905, pág. 1215); Cas. Roma 24 Noviembre 1906 (*For. ital.* 1907 pág. 18); C. Nápoles 17 Enero 1910 (*For. ital.* 1910, pág. 1256 y demás allí citados, con nota de LORDI); vease MAIORANA *Prescritz* cit. pág. 33. La C. Roma 31 Diciembre 1909 cit. aplicó en este caso la *prescripción decenal comercial* aunque se tratase de prescripción originaria más breve.

tencial. Solo se tiene un derecho de apelar con la función de representar el derecho deducido en el pleito (antes pág. 75). Pero no debe creerse que este derecho *procesal* de apelar esté sujeto a la prescripción a que se hallaba sometida la acción originaria: esta prescripción se ha interrumpido en el momento de la demanda y no puede *jamás* volver a comenzar su curso; solo la conclusión del proceso por renuncia, caducidad o sentencia desestimatoria, pero no en el fondo (véase pág. 166) producirá el efecto no ya de abrir un nuevo curso a la prescripción sinó de destruir cualquier apariencia de interrupción. Por el contrario, la sentencia desestimatoria en el fondo o deviene definitiva y excluye la existencia del derecho, y si está sujeta a medios de impugnación extraordinarios que no impiden su carácter definitivo, son estas verdaderas y propias acciones de impugnación de un acto jurídico que no pueden hallarse sujetas—en silencio de la ley—sinó a la prescripción general de treinta años (antes pág. 169 y adelante § 82, V); o no deviene definitiva y el proceso no está aún terminado y por tanto el efecto del proceso relativo a la prescripción está todavía en vigor. Por esto los derechos de apelar, de recurrir en casación, de pedir la revocación de sentencias *no notificadas*, están, por diversas razones, sometidos solo a una prescripción autónoma, esto es la prescripción *de treinta años* (1).

IV *Condiciones generales de la sentencia positiva que estima la demanda* (2).—A) *La existencia de un derecho*. La primera condición para que el juez pueda afirmar una voluntad concreta

(1) En contra en este caso COVIELLO *L. loc. cit.* Por lo demás en todos los problemas examinados en este núm. III, se manifiesta de nuevo la importancia de la distinción, de la relación substancial de la procesal, y del derecho de la acción.

(2) Sobre esta materia especialmente VITI *Commento, Mattiolo, Trattato*, I, núm. 53 y sigs.; MORTARA, *Comment.*, II núm. 459 y sigs.; SIMONCELLI, *Lezioni* § 33; HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht* (Derecho y acción), Jena, 1900, pág. 116 y sigs.; y *Manuale*, I, pág. 143 y sigs.; SCHMIDT 2.º ed., pág. 695 y sig.; WEISMANN, I, §§ 20, 61; STEIN *Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes insbes bei der Verurteilungsklage* (Acerca de las condiciones de la tutela jurídica; en particular en la acción que persigue la condena) en las publicaciones en honor de FITTING; 1903.

de la ley que garantice un bien al actor es, naturalmente, la de que *él considere existente tal voluntad*. Esta opinión del juez debe —como ya sabemos (pág. 86)—fundarse en dos juicios:

a) Un juicio mediante el cual el juez considera como existente una norma abstracta de ley (cuestión de derecho).

b) Un juicio mediante el cual el juez considera como existentes uno o más hechos respecto de los cuales la norma de ley deviene voluntad concreta (cuestión de hecho).

La cuestión de derecho comprende a su vez dos problemas: el de si la ley basándose en una categoría de hechos garantiza un determinado bien; y el de si un hecho determinado, considerado abstractamente entra en la categoría prevista por la ley (ejemplo, ¿puede pedirse el pago de una apuesta hecha con ocasión de un juego gimnástico? Código civil artículo 1803.—¿Las carreras ciclistas son un juego gimnástico?).

La cuestión de hecho consiste en declarar si existen las circunstancias sobre cuya base el juez debe, conforme a la ley, considerar existentes ciertos hechos concretos. (Ejemplo: ¿Está probada la apuesta entre X y Z en las carreras ciclistas? ¿El ciclista N ha sido declarado vencedor?). *Cuales sean* estas circunstancias puede constituir a su vez una cuestión de derecho donde se presente en abstracto: por ejemplo: ¿cuándo tiene lugar una *apuesta*?

La cuestión de derecho se presenta naturalmente primero: si la norma a que se refiere el actor no existe como norma abstracta es inútil investigar si ha devenido concreta; la demanda es infundada. Así vemos a menudo tal cuestión tratada aparte en la ley: por ejemplo, correspondiendo a la autoridad judicial en el sistema italiano la actuación de todas las normas que garanticen un bien aun frente a la administración pública, si aquella se declara competente o incompetente frente a esta, no hace sino declarar existente o inexistente como norma abstracta la norma invocada por el actor (ley 31 Marzo 1877, art. 4.º). Lo mismo ocurre cuando la autoridad judicial se declara incompetente respecto al demandado extranjero (véase pág. 67 y §§ 13, 16 y 30). La distinción entre cuestiones de derecho y de hecho es también importante a los efectos del recurso de casación, puesto que la casación en cuanto vuelve a examinar el *juicio* del juez inferior, no se ocupa más que de las primeras (§ 20, II; 87).

La rigurosa aplicación del principio de que «la ley debe actuar»

se como si apareciese en el momento de la demanda» llevaría a dos consecuencias prácticas: a) Que el juez no debe tener en cuenta los hechos *extintivos* del derecho posteriores a la demanda; b) Que tampoco debe tener en cuenta los hechos *constitutivos* del derecho y de la acción posteriores a la demanda. De este rigor en las dos aplicaciones tiene ejemplos el derecho romano clásico. En el derecho moderno ese rigor ha desaparecido precisamente por el principio de la economía de los juicios. Por consecuencia, el juez pronuncia fundándose en cuanto resulta al término de la discusión, y por tanto: a) *Absuelve* al demandado si el derecho se ha extinguido durante el pleito (ya era máxima de los sabinianos: *omnia judicia esse absolutoria*); b) Estima la demanda si el hecho en que se fundaba se ha verificado durante el pleito (*jus superveniens*). En este segundo caso conviene que no se trate de demanda *nueva*, según los principios de la identificación de las acciones (§ 12) (1). En el primero, no pudiendo declararse infundada la demanda tiene lugar la definición de la controversia «*por cesación de la materia de la discusión*». En ambos casos los gastos del pleito se regulan de una manera especial.

Ordinariamente la demanda judicial no puede ser condicionada, pero hay casos en los cuales en el mismo momento en que se actúa una voluntad de ley, nace a favor del actor el poder de pedir la actuación de otra voluntad de ley: así en el momento en que se rescinde una enagenación nace en el actor, vuelto a ser propietario, el derecho de pedir la restitución de la cosa enagenada. En estos casos permítese al actor por economía de juicios pedir la rescisión, y al mismo tiempo, la restitución de la cosa, aunque en el momento de la demanda no sea él propietario: la segunda demanda está propuesta condicionadamente a la estimación de la

(1) La prohibición de cambiar la demanda durante el curso del pleito (§ 42 y 71), y por lo mismo de cambiar la *causa petendi*, no excluye que pueda hacerse valer una *causa superveniens*, cuando esta sea el mismo hecho jurídico que fué afirmado existente en la demanda judicial y que en aquel momento todavía no existía: así en la reivindicación la posesión del demandado, en la acción hereditaria la muerte del *deujus*, etc. En contra. ASCOLI y CAMMEO, trad. CROME, pág. 445, nota a, según los cuales es incompatible la prohibición del cambio de la *causa petendi* con la admisión de la *causa superveniens*.

primera (pág. 52). Veremos también que puede pedirse al oficial judicial la notificación del título ejecutivo y del precepto y algunas veces un acto de ejecución como la pignoración, aunque la notificación del título sea una condición del derecho a la ejecución (Código procesal civil artículos 562 y 578).

V. B) *La calidad o legitimación para obrar* (1). Esta condición de la sentencia favorable suele designarse con el nombre de *calidad para obrar*, bajo la cual indícanse también otras cosas diferentes, como el interés para obrar, y algunas veces la capacidad de representar a otros en juicio. Por lo mismo, preferimos nuestra antigua denominación de *legitimatío ad causam* (legitimación para obrar): con ésta entiéndese la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación *activa*) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación *pasiva*); mientras que con el nombre de *legitimatío ad processum* se indica la capacidad para estar en juicio por sí o por otros (§ 35, II).

En la mayor parte de los casos, la cuestión de la *pertenencia* de un derecho y de una acción se confunde con la cuestión de la *existencia* del derecho y de la acción: por ejemplo; si X prueba haber prestado 100 pesetas a Z, de ordinario prueba con esto mismo que el derecho de pedir la condena al pago de las 100 pesetas corresponde *a él mismo y contra el mismo Z*.

