

CAPITULO IV

Orden en el desarrollo de la relación.

§ 69.

Las preclusiones (1).

I. *Concepto y fin.*- La organización jurídica no se limita a regular las actividades procesales y su forma en particular, sino que regula su totalidad, es decir, el desarrollo de la relación procesal; de aquí nace un *orden* legal entre las actividades procesales. El fin del legislador es dar mayor precisión al proceso, hacer posible la declaración definitiva de los derechos y garantizar su exacto cumplimiento. A este fin acude también con otras medidas, esto es, reprimiendo las dilaciones en la instrucción o en el desarrollo del pleito, dependientes de la negligencia de los procuradores, con penalidades a éstos (art. 61, 170, 177, 180, etc.) y reprimiendo las cosas superfluas en las defensas negando la repetición de los gastos de los actos inútiles (art. 376). Pero más eficazmente provee a tal fin mediante la *preclusión*.

(1) El mérito de haber aclarado el principio aquí expuesto corresponde particularmente al llorado BÚLOW, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, en el *Arch. per la pratica civile*, vol. 62, pág. 1 y sigs. El concepto de la preclusión encuéntrase utilizado en Italia por primera vez en nuestro escrito *Cosa giudicata e competenza*, 1905, (en *los scritti in onore di Carlo Fadda*, vol. II); después aceptado por CAMMEO, en la traducción de CROME, *Diritto privato francese*, 1906, pág. 462 y en el estudio sobre la *Interpretazione auténtica*, en la *Giurisp. ital.*, 1907, pág. 73 del extracto; por MORTARA que habla de «*preclusione o assorbimento*», en contraposición a «*cosa juzgada*», (*Comment.*, IV, núm. 284, I, núm. 308 al final, 4.^{ta} ed.); por REDENTI, *Pluralità*, pág. 67; por DE PORCELLINIS, en la *Riv. di dir. pubbl.*, 1912, II, pág. 38; y puede considerarse ahora de uso común.

La preclusión consiste en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos queda *precluso* a la parte el derecho de realizar otros actos procesales determinados, o en general actos procesales. La preclusión puede tener una esfera mayor o menor en el proceso, según los sistemas: hay diversos tipos de proceso informados todos en el principio de la preclusión, lo cual produce procesos divididos en períodos o estadios sucesivos (v. § 44 bis). Pero todo proceso debe, de algún modo servirse de la preclusión, o al menos de la *somma preclusionone* que consiste en el paso a cosa juzgada de la sentencia de fondo.

II. *Efecto de la preclusión.*—De la preclusión puede nacer un derecho (por ej. *actio iudicati*); pero puede nacer más frecuentemente una simple *situación jurídica*. La situación jurídica (KOH-
LER) es una figura de derecho privado como de derecho procesal; se distingue del *derecho* en que contiene únicamente un *elemento* del derecho o de un efecto o acto jurídico futuro; esto es, tiénese una circunstancia que con el concurso de otras circunstancias posteriores puede conducir a un cierto *efecto* jurídico, mientras que si estas circunstancias no se verifican queda sin ningún efecto (1). Por ejemplo el parentesco es un elemento de derecho, que con el concurso de otras circunstancias puede conducir al derecho de suceder (2). Lo mismo en el proceso: la sentencia que declara la capacidad objetiva o subjetiva del juez, la excepción de nulidad omitida, la falta de respuesta a un interrogatorio, etc., etc., llevan consigo la adquisición de otros tantos elementos que con el concurso de

(1) El concepto de «situación jurídica» fijado por KOHLER (*Gesammelte Beiträge*, pág. 219; *Prozess als Rechtsverhältniss*, pág. 62; *Civilprozessrecht*, pág. 127; *Lehrbuch des B. R.*, § 50), es aceptado por HELLWIG, II, pág. 31 y rechazado como «infructuoso» por SCHMIDT, 2.^a ed., página 352, n. Véase también BONUCCI, *L'orientazione psicologica dell'etica e della filosofia del diritto*, 1907, pág. 297, nota; COVIELLO N., *Manuale di D. C.*, I, pág. 23, nota.

(2) La situación jurídica como simple *elemento* de derecho es distinta tanto del derecho *condicional* (Cód. civ., art. 1.157), como del derecho *eventual* (derecho falto de una de las condiciones esenciales) de que habla DEMOGUE, *Revue trimestrielle de droit civil*, 195, pág. 723 y sigs.; 1906, página 231 y sigs.

posteriores circunstancias conducirán después a la sentencia de fondo y determinarán su contenido. Por sí mismo, pues la preclusión no produce efecto sinó en el proceso en que tiene lugar. Así hemos visto que una cosa es la simple preclusión de una cuestión, la cual no obra por sí sinó en el proceso en que se verifica, como la cuestión de competencia y otra la cosa juzgada que nace de la preclusión de la cuestión de *fondo* y va destinada a desarrollar sus efectos en procesos futuros (v. §§ 17 y 78, II); otra la confesión que produce efecto también en los procesos futuros (art. 1.356) y otra la *ficta confessio* que como simple preclusión produce efecto solo en el proceso en que tiene lugar. (§ 49).

III. *Preclusiones en el proceso italiano.*—Las más importantes preclusiones admitidas en nuestro derecho procesal tienen lugar en estos casos:

a) En el procedimiento formal la inmatriculación invariada precluye normalmente la formación de ulterior material de conocimiento (§ 44 bis). En el procedimiento ordinario esto sólo tiene lugar por el *cierre de la discusión*.

b) El momento en que la inscripción del pleito queda invariada en el registro (*ruolo*), o el momento en que comienza la relación en la Audiencia en el procedimiento ordinario, precluye el derecho de intervención voluntaria, y precluye el derecho de producir la interrupción de la relación procesal mediante notificación de un hecho interruptivo (arts, 201 y 335, §§ 44 bis y 71).

c) La confesión precluye el derecho de deducir, con efectos jurídicos, declaraciones incompatibles con hechos confesados (artículo 1360, §§ 36 y 44). El mismo efecto se produce con la falta de respuesta al interrogatorio, con la falta de desconocimiento de la escritura privada, con la negativa a escribir el dictado en la verificación de escrituras (arts. 218, 283, 290, §§ 49, 50 y 65).

d) La prestación del juramento decisorio o la negativa de prestarlo precluyen cualquier defensa de una u otra parte, respecto de los hechos sobre los cuales el juramento fué deferido (§ 62).

e) La ordenanza que señala el día para jurar precluye el derecho de referir el juramento (art. 224 Cód. proc. civ.). La aceptación del juramento y su referimiento precluyen el derecho de revocarlo (art. 1372 Cód. civ., § 62).

