

CUARTA PARTE

La relación procesal de conocimiento

LIBRO PRIMERO

Constitución de la relación (1)

§ 41.

Momento constitutivo. La demanda judicial

I. *Momento constitutivo. Principio del contradictorio.*—Como hemos dicho (§ 3), el acto constitutivo de la relación procesal es la *demanda judicial*; el momento en que existe una demanda judicial es también el momento en el cual aquella relación tiene vida.

Normalmente no se puede estatuir sobre una demanda si no fué oída y debidamente citada la parte contra la cual va propuesta

(1) PISANELLI, MANCINI y SCIALOJA, I, núm. 806 y sigs.; I, parte 2.^a, número 15 y sigs.; II, núm. 28 y sigs.; PESCATORE, *Sposizione*, I, pág. 23 y siguientes; PUCA, *La citazione nei giudizi civili*, 1884; MATTIROLO, II, número 86 y sigs.; MORTARA, *Comm.*, III, núm. 211 y sigs.; SIMONCELLI, *Lezioni*, § 48 y sigs.; SCHMIDT, 2.^a ed., pág. 381 y sigs.; WEISMANN, I, § 88; HELLWIG, II, § 64 y sigs.; III, § 164 y sigs.; *System*, I, § 111 y sigs.; KOHLER, *Prozess als Rechtsverhältniss*, § 6; *Civilprozessrecht*, § 48 y sigs. Para la historia, GARRONE, *Contributo alla teoria della domanda giudiziale*, Casale, 1910; OPET, *Geschichte der Prozesseinleitungsformen*, 1911.

(principio del contradictorio; *audiatur et altera pars*: Cód. procesal civ., art. 38) (1). Por esto la demanda judicial *existe en el momento en el cual es comunicada regularmente a la otra parte, y en aquel momento existe la relación procesal*.

No debe creerse que la relación procesal se constituye o se completa en el momento en que tiene lugar la *comparecencia* de las partes o de una de ellas ante el juez (2). Esta opinión enlázase de un lado con el recuerdo de los sistemas históricos, según los cuales en la constitución del pleito se reputaba necesaria la voluntad del demandado; mientras que en los sistemas modernos, como el italiano, las partes se encuentran envueltas en la relación procesal por el solo hecho de la demanda, quiera o no el demandado. Por otro lado, si bien es cierto que la relación procesal envuelve también al órgano del Estado, no es únicamente la persona física del juez que se asienta en el tribunal el día de la comparecencia, sino la magistratura genéricamente invocada en la demanda (§ 20) la que deviene sujeto potencial de la relación; este sujeto se personificará cada vez en las personas físicas—mudables en cada audiencia—llamadas a resolver, pero la obligación de resolver en el momento oportuno en el caso concreto nace, para las personas destinadas a personificar una magistratura determinada, ya en el momento en que ésta es invocada frente al adversario. Sin decir que en la misma comunicación de la demanda al adversario interviene ya un órgano del tribunal, el oficial judicial (3). La comparecencia (por lo menos de una parte) es, pues, una condición para el *desarrollo* de la relación procesal, no para la *constitución*.

Por consecuencia: *los efectos de la existencia de la relación*

(1) Ya hemos observado (§ 5), que esta norma no contiene más que el principio del contradictorio, y nada que se refiera a la *legitimatío ad causam*. Al concepto de *legitimatío ad causam*, combatido allí (§ 5), adhiérese VALERI, *Riv. di dir. comm.*, 1912, I, pág. 157, que se excede al considerar aquel concepto como *el predominante*.

(2) Esta opinión está sostenida por MORTARA, loc. cit., siguiendo a PESCATORE, *Sposizione*, I, pág. 200. Pero es extraño que este último, al mismo tiempo que atribuía a la *revocación* ocurrida antes de la comparecencia del demandado efecto extintivo del juicio, consentía al exdemandado promover un *nuevo juicio* para la declaración negativa de la pretensión del autor.

(3) HELLWIG, *Klagerecht und Klagmöglichkeit*, cit., pág. 45 y sigs.

procesal (litispendencia) se remontan al momento de la demanda judicial, cuando la ley no dispone lo contrario (del mismo modo que hemos visto retrotraerse a la demanda judicial los llamados efectos sustanciales del proceso, § 5). Por ej., el derecho del demandado de pedir la declaración negativa del derecho pretendido por el autor nace al mismo tiempo que la demanda judicial; la renuncia del actor a los actos del juicio, incluso en el intervalo entre la demanda y la comparecencia, no extingue la relación procesal si no es aceptada por el demandado (Cód. proc. civ., art. 345; § 1). Puede concebirse una solución diferente, pero sólo en virtud de una norma *expresa* (1).

Si por excepción es llamado el juez a proveer sobre la demanda *inoída parte*, la relación procesal nace con la presentación de la demanda (procedimiento monitorio, Cód. proc. civ., art. 379); pero el adversario no es parte en esta relación, en tanto no le sea notificada la demanda o la resolución. Por consecuencia sólo desde este momento puede nacer un derecho procesal respecto del adversario. Por ej., la excepción de litispendencia nacerá sólo con la notificación de la orden de pago a que se refiere el art. 379 (2).

Cuanto hemos dicho hasta aquí se refiere a la relación procesal en su integridad. Los particulares estadios de la relación procesal (§§ 3, 71, II, 82, V) pueden estar constituidos por un acto diferente de la demanda judicial, esto es, por resolución del juez. Cuando la ley establece que un magistrado debe remitir el pleito a otro magistrado, tiene lugar el paso de la litispendencia

(1) No hay en efecto, nada de contradictorio entre el hecho de que la relación procesal exista con la demanda y el hecho de que por un cierto tiempo se encuentre en un estado de pendencia; el derecho positivo puede admitir sin inconveniente estos dos hechos. Así, según el reglamento germ. § 271, se puede renunciar a la demanda sin consentimiento del demandado, hasta que comience a tratarse el fondo por parte del mismo demandado, por lo tanto, aún después de la comparecencia. Así también según el reglamento austriaco, § 237; hasta el principio de la audiencia preliminar, y si el demandado no se presenta en ésta, incluso durante la audiencia. Pero esto no priva que también según el reglamento germ., la existencia de la relación procesal o litispendencia se remonte a la notificación de la demanda v. WEISMANN, *Lehrbuch*, I, pág. 354; HELLWIG, II, pág. 8, (Motivos pág. 192; HAHN, II, 263).