Pero, a veces, la cuestión de la existencia *objetiva* del derecho y de la acción y de su pertenencia *subjetiva* se ofrecen separadas al juez. Esto ocurre cuando otras personas se presentan *como po-*

(1) BETHMANN-HOLLWEG, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses (Ensayo sobre ciertas partes de la doctrina procesal civil)*, 1827, págs. 78-138; VETZELL, § 16; ROSENTHAL, *Die Sachlegitimation (La legitimación para obrar)*, 1903; y acerca de esto, BEHREND, en la *Rivista pel proc. civ. ted.*, XXXIII, pág. 565; HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, págs. 182 y sigs.; *Lehrbuch*, I, págs. 156 y sigs.; 316 y sigs. II, pág. 295; SCHMIDT, 2.^a ed., págs. 310 y sigs. WEISMANN, I, pág. 65; LUX, *Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft*, 1906; TEA, *Interesse ad agire*, 1907, págs. 83 y sigs.; en el *Annuario di Proc. civ.*, 1909, pág. 56; REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, 1911, págs. 88, 296 y sigs.

sibles interesados activa o pasivamente, en una, acción. Por ejemplo, puede discutirse si la reivindicación debe intentarse contra el poseedor o contra aquel que detenta *alieno nomine*. Según el Código Civil (art. 439), puede intentarse contra cualquier detentador; por eso se dice que el detentador está legitimado *pasivamente* en el juicio de reivindicación (salvo, en cuanto al arrendatario, lo dispuesto en el art. 1.582). Análogamente, la acción de rescisión puede proponerse contra el *tercer* poseedor (§ 1). En el proceso romano clásico, la cuestión de la legitimación pasiva podía resolverse antes de la concesión de la fórmula, induciendo interrogaciones al demandado; por ejemplo, si fué o no poseedor, por qué causa; si fué heredero de X, en qué proporción, y otras parecidas (*interrogationes in iure*) (1).

La cuestión de la legitimación para obrar preséntase especialmente:

1.º Cuando haya tenido lugar un traspaso de derecho (por herencia, cesión, etc.) En este caso, quien obra debe probar tanto la existencia originaria del derecho en el propio causante o de la obligación en el causante del demandado, como el traspaso ocurrido.

2.º En caso de relaciones jurídicas con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o de acciones de terceros contra los partícipes en una relación o estado jurídico. Trátase de saber entonces si una cierta acción puede ejercitarse por uno solo o contra uno solo. Muchas veces la misma Ley resuelve la cuestión: así, en las obligaciones solidarias e indivisibles, *cada uno* de los obligados está legitimado activa y pasivamente; esto es, puede obrar o ser demandado solo (Cód. Civ., arts. 1.184, 1.185, 1.186, 1.190, 1.206, 1.207 y 1.208); por el contrario, otras veces está mandado que una acción se proponga contra más personas (Cód. Civ., art. 168): en este caso, la acción no puede estimarse si no se propone contra todas. Cuando la Ley nada dice procede hacer esta distinción:

a) Si la acción tiende a la actuación de una voluntad de ley que impone una *prestación*, puede proponerse también por uno solo de los sujetos a quienes corresponde el derecho, o contra uno solo de los obligados a la prestación puesto que la obliga-

(1) KELLER-WACH, *Der röm Civilprozess*, pág. 261.

ción de la prestación está por su naturaleza *individualizada* por la persona del obligado y del acreedor, y de aquí que sea jurídicamente posible una sentencia que declare la obligación contra uno solo o a favor de uno solo, aunque la prestación no pueda hacerse prácticamente sino por más o a más. Por ejemplo, si la acción confesoria es ejercitada por uno solo de los condueños del fundo dominante y contra uno sólo de los condueños del fundo sirviente, puede estimarse porque la declaración de la servidumbre, aun respecto de un solo condueño, tiene siempre valor, como tiene valor la constitución de la servidumbre hecha por un solo condueño (Cód. Civ., art. 636).

b) Cuando, por el contrario, la acción tiende al *cambio* de una relación o estado jurídico *uno*, no puede proponerse sino frente a todos los partícipes de la relación o estado; porque lo que existe como *unidad* compuesta de varios, no puede cesar de existir como unidad sino respecto de todos: la sentencia que produce el cambio (sentencia *constitutiva*. Véase § 8) debe producirlo para todos los componentes, de otra manera *inutiliter datur*. Por ejemplo: la instancia para la división debe proponerse en *contradictorio* de todos los coherederos o condueños (Código Procesal Civil, art. 882). Otros ejemplos existen en la ley (Código Civil, arts. 104 y 1.525); Cód. Proc. Civ., arts. 611, 695, 721, 730, etc.) En estos casos, el litisconsorcio es *necesario*. (Véase § 88) (1).

3.º Cuando haya varios interesados respecto de un mismo objeto o patrimonio, o de las acciones relativas a un cierto patrimonio se haya privado al sujeto de él, y por esto pueda discutirse si una determinada acción corresponde a los interesados particulares o al total de ellos en su representación legal o al patrimonio

(1) CHIOVENDA, *Sul litisconsorzio necessario*, en los estudios en honor de Vittorio Scialoja, vol. I, págs. 283 y sigs. Milán, 1905, reproducidos actualmente en *Nuovi Saggi di diritto processuale civile*, 1912, págs. 219 y sigs.; PLANCK, *Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht* (*La pluralidad de las contiendas en el derecho procesal*), Göttingen, 1844; WACHENFELD, *Die nothwendigkeit Streitgenossenschaft* (*El litisconsorcio necesario*), Hannover, 1894; LUX, *Nothwendigkeit der Streitgenossenschaft*, 1906; HELLUIG, III, § 153; REDENTI, *Giudizio con pluralità di par^{ti}*, cit.

considerado como ente. Estos casos ocurren en la comunidad, en la sociedad, en el patrimonio dotal, en el patrimonio hereditario en caso de *separatio bonorum*, en la herencia yacente, en el patrimonio bajo embargo, en la quiebra y, en fin, en las comunidades administrativas y políticas. En estos casos, es preciso distinguir la cuestión de la *legitimatio ad causam* de la cuestión—que a menudo se presenta—de la *sustitución procesal*: muchas veces un derecho cuya pertenencia se reconoce a una persona o a una comunidad hácese valer en juicio *por otra persona*, pero en *nombre propio*, no como representante; tal ocurre en las acciones populares supletorias (véase § 3 y 36).

La falta de la *legitimatio ad causam* recibe en la práctica el nombre especial de *carencia de acción* (1).

(1) Distinto del concepto expuesto en el núm. V del texto es el de REDENTI, acerca de la legitimación (ob. cit., págs. 86, 142, 296 y sigs.). Según REDENTI, las normas acerca de la legitimación son las que «determinan qué sujetos deben *participar o ser llamados a participar en el proceso*, a fin de que el juez pueda *pronunciar en el fondo*, estimando o desestimando la demanda». Por consecuencia, la *legitimatio ad causam* no sería una condición de la acción, sino un *tertium genus*, intermedio entre los presupuestos procesales y las condiciones de la acción «que podría decirse de las condiciones de la decisión en el fondo». Esta manera de entender la *legitimatio ad causam* limita sin razón la importancia práctica de esta condición al caso de relaciones con *pluralidad de sujetos*, que es uno solo de los examinados por nosotros, y aun en este caso no responde a la realidad: no se trata de saber qué sujetos deben ser *llamados*, sino a cuáles y contra cuáles sujetos *corresponde la acción*; por eso, la falta de algunos sujetos no impide al juez pronunciar en el fondo porque es resolución de fondo decir que la acción no corresponde al particular o contra el particular. La *legitimatio ad causam* es, pues, una condición de la acción, y no el *tertium genus* de REDENTI (que no sería otra cosa que los presupuestos procesales. Sea lo que quiera la afirmación de REDENTI (págs. 86 y 142), de que el art. 38 Cód. Proc. Civ. contiene una norma acerca de la *legitimatio ad causam* es ciertamente un error (que no quita importancia a sus intensas investigaciones). El art. 38, suponiendo *propuesta* una demanda, dice que debe ser citada la parte contra la cual se ha propuesto; expresa puramente el principio del *contradictorio* (*audiatur et altera pars*); pero no dice contra quién debe ser propuesta la demanda, quien debe ser parte.

C) El interés en obrar (1). Para proponer una demanda en juicio, o para contestarla, es preciso *tener interés en ello*. (Código Procesal Civil, art. 36). El interés en obrar no consiste únicamente en el interés en conseguir el bien garantizado por la Ley (esto constituye el contenido del derecho), sino el interés en conseguirlo *mediante los órganos jurisdiccionales*. Púedese, pues, tener un derecho y no tener aún acción de ninguna clase («el interés es la medida de las acciones» — («*point d'interet, point d'action*»)).

Como regla general, puede decirse que el interés en obrar consiste en que, sin la intervención de los órganos jurisdiccionales, sufriría un daño el actor. Por lo demás, varía según la manera de actuar la ley que se invoca (sentencia de condena o de declaración, medidas cautelares preventivas, etc.); de lo cual tratamos en los párrafos siguientes. Basta observar aquí que el interés en obrar es la condición *específica* de la acción, aquella en la cual se manifiesta *la autonomía de la acción*, lo que más manifestamente aparece en las *meras acciones* (antes § 1).

La doctrina ha tratado de determinar algunos caracteres generales del interés en obrar, pero aquí se han confundido problemas concernientes a otras materias. Discutiéndose, por ejemplo, si el interés en obrar debe ser *patrimonial* o puede ser *inmaterial y espiritual* confúndese la cuestión de la existencia de un bien garantizado por la ley con la del derecho de conseguirlo en el proceso. Si decimos que el interés en obrar debe ser *personal* y examinamos las pretendidas excepciones a esta regla entramos en el campo de la *legitimatío ad causam* (2). Afirmando que el interés en obrar debe ser *actual* y solo excepcionalmente puede ser *futuro*, se dice una inexactitud porque el interés en obrar debe ser siempre *actual*; únicamente pueden existir formas de actuación de la ley con las cuales se asegura la *futura* consecución de bienes.

Dícese con frecuencia que el interés en obrar debe ser *legítimo*

(1) TEA, *Interesse ad agire*, 1907; *Interesse alla tutela giuridica e interesse giudizialmente tutelato*, en el *Ann. de CUZZERI*, XXVII (1909), páginas 52 y sigs. La idea fundamental de TEA de que el interés en obrar no sea una condición de la acción, sino de admisibilidad de la acción, es, como ya se ha dicho, errónea (véase antes § 3).

