

§ 84

Apelación. (1)

I. *Concepto.—Referencia.*—Ya hemos visto cual es el origen de la apelación y cuál su naturaleza (§ 20); también hemos referido varias veces a los poderes del juez de apelación (§§ 55, 53, 13, 20, 42, 69, 76, 82). El principio admitido en nuestro derecho del doble grado de jurisdicción consiste en que todo litigio excepto en los casos expresamente previstos por la ley, debe *poder pasar* para su pleno conocimiento por *dos* tribunales sucesivamente: y este doble grado, en la intención del legislador, representa una garantía de los ciudadanos bajo tres aspectos:

a) En cuanto un juicio reiterado hace, por sí mismo, posible la corrección de los errores.

b) En cuanto los dos juicios están confiados a jueces *diferentes*.

c) En cuanto el *segundo juez* se presenta como *más autori-*

(1) Para el derecho itajiano, particularmente: LANCELLOTTI, *De innovatis et attentatis lite et appellatione pendente*, 1597; SCACCIA, *De appellationibus*, 1604. Con referencia especial a la práctica francesa: PETRUS GREGORIUS THOLOZANUS, *Tractatus de appellationibus*, 1599. En general: LINDE, *Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln*, §§ 30, 218; WETZELL, §§ 54, 58; FOURNIER, *Essai sur l'histoire du droit d'appel*, 1881.

PISANELLI, *Commet.* IV, n. 10 y sigs.; MATTIROLO, *Trattato*, IV, título 3, cap. 6, art. 3; MORTARA, *Appello civile*, en el Digesto ital.; *Comm.* IV, número 198 y sigs.; los comentaristas sobre el art. 481 y sigs.; TALANDIER, *Traité de l'appel en matière civile*, 1839; GLASSON, *Précis*, II, p. 1 y siguientes; WACH, *Vortrage*, p. 247, 284; SCHMIDT, § 125; WEISMANN, § 99; KLEINFELLER, § 115 y sigs.; KOHLER, *Civilprozessrecht*, § 82; HELLWIG, *System*, I, § 238; POLLAK, §§ 126, 127.

Para el procedimiento inglés: RÜTTIMANN, § 420 y sigs.; FAANQUEVILLE, II, p. 175 y sigs.; ARMISSOOLIO, p. 91 y sigs.; PETERS, *Das engl. bürg. Streitverfahren*, 1903 páginas, 36 y siguientes, 100 y siguientes.

zado que el primero (el pretor respecto del conciliador, el tribunal respecto del pretor, la Corte de apelación respecto del tribunal).

Mediante la apelación el pleito decidido por el juez inferior es llevado al juez superior. Este tiene el mismo conocimiento *pleno* que el primer juez; examina el pleito en todos los aspectos que podían ser objeto de examen por parte del primer juez. El conocimiento del segundo juez como ya hemos visto (§ 20) recae aparentemente o inmediatamente *sobre la sentencia* del primer juez para declararla justa o injusta en hecho o en derecho; pero en realidad recae *sobre la relación* decidida, sobre la cual el segundo juez viene llamado a declarar *ex novo*, a base del material nuevo y viejo. Síguese de aquí que durante el término para apelar durante el juicio de apelación la sentencia de primer grado no puede ser llevada a ejecución, salvo cuanto se ha dicho en otro lugar sobre la ejecución provisional (§§ 8 bis, 9, 82).

Por lo mismo suele decirse, adaptando una terminología tradicional a las instituciones modernas que la apelación tiene dos efectos:

1.º *Efecto suspensivo* con lo cual quiere significarse la falta normal de ejecutoriedad en la sentencia de primer grado durante el término para apelar y el juicio de apelación.

2.º *Efecto devolutivo* con lo cual quiere significarse el paso del pleito decidido por el juez inferior al conocimiento pleno del juez superior.

Esto sentado podemos en adelante decir en general que el procedimiento de apelación ha de considerarse como *la prosecución del procedimiento del primer grado reanudado en la condición en que se encontrara antes del cierre de la discusión* (§§ 5 43, 37).

II. *Relaciones entre el primero y segundo grado.*—Del principio antes enunciado dérivase lo siguiente:

a) El material de conocimiento recogido en primer grado pertenece sin más al segundo grado, siempre que se haya *producido* ante el segundo juez, en la forma y por los medios que se indicarán. En particular los juramentos, las confesiones, en general las pruebas recogidas en el primer grado tienen la misma importancia del segundo.

b) Las *situaciones* procesales, particularmente las *preclusio-*

nes verificadas en primer grado valen para el segundo. Por ejemplo, no puede excepcionarse en segundo grado la incompetencia por territorio, si en primer grado el demandado propone otras instancias o defensas. No puede desconocerse en segundo grado el documento reconocido, o tenido por reconocido en primer grado; salvo el caso de rebeldía en primer grado (art. 283 Código procesal civil), en cuyo caso, el rebelde apelante puede negar de un modo especificado el documento o declarar que no reconoce el que se atribuye a un tercero, siempre que lo haga *en el primer acto* (art. 386). Del mismo modo se puede remover en apelación el efecto de la *ficta confessio* solo justificando el *impedimento legítimo* para comparecer y responder (arts. 218, 225; § 61, 62, 66).

c) Todo lo que pudo hacerse en primer grado hasta el momento del cierre de la discusión puede hacerse en segundo grado (*beneficium nondum deducta deducendi et nondum probata probandi*). Así pueden producirse todas las excepciones que habrían podido producirse hasta aquel punto, pero no otras; excluidas por lo tanto las excepciones preclusas en primer grado, en particular las incompatibles con las de primer grado. Pueden producirse las pruebas que habrían podido presentarse en primer grado, pero no otras: excluidas por lo tanto las pruebas en que la parte hubiese caducado en primer grado, y los procedimientos probatorios ya agotados en primera instancia (véase art. 490 Código procesal civil último párrafo). El juez puede del mismo modo ordenar de oficio los medios instructorios que habría podido ordenar el primer juez, incluso, precisamente por su naturaleza meramente instructoria, la intervención *ex artículo 205* (art. 491; párrafo 47.)

d) En el juicio de apelación no pueden proponerse *demandas nuevas*: si se hubieren propuesto deben *rechazarse* (entiéndase: *declararse inadmisibles*) *también de oficio* (art. 490, §§ 50, 26). Precisamente porque a la demanda nueva propuesta en apelación le faltaría el primer grado de jurisdicción y este no puede suprimirse ni aun por acuerdo de las partes (§ 26). Cuando se tenga *nueva demanda* se determina según las reglas sobre la identificación de las acciones, por consecuencia, se prohíbe en apelación el

cambio de la *causa petendi* (§ 12) (1). No se consideran como demandas nuevas y pueden proponerse en apelación, los *intereses* los *frutos*, los *accesorios* vencidos después de la sentencia de primera instancia y los *daños* sufridos después de la misma sentencia (art. 490 primer párrafo); porque la sentencia de segundo grado está destinada a sobreponerse a la declaración de primer grado, y la nueva declaración debe referirse al momento en que se produce, como si fuese producida en un grado único: si se trata de accesorios debidos *independientemente del proceso* (por ejemplo los intereses de un préstamo) la demanda inicial comprende *todos* los accesorios posteriores a la demanda; si se trata de accesorios debidos por consecuencia del proceso (§ 5) se aplica a la sentencia de apelación el principio de que la tutela jurídica en el proceso debe comprender *todo* lo que es necesario para que el tiempo del proceso no redunde en perjuicio del vencedor.

La prohibición de demandas nuevas en apelación comprende la prohibición de la *reconvención* y de la *declaración incidental* (§§ 31, 88, 93.) Puede ponerse la *compensación* conforme al artículo 490 segundo párrafo), pero *como mera excepción*: por consecuencia en apelación no puede surgir el juicio incidental previsto por el art. 102 ni formarse la sentencia sobre la existencia del crédito opuesto en compensación, en cuanto al *exceso* sobre el crédito del actor (§ 78). Puede impugnarse en apelación un documento por *falsedad* (art. 297); por los arts. 406 y 431 (§ 28) se deduce que nuestra ley no admite una simple *cuestión* de falsedad, sinó que quiere en todo caso un *pleito* (principal o incidental) de falsedad; y como un *pleito* incidental no es posible en apelación porque lo prohíbe el art. 490, es preciso entender que, propuesta en apelación la querrela por falsedad, esta debe remitirse para su desarrollo al tribunal civil como juez de primer grado, permaneciendo entre tanto suspenso el juez de apelación (R. D. 31 Agosto 1901, art. 42).

Pueden proponerse en apelación, según se ha dicho en la le-

(1) Algunos sostienen lo contrario: pero trátase por lo general de diferencias sobre el concepto de *causa petendi*. Por ejemplo, en la acción de reivindicación considerase por algunos *causa petendi*, el título de adquisición y se pone su cambio en apelación: nosotros llegamos al mismo resultado partiendo de la premisa contraria (§ 12).

tra e nuevas excepciones; puesto que encaminándose éstas tan sólo a la desestimación de la demanda, todas están comprendidas en la «demanda de desestimación» contra la demanda del actor (§ 12): ninguna es *por si misma* una demanda.

e) El juez de apelación encuéntrase *frente a la demanda* en la misma condición en que se encontraba el juez de primer grado en el momento de pronunciarla: tiene los mismos poderes y deberes (§ 47). Si la demanda ha sido *rechazada* en primer grado, y es apelante por lo mismo el actor, el juez de apelación vuelve a examinar en su totalidad la demanda, y puede estimarla porque estime, desintiendo del primer juez, afirmados y aprobados todos los hechos *constitutivos* o por que excluya que hayan sido afirmados y aprobados hechos *impeditivos y extintivos* estimados por el primer juez. La demanda *estimada* por el primer juez, apelante el demandado, podrá ser rechazada en apelación por motivos contrarios. Evidentemente podrá suceder que el juez de apelación se ocupe de *cuestiones* que no han sido examinadas por el primero: por ejemplo rechaza la demanda por prescripción mientras que en primer grado había sido rechazada por vicio en el consentimiento, y sin examinar por lo tanto las excepciones subordinadas. La necesidad del doble grado refiérese pues a las *demandas*, no a las simples *cuestiones*.

f) Puede suceder que el acuerdo o desacuerdo entre el primero y el segundo juez recaiga sobre la resolución de un incidente, como por ejemplo sobre la admisión de un medio instructorio véase cap. 82 núm. VI); que una sentencia interlocutoria sea confirmada o reformada; que mientras el primer juez ha creído que debía ordenar un medio instructorio, el juez de apelación encuentre el pleito dispuesto para la decisión definitiva, o estime que deba proseguir la instrucción con otros medios; que mientras el juez de primera instancia ha proveído definitivamente, el segundo juez considere insuficiente la instrucción del pleito. En todos estos casos, la necesidad de proseguir el pleito da lugar al problema de si la prosecución debe realizarse ante el juez de primero o de segundo grado. Y aquí aparecen en conflicto dos principios: el principio del doble grado de jurisdicción, que en su aplicación más consecuente nos llevaría a remitir en todo caso el pleito al primer juez y el principio de la economía de los juicios, por el cual, el legislador inclínase algunas veces a suavizar el rigor del

primer principio, imponiendo o permitiendo al segundo juez retener el pleito, contentándose así con la *posibilidad* más que con la *realidad* del primer grado de jurisdicción. De aquí las normas del art. 492:

1.º *Cuando la autoridad judicial de apelación confirme una sentencia interlocutoria o incidental, debe remitir el pleito para su curso posterior al primer juez* (el principio del *doble grado* tiene aquí su natural aplicación subsistente el acuerdo de los dos jueces sobre la necesidad de un estudio posterior del pleito).

2.º *Cuando la autoridad judicial de apelación reforme una sentencia interlocutoria o incidental, y no encuentre todavía en grado de decisión definitiva el pleito, debe remitir el pleito a la autoridad de primer grado* (prevalece también por la misma razón el principio del *doble grado*).

