

§ VIII

Sentencias constitutivas.

1. *Naturaleza declarativa y constitución de efectos jurídicos en las sentencias.* Ya hemos visto que la sentencia positiva estimatoria se limita a afirmar la existencia de una voluntad de ley que garantiza al actor un bien de la vida; de aquí que sea *declarativa* y no *constitutiva* de derechos (§ § 2 y 4); y con mayor razón es meramente declarativa la sentencia desestimatoria; pero este principio se refiere únicamente al bien que pretende el actor, o sea al derecho que es objeto del proceso y, así entendido, el principio no tiene excepciones.

Por el contrario, es *constitutiva* la sentencia en cuanto *de la declaración judicial de un derecho* se derivan ciertos efectos jurídicos, de los cuales la sentencia aparece como título o causa. Tales son:

1.º La *acción* y la *excepción* derivadas de la sentencia. (En cuanto a la eficacia de cosa juzgada también es constitutiva la sentencia desestimatoria).

2.º La *hipoteca judicial* derivada de la sentencia que condena al pago de una cantidad, a la entrega de cosas muebles o al cumplimiento de otra obligación que pueda resolverse en indemnización de los daños (Cód. civ. art. 1970).

3.º El derecho derivado de la *condena con costas* (Código Proc. civ. art. 370) puesto que el derecho a las costas no preexiste a la sentencia, sino únicamente tiene su título en esta (§ 77); en cuanto a las costas es también constitutiva la sentencia desestimatoria.

Por último, hay un grupo numeroso de sentencias positivas estimatorias y son las llamadas propiamente por la doctrina moderna constitutivas y de las que trata este §, en las cuales esta eficacia constitutiva depende *del mismo derecho que ellas declara-*

eran consistente en el poder jurídico del actor de producir un efecto jurídico mediante sentencia judicial (§ 1) (1).

II. *Sentencias constitutivas.* Hay derechos potestativos en los cuales el nuevo estado jurídico se produce en virtud de una simple declaración de voluntad del titular y otros en los cuales el cambio prodúcese únicamente cuando el derecho potestativo fué declarado por el juez: también a veces es necesario que el juez provea a algunas determinaciones consecuenciales (como las cuotas en la división). Es cuestión que la ley resuelve (si bien no siempre expre-

(1) Ya en otros tiempos la doctrina hablaba de sentencias constitutivas, pero en el sentido de figuras *anormales* frente a la naturaleza meramente declarativa de la sentencia y se enumeraban como tales las sentencias que decretan la separación personal o el divorcio, las que rescinden contratos, las de adjudicación de inmuebles en subasta, las de asignación de cantidades pignoradas, y otras (véase FADDA y BENZA, en WINDSCHEID, I, pág. 1197).

La división tripartita de las sentencias de condena, de declaración y constitutivas encuéntrase por primera vez en WACH, *Handbuch*, I, páginas 11-12, después más neta en SCHMIDT, *Lehrbuch*, pág. 526, 527 (2.^a edición, pág. 742, 743), hasta que en LANGHEINEKEN, *Urteilsanspruch*, 1899, pág. 90 y sigs. 220 y sigs., llega a ser fundamento de un amplio estudio. La clara sistematización de esta categoría y su conciliación con los caracteres de la jurisdicción contenciosa, fué hecha por HELLWIG, llevándola a la categoría correspondiente de los derechos potestativos: *Anspruch und Klagerecht*, pags. 2 y sigs. 443 y sigs. 467; *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, cit. pág. 2; y más especialmente en *Lehrbuch*, I, pág. 41, 232 y sigs. Véase también KIPP, *Die Verurtheilung zur Abgabe von Willenserklärungen (La condena a dar una declaración de voluntad)*, Kiel y Leipzig, 1892, págs. 18 y sigs. y entre los más recientes: HOLDER, *Ueber Ansprüche und Einreden*, en el *Archivio per la practica civile*, vol. 93, páginas 26, 33; *Anspruch und Klagerecht*, en la *Rivista pel proc. civ. ted.*, vol. 29, págs. 66 y sigs.; *Klagerecht*, en los *Annali di Jhering*, vol. 46, páginas 288, 289; KISCH, *Beitrage zur Urteilslehre*, cit. págs. 45 y sigs.; WACH, en la *Rivista pel proc. civ. ted.*, vol. 32, pág. 7; KOHLER, *Civilprozessrecht*, pág. 105, en la *Rivista pel proc. civ. ted.*, vol. 33, pág. 226 y en la *Rivista renana*, I, (1908), pág. 39; SECKEL, *Gestaltungsrechte*, 1903; HELLWIG, *Klagerecht und Klagmöglichkeit*, cit. págs. 32 y sigs. 62 y sigs.; BALOG, *Ueber das konstit. Urteil*, en la *Rivista di Gründhut*, vol. 34, pá-

samente) con arreglo a criterios de oportunidad, la de fijar cuando basta la declaración de voluntad del titular y cuando se requiere una sentencia según que, por ejemplo, dada la naturaleza de la relación que ha de constituirse o extinguirse, sea más o menos útil al interés del comercio, del orden público, de los derechos de terceros, la certeza y la publicidad inherente a la sentencia o se haga también necesaria una operación técnica que deba confiarse a una persona imparcial (1). La disolución de una sociedad constituida por tiempo indeterminado puede tener lugar por la voluntad de

ginas 123 y sigs. y la bibliografía más completa en este último; ZITTELMANN, *Zum Recht der Eheanfechtung (Sobre el derecho de la impugnación del matrimonio)* en las obras en honor de BEKKER, 1907, págs. 145 y sigs.; y aun HELLWIG, *Grenzen der Rückwirkung (Límites del efecto retroactivo)* en las publicaciones del jubileo de la Universidad de Giessen, 1907, págs. 23 y sigs. y acerca de esto SIBER en la *Kritische Vierteljahresschrift*, vol. 13, (1911), pág. 56 y sigs.; KISCH, *Deutsches Zivilprozessrecht*, II, pág. 52; STIER-SOMLO, *Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung*, en las publicaciones en honor de LABAND, 1908.