(2) La confusión es frecuente. Véase FERRINI, *Servitú*, pág. 153. Con-
forme: FALCO en la *Legge*, 1905, pág. 2380.

o *jurídico*, con lo cual de ordinario se quiere significar que para obrar en juicio conviene que exista *un estado de hecho contrario al derecho*. Esto, sin embargo, como veremos, no siempre es necesario. Otras veces se contrapone el interés *jurídico* al interés de *mero hecho* o interés *simple*; pero aquí vuélvese a la cuestión de la existencia de un bien garantizado por la ley (1).

VII. *Regla general acerca de las condiciones de la sentencia*.—Corresponde a la misión del juez cuando es solicitado por una demanda judicial comprobar si en efecto resulta probada la existencia de una voluntad de ley favorable al actor y el interés en obrar. Faltando estas condiciones el juez debe desestimar la demanda, *aún sin particular instancia del demandado*, aún si, por ejemplo, el demandado es rebelde. Y esta regla debe observarse también en el caso de una voluntad de ley que prohíba al deudor repetir lo que voluntariamente ha pagado y que permita al acreedor conseguir el bien pero sólo mediante la prestación espontánea del deudor (*obligaciones naturales*: Código civil artículo 1237, 1804 y 1830), el juez debe de oficio rechazar al acreedor que pretenda semejante prestación en vía judicial.

En algún caso puede exigirse una solicitud del demandado: entonces tenemos «una excepción» § 11). Así depende de la voluntad del demandado que los vendedores puedan obrar aisladamente o unidos para el rescate o para la rescisión (Código civil artículo 1525 y 1537, *exceptio plurium litisconsortium*).

(1) Estos conceptos tienen la adhesión plena de COVIELLO N, *Manuale di D. C.*, I pág. 481, que sin querer acepta aquí el concepto de autonomía de la acción que ha negado en otro lugar.

Apéndice al § 5.

Referencias al derecho español.

Código civil, artículos 198, (ausencia) 451 y siguientes (posesión), 882 (legados) 989 (aceptación de la herencia) 651 (revocación de las donaciones) 118 (legitimidad del hijo) 652 y siguientes (donaciones), 1432 y siguientes (separación de bienes) 1973 y siguientes (interrupción de la prescripción), 112 (legitimidad del hijo), 1094 y siguientes (efectos de las obligaciones), 348 (derecho de reivindicación), 1559 y 1554, (arrendamiento) 1137 y siguientes (obligaciones solidarias), 102 (acción de nulidad de matrimonio), 392 y siguientes (comunidad de bienes) 1059 (partición de herencia).

Ley hipotecaria, artículos 16, 38, 109, 142 y 143 (condiciones) 36 y siguientes (acciones rescisorias y resolutorias).

Ley de Enjuiciamiento civil, artículos 70 (aplicación de las reglas de competencia a los extranjeros) 359 y siguientes y 372 (sentencias) 28 y siguientes (notificaciones en estrados) 919 y siguientes (ejecución de sentencias).

§ 6

Sentencia de condena (1).

I. *Concepto*.—El caso más frecuente de sentencia favorable al actor es la sentencia de condena. Correlativo al concepto de *condena* es el de *prestacion*. La sentencia de condena presupone dos cosas:

a) La existencia de una voluntad de ley que garantice un bien a alguien imponiendo al demandado la *obligacion de una prestacion*. Por esto no pueden nunca dar lugar a sentencia de condena los derechos potestativos (§ 1).

b) La convicción del juez, de que basándose en la sentencia puédase sin más, inmediatamente o después de un cierto tiempo, proceder por los órganos del Estado a los actos posteriores necesarios para la consecución efectiva del bien garantizado por la ley (ejecución).

Esto se expresa con la palabra *condena*. La condena no es verdaderamente *respecto de la parte que sucumbió en el pleito*, un acto *autonomo* de voluntad del juez, no es un mandato *del juez*: es la formulación de un mandato contenido en la ley y es un acto de voluntad del juez sólo en cuanto el juez *quiere* formular el mandato de la ley (2). Cuando se descubre, pues, en la parte

(1) RAMPONI, *Condanna* en el *Dig. ital.*; DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo*, cit. pág. 115 y siguientes. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, páginas 11, 84 y 118; ROCCO, *Sentenza civile*, pág. 157 y siguientes, y acerca de esto SEGRÉ N. en el *Archivio giuridico*, vol. LXXVII, fasc. 2.º; HELLWIG I, páginas 46, 58 y 368; SCHMIDT, 2.ª ed., pág. 697 y siguientes; WEISSMANN I, pág. 214; LANGHEINEKEN, *Urteilsanspruch*, cit., pág. 164 y siguientes; KISCH, *Contributi alla teoria della sentenza*, cit. pág. 17 y siguientes; KOHLER, *Civilprozessrecht*, cit. pág. 106.

(2) Sobre esta controvertida cuestión véase SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess*, pág. 87 y siguientes; KISCH, *Contributi alla teoria della sentenza*, cit. pág. 23 y siguientes; ROCCO, *Sentenza civile*, cit. pág. 33 y siguientes; MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, pág. 27 y siguientes.

dispositiva de la sentencia un *acto de voluntad*, un *mandato*, quiere decirse con esto que el mandato de la ley adquiere en la sentencia un nuevo vigor de hecho, una mayor fuerza obligatoria y que la sentencia, como acto de autoridad, *tiene paralelamente a la ley virtud de mandato*. Esto es común a toda sentencia de condena, de mera declaración, constitutiva: en todo caso la sentencia obliga como acto de autoridad, o sea de voluntad de la ley formulada por una autoridad que *solo ella* puede formular. La esencia de la sentencia está pues siempre en esta formulación autoritaria y nunca en el juicio lógico que es necesario para formularla y que, en sí mismo, es actividad posible a cualquier particular. Por esto es gravemente erróneo reducir la diferencia entre sentencia de declaración y sentencia de condena a la diferencia entre un simple juicio lógico y un acto de voluntad (§ 2, 4, 13) (1).

Pero en otro sentido la sentencia de condena verdaderamente da lugar a un *nuevo mandato, respecto de los órganos encargados de la ejecución*: y esto la diferencia de la sentencia de declaración.

Históricamente la sentencia nace como preparación de la ejecución, como sentencia de condena (2). La declaración del derecho surge como un incidente en el curso de la actuación del derecho (§ 2). Con el tiempo la declaración adquiere una importancia sustantiva, como veremos más adelante (§ 7). La declaración puede tener, pues, dos funciones: *a)* hacer cierto el derecho con todas las ventajas que se derivan directamente de esta certeza; *b)* preparar la ejecución, formando la convicción de los órganos

(1) COVIELLO N. *Manuale di D. C.*, I pág. 539. De los errores prácticos a que pueden conducir estos conceptos hemos visto un ejemplo antes, § 4.

(2) Que la *condemnatio* como elemento formal de la sentencia aparezca sólo en tiempos avanzados depende de la diferente posición que poco a poco ha venido tomando el juez en el proceso, pero no cambia el hecho de que la sentencia surja como función de condena, o sea, coordinada a la *ejecución*, manifestándose en un procedimiento de *ejecución*. Que el juez se limitase aquí a *declarar* la existencia del derecho está bien (así también yo en los *Principii*, 1.ª ed. pág. 51; *Azione nel sistema dei diritti*, pág. 10, nota); pero siempre en vista de la ejecución. En contra SEGRÉ N. loc. cit. (página 11 del extracto).

del Estado acerca de la posterior actuabilidad del derecho. En la sentencia de condena la declaración tiene unidas las dos funciones.

II. *El interés en obrar como condición de la sentencia de condena.*—Fue cuestión muy debatida en otros tiempos la de si para tener acción es necesaria una violación de la voluntad de la ley que garantiza un bien al actor. Esta cuestión debe resolverse de distinta manera según la naturaleza de las sentencias. Tratándose de sentencias de condena *puede*, por regla general, resolverse afirmativamente.

El interés de conseguir mediante los órganos públicos el bien que debería conseguirse por la prestación de un obligado consiste precisamente en la falta de prestación por parte de éste. No se exige que la falta de la prestación sea *culposa* o simplemente *voluntaria*, basta que por la falta de aquella se realice *un estado de hecho contrario al derecho*, que la expectación del actor *se encuentre en estado de no satisfacción*. Esto ocurre en cuanto a los derechos reales mediante un acto positivo contrario al derecho (posesión de la cosa ajena, acto contrario a la servidumbre, acto abusivo de servidumbre, etc.) Así en las obligaciones de no hacer el derecho está lesionado cuando se contravenga a ellas (apertura de un comercio contra la obligación contraída de no abrirlo). Suele decirse en estos casos que la violación del derecho forma parte del fundamento de la acción: por lo tanto quien obra afirma explícita o implícitamente (Código procesal civil, art. 134), no sólo su derecho sino también el acto positivo ajeno que lo lesiona. Por el contrario, en las obligaciones de dar o de hacer la acción no nace por consecuencia de un acto positivo de lesión del derecho, sino que nace directamente en cuanto la obligación no esté satisfecha; basta la omisión del cumplimiento para que a la obligación se agregue la acción. En estos casos la acción nace juntamente con la obligación, salvo si esta se halla sometida a condición o a término, en cuyo caso la acción nace al verificarse la condición o al vencer el término. No es necesario que quien obra afirme como fuente de la acción un hecho especial; basta que afirme la obligación no satisfecha.