f) El transcurso de términos preclusivos (§ 43) produce cadu-

cidad del derecho de realizar los actos para los cuales se había fijado el término (art. 46).

g) El paso a cosa juzgada de la sentencia interlocutoria precluye toda discusión sobre el punto decidido (§ 78); lo mismo ocurre con la sentencia de fondo, pero en este caso, como hemos visto, la preclusión va acompañada también del efecto de la *cosa juzgada*, que obra fuera del proceso. Aquí manifiéstase nuevamente la profunda diferencia entre preclusión y cosa juzgada, que frecuentemente se confunden en la práctica. La cosa juzgada se funda en la preclusión de la cuestión de fondo, y produce la indiscutibilidad de la existencia o inexistencia de la voluntad de ley en cuestión. Pero esto supone el pleito terminado y precluye *todas* las cuestiones posibles relativas al fondo. En cambio, *durante el pleito*, pueden precluirse particulares cuestiones de fondo; pero esto no produce la cosa juzgada, puesto que mientras el pleito está abierto pueden proponerse *nuevas* cuestiones y excepciones que pueden privar de importancia práctica a la preclusión. Por ejemplo: una sentencia declara el nacimiento de un derecho de propiedad o de servidumbre en favor de una parte y dispone medios instructorios aptos para probar la posesión o la cesión de parte del demandado; cuando devenga definitiva la sentencia será preclusa la cuestión acerca del título del actor, pero no aún declarada la existencia actual del derecho; el demandado puede oponer la usucapión, el no uso, etc. Así, la compleja cuestión de la existencia del derecho, puede escindirse *durante el pleito* en muchas cuestiones separadas y cada una ser objeto de una preclusión (1).

h) La apelación incidental y por adhesión deben proponerse en el *primer* escrito (R. D. 31 Agosto 1901, art. 54), § 84, V.

i) La sentencia de casación en *secciones unidas*, después de un primer juicio de reenvío, causa estado respecto *del punto de derecho* sobre el cual ha pronunciado (art. 547 Cód. proc. civ.) pá-

(1) Una vez más vemos aquí la diferencia entre el elemento *lógico* que manifiesta toda su importancia *durante el proceso* y la formulación de la *voluntad* de la Ley que es lo que únicamente sobrevive al proceso. Véase §§ 2, 4, 6, 13 y 59.

(2) Este caso lo señala CAMMEO, *Interpretazione autentica*, cit., página 92.

rrafos 20 y 87 (2). Es un nuevo caso de preclusión de una particular cuestión de fondo (en este caso, de derecho).

j) La deducción de una excepción puede precluir otras excepciones (sobre esto véase el párrafo siguiente).

k) En cuanto a la pluralidad de los grados de jurisdicción, debe observarse que, según el principio del doble grado de jurisdicción, el término del primer grado supone preclusión solamente en cuanto a la proponibilidad de *demandas nuevas*, pero no de nuevas deducciones, nuevas excepciones y nuevas pruebas artículo 490), §§ 20 y 42.

En cuanto a las demandas propuestas en primer grado, si la sentencia de primer grado consta de varios extremos, puede formarse la cosa juzgada sobre algunos capítulos y no sobre los demás (art. 486). Pero ya hemos observado que no toda cuestión decidida forma un extremo *autónomo* de la sentencia; en particular, las cuestiones sobre presupuestos procesales decididas en la sentencia de primer grado, no son extremos autónomos, porque son el precedente necesario de cada uno de los extremos de la sentencia en cuestión, y, por tanto, impugnado, aunque sea uno sólo de los extremos de la sentencia, con sólo esto, se encuentra el juez de apelación investido del conocimiento de los presupuestos procesales, excepto cuando la falta de impugnación del extremo concerniente a un presupuesto procesal pueda valer como preclusión o como manifestación de voluntad influyente en la relación procesal (por ejemplo: como aceptación de la prórroga de la competencia territorial). Si, pues, el juez de primer grado se declaró competente por valor y pronunció en el fondo, basta que la sentencia sea impugnada por el fondo para que el juez de segundo grado pueda revelar de oficio la incompetencia (1).

(1) Cuestión vivamente controvertida. V. CUZZERI, sobre el art. 187 número 5.

§ 70

Orden en las excepciones (1).

I. *Preclusiones derivadas del orden legal entre las excepciones.*—Aunque nuestro derecho no admite estadios procesales distintos para la presentación de las distintas deducciones, en particular no admite una separación entre excepciones procesales y excepciones del fondo, sin embargo, hay excepciones cuya proposición es preclusa por el hecho de haberse propuesto antes otras excepciones o demandas. Esto ocurre ya sea en consideración a las deducciones procesales ya a las deducciones de fondo.

II. *Orden en las deducciones relativas a la relación procesal.*—Según la Ley, ciertas excepciones deben ser propuestas antes de cualquier otra instancia o defensa. Tales son:

a) La excepción de *nulidad de la citación*, la cual, cuando es proponible debe deducirse antes de cualquier otra defensa (artículo 190).

b) La excepción de *nulidad de los actos* de procedimiento posteriores a la citación, que debe proponerse específicamente en el escrito sucesivo al acto que se quiere impugnar (artículo 191) (2).

c) La excepción de *incompetencia por territorio*, que debe proponerse antes de cualquier otra instancia o defensa, de otro modo es preclusa (art. 187) (3).

Esta es la llamada *prórroga tácita* de la competencia (§§ 26 y 30). Sobre su fundamento discútese desde hace tiempo, particularmente en Alemania respecto del § 39 del Regl. proc., que dispone

(1) WETZELL, *System*, pág. 939 y sigs.

(2) Sobre la extensión de esta norma (*Code proc. fr.*, art. 173); véase WEISMANN, *Lehrbuch*, I, pág. 334.