3.º *Cuando la autoridad judicial de apelación reforme una sentencia interlocutoria o incidental y encuentre el pleito en estado de decisión definitiva, debe pronunciar ella misma con la misma sentencia* (en el desacuerdo entre el primer juez que no estima el pleito en sazón, y el segundo juez que así lo considera prevalece el principio de la economía de los juicios y el pleito se conserva en el juez en que se encuentra, para que sin más lo defina, aunque el primer juez no haya pronunciado y tal vez ni siquiera hecho el examen sobre el fondo: si en primer grado las partes por mutuo acuerdo limitaron el estudio del pleito al incidente (§ 52), el pleito debe volver al primer juez porque en este caso no ha habido ni aun la *posibilidad* del primer juicio definitivo).

4.º *Cuando la autoridad judicial de apelación reforme una sentencia definitiva ordenando posteriores actos de instrucción puede retener el pleito o remitirlo a los primeros jueces* (en el desacuerdo entre el primer juez que estima el pleito en sazón y el segundo que no lo estima, haciéndose necesario un estudio posterior del mismo, no hay una razón absoluta para conceder sin más el predominio al principio de la economía de los juicios: puede en cambio hacerse oportuno, aunque no necesario porque el primer juicio definitivo ya ha tenido lugar, que a base de los nuevos actos de instrucción pronuncie nuevamente el primer juez; por esto la ley faculta al juez de apelación para retener o remitir el pleito según los casos).

g) En cuanto a las relaciones entre el conocimiento sobre la

a relación *procesal* y el conocimiento sobre el *fondo* (§ 3, 51 bis) debe observarse lo siguiente: Si el juez de primer grado declara que no puede pronunciar en el fondo por defecto de un presupuesto procesal (*absolutio ab instantia*), y esta sentencia es confirmada en apelación, el pleito queda definido también en apelación; si esta sentencia es reformada, la autoridad judicial de apelación debe remitir el pleito al primer juez, como consecuencia necesaria del principio del doble grado puesto que ha faltado completamente el primer grado de jurisdicción sobre el fondo cuando el primer juez ha declarado no poder pronunciar en el fondo. Por esto, el art. 493 dispone: *cuando en primera instancia se haya pronunciado solamente sobre la competencia, también en apelación se pronuncia sólo sobre esta*: norma que se refiere no solo a la competencia si no que basándose en un principio más general debe extenderse por analogía a todos los presupuestos procesales (1).

En el caso contrario, que en primera instancia se haya pronunciado también sobre el fondo, y el juez de apelación declare el defecto de un presupuesto procesal, no puede naturalmente pronunciar sobre el fondo: porque el juicio de apelación no es más que una fase de la relación procesal y si esta relación falta no puede tener lugar el juicio ni de primer grado ni de apelación. Aquí también tenemos la norma expresa del art. 493 que aun refiriéndose solo a la competencia debe extenderse por analogía a todo presupuesto procesal (2).

En cuanto a los defectos no subsanados, propios no de la constitución de la relación procesal, sino de particulares actos de su desarrollo, el juez de apelación, declarando la nulidad del acto viciado y de aquellos que le dependan, deberá remitir pleito el primer juez para que sea renovado desde el acto nulo en adelante, salvo que la nulidad del acto no tenga influencia sobre la validez del procedimiento. Esto descende también del principio del doble

(1) Véase regla germánica § 538, n. 2.

(2) El proyecto ORLANDO de reformas procesales, 16 Marzo 1908, resolvía una importante cuestión de nuestra jurisprudencia, permitiendo en este caso al juez de segundo grado pronunciar (si es competente), como juez de primer grado, «a menos que las partes hayan tratado y concluido solamente en torno a la competencia» (art. 6).

grado: porque anulado el procedimiento de primer grado viene a faltar el primer grado de jurisdicción (1).

III. *Condiciones del derecho de apelar.*—El derecho de apelar corresponde a cualquiera que haya sido *parte* y haya sido *gravado* por la sentencia, incluso al sustituto procesal (§ 36), y además al interviniente adhesivo y forzoso. El *gravamen* que da origen al *interés* en apelar tiénese ante todo en la sentencia *de fondo* que sea no sólo teórica sino prácticamente desfavorable, en cuanto niegue en todo o en parte un bien de la vida o lo reconozca al adversario (una sentencia que desestime una excepción pero acepte otra con tal que con el mismo resultado práctico no pueda ser apelado por el demandado). Del mismo modo puede impugnarse la sentencia sobre los presupuestos procesales: ya sea que declare la constitución regular de la relación procesal (en este caso solo el demandado puede impugnarla) sea que declare no poder proveer en el fondo (y podrá impugnarse tanto por el actor como por el demandado, que no haya pedido la absolución del juicio: porque también el demandado tiene interés a obtener la sentencia de fondo). Finalmente puede apelarse de sentencia que provea a la instrucción, sea por la parte que propuso un medio instructorio rechazado por el juez; sea por la parte contra la cual fué admitido un medio instructorio, sea por la parte en favor de la cual fué admitido un medio instructorio, si en vía principal había solicitado un pronunciamiento de fondo.

La apelación se admite de *todas* las sentencias pronunciadas en primera instancia, *salvo que la ley las haya declarado inapelables*. Son inapelables por disposiciones de la ley:

1.º Las sentencias de los *conciliadores* en las contiendas que no excedan de *cincuenta* liras, excepto por motivos de incompetencia; Código procesal civil, art. 459; ley 16 de Junio 1892, artículos 16 y 17. Solo en los pleitos que se propongan contra la administración de los ferrocarriles del Estado por incumplimiento de

(1) El legislador puede aquí también dar predominio al principio de la economía de los juicios, imponiendo o permitiendo al juez de segundo grado entretener el pleito. Tal norma encuéntrase, por ejemplo, en el reglamento germánico § 539. Cuando la ley nada diga debe aplicarse el principio del doble grado. Conforme: Cas. Roma, 10 Mayo 1900 (*Foro italiano* 1900, página 1299).

las condiciones de transporte, clasificaciones de mercancías, aplicaciones de tarifas, la sentencia del conciliador es apelable también en las contiendas inferiores a cincuenta liras (art. 45 de la ley 7 Junio 1907, núm. 429 modificada por la ley 25 Junio 1909, artículo 1.º).

2.º La sentencia del *pretor* en las contiendas en materia de *accidentes del trabajo*, que no excedan de doscientas liras, texto único 31 Enero 1904 (art. 13).

3.º Las sentencias que proveen a la *recasación* de conciliadores pretores, peritos, Código procesal civil, art. 128, 257.

4.º La sentencia que ordena al procurador la *restitución* de los documentos, Código procesal civil, art. 170, 171.

5.º Algunas sentencias pronunciadas durante el curso de la *ejecución mueble o inmueble* y en el juicio de *purgación*, Código procesal civil, art. 655, 702, 738; véanse capítulos 105, 107.

6.º Las sentencias *en materia de quiebra*, a excepción de los casos previstos en los arts. 693, 706 (sentencias pronunciadas sobre la oposición a la que declara la quiebra o determina la fecha de la cesación de los pagos) 816, 836 y de las sentencias finales en primer grado de jurisdicción sobre las contiendas indicadas en los arts. 765 y 807 Código comercio (art. 913 Código mercantil), y de las sentencias pronunciadas en el procedimiento de convenio preventivo, ley 24 Mayo 1903 (art. 23).

Entre las sentencias de los jueces especiales son inapelables:

1.º Las sentencias de los *probiviri* salvo por motivos de incompetencia o de exceso de poder (ley 15 Junio 1893 artículos 10 y 11).

2.º Las sentencias de los *cónsules* y las sentencias de los *tribunales consulares* en los pleitos cuyo valor no exceda de mil quinientas liras, ley 28 Enero 1866, arts. 77, 105.

3.º Las sentencias de los *capitanes y oficiales de puerto*, Código de la Marina mercante, arts. 14 y 15.

4.º Las sentencias de los *inspectores de emigración* y de las *comisiones arbitrales de emigración*, ley 31 Enero 1901, artículos 26 y 27.

En cuanto a las sentencias de los árbitros son inapelables cuando las partes hayan autorizado a los árbitros para pronunciar como amigables componedores o hayan renunciado a la apelación; y además cuando los árbitros hayan pronunciado como jue-

ces de apelación o en materia de competencia del conciliador (artículo 28, § 4).

IV. *Procedimiento de apelación.*—El procedimiento de apelación se constituye con el *acto de apelación*.

a) El *acto de apelación* es un *acto de citación* (art. 486) y, por lo tanto, sujeto a las normas propias de todo acto de citación (§ 41). (1)

Como tal, contiene ante todo la declaración de voluntad de que se actúe la ley en favor del apelante, a través de la reforma de la sentencia de primer grado, que se denuncia como nula o injusta de hecho o de derecho (*motivos de apelación*). Cuando la sentencia contiene varios extremos, y sólo alguno es impugnado, se entiende que el apelante ha aceptado los demás. Si no se hace indicación de extremos, la apelación se entiende propuesta contra todos (art. 486).

Pero también en el acto de apelación, como acto de citación, es esencial, además de la declaración de la voluntad de apelar, la invocación del juez de apelación, puesto que, como no puede considerarse iniciado un proceso sino ante un órgano jurisdiccional, tampoco puede considerarse que un proceso pase de un grado a otro sino pasando *a otro juez*. Por esto se requiere la indicación de la *autoridad judicial* y de la *audiencia* en la cual comparecer (§ 41): el acto de apelación falto de estas indicaciones es nulo conforme al art. 145 Cod. proc. civ. Una declaración pura y simple de la voluntad de apelar no acompañada de estas indicaciones no tendría importancia jurídica, salvo en los casos expresamente considerados por la ley (Cod. proc. civ., arts. 657, 704).

La *competencia* del juez de apelación, que es competencia funcional y, por tanto, absoluta (§ § 26 y 29) constituye un nuevo presupuesto propio del juez de apelación. El defecto de este presupuesto impide la válida constitución del juicio, impide que la relación procesal entre válidamente en la fase de la apelación.

Como todo acto de citación, el de apelación debe ser *notificado*, y existe en el momento de la notificación. La notificación tiene lugar según las normas propias de la citación (§ 41) salvo

(1) Sobre las formas especiales de la proposición de la apelación en casos especiales v. § 41.

en cuanto al lugar, respecto del cual sirven las normas propias de la notificación de las sentencias, esto es, los arts. 367, 396, 437 (artículo 486: § § 48 y 68).

b) El acto de apelación, que es como decir su notificación, debe tener lugar en un *término* perentorio que transcurre desde la notificación de la sentencia (§ 82). Este plazo es de *sesenta* días para las sentencias de los tribunales civiles; en materia civil, de *treinta* para las sentencias de los pretores y las de los tribunales en materia mercantil (art. 485); de *diez* para las sentencias de los conciliadores en los pleitos de cuantía superior a 50 liras, y de *tres* en las demás (art. 459 y L. 16 Junio 1892, arts. 16 y 17). La ley establece términos especiales en casos especiales (Cod. proc. civ. arts. 129, 258, 656, 703, 725, 738, 797, 802); Ley 24 Mayo 1903 sobre pequeñas quiebras, art. 23; *diez* o *quince* días para las sentencias de los jueces industriales, según que se apele al pretor o al tribunal (Ley 15 Junio 1893, art. 11, § 20); *diez* días para las sentencias de los tribunales consulares, además del término de *cuatro* o *seis* meses o *un* año para la interposición (L. 28 Enero 1866, art. 106, etc.)

c) Como en nuestro sistema se puede apelar de una sentencia aún antes de su notificación (§ 82) se ha entendido justamente por la mayor parte que, declarada nula la apelación, puede reproponerse siempre que en el interín no haya transcurrido el término. Del mismo modo si la declaración de nulidad tiene lugar cuando el término, que había comenzado a transcurrir antes de la proposición de la apelación, no ha vencido aún. En cambio, si ya transcurrió, declarada nula la apelación teniéndose como no propuesta, la sentencia de primer grado queda firme.