(2) Así expresamente el regl. germ., § 693.

del primero al segundo, aun sin acto alguno de parte. Tal es el caso de la incompetencia sobrevenida (§ 26, IV) que da lugar a la remisión al juez superior; en este caso el pleito pende ante el juez superior, háyase o no fijado la audiencia. Tal es también el caso de la casación con reenvío (§§ 20 y 87); el juicio se encuentra pendiente ante el juez de reenvío en virtud de la publicación de la sentencia de casación (1).

II. *La demanda judicial* (2).—Es el acto con el cual afirmando existente una voluntad concreta de ley, positiva o negativa, favorable al que insta, invoca éste el órgano del Estado para que actúe tal voluntad. A su tiempo hemos estudiado tal demanda judicial como demanda *fundada* (§ 5). Aquí nos ocupamos de la importancia que tiene la demanda *en sí misma*, independientemente de ser o no fundada, o sea, simplemente como acto constitutivo de la relación procesal.

De la demanda judicial, aun siendo infundada, nace la obligación del juez de pronunciar; por lo tanto, la demanda judicial es ciertamente en todo caso un *acto jurídico*. Es cuestión, más que nada terminológica, la de si la demanda judicial puede llamarse un *negocio jurídico*; lo que importa es entender bien la importancia de la declaración de voluntad que ella contiene. Toda demanda contiene: *a)* una declaración de voluntad, la voluntad de que sea actuada la ley; *b)* y a tal fin la invocación de un juez. Ahora bien; si la demanda está fundada, aquella declaración de voluntad se nos presenta como *el ejercicio* de un poder jurídico (acción) efectivamente existente (§ 5). Pero si la demanda es infundada, aquella declaración de voluntad cae en el vacío y no produce el efecto jurídico a que tiende. El efecto, pues, que puede producir la deman-

(1) V. CHIOVENDA, en el *Foro ital.*, 1912, pág. 239. Aplicación: la caducidad del juicio de remisión (reenvío), transcurre desde la publicación de la sentencia de casación, § 87.

(2) Suele referirse el término *demanda* al fondo; y el término *instancia* a la instrucción; pero la terminología no tiene un sólido fundamento en la ley; ésta habla, por ej., de *caducidad de instancia*, (art. 338 y sigs.); de *reasunción de instancia*, (art. 332 y sigs.), refiriéndose a la demanda contenida en la citación. Es que la misma *demanda* judicial es sobre todo una *instancia* al juez.

da en sí misma (esto es, aun siendo infundada), no se deriva inmediatamente de la declaración de voluntad que contiene, sino de la ley: interín pende la litis no puede conocerse si existe la acción y si, por consiguiente, puede ser ejercitada; pero por el hecho de que el actor pretende que exista, el juez tiene la obligación de investigar si existe. La demanda judicial, por tanto, tiene una importancia distinta si se estudia en su relación con un pleito que se estima pronto para decisión, o si se estudia durante el pleito; considerada en el primer aspecto, predomina en ella la importancia de la declaración de voluntad; en el segundo aspecto, la importancia de la invocación del juez. Como invocación del juez la demanda judicial no es un negocio jurídico, en el sentido que ordinariamente se da a esta palabra; de todas maneras tiene sus normas propias y no puede considerarse, sin más, sujeta a las reglas comunes a otros negocios jurídicos (1). Ciertamente la demanda judicial supone en el actor la *voluntad de invocar al juez*; faltando esta voluntad no puede considerarse constituida la relación procesal. Pero no es cuestión que pueda resolverse *a priori* la de si esta voluntad puede o no ser sometida a condición.

III. *Contenido de la demanda judicial.*—Es esencial a la demanda tanto la *declaración* de querer actuada una voluntad concreta de determinada ley, como la *invocación* del órgano del Esta-

(1) V. nuestra *Azione nel sistema dei diritti*, pág. 104. A las objeciones que nos pone KOHLER, (*Riv. pel proc. civ. ted.*, vol. 33, pág. 232), de que el ejercicio de un poder jurídico bien puede ser un negocio jurídico, como sucede en las impugnaciones, respondemos que, aun queriendo conceder esto, la demanda judicial *durante el pleito* no puede aún considerarse como ejercicio de un poder jurídico efectivamente existente, conforme a la distinción que hacemos en el texto. KOHLER, hace esta aplicación del concepto de que la demanda es un negocio jurídico: una demanda inmoral (condena a una prestación inmoral), debe sin más ser rechazada, (*Civilprozessrecht*, pág. 105, y en *Ueber die Grundlagen des Civilprozesses*, en el Archivo para la práct. civ., 1905). Ahora bien; esto ocurrirá no porque la invocación del juez en sí misma sea inmoral, sino porque la voluntad de ley cuya actuación se pide, no existe. Y si el presidente llamado (según el sistema germánico), a fijar la audiencia, rehusa hacerlo, esto ocurrirá, no porque se le pida un acto inmoral, sino porque la inutilidad de la fijación de la audiencia es tan patente que el magistrado no puede prestarse a ella.

do que debe actuarla. Y cuando la demanda no se propone directamente en presencia del juez, precísase determinar qué juez se invoca y el tiempo en el cual se comparecerá ante él para exponer la demanda (*vocatio in jus*). Sin esto no hay demanda judicial, y no existe constitución de un proceso.

La declaración de querer actuada una voluntad *concreta* de ley, comprende la designación del bien en que se funda y de las razones por las cuales se pretende garantizado por la ley (*petitum e causa petendi*, § 12). A esta exposición es únicamente esencial la indicación del *hecho* jurídico: la indicación de la norma abstracta que se afirma aplicable en el caso concreto suele estar implícita en la demanda, y no es *necesario* que sea *expresa*, porque el juez conoce el derecho (*jura novit curia; narra mihi factum, narro tibi jus*), § 12. Mucho menos es necesaria la indicación de un determinado nombre de acción (*editio actionis*) (Cód. proc. civ., artículo 134, núms. 2, 3).