Y como el estado de hecho contrario al derecho puede producirse (como ya hemos dicho) aún sin la voluntad del obligado de

hacer cosa contraria al derecho, no es necesario para tener acción que el incumplimiento sea como tal voluntario, *basta que en él no concurra la voluntad del que tiene el derecho*. Por lo tanto, puede obrarse en el mismo momento en que existe un estado de hecho contrario al derecho aunque a él no haya dado causa el demandado: el haber dado ocasión a la litis puede tener influencia en la condena en las costas porque esta supone una relación entre las costas y el que ha sucumbido en el pleito (§ 77). Puede ocurrir, por lo tanto, el caso de que una sentencia estime la demanda del actor y lo condene en las costas: esto está expresamente previsto en otras leyes, como la alemana, y creemos que pueda tener también aplicación en la nuestra (1). Pero aparte la cuestión de las costas, es evidente que se puede obrar contra el poseedor de buena fe de nuestra cosa sin obligación de interpelarlo extrajudicialmente, aunque el poseedor, apenas informado de nuestros motivos se declare propicio a restituir la cosa, como en el caso de obligación sin término. En el de crédito exigible *a petición* del acreedor no puede decirse que la acción sea preexistente al proceso, pero no por esto el juez puede rechazar la demanda solo por no estar precedida de una formal petición al deudor, puesto que cuando el actor ha declarado ya su voluntad de conseguir la satisfacción del crédito *en el proceso* sería contrario a la economía de los juicios que el juez dejase a un lado la actividad procesal ya desarrollada solo para llevar al acreedor a pedir formalmente el pago *al deudor*: estimará la demanda, regulando las costas según la actitud del demandado. En este caso, pues, la demanda judicial hace en cierto modo el oficio de la petición (*richiesta*), pero precisamente por esto no basta que sea válida como demanda, sino que es preciso también que pueda valer como petición, lo cual—cuando el demandado esté presente en juicio—ocurre siempre. Si este ha ofrecido el pago y realizado el depósito, el juez podrá declarar la liberación del deudor; pero en cuanto a la demanda del actor, no podrá rechazarla sino *declarar terminada la materia de la contienda*. Diferente de esta es la cuestión de si cuando el pago

(1) Véase CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, Turín, 1900' página 261 y siguientes; en contra: FADDA y BENSÀ, traducción de WINDSCHEID, I pág. 1176.

debe hacerse en el domicilio del deudor tiénese acción antes de haber pedido formalmente el pago *en este lugar* personalmente o mediante persona capaz de recibirlo. Es una cuestión puramente de derecho civil la de si en este caso la deuda puede vencer y el deudor encontrarse constituido en mora antes de la presentación del acreedor para exigir. Los que opinan negativamente creen que la presentación del acreedor en el domicilio es una condición de la acción como hecho constitutivo del interés en obrar y esta condición no puede considerarse naturalmente satisfecha mediante la demanda judicial (1). Esto, sin embargo, llevaría a considerar que el acreedor, *aun en rebeldía del demandado deudor*, debería probar entre las otras condiciones de la acción la de haberse presentado en el domicilio del deudor. Ahora bien, jamás juez alguno ha pensado exigir semejante prueba, y esto hace dudar de la exactitud de aquella opinión. Comparando lo que de hecho ocurre con los principios aquí expuestos y con las normas acerca del lugar de pago creemos poder asegurar: el crédito deviene exigible con el vencimiento y esta circunstancia es distinta de la petición a domicilio, tanto es así que son compensables los créditos vencidos y no pedidos aún a domicilio (art. 1292 del Código civil); el artículo 1249 no impone la petición a domicilio en *todo caso*; preocúpase solo de regular entre las partes la actividad necesaria para que tenga lugar el pago, y los gastos de esta actividad; pero esto supone la voluntad de pagar; cuando falta la voluntad de pagar (y la falta puede derivarse de cualquier hecho aún diferente del fracaso de la petición a domicilio) la petición no es necesaria. Desde el punto de vista del gravamen de la prueba la cuestión resuélvese así: el incumplimiento produce la acción, aunque no dependa de la voluntad del acreedor; pero como es normal que el

(1) Así COVIELLO L. en el *Foro ital*, 1906, pág. 981; Cas. Roma 16 de febrero de 1907, en el *Foro ital*, 1907, pág. 543. En contra: Cas. Nápoles, 19 de abril de 1906, en el *Foro ital*, 1906, pág. 981, 10 de diciembre 1906, en la *Legge*, 1907, pág. 238. Según los primeros, la armonía entre el artículo 1223 y el 1249 Cód. civ., obtiéndose considerando que el principio *dies interpellat pro homine* desaparece en el caso de créditos pagaderos en el domicilio del deudor; según la Casación de Nápoles, por el contrario, es la necesidad de la petición a domicilio la que desaparece ante el principio *dieinterpella tpro homine*.

acreedor quiera el cumplimiento, no corresponde a él probar que lo ha querido, sino al deudor probar que no lo ha querido (§ 55). Como contraprueba el acreedor puede probar, ya haber tratado inútilmente con el deudor, ya cualquier hecho del que resulte la voluntad de no pagar (1). Pero aun en el caso de que la opinión contraria fuese exacta, de ahí no se deduciría que siempre y sin más deba rechazarse la demanda de *condena* del deudor no precedida de petición de pago en domicilio. Si el deudor demandado contesta no solo reconociendo haber sido solicitado de pago a domicilio, sinó también la existencia misma del derecho, claro está que el acreedor tiene interés en obtener una sentencia: esto está admitido por los mismos que sostienen la necesidad de la petición a domicilio para tener acción; pero añaden que la sentencia no deberá ser de condena sinó de mera declaración; basándose en esta el acreedor volverá a solicitar el pago, y por lo tanto, obrará nuevamente para la condena (2). Ahora bien, esta duplicidad sería evidentemente contraria a la economía de los juicios; se producirá, por el contrario una sentencia única de *condena* condicionada a la posición del acreedor para pedir el pago, esto es, por lo menos, una condena *de futuro* (véase número III).

De la misma ley que nos garantiza un bien, esto es, de la ley sustancial, dedúcese la existencia de un estado de hecho contrario al derecho. Naturalmente, no todos nuestros intereses están garantizados por la ley: antes bien, ordinariamente, cada cual tiene una cantidad de intereses contrarios al derecho ajeno. Luego no todo hecho ajeno que nos proporciona daño constituye violación de nuestro derecho. Los derechos limitanse recíprocamente: hasta que uno ejercita su propio derecho no lesiona el de los demás. Al derecho civil corresponde la cuestión de si los actos de *emulación* son o no lícitos. Entiéndese por acto de emulación un acto de ejercicio del propio derecho realizado con intención, no de

(1) O sea, según los términos que más tarde explicaremos (adelante §§ 1155), no es la involuntariedad del incumplimiento por parte del acreedor lo que obra como hecho constitutivo, sino la voluntariedad la que actúa como hecho impeditivo.

(2) COVIELLO, L, *loc. cit.*

obtener utilidad de él, sino de causar perjuicio a otros. ¿Es éste un verdadero ejercicio de derecho o es violación del derecho ajeno? ¿Los actos de emulación son o no lícitos? Se ha demostrado eficazmente (1), basándose en las fuentes romanas y en las nuestras que no existe una prohibición general de los actos de emulación: admitiéndola, se admitiría en cada caso la indagación de la intención de quien ejercita su derecho y de su interés. No es propio decir que los actos de emulación sean lícitos: debe decirse que no se puede indagar la intención del que ejercita actos que se presentan como ejercicio de un derecho. Un principio general de prohibición de los actos de emulación estaría en contradicción con la libertad absoluta de disfrute que constituye el derecho de propiedad (Cód. Civ., art. 436). No puede, pues, admitirse la prohibición sino en los casos particulares expresados por la Ley; pero examinando estos casos, se ve que se trata de derechos especiales que la Ley no concede en términos absolutos, sino precisamente sólo en cuanto con ellos se recabe una utilidad. Un caso de tal naturaleza tenía en la ley 38, Dig., *de rei vind.*, 6,1. Otro tenemos en el art. 545 del Cód. Civ.: «el derecho particular que se tiene en las aguas está concedido tan sólo en cuanto de él se deriva una utilidad». Y este criterio puede aplicarse por la Ley en otros casos particulares, como, por regla general, cuando se trata de conceder derechos *sobre una misma cosa* a distintas personas, de donde surge un llamado *conflicto de derechos* que se dirime coordinando el ejercicio de estos derechos, con arreglo al criterio de la utilidad, del uso normal (Cód. Civ., art. 675) (2).

(1) SCIALOJA V., en la *Enclopedia giuridica italiana*, pal. *Emulazione; Lezioni di procedura civile romana*, Roma, 1894, págs. 20 y sigs.; PEROZZI, en el *Archivio giuridico*, LIII, págs. 350 y sigs.; FADDA Y BENSA, notas a WINDSCHEID, I, pág. 1.169; MORTARA, *Comment*, II, n.º 465.

(2) Verdadero conflicto de *derechos* no puede darse: el conflicto sólo tiene realidad en la mente del intérprete; por esto, el llamado conflicto no es más que un caso de incertidumbre de la norma. Véase ROCCO. ARTURO, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*. 1906, pág. 226; FERRINI, *Pandette*, n. 33, y los demás citados en ROCCO.