Lo mismo debe decirse cuando la ineficacia del acto de apelación que ha de poner la relación procesal en esta fase, depende de la incompetencia del juez acudido como juez de apelación. Una ligera tendencia dominante desde hace mucho en las sentencias y seguida por varios escritores, aunque sin fundamento legal, atribuye, en cambio, a la apelación preferente ante juez incompetente el efecto conservador del derecho de apelar, tanto más si se trata de error excusable. (1) Algunos argumentan fundándose en que la citación propuesta ante juez incompetente interrumpe la

(1) Esta tendencia fué ya eficazmente combatida por PISANELLI, *Com m* IV, n.º 432, 433 el cual no fundó, como alguien dijo, su refutación en el

prescripción (art. 2.125 Cod. civ. § 5), pero claro está que esta norma excepcional no puede extenderse; puede explicarse que la ley, del mismo modo que permite la interrupción de la prescripción mediante simples actos de constitución en mora, utilice a este fin también la declaración de querer ejercitar la acción, contenida en la citación, aunque ineficaz para constituir un proceso; pero la apelación no puede proponerse mediante una simple declaración de voluntad sino con citación. Otros rechazando toda analogía con el art. 2.125 aducen que la declaración de apelar válidamente manifestada con la invocación de un juez (aunque incompetente, pero superior al primer juez y del mismo orden) constituye válidamente la relación procesal en apelación, y que la declaración de incompetencia no anula la relación procesal, sino únicamente la transmite a otro juez (1); nosotros, en cambio, entendemos (§ § 3, 5, 41 bis) que para constituir la relación procesal se requiere no sólo la existencia de un acto válido constitutivo, sino la de los presupuestos procesales, entre los cuales está la competencia: de tal manera que la declaración de incompetencia extingue propiamente la relación procesal con todos sus efectos, incluso los sustanciales, menos la interrupción de la prescripción, salvo constituirlo *ex novo* el actor, si no ha sobrevenido alguna caducidad (2),

temor de las maquinaciones a que abriría camino la opinión contraria (que las refirió a mayor abundamiento); sino en razones más estrictamente jurídicas, como la imposibilidad de extender la norma sobre prescripción, la insuficiencia de la nueva declaración de la voluntad de apelar; la ineficacia de la citación ante un juez incompetente para constituir juicio. V. Sobre este tema CHIOVENDA, *Sull'effetto del ricorso diretto a sezione incompetente del Consiglio di Stato*, en la *Legge*, 1909, p. 791 y sigs. (reproducido en los *Nuovi Saggi di diritto proc.* 1912, p. 151 y sigs.)

(1) MORTARA, *Comm.* IV. n. 187 y sigs.; SICILIANI, en la *Giurisp. ital.*, 1904; D'ALESSIO, *Rapporti e conflitti fra le due sezioni giurisd.*, del *Consiglio di Stato*, 1912, p. 300 y sigs. MATTIROLO, *Trattato*, IV n. 330, combate la opinión de MORTARA en cuanto éste estima que después de la declaración de incompetencia la apelación podría reproponerse *indefinitamente*; pero a su vez la opinión de MATTIROLO de que el término queda únicamente *suspendido*, de tal manera que después de la notificación de la sentencia de incompetencia volvería a transcurrir sólo el *residuo*, no tiene justificación.

(2) Es inútil observar que el legislador (no el intérprete) por razones

Ya se entiende que según nuestro concepto no debe distinguirse aquí entre error excusable o no excusable, entre buena y mala fe, ni entre incompetencia más o menos grave (por haberse acudido a un juez de categoría igual o inferior en vez del superior; un juez ordinario en vez del especial o viceversa) (1).

d) El *procedimiento* de apelación está regulado por las normas propias del magistrado ante quien se propone. Ante la Corte de apelación se observa el procedimiento ordinario (citación a audiencia fija), incluso si ante el tribunal fué autorizado el formal (R. D. 31 Agosto 1901, art. 11). El procedimiento de apelación por incompetencia de las sentencias del conciliador en los pleitos de valor inferior a cincuenta liras es meramente escrito (Cod. proc. civ., art. 457, 459; L. 16 Junio 1892, art. 17; L. 28 Julio 1895, art. 2).

e) En cuanto a los *poderes* del juez de apelación, hablando de la relación entre primero y segundo grado, hemos visto ya su extensión en términos absolutos (§ § 20 y 82): veremos aquí en que relación se encuentran con la iniciativa de la parte (§ 47). En cuanto a los límites relativos a la *demanda* debe distinguirse entre apelante y apelado.

El *apelante* que promueve el juicio de apelación debe determinar cual de sus demandas rechazadas en primer grado quiere mantener en apelación, cuales de las demandas adversarias acogidas en primer grado quiere combatir en apelación: de ahí la regla del art. 486 ya recordada, por la cual si la sentencia tiene varios extremos y solo alguno se ha impugnado, se entiende que el apelante ha aceptado los demás; si no se hace indicación de extremos la apelación se entiende propuesta contra todos. El juez que re-

de oportunidad podría derogar el rigor del principio, como hemos visto antes.

(1) El error en la elección del juez de apelación, difícil en los casos ordinarios, puede darse, en cambio fácilmente cuando se deba apelar después de que, el pleito ha sido ya conocido en sede de devolución por un juez de apelación distinto del territorial (§ 82) o cuando se trate de apelación de sentencias arbitrales o de sentencias de tribunales industriales, que se lleva al pretor o al tribunal (§ § 20 y 50). Fácil es también el caso en la esfera de la justicia administrativa (recurra a la autoridad judicial o al Consejo de Estado en materia de beneficencia art. 80, Op. Pie. 17 Julio 1890).

formase la sentencia en los extremos no impugnados, aunque injustos, pronunciaría *ultra petita*. Pero esto se entiende de los extremos de la sentencia, *autónomos e independientes* entre sí (advirtiendo que cuando se trata de *cantidad*, la sentencia puede dividirse en tantos extremos o apartados cuantas sean las unidades). Ticio pide A y B y desestimado en ambos extremos pide en apelación solamente B; el juez no puede concederle más que esto, aunque estime debido también A. Ticio pide 100, y se le rechaza la demanda: en apelación pide cincuenta; el juez no puede darle más que eso aunque estime debida la totalidad. Viceversa: Ticio fué condenado a 100, y aunque en primer grado haya litigado la totalidad, en apelación sostiene deber sólo 50; el juez no puede reformar la sentencia por la totalidad. Pero si los extremos de la sentencia son *dependientes* uno de otro, la apelación aunque limitada al principal, confiere al juez facultad (y deber) de conocer de lo subordinado y de lo accesorio. Ejemplo: Ticio es condenado a rendir una cuenta bajo pena de una multa de 5 liras por cada día de retraso: apela contestando de deber rendir la cuenta, pero no dice nada de la cláusula penal; el juez de apelación que reconoce debida la cuenta, debe de oficio también reformar la sentencia por lo que atañe a la cláusula penal (como forma de coacción no admitida por nuestra ley); puesto que en virtud de la apelación debe volver a hacerse el examen de la totalidad de la demanda, como debió hacerlo el primer juez; quien contesta la obligación principal niega deber la penal, y si no lo hace por razones jurídicas especiales de ésta, basta para que prácticamente la cuestión de si la penal es o no debida resurja en apelación; y una vez resurgida el juez debe examinarla de oficio desde todos los puntos de vista jurídicos (§ 47).

Distinta es la condición del *apelado*. Sus demandas y sus excepciones, propuestas en primer grado, sirven para el juicio de apelación aunque en este sea rebelde o se abstenga de conclusio-
nar. La apelación es *común* a las dos partes, es decir, el efecto es el de llevar al juez superior las deducciones de ambas partes. En cambio si él toma parte activa, se entiende que sus conclusiones podían contener una renuncia explícita o implícita de algunas demandas o excepciones entre aquellas vueltas a poner en cuestión por la apelación: es una cuestión de hecho determinar cuando esto tiene lugar.

En ningún caso la decisión del juez de apelación sobre la demanda de fondo puede llegar a ser más desfavorable al apelante y más favorable al apelado que la decisión de primer grado (prohibición de la *reformatio in pelus*) (1): salvo que el apelado sea también apelante (núm. V). Ticio pide 100 contra Cayo y obtiene en primer grado 50; Cayo apela: el juez de apelación si estimase que Ticio debe cobrar 100, no puede sino rechazar la apelación; no ya agravar la condena, a menos que Ticio apele a su vez. O también apela únicamente Ticio: el juez de apelación, aun estimando que Cayo no debe siquiera 50, no puede reformar la sentencia en favor de Cayo, sino sólo rechazar la apelación. En suma, cada parte debe tomar la iniciativa de la reforma de la sentencia en todo lo que es contraria a su interés. Sin la iniciativa formal de la parte la decisión queda firme. El principio de que la apelación es común a las dos partes, recibe este límite importante por el interés mismo del Estado en eliminar cuestiones.

En cuanto a la *formación del material de conocimiento* los poderes del juez de apelación frente a la iniciativa de la parte son los mismos del juez de primer grado, tanto por lo que se refiere a la determinación de las normas, como a la determinación y declaración de los hechos. Por tanto puede suceder que una apelación sea acogida por motivos jurídicos diferentes de los alegados por el apelante. En cuanto al material de primer grado, pertenece al segundo grado, pero debe ser *producido* al juez de apelación por una de ambas partes. El apelante debe producir copia de la sentencia apelada (o al menos la que le fué notificada), y los *actos* en GENERAL del primer juicio (esto es, tanto los suyos propios como los *actos* del adversario a él notificados, como las resoluciones emanadas del juez durante el pleito, y las actas de las pruebas realizadas); debe llevar al juez de apelación lo que tuvo presente el juez de primer grado respecto del extremo de la sentencia impugnado. La sanción de la contravención de esta obligación es el rechazo de la apelación *sin examen* (de plano) (art. 489; R. D. de 31 Agosto 1905, art. 51). Se rechaza la apelación sin examen cuando

(1) Sobre la *reformatio in pelus* PISANELLI, *Comm.* IV. n. 890 y sigs.; WETZELL, p. 750 y sigs.; WACH, *Die reformatio in pelus bei Eldesurteilen*, en los *Beiträge* de GRUCHOT, 37, 465 (1893); SCHULTZENSTEIN, en la *Riv. pel proc. civ. ted.* XXXI (1902), p. 1 y sigs.

el apelante, aun compareciendo en juicio, no presente los actos antes indicados a la *discusión ante el Colegio*, a menos que los hubiere depositado previamente en la cancillería notificando el depósito. Si el apelado ha contracitado al apelante, éste en la audiencia fijada por el apelado puede justificar no haber podido presentar la sentencia y los otros actos y documentos y pedir el aplazamiento de la discusión para otra audiencia (art. 51 cit.) En todo caso en que el pleito por cualquier motivo sea llevado a otras audiencias, la falta de depósito en la primera audiencia o en las sucesivas no perjudica, con tal que sea hecho en la audiencia de discusión. Si los actos se producen, en cambio, por el apelado, la razón de esta sanción desaparece; puesto que el juez de apelación podrá servirse de las producciones del apelado. En cuanto a los *documentos*, el sistema del doble rollo (*fascículo*) vigente en Italia tiene por consecuencia que cada parte deba presentar en apelación los documentos que le interesan, y sufre el perjuicio que puede ocasionarle la falta de un documento, aunque haya sido presentado ya en primera instancia (1). En cuanto a los *hechos* debe repetirse aquí cuanto se ha dicho a propósito de las demandas y excepciones; las afirmaciones hechas en primer grado por la parte apelante deben ser mantenidas en apelación, aunque sea genéricamente, para que el juez pueda utilizarlas en su favor; las afirmaciones del apelado, en cambio, valen sin más como hechas en segundo grado, aunque no sean repetidas; a menos que el apelado, defendiéndose en apelación, renuncia expresa o implícitamente a hacer valer alguna de ellas.