La indicación del hecho puede limitarse a lo que es necesario para individualizar o identificar la acción que se propone, según las reglas expuestas en su lugar (§ 12), que sirven tanto para los límites de la cosa juzgada como para determinar el contenido necesario de la demanda, para señalar la prohibición de mudar la demanda. etc. (1) Así se atempera a los arts. 134, núm. 2 y 145, que exigen indicar en la demanda el «*motivo de la acción*», esto es, el «*fundamento*» de la acción de manera que no exista incertidumbre absoluta sobre el objeto de la demanda misma. A esta opinión (teoría de la *individualización*) se opone una opinión más rigurosa (teoría de la *sustanciación*), que exige indicar en la demanda, y entiende siempre por fundamento de la acción, el hecho jurídico que ha engendrado el derecho que se hace valer. En un gran número de casos las dos teorías coinciden, porque muchos derechos no pueden individualizarse sino mediante indicación precisa del hecho del que nacen. Así ordinariamente en los derechos de obligación, no basta por ej., pedir 100 *a título* de mutuo, porque una cantidad puede ser debida por diversos mutuos, la acción no está identificada sino cuando se indica por qué mutuo precisamente es debida la cantidad, y esto debe decirse en la deman-

(1) SCHMIDT, *Klagänderung* cit., pág. 147 y sigs.; WEISMANN, *Lehrbuch*, I, pág. 63 y sigs.

da (1). La diferencia, pónese de manifiesto en los casos en que el derecho puede ser identificado con la simple designación del *objeto*, sin aducir el hecho del cual nació el derecho, como ocurre ordinariamente en los derechos reales (§ 12). Como muchos entienden que la excepción de cosa juzgada en los derechos reales no desaparece sólo porque se haga valer un título de adquisición diferente, estiman también que la indicación del título de adquisición no es necesaria en la demanda. Por lo demás, la teoría de la sustanciación interpretase en sentido más o menos riguroso; algunos quieren que todo el material de hecho de que quiere servirse el actor en el pleito se indique en la demanda, de manera que la deducción posterior de un hecho no comprendido en la demanda, sería cambio de demanda y por lo mismo inadmisibile (2); pero esta opinión se enlaza con formas de procedimiento hoy en desuso y no tiene muchos adeptos. Verdaderamente tampoco los tiene en Italia la misma teoría de la sustanciación; antes bien, la teoría de la *individualización* entiéndese frecuentemente de modo tan amplio que constituye una teoría nueva; esto es, que basta para la validez de la citación la indicación del objeto de la demanda, sin especificar ninguna *causa petendi* (3). Ahora bien, una citación así entendida no puede constituir válidamente una relación procesal, la cual tiene por objeto una relación sustancial y esto no existe sin indicación de causa; es verdad que el art. 145 no conmina la nulidad de la citación sino por incertidumbre absoluta sobre el *objeto* de la demanda; pero claro está que la ley entiende aquí por objeto de la demanda los dos elementos objetivos de la demanda (*petitum* y *causa petendi*), que contrapone al tercer elemento (las *personas*). Así en los arts. 494, núm. 5, y 517, núm. 8, vemos indicado entre los elementos de la sentencia al lado de las personas el solo

(1) WEISMANN, loc. cit.; CROME, (trad. ASCOLI y CAMMEO), pág. 388 y siguientes.

(2) Por ej., en una acción de daños *ex delicto*, deberían exponerse las circunstancias precisas en que ocurrió el hecho dañoso; si se pretende probar realizada la condición *si Titius in Italiam non venerit*, probando el hecho de que estuvo en el interín en Grecia, deberáse indicar este hecho etcétera.

(3) V. por último, ASCOLI y CAMMEO en la traducción de CROME, página 392, nota a; pág. 445, nota a.

objeto, que también aquí comprende sin duda la *causa petendi*. Si yo pido en juicio 100 sin decir por qué, existe incertidumbre absoluta sobre el objeto de la demanda. En todo caso es anejo a la exactitud procesal que la demanda sea precisa y determinada aún más allá de lo estrictamente necesario, tanto más en nuestro sistema que no conoce el cambio de otros escritos antes de la audiencia.

La designación del hecho no dice relación solamente a la existencia del derecho, sino a las demás condiciones de la acción: la *legitimitatio ad causam* y el *interés*. Particularmente cuando la acción no nace sino a base de un acto positivo de lesión del derecho, éste debe ser indicado; así en la acción de reivindicación debe afirmarse el hecho de la posesión del demandado; en las acciones derivadas de una obligación de no hacer, el hecho realizado en contravención de ella. En cambio en las acciones que nacen de una obligación de hacer o dar, basta la designación del derecho, ya que en ella está implícita la afirmación del incumplimiento (§§ 1 y 6). En las acciones de declaración debe indicarse el hecho que da lugar al interés de la declaración (afirmación de la pretensión ajena, de la contestación, etc.; § 7).

Finalmente la demanda judicial indica el objeto *inmediato* de la acción (condena, declaración, rescisión de venta, etc.), y el objeto *mediato* (fundo corneliano, caballo, precio, etc.).

IV.—*Diversas formas de demanda judicial*.—Toda demanda propónese con acto de citación, a no ser que la ley establezca otra forma o las partes comparezcan voluntariamente, observando además las formas propias de cada procedimiento. (Cód. procesal civil, art. 37).

La demanda ante todo puede tener un doble aspecto: de acto *introdutivo* de un pleito autónomo (ordinariamente citación) y de acto realizado en un juicio ya pendiente (por lo tanto sin citación), que da lugar a un pleito nuevo, como sucede en caso de reconvencción, de demanda de declaración incidental (§ 31), de impugnación de falsedad (Cód. proc. civ., art. 406). Pero en algunos casos la demanda se propone mediante *recurso* o petición, como puede suceder en caso de denuncia de obra nueva en el proceso monitorio, en el procedimiento de estimación, en las expropiaciones por utilidad pública, el juez puede proveer *inoida la parte*, o enviando a las partes después a una audiencia determina-

da ante sí o ante el juez competente, o dejando al interesado hacer oposición (§ 34).

La demanda puede ser *escrita u oral*. Ordinariamente es escrita y tiene lugar con acto de estación. Excepcionalmente es oral, cuando las partes comparecen espontáneamente (art. 37); esto era frecuente en los procesos antiguos, porque cualquiera podía exponer oralmente sus demandas contra quien se encontraba presente en la Asamblea judicial; hoy la comparecencia espontánea supone un acuerdo entre las partes (§ 4). En Italia este acuerdo no puede tener lugar sino ante los jueces inferiores, puesto que en los juicios ante los Colegios es necesaria la inscripción en el *ruolo*, y ésta supone la citación. Una demanda oral puede tener lugar también como reconvencción o demanda de declaración incidental en los juicios de procedimiento oral (pretores, conciliadores, *proviviri*).