III. *Condena de futuro* (1).—No siempre la sentencia de condena tiene su origen en una violación del derecho. Hay casos en los cuales puede obrarse por una prestación aún no debida, y que no será debida hasta después de la condena, no existiendo, por lo mismo, violación alguna del derecho en el momento de la sentencia. En este caso el interés puede consistir:

a) En la necesidad de prevenir el daño que se derivaría de la falta de un título ejecutivo en el momento en que a prestación sea debida (juicios *preventivos*). Por ejemplo: si en el momento en que vence un arrendamiento el arrendador no puede obtener la cosa arrendada aún en vía ejecutiva, no puede consignarla al nuevo arrendatario. Por esto, la práctica consentía al arrendador pedir preventivamente la condena del arrendatario a la dejación de la cosa el día del vencimiento, aún antes de que la ley de 24 de Diciembre de 1896, sobre licencias para dejación de bienes inmuebles introdujese un nuevo procedimiento a este fin (§ 8 bis y 94). Entiéndese que los gastos de estos juicios están a cargo del actor si el arrendatario, con su actitud, no da motivo para creer que habría retrasado la entrega.

b) En la conveniencia de evitar juicios reiterados para conseguir lo que es debido periódicamente (plazos de arrendamiento, de alimentos, de intereses de rentas), cuando exista razón para estimar que estos juicios serían de todas maneras necesarios, como cuando el deudor es moroso en el pago de algunos plazos.

c) En la necesidad de tener un título ejecutivo para obtener la actuación de la Ley respecto de una prestación que depende de una contraprestación del actor cuando éste se declara propicio a la contraprestación.

d) Finalmente, cuando la Ley concede al juez la facultad de fijar un término al deudor (Cód. Civ., arts. 1.173 y 1.826, Código Proc. Civ., art. 741), la fijación del término puede hacerse juntamente con la condena, la cual es así exigible en futuro. Lo mismo ocurre cuando la sentencia pronuncia al mismo tiempo la re-

(1) DE PALO, *Titolo esecutivo*, cit. págs. 91 y sigs.; y GALANTE, *Lezioni*, 2.^a ed., pág. 237; MORTARA, *Comm. V*, núm. 15; MOOS, *Die Klage auf künftige Leistung (La acción para prestaciones futuras)*, Stuttgart, 1902; HELLWIG, 1, págs. 370 y sigs.

solución de un contrato y la condena a una restitución, pero concediendo una dilación al demandado (Cód. Civ., art. 1.165).

En todos estos casos, la sentencia es de condena, porque el juez tiene presente la ejecución de la propia sentencia. En el § siguiente explicaremos cómo esto distingue las condenas de futuro de las sentencias de mera declaración.

Nuestra ley no contiene normas generales acerca de las condenas de futuro; pero la doctrina las deduce justamente del mismo concepto del interés en obrar y de los principios generales. El texto moderno del Reglamento germánico (§§ 257 a 259) ha regulado detalladamente esta materia; pero las nuevas disposiciones fueron juzgadas por alguno de superfluas (1).

IV. *Contenido y fundamento de la condena.*—Así como el concepto de la prestación es muy vario, diverso puede ser también el contenido de una condena. Se puede ser condenado a todo lo que pueda estarse obligado a prestar (ya sea dar, hacer, una abstención, la destrucción de cuanto fué hecho contraviniendo el compromiso de no hacer); se puede ser condenado a una prestación no fungible, porque el modo de suplir la imposibilidad de la ejecución directa no es necesario que se encuentre ya en la sentencia, aunque de ordinario así ocurra.

Una condena puede estar fundada también en un conocimiento incompleto que haya examinado y rechazado sólo algunas excepciones, *reservando* para más adelante el examen de las otras: por esto la prestación puede también no ser debida; pero el condenado está obligado, entre tanto a cumplirla, para evitar la ejecución (sentencias de condena con *reserva*) (§§ 8 bis y 94). Esto nunca puede ocurrir en las sentencias de mera declaración.

Ordinariamente, la prestación es debida porque la Ley entiende garantizar con ella un bien a la persona del acreedor. Pero en materia posesoria las sentencias condenan a una prestación (mantenimiento, reintegración) que puede no ser en sí misma debida al vencedor (ejemplo: restitución de la cosa al *no propietario* por parte del propietario); pero la ley quiere que le sea hecha en interés general de la conservación del orden jurídico.

(1) KOHLER, *Civilprozessrecht*, pág. 107.]

§ 7

Sentencias de mera declaración (1)

I. *Concepto e historia de las acciones y sentencias de mera declaración.*—Con el nombre de declaración (*accertamento*) indícase de la manera más exacta el resultado común de la sentencia de fondo, la voluntad de la ley es afirmada como *cierta* en el caso concreto, deviene indiscutible (véase Cód. Civ., arts. 1.935 y 1.989).

La *declaración* de la ley es por sí misma un bien, puesto que de la certeza de la ley derivanse inmediatamente ventajas. Si se afirma la existencia de una voluntad de ley que nos garantice un bien, a la utilidad garantizada por la ley añádese la seguridad de

(1) Esta materia es uno de los puntos capitales de la moderna doctrina procesal germánica. En Italia estuvo muy descuidada hasta hace algún tiempo, y, lo que es peor, frecuentemente fué equivocada. Literatura italiana: VITI, *Commento*, págs. 139 a 248; CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, págs. 76 a 95, en nota (donde pueden hallarse indicaciones bibliográficas más minuciosas); CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, en la *Giur ital.*, 1905; ROCCO, *Sentenza civile*, págs. 156 y sigs.; RAGAZZONI, *L'interesse ad agire e le azioni d'accertamento* (Acad. de Ciencias de Turín), 1906); TEA, *Interesse ad agire*, 1907; FERRARA FR., *La simulazione*, 3.^a ed. (1909), págs. 340 y sigs.; CALDA, *I concetti di giurisdizione e di azione*, 1910, pág. 67; GALANTE, *Lezioni*, 2.^a ed., págs. 227 y sigs.; MESSINA, *La simulazione assoluta*, en la *Riv. di dir. comm.*, 1907 y 1908, § 17; COVIELLO N., *Manuale di D. c.*, I, pág. 481; Referencias, en MANFREDINI, *Corso*, I, pág. 162; SIMONCELLI, en el *Foro italiano*, 1902, págs. 149 y sigs.; DE PALO, *Titolo esecutivo*, pág. 116; FADDA Y BENZA, notas al WINDSCHEID, I, págs. 926 y 1177; MORTARA, *Commentario*, II, n. 446; MESSINA, *Confessione*, página 62. También MORTARA, más difusamente, *Comm. IV*, n.º 38. En la literatura italiana posterior a las dos primeras ediciones de este libro el concepto de la acción de declaración como figura general es considerado como adquirido e indiscutible (aparte las objeciones—no importantes—de CALDA) y da lugar a las más diversas aplicaciones. Así también en las sen-

su expectación, y la posibilidad de disponer de ella en el comercio jurídico: aquí tenemos una *declaración positiva*. Si se niega la existencia de una voluntad de ley que garantice a otros un bien respecto de nosotros, se nos procura con esto mismo un bien que consiste en la certeza de no estar nosotros sujetos a la pretensión o al poder del adversario, con ventaja de nuestro crédito, etcétera: aquí tenemos una *declaración negativa*.

La sentencia del juez puede tener por fin también la simple declaración positiva o negativa de la voluntad de la ley que garantiza un bien (ya sea este bien la expectación de la *prestación* ajena, ya un *poder jurídico*). La declaración, en este caso, sólo tiene una de sus dos funciones. Un caso frecuente de sentencia de declaración negativa es la sentencia de fondo que rechaza la demanda.

Cuando la acción tiende a una sentencia de mera declaración llámase *acción de declaración* (o *reconocitiva* o *declarativa*). Puede haber acción de declaración *positiva* o *negativa*.

Históricamente, la declaración como tal, esto es, con la única función de hacer cierto el derecho ha devenido forma *autónoma* de actuación de la ley. Esto ocurrió en los casos en los cuales la indiscutibilidad de la ley se presentaba como la exigencia vital de

tencias donde en realidad no faltó nunca—bajo la presión del caso práctico—alguna admisión de puras figuras de declaración. La importancia práctica de la doctrina sobre la acción de declaración consiste en haber borrado definitivamente el equívoco acerca de las relaciones entre estas acciones y los abolidos juicios de jactancia. La importancia de esta doctrina para la dogmática del proceso se ha relevado varias veces en el texto.

Literatura alemana: DEGENKOLB, *Einklaffungszwang und Urteilsnorm*, cit., págs. 168 y sigs.; WEISMANN, *Die Feststellungsklage*, 1879; *Hauptintervention und Streitgenossenschaft*, 1884; *Lehrbuch*, I, págs. 57 y sigs.; PLOSZ, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, 1880; KROLL, *Klage und Einrede*, 1884; § 14; WACH, *Handbuch*, I, págs. 13 y sigs.; *Der Feststellungsanspruch* 1888 (fundamental); HELLWIG, *Anspruch und Klagerrecht*, cit., págs. 399 y sigs.; *Lehrbuch*, I, §§ 58 y sigs.; SCHMIDT, 2.^a edición, §§ 113 y sig.; KLEINFELLER, pág. 264; SKEDL, I, pág. 222; POLLAK, I, páginas 8 y sigs.; KISCH *Beiträge zur Urteilslehre*, cit., págs. 16 y siguientes; *Deutsches Zivilprozessrecht*, II, 49 sigs.; LANGHEINEKEN, *Urteilsanspruch*, cit., págs. 127 y sigs.; KOHLER, *Prozessuale Forschungen (Investigaciones procesales)*, 1889, pág. 63; *Civilprozessrecht*, § 49.

un interés del particular, aunque no se tratase de obtener una cierta prestación de un obligado o su equivalente. Roma nos presenta varias figuras procesales de esta categoría: principalmente *formulae præjudiciales* o *præjudicia* (§ 1), fórmulas en las cuales faltaba la *condemnatio* y no tenían más que la *intentio* así concebida, «*an libertus sit*», «*quanta dos sit*», etc., etc. (Gayo, IV, § 44; en el derecho justiniano hablase aún de *actiones præjudiciales* (§ 13 Instit. de action., 4, 6).