(3) V. DE PALO, *Eccezioni concorrenti d'incompetenza*, en los estudios en honor de CARLO FADDA, Nápoles, 1905.

que *debe entenderse prórroga tácita* cuando el demandado trata el fondo sin excepcionar la competencia. Por un lado se justificó esta norma como una *ficción jurídica* de prórroga (puesto que el demandado puede descender al tratado del fondo incluso porque *no sabe* que el juez adido es incompetente, y en este caso no podría verse un real acuerdo *tácito*); por otra parte se vió en este caso simplemente una *preclusión de la excepción de incompetencia*. Importantes consecuencias prácticas dedúcense de esta diferencia de construcciones puesto que si se trata de una *ficción de prórroga*, mientras no ocurra el hecho que la produce (esto es el impreso en la discusión del fondo), el juez es *incompetente*, y por lo tanto, en rebeldía del demandado deberá de oficio declararse tal, mientras que si se trata de una *preclusión de la excepción de incompetencia*, mientras no ocurra el hecho preclusivo, el juez será *incompetente*, si bien bajo condición resolutoria y, por tanto, en rebeldía del demandado deberá pronunciar en el fondo (1). Pero nuestra Ley dispone expresamente, no puede el juez pronunciar de oficio la incompetencia por territorio (art. 187), y aunque la norma sea censurable, cierto es que prueba que el legislador italiano sigue en esto el concepto de la preclusión, que produce el efecto de la prórroga, y abandona la idea de la prórroga *tácita o fingida* (2). Consiguientemente nuestro juez es siempre competente por territorio, pero bajo condición de que el demandado no excepcione fundadamente la incompetencia (§ 47): iniciado un litigio ante un juez distinto del que señala la ley, resulta un estado de pendencia que puede resolverse contra la competencia del juez o a su favor, según que el demandado haga o nó uso de su derecho de pedir que se observe el orden de las competencias establecido por la

(1) V. WACH, *Das Princip des gewillkürten Gerichtsstandes* (El principio del fuero voluntario) en el *Archivio per la pratica civile*, vol. 62, páginas 373 y sigs., y sobre él la recensión contraria de KOHLER en la *Rivista critica trim. di giur.*, nueva serie, vol. III, pág. 391; BÜLOW, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, cit.; v. también los citados por STRUCKMANN-KOCH, § 39. WACH, de la idea de la preclusión ha pasado después a la idea de la ficción jurídica, *Handbuch*, pág. 507. V. SCHMIDT, 2.^a ed., pág. 672.

(2) El proyecto de reformas procesales ya citado, extiende la norma a la competencia por valor ante los pretores y los tribunales (art. 1).

ley: ya hemos observado (§41 bis) que esta no es una excepción en sentido propio. Es claro, por lo tanto, que lo que precluye la excepción de incompetencia territorial es el acto positivo de la presentación de *otras* excepciones: la simple *inactividad* no puede tener el efecto preclusivo si no en el procedimiento en que se ha sido inactivo; por lo tanto debe estimarse que el *rebelde*, haciendo oposición a la sentencia en rebeldía o apelando puede excepcionar la incompetencia territorial. (1)

d) El valor del mueble objeto del pleito, a los efectos de la competencia, puede ser impugnado en la *primera* respuesta (artículo 80, 2.º párr.)

Estas excepciones son preclusas por cualquiera *otra* deducción sea procesal o de fondo. Pero puesto que tanto la excepción de nulidad como la de incompetencia tienen igual carácter preliminar de otra alguna queda por ver en que relación u orden se encuentran entre sí. Y, ya hemos visto antes que la excepción de nulidad de la citación es preliminar de otra cualquiera, porque la posibilidad de que el juez se declare competente supone un acto válido de demanda judicial del cual nazca su obligación de examinar la propia competencia para pronunciar sobre la demanda (§§ 3 y 41 bis). Propuestas al mismo tiempo las dos excepciones, el juez deberá examinar antes la excepción de nulidad (2). La cues-

(1) Según el proyecto cit. el rebelde perdería este derecho (art. 4).

(2) Lo mismo en la doctrina germánica, V. SCHMIDT, p. 795 (2.ª edición p. 644); WEISMANN, *Lehrbuch* I, p. 369 y nota. De acuerdo también la práctica del supremo tribunal germánico. La misma máxima fué seguida por la Casación de Roma en Sec. unidas, 30 Marzo 1898, en el *foro italiano*, 1898, p. 364; por la IV Sec. del Consejo de Estado 11 Oct. 1895, en la *Legge*. 1895, II p. 784, 24 marzo 1899, en la *Legge*, 1899, I, p. 600. Sin embargo también se ha sostenido el criterio contrario: RICCI, *Commento*, I, número 68; MORTARA, *Commentario*, II, p. 428. El art. 190 que dispone que el rebelde oponente o el apelante puede excepcionar la nulidad de la citación incluso después de la *declinatoria del fuero*, no puede ser aducido en favor de la opinión contraria porque *declinatoria del fuero* en el lenguaje de nuestra ley, no comprende la excepción de incompetencia por *territorio* sino por *conexión y litispendencia* (§ 32) esto resulta del texto del artículo 109 y de los arts. 187, 188. 189 y del título bajo el cual se comprenden estos últimos. Ahora bien, en caso de litispendencia sería ciertamente inútil que el segundo juez conociese de la validez de la demanda.

ción se presentó frecuentemente entre nosotros respecto a los jueces que faltaban o todavía faltan de la *competencia sobre la competencia* (§§ 17 y 26); elevada la excepción de incompetencia son competentes para conocer de las excepciones de nulidad o irrecepción de la demanda judicial (recurso a la Junta Provincial Administrativa, a la IV Sección y hoy también a la casación regional). En este caso podría parecer que, no siendo despojado el juez sino de la competencia para conocer de la competencia, sigue competente para conocer de las demás cuestiones procesales. Pero haciéndose cargo del principio antes referido (§ 26) de que el ser llamado a conocer de la cuestión de fondo lleva consigo la competencia para conocer de la constitución de la relación procesal, veremos que igual principio debe aplicarse en este caso puesto que también la obligación de pronunciar sobre la competencia supone una relación procesal que tiene sus presupuestos, entre los cuales está la demanda (§§ 3 y 41 bis); y el conocimiento sobre la validez de la demanda corresponde a quien tiene la obligación de pronunciar sobre la competencia (esto es, en estos casos, la Casación de Roma, Sec. un.) (1)

e) En cuanto a la excepción de incompetencia por lo que atañe a los extranjeros, puede referirse al juez adido respecto de los demás jueces del Estado, en cuyo caso es una deducción procesal, o al juez adido respecto de los tribunales extranjeros, y entonces es una *deducción de fondo* (§§ 3, 5, 13 y 30). De todo lo cual se deduce:

A) Que puede darse una convención por la cual el extranjero acepte ser demandado en el Estado, viniendo así a italianizar su ley; y que esta convención puede ser *expresa o tácita*; pero el *solo hecho* de que el extranjero demandado se defienda en el fondo no *precluye* la excepción llamada de incompetencia de los tribunales del Estado, porque el art. 187 no es aplicable, por no tratarse de incompetencia por territorio; y de otra parte ninguna norma aplica al extranjero una preclusión ni estima una ficción de prórroga en este caso. Y la defensa del fondo deberá tratarse y examinarse caso

propuesta ante él (§ 38); que la ley extiende el principio también al caso de conexión, se deduce de la complejidad del art. 104. De todas maneras el art. 190 contiene un caso, no una regla.