En Italia encuéntrase una primera manifestación precisa de la afirmación de esta clase de sentencias en la doctrina en nuestra *Azione nel sistema dei diritti*, 1903, págs. 116, 118, desarrollado en el curso universitario de Bolonia del mismo año y continuado en *Litisconsorzio necessario*, (publicaciones en honor de V. SCIALOJA, 1904). Sobre esto escribieron después DIANA, *La giurisdizione volontaria*, I, pág. 65 y sigs.; CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, cap. II, n. 6; ROCCO, *Sentenza civile*, pág. 141 y sigs.; MORTARA, *Commentario*, IV, número , pág. 34 y sigs.; *Manuale*, 5.^a ed. pág. 15 y sigs.; SCIALOJA ANTONIO, *Studii di diritto privato*, 1906, pág. 359 y siguientes; MESSINA, *I diritti potestativi*, cit.; TEA, *Interesse ad agire*, 1907; pág. 66 y sigs.; BONELLI, en la *Rivista di diritto commerciale*, 1907, II, pág. 473 y sigs. GALANTE, *Lezioni*, 2.^a ed. pág. 238 y sigs.; LANZA, *La querela e il suo valore procesuale*, 1911, pág. 79 y sigs.; DONATI D., *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, 1910, pág. 214 y sigs.; COVIELLO N., *Manuale di Dir. civ.*, I, pág. 540; PUGLIESE, *Prescrizioni acquisitiva*, 3.^a ed. (1911), página 491; OTTOLENGHI G., *Gli atti della giurisdizione straniera e la loro efficacia in Italia*, en la *Riv. di Dir. civile*, 1911, pág. 755 y sigs., ANZILOTTI, *Riconoscim. delle sent. di divorzio*, 1908, pág. 30.

(1) En la práctica es frecuentemente cuestionable si procede o no la sentencia.

uno o más socios, expresada mediante «renuncia notificada a todos los socios» (Cód. civ. art. 1733); pero en la sociedad constituida por tiempo determinado, la disolución debe pedirse en juicio, basándose en motivos justos cuya apreciación dejare al criterio de la autoridad judicial (art. 1735); puede surgir un pleito en ambos casos, pero en el primero el juez examinará si el socio tenía la facultad de disolver la sociedad y *declarará realizada la disolución* (sentencia de declaración); en el segundo caso examinará si el socio tiene facultad de pedir la disolución y *pronunciará* la disolución (sentencia constitutiva). El arrendador puede *resolver* el contrato, si así se ha pactado, con la simple declaración de querer habitar la casa arrendada (Cód. civ. art. 1612); por el contrario debe *pedir* al juez la resolución basada, por ejemplo, en la morosidad del arrendatario (art. 1165 y 1611); en ambos casos puede surgir un pleito, pero en el primero el juez es el llamado a declarar que la disolución ha *ocurrido*, en el segundo a declarar que la disolución *debe* ocurrir; en el segundo caso puede conceder dilaciones, en el primero no.

También la sentencia constitutiva actúa mediante la declaración de una preexistente voluntad de ley (la voluntad de que se produzca un cambio jurídico); y por lo mismo en esto es idéntica a las demás sentencias (de condena y de declaración) y nada tiene de excepcional. Pero en cuanto la ley liga o condiciona el porvenir del cambio a la misma declaración, *esta* es el hecho jurídico que es causa de aquel efecto jurídico, por virtud de la ley. Y no es que el cambio jurídico sea producido *por la voluntad* del juez: la voluntad del juez también en este caso solo mira a formular *la voluntad de la ley*, aunque su conciencia tenga también presentes los efectos que esto ha de producir y su actividad sea dirigida objetivamente a producirlos (§ 6); y si algunas veces dice *resuelvo, rescindo, anulo, revoco*, y otras semejantes, solo son la *formulación* de la voluntad de la ley. En cuanto la formulación de esta voluntad fué pedida por el titular de el derecho, claro está que la demanda judicial hállese también entre las causas del cambio jurídico. Pero no corresponde formular sutiles cuestiones de preeminencia entre estas causas concurrentes, basta ver que después de la sentencia *existe un estado jurídico que antes no existía o viceversa*, para que la sentencia nos parezca la que *imediatamen-*

te obra o produce o constituye aquel efecto (1). La actividad judicial en estos casos está frente la ley como frecuentemente está la actividad humana o sea como *hecho concreto que pone en movimiento normas de ley*: tiene esta eficacia común con la actividad de los particulares cuando disponen de sus derechos; y con la actividad de otros órganos públicos, como el gobernador, cuando por decreto «pronuncia la expropiación por utilidad pública» (art. 48. y 50, ley 25 de Junio de 1865) o impone la servidumbre telefónica (art. 3 y 4, texto único, 3 de Mayo de 1903); pero es diferente la relación en estos varios casos entre la voluntad del agente y el efecto jurídico producido (2).

(1) Véase BALOG, *Das Konstitutive Urteil*, cit., págs. 126, 136, 137, 138 y 147. En la 1.^a ed., pág. 129, hicimos referencia a la distinción de causa directa (sentencia) e indirecta (demanda). La correspondiente distinción que aquí observamos entre causa *inmediata* (sentencia) y *mediata* (demanda), la encontramos también en la obra de ZITTELMANN cit. pág. 148, 166: ZITTELMANN admite que el efecto jurídico se produzca dentro de ciertos límites de la demanda sólo en algunos casos determinados, pero por motivos especiales del derecho positivo germánico (véase para la impugnación del matrimonio § 1341, Cód. civ. germánico y siguientes).