Los poderes del juez respecto de los *presupuestos procesales* son los mismos del primer juez. También hemos visto antes que, impugnada en el fondo la sentencia del primer juez, el juez de

(1) La obligación de presentar copia de las actas de las pruebas, extiéndose también al que apela de sentencia del pretor, aunque el mismo pretor haya juzgado sobre los originales de las actas. En caso de apelación en los juicios de distribución, subasta y graduación, el art. 239 del Reglamento gen. jud. permite la transmisión en original de los actos (documentos) de la secretaría; y el art. 52 del R. D. de 31 Agosto de 1901 ha extendido esta norma a los juicios de quiebra y a las contiendas surgidas en los juicios de rendición de cuentas y de división (art. 323 y 890, Cod. proc. civ.)

apelación puede de oficio declarar la incompetencia absoluta del primer juez y consiguientemente la propia. Con mayor razón el juez de apelación debe declarar de oficio la falta de los presupuestos propios del juez de apelación, como la propia incompetencia funcional. La inadmisibilidad de la apelación, por propuesta fuera de término, debe declararse de oficio (art. 466).

f) El procedimiento en apelación *termina* con la amigable composición, con la caducidad o la renuncia (sobre cuyos efectos ya hemos tratado), y con la sentencia definitiva, sea de fondo, sea de absolución de la observancia del juicio. La sentencia que devuelve el pleito a los primeros jueces cierra la fase de la relación procesal desarrollada en apelación, pero no la misma relación procesal.

V.—*Varias apelaciones. Apelación incidental. Adhesión.*— Cada parte puede apelar por su cuenta, dentro del término, de cualquiera parte de la sentencia que le sea desfavorable; y por consecuencia, también después de la apelación adversaria, el apelado puede proponer apelación *principal*, si todavía no ha transcurrido el término. En estos casos la apelación del apelado tiene vida y desarrollo autónomos, salvo que vendrá unida (si bien no necesariamente) a la apelación del adversario para ser decidida con ésta.

Pero el apelado, en cambio, puede impugnar las partes de la sentencia, que le son desfavorables con una apelación *incidental*, esto es injertada en la principal y dependiente de éste. La función principal de esta forma de apelación es permitir la reproducción integral de la contienda ante el juez de apelación; de tal manera que está destinada a servir principalmente a quien no apela sino en cuanto ha apelado el adversario. Pero esto no excluye que pueda servirse de esta forma de apelación también el que de todos modos habría apelado por su cuenta. Dada esta doble utilidad de la apelación incidental, la relación entre ésta y la principal puede expresarse diciendo: que puede apelar incidentalmente el apelado que haya adquirido el derecho a la discusión en el fondo de la apelación principal; lo cual sucede cuando la apelación principal se produce ante el juez competente. La apelación incidental es pues dependiente de la validez de la apelación principal, no del arbitrio del apelante principal; la apelación inci-

dental no es eficaz si la apelación principal viene rechazada por haber sido propuesta fuera de término; en los demás casos el rechazo (desestimación) de la apelación principal o *la renuncia a la misma* no perjudica la apelación incidental (art. 487). Ni hay razón para distinguir entre renuncia ocurrida antes y después de la proposición de la apelación incidental (1).

La apelación incidental, conforme con su índole, se propone con escrito (*comparsa*) y no con citación. Puede proponerse también después de vencido el término para apelar, pero *debe* ser propuesta en el primer escrito que presenta el apelado; de otro modo el derecho de apelar por incidente es precluido (artículo 487, modificado por el art. 54 del R. D. de 31 de Agosto 1901; ordenada la continuación del pleito en procedimiento formal, la apelación incidental puede proponerse en el término para contestar posterior al vencimiento del término de cinco días establecido por el art. 2 de la L. 31 Marzo 1901). Si el apelante es rebelde, el escrito proponiendo la apelación incidental se le notifica en la forma que previenen los arts. 3 y 4 R. D. 31 Agosto 1901.

La apelación incidental es necesaria cuando el apelado quiera obtener una *reformatio in peius* contra el apelante. Es, sobre todo necesaria cuando se hayan acumulado en primer grado varias demandas, que según los principios sobre la identificación de las acciones (§ 12) correspondan a diferentes acciones, si una tuvo resultado favorable y la otra desfavorable, a menos que las distintas acciones tiendan al mismo resultado práctico, como ocurre frecuentemente en las acciones de impugnación, las cuales aún constituyendo distintas acciones tienden a un solo fin (§ 12): la sentencia de apelación que anule un testamento por un motivo hecho valer en primer grado, pero distinto del aceptado por el primer juez, no podría decirse que reforme *in peius* la sentencia; esto podrá ocurrir también sin apelación incidental (2).

Por otra parte, como hemos visto, es necesaria la apelación

(1) Cuestión controvertida. El recurso incidental al Consejo de Estado no puede proponerse después de la renuncia al recurso principal (L. 17 agosto 1907, n. 638; art. 29).

(2) PISANELLI, *Comment*, IV, núm. 892. El otro ejemplo de PISANELLI, reivindicación estimada por diferente título, no es oportuna puesto que la diversidad del título de adquisición no constituye diferente acción (§ 12).

incidental también en casos en que se trata de una acción única, respecto de la cual sea posible una diferencia en más o en menos en la victoria. Esto ocurre en cuanto al *objeto*, siempre que sea concedido en primer grado menos de lo que pidió el actor. Sucede, además, respecto de algunos elementos de la obligación, como el *término*, cuando el juez lo señaló en día distinto de los pretendidos por el actor y por el demandado. Aquí es posible *reformatio in peius* respecto del apelante, y para obtenerla procede la apelación incidental (1).

En cambio no es necesaria para reproponer las varias deducciones hechas por el apelado en primera instancia, cuando alguna fué rechazada, pero otra acogida, alcanzando el resultado práctico a que todas tendían. Esto es evidente en el campo de las excepciones, las cuales por muchas que sean, tienen un solo objeto: la desestimación de la demanda (§ § 11, 12 y 79). Pero puede suceder también en cuanto a las demandas del actor: si fué estimada la principal, el juez de primer grado ni siquiera tuvo ocasión de examinar la subordinada; pero ésta en caso de apelación del demandado revive sin más, ante el segundo juez. Si fué rechazada la principal y estimada la subordinada, y apela el demandado, el juez de apelación podrá examinar la principal, incluso sin apelación incidental, si entre la principal y la subordinada no existía diferencia de utilidad práctica: en otro caso no. En resumen: es necesaria la apelación incidental sólo en aquellos casos en los cuales el apelado habría tenido interés en quejarse de la sentencia en vía principal.

La *adhesión* a la apelación es una forma de intervención permitida por la ley en favor del que fué parte vencida en primera instancia como litisconsorte, del apelante, mediante la adhesión se aprovecha de la apelación del litisconsorte, por los extremos de la sentencia en los que tiene *interés común* con el apelante (§ 38). Por consecuencia la adhesión puede proponerse también después de vencido para el adherente el término para apelar, siempre que

(1) En contra PISANELLI, *l. cit.* núm. 897. WETZELL, p. 751, que tienden a limitar la prohibición de la *reformatio in peius* y la consiguiente necesidad de la apelación incidental dentro de los límites de la diversidad de las acciones.

éste no hubiese aún vencido en el momento en que el litisconsorte apelaba. También la apelación *adesiva* se propone mediante escrito, y, según el art. 488 Cod. proc. civ. debe proponerse en la *primera* audiencia en que ha sido tratado el pleito: cuya norma no se refiere a la hipótesis de varias audiencias sucesivas, motivadas por reenvíos (aplazamientos), sino de diferentes proposiciones del pleito (por ej.: por pronunciamiento de sentencias interlocutorias); por esto en caso de reenvío la adhesión se propondrá, todo lo más tarde, en la audiencia señalada para el primer tratado del pleito ante el colegio. Según el art. 54 R. D. 31 Agosto 1901, la apelación adhesiva debería proponerse con el *primer* escrito: pero tratándose de persona que no puede conclusionar sino proponiendo la adhesión, esta norma resulta poco inteligible. Según el mismo art. 54, cuando sea ordenada la continuación del pleito en procedimiento formal, la adhesión se propone en el término para responder.

VI.—*Intervención en el juicio de apelación.*—En el juicio de apelación la ley no admite la intervención con la misma extensión del juicio de primer grado: sino sólo en cuanto el admitirla pueda conducir a evitar la oposición de un tercero contra la sentencia (§ § 80, 86). Sólo vienen admitidos, por tanto, a intervenir en apelación los que tienen derecho a formar oposición de tercero (artículo 491). Por esto, mientras en primer grado pueden intervenir todos los terceros que tienen interés, de las categorías antes enunciadas (§ 80); en apelación no pueden intervenir los terceros de la segunda categoría (por ej.: los *acreedores*), sino cuando puedan demostrar el *dolo* o la *colusión* en daño suyo (art. 512).

Mediante la intervención en apelación, el tercero puede concurrir a obtener la reforma de una sentencia de primer grado, que perjudica sus derechos, o a impedir la reforma de una sentencia que los ayuda. En todo caso vendrá sujeto a la cosa juzgada que se formará en apelación (§ 36).

El art. 491, según se desprende tanto de la letra como de su objeto, se refiere a la sola intervención *voluntaria*; por tanto no se admite en apelación intervención *forzosa* (§ 36). En cambio el mismo artículo admite, por la naturaleza meramente instructoria de esta institución y en armonía con el art. 496, la intervención *de oficio* (§ 47).

VII.—*Rebeldía en apelación. Desestimación de la apelación sin examen.*—La rebeldía puede darse también en el juicio de apelación, por falta de comparecencia del apelante, del apelado o de ambos (§ 50). Pero sus efectos difieren algo de los de la rebeldía de primer grado.

La falta de comparecencia de ambas partes, hace precisa la fijación de una nueva audiencia por parte de quien quiera la protección del pleito; salvo en caso de prolonganda inactividad, la posibilidad de la *caducidad*, con los especiales efectos que ésta tiene en apelación (§ 74).

La falta de comparecencia del apelado no puede compararse plenamente con la rebeldía del demandado; en primer lugar, porque mientras que, en rebeldía del demandado, el juez no puede tener en cuenta sino las circunstancias a su favor que le es dado relevar de su oficio (§ § 11 y 49); la rebeldía del apelado no dispensa al juez de tener en cuenta las deducciones que el apelado hizo en primer grado, como actor o como demandado. El apelado rebelde se considerará como demandado en apelación, en cuanto al derecho de hacer aparición en rebeldía (art. 495, 517 últ. párrafo Cod. proc. civ.)

La falta de comparecencia del apelante es una forma de rebeldía que la Ley regula con sustanciales diferencias de la rebeldía del actor en primer grado. Según el art. 489 Cod. proc. civ. cuando el apelante no comparece en la audiencia marcada en la citación, la autoridad judicial, a petición del apelado no rebelde, *renaza la apelación* de plano. El art. 51 del R. D. 31 Agosto 1901 añade que esta resolución se toma cuando el apelante no comparezca en la audiencia señalada para la discusión del pleito ante el colegio. Si el apelado ha contracitado al apelante con arreglo al art. 1 de la Ley, 31 Marzo 1901, la no comparecencia del apelante en la audiencia señalada por el apelado da lugar también a desestimar de plano la apelación; pero si la cédula de contracitación no fué notificada al apelante personalmente, la citación debe serle renovada en el término que el presidente señale.

La rebeldía del apelante, pues, no puede dar lugar a una simple absolución del seguimiento del juicio, resolución que extinguiendo el procedimiento de apelación sin tocar al fondo, permitiría la reproposición de la apelación en los casos en los cuales el término para apelar aún no haya comenzado o no haya trans-

currido. La sentencia que desestima de plano la apelación, es una sentencia de fondo, en cuanto confirma la sentencia de primer grado sin examinarla, reproduciendo pura y simplemente su contenido.

Pero así como en la rebeldía común del actor el demandado, que quiere una sentencia de fondo, no puede pedir una sentencia desestimatoria, fundada en el *solo* hecho de la rebeldía; el apelado puede pedir aquí, en cambio, el rechazo de la apelación *sin exámen* (de plano). Y podría pedirlo aún si exhibiere él mismo la sentencia apelada y los actos del juicio (sin los cuales difícilmente podría obtener una sentencia cualquiera); mientras que la exhibición de los actos impide, como vimos, al apelado, pedir la desestimación de plano en el caso de falta de presentación de los actos por parte del apelante.

Quiere decir: la no comparecencia del apelante da lugar a una *preclusión*, coordinada al fin del legislador de llegar a la solución de los pleitos por las vías más expeditas; lo cual no puede aparecer normalmente como una disminución del derecho de defensa, cuando ya se desarrolló un juicio en primer grado.