(1) Así la Cas. Roma Sec. Un. 14 Marzo 1906, en la *Giustizia amm.* 1906, III N. 47.

por caso como una *posible* declaración tácita de voluntad, no como una preclusión.

B) Que en rebeldía del demandado extranjero la llamada incompetencia de los tribunales nacionales, debe pronunciarse de oficio.

f) En cuanto a la llamada excepción de incompetencia de la autoridad judicial, respecto de la administrativa, ya se ha dicho muchas veces que es una excepción de fondo (§§ 3, 5, 13 y 16). No puede dudarse, por lo tanto, que si tal excepción se presenta con una excepción de incompetencia propiamente tal, ésta debe ser examinada antes (1).

g) La excepción de ilegitimidad de la representación de la administración de los ferrocarriles del Estado (asumida por el servicio legal de ésta, más bien que por la abogacía del Estado y viceversa), debe proponerse bajo pena de caducidad ante el *primer juez* y con preferencia a cualquiera deducción de fondo (artículo 79, Ley 7 Julio 1907, n. 429).

h) La excepción de *caducidad* debe proponerse antes de cualquiera otra defensa (art. 340).

III. *Orden de las deducciones relativas al fondo.*—Ya hemos visto (§ 3) que según el orden lógico, el conocimiento de las cuestiones de fondo sigue el de las cuestiones procesales, y que entre las cuestiones sobre el fondo se da una serie lógica: la misma disposición *lógica* debe regir las correspondientes deducciones (1). Un orden *procesal* entre las excepciones de fondo, en el sentido de que la proposición en proceso de una precluye la otra,

(1) En contra: Ap. de Nápoles 14 Junio 1911 que estimó la excepción de improponibilidad por incompetencia de la autoridad judicial *preliminar* a la de incompetencia por valor, y más aún, ¡estimó formada la sentencia sobre la proponibilidad, aunque el magistrado después de haberla afirmado fuese declarado incompetente por la cuantía! (*Rivista di diritto pubblico* 1912, II, p. 14, con nota contraria de DE PORCELLINIS).

(2) La excepción de la competencia de la autoridad judicial pertenece a la cuestión sobre la existencia del derecho y, por tanto, es *lógicamente* posterior a la cuestión sobre la *legitimatío ad causam* (§ 3). Pero este orden lógico no es obligatorio: V. Ap. Modena, 26 Diciembre 1908. (*Foro it.*, 1909, p. 261; admitida la inversión entre ambas excepciones, pero considerándola erróneamente como exigida por la lógica).

o que el juez debe examinar una antes que otra, no se halla, de ordinario, previsto por la ley. Así como sería imposible que el juez examinase el fondo antes de examinar, por ejemplo, la competencia, nada hay que impida en cada caso examinar la cuestión de la existencia del derecho antes de la cuestión de la *legitimitas ad causam* y aun a veces puede venir esto aconsejado por la mayor facilidad, sencillez y brevedad de una cuestión respecto de la otra. De todas maneras, debe observarse acerca de las cuestiones de fondo.

a) El desconocimiento de la escritura que se tiene por reconocida debe proponerse por el rebelde específicamente *en el primer escrito* (art. 386) (1).

b) El *beneficium excussionis* debe oponerse por el fideyusor *en los primeros escritos* del pleito (Cód. civ., art. 1908).

c) La proposición de una excepción de fondo puede ser preclusa por la proposición de otra excepción, cuando ésta implique renuncia de la primera (2). La excepción de prescripción puede proponerse también en apelación, si a ello no se ha renunciado expresa o tácitamente (Cód. civ. 2.110, 2.111).

d) En el mismo proceso no pueden proponerse demandas o excepciones fundadas en presupuestos de hecho *incompatibles entre sí*, cuando uno de los hechos es *personal* de la parte de tal manera, que ésta debe conocer necesariamente si es verdadero o falso, puesto que el juez, y mucho más el juez moderno, no puede soportar limitaciones por actividades determinadas por evidente mala fe (3).

(1) El desconocimiento de la escritura es evidentemente una deducción de fondo cuando la demanda de reconocimiento constituye el *objeto principal* del juicio (art. 282); pero en todo caso puede hacerse después de las deducciones concernientes a la relación procesal. La excepción de incompetencia no precluye el derecho de desconocer la escritura; en contra, Corte ap., Palermo 25 Mayo 1906, en la *Legge*, 1906, pág. 2.229. V. sobre este tema MORTARA, *Comment.*, III, núm. 589.

(2) La excepción sobre el fondo del crédito cedido no precluye el ejercicio del retracto litigioso: GIANTURCO, *Lezioni sui contratti speciali*, III, p. 68.

(3) En algún proceso intermedio las posiciones manifiestamente contrarias a las ya producidas dan lugar a penalidad. V. Pragmatica, 1.447, capítulo 13.

Por lo tanto, si las deducciones incompatibles son simultáneas, el juez no tendrá en cuenta ninguna, sino como contradicción genérica a las deducciones contrarias, y salvo siempre las reglas sobre la carga de la prueba en cuanto al adversario. Si son sucesivas, el juez no admitirá la prueba de la deducción sucesiva contradicha por una precedente. No obstante, este rigor no debe seguirse más que en los casos de incompatibilidad absoluta e inexplicable. Por ej.: no puede admitirse a aquél que ha excepcionado la promesa obtenida a excepcionar la prescripción; aquél que ha negado el hecho propio material de la convención a excepcionar un vicio del propio consentimiento (1). Pero puede excepcionarse el pago después de haber negado, por ej.: el contrato de mútuo, puesto que puede haber sido pagada una cosa no debida; puede excepcionarse el pago y después la remisión de la deuda, porque después del pago puede haberse obtenido una formal remisión de la deuda; se puede negar la existencia de una deuda del *propio autor*, y de todas maneras excepcionar sin pago; puede negarse la existencia de una deuda y excepcionar la prescripción (2); se puede, de frente a una *actio negatoria*, afirmar el propio derecho de paso sobre una finca como derivado de servidumbre y como derivado de condominio, etc. (3).

Ya hemos observado (§ 12) que esto nada tiene que ver con el concurso de las acciones.

Estas deducciones, y en general todas las deducciones procesales y substanciales, en nuestro sistema pueden acumularse en un solo escrito. En tal caso, se disponen según su orden lógico, las excepciones de fondo después de las de forma y unas y otras separadas en *principales y subordinadas*. V. el ejemplo antes puesto.