(2) La actividad del juez en la sentencia constitutiva es una actividad jurídica pero no un negocio jurídico. Por lo demás estas son cuestiones terminológicas sin gran importancia: el concepto de negocio jurídico se ha entendido de diversa manera; y de cualquier modo que se entienda comprende actos diversísimos entre sí y regulados también diversamente, para que en las delicadas cuestiones prácticas a que dan lugar ciertos actos jurídicos pueda llevar alguna ley la afirmación o negación de la naturaleza del negocio jurídico. Véase § 52 y PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 1906, I, pág. 96. Por ejemplo, la sentencia que anula la deliberación de la junta de una sociedad, no realiza un negocio jurídico *por cuenta de la sociedad* como justamente observa SCIALOJA A.; loc. cit., pág. 359 n.; pero esto no priva que la sentencia, como yo he escrito, esté frente al querer social *como* un no querer (disvolere) social, quiere decir, con la misma extensión de la deliberación. Por el contrario BONELLI, loc. cit. de la afirmación de que la sentencia de asignación de cantidades pignoras *contiene un negocio jurídico* deriva la consecuencia que aquella está sujeta a la acción revocatoria por quiebra; pero la conclusión no guarda una relación necesaria con tal premisa.

La actividad del juez en la sentencia constitutiva es actividad puramen-

Por tener este objeto y este efecto, y no por su naturaleza, la sentencia constitutiva se presenta como figura autónoma (*a se*). De un lado acérrese a la sentencia de condena porque prepara un cambio en el estado actual de cosas. Por otro acérrese a las sentencias de mera declaración, porque produciéndose el cambio en virtud de la sentencia misma no es necesario ningún hecho posterior de ejecución; pero la sentencia de declaración declara una voluntad de ley preexistente y no tiene otro efecto que la cesación de la incertidumbre del derecho; la sentencia constitutiva declara una voluntad de ley preexistente que tiende al cambio de otra voluntad de ley, *y lleva tras de sí este mismo cambio* (1).

te jurisdiccional, puesto que el efecto se produce *por ley* en virtud de la declaración, ni es lícito suponer al lado de la actividad *jurisdiccional* de declaración una actividad *administrativa* de producción del efecto jurídico. En contra DONATI D, *Lacune*, cit., pág. 2161. PUGLIESE, *Prescrizione acquisitiva*, cit., pág. 491, n.

(1) La categoría de las sentencias constitutivas fué muy combatida. Alguno como KOHLER (*Riv. pel. proc. civ. tedesco*, cis., pág. 226 y *Rivista renana*, cit.), afirma que el cambio no se produce en virtud de la sentencia, sino de la demanda judicial y que la sentencia, aún en este caso no hace sino *declarar* el cambio ocurrido como efecto de la demanda: la sentencia es, pues, una mera sentencia de declaración y lo mismo la correspondiente acción, con la única particularidad de que el obrar de la parte tiene pleno éxito entonces en cuanto resulte justificado por la sentencia. Pero, como hemos observado, es precisamente tal *efecto* constante de la sentencia en estos casos el que la distingue de la sentencia de declaración e impide considerar la demanda como causa inmediata del cambio. El cambio ¿es *posterior a la sentencia*? El ejemplo que KOHLER nos presenta es éste: la sentencia que decreta el divorcio no hace sino declarar fundada la *denuncia* del matrimonio contenida en la demanda, pero la disolución del matrimonio es producto de la demanda misma: sin embargo, tiene lugar con la sentencia pasada en calidad de cosa juzgada. De aquí cree él que derive como *consecuencia* que revocada la sentencia de divorcio, el matrimonio permanece disuelto y el segundo matrimonio contraído en el tiempo intermedio, es válido. Puede ser esto, pero no comprendemos que sea la *consecuencia* de su tesis. Así también HELLWIG, *Klagrech*, cit., pág. 32, n.º 8; y *Grenzen Des Rückwirkung*, cit., pág. 55 del extracto.

Alguien, por el contrario, ocupándose de algunas sentencias constitutivas intentó reducirlas a sentencias de condena, razonando así: el juez que

III. *Efectos de la sentencia constitutiva.* La sentencia constitutiva, por su propia naturaleza, obra normalmente *ex-nunc*: los efectos del cambio jurídico solo comienzan en el momento en que el cambio se produce, lo cual sucede cuando la sentencia tiene va-

anula un negocio jurídico, *imponer* al demandado no dar ejecución al negocio ineficaz. Véase SCIALOJA A., *Studii*, cit. pág. 359, n. y 361. Pero la sentencia no contiene este mandato, que no tendría objeto porque faltaría la posibilidad de violarlo: realizar un negocio quiere decir *utilizar sus efectos jurídicos*; pero precisamente *estos* son los que desaparecen con la sentencia y, por tanto, no se pueden utilizar.