Esta preclusión se verifica con la falta de comparecencia en la audiencia *ante el Colegio*, puesto que la audiencia es única en sus dos fases (§ 43), por eso la falta de comparecencia ante el presidente, no excluye la comparecencia posterior hasta el cierre de la discusión. Por otra parte (y esto diferencia aún más la institución de la desestimación de plano de la rebeldía común) la comparecencia ante el presidente, no impide la desestimación de plano, si no vá seguida de comparecencia ante el Colegio: existe aquí una rebeldía de última hora que ordinariamente nuestra ley no considera (§ 50).

Respecto a la comparecencia tardía, se permite al apelado rebelde; en cuanto al apelante que no compareció, puesto que no se trata de la rebeldía común, sino de una especial preclusión que se verifica al cerrarse la audiencia, ya se entiende que no debe serle permitido comparecer después de la audiencia. Esta opinión viene admitida unánimemente por las Cortes Supremas, excepto la napolitana. Pero habiendo realizado la nueva ley la institución del depósito preventivo de los documentos en el procedimiento ordinario, el Real decreto 31 Agosto 1901, acogiendo aquella interpretación, ha creído deber temperar su rigor, disponiendo que pueda

valerse de la comparecencia tardía al apelante no comparecido, *que haya realizado y notificado el depósito preventivo de los documentos* (art. 51).

Ya hemos hablado antes del caso en que la desestimación de la apelación se pronuncia como consecuencia de la falta del depósito de las actas.

§ 85

Revocación (1).

I. *Concepto*.—De la revocación de las sentencias ya se ha hablado varias veces (§§ 7, 8 bis, 76, 82). La sentencia contra la cual no es posible la oposición en rebeldía ni la apelación por injusta que sea en el juicio de *hecho*, no puede normalmente ser impugnada por esta consideración. Esta sentencia podrá entonces ser impugnada en casación, por *nula* o por injusta en el juicio de *derecho* (§§ 20, 87); y si fuere casada con devolución, ocurrirá que se procede a un posterior juicio en el cual podrán repararse también los errores de hecho que viciaban la sentencia casada.

No obstante, hay algunos casos en los cuales el juicio de hecho está viciado por errores tales, o es derivado de tales causas, que la

(1) Para la historia de los remedios extraordinarios (*restitutio in integrum* y *querela nullitatis insanabilis*): VANTI, *De nullitatibus processuum ac sententiarum*, 1552; ODDO *De restitutione in integrum*, 1587; GALESI, *De restitutionibus in integrum*, 1689; LINDE, *Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln*, II, § 226-275, § 276-298; WETZELL, p. 674 y siguientes, p. 782; SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, 1886.

MANCINI, PISANELLI y SCIALOJA, IV, n. 1019 y siguientes; MATTIROLO, IV, tit. 3, cap. 6.º, art. 4.º; MORTARA, *Comm*, IV, n.º 309 y siguientes; los comentaristas del art. 494 y siguientes; CESAREO CONSOLO, *La revocazione delle sentenze secondo il Cód. di proc. civ.* 1889; LA ROSA, *La revocazione della sentenza civile*, 1893; CAMPAGNONE, *La revocazione del giudicati civili*. 2.ª ed. 1903; V. también FORTI, *La revocazione nel ricorsi amministrativi*, en la *Giurisp. it.*, 1908; GLASSON, *Precis*, II, p. 71 y siguientes; WEISMANN, § 102; HELLVIG, *System*, I, § 241; SCHMIDT, 2.ª ed, § 127; POLLAK, § 109.

ley consiente, a base de estos motivos, la impugnación también de la sentencia no apelable y no oponible. Esto ocurre algunas veces en que la sentencia es aún, impugnabile en casación; ocurre otras cuando la sentencia no está sujeta, o no lo está ni al recurso de casación, de tal manera que es propiamente *cosa juzgada* (§ 82).

Este medio extraordinario de impugnación se propone por lo tanto: *a*) volver a abrir una relación procesal cerrada definitivamente (sentencia firme: cosa juzgada); *b*) cuando menos, volver a abrir la cuestión de hecho, cerrada de momento en una relación aún pendiente (sentencia sujeta al recurso de casación). La demanda de revocación tiene en estos dos casos distintos una fisonomía diferente; en el segundo caso, es un verdadero y propio medio de impugnación, precisamente porque, no obstante su naturaleza excepcional (que se revela en la limitación de los motivos y en la ineffectividad para suspender la ejecución, y pertenece a una relación aún no terminada. En cambio, en el primer caso tiene el carácter de una acción autónoma: pero la ley procesal la considera como un medio de impugnación, por esas razones y con las consecuencias antes expuestas (§ 82). Nada tiene de irracional en sí mismo, que la ley admita la impugnación de la cosa juzgada: la autoridad misma de la cosa juzgada no es absoluta y necesaria, sino establecidas por consideraciones de utilidad y oportunidad (§ 78); de tal manera, que estas mismas consideraciones pueden a veces aconsejar su sacrificio, para evitar el desorden y el mayor daño que se derivaría de la conservación de una sentencia intolerablemente injusta (§ 82). Puede verificarse en estos casos un fenómeno ya expuesto antes (§ 8 bis): que una sentencia destinada a servir *definitivamente* como afirmación de la voluntad de la ley, valga como tal durante un cierto tiempo, y después desaparezca y venga sustituida por la afirmación de una voluntad contraria. Es un caso de no coincidencia entre la voluntad de la ley y la formulación que de ella haga el juez, entre el derecho sustancial a la prestación y a la acción ejecutiva. Lo mismo ocurre (prescindiendo de las declaraciones provisionales § 8 bis) cuando se haga firme una sentencia contraria a otra precedente: conflicto que el derecho moderno resuelve dando predominio a la segunda sentencia. La afirmación de la voluntad de la ley contenida en la sentencia que desaparece se considera jurídicamente como nunca existida. Pero ciertamente, el derecho no puede destruir el *hecho* de que tal sentencia haya exis-

tido, y ni aún pueden *a priori* considerarse terminados *todos* los efectos jurídicos de un acto del Estado que tuvo valor durante un cierto tiempo; pueden darse algunos efectos, a los cuales sería inoportuno extender tal cesación, como hemos visto en los derechos adquiridos de buena fe por los *terceros* (§ 82).

El derecho común conocía dos medios extraordinarios destinados a combatir la sentencia pasada como cosa juzgada: la *querela nullitatis insanabilis* y la *restitutio in integrum*. La *querela nullitatis insanabilis* se refería a algunas nulidades de procedimiento y de sentencia, que sobrevivían al transcurso de todo término de impugnación, a diferencia de la *querela nullitatis sanabilis*, que se refería a nulidades para hacerlas valer en un cierto término; por eso, con el tiempo, se unificó con la apelación, y por otro lado respecto de las sentencias de apelación revive en el recurso de casación (§§ introducción y 76). La *restitutio in integrum* se concedía como remedio contra la falta de defensa o siendo esta defectuosa, o en caso de haberse descubierto nuevos elementos de decisión (menor edad, errores, dolo, falsedad de un documento, falsedad de un juramento, nuevos documentos). En el derecho italiano, como en el francés (a diferencia del germánico y del austriaco, que conocen también una *acción* de nulidad: § 76) solo se admite la *restitutio in integrum* (*revocazione: requête civile*).

II. *Condiciones de la revocación.*—La demanda de revocación sólo se admite contra *sentencias*, contra las cuales no sea admisible ninguno de los medios de impugnación, con los cuales podía hacerse valer el motivo de reclamación que quiere proponerse, como son la oposición en rebeldía y la apelación. Esto ocurre cuando se trata:

a) De sentencias pronunciadas en contradictorio en grado de apelación (art. 494 Cód. proc. civ.)

b) De sentencias en rebeldía en grado de apelación, vencido el término para la oposición en rebeldía a que estuviesen sujetas (art. 495 n.º 1).

c) De sentencias pronunciadas en primera instancia, tanto en contradictorio como en rebeldía, vencido el término para la oposición y la apelación (art. 495, n. 2).

d) De sentencias inapelables.

Cualquiera *sentencia* que se encuentre en estas condiciones, sea

cual fuere su naturaleza, (sentencia definitiva de fondo; absolutoria, de seguir el juicio, incidental, provisional, interlocutoria sentencia de condena, de declaración, constitutiva), es susceptible de revocación. Comprendida, claro está, la sentencia de condena *con reserva*, aunque sujeta a desaparecer en el procedimiento posterior. En efecto, en este no podrían hacerse valer los motivos de revocación. También estimo que las resoluciones producidas en el proceso *monitorio* y equiparadas a la sentencia (§ 8 bis) están sujetas a la revocación (1). En cuanto a la sentencia *interlocutoria* o *incidental*, está sujeta a ella en cuanto el vicio influya en la sentencia definitiva, ni pueda corregirse en la continuación del procedimiento. En cuanto a la sentencia *provisional*, la revocación debe admitirse también independientemente de la posibilidad de que en el juicio definitivo sea revocada, con tal que no haya otro medio de sacarla del medio como medida provisional. En cambio, no están sujetas a revocación: a) las sentencias pronunciadas en juicio de *revocación* (art. 509); b) las sentencias de la *Corte de casación* (art. 549).

En cuanto a las sentencias *arbitrales* no solamente se admite la revocación, sino que la ley niega eficacia a la renuncia preventiva a este medio, mientras que admite la renuncia a la apelación (artículo 30, §§ 4 y 26). Acerca de las sentencias *extranjeras* conviene distinguir entre los motivos de revocación propios de la sentencia de reconocimiento, que darán lugar a la impugnación de éste, y los motivos de revocación propios de la sentencia extranjera, que no pueden admitirse ni hacerse valer, si no con arreglo a la ley extranjera y ante el juez extranjero. Revocada la sentencia extranjera por el juez extranjero, cae *ipso jure* la sentencia de reconocimiento, ya que esta tiene por presupuesto la existencia de la sentencia extranjera (§ 81).

Los *motivos* de revocación están enumerados *taxativamente* en

(1) No hay precedentes en la doctrina y en la práctica italianas en favor de esta opinión, que se funda en la plena equiparación de tales resoluciones a la sentencia. En cambio, el principio se expresa en la ley germánica (§ 584) y se juzga por la doctrina como una nueva consecuencia de la equiparación de la orden de pago a la sentencia: WEISMANN, p. 461; GAUPP STEIN, sobre el § 584.

la ley (art. 495), que reduce a *cinco* los muchos admitidos por el derecho común. Y estos son de muy diversa naturaleza entre sí; y no todos hacen admisible de un mismo modo la demanda de revocación:

1. *Si la sentencia ha sido el efecto del dolo de una de las partes en daño de la otra* (art. 495 n. 1). El «dolo de la parte» comprende el dolo de la persona que obra por ella (representante legal, órgano, representante contractual, procurador para pleitos). Comprende también la actividad dolosa de un tercero, en la cual haya participado la parte, o de la cual se haya aprovechado a sabiendas. Tal sería el falso testimonio de un testigo sobornado por la parte, o utilizado por la parte sabedora de la falsedad. En cambio, no es motivo de revocación la falsedad del juramento decisivo declarada por sentencia penal a los efectos penales (§ 62) puesto que aquello que la parte no pueda deducir y probar antes de la formación de la sentencia (art. 1,370 Cód. civ.) no puede ser motivo de impugnación de la sentencia.

2. *Si se ha juzgado a base de documentos que fueron reconocidos o declarados falsos después de la sentencia, o que la parte condenada ignoró ser reconocidos o declarados falsos antes de la sentencia misma* (art. 494, n. 2). Debe tratarse de *documentos falsos*, esto es, de falsedad (material o intelectual), inherente a la prueba documental producida en juicio, la falsedad inherente a las declaraciones hechas en juicio por las partes o por terceros (falso juramento; falso testimonio) no puede encasillarse en este motivo de revocación, porque el acta que reproduce exactamente las falsas declaraciones supradichas no es un documento falso (1). Pero la misma acta puede ser falsa en sí misma, como documentación de las declaraciones hechas, por qué las declaraciones no fueron hechas, o fueron diferentes, o fueron hechas por otras personas o fueron hechas delante de persona diferente del juez, etc.; etc.: en estos casos tendría aplicación el art. 494, n. 2.