(1) WETZELL, *System*, p. 939; superficial CROME, *System*, I, p. 556.

(2) WETZELL, *l. cit.*; WEISMANN, *Lehrbuch*, I, p. 196. También la llamada prescripción presuntiva por eso; como hemos visto, la misma excepción de pago no es preclusa por la negación de la deuda. En contra: LESSONA, *Prove*, 2.^a, II, núm. 63 y sigs. Cas., Florencia 7 Diciembre 1908. (*Legge*, 1909, p. 339).

(3) En contra: Corte ap., Roma 16 Septiembre 1905, en el *Foro italiano*, 1905, p. 1.523, que encuentra, equivocadamente, una contradicción en las dos deducciones, pero descubre justamente demanda *nueva* en la segunda, y aplica el art. 490.

Pero no siempre la inversión de este orden lógico puede producir preclusión de una excepción, puesto que cuando varias excepciones están acumuladas en un acto, se presentan *simultáneamente* al magistrado, y el haberlas dispuesto en un orden distinto de su orden lógico y jurídico (no sólo en los motivos del escrito, sino en las mismas conclusiones), no impide el hecho de su simultaneidad; la inversión del orden puede ser, normalmente, corregida por el magistrado como cualquier simple error, lógico o jurídico (1). Las normas de nuestra ley sobre las preclusiones, están dictadas en vista de un proceso en que predominaba la escritura, como el formal, esto es, en el cual las deducciones suelen estar separadas: por lo tanto, no por la hipótesis de la *simultaneidad*.

(1) En contra, por varones de poca importancia, Cas. de Roma 23 Diciembre 1908 (*Legge*, 1909, p. 9; relación entre excepción de caducidad y de litispendencia). CUZZERI, *Sull'art. 187*, parece admitir la tesis expuesta en el texto sólo en el caso de que la inversión del orden lógico esté en los motivos del escrito.

LIBRO TERCERO

Sucesos posibles en la relación procesal.

§ 75

Transformaciones en la relación.

I. *Transformaciones objetivas.*—Tiene lugar una transformación objetiva en el proceso en caso de *cambio* de demanda. Ya hemos visto que esto no puede suceder en nuestro sistema si no por acuerdo de las partes (por consecuencia, no puede ocurrir en los juicios en rebeldía) y solo en primer grado (§ § 26 y 42). En el reglamento austriaco (§ 235) y después en la nuevaredacción del reglamento germanico de 1899-900, en cambio, admitiese que puede cambiarse la demanda cuando el magistrado juzgue que la defensa del demandado no es por ello *sustancialmente agravada*. No debe verse en esta reforma extranjera un motivo para combatir la importancia teórica y práctica de los principios antes expuestos sobre la identificación de las acciones (§ 12) y sobre los efectos de la constitución de la relación procesal (§ 42): resulta, en efecto, por ej.: de los trabajos parlamentarios germánicos, que aquella reforma no fué determinada por exigencias racionales sinó por razones de mera oportunidad local para dar al juez un medio de cohibir las cuestiones sofisticas (*chicane*) a que daba lugar la prohibición del cambio de la demanda, especialmente en daño de partes no representadas por abogados (1).

Consentido el cambio de demanda, debe entenderse salvo pac-

(1) V. los *Motivos* del proyecto (edición Heymann), p. 147; relación de la Comisión del Reichstag, p. 577.

to en contrario, que los efectos originarios de la constitución del proceso (*litispendencia, etc.*) se extienden a la nueva demanda, puesto que el principal interés del demandado para oponerse al cambio de la demanda habría consistido precisamente en remover aquellos efectos de la demanda nueva, consintiendo en el cambio, se sujeta a la extensión de aquellos efectos (1).

A veces el objeto del pleito solo se transforma en cuanto a la demanda originaria se sustituye el equivalente económico (*actio redhibitoria, actio quanti minoris*; pérdida de la cosa por el hecho propio durante el pleito, §§ 5 y 12

Otras veces, en fin, el objeto no se cambia sinó que desaparece reduciéndose el pleito y continuando, sin embargo, para la decisión de los accesorios (daños y costas) o para la responsabilidad relativa al pasado. Tal es el caso del pago durante el pleito, de la pérdida de la cosa debida, etc. (§ 5). Tal es también el caso del juicio de dispensa de la tutela cuando el menor llega a la mayoría de edad durante el juicio (Const. 15 Cód. de *escusat* 5, 62). Lo mismo ocurre en caso de caducidad (§ 74, III).

II. *Transformaciones subjetivas.*—Estas tienen lugar cuando se verifica el cambio en uno de los sujetos de la relación procesal. Puede haber cambiado en el juez y en las partes.

A) *Cambio en el juez.*—La relación procesal no se transforma por simple cambio de la persona física del juez (§ 20) sinó por cambio *tribunal*. Esto ocurre cuando, *después de constituida normalmente la relación procesal*, el juez debe remitir el pleito a otro magistrado, por motivos de conexión de pleitos (por ej.: reconvencción, compensación, art. 101, 102); o si más genéricamente *sobreviene* la incompetencia (art. 72, 614, 616, 647: v. §§ 26, 27, 31 y 41). En estos casos no tiene lugar la constitución de una *nueva* relación procesal, sinó la continuación de la misma relación: los efectos sustanciales y procesales de la demanda se remontan al día en que fué propuesta ante el primer juez (2). La resolución con que este *remite* el pleito no cierra la relación procesal, porque al mismo tiempo que exonera a un juez de la obligación de pronunciar crea a otro juez la obligación concreta de pronunciar sobre la *misma*

(1) V. KOHLER, *Civil prozessrecht*, cit., § 66.

(2) La distinción aparece claramente en el reglam. germ., § 506.

demanda. Antes al contrario, el procedimiento de remisión (*rinvio*) puede señalar ya la audiencia ante el nuevo magistrado (artículo 614 y 647). En cambio no hay lugar a la transformación de la relación por cambio de juez, cuando después de la declaración de incompetencia de un juez es propuesto el pleito ante otro juez: aquí se ven dos relaciones distintas. Todo esto, según los principios lógicos que vienen rigurosamente aplicados, cuando la ley no dispone nada en contrario. Pero precisamente la ley por razones de conveniencia práctica puede separarse de este principio, considerando también la declaración de incompetencia como un caso de transformación y llevando los efectos del proceso ante el juez competente a la demanda propuesta ante el juez incompetente. Pero nuestra ley no hace esta separación sinó en cuanto a la interrupción de la prescripción (§ 5) (1). Por el paso del proceso de una a otra *sección* no puede hablarse de transformación porque no hay cambio de *magistratura* (§ 3). En cambio lo hay en caso de apelación y juicio de remisión, pero con reglas especiales (§§ 84, 87.)