El que niega la categoría de los derechos potestativos, niega la categoría de las sentencias constitutivas: pero las conclusiones a que se llega en este caso son la mejor prueba de la existencia de ambas categorías. Según ROCCO el poder de producir un derecho forma parte del contenido de este derecho y este derecho existe ya, aunque *latente*, cuando existe el poder de producirlo: por tanto, la relación jurídica que nosotros llamamos *producto* de la sentencia constitutiva, preexistiría a la sentencia (*Sentenza civile*, cit., pág. 101, 146 y 149). Estas afirmaciones refiérense únicamente a algunas figuras de derechos potestativos, y también por lo que respecta a ellas ya fué observado que nos parecen inexacta (§ 2): porque en el derecho potestativo no se tiene nunca el simple y actual derecho de *exigir* (como en los contratos de «abonamento» de suministros y otros semejantes, en los cuales la obligación de la prestación es perfecta y actual), sino tan sólo el derecho de producir el derecho en virtud del cual se podrá exigir: el derecho de exigir no existe aún, hay tan solo la *posibilidad* de que exista más tarde; ahora bien, la posibilidad de nacimiento de un derecho en cuanto depende de la voluntad de un individuo es por sí misma un derecho, pero en cuanto al derecho aún no nacido, éste no existe: decir derecho *latente* es lo mismo que decir derecho *posible* o derecho *futuro*; es decir, inexistente (WINDSCHEID § 67, n. 2; BERKER, *System*, I, pág. 94, también BONELLI; loc. cit., pág. 456), una ideación de la mente que no tiene correspondencia en la realidad. Consúltese sobre el derecho latente, también CICU, *La natura giuridica dell'obbligo alimentare*, en la *Riv. di dir. civ.*, 1910, pág. 172.

Si se habla de derecho latente en cuanto a aquellas formas de derechos potestativos en las cuales es más notoria la cesación simultánea de un estado o relación jurídica y formación de un estado o relación jurídica opuesta (retracto convencional, expropiación por utilidad pública, constitución de servidumbre de acueducto y de conducción eléctrica, división, divorcio, etcétera), aparece más claro el resultado inaceptable a que se llega, esto

lor de cosa juzgada. Solo en algunos casos, por disposición expresa de la ley, obra *ex-tunc* o sea aunque el cambio no tenga lugar sino con el pronunciamiento definitivo del juez, sus efectos se retrotraen al momento del pronunciamiento no definitivo (sentencia de interdicción, art. 328, Cód. civ. y del mismo modo, según algunos (1) la sentencia de inhabilitación); a veces al momento de la demanda judicial (por ejemplo, para la separación de los bienes entre cónyuges, Cód. civ., art. 1420, 1442, para la expropiación en favor de los obreros, de la acción del empresario respecto del comitente, Cód. civ., art. 1645); y a veces al momento del nacimiento del estado jurídico que ahora cesa (por ejemplo: por la cesación de la cualidad de heredero por indignidad, Cód. civ., artículo 727 y 933).

es, la existencia simultánea de estados y relaciones contrarios e incompatibles: X sería al mismo tiempo propietario y no propietario; un fundo libre y gravado por una servidumbre al mismo tiempo: y las partes separadas y no separadas antes de la sentencia de separación; cónyuges y no cónyuges antes de la sentencia de divorcio.

En general, mientras la categoría de las sentencias constitutivas (como la de los derechos potestativos) no ha encontrado grandes objeciones en Alemania, entre los escritores italianos que se ocuparon de esta materia muchos la rechazan siguiendo el ejemplo de ROCCO: véase MORTARA, SCIALOJA A, TEA, COVIELLO N. locs. cit. Para MORTARA, *Manual*, página 15, la relación jurídica que nosotros llamamos producto de la sentencia constitutiva no es *latente* antes de la sentencia, sino *preexistente*, sin más. Lo mismo entiende COVIELLO N, *Manuale* I, pág. 540, el cual después de haber repetido que nuestra doctrina confunde «la condición para la existencia con la condición para el ejercicio del derecho» se expresa así: «si para pedir la separación personal precisase la sentencia judicial, *no es porque el derecho preexista*, sino porque aquel reclama como condición de su ejercicio la actuación del juez». Que preexiste un derecho a la sentencia de separación, es precisamente lo que nosotros afirmamos: el derecho potestativo de producir el estado jurídico de la separación. Pero los que niegan *este* derecho preexistente y hablan de un derecho preexistente, deberían también decir en que consiste *este otro* derecho preexistente. Es extraño que ninguno se cuide de decirlo. Por lo demás muchas objeciones se dirigen contra una manera de entender la sentencia constitutiva diferente de la que expusimos en el texto; y algunos se empeñan en combatir en la sentencia constitutiva lo que jamás nosotros hemos visto en ella.

(1) Cas. Roma, Secc. n. 20 Jun. 1911 (*Legge*, 1912, pág. 119 y su nota).

El efecto *ex nunc* es, pues, *normal* en las sentencias constitutivas, pero no pertenece a su esencia. Lo que es esencial es la *producción de un estado jurídico que antes de la sentencia no existía* (1).

De esta característica se derivan algunas particularidades de la sentencia constitutiva y del procedimiento que la precede: para que el objeto de la acción y de la sentencia constitutiva se alcance, es decir, para que se realice el *cambio* jurídico, son necesarias, algunas veces, ciertas condiciones que no se requerirían en sentencias que tuviesen otro objeto: así hemos visto que cuando un estado jurídico es *uno* respecto de varios, la sentencia que lo resuelve no puede surgir sino comparecen en el pleito todos los partícipes del estado jurídico, de otra manera *in utiliter datur* (§ 5). En cuanto al efecto común de la sentencia de fondo o sea «la cosa juzgada», es inherente a las sentencias constitutivas lo mismo que a las demás: pero lo que pasa en calidad de cosa juzgada no es el acto del juez en cuanto produce el nuevo estado jurídico, sino en cuanto *afirma o niega* la voluntad de la ley de que el nuevo estado se produzca. Por esto la cosa juzgada tiene lugar tanto si la sentencia realiza el cambio (sentencia constitutiva) como si niega poderlo realizar. Esto tiene gran importancia para la eficacia de las sentencias respecto de terceros, de lo cual hablaremos más adelante (§ 80).