El derecho italiano medioeval nos ofrece principalmente los dos famosos *processi provocatorii* (juicios de *jactancia* o de *difamación*): uno, «*ex lege diffamarii*»; el otro, «*ex lege si contendat*», así llamado de las dos leyes romanas, de las cuales aparentemente se derivaban. Pero en este caso, como en otros muchos, las leyes romanas estaban equivocadas; y tanto más saliente es esto, cuanto que las otras leyes romanas, que, por el contrario, dada su afinidad substancial, podían influir en la formación de recursos procesales de declaración, fueron dejadas de lado. La *lex diffamarii* (4, 5, Cód. de *ingenuis manumissis*, 7, 14) refiérese a un juicio sobre libertad del ciudadano y en él, puesto que la parte adversa no se presenta a sostener la contestación del estado libre ajeno (*diffamatio*) se le ordena, basándose en las alegaciones de la otra parte, abstenerse de semejantes afirmaciones. Por el contrario, la *provocatio ex lege «diffamari»* consiste en que aquel en daño del cual alguien se ha jactado de un derecho, puede pedir al juez que fije a éste un término para hacer valer el derecho jactado en juicio (*provocatio ad agendum*); o, en su defecto, le ordene abstenerse de su pretensión (*impositio silentii*), mediante cuya preclusión se declaraba substancialmente la no existencia del derecho jactado. La *lex si contendat* (L. 28, Dig., de *fidejuss.*, 46, 1) concede al fideyusor citado para el pago de la totalidad de la deuda el derecho de pedir la división de la acción si hay otros confideyusores *solventes*. Con arreglo a esta ley, se permitió al fideyusor *provocar* al acreedor a obrar, para así poder hacer valer la excepción de división de la acción, excepción que podía perderse si los confideyusores deviniesen después insolventes (consúltese Cód. Civ., art. 1912). Pero este recurso, en forma de *provocatio ad agendum*, y combinado con el *remedium ex lege diffamari* va poco a poco aplicándose a otras excepciones, y deviene un medio general para obtener la declara-

ción negativa de las relaciones a través de la preclusión derivada de la *impositio silentii* (1).

Y hemos dicho que este es uno de los casos en que las fuentes romanas fueron equivocadas y forzadas en su interpretación, para satisfacer las necesidades de la práctica (Introducción) y en este caso a la necesidad de la certidumbre del derecho a la cual el proceso germánico atendía de diversos modos. Las *provocationes ad agendum* son instituciones del proceso germánico con forma romana: el reconocimiento judicial de las escrituras, las acciones de nulidad, los procedimientos para notificaciones públicas tienen igual origen (2).

Al juzgar los procesos provocatorios o de jactancia es necesario, por lo tanto, distinguir en *forma* (con las anormalidades que presentaba, como la coacción en obrar, la equivocada aplicación de los textos romanos; y las cuestiones a que daba lugar, como por ejemplo, quien debe ser considerado actor, quien demandado, si el pleito debe proponerse en el foro del provocador o del provocado, cuando comienza la litis pendencia, etc.) de su *función* que consiste en llevar a la declaración del derecho.

En Alemania; donde netamente se ha fijado esta distinción, abandonáronse las *formas* especiales de los juicios de jactancia, pero se salvó su esencia, la *función*: construyendo con la doctrina y regulando con la ley una institución más sencilla y más amplia modelada sobre los *præjudicia* romanos o sea las *acciones de declaración* (Reg. Proc. Germ. § 256) aplicables tanto al procedimiento positivo como al negativo. No es exacto afirmar que las acciones de declaración se *deriven* de los juicios provocatorios; lo cual ha llevado a muchos a considerar que en las acciones de declaración negativa debe estimarse como actor no quien provoca la declaración (actor formal), sino aquel cuyo derecho se niega (demandado formal), haciendo depender de este la carga de la prueba. De esta manera se transformaría la *provocatio ad*

(1) WETZELL, pág. 111; MANCINI, *Commentario*, II, págs. 99 y siguientes; TOMASONI, *Del processo provocatorio per diffamazione*, 1854, páginas 10 y sigs.

(2) WEISMANN, *Die Feststellungsklage (La acción de declaración)*, cit. págs. 2, 39, 42, 59, 99 y 109.

agendum en una *provocatio ad probandum*. Por el contrario es acertado asegurar que las acciones de declaración son *posteriores* a la supresión de los juicios provocatorios (1).

En Italia, donde no se tuvo presente aquella distinción, llegóse a la supresión de los juicios de jactancia (excluidos en el primer Código sardo, vueltos a admitir en el segundo, excluidos después por siete votos contra seis por la Comisión ordenadora del nuevo Código) sin tener ideas claras sobre lo que permanecía. Ocurre que la doctrina calla durante largo tiempo acerca de las acciones de declaración, como si también ellas hubiesen decaído; y en la práctica se excluyeron muchas veces las acciones de declaración, especialmente cuando eran fundadas en la presunción de un derecho pretextando la supresión de los juicios de jactancia, recordando los inconvenientes de éstos y repitiendo la dura crítica que de ellos hizo MANCINI (2), sin notar que tanto a MANCINI como a la Comisión ordenadora parecían aún natural que aquel contra quien alguien pretende tener un derecho tenga acción *para hacer declarar la insubsistencia del pretendido derecho*.

La doctrina italiana más moderna reconoce que también en nuestro derecho existe la acción de declaración. Existe, se entiende, no solo en los casos en que la ley la regula especialmente, como en el de declaración de una escritura privada (Cód. Procesal Civil, art. 282 y sigs.), de declaración de falsedad de un documento (Cód. Proc. Civ., art. 296 y sigs), de declaración de un derecho suspenso por término o condición y amenazado de una prescripción comenzada en favor de un tercero (Cód. Civ., artículo 2126) y en otros muchos (Cód. Civ., arts. 121, 170, etc.) (3); sino también como forma general, *como medio general de actuación de la ley*.

Es verdad que no hay una norma expresa que admita este medio y tal vez sería conveniente que existiese para evitar cues-

(1) Los juicios provocatorios están suprimidos como forma general. Pero todavía se ven algunos casos aislados de ellos en el procedimiento de notificaciones públicas. Más adelante § 95.

(2) *Commentario*, II, núm. 91.

(3) MESSINA, *Simulazione assoluta*, cit. § 17, coloca entre los casos *expresos* de interés en obrar para la declaración el art. 1319 Cód. civ. (contra declaraciones).

ciones, pero no es necesaria: está contenida implícitamente en el art. 36 del Cód. Proc. Civ., que exige como condición *para obrar el interés* y que a su vez no expresa sino un principio de doctrina supérfluo en una ley. Dada una organización judicial y procesal, con esto mismo se autoriza toda demanda judicial que tienda a evitar el daño que se verificaría si la ley no actuase, a no ser que la ley contenga *expresas limitaciones* (§ 2). Ahora bien, el daño puede derivarse tanto de la falta de una prestación como de la incertidumbre del derecho: incluso porque el derecho no tiene una importancia limitada a su sujeto activo y a su sujeto pasivo; la existencia o inexistencia de toda relación jurídica tiene importancia *en la sociedad*: con la acción de declaración se garantiza precisamente esta importancia *social* (1). El alarde (vanto) que antes daba lugar a un juicio provocatorio hoy puede dar lugar a una acción de declaración, aunque engendre una incertidumbre jurídica. Hay quien aconseja en este caso una acción de daños (2). Pero, en primer lugar, el daño puede ser simplemente *temido* y puede bastar para impedirlo la declaración del derecho y por lo mismo la condena a los daños sería supérflua: en segundo lugar, el alarde en sí mismo no es un hecho ilícito sino en cuanto sea contrario a la ley; y no se podría condenar a los daños al autor del alarde sino *declarando* precisamente la voluntad de la ley.

II. *Naturaleza jurídica de la acción de declaración.*—La formación jurídica estructural de la acción de declaración presentó grandes dificultades hasta tanto que se ha considerado la acción como *elemento* de otro derecho o como el derecho en su tendencia a la actuación. En efecto, no es fácil averiguar aquí cual sea el derecho que *tiende a la actuación* y si algún autor como UNGER (3) cree descubrirlo en el derecho que se trata de declarar

(1) KOHLER, *Civilprozessrecht*, cit. pág. 50; CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, cit.

(2) Así, por ejemplo, LESSONA, *Manuale*, 3.^a ed., pág. 98, núm. 86; CALDA, *I concetti di giurisdizione e d'azione*, cit. pág. 72.

(3) *System*, § 115. La afirmación todavía es frecuente: así FERRARA FR., *Simulazione del negozio giuridici*, 2.^a ed. pág. 331 (3.^a ed. pág. 348): «la acción de declaración es la explicación del derecho subjetivo que quiere defenderse del estado de inseguridad jurídica en que le ha situado el

como existente esto podría decirse de las acciones de declaración *positiva*. En cuanto a las acciones de declaración negativa la doctrina medioeval negó el nombre de *acciones* a los juicios provocatorios: y concibió la demanda judicial en este caso como simple *imploratio officii judicis* (demanda de una resolución *justa* sin que en ella exista una *pretension* contra el adversario). En la doctrina moderna algunos han concebido la acción de declaración como simple forma procesal sin base alguna en el derecho sustancial, como WINDSCHEID (1), BRINZ; otros trataron de fundamentarla en el derecho a una prestación del adversario: no faltó quien hablase de una obligación del demandado de reconocer como existente el derecho existente, como DEGENKOLB (2), PLOSZ; otros de una obligación de abstenerse de ulteriores controversias frente a la declaración positiva: y otros de futuras afirmaciones frente a la declaración negativa, como LEONHARD (3).