B). *Cambio en las partes* (2).—Como en cualquiera relación jurídica puede darse sucesión en la relación procesal. Pero así como en algunos casos la sucesión en la relación procesal no es sinó la consecuencia necesaria de la sucesión en el derecho sustancial que es objeto del pleito, en otros la relación procesal se mantiene indiferente respecto de la sucesión sustancial ocurrida; y finalmente, casos hay en los cuales a la sucesión en el proceso no corresponde ninguna sucesión en el derecho.

1.º *Sucesión a título universal*.—La desaparición de un sujeto jurídico lleva consigo la sucesión de los herederos en todas las relaciones que no se extinguen con su desaparición y por lo tanto,

(1) De modo distinto la ley germánica, en relación con el *Amstgericht*; el § 505 del texto antiguo disponía que el *Amstgericht* al declarar la propia incompetencia objetiva debe remitir el pleito al *Landgericht*. El nuevo texto 1 Junio 1909 extiende la norma a la competencia territorial, y se sostiene doctrinalmente que la relación procesal perdura. (ROEGER, en la *Riv. pel proc. ted.*, vol. 42, p. 322).

(2) V. KOHLER, *Succession in das Prozessverhasstniss* en los *Beitrage*, página 293 y sigs; HELLWIG, *Lehrbuch*, I, cit., p. 273 y sigs., 340 y siguientes; *System*, I, § 177 y sigs.; SCHMIDT, 2.ª ed., § 108; SKEDL, I, p. 128 y siguientes; POLLAK, § 31; SPERL, *Sukzession in den Prozess*, 1895.

también en las relaciones procesales en que se encontraba como sujeto. Pero en cuanto a las acciones que son *intransmisibles* aunque ejercitadas en juicio, así como no puede haber sucesión en la relación sustancial, si la hay en la relación procesal, que continúa al efecto de obtener la declaración de intransmisibilidad de la acción y de regular los gastos del pleito (1). La sucesión en el proceso tiene lugar según las normas comunes; son de aplicación, no obstante algunas normas especiales, a saber:

a) Puede tener lugar la *interrupción* de la relación procesal en los casos y según las normas de los arts. 332 y sgs. (§ 72). b) El término para impugnar las sentencias queda en suspenso por la muerte del vencido. Y no vuelve a correr hasta la notificación de la sentencia, verificada personalmente a los herederos. La notificación, dentro del año, a partir de la muerte de la parte, puede hacerse colectivamente a los herederos, sin designación de nombres y de cualidades, en el último domicilio o residencia del difunto.

Si el término que falta de transcurrir desde dicha notificación es menor de la mitad del término total, se prorroga hasta esta mitad (art. 468).

Al tratar de la relación de ejecución veremos otras particularidades (art. 165 y 169).

2.º *Sucesión a título particular*.—Cuando tiene lugar una sucesión en la relación sustancial sin que desaparezca el sujeto jurídico, como en el caso de venta de la casa sobre la que recae el derecho, cesión del crédito, etc., existe la posibilidad de que el proceso continúe entre los sujetos originarios, cuando éstos no son ya sujetos de la relación litigiosa. Entonces es necesario garantizar a la parte respecto de la cual no tiene lugar la sucesión, de tal manera que ésta no se resuelva en perjuicio suyo. Si, por ejemplo, el actor durante el pleito enajena la cosa reivindicada, es necesario que el demandado venga garantizado de manera que continuando él el proceso con el enajenante, el resultado del proceso, en caso de victoria, no sea perdido para él, en el sentido de que el tercero adquirente no pueda después molestarlo aduciendo ser extraño al pleito; lo mismo debe decirse del actor en el caso

(1) Ej.: en caso de acción popular; Consejo de Estado, IV Sección, 9 Noviembre 1906 (*Foro italiano*, 1907, III, p. 111).

que el demandado enajene la cosa litigiosa. Hay dos procedimientos para conseguir este objeto:

a) Prohibir las enajenaciones, durante el pleito, de cosas litigiosas. De este modo, la parte viene protegida pudiendo exceptuar de nulidad la enajenación. Este remedio radical que vemos adoptado por el derecho romano (1) y por el derecho común (2), tiene muchos inconvenientes, y sobre todo es contrario a la necesaria libertad del comercio jurídico.

b) Admitir la sucesión en la relación litigiosa, pero disponiendo que el proceso siga entre las partes originarias con efecto *también para el tercero*. Este es el sistema seguido en el derecho moderno, a medida que se excluye la prohibición de enajenar las cosas litigiosas. Por ej.: la ley germánica dispone expresamente en este sentido (Reg. proc. §§ 265, 325). Nuestra ley no tiene normas expresas, pero está reconocido por la doctrina que la enajenación, durante el pleito, de la cosa que es objeto de él, ocupa propiedad es presupuesto del derecho litigioso, no tiene influencia en el proceso, y que éste continúa produciendo sus efectos también respecto de tercero (3) y lo mismo ocurrirá si la sucesión es anterior al pleito pero aun no eficaz en cuanto a terceros (cesión no notificada, art. 1540; venta no inscrita, art. 1932 y siguientes). La condena será pronunciada contra o en favor del enajenante parte en el pleito (4).

(1) V. WETZEL, *System*, p. 46 y sigs.; BRINKMANN, *Darstellung der rechtlichen Grundsätze über die Litigiosität* (Exposición de los principios jurídicos de la litigiosidad), 1849; SCHUMANN, *Streitbefangenheit und Rechtsnachfolge*, Estrasburgo, 1910; MEISTER, *Die Verausserung im Streit befangener Sachen und Abtretung rechtshängiger Ansprüche*, Würzburg, 1910; BÜRNER, en la *Riv. pel proc. civ. ted.*, vol. 42 (1911), p. 95 y sigs.

(2) V. también nuestros estatutos citados en KOHLER, loc. cit.

(3) La cuestión se encuentra mencionada, ya a propósito de la interrupción del procedimiento, ya a propósito de la cosa juzgada, ya a propósito de la inscripción, etc. V. BORSARI, en el *Comm.* de PISANELLI, MANCINI y SCIALOJA, III, núm. 474; GARGIULO, art. 332, núm. VI; CUZZERI, artículo 332, núm. 2; RICCI, *Commento*, I, núm. 522; MATTIROLO, *Trattato*, III, núm. 896; *Istituzioni*, núm. 446; SIMONCELLI, *Lezioni di diritto gindiziano*, 1903-1904, p. 770; LUZZATI, *Della trascrizione*, II, § 434; GABBA, *Giurisp. it.*, vol. 22, p. 339; GATTI, *Cosa giud.*, 2.^a ed., núm. 215 y sigs.