Según que el derecho que da lugar al juicio tienda a la *pro-*

(1) Consúltese BALOG, loc. cit. pág. 138; y ZITTELMANN, *Zum Recht der Eheanfechtung*, cit. págs. 153, 165. Los casos más o menos numerosos de sentencias constitutivas con efectos *ex tunc* nada prueban contra la existencia de esta categoría. A esto no presta atención quienn se funda en tales casos para combatirla, como TEA, *Interesse ad agire*, cit. pág. 71; COVIELLO N., *Manuale di D. C.* I pág. 540. Los casos de sentencias con efectos *ex tunc* son verdaderos casos de sentencias retroactivas (la palabra es de la ley, Cód. civ., art. 1420). Así todas las sentencias de nulidad. Véase acerca de este tema HELLWIG, *Grenzen der Rückwirkung*, cit. La sentencia en cuanto declara el derecho no es retroactiva: la declaración se refiere al momento de la existencia del derecho; pero esto no es retroactividad (antes § 2). COVIELLO, loc. cit., por el contrario considera las sentencias constitutivas con efectos *ex nunc* como excepciones de la «retroactividad» normas de las sentencias declarativas.

ducción de un nuevo estado jurídico, o a la *cesación* de un estado jurídico existente, tenemos:

a) Sentencias constitutivas, que producen un estado jurídico nuevo: por ejemplo las sentencias que constituyen una servidumbre de acueducto forzoso (Cód. civ., art. 598), una servidumbre de conducción eléctrica, una hipoteca suplementaria (Cód. civ., artículo 1980) y otras semejantes.

b) Sentencias constitutivas, que producen la *extinción* de un estado jurídico existente; por ejemplo las sentencias de separación personal (Cód. civ., art. 150), de declaración de indignidad (Código civ., art. 727), de reducción de las disposiciones testamentarias (Cód. civ., art. 821), de remoción de los efectos de un acto jurídico (deliberaciones de la mayoría de los partícipes en la cosa común, Cód. civ., art. 687, de las juntas de los accionistas, Cód. comercial, art. 163), de separación de bienes (Cód. civ., arts. 1420 y 1442), de división o disolución de la comunidad (Cód. civ., artículos 684 y 985), etc., etc.

Pero muy frecuentemente ambos efectos están unidos: tiénese cesación de un estado jurídico existente y producción de un estado jurídico nuevo, por ejemplo en la sentencia que declara la indignidad de un heredero para suceder (Cód. civ., art. 727), en la sentencia que resuelve un contrato traslativo de propiedad (Código civ., arts. 1165, 1529, etc.).

IV. *Condiciones de la sentencia constitutiva.* Redúcense a la *existencia* del derecho potestativo y a la *legitimación o legitimidad*.

Un *interés* en obrar como condición específica de la acción *al lado* de la existencia del derecho no tiene lugar aquí. En efecto, el mismo derecho potestativo al cambio del estado jurídico *mediante pronunciamiento del juez*, no se puede *satisfacer* más que mediante sentencia del juez: por esto en el mismo momento en que existe el derecho potestativo de esta naturaleza, existe también el derecho de acudir al juez o sea la acción (1). Esto no priva que también aquí el derecho y la acción sean dos cosas distintas. Pre-

(1) En contra LANZA V., *La querela e il suo valore processuale*, cit. página 95 y siguientes.

císase además considerar como diferente el derecho de obrar y la responsabilidad del adversario: pueden existir independientes. Para que exista la responsabilidad del adversario (por ejemplo para los gastos del pleito), es preciso que el derecho de obrar se funde en un hecho del adversario. Por ejemplo el derecho de pedir la separación personal aunque no pueda satisfacerse por el adversario nace *de un hecho* del adversario (adulterio, excesos, sevicia, etcétera, Cód. civ., art. 150): de aquí que el adversario sea *responsable* del pleito. Por el contrario, el derecho de pedir la división de los bienes comunes no se funda en un *hecho del adversario*, sino en el hecho objetivo de la existencia de una comunidad: por lo tanto no hay aquí responsabilidad del adversario. Nótese que hay derechos potestativos que aún no pudiendo *satisfacerse* como derechos sino mediante sentencia del juez, podrían estar *privados de objeto* por un hecho del adversario. Por ejemplo el derecho a la división judicial de bienes comunes, queda sin objeto si todos condóminos *se ponen de acuerdo* para la división a su manera: el derecho a la constitución de una servidumbre de acueducto forzoso queda privado de objeto si el propietario del fundo sirviente concede el paso precisamente por *donde* quiere el actor. Pero en éste y en otros casos no se trata de una obligación del adversario de satisfacer al actor sino tan solo de una *posibilidad* de satisfacerlo: no hay la obligación del adversario de hacer la división *a gusto* del actor, de conceder el paso por *donde quiere* el actor; existe sólo la sujeción a la sentencia que ha de pronunciar (como él crea) el juez. En estos casos, pues, el adversario no deviene responsable del pleito *sólo por no haber hecho aquello que quería el actor*.

Hay casos por el contrario en que el adversario *que era responsable del pleito* porque el derecho del actor se fundaba en un *hecho suyo* deja de serlo cuando ha ofrecido hacer cuanto pedía el actor, por ejemplo proponiendo resolver amigablemente el contrato impugnado por el actor (1).

Acerca de la *legitimación* baste observar que no siempre el derecho potestativo al cambio del estado jurídico corresponde ex-

(1) Véanse aplicaciones de estos principios en nuestro libro ya citado, *La condanna nelle spese giudiziali*, núms. 256, 259. Véase también Código civ., art. 2028.

clusivamente a uno de los sujetos de la relación o estado jurídico que se hace cesar: a veces corresponde a terceros; por ejemplo el derecho de impugnar un matrimonio (Cód. civ., art. 104). Sirva también para el caso cuanto antes hemos dicho (§ 4). Conforme a lo que allí expusimos puede estimarse, por ejemplo, que la acción pauliana debe proponerse tanto contra el vendedor como contra el comprador.