V.—*La citación como acto escrito (libelo introductivo)*.—El acto de citación es el acto escrito que ha de notificarse al demandado, en el cual se contiene la demanda judicial que inicia un procedimiento determinando el juez, ante quien se propone la demanda y la fecha en que será discutida (1). La forma escrita es esencial a la citación; si también se hubiesen realizado regularmente todas las otras actividades que la ley prescribe para la validez de la citación, pero no se redactase el acto escrito, tales actividades no podrían tener efecto jurídico. Por cuanto hemos dicho atrás, comprenderemos que la citación debe contener tanto la designación de la voluntad de ley que el actor quiere actuada (la que vulgarmente suele llamarse *editio actionis*), como la invocación de un juez y el llamamiento del demandado ante él (*vocatio in jus*); y esto supone que la citación (como su mismo nombre significa), debe ser *comunicada* al demandado. Ahora bien; el acto de citación no es solamente la *relación escrita* de una demanda, sino que comprende también la *documentación escrita* de la actividad material realizada para comunicarla al de-

(1) Del mismo modo que se puede tener proposición de demanda sin citación, puede haber también siempre *citación* sin proposición de demanda, y esto *durante un pleito*, cuando se trate solamente de llevar a audiencia un pleito que no se encuentra inscrito *a ruolo*.

mandado y que también se llama citación. La citación, aunque es acto único en nuestro sistema (§ 21), supone siempre dos actividades distintas: la *solicitud* de la citación y la *ejecución* de la misma.

La ley conoce dos formas de citación (art. 132): por billete en papel simple y por acto formal (1). Tiene lugar la primera únicamente en los pleitos promovidos ante los conciliadores, y en los promovidos ante los pretores, cuyo valor no exceda de 100 liras (§ 20), ambas son actos escritos; aunque el primero (antes en todos los juicios, hoy después de la ley 13 Julio 1911, art. 19, solamente en los juicios ante los conciliadores), esté exento del timbre y por consiguiente de las condiciones que regulan los escritos en papel sellado (páf. 44). Pero la diferencia fundamental consiste en esto:

a) Que la citación por billete es la derivación histórica de la citación *verbal* empleada para los pleitos inferiores en muchos sistemas anteriores al nuestro (2), mientras que el acto formal reproduce el libelo escrito del derecho común.

b) Que, de acuerdo con este origen, la citación por billete no debe contener necesariamente la precisa designación de la *causa petendi*, que sería incompatible con un llamamiento oral a juicio, sino que basta que indique el *objeto* de la demanda (art. 133, número 4).

En cuanto a la citación por acto formal, su contenido, conforme a cuanto hemos observado antes comprende:

A) *La designación de la voluntad concreta de ley a actuar* (sujetos, *petitum*, *causa petendi*), o sea:

1.º En cuanto a los *sujetos*: el nombre, apellido, residencia, domicilio o habitación del demandado (art. 134, núm. 1); el nombre y apellido del actor, la declaración de su residencia o domicilio, el nombre y apellido del procurador del actor, si su intervención es necesaria (§ 37). En el acto de citación *se puede ele-*

(1) La designación de *acto formal* de citación no se halla en ninguna relación con la designación de procedimiento *formal*, de que hablaremos más adelante.

(2) Aún hoy tenemos casos en los cuales la citación por billete se hace en lugar de la verbal; citación de los testigos en el juicio pretorial (artículo 427).

gir domicilio en el Municipio donde tiene residencia la autoridad judicial, ante la cual se debe comparecer, con indicación de la persona o del Oficio, en el cual se hace la elección. Esta elección de domicilio es obligatoria: *a*) cuando el actor no tiene residencia o domicilio en el Estado. *b*), en los juicios mercantiles (art. 134, número 1 y 5, art. 393).

No obstante, la inobservancia de estas normas relativas a la designación de los sujetos procesales no produce nulidad de la citación si no es causa de *incertidumbre absoluta* de las personas (art. 145, núm. 2). Es, pues, una *quaestio facti* que en cada caso resolverá el juez, la del *minimum* de indicaciones, necesarias en el caso concreto. Si es parte un incapaz absoluta o relativamente, deberá indicarse la persona que lo representa o lo asiste. La ley se cuida únicamente de decir quiénes son las personas que deben *citarse* por los incapaces, o con los incapaces, y quiénes son las personas físicas que se deben *citar* por las personas jurídicas (artículos 136, 137, 138), porque siendo la citación una actividad material que se desarrolla necesariamente entre dos personas físicas, esto es, entre el oficial judicial y una persona que la recibe, la ley ha querido designar expresamente la persona física capaz a quien dirigir aquella actividad en interés del incapaz; pero se comprende que también la petición de citación debe partir de persona capaz, por sí o por otras, según la norma general del artículo 36 (§ 35), y que esta persona debe ser indicada en la citación.

Pero en cuanto a la indicación de la persona del representante en el acto de citación, conviene distinguir entre los representantes de los incapaces y los representantes (u órganos) de las personas jurídicas. Si éstos son *demandados*, en todo caso la citación debe indicar la persona física de quien obra por el demandado, puesto que el acto de citación como documentación de la actividad *material* realizada con la comunicación de la citación, debe expresar a quien fué dirigida esta actividad; indíquese el nombre del representante en el cuerpo de la citación o solo en la documentación de la entrega, es indiferente. Pero si el incapaz o la persona jurídica son actores, la indicación del nombre del representante es necesaria para los actores *incapaces*, no para las personas jurídicas. En efecto, el acto jurídico que interesa al incapaz (en este caso, la petición de citación) puede ser materialmente cumplido

por el incapaz o por el representante; en el segundo caso es válido, en el primero, no; por eso una citación que se afirmase pedida por ejemplo por un interdicto, y no por su representante, llevaría en sí misma la afirmación de la propia nulidad. Por el contrario, los actos que interesan a las personas jurídicas no pueden concebirse realizados sino por sus órganos; y, no obstante, una citación que se afirme pedida por ejemplo por la *Sociedad Anglo-romana para el alumbrado de Roma*, etc., contiene en sí misma la afirmación de que la petición fué hecha por los órganos de la Sociedad y es plenamente válida. La indicación de la persona física del solicitante sería necesaria, si la citación contuviese un acta de la *petición* de la citación; pero ésta contiene solamente el acta de la *entrega* (art. 139); la petición es una actividad anterior a la citación, no está consignada (*verbalizzata*) en la citación, sino solo *mencionada* como un presupuesto jurídico de la citación. A los que dicen que el demandado tiene derecho de conocer por la citación la persona *física* que interviene con él en la relación procesal, puede responderseles que el art. 145 núm. 2 habla del *actor*, y que actor es la persona jurídica, indicada con el nombre, bajo el cual es conocida como persona, mientras que la persona del representante se manifestará al realizarse las actividades procesales; de todas maneras esta sería una cuestión enteramente distinta de la primera, y debiendo resolverse a base del artículo 145, núm. 2 (si existe o no incertidumbre *absoluta*) es una mera *questio facti* (1).