La construcción no presenta dificultades en cambio, si se concibe la acción *in genere* como un derecho a la tutela jurídica respecto del Estado (WACH, HELLWIG) o como un poder jurídico tendente a la actuación de la ley (§ 1). En ambos casos, la acción de declaración no supone obligación de prestación por parte del demandado. El mismo DEGENKOLB recientemente se ha adherido a nuestra doctrina, definiendo la acción de declaración como la

adversario». En primer lugar, la incertidumbre jurídica puede ser ajena a los hechos del adversario (Cód. Proc. Civ., art. 282): en segundo lugar, quien se defiende del estado de incertidumbre jurídica no es el derecho, sino su titular. Que X pueda pretender cien pesetas de Z es un derecho de crédito: que X al invocar al juez pueda hacer nacer en torno a sí la certidumbre de la existencia de aquel crédito, es otro derecho *que tiene por presupuesto el crédito*, pero que tiene otras condiciones, otro objeto, otra vida del derecho de crédito. La nueva ley puede suprimir la acción de declaración y conservar el derecho de crédito (antes § 4).

(1) *Pandekten*, § 92.

(2) Así opina MORTARA, *Comm. IV*, núm. 33 nota, DEGENKOLB, en su obra reciente *Die Streit über den Klagrechtsbegriff*, cit. pág. 94 había abandonado esta construcción.

(3) *Anspruchsbegriff* en la *Rivista pel proc. civ. ted.* vol. XV, página 341. Véase acerca de esto más detalladamente nuestra *Azione*, página 90 y siguientes.

expectación jurídica de la parte contra la parte, aunque no tienda a una prestación (1).

Nosotros hemos preferido valernos de la acción de declaración para explicar mejor la autonomía de la acción. La declaración que se espera de la actuación del juez, no puede pretenderse del demandado ni subrogarse con una prestación del demandado. Ordinariamente el demandado no tiene obligación alguna de reconocer formalmente fundada la pretensión del actor, ni de reconocer infundada la propia: aun teniendo esta obligación su reconocimiento no puede ser equivalente a una declaración judicial; ni un acto notarial de reconocimiento del derecho, ni una confesión judicial producen la cosa juzgada. Solo la declaración judicial tiene la importancia *social* que exige el interés del actor. Por otra parte el demandado no está *obligado* a reconocer la cosa juzgada, sino que está *sujeto* a ello aun sin el concurso de su voluntad.

El proceso es verdaderamente medio para un fin, en el sentido de que es medio para la consecución de bienes (§ 3), pero no—como frecuentemente se cree—en el sentido de que los intereses cuya satisfacción en él se busca pudieran ser *siempre* satisfechos también fuera del proceso. Existen intereses para cuya satisfacción *sólo* el proceso es medio: tal es el interés a la mera declaración judicial. La acción de declaración, y tanto más, de declaración negativa, es, pues, un derecho, subsistente por sí mismo, que tiene por presupuesto un interés (por ejemplo: en una acción de declaración negativa, el interés *de no pagar 100 pesetas*) y busca un efecto jurídico útil (ejemplo: la certidumbre de que «yo no debo por ley las 100 pesetas» (2).

(1) *Sulla contesa circa el concettod'azione*, cit. pág., 94 núm. 1.

(2) Ya hemos dicho (§ 1) que la acción de declaración negativa no tutela el pretendido derecho «a la integridad de la propia esfera jurídica», como, además de SIMONCELLI, opinan FERRARA FR., *Della simulazione del negozio giuridici*, 2.^a ed., pág. 331, CASTELLARI, *Lezioni di Dir. Proc. Civile*, Turín, 1906-1907, lit., pág. 47, TEA, *Interesse ad agire*, pág. 19: Si alguien se cree acreedor mío por 100 pesetas, no atenta a ninguno de mis derechos, ni a la totalidad de ellos (que es la esfera jurídica), porque mis derechos son compatibles con la existencia de una deuda mía. Diciendo que se defiende la integridad de la esfera jurídica, quiere significarse que

Sentado esto, la acción de declaración no difiere de las demás acciones: *actor* es aquel que pide la actuación de la Ley; y la carga de la prueba le corresponde según las reglas generales (§§ 34 y 55), y lo mismo en la acción de declaración positiva que en la negativa: en esta última, deberá probar *la inexistencia* de una voluntad de ley. Aquí debe señalarse la fundamental dife-

se defiende el *valor* del propio patrimonio; pero éste es un lenguaje económico, y por añadidura, figurado, no jurídico; porque el valor como entidad abstracta no puede ser objeto del derecho: es lo que es; y si otro pretende mi condena al pago de 100 pesetas que no debe haber, en términos jurídicos y precisos, no puede decirse sino que teniendo interés en no pagar 100 pesetas que no debo, *tengo derecho a una sentencia* que declare inexistente la deuda. Si la Ley me da derecho a esta declaración negativa, incluso si el supuesto acreedor quisiera desistir de la demanda, y aun antes de haber obrado él (que es propiamente la acción de declaración negativa), quiere decir que enfrente a la duda engendrada en la Sociedad, acerca de la existencia de la deuda, la misma certidumbre jurídica de que la deuda no existe, deviene por sí misma un bien jurídico: y éste y no otro bien persigue quien obra por la declaración negativa, ni podría conseguirse este bien sino con esta *pura acción*. Véase nuestro *Litisconsorzio necessario*, cit. pág. 20; y en igual sentido, MESSINA, *In tema di simulazione assoluta*, núm. 17. Tan es verdad todo esto, que queriendo encontrar a la fuerza un derecho, base de la acción de declaración negativa, llégase a evidentes errores. Así, un escritor moderno (PASINI *Generalità di diritto processuale civile*, pág. 56, nota) considera como base de este derecho de obrar, el «derecho de no deber las 100 pesetas» (o sea un derecho que tendría por contenido lo inexistente). FERRARA, *Simulazione*, cit. 3.^a ed., 1909, pág. 345, nota, nos replica que «todo derecho o la privación de un derecho es siempre compatible con la existencia de la esfera del sujeto, y entonces no habría nunca violación, aun en el caso de que uno reivindique un fundo que no es suyo, pretenda una servidumbre que no le corresponda, etc.». En efecto, quien tiene la cosa ajena, quien pasa por el fundo ajeno sin derecho, *viola* el derecho ajeno; pero quien solicita del juez que declare si la cosa es suya o de otro, si la servidumbre le corresponde o no, *no viola* el derecho de nadie, y mucho menos la *integridad* de sus derechos, tanto más cuanto que el demandado puede limitarse a pedir la desestimación de la demanda, y no está obligado a probar su derecho. De todas maneras, existe en estos casos un derecho *determinado* del demandado frente a la pretensión del actor; pero en el ejemplo antes puesto por nosotros, como en otros muchos más, el demandado no

rencia entre las acciones de declaración negativa y los juicios de jactancia (1).

Debe considerarse diferente la acción de declaración del derecho a los daños que puede tenerse contra el autor de una pretensión o de un litigio injusto. Las dos acciones pueden combinarse en una. También debe observarse que no siempre el que tiene una acción de declaración tiene derecho de ejercitarla *a costa del demandado*: esto depende de la actitud del demandado. Por ejemplo, el art. 282, Cód. Proc. Civ., dispone que si el demandado reconoce la escritura cuya declaración solicita el actor, los *gastos son de cuenta del actor* (2).

III. *Sentencia de declaración y sentencia de condena.*—¿En qué consiste la diferencia entre la mera declaración y la condena? Hay derechos que no pueden dar lugar más que a una sentencia de declaración y son los derechos potestativos cuando consisten en el poder de producir un efecto jurídico *con una simple declaración de la parte*: en este caso la sentencia no puede hacer otra cosa que afirmar (declarar) la existencia del derecho, ya sea ejercitado, ya a ejercitar. Pero en cuanto a las relaciones jurídicas en que existe un obligado, si la sentencia desestimatoria no puede ser sino de mera declaración, la sentencia que estima la demanda, puede ser tanto de mera declaración como de declaración y de condena.

Si la sentencia declara la existencia de una obligación precisase distinguir aún si el demandado no está obligado, sino un tercero (ejemplo típico el art. 2126 del Cód. civ.) la sentencia no puede ser naturalmente sino de declaración; si el demandado es el mismo obligado la sentencia es de pura declaración cuando

tiene ningún *derecho* que defender; y la totalidad de sus derechos (por lo mismo que es la integridad de los derechos que él efectivamente tiene) no está en juego: sólo estaría en juego si el actor pretendiese ser *la persona* que el demandado pretende ser.

(1) Véase WENDT, *Beweislast bei der negativen Feststellungsklage (Carga de la prueba en la acción de declaración negativa)* en el *Archivio per la pratica civile*, vol. LXX, págs. 1.^a y sigs.

(2) Véase CHIOVENDA, *La condanna nelle spese*, cit., págs. 304 y sigs.

no persigue más que los beneficios derivados inmediatamente de la certidumbre jurídica. Es de condena cuando busca también la posterior actuación de la voluntad de la ley o sea si *prepara* la ejecución. La diferencia está pues en que en la sentencia de condena la declaración tiene dos funciones distintas, en la de declaración una sola (véase § 6) (1).

Este criterio de distinción se funda ya en el texto de nuestra ley ya en lo que en la realidad ocurre. La ley distingue la demanda de reconocimiento de una escritura, según *que forme el objeto principal del juicio* o tenga *por fin el cumplimiento de la obligación* (art. 282 Cód. proc. civ.) En la práctica, pues, puede tenerse necesidad de la simple declaración de la Ley, por ejemplo, para disponer con más seguridad de nuestra cosa, sin que haya necesidad o posibilidad alguna de ejecución, por ejemplo, por estar nosotros en posesión de la cosa. El caso en que la distinción es más difícil es el de una obligación de dar o de hacer, pero también aquí puede tenerse interés en afirmar la voluntad de la Ley sin querer o poder pretender el cumplimiento de la obligación; así en el caso en que la prestación aún no haya vencido: si ya venció debe presumirse que la demanda del actor tiende a la condena, salvo expresa declaración en contrario (2).