V. *Casos especiales de sentencias constitutivas y categorías afines.*—A) Existen casos en los que hay un obligado a emitir una declaración de voluntad, por ejemplo:

a) Aquellos cuyo consentimiento es necesario al menor para contraer matrimonio (Cód. civ., art. 63) están en realidad constreñidos a darlo si no hay motivos justos para negárselo. El marido está en realidad constreñido a autorizar a la mujer para ciertos actos si no hay motivos para impedirselos (Cód. civ., art. 134).

b) El enfiteuta, el deudor de una renta, están también constreñidos a *reconocer* formalmente el derecho del señor directo, o del acreedor después de un cierto período (Cód. civ., arts. 1560 y 2136).

c) El señor directo y en general el acreedor de una prestación anual que grava un inmueble, está constreñido a consentir la liberación contributiva del fundo (Cód. civ., art. 1564, ley 24 Enero 1864, art. 13 y Reglamento 31 Marzo 1864, art. 4).

En estos casos si el obligado rehusa la prestación de la declaración de voluntad tiénese el derecho de acudir al juez. Pero mucho se ha discutido si aquí se trata de sentencia de condena, de declaración, de constitución. Entendemos que en el segundo caso (letra b), se pedirá en juicio una simple sentencia de declaración: la declaración tendrá lugar perfectamente por el reconocimiento privado. No se trata de una condena a *reconocer* el derecho, actuada mediante la sentencia misma: trátase de una acción de declaración nacida de la inobservancia de la obligación de reconocer el derecho. En los otros dos casos (letras a) y c) deberá pedirse una sentencia constitutiva. Tampoco se trata aquí de una sentencia de condena sólo porque existía una verdadera *obligación* del adversario: el incumplimiento de esta obligación no da lugar a una acción para la actuación de la voluntad de ley violada, sino a un derecho derivado (§ 1) a un nuevo derecho (potestativo) que bus-

ca la producción judicial de los efectos que debían producirse con la declaración del adversario. Este derecho potestativo actúase con la sentencia del juez: ésta es pues una sentencia constitutiva (1). Y lo mismo puede admitirse en los casos no expresamente comprendidos en la ley, en que las partes se obliguen a emitir una declaración de voluntad (por ejemplo promesa de vender): de su incumplimiento nace un derecho a la transferencia de la propiedad mediante sentencia constitutiva. Esto se deriva del principio general antes desarrollado (§ 2) por el cual debe considerarse admisible cualquier modo de actuación de la ley que sea prácticamente posible y no esté excluido por una norma general o especial de derecho. En este caso falta tal norma (2). Ni se trata de imposibilidad de hecho. La infungibilidad de la prestación es ciertamente un caso de imposibilidad pero no se encuentra en tal situación el contrato preliminar. Las partes en el contrato preliminar se han obligado a querer, y no hay duda que su acto de voluntad es en sí mismo incoercible. Pero ¿es éste un caso de infungibilidad jurídica? No: *si el efecto jurídico de este acto de voluntad puede conseguirse de otra manera*. Cuando se invoca a este particular el principio de la autonomía de las partes, córrase el riesgo de caer en un equívoco: tiene este principio una amplia esfera de aplicación en el campo de la constitución de los derechos, ninguna en el de su cumplimiento. Ahora bien, si la constitución de un derecho (contrato definitivo) es debida EN CUMPLIMIENTO de un contrato precedente (preliminar) claro está que la autonomía de las partes nada tiene que ver. Sucede aquí lo mismo que ocurre en

(1) Acerca de esta tema véase CAMMEO, *L'azione del cittadino*, cit., página 40 del extracto; CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti* cit., página 117 n.; KIPP, *Die Verurtheilung zur Abgabe von Willenserklärungen*, 1892; LANGHEINEKEN, *Urteilsanspruch*, cit., pág. 252 y sigs.; HELLWIG, *Anspruch*, cit., pág. 455 y sigs. *Lehrbuch*, págs. 105, 232.

(2) Según DONATI, *Lacune nell'ordinam. giuridico*, cit., pág. 220, el principio de la división de los poderes constituiría un límite jurídico a la admisibilidad de las sentencias constitutivas, porque DONATI deriva de aquel principio una presunción *contra* toda actividad no jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales. Pero ya se ha observado antes (§) que el juez en la sentencia constitutiva sólo realiza una actividad puramente jurisdiccional.

los contratos en general. Las partes no estipulan contratos por el gusto de cambiarse declaraciones de voluntad sino en vista de ciertas finalidades suyas para cuya consecución pónense en relación recíproca. El derecho, al regir la atribución de los bienes de la vida a los particulares sujetos jurídicos, reconoce y hace propias estas voluntades no por sí mismas, sino en cuanto tienden a aquella finalidad, y si esto pudo ser olvidado a veces considerando el derecho en sí mismo, es en cambio clarísimo en la acción, manifiéstase en ésta la indiferencia del derecho hacia la voluntad de los obligados y se afirma su voluntad de atribuir un determinado bien a un determinado sujeto (aunque sea *como consecuencia* de un contrato; de aquí que en el lenguaje figurado se dice que la acción *nace* del contrato), § 1.

En el contrato preliminar las partes se obligan a prestar un ulterior acto de voluntad del cual nacerán ciertos efectos jurídicos, puesto que la prestación de actos de voluntad es el único medio de que disponen para crear tales efectos. Pero estos efectos jurídicos son su finalidad, y aquella a la cual el derecho liga el propio reconocimiento, y a la cual directamente coordina la acción. El acto de voluntad puede ser no fungible como puede ser cualquier *hacer* humano. Pero el *hacer*, y lo mismo la voluntad, diráse jurídicamente fungible cuando el *resultado práctico del hacer* o el efecto jurídico del *querer* puede conseguirse mediante una actividad diferente de la del obligado (1).