2.º En cuanto al *petitum* (objeto inmediato y mediato): las *conclusiones de la demanda* (art. 134, núm. 2) y la indicación de la cosa que constituye el objeto de la demanda con las referencias que sirvan para determinarla (art. 134, núm. 3), siempre de manera que no haya en ella incertidumbre *absoluta* sobre el objeto de la demanda (art. 145, núm. 2). Cuando exista acumulación de demandas, objetiva o subjetiva, el acto de citación es exteriormen-

(1) En este sentido la jurisprudencia constante. V. Cas. Roma, 10 Enero 1903, en el *Foro italiano*, 1903, pág. 260, Cas. Turín, 15 Abril 1903, en el *Foro italiano*, 1904, pág. 161. En cambio, en la doctrina la cuestión es debatidísima. V. en diversos sentidos: CASTELLARI, en el *Archivio giuridico*, 1898, página 148 y sigs.; NAVARRINI, en la *Riv. di dir. comm.*, 1904, II, página 112 y sigs.; ROCCO, en el *Foro it.*, 1904, pág. 161 y sigs.

te *único*. Si la acumulación no estaba permitida, los pleitos se mantendrán separados; pero solo por esto la citación no será nula (1).

3.º Con referencia a la *causa petendi*: los hechos compendia- dos y los elementos de derecho constitutivos del fundamento de la acción (art. 134, núm. 2). Sirvan también sobre este particular las observaciones antes hechas.

4.º En cuanto a las *pruebas*: el ofrecimiento de comunicar, por original o por copia, los *documentos* en que se fundan las conclusiones (art. 134, núm. 2). Este ofrecimiento no es necesario, pero si la citación contiene la participación del depósito de los documentos en Cancillería (o si esto, aun no siendo simultáneo a la citación misma tiene lugar dentro del quinto día anterior a la audiencia) (2), el actor podrá oponerse a que en la audiencia se- ñalada para la comparecencia el pleito sea, sin *graves motivos*, de- vuelto (ley 31 Marzo 1921, art. 5; R. D. 31 Agosto 1901, art. 13 y siguientes).

B) *La invocación de un juez y el llamamiento del demandado ante él*.—Es esencial la *invocación* del juez con lo que ella com- prende, pero el *llamamiento* del demandado ante él (*vocatio in juez*) no es un acto de poder del juez, ni del ujier, ni mucho menos de la parte; hoy no es más, bajo la vestimenta antigua, que la ne- cesaria comunicación al demandado de la invocación del juez. Ahora bien, la invocación del juez comprende:

1.º La indicación de la autoridad judicial, ante la cual el ac- tor ha de comparecer (art. 134, núm. 4); declarando al efecto, cuando sea preciso, el valor del pleito, para por él establecer la competencia del juez (art. 35, 78, 80). Si el tribunal está dividido en secciones, la citación no puede, naturalmente, determinar la sección (§ 20).

2.º La indicación del día de la audiencia en que el actor ha

(1) Y mucho menos será aplicable a este caso la sanción del art. 32, Ley 4 Julio 1897 sobre el impuesto del timbre, que prohíbe extender varios actos en un sólo pliego.

(2) Términos más breves en los pleitos mercantiles (Ley 31 Marzo 1901, art. 5) y en los pleitos de términos reducidos (R. D. 31 Agosto 1901, artículo 16).

de comparecer (art. 134, núm. 6). La hora no es necesario (1), puesto que la hora en que comienzan las audiencias públicas se hace saber con actos de carácter público (calendario judicial, cuadro fijado en la Sala de Audiencias). La audiencia es, pues, determinada libremente por el actor en la citación. El sistema francés es distinto: en él la citación no contiene fijación de audiencia, sino de un término *dentro del cual* ha de constituirse en juicio; luego el pleito inscribese en la *matricula* (*ruolo*) *de expedición*; la audiencia para tratar el pleito se establece por el presidente del Colegio, saliendo los pleitos de la matrícula a medida que ésta.

Esta era también la regla, entre nosotros, antes de la ley de 31 de Marzo de 1901, a no estar autorizada por la ley, o en cada caso por el presidente de los Colegios, la citación para audiencia fija. Según la nueva ley (art. 1), todas las citaciones se hacen para audiencia fija. En el sistema germánico, además, la citación contiene también el señalamiento de la audiencia; pero ésta se hace por el presidente antes de la notificación (2).

Si en el día fijado para la comparecencia no hay audiencia, se deberá comparecer en la audiencia inmediatamente posterior (artículo 44).

Término para comparecer. Contra-citación. Entre la notificación de la citación y la audiencia para la comparecencia, debe mediar un tiempo mínimo (*término para comparecer*) que ha de respetarse por el actor so pena de nulidad (art. 153). Se permite el señalamiento de un término mayor del ordinario, pero da derecho al demandado a *contracitar* con simple billete al actor para una audiencia más próxima, respetando el término mínimo establecido para el demandado por la ley (Ley de 31 de Marzo de 1901, artículo 1). Esta *contracitación* fué equiparada por el Real decreto

(1) La indicación de la hora será necesaria cuando se trate de una audiencia extraordinaria (regl. gen. jud., art. 108); o de comparecer ante Notario (por ej., regl. 31 Marzo 1864 de la Ley 24 Enero 1864, art. 5).

(2) El sistema de la matrícula o lista (*ruolo*), tiene la ventaja de regular mejor el trabajo de las audiencias. Pero esto podría obtenerse también en nuestro sistema mediante la prudente regulación de los *reenvíos* por parte del presidente. Sobre el sistema del *ruolo*, v. HAHN, *Materiali*, 1, página 236.

de 31 de Agosto de 1901, art. 2, a la comparecencia en estos efectos:

- a) En impedir el derecho a la oposición en rebeldía.
- b) En subsanar las nulidades de la citación.