(4) Sobre esta cuestión en particular el escrito de BÜRNER, antes cit.

En otros términos, tenemos aquí un caso de «sustitución procesal» porque la parte que enajenó continúa en el pleito *en nombre propio*, pero por un derecho ajeno (v. § 36). Con el consentimiento de las partes puede en estos casos intervenir el tercero en juicio y asumir el pleito; entonces, a la sucesión de la relación sustancial, acompaña una sucesión en la relación procesal; en cambio, la relación procesal, no varía, lo cual confirma la independencia de la relación procesal respecto de la sustancial (§ 34). Y esta aplicación de la sustitución procesal explícate con el principio general de que la actuación de la ley debe considerarse verificada en el momento de la demanda y que ésta contiene en germen la relación procesal; los hechos posteriores, normalmente, no pueden modificarla (§§ 3, 5, 36 y 42). Sobre las relaciones entre la sucesión en la relación sustancial y la *ficta possessio* (v. § 5).

Si la enajenación tiene lugar en casos que el adquirente adquiere el derecho *independientemente* del derecho del enajenante (adquisición con buena fe de muebles por el poseedor, art. 707, Código civil), el proceso que siga entre las partes originarias no puede perjudicar al adquirente, porque éste tiene derecho *propio*.

3.º *Sucesiones particulares en el proceso.*—Tienen lugar sucesiones en la cualidad de parte:

a) Cuando el poseedor inmediato demandado en juicio, denuncia el litigio al poseedor mediano y se pone *fuera de pleito* (artículo 1582 Cód. civ., § 37).

b) Cuando en las acciones reales es llamado a pleito el garante, y el garantizado está *fuera de pleito* (art. 198 Cód. proc. civ., § 37). Aunque esté fuera de pleito el garantizado tiene derecho de asistir a la prosecución del mismo (*causæ adesse*) para la *conservación* de sus derechos; por lo tanto, no necesariamente como parte.

c) Cuando un nuevo actor popular reemplaza al precedente (Reglamento 5 febrero 1891 para la ley sobre O. P. art. 121).

En todos estos casos, la relación procesal continúa la misma, aunque cambiada subjetivamente: *todos los efectos sustanciales y procesales de la demanda, todas las situaciones jurídicas procesales verificadas y la preclusiones habidas, alcanzan también al sujeto sucedido en el pleito.*

Cuando tratemos de la relación de ejecución, veremos una particular sucesión procesal: la *subrogación* del acreedor instante (artículo 575).

En otros términos, tenemos aquí un caso de «sustitución procesal» porque la parte que enajenó continúa en el pleito *en nombre propio*, pero por un derecho ajeno (v. § 36). Con el consentimiento de las partes puede en estos casos intervenir el tercero en juicio y asumir el pleito; entonces, a la sucesión de la relación sustancial, acompaña una sucesión en la relación procesal; en cambio, la relación procesal, no varía, lo cual confirma la independencia de la relación procesal respecto de la sustancial (§ 34). Y esta aplicación de la sustitución procesal explícate con el principio general de que la actuación de la ley debe considerarse verificada en el momento de la demanda y que ésta contiene en germen la relación procesal; los hechos posteriores, normalmente, no pueden modificarla (§§ 3, 5, 36 y 42). Sobre las relaciones entre la sucesión en la relación sustancial y la *ficta possessio* (v. § 5).

Si la enajenación tiene lugar en casos que el adquirente adquiere el derecho *independientemente* del derecho del enajenante (adquisición con buena fe de muebles por el poseedor, art. 707, Código civil), el proceso que siga entre las partes originarias no puede perjudicar al adquirente, porque éste tiene derecho *propio*.

3.º *Sucesiones particulares en el proceso.*—Tienen lugar sucesiones en la cualidad de parte:

a) Cuando el poseedor inmediato demandado en juicio, denuncia el litigio al poseedor mediano y se pone *fuera de pleito* (artículo 1582 Cód. civ., § 37).

b) Cuando en las acciones reales es llamado a pleito el garante, y el garantizado está *fuera de pleito* (art. 198 Cód. proc. civ., § 37). Aunque esté fuera de pleito el garantizado tiene derecho de asistir a la prosecución del mismo (*causæ adesse*) para la *conservación* de sus derechos; por lo tanto, no necesariamente como parte.

c) Cuando un nuevo actor popular reemplaza al precedente (Reglamento 5 febrero 1891 para la ley sobre O. P. art. 121).

En todos estos casos, la relación procesal continúa la misma, aunque cambiada subjetivamente: *todos los efectos sustanciales y procesales de la demanda, todas las situaciones jurídicas procesales verificadas y la preclusiones habidas, alcanzan también al sujeto sucedido en el pleito.*

Cuando tratemos de la relación de ejecución, veremos una particular sucesión procesal: la *subrogación* del acreedor instante (artículo 575).

APÉNDICE AL § 71

Referencias al Derecho español.

El art. 548 de la ley de Enjuiciamiento civil, que podemos citar por vía de ejemplo, refiriéndose a los escritos de réplica y dúplica permite al actor y al demandado que amplíen, adicionen o modifiquen las pretensiones y excepciones que hayan formulado en la demanda y contestación, *pero sin que puedan alterar las que sean objeto principal del pleito.*

*
* *

El art. 1.291 del Cód. civil declara rescindibles los contratos que se refieran a cosas litigiosas cuando hubieren sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la autoridad judicial competente.

§ 72

Interrupción y suspensión (1).

I. *Concepto y efectos.*—La vida de la relación procesal puede quedar *suspendida* por un período de tiempo más o menos largo. En este período la relación procesal debe considerarse como *no existente* aún conservando el acto constitutivo su efecto negativo, esto es, el de impedir la constitución de una nueva relación (*litispendencia*). Por consiguiente:

a) La *actividad* de las partes o de los órganos jurisdiccionales durante este período es nula, no pudiendo pertenecer a una relación que momentáneamente no existe (2).

b) La *inactividad* de las partes y de los órganos jurisdiccionales durante este período no puede tener consecuencias de ninguna clase. En particular no puede caducar un proceso interrumpido. El hecho de que a veces dependa de la voluntad de las partes hacer cesar el estado de interrupción no puede cambiar esta verdad, o sea que no puede dejar de existir por inactividad de las partes una relación en la cual toda actividad queda suspendida necesariamente hasta que cese la interrupción. Interrupción del proceso y caducidad son fenómenos autónomos e incompatibles. § 74.