(1) Véase CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, en la *Riv. di diritto comm.*, 1911. (Reproducido en los *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, 1912, pág. 19 y sigs.); CHIRONI, *L'obbligazione di dare*, en la *Riv. di dir. comm.*, II, p. 633. La práctica italiana se manifestó así. Sin embargo, doctrinalmente discutióse vivamente la cuestión. Véase COVIELLO L., *Contratti preliminari* (en la *Enciclopedia giuridica italiana*); DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo*, 1901, pág. 98 y siguientes; GIANTURCO, *Lezione sulla compra-vendita*, 1905, p. 33; BUTERA, *Contributo alla dottrina della promessa di vendita immobiliare*, en la *LEGGE*, 1909, pág. 2216 y sigs. Un criterio intermedio adoptó la Cas. Roma, 20 Mayo 1910 (en la *Riv. di dir. comm.*, 1910, II, p. 581, con nota conforme del compilador G. FAGGELLA). Muchas de las objeciones encierran un equívoco. Así BUTERA, loc. cit., p. 2235, dice: «el magistrado no puede tratar en nombre y lugar del que promete, y asumir la repre-

B) Acciones de impugnación (1). Deben distinguirse: *a)* acciones de nulidad, *b)* de anulación, *c)* de rescisión o de resolu-

sentación para estrechar en su vez relaciones jurídicas». Ahora bien, semejante concepción del proceso y de la sentencia sepárase mucho de la moderna ciencia procesal. No se trata de constituir con la sentencia el contrato definitivo. La sentencia no será constitutiva porque constituya *el contrato*, sino porque constituye directamente *el derecho* que se busca; por ej.: la propiedad. No se transmite la propiedad solamente por el contrato; transmítese por sucesión, por la acción del tiempo, por decreto de expropiación, etc., etc.: diversas causas del mismo fenómeno. ¿Es por ventura extraño al oficio del juez que acompañe a la sentencia una transmisión de propiedad? La sentencia de adjudicación sirve para demostrar lo contrario. Y lo mismo puede decirse de tantos otros derechos. CARNELUTTI, *Ancora sulla forma delle promesse bilaterali di compra-vendere immobili*, en la *Riv. di dir. com.*, 1911, II, pág. 616 y sigs., contestando a nuestro estudio citado, observa que «la razón de ser del contrato preliminar está en la necesidad de una ULTERIOR VOLICIÓN.. *si contratta in via preliminare perche ci si obbliga menb*, y esto debido a que el cumplimiento específico es incoercible. Toda cuestión desaparece si se da por demostrado que el contrato preliminar es éste y no otro. Pero yo creo que estas observaciones pueden valer todo lo más como interpretación de especie, dada la cual, no sé por qué se ha de admitir la acción de daños. Si es *debida* la volición puede obtenerse su equivalente con la sentencia constitutiva; si no es debida, ¿por qué condenar a los daños? Por el contrario, la realidad de las cosas enseña, según nuestra opinión, que las partes en el contrato preliminar quieren con la misma plenitud y eficacia con que querrían en un contrato definitivo condicional; sólo prescinden de la forma del contrato condicional por razones prácticas que nada tienen que ver con la supuesta menor *intensidad* de la obligación. ASCOLI, en la *Rivista di dir. civ.*, 1911, p. 887, entiende que nuestro concepto choca contra el art. 1220 Cód. Civ., fuera de cuyos límites no es admisible que la actividad del juez sustituya a la del deudor. Pero el art. 1220 no tiene otro objeto que autorizar una actividad sustitutiva DEL ACREEDOR y regular los correspondientes gastos; no pone límites especiales a la actividad del juez. Éstos sólo pueden derivarse de los principios generales sobre el proceso (antes §). En cuanto al caso especial de la promesa de *venta*, ni el efecto real de nuestra compraventa ni la exclusión por nuestra ley de una norma parecida a la del art. 1589 Cód. francés, que aduce ASCOLI, creo que tengan relación con la cuestión. En Alemania la cuestión fué resuelta afirmativamente por el Reg. Proc., § 894, y lo mismo en Austria (Reg., § 367).

(1) CAMMEO, *L'azione del cittadino*, cit. p. 41 del extracto; LANGHEINE-

ción. Estas últimas conducen ciertamente a sentencias constitutivas. Tales son la acción de rescisión por lesión (Cód. Civ., artículos 1038 y 1529); de resolución por falta de cumplimiento (Código Civil, arts. 1165 y 1511) de devolución (Cód. Civ., art. 1565).

Llámanse negocios jurídicos nulos o inexistentes los que son nulos desde su origen de suerte que no pueden producir efectos jurídicos. Las acciones que tienden a hacer declarar tal nulidad son acciones de mera declaración.

Negocios jurídicos anulables son los que pueden producir efectos jurídicos; pero sólo *en tanto no sean impugnados* (por error, violencia, dolo, menor edad, etc.). El acto es nulo desde su origen, pero la anulación debe ser pronunciada por el juez. Por consecuencia, deben considerarse estas sentencias como constitutivas, teniendo constantemente efectos *ex tunc*. Como tales se separan del tipo *normal* de sentencias constitutivas, sin entrar en las sentencias de declaración. De aquí que algunos (KISCH) hagan una categoría aparte bajo el nombre de sentencias *resolutivas* (1).

A veces no solamente se pide la anulación o la rescisión, sino al mismo tiempo la condena del adversario a una prestación (restitución de cantidades pagadas, consignación de cosas, pago de frutos e intereses, etc.). Esto ocurre cuando el negocio que se impugna ya se ha ejecutado. En estos casos tenemos en realidad dos acciones combinadas: una de declaración o constitución y otra de condena propuesta en la eventualidad de que sea declarada la anulación o la rescisión. Ya hemos visto cómo está admitida esta acumulación de demandas.