El término para comparecer es variable, según que:

a) El lugar donde se hace la citación y aquel en que se debe comparecer pertenezcan a una circunscripción territorial o a varias, y estas limítrofes o no limítrofes (si se hallan separadas por el mar se reputan no limítrofes).

b) Se deba comparecer ante jueces inferiores (pretores y conciliadores) o superiores (tribunales y Cortes de apelación), excepto para los términos mayores que son comunes; y en cuanto a los jueces superiores, según que el pleito sea civil o mercantil, puesto que en los mercantiles el término se regula siempre por las normas establecidas para los jueces inferiores (arts. 147 y 148, Código comercio, art. 876).

El menor de los términos mínimos en cuanto a los jueces inferiores es de *dos* días (si los *lugares* a que antes nos hemos referido están en el territorio del mismo Municipio, art. 148, núm. 1); en cuanto a los jueces superiores es de *diez* días (si los dos lugares están en el territorio del mismo Municipio o del mismo mandamiento, art. 148, núm. 1); aumentando hasta *veinticinco* días, si los dos lugares están en el reino, pero en jurisdicciones de Cortes de apelación no limítrofes; hasta *cuarenta* si el lugar está en otro Estado, pero limítrofe; hasta *noventa* si en un Estado no limítrofe, pero europeo; hasta *ciento ochenta* si en un Estado no europeo (art. 150) (1).

Estos términos pueden ser reducidos en los casos que exigen pronto despacho, a base de petición escrita al pie del acto original de citación, con decreto del conciliador, pretor, presidente del tribunal o de la Corte, en el original del acto mismo o del billete de citación (que ha de transcribirse en la copia); el término de dos días puede reducirse fijando una hora determinada del mismo día; el término de diez días para los tribunales, y las Cortes puede re-

(1) Hoy el término es de ciento ochenta días también para comparecer desde las colonias; Ap. Roma, 7 Sept. 1911 en la *Giurisprud. ital.*, 1911, II, pág. 839. En contra: PASCUCCI, en la *Legge*, 1912, pág. 144; ASI COLI, en la *Riv. di dir. civ.*, 1912, pág. 98 y sigs.

ducirse también a un día; todos los demás términos no pueden reducirse en más de la mitad (art. 154; Reglamento general judicial, art. 189).

Si son varios los demandados que hayan de citarse, debe concederse a cada uno el término que les corresponde (art. 151).

En todo caso, la indicación de la autoridad y del término para comparecer, debe hacerse de manera de no producir *incertidumbre absoluta*, bajo pena de nulidad (art. 145, núm. 2).

C) *La documentación de la actividad realizada para comunicar la citación al demandado.*—El oficial judicial, con cuya intervención debe normalmente realizarse la citación, debe en la citación misma testimoniar la actividad realizada al efecto; y por lo mismo debe indicar:

1.º El día, mes y año (fecha) en que la ha realizado, y la hora, en los casos en que la citación se haga para comparecer en el mismo día (art. 133, núm. 1; Real decreto de 6 de Diciembre de 1865).

2.º Su nombre y apellido.

3.º La persona a quien ha sido entregada y las demás actividades cumplidas con arreglo a la ley (arts. 135 y 139, último párrafo).

Como acto del oficial judicial, la citación debe estar suscripta por éste a veces, como más adelante notaremos: se exige la firma de la persona a quien se entrega la citación. Estas suscripciones son bajo pena de nulidad (art. 145, núm. 1).

VI. *La citación como actividad del órgano jurisdiccional* (1). Según hemos visto, la citación significa también la actividad material necesaria para la comunicación de la demanda y del llamamiento a juicio del demandado: esto se llama *notificación*. Y como la demanda no existe normalmente si no está comunicada al adversario, la notificación tiene la importancia de marcar el nacimiento de la relación procesal. En cierto sentido la citación y la notificación se confunden, y la ley a menudo emplea la palabra citación por notificación. En la notificación debemos distinguir y examinar:

(1) STICILIANI, *In tema di nullità di notificazione*, en la *Giur. italiana*, 1905.

a) el medio por el cual tiene lugar; b) la persona que la compete; c) la forma en que se realiza.

A) En nuestro sistema las citaciones se hacen *mediante el ujier* (art. 132). En otras leyes va extendiéndose el uso de la notificación por medio del correo (carta certificada): entre nosotros este sistema tiene escasas aplicaciones (§ 24) (1).

B) La notificación se *comisiona directamente por la parte al ujier* (art. 41, § 21). Por lo tanto, ya en el acto de citación la parte entra inmediatamente, por órgano del ujier, en relación con el adversario (principio de la *immediatezza* de los actos procesales; sistema francés, § 46) (2). Según otros sistemas la demanda se presenta al juez, quien ordena al ujier la citación del demandado (principio de la *mediatezza*: sistema del derecho común; sistema austriaco; sistema de los juicios ante el *Amtsgericht*, según el § 496 modificado por la disposición nueva del 1909). El contraste entre citación de parte (directamente o por medio de ujier) y de juez, encuéntrase en el derecho romano y en el derecho germánico (*mannitio, bannitio*). La citación inmediata tiene la ventaja de la simplificación, pero quedando a la diligencia del ujier realizarla más o menos pronto, la negligencia del ujier en cumplirla puede ser causa de daño irreparable a la parte especialmente en los juicios de impugnación, y en general, cuando está próximo al vencimiento un término perentorio (prescripción, términos de apelación) (3), mientras que en el sistema de la citación mediata aun llevando los otros efectos de la litis pendencia al momento de la

(1) El art. 54 del regl. de la L. sobre *probiviri* dispone: *En tanto no sea ordenada por la ley la notificación de los actos judiciales por medio del correo* las notificaciones se harán al ujier del colegio de los *probiviri*. En el proyecto de modificación del Cód. proc. civ., presentado por el Ministro Orlando al Congreso de los Diputados (núm. 968), se generalizaba la facultad de servirse del correo (art. 8). V. para las magistraturas especiales en los países castigados por el terremoto, R. D. 26 Marzo 1911, art. 10.

(2) Esta relación no es inmediata en sentido absoluto, precisamente porque en ella interviene el ujier, pero la contraposición refiérese a la intervención del juez y al hecho de que la citación por medio de ujier, mientras la notificación no tiene lugar, carece de efectos jurídicos; la citación entregada al tribunal puede tenerlos también antes.

(3) Para los simples defectos en su ejecución el art. 145 ofrece un remedio, v. más adelante.