3. *Si después de la sentencia se ha recobrado un documento decisivo, que no pudo producirse antes por culpa de la parte contraria* (art. 494 n. 3). No basta el simple descubrimiento de *nuevos documentos* (*restitutio ob noviter reperta*), pero es preciso que la

(1) Conforme LESSONA, *Manuale*, 3.^a ed. p. 334.

falta de producción sea causada por el adversario. Debe tratarse de un documento—común a las partes (art. 999 Cód. civ.) o propio del vencido—que el adversario tuviese obligación de entregar o de poner al vencido en condiciones de poseerlo. Sin esto no puede pensarse en el *hecho* de la parte contraria que impide la *producción*. El simple artificio doloso empleado por una de las partes para impedir que la otra venga a conocer la existencia de un documento, podrá encasillarse en la hipótesis del n. 1 y no del n. 3.

4. *Si la sentencia es el efecto de un error de hecho que resulte de las actas y documentos del pleito. Existe tal error cuando la decisión se funda en la suposición de un hecho cuya verdad está incontrastablemente excluida, o cuando se suponga la inexistencia de un hecho, cuya verdad está positivamente establecida, y tanto en uno como en otro caso cuando el hecho no sea un punto controvertido sobre el cual haya pronunciado la sentencia* (art. 494 n. 4). Por consiguiente, un error relativo a un hecho estimado por el juez, más o menos irreflexivamente, pero de todas maneras sin una fundamentación dirigida a resolver una contienda a ese respecto, y que por otra parte pueda ciertamente combatirse con el mismo material del pleito que fué ya presentado al juez. No un simple «error de los sentidos» como suele decirse, pudiendo tratarse de un defecto de reflexión y, por consiguiente, del razonamiento. El error de hecho no va confundido, pues, con el error «material» (§ 82), éste refiere sólo a la manifestación *exterior* de la voluntad del juez.

5. *Si la sentencia es contraria a otra sentencia precedente firme (cosa juzgada) pronunciada entre las mismas partes, sobre el mismo objeto, con tal que no haya pronunciado también sobre la excepción de cosa juzgada* (art. 494 n. 5) (1). Esta norma se dirige a garantizar la autoridad de la sentencia; y ya se entiende que las condiciones por las cuales la ley concede esta garantía, son las mismas enunciadas por el art. 1351 Cód. civil y que hemos examinado a propósito de la identificación de las acciones (§ 12); si bien la ley reclame aquí sólo las dos fundamentales a las que todas se reconducen, esto es identidad de *partes* (que comprende la identidad de *calidad* e identidad de *causa petendi*, esto es, los dos ele-

(1) CASTELLARI, *La contrarietà delle sentenze come mezzo d'impugnazione* (Filangieri, 1894).

mentos objetivos de la cosa juzgada contrapuestos al elemento subjetivo; así en el art. 145, n. 2, § 41). La importancia, pues, de esta garantía está en que las partes tienen manera de introducir en el pleito el nuevo elemento de la excepción de cosa juzgada (antes no propuesta, porque si hubiese sido propuesta y el juez no hubiese pronunciado, sólo quedaría el recurso de casación por falta de pronunciamiento) sin siquiera deber justificar haberlo ignorado antes; esto se deriva de la naturaleza especial de esta llamada excepción (§ 78).

De estos cinco motivos, los tres primeros de un lado y los dos últimos de otro, forman dos grupos muy diferentes. Los tres primeros se fundan en circunstancias que pueden ser descubiertas *mucho tiempo después de la sentencia*; los dos últimos son *inherentes* a la sentencia, de tal manera que normalmente la parte interesada está en situación de hacerlos valer apenas conocida la sentencia. De aquí se deriva alguna diferencia en el tratamiento de este medio de impugnación, según los motivos en que se funden.

Ante todo, la demanda de revocación es admisible por cualquiera de los cinco motivos contra las sentencias pronunciadas *en contradictorio y en grado de apelación* (art. 494), porque estas sentencias no siendo impugnables ni con la apelación ni con la oposición en rebeldía, no hay otro medio de hacer valer el hecho más que la demanda de revocación. Pero respecto de las sentencias de *primer grado* que pueden ser impugnadas con la oposición y con la apelación, y respecto de las en rebeldía de segundo grado, que pueden ser impugnadas con la oposición, la demanda de revocación no puede *nunca* fundarse en los dos últimos motivos porque estos pueden hacerse valer con aquellos otros medios dentro del término; en cambio puede fundarse en los tres motivos primeros, cuando haya vencido el término para la oposición o la apelación (art. 495). En cuanto a las sentencias inapelables, aunque la ley mencione solo las del conciliador, todas van comprendidas entre las sentencias pronunciadas en primera instancia; y están, por tanto, sujetas a revocación, pero solo por los tres primeros motivos del art. 494; en cuanto a los otros dos motivos, la revocación queda excluida por las mismas razones por las cuales el legislador hace inapelables estas sentencias. Solo las sentencias de los conciliadores son revocables también por contradicción de fallos (art. 495, últ. párrafo).

Otra diferencia entre los dos grupos de motivos refiérese al término, que en el caso de los dos últimos motivos transcurre desde la notificación de la sentencia; en el caso de los tres primeros desde el descubrimiento del acto determinante (art. 497).

III. *Relaciones entre el juicio de revocación y el juicio precedente.*—En el juicio de revocación conviene distinguir dos fases; el juez debe ante todo indagar si existe un motivo de revocación; si admite la revocación pronuncia nuevamente en el fondo. Esta contraposición puede verificarse también en otros juicios de impugnación; por ej. cuando la apelación sea motivada por la nulidad de la sentencia de primer grado, pero en la revocación es constante y característica:

a) En la primera fase (*judicium rescindens*) la indagación del juez (de hecho y de derecho) no versa, por tanto, sobre la totalidad de la materia decidida en el juicio precedente, sino solo sobre el *motivo* de revocación. El juez debe examinar no solo si el motivo tiene fundamento de hecho, sino si entre el hecho denunciado y la decisión media relación de *causalidad*; la revocación no puede pronunciarse, sinó cuando exista razón para creer que el juicio habría podido ser diferente, si se hubiese podido producir antes el documento recuperado, o no hubiese existido el hecho doloso o el documento falso, o el error de hecho; y por juicio se entiende, en este caso, el pronunciamiento sobre la *demanda*, no cualquiera argumentación particular. Si para tener un derecho se requieren por ejemplo, *dos* condiciones (así en la revocatoria el *consilium fraudis* y el *eventus damni*; en la acción de resarcimiento ex artículo 1151, el daño y la culpa; en la demanda de revisión de la renta de una casa, el aumento o la disminución del tercio y la causa con efecto continuativo), y la demanda fué rechazada por inexistencia de *ambas* condiciones, el motivo de revocación que se refiera a una sola de las condiciones no puede aparecer como *causa* de la sentencia, y la demanda de revocación sería inadmisibile, porque aun estimando como verdadero el motivo de revocación, la sentencia se rige por otro medio.

b) La segunda fase (*judicium rescissorium*) sólo se abre en el caso de que sea admitida la revocación. El efecto de la revocación es *reponer a las partes en el estado en que se encontraban antes del pronunciamiento de la sentencia revocada* (art. 507 del Código

procesal civil), si la sentencia comprende varios extremos este efecto tiene lugar solamente respecto de los extremos para los cuales subsiste un motivo de revocación y para los que *dependan de ellos* (artículo 496). La relación procesal vuelve a abrirse, por tanto, en el estado en que se encontraba antes de la sentencia revocada; y vuelve a desarrollarse en primero o segundo grado según los casos, con el fin de obtener una nueva sentencia de fondo, la cual será primero o segundo grado y, por tanto, sujeta a su vez a apelación o a recurso de casación; será inapelable si inapelable era la sentencia revocada (art. 509). Todos los elementos del precedente proceso no tocados por la revocación conservan su valor, permanecen las pruebas, las confesiones, los juramentos, las interlocutorias, las situaciones procesales, las preclusiones. Por otra parte pueden introducirse elementos nuevos; nuevos hechos, nuevas pruebas, nuevas excepciones, etc.

Pero siendo nuevo el juicio que debe dar el magistrado, éste podrá cambiar de opinión en las cuestiones de hecho y de derecho ya examinadas en la sentencia revocada. Por esto la nueva sentencia podrá ser tanto conforme, como disconforme con la sentencia revocada. En el ejemplo antes referido de un derecho para el cual se requieran dos condiciones, si la sentencia revocada había estimado existente la condición A, pero inexistente la condición B, y por esto rechazado la demanda; la nueva sentencia podrá estimar existente la condición B y acoger la demanda; pero podrá también estimar inexistente por nuevos hechos y pruebas la condición B o estimar inexistente cambiando el precedente criterio la condición A, rechazando en ambos casos nuevamente la demanda. Cuando la nueva sentencia es disconforme con la sentencia revocada debe regular la restitución de cuanto fué conseguido con la sentencia revocada (art. 508).

Durante el juicio de revocación la sentencia impugnada conserva su eficacia ejecutiva, salvo que la autoridad judicial por *causas graves* declare suspendida la ejecución (art. 503). Además la pendencia del juicio de revocación puede influir en otros juicios en los cuales sea producida la sentencia impugnada; esto es, la autoridad ante la cual penden aquellos juicios puede suspender su curso (art. 504).

C) No es necesario que el rescindente y el rescisorio se encuentren separados; cuando el estado de la contienda lo permita,

se juzga con una sola sentencia sobre la admisión de la demanda de revocación y sobre el fondo de la contienda (art. 508).

IV. *Procedimiento*.—La demanda de revocación se propone mediante *acto de citación* ante la autoridad judicial que ha pronunciado la sentencia impugnada (la sección podrá ser distinta: § 20); pueden pronunciar los mismos jueces (art. 502, 498). De estas normas se deriva que la revocación no puede pedirse en forma distinta de la citación (reconvención) ni mucho menos ante otros jueces, ni siquiera puede admitirse—dado el silencio de la ley—la demanda de revocación incidental, esto es, por parte de quien es demandado en revocación. El acto de citación debe contener los motivos de revocación (art. 502). Es cuestionable si durante el curso del juicio pueden hacerse valer motivos de revocación distintos de los indicados en el acto de citación: considerando la naturaleza de acción autónoma propia de la demanda de revocación debería considerarse la producción de nuevos motivos como cambio de demanda; pero considerando el principio de la economía de los juicios en homenaje al cual la ley asimila la demanda de revocación a los medios de impugnación (§ 82) debe admitirse que aquellos motivos que podrían hacerse valer con acciones reparadas (por estar aún abierto el término de impugnación o por haber sobrevenido durante el curso del juicio) pueden insinuarse en el juicio pendiente; en todo caso rechazada la demanda de revocación podrá volverse a proponer por nuevos motivos sobrevenidos.

En cuanto a la *notificación*, si la demanda se propone dentro de los ciento ochenta días a partir de la notificación de la sentencia debe notificarse como la sentencia (§ 68): en otro caso, como citación (art. 502).

El *término* para proponer la revocación es el establecido para apelar por el art. 485. Si la demanda se funda en motivos del segundo grupo (números 4 y 5 del art. 484), el término transcurre desde la notificación de la sentencia. Si se funda en motivos del primer grupo. (números 1, 2, 3, del art. 494) y la sentencia fué notificada antes de descubrirse el motivo, el término transcurre no desde la notificación de la sentencia, sino desde el día en que la falsedad, reconocida o declarada antes de la sentencia, es descubierta por quien propone la revocación, o también desde el día

en que ella fué reconocida o declarada, o el dolo descubierto, o el documento recuperado, con tal que en estos casos haya prueba escrita de la cual resulte el día del descubrimiento o de la recuperación (art. 497).