La gran importancia práctica que aquí tiene distinguir los casos de sentencias de mera declaración de los de sentencias constitutivas estriba en que en estos últimos, el efecto retroactivo al cual tiende la demanda del actor (por ej.; una acción de impugnación) sólo se alcanza con la sentencia del juez. Antes de tener la sentencia, las cosas permanecen en el estado anterior; abandonado el proceso por renuncia o caducidad, el negocio jurídico impugnado con-

KEN, *Urteilsanspruch*, cit. p. 112; HÖLDER, *Anspruch und Klagerecht*, cit. pág. 66 y sigs.

(1) Contra la oportunidad de tales subdistinciones, véase BALOG, loc cit., pág. 146 y sigs. También ZITELMANN, *Zum Recht der Eheanfechtung*, cit. p. 153, coloca entre las constitutivas estas sentencias.

serva sus efectos jurídicos en tanton o se prosiga el proceso y se conduzca a su término (si en el intermedio no se ha verificado la caducidad del término marcado para el ejercicio del derecho de impugnación).

C) Una especial categoría de sentencias fué notada (KISCH) en aquellas que no se limitan a declarar el deber de una prestación ya existente, ni siquiera constituyen una nueva relación jurídica: determinan o modifican únicamente el contenido o un elemento de una relación ya existente. Por esto se han llamado *determinativas* (2). Tiene esto lugar cuando la Ley deja la decisión al arbitrio, a la discreción del juez ya inmediatamente, ya como corrección de la «determinación» de un tercero; la actividad del juez en tal caso es análoga a la del *arbitrator*. Ejemplos: Cód. Civ., art. 145, párr. 1.^a, 544, 578, 872, 989, 1173, 1214 y 1718. La sentencia en estos casos puede tener efectos *ex tunc*.

VI. *Objeto de la sentencia constitutiva*.—De cuanto hemos dicho, resulta que el objeto de la sentencia constitutiva es *el derecho al cambio jurídico*. Lo que pasa como cosa juzgada es, pues, la existencia o inexistencia de la voluntad de ley de que el cambio se produzca por la *causa petendi* hecha valer, no la existencia o inexistencia *de la relación jurídica* que se quiere cambiar ni de aquella que se quiere producir. Por el contrario, según los que niegan el concepto de un derecho al cambio jurídico (derecho potestativo), debería estimarse como objeto de

(1) *Verfügende Urteile (sentencias dispositivas)* les llama OTTO MAYER, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, Leipzig, 1906, y en el *Archiv. für Offentl. R.*, vol. XXI, pag. 1 y sigs. MAYER examina las distintas clases de sentencias frente a la cosa juzgada, y observa que mientras en las sentencias de condena, de declaración y constitutivas (en cuanto declaran y contemporáneamente actúan un *derecho al cambio jurídico*), la cosa juzgada es *absoluta*, o sea relevable de oficio (adelante, § 78, III); en estas sentencias *determinativas* o *dispositivas*, faltando un derecho preexistente a la disposición concreta puesta por el juez, el derecho público no tiene razón de oponerse a que las partes, de común acuerdo, pidan una *nueva* disposición (cosa juzgada *relativa*). MAYER observa también que estas sentencias, que se encuentran excepcionalmente en el derecho privado, tienen su propio campo en el derecho administrativo.

la sentencia la existencia o no existencia de la relación jurídica anterior o de la sobrevenida; de aquí que la sentencia desestimatoria equivaldría a la declaración de existencia de la relación o estado jurídico impugnado (matrimonio, cualidad de heredero, propiedad, etc.), y esto no puede ser (1).

(1) Creo que haya olvidado esto REDENTI, *Giudizii con pluralità di parti*, p. 74, cuando niega la «existencia real» y la «utilidad constructiva» de este derecho al cambio jurídico como objeto de la sentencia constitutiva. Para negar su existencia real, REDENTI observa que «a ningún juez se le habrá ocurrido» que el punto a decidir no es, si debe anular el acto, sino si el actor tiene derecho a la anulación del acto. Esto, aun siendo verdad, importaría poco puesto que el pensamiento y el discurso del juez, como el de todos los hombres, procede por reticencias y elipsis que aparecen ocultas al análisis. Lo que importa es que ni el juez ni nadie crea que rechazada, por ej., la impugnación de una relación, permanezca como cosa juzgada existente la relación jurídica que se quería cambiar, a la cual es fácil llegar si se estima que el cambio es objeto de la sentencia constitutiva, mientras este peligro se aleja entendiéndolo como objeto de la sentencia sólo el derecho al cambio de la relación (*eventualmente existente*); y esto prueba «la utilidad constructiva» del concepto, o más claramente la utilidad del análisis y de la precisión. Véase ANZILOTTI, *Riconosc.* cit. página 107.

APÉNDICE AL § 8

Referencias al derecho español.

Código civil.—Arts. 1700 y sigs. (sociedad) 1554 a 1556; 1561, 1565, 1566, 1569, 1570 (arrendamiento); 226 (tutela de los pródigos); 69, 72 (nulidad de matrimonio); 989 (aceptación de la herencia); 557 (servidumbre de acueducto); 70 y sigs. (nulidad de matrimonio y divorcio); 105 (divorcio); 102 (acción de nulidad de matrimonio); 1295 y sigs. (rescisión de los contratos); 1303 (acción de nulidad de los contratos); 46 (licencia paterna para contraer matrimonio); 1608 (redención de censos). 1647 (reconocimiento en los censos).

Determinativas; *Código civil*, arts, 149 (alimentos); 1154 (obligaciones con cláusula penal).

Ley hipotecaria.—Arts. 2 y 3 y Tít. V.