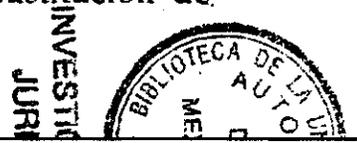
notificación, se establece que los efectos interruptivos se retrotraigan al momento de la presentación de la demanda al juez (1). Tenemos, también nosotros, aplicaciones aisladas de la citación mediata; la apelación de las sentencias de los conciliadores, de cuantía inferior a 50 liras, se propone mediante declaración al canciller, no obstante hay un término posterior dentro del cual ha de notificarla a la otra parte, bajo pena de nulidad (Código procesal civil, art. 450); y esto priva en gran parte de la ventaja de la *mediatezza*. Lo mismo debe decirse de la apelación de las sentencias de los *probiviri* (art. 61, reglamento para la ley de 15 de Junio de 1893); de las de los tribunales consulares (Ley consular, art. 106); de las autoridades judiciales de la Somalia italiana (Real decreto de 8 de Junio de 1911, art. 40); y de la apelación de la parte civil, en que se distingue la *interposición* de la apelación (mediata) y la *notificación* del acto de apelación (inmediata): Código procesal penal, artículo 370 y 412. Aplicación más completa tenemos en el art. 215, Código comercio; y en el juicio de recusación (Código procesal civil, art. 129, § 4).

C) La forma en que tiene lugar la notificación es la entrega de una copia de la citación suscrita por el ujier (art. 135). En la entrega se manifiesta el poder del oficial judicial, puesto que la persona a quien se presenta la copia, si está obligada a recibirla, no puede impedir, rehusándola, que la notificación tenga lugar (§ 18). Y esta es también la forma general de notificación de todos los actos procesales (art. 39) (2). Si son varios los demandados o si se debe citar a una persona como parte y a otra como asistente, deberán entregarse tantas copias cuantos sean los notificandos. Tratándose de *iniciar* un pleito, es natural que la citación no pueda dirigirse más que a la *persona* del demandado (citación *personal*, en contraproposición de la citación del procurador, que es procedente para muchos actos durante el pleito) (3). Pero no

(1) KOWLER, *Civilprozessrecht*, cit. pág. 83.

(2) Sobre la aplicabilidad de esta forma, y de las normas correspondientes a los actos no procesales, V. BARASSI, *La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*, 1906, pág. 100 y sigs.

(3) Ej., art. 223, 290. No es misión del ujier certificar la identidad de las personas (§ 16). Por eso atesta solamente las declaraciones prestadas. Con este sistema es más temible el peligro de fraudes, sustitución de



siempre la citación *personal* puede notificarse en la persona misma del demandado. Tenemos, pues:

1.º Notificación en persona *propia* o *en propias manos*, cuando la copia se entrega en las mismas manos del demandado (1): la entrega puede tener lugar en cualquier lugar donde se halle el demandado.

2.º Notificación *en mano de terceros*. La relación procesal puede también constituirse válidamente si la citación no se entrega en manos del demandado, puesto *que debe poderse constituir de todas maneras*. Pero la ley determina rigurosamente (bajo pena de nulidad) cuales son los *equivalentes* de la citación en persona propia.

a) *Insinuatio ad domum* (2). Ante todo, si la citación no puede notificarse a la persona, debe notificarse en la *casa* en que tiene su residencia el demandado, o si la residencia no es conocida, el domicilio, y si éste es desconocido, la habitación. Las personas indicadas por la ley para recibir la copia deben ser capaces, por edad y condición mental, de testimoniar la entrega; de aquí que por lo regular se estime aplicable a este caso el límite de catorce años establecido por el art. 236. Pero quien afirma la incapacidad del consignatario debe probarla. Estas personas son ante todo las personas de la familia, o agregadas a la casa o al servicio del demandado: éstas se hallan obligadas a recibir el acto (§ 18). Faltando estas personas, el portero de la casa o un vecino de la vivienda; pero éstos deben suscribir el original, por lo tanto, si no pueden escribir, no son capaces para recibir la copia; además, aun sabiendo escribir, no están *obligados* a suscribir el original, ni a recibir la copia; faltando, pues, estas personas, o siendo incapaces o rehusando recibir el acto, el ujier deposita la copia en el Ayuntamiento o la entrega al Alcalde o a quien le sustituya, ha-

personas (por ej., el breve de Benedicto XIV, 21 Diciembre 1774, § 44), procesos ficticios (Humbert); pero domina la ventaja de la sencillez, prontitud y economía.

(1) Importancia práctica de esta notificación: exclusión de la oposición en rebeldía (art. 474): competencia del *forum contractus* (art. 91); competencia de los tribunales del Estado (art. 106, núm. 2).

(2) Romana y germánica. V. CHIOVENDA. *Saggi di diritto proc. civil*, citada, pág. 155.

ciendo suscribir el original al que la reciba (art. 139). En este caso el ujier debe dejar un aviso en papel común fijado en la puerta de la habitación del demandado.

b) *Notificaciones especiales o concurrentes.* Cuando se trate de Sociedades de comercio, entes morales, administraciones del Estado, lista civil, etc., la citación debe notificarse en la casa donde reside la administración, y en su defecto, en la casa donde el administrador o representante, como particular tiene su residencia, (art. 139, 1.º cap.). Para quien vive a bordo de buque mercante o pertenece a la tripulación, la notificación puede hacerse al capitán o a quien haga sus veces (art. 139, 7.º párr.). Los militares en activo servicio en el ejército de mar y tierra, y las personas a ellos asimiladas, deben ser citados, o en persona o en su residencia o domicilio; pero en este caso una copia de la citación se entrega al Ministerio público cerca del tribunal civil, en cuya jurisdicción radica la autoridad ante la cual se promovió el pleito, para ser transmitida al Comandante general del *circondario*, o al Comandante del departamento marítimo en que aquélla radica (art. 143). Por fin, cuando el demandado haya elegido domicilio, con indicación de la persona o de la oficina, la citación *puede* ser notificada a la persona o a la oficina, a menos que el domiciliario fuese el mismo tante, o hubiese fallecido o hubiera cesado la oficina (art. 140) (1).