Pero la admisibilidad de la demanda de revocación está sujeta a la condición del *depósito previo* (a probarse con recibo del encargado del registro) de la suma de *cien* liras, si la sentencia impugnada es de una Corte de apelación, de *cinquenta* si de un Tribunal civil, de *veinticinco* si de un pretor, de *cinco* si de un conciliador; este depósito se pierde si la demanda de revocación es rechazada; se restituye si la revocación es admitida, incluso si la sentencia que la admite pronunciando al mismo tiempo en el fondo resulta contraria al actor en revocación (art. 409, 506 y 507). Este depósito no tanto está prescrito en garantía del vencedor como en interés de la administración de la justicia; por tanto se pierde en provecho del fisco, y su falta no da lugar a una simple excepción procesal, sino que debe relevarse de oficio (art. 499). Cuando con un solo acto se impugnen varias sentencias pronunciadas en el mismo juicio bastará un sólo depósito. Mediante un solo depósito pueden varias personas que tengan el mismo interés proponer la demanda de revocación, si bien con un solo acto (art. 500). Están exentas del depósito las corporaciones y entidades del Estado (artículo 501); también las personas admitidas al beneficio de pobreza para proponer la revocación; éstas últimas en el acto en que proponen la demanda deben indicar el decreto que las admite a este beneficio (art. 501; § 20 y 43).

Acerca de la *forma* del procedimiento debe repetirse cuanto se dijo para la apelación: el pleito sigue el procedimiento ordinario (a audiencia fija) incluso si con anterioridad a la sentencia impugnada estaba admitido el procedimiento formal (Real decreto de 31 de Agosto de 1901, art. 11).

El juicio de revocación *termina* ordinariamente con la amigable composición, con la caducidad o la renuncia al juicio (sobre los efectos véase § 74) o con la sentencia definitiva.

La *sentencia* pronunciada en el juicio de revocación (sea desestimatoria o no; sea en el rescindente o en el rescisorio) está sujeta a apelación si la sentencia impugnada era de primera instancia, a recurso de casación si era de segunda instancia, a menos que se

trate de sentencia impugnada inapelable: no está sujeta a posterior demanda de revocación (art. 509).

V. *Adhesión*.—La demanda de revocación por adhesión se propone del modo y en el término establecido en el art. 479 para la adhesión a la oposición (art. 502 2.º párrafo; § 84).

§ 86

Oposición del tercero. (1)

I. *En general.*—Bajo el mismo título de «oposición del tercero» regula la ley dos instituciones muy diferentes: una en el artículo 510 del Código procesal civil, otra en el art. 512. Para hacerse cargo de sus diferencias debemos recordar cuanto queda dicho acerca de los efectos de la cosa juzgada en cuanto a terceros (§ 80). Los terceros vienen obligados a reconocer el fallo aun siendo contrario a sus intereses; pero ninguno puede ser lastimado en *sus derechos* por una sentencia a la que ha sido ajeno. Por esto quien pretenda encontrarse en una posición jurídica incompatible con la posición jurídica que una sentencia afirma existente entre otras personas, podrá siempre defender su posición propia sin que nadie pueda perjudicarlo fundándose en aquella sentencia.

A estas dos categorías de terceros corresponden las dos especies de oposición del tercero. Los terceros que ostentan un derecho *incompatible* con el derecho declarado en la sentencia, pueden perseguir el propio derecho sin preocuparse de la sentencia, pero pueden *también* atacar directamente a la sentencia con la oposición del tercero (art. 510). Los terceros que no ostentan *un derecho incompatible* con el declarado en la sentencia, sino que tienen sólo un *interés* contrario a la declaración del derecho con-

(1) MANCINI, PISANELLI. SCIALOJA, vol. IV, núm. 1.195 y sigs. MATTIROLO, *Trattato*, vol. IV, cap. VI, art. V; MORTARA, *Commentario*, volumen IV, núm. 336 y sigs.; los *comentaristas* del art. 510 y sigs.; GALLUPI. *Teoria dell'opposizione del terzo*, 1895; CHIAPPELLI, *Il remedio dell'opposizione del terzo*, 1907; REDENTI, *Giudizio con pluralità di parti*, 1911, pág. 117 y sigs.; TISSIER, *Theorie et pratique de la tierce opposition*, 1890; MENDELSSOHN BARTHOLDY, *Grenzen der Rechtskraft*, 1900 (particularmente págs. 49, 195).

tenido en la sentencia, también pueden impugnarla con la oposición, pero únicamente por causa de dolo o colusión de los cuales sea efecto la sentencia en daño suyo (art. 512).

Es condición común de las dos instituciones que el oponente sea tercero. Y entiéndase, ante todo, que no es tercero quien ha sido parte, personalmente o por medio de representante, en el proceso. Pero en esto existen figuras intermedias: personas que no han sido partes y que no pueden ser consideradas a este efecto como terceros. Sabemos que el interviniente *ad adjuvandum* (§ 36) y el llamado a intervenir (§ 36) no llegan a ser partes por el mero hecho de la intervención y del llamamiento; están también sujetas a la decisión y no podrían impugnarla como terceros, desde el momento que su presencia en la litis les coloca en situación de defender su derecho o de impedir el dolo y la colusión. Así los acreedores o cesionarios de un partícipe no pueden impugnar por fraude como terceros una división judicial en la que han sido llamados a intervenir (art. 680 del Código civil). En estos casos solo podría admitirse la demanda de revocación puesto que quien se encuentra, por su presencia en el pleito, sujeto a la decisión sin poder valerse de las impugnaciones y de las excepciones concedidas a los terceros, debe gozar de los medios concedidos a la parte para defenderse contra la decisión.

En cambio, el encontrarse en un pleito por representar o asistir en él a otros (como padre, tutor, curador, marido, administrador, mandatario, procurador para pleitos y otros semejantes) no priva por sí de la cualidad de tercero y del correspondiente derecho a la oposición. Solamente debe considerarse que el oponente en estos casos pueda proponer, bajo la apariencia del interés personal, cuestiones que ya hubo de proponer o que pudo proponer acerca de su actividad de representante o asistente, puesto que en este respecto es imposible aislar la *cualidad* de la *persona* que la reviste, y la decisión sobre estos extremos afecta también personalmente al representante o asistente. Por lo demás, está sujeto a esta decisión sólo en cuanto al pleito en que fué producida: en un pleito con su representante o asistido (por ejemplo: acción de resarcimiento de daños por actividades omitidas o realizadas) será plenamente libre en su defensa.

En cambio, no es tercero quien ha sido considerado como parte en la sentencia, aunque en realidad no haya sido parte en el pro-

ceso; esto puede suceder porque el juez haya considerado parte, erróneamente a quien no fué citado ni citó a otros a juicio; o cuando alguno ha sido actor o demandado en el pleito en una cualidad que no le correspondía (*falsus tutor, falsus procurator*). En estos casos, si la sentencia ha sido *regularmente notificada* a la persona que en la sentencia es considerada parte, esta se encuentra en la necesidad de impugnarla con las impugnaciones concedidas a la parte (véase § 41 bis).

Están sujetas a la oposición del tercero todas las sentencias reguladas por el Código de procedimientos, excepto si la ley excluye en ciertos casos este remedio. Tal ocurre para las sentencias de la Corte de casación (art. 459 del Código procesal civil: la exclusión de la *oposición* en general comprende también la oposición de tercero), y para las sentencias arbitrales (la enumeración que hace la ley de los medios de impugnación admisibles contra ellas en los artículos 18 y siguientes, no comprendiendo la oposición del tercero).

Acerca de la relación entre la oposición del tercero y los otros medios de impugnación, debe observarse que la sentencia no puede estar sujeta a la oposición del tercero sino cuando puede ocasionar perjuicio al tercero, lo cual no puede suceder cuando la sentencia todavía no produce efectos, y particularmente, cuando no es ejecutable. Así una sentencia que estuviere aún sujeta a apelación y no provisionalmente ejecutiva, no podría impugnarse con el remedio del tercero; el tercero deberá esperar a que la sentencia seá firme (cosa juzgada) o que sea impugnada por el interesado. Si esta impugnación tardase y la sentencia no fuere aún notificada, el tercero está bastantemente garantido por las acciones directas que le competen; y puede proponer también él mismo la impugnación cuando le corresponda la cualidad de sustituto procesal (§ 36). Estando pendiente el juicio de apelación, el tercero puede hacer valer, con la intervención, sus derechos contra la sentencia (art. 491, § 84). Producida la sentencia de apelación, la oposición del tercero, aun no propuesta, debe dirigirse contra la sentencia de apelación y no contra la de primer grado § 82 letra *i*.

El tercero en el juicio de oposición no puede hacer valer otros motivos que los referentes a su derecho y a su perjuicio; no puede impugnar, por ejemplo, la sentencia por incompetencia, nulidad de forma y otros semejantes.

II. *Oposición fundada en el artículo 510.*—La incompatibilidad entre el derecho declarado en la sentencia y el derecho del tercero no puede ser meramente técnica, sino práctica; esto es de tal naturaleza que la ejecución de la sentencia pueda lesionar prácticamente el derecho del tercero. Un caso típico lo tenemos en el campo de la propiedad; el tercero se cree propietario de la cosa que en juicio entre otras personas fué declarada de propiedad ajena. El tercero puede naturalmente perseguir su cosa cerca del poseedor sin preocuparse de esta sentencia; pero sucedería que los dos títulos se encontrarían en la ejecución forzosa sobre la misma cosa, dándose entre sí un conflicto que no podría dirimirse más que con un juicio. El tercero puede tener interés en que la sentencia no sea ejecutada, para que la cosa no cambie de poseedor, y tanto más si en el interin no podría obrar contra el actual poseedor o detentador, a causa de un derecho de tener la cosa que compete a éste (usufructo, arrendamiento, etc.) o si el tercero no tuviera aún título ejecutivo. Lo mismo puede decirse, en general, si la ejecución de la sentencia cayere sobre una cosa o condujere a un resultado al cual el tercero pretenda tener único derecho; el tercero tiene derecho de prevenir la ejecución incompatible con su derecho.

En las relaciones conexas es preciso ante todo establecer si el tercero es titular de un derecho necesariamente dependiente de aquel que ha sido objeto de la sentencia, según las normas del derecho sustancial (§ 80). En este caso no es posible oposición de tercero más que a base del art. 512 (véase más adelante núm. III); no ya porque el tercero haya sido representado en el juicio, sino porque el tercero no puede desconocer la sentencia, *como sentencia entre las partes* (§ 80); por eso no se admite la oposición que por la misma naturaleza de la relación entre los derechos en cuestión, niega la sentencia entre las partes como tal. Dentro de los límites, por ejemplo, en que, según el derecho sustancial, se aplica la máxima *«resoluto jure dantis resolvitur jus concessum»* deberá estimarse sin más que el titular del derecho concedido (acreedor hipotecario, usufructuario, concesionario de una servidumbre, etc.), no puede el art. 510 oponerse de tercero contra la sentencia que niega el derecho del concedente (propiedad). En cambio, si el derecho del tercero puede considerarse *a sé*, si no desaparece por la resolución del derecho del concedente, el terce-

ro podrá en general hacer oposición, con tal que concurra el extremo del perjuicio, o sea, con tal que la ejecución de la sentencia sea incompatible con su derecho.

En las relaciones *con pluralidad de sujetos* precisase también establecer si la relación es de tal naturaleza que no puede existir o no existir frente al tercero cuando no existe o existe entre las partes. En este caso no se admite oposición, por la misma razón antes apuntada, sino a base del art. 512. Tal es el caso del art. 163. Código comercial (§§ 12 y 80): el socio no puede impugnar de tercero la sentencia que admite o rechaza la oposición de otro socio, sino fundándose en el art. 512. En cambio, si la relación es de tal naturaleza que puede ser declarado existente entre las partes e inexistente frente al tercero, o viceversa (§ 80); este último tendrá la oposición del tercero, aunque la ejecución de la sentencia sea incompatible con su derecho. Si la sentencia entre A y B condena a A respecto de B al pago de una cantidad que estima debida solidariamente por A y C, no puede admitirse a C a la oposición puesto que si bien la sentencia es lógicamente incompatible con su pretensión de no deber nada, la ejecución de esta sentencia contra B no puede en modo alguno perjudicarle.