No debe decirse que la declaración tenga por fin garantizar el derecho contra una *amenaza*, mientras que la condena lo garantiza contra la *violación*, puesto que la amenaza puede ser una causa de la acción de declaración, pero no ciertamente la única. Por otra parte puede haber una condena cuando la violación aún no está realizada: la condena de *futuro* (§ 6) es una verdadera condena, no una sentencia de mera declaración, porque tiene por fin la efectividad en el momento del vencimiento.

Por el contrario, la sentencia de declaración obtenida antes del vencimiento de la obligación, *no deviene título ejecutivo en*

(1). Cuestión vivamente controvertida: véase *Azione nel sistema dei diritti*, cit. pág. 82, CROME, trad. ASCOLI E CAMMEO, pág. 367, núm. 33. Las observaciones de CALDA en este punto, op. cit., pág. 73 y sigs., parecen poco importantes.

(2). Discútese sin embargo si debe ser admisible la acción de declaración en caso de prestación vencida.

el momento del vencimiento (1). La sentencia que originariamente no tuvo función preparatoria de la ejecución, no puede adquirirla más tarde. Sería grave que el demandado fuese sujeto a la ejecución cuando después de la sentencia de declaración pueden haber surgido nuevas excepciones en favor suyo, y estaría consuetudinario a hacerlas valer en la forma incómoda de la oposición a la ejecución. La *actio iudicati* que nace de la sentencia de declaración no puede, pues, referirse a la ejecución forzosa, sino únicamente a la emanación de una nueva sentencia (de condena).

En cuanto a los demás efectos que puede tener la sentencia de declaración, son varios. La certidumbre del derecho, imponiéndose a las conciencias de todos aumenta, como vimos, su importancia social. Además de esto puede ocurrir que la declaración positiva o negativa sea condición para obtener resoluciones de naturaleza diferente de la ejecución forzosa, como transcripciones (Cód. civ., art. 1935), inscripciones hipotecarias (art. 1989), cancelaciones hipotecarias (arts. 2033, 2036), trasposos catastrales (ley sobre catastros, texto único 4 Julio 1897, art. 7), destrucción de documentos falsos (Cód. proc. civ., art. 309), etc., etc.

IV. *Condiciones de la sentencia de declaración.*—Para que pueda estimarse una demanda de declaración es preciso:

1.º Que exista la *voluntad de ley* de la cual se pide la declaración positiva, o no exista aquella cuya declaración negativa se pide. La sentencia que rechaza una acción de declaración negativa porque «no ha sido probada la existencia de una voluntad de ley» afirma al mismo tiempo la existencia de esta voluntad y contiene declaración positiva en favor del demandado.

2.º La *legitimatio ad causam*. A este respecto puede decirse que esté legitimado activamente aquel a quien se refiere el daño jurídico que la declaración debe reparar, legitimado pasivamente aquel respecto del cual la sentencia debe producir cosa juzgada para que se produzca el efecto esperado de la declaración.

3.º *El interés en obrar*. En los casos especiales de acciones de declaración regulados por la ley, el interés en obrar es conatural a la circunstancia prevista por la ley; por ejemplo, la simple existencia de una escritura privada, de un documento falso,

(1) Cuestión vivamente controvertida.

justifica la demanda de verificación (Cód. proc. civ., art. 282), de declaración de falsedad (art. 296). Así la simple existencia de una demanda infundada justifica la petición del demandado, de que se pronuncie sobre ella, rechazándola (art. 345).

En cuanto a la acción de declaración como figura general, el interés en obrar consiste en una condición de hecho tal, que el actor sufriría un daño sin la declaración judicial. Esta condición de hecho no consiste en una *violación* del derecho que es el presupuesto corriente de las sentencias de condena, sino más bien en la incertidumbre de derecho ante la opinión común. También puede llamarse éste, en cierto sentido, *un estado de hecho contrario al derecho*, puesto que, como vimos, no sólo precisa que el derecho sea satisfecho por el obligado, sino también que sea cierto como derecho en la sociedad.

Esta incertidumbre debe ser también *objetiva* en el sentido de que no basta que el titular de un derecho esté incierto acerca del propio derecho, sino que es necesario un hecho *exterior objetivo* que haga incierta la voluntad de la ley en la conciencia del titular o de los terceros. El hecho exterior a que se alude puede consistir en un acto del demandado que, por ejemplo, haya hecho preparativos encaminados a una violación del derecho, o haya discutido, tanto más si es públicamente, el derecho del actor, o haya afirmado ser su acreedor (alarde, jactancia); pero repetimos que también en este caso la acción de declaración tiende únicamente a remover la incertidumbre jurídica derivada del hecho del demandado, no a obtener la inhibición de análogos actos posteriores (1). Esto permite distinguir la acción de declaración negativa de la acción *negatoria* que tiende a una condena: aquélla puede estar justificada también por una simple *turbatio verbis*. Que el estado de incertidumbre del derecho sea derivado de un hecho del demandado, influirá en la regulación de los gastos (§ 77).

(1) Admitir que el interés en la declaración pueda nacer también de un hecho de un tercero que no sea el demandado no conduce necesariamente a la consecuencia temida por CALDA (op. cit. pág. 62), de que en la práctica se admita la acción para todos los casos de derecho faltos de prueba o de incertidumbre artificiosamente creada. Que la falta de prueba pueda justificar en el caso concreto una acción de declaración, no puede *a priori* excluirse. Ni la dificultad de poner criterios de admisibilidad precisos, ni

Ejemplos de interés en obrar por la simple declaración, obtenidos de la práctica, son: la dificultad de ceder un crédito por ser litigioso; la imposibilidad de vender un fundo, no obstante ser poseído, porque con anterioridad el mismo fundo ha sido vendido simuladamente a otro; la expresión incierta de un contrato de venta que produzca la duda de si entre las fincas vendidas, pero posetas aún por el vendedor, está comprendido un determinado fundo; la incertidumbre del deudor acerca de la persona del acreedor cuando varias personas pretenden ser el acreedor, etcétera (1).

V. *Objeto de la declaración.*—Objeto último de la declaración es siempre la voluntad de la ley en el *caso concreto* (§ 2). En la acción de declaración a veces se busca una voluntad de ley no *actual*, sino *potencial*. Esto ocurre cuando la acción de declaración no tiene por fundamento una relación jurídica, sino únicamente un hecho jurídicamente importante: así, en el caso de reconocimiento de una escritura privada (Cód. Procesal Civil, art. 282); aquí la declaración tiene por objeto, no el hecho en sí mismo, sino un complejo de voluntades de ley aún no determinadas, contenidas potencialmente en la voluntad de que la escritura tenga una cierta eficacia. Pero estos casos meramente excepcionales deben expresarse en la ley. Mucho menos puede ser objeto de declaración la simple posibilidad de una voluntad de ley: como si alguien pidiese al juez declarar las consecuencias jurídicas de un hecho aún no ocurrido o de un hecho actual, pero que sólo puede tener importancia jurídica concurriendo con un

la posibilidad de abusos debe conducir a negar la acción en general, como no ha impedido a las legislaciones citadas reconocerla expresamente. Lo que importa es afirmar en general la posibilidad de un interés en la mera declaración y la de satisfacerlo en el proceso; al criterio del juez corresponde impedir en la práctica que la institución dé lugar a acciones ligeras, y que se pretenda transformar la sentencia en un sucedáneo de la prueba escrita.

(1) Caso recientemente resuelto: las discusiones del arrendador acerca de la duración de un arriendo en curso, autorizan la acción de declaración del arrendatario. Corte de apel. de Venecia, 11 Ab. 1911, en la *Legge* 1911; página 2.430.

hecho aún no sucedido (1). No es que falte en estos casos el interés *actual* en obrar; pero si se admitiesen acciones de este género, el proceso devendría más bien que un simple organismo de actuación de la ley, un instrumento general de facilitación del comercio jurídico más gravoso para el Estado que útil para los ciudadanos.

(1) SCHMIDT, 2.^a ed., pág. 306. Esto no excluye que el *hecho* ocurrido pueda dar lugar a declaración respecto a sus *consecuencias* todavía no ocurridas. La lesión alcanzada en un accidente puede manifestar sus efectos dañosos mucho tiempo después, pero justifica una acción de declaración inmediata. Consúltense los casos resueltos por la Cas. Tur. 19 Marzo 1909 (*For. ital.* 1909, pág. 1.463). En cuanto a la posibilidad de ser objeto de declaración, los derechos condicionados, véase el art. 2.126 del Código Civil.

Apéndice a los §§ 6 y 7.

Referencias al derecho español.

§ 6

Código civil, artículos 587 (servidumbre de aguas), 412 (aprovechamiento de aguas), 392 y siguientes (comunidad de bienes), 1128 (obligaciones a plazo).

§ 7

Código civil, artículos 115 y siguientes (prueba de la filiación).

Ley hipotecaria, artículos 2 y 3 (títulos sujetos a inscripción), 99 (cancelación), 84 (ídem), 43 y siguientes (anotaciones preventivas).

Ley de enjuiciamiento civil, artículos 606 y siguientes (cotejo de documentos) 1429 y siguientes (títulos ejecutivos).

No existe en nuestra ley procesal civil un precepto análogo al del art. 36 del Código procesal civil italiano, consagrado a declarar directamente que «para proponer una demanda en juicio o para contradecirla, *es necesario tener interés en ello*» ni hace falta. Bien lo observa el profesor CHIOVENDA cuando dice que tal artículo «no expresa sino un principio de doctrina, supérfluo en una ley».

Pero, además, esa doctrina palpita en nuestro Código procesal y se deriva bien claramente de sus preceptos atinentes al caso; y aun esa ley, lo mismo que el Código civil y otras leyes especiales, determinan concretamente para cada acción y para cada juicio la necesaria personalidad de las partes.