II. *Interrupción de derecho.*—La relación procesal (no sólo el *procedimiento*, como expresa la letra de la ley) se interrumpe de derecho cuando tiene lugar la *muerte* o el *cambio de estado* de una de las partes, o la *cesación del oficio* por razón del cual debía comparecer en juicio, con tal que esto ocurra *antes de la audiencia fijada para comparecer* (art. 332 coordinado con la

(1) MATTIROLO, III, núm. 890 y sigs.; MORTARA, III, núm. 681 y sigs.; SCHMIDT, § 108.

(2) V. RICCI, *Commento*, I, núm. 523.

nueva ley 31 marzo 1901). Después de la audiencia ya no produce *ipso jure* la interrupción porque o la parte está constituida y en tal caso es aplicable el art. 333 o es rebelde y entonces el suceso referente a la parte *inactiva* no debe producir un efecto mayor que el que produciría en caso de constitución.

En cuanto a la cesación del *oficio* es preciso observar que no siempre produce interrupción; de otro modo deberían interrumpirse todos los procesos en que estuviesen interesados el Estado, un Ayuntamiento, etc., a todo cambio de ministro, de alcalde, etcétera, etc. Es preciso, por lo tanto, distinguir a los incapaces y las personas jurídicas, y referir la norma solamente a los representantes de aquéllos, no a los órganos de éstas, esto depende de la distinta naturaleza de la representación en los dos casos.

Si el juez conoce el hecho interruptivo, debe de oficio ordenar la exclusión del pleito del registro (R. D. 31 Agosto, art. 28).

La relación se interrumpe también de derecho si ocurre la muerte, la cesación del ejercicio, la suspensión o interdicción de uno de los procuradores personados (art. 334), antes de que el pleito *se encuentre en estado de ser juzgado* (cuando lo está, v. en los §§ 44 bis).

III. *Interrupción en virtud de notificación.*—La interrupción tiene lugar también cuando *después del apersonamiento de los procuradores* ocurre uno de los hechos referidos en el art. 332, con tal que el hecho *sea notificado* a la otra parte incluso con simple escrito comunicado en la audiencia, pero antes de que el pleito *se encuentre en estado de ser juzgado* (art. 333, art. 28 R. D. 31 de Agosto). Puesto que, como sabemos, el procurador apersonado en juicio tiene en este caso algo del antiguo *procurator (dominus litis)* en cuanto es considerado para los efectos meramente procesales, como sujeto provisional de la relación procesal (§ 37). Sobre esto debe observarse:

a) Que la notificación tiene lugar también en este caso a petición *de parte* (§ 68); esto es del procurador de los sucesores.

b) Que el nombre de *parte* usado en el art. 333, comprende también a aquellos que asisten al proceso sin ser partes verdaderas y propias (interviniente adhesivo, obligado, § 36).

c) Que si la parte en la cual tiene lugar el cambio no estaba

apersonada, la notificación del cambio producirá interrupción de la relación.

d) Que si la parte estaba constituida personalmente (pleitos mercantiles), el cambio ocurrido debe producir interrupción *ipso jure* y no *ope notificationis*, porque en este caso falta el representante procesal que pueda actuar como *dominus litis* (art. 334).

IV. *Interrupción o suspensión por resolución del Juez o por otras causas:* Sucede:

a) Cuando la autoridad investida de la petición de regulación de competencia ordene la suspensión de los pleitos (art. 111).

b) Cuando sea promovida la excepción de incompetencia de la autoridad judicial en vía extraordinaria (§ 16).

c) Con la comunicación del acto de recusación al juez recusado (art. 124).

d) En caso de suspensión de pleito ordenada por el juez, porque una sentencia producida en él haya sido impugnada con la demanda de revocación o con la oposición del tercero (artículos 504 y 515).

e) En caso de suspensión de pleito por la pendencia de un pleito prejudicial (artículos 308, 406 y 431; Cód. proc. pen., artículo 31; § 15).

f) Por cesación de la función jurisdiccional, en caso de guerra, calamidad pública, etc.

En estos casos, no obstante, la suspensión de la relación procesal no tiene siempre la misma importancia; en los casos de las letras *a, b, c*, más que de una suspensión del proceso, trátase de la apertura de un nuevo estadio en el mismo, que tiene un efecto suspensivo, solo en cuanto debe ser superado más allá. Esto tiene importancia en cuanto en dichos casos es posible que el proceso desaparezca por inactividad de las partes, incluso durante el estadio suspensivo, si este es dominado por el impulso de parte.

V. *Recomienzo de la relación procesal.*—Tiene lugar:

a) En los casos examinados en los números II y III, apenas sea citada la parte para la *reasunción de instancia* (*reassumptio litis*), o por el apersonamiento de un nuevo procurador (1). La ci-

(1) WETZELL, *System*, p. 41.

tación se hace en los términos previstos para la citación introductiva, indicando los nombres de los procuradores ya apersonados en en el pleito (art. 336): pero la parte contra la cual debería reasumirse la instancia, puede renunciar al acto formal de reasunción, presentándose espontáneamente en juicio (art. 28, R. D. 31 Marzo 1901).

Pero debe observarse: que también en el caso más importante de reasunción, esto es, por muerte de una parte, esta citación de reasunción no constituye *una nueva relación procesal*, sino que vuelve a poner en movimiento la relación interrumpida; los herederos no están pues, incluidos en la relación procesal en virtud *de la nueva citación*, sino por el hecho de la *sucesión*. La reasunción no tiene, pues, sino una importancia meramente formal.

Por consiguiente, si la parte estaba apersonada, sus herederos no pueden ser *rebeldes* en el sentido propio de la palabra, sino solo en el sentido de que pueden permanecer *inactivos*; y solo este sentido impropio dice el art. 337 que el pleito prosigue en su *rebeldía*, como impropriamente el art. 28, R. O. 31 Agosto dice que aquellos pueden *intervenir* en el pleito. Puesto que la relación procesal es única y la comparecencia en el sistema italiano, excluye la posibilidad de una rebeldía posterior (§ 50) (1). Quien es *parte* en el pleito, después no puede *intervenir* en él.

b) En los casos estudiados en el núm. IV, apenas haya cesado el hecho suspensivo.

(1) Doctrina justamente dominante. V. CUZZERI, sobre el art. 337; LESSONA, *Manuale*, 3.^a ed., p. 258. Que el art. 337 habla de rebeldía en sentido impropio resulta del hecho de que comprende también el caso de muerte del procurador personado, hecho que no puede hacer rebelde al cliente.