No tiene la oposición del tercero, por el art. 510, el simple acreedor, porque no puede negar la sentencia entre las partes, ni es titular de un derecho incompatible con la ejecución de la sentencia (§ 80) a menos que se crea titular de aquel crédito que la sentencia ha reconocido a otros, puesto que en este caso la ejecución conduciría a un resultado que, por el contrario, le es debido. Mucho menos el sucesor a título universal o particular, porque la relación de que es titular es la misma que ha sido objeto del juicio frente a su autor (§ 80). Y menos aún el que fué expropiado por un cierto tiempo del ejercicio de sus derechos (por ejemplo: el fallido respecto de las sentencias producidas frente al curador) o que tuvo un sustituto procesal; la relación misma sobre la cual se ha decidido legalmente no puede ser fundamento de oposición del tercero (§§ 35 y 80) a todos estos puede corresponder solamente la oposición a base del art. 512.

De cuanto queda dicho se deriva: que la cualidad de tercero es condición *indispensable* para tener la oposición del art. 510, pero *no suficiente* para tenerla. Y acerca de la relación entre la oposición en art. 510 y la cosa juzgada, puede decirse: que puede ser

admitido a la oposición sólo el tercero que puede defender su derecho contra la sentencia porque *res inter alias judicata* (§ 80) pero este tercero es admitido a ella sólo en cuanto la ejecución de la sentencia sea prácticamente incompatible con su derecho.

De la relación entre esta oposición y la intervención, en primer grado y en apelación, ya se ha tratado antes (§ 80 y 84).

Queda por ver la relación entre esta oposición y otra defensa competente al tercero, *la acción de declaración*. Por el hecho de que la sentencia contenga una declaración de derecho incompatible con el derecho del tercero, correspondería a éste contra las partes en el pleito acción para obtener la declaración positiva del propio derecho negado o la declaración negativa del derecho ajeno afirmado por la sentencia. Si faltase en la ley la norma del artículo 510, esta acción tendría libre curso, según las normas ordinarias de competencia. El art. 510, al contrario, ha establecido una impugnación de la sentencia, que en muchos casos absorbe la acción de declaración. En esta transformación la acción de declaración ha perdido y ha ganado ventajas. La oposición no se propone una mera declaración, sino que tiene efecto constitutivo, en cuanto suprime *respecto del tercero* la sentencia y su ejecutoriedad. Por otra parte, como la oposición debe proponerse ante la misma autoridad judicial que ha producido la sentencia, no sigue las normas ordinarias de la competencia, y puede tener también un sólo grado de jurisdicción. En todos los casos en que está admitida la oposición del tercero por el art. 510, queda excluida la acción de declaración.

La oposición a base del art. 510 no está sujeta a término.

III. *Oposición a base del art. 512.*—Esta oposición está regulada también por el art. 510, en cuanto que este es norma general respecto al extremo del *perjuicio de los derechos*. Con esta frase la ley quiere significar también el perjuicio de mero hecho (Véase § 80). Los que no reciben un perjuicio *jurídico* de una sentencia en cuanto son titulares de derechos *compatibles* con la declaración contenida en la sentencia, o porque su relación *depende* del de las partes, o porque su derecho *es el mismo* que ha sido objeto de decisión, pueden sufrir un perjuicio de hecho por la sentencia. Están admitidos a hacer oposición dentro de los límites del artículo 512. Esta oposición corresponde, por lo tanto, no sólo a los

acreedores determinados en el art. 512, sino a los titulares de derechos *derivados o dependientes*, al socio en el caso del art. 163 Código de Comercio, al quebrado, al tercero que tuvo un sustituto procesal, al legitimario o reservatario y, en general, a todos los terceros que no disponen de la oposición del art. 510.

La oposición del art. 512 sólo se admite dentro de ciertos límites, que hacen de ella una institución autónoma; es preciso que la sentencia sea *efecto de dolo o colusión en perjuicio* de tercero

De modo que el tercero tendrá que probar:

a) El *dolo* o la *colusión* en su daño.

b) La relación de *causalidad* entre el dolo y la sentencia.

Esta oposición no es, como ya se comprende, más que la acción revocatoria aplicada a los juicios (§ 82). Los terceros están obligados a reconocer los contratos de A y B, como tal es, aunque por él vengan de hecho perjudicados; pero si el contrato se ha hecho con el fin de perjudicarlos, si el resultado del juicio es consecuencia de fraude en perjuicio suyo, los terceros pueden rebelarse contra los actos realizados. El paralelismo estaba expresamente enunciado en los Códigos sardos, los cuales no conocían más que esta forma de oposición (art. 617 y siguientes del Código 1854; art. 581 y siguientes del Código 1859) bajo el nombre de «revocación de las sentencias a instancia de los acreedores», y reproducían las normas propias de la pauliana. Nuestra ley es más concisa y se limita a aludir a esta forma de oposición solo para regular su término: pero de aquí no puede desprenderse que nuestra ley sea diferente de la sarda mientras que esa solamente ha considerado inútil la referencia expresa de las normas de la pauliana.

La pauliana transformada en un medio de impugnación de la sentencia sigue normas especiales de competencia, de grado y de término (arts. 511 y 512). En cambio donde falta una norma expresa que discipline la oposición del tercero, como en la esfera de las sentencias arbitrales, se admitirá la pauliana según las normas ordinarias.

El dolo y la colusión del art. 512 no son más que diversas, pero equivalentes expresiones del fraude del art. 1.235 Código civil (1).

(1) Véase el art. 680 del Código civil que se refiere también a la división judicial «Los acreedores no pueden impugnar una división consumada, exceptuado el caso de fraude...».

Pero es preciso el dolo de *ambas partes* (así expresamente el Código sardo). No es admisible que el vencedor pueda perder frente al tercero las ventajas de la cosa juzgada por un hecho que no es suyo, lo cual se prestaría a facilitar la adhesión a impugnaciones de parte bajo el aspecto de oposición de terceros. Además es quizás imposible imaginar la hipótesis de una victoria injusta debida al dolo del vencido sin que en ella concorra el dolo del vencedor.

El perjuicio que es condición de la oposición varía según los casos; será la imposibilidad de realizar en todo o en parte un crédito propio, o la disminución del *contenido* del derecho (como en el caso del legitimario) o en fin la pérdida del propio derecho (como en el caso de derecho dependiente o derivado, de sustitución procesal etc.). En todo caso, pues también el perjuicio de hecho se liga a un derecho, que el tercero posee o tiende a reconquistar. Por esto la prueba del perjuicio comprende la prueba de este derecho actual o potencial. Solo en cuanto al caso del acreedor, debe añadirse que el acreedor, para poder considerarse perjudicado por la sentencia debe ser *anterior* a ésta.

También de la relación entre esta oposición y la intervención en primer grado o en apelación, hemos hablado antes (§§ 80 y 84).

A diferencia de la oposición del art. 510, ésta hállase sujeta a un *término* que es el señalado para apelar, por el art. 485. El término transcurre desde el día en que el tercero *ha podido descubrir* (en otros términos *ha descubierto*) el dolo o *la colusión* (artículo 512); y esto independientemente de toda notificación eventualmente hecha al tercero. El conocimiento de la sentencia no equivale por sí mismo a conocimiento del dolo o colusión de donde ha derivado. La prueba del descubrimiento incumbe al tercero, el cual, a diferencia del actor en revocación (art. 497, § 81) no está obligado a darla por escrito. Tratándose de un hecho meramente subjetivo como el del conocimiento, el tercero no puede ser obligado a una prueba rigurosa (§ 59).

IV. *Relaciones entre la oposición del tercero y el juicio precedente.*—La oposición del tercero no impide la ejecución de la sentencia impugnada contra la parte condenada. Pero cuando de la ejecución pueda derivarse perjuicio para los derechos del tercero (lo cual, dadas la naturaleza y el fin de esta impugnación,

sucede en toda oposición fundada) se suspenderá la ejecución, salvo que la autoridad judicial la ordene por graves motivos, no obstante la oposición del tercero (art. 514). Si la sentencia impugnada ha sido presentada en otro pleito, la autoridad judicial, ante la cual penda este último, puede suspender su curso (arts. 515, 504).

Acérca de los *efectos de la sentencia que estima la oposición*, debe tenerse en cuenta: que la oposición del tercero, ya sea por el art. 510, ya por el 512, debe entenderse en armonía con el principio de que los terceros no pueden desconocer el fallo entre las partes como tal (§ 80). Por consecuencia, la sentencia que admite la oposición no destruye lo sentenciado *entre las partes*, sino únicamente impide que pueda dañar a tercero; la impugnación del tercero no produce directamente efectos, sino en favor del tercero (1). Prácticamente puede ocurrir, y ocurrirá en la mayoría de los casos, que la sentencia, al no poder dañar al tercero, quede sin efectos prácticos también entre las partes. Por ejemplo, mientras dura el derecho y el interés del tercero en impedir la ejecución de la sentencia entre las partes, no podrá expedirse copia en forma ejecutiva de la sentencia impugnada por el tercero (§ 10). Pero esto no priva que lo fallado entre las partes sobreviva: si cesa el derecho o el perjuicio del tercero (por ej., pagados todos los acreedores a quienes correspondía la oposición), la sentencia recobra pleno vigor práctico. Sólo en el caso en que el derecho del tercero sea el mismo que fué objeto de la sentencia (sentencia contra la prueba, contra un sustituto procesal), o un derecho equivalente (socio opositor por el art. 163, Cód. com.) tiene lugar una verdadera y plena reforma de la sentencia.

Si la oposición corresponde a varios terceros en la misma oposición (varios acreedores, varios socios, varios legitimarios, etc.), encuéntranse entre sí en la relación antes estudiada (§§ 12 y 80), y sobre cual la insisteremos (§ 88): La cosa juzgada, formada respecto de uno, excluye la oposición de los demás, salvo que sea propuesta por motivos diferentes.

V. *Procedimiento*.—La oposición se propone mediante *acto de*

(1) En contra, para la oposición del artículo 512; MORTARA, *Comm. IV*, núm. 348-349, nota; REDENTI, *Del giudizio civile con pluralità di parti*, 1910, págs. 118, 120.

citación ante la autoridad judicial que ha pronunciado la sentencia impugnada (puede estar destinada a conocer de ella una sección diferente: § 20), y pueden pronunciar sobre ella los mismos jueces (arts. 511, 513). Si surge ante esta autoridad judicial una cuestión, para resolver la cual no sea competente por la materia o por el valor, se aplican los principios sobre la declaración incidental (§ 93). Si hubo apelación, la oposición se propone contra la sentencia de segundo grado, incluso si es meramente confirmatoria (§ 82 y el presente).

Si la oposición se propone, dentro de los ciento ochenta días, a partir de la notificación, se notifica como las sentencias (§ 68); en otro caso, se notificará como las citaciones (arts. 513, 502); quiere decir, en el primer caso se tiene en cuenta el domicilio elegido o declarado a los efectos del juicio, o, en su defecto, la persona del procurador; en el segundo caso, sólo se tendrá en cuenta la residencia o el domicilio *efectivo*.

La oposición debe proponerse contra *todas las partes*, entre las cuales se produjo la sentencia impugnada: es un caso de litis-consorcio necesario (§ 88) (1).

El pleito de oposición se sigue en procedimiento ordinario, incluso si, con anterioridad a la sentencia impugnada, se hubiese admitido el procedimiento formal (R. D. 31 Agosto 1911, art. 11).

El juicio de oposición concluye con la amigable composición, con la caducidad y con la renuncia a los autos (sobre los distintos efectos de éstos, según la sentencia impugnada, fuese o no notificada, v. §§ 74 y 83) y por sentencia definitiva.

La sentencia, en el juicio de oposición, está sujeta a todos los medios de impugnación, a los cuales estaba sujeta la sentencia impugnada. Por tanto, no será apelable, si se había producido en segundo grado o era inapelable. La sentencia sobre la oposición está sujeta, a su vez, a oposición del tercero.

Declarada inadmisibile o rechazada la oposición, el actor en oposición es condenado a una multa de cuantía correspondiente a la establecida para la desestimación de la demanda de revocación (art. 499, 506). A diferencia de la demanda de revocación y del recurso de casación, no se requiere el depósito previo de la suma correspondiente (§ 82).

(1) REDENTI, *op. cit.*, págs. 117-121.