3.º *Notificación por proclamas públicas (citatio edictalis).* La ley usa este nombre solo en el caso de que la citación en las formas ordinarias sea sumamente difícil por el número de las personas que deban citarse (*propter multitudinem citandorum* art. 146); pero esta forma de notificación tiene lugar en realidad siempre que la ley emplea la *publicidad* como equivalente de la notificación personal; esto es cuando ésta sea imposible, porque no puede encontrarse al demandado (domicilio, residencia, habitación desconocida), o sea difícil porque no tiene residencia, domicilio o habitación en el reino (arts. 141 y 142) (2). Una forma especial de *citatio edictalis* es la dirigida a personas desconocidas para invitarle a presentar dentro de un cierto término sus oposiciones a la

(1) La elección de domicilio conforme el art. 19, Cód. civ., sin indicación de persona o de oficina (o después de faltar una u otra), produce únicamente el efecto de determinar la competencia (arts. 40 y 95).

(2) Antes bien, son éstas las primeras aplicaciones de la *citatio edictalis*.

demanda de una parte (levantamiento de la fianza; ley notarial 25 Mayo 1879, art. 38; demanda de cambio de apellido, Real decreto sobre organización del estado civil 15 Noviembre 1865, art. 121, o a presentar un título perdido (y al mismo tiempo a hacer valer sus derechos sobre él; pérdida de libreta de ahorro, u otras análogas, pérdida de letras de cambio, Cód. com., art. 300); o a concurrir a una subasta u oponerse a ella (anuncios de venta, Código procesal civ., arts. 630 y 667, etc., párr. 95). Se estima también justamente que la *citatio edictalis* puede aplicarse, fuera de los casos expresamente previstos por la ley, incluso en el caso de personas indeterminadas o desconocidas, frente a las cuales deba proponerse una demanda (1).

Los *medios* de publicidad en estos casos están determinados unas veces por la ley, otras se dejan al criterio del magistrado. En el caso del art. 141 (que no puede hallarse al interesado), y 142 (demandado en el extranjero) se exige bajo pena de nulidad (artículo 145, núm. 4); *a*) fijación de una copia de la citación en la puerta exterior del domicilio del juez, a quien se ha acudido; *b*), inserción de un resumen de la citación en el diario de los anuncios judiciales (2); *c*), entrega de una copia al Ministerio público del tribunal civil, en cuya jurisdicción tiene asiento dicha autoridad. Si se trata de demandado en el extranjero, el Ministerio público transmite la copia al ministro de Estado, para el envío por medio de los agentes diplomáticos y consulares (3). Para otros casos se prescriben otras medidas (fijación en la sala de la bolsa

lis; la extensión *propter multitudinem citando rum*, ha venido después en la práctica, a base de una interpretación errónea de un pasaje de Bartolo: CHIOVENDA, *Saggi*, pág. 156.

(1) MATTIROLO, *Trattato*, II, núm. 128 nota.

(2) Antiguamente la citación por trompetas y tambores; Cost. piamentesa, l. III, tít. 3, art. 6 y sigs. Sobre el diario de anuncios judiciales v. la Ley 30 Junio 1876.

(3) Según la convención de la Haya, 14 Noviembre 1896, art. 1 a 4, la facultad de los particulares de pedir directamente la notificación a las autoridades del país de destino, se reconocía sólo en cuanto lo admitiesen las leyes de los Estados interesados. La nueva convención, antes recordada, 17 Julio 1905, la admite siempre que no se oponga el Estado *donde debe realizarse* la notificación (art. 6). V. la circular ministerial antes cit., § 13 nota 2.

o en el Ayuntamiento, art. 330 Cód. com., art. 630 y 668 Código procesal, o en la puerta de las casas que se hayan de vender o donde los bienes se encuentran, etc.).

La citatio edictalis propter multitudinem citandorum tiene de especial que debe estar *autorizada* por la Corte para los pleitos de su competencia; por el tribunal para los de la suya y del pretor; debe ser también insertada en el diario oficial del reino, y si es posible, notificada a algunos de los demandados designados por el juez; además en éste caso el término para comparecer se establece por el Tribunal o por la Corte según las circunstancias (arts. 146 y 152).

En estas formas de notificación se manifiesta particularmente la naturaleza *procesal* y autónoma del acto de citación. Es normal que la demanda deba conocerse por el demandado, y la ley tiende ante todo a llegar a este fin del modo más directo (entrega personal). Pero cuando esto no sea posible, atiende la ley de todas maneras a la constitución de la relación procesal. Ya en la *insinuatio ad domum* y en la del domicilio elegido, vemos que la relación se constituye aunque no conste si el demandado tuvo conocimiento de la citación. En la citación de los militares y en la *citatio edictalis*, es siempre más incierto si el demandado recibió el acto o noticia de él, pero el art. 144 dispone que en estos casos la citación *produce su efecto, cuando el acto haya cumplido las formalidades a él impuestas*. La relación procesal, pues, alcanza al demandado aún no sabiéndolo, siempre que sea *debidamente* citado (art. 38). Sólo en los juicios pretoriales la ley permite al juez preocuparse de la falta de noticia de la citación por parte del demandado (Código procesal civil, art. 442). Lo cual no priva que la ley en estos casos pueda conceder especiales medios de defensa al demandado; así el demandado no citado en persona propia puede hacer oposición en rebeldía (art. 474), y este derecho debe estimarse que corresponde al demandado en el Extranjero (1). La oposición no tiene lugar si la citación ha sido *renovada*, si bien aún en poder de terceros (art. 382 y 474).

VII. *Nulidad de la citación*.—El art. 145 dispone en qué casos la citación es nula, y de estos ya nos hemos ocupado. Algunas de

(1) V. MONTANI, en el *Foro italiano*, 1906, pág. 323.

estas nulidades se refieren a la forma y al contenido de la citación como acto escrito (art. 145, núm. 1 y 2); además de la actividad desarrollada por el juez y documentada en la citación (art. 145, número 3 y 4). La citación nula no puede producir sus efectos jurídicos, no puede constituir una relación procesal. El juez debe pronunciar de oficio la nulidad de la citación cuando la parte que tendría derecho de oponerla sea rebelde (art. 192). No existe allí, por lo tanto, una *excepción* de nulidad en sentido propio, *exceptio inepti libelli* (§ 11) porque si existiese, no podría nunca relevarse de oficio por el juez. Por otra parte, la nulidad es subsanable por voluntad del interesado, manifestada con la *comparecencia* o con la *contracitación*.

La comparecencia del citado (a la cual el art. 2 del Real decreto de 35 de Agosto de 1905, equipara, para este efecto, la *contracitación*, de que hemos hablado antes; subsana las nulidades de la citación, *sin perjuicio de los derechos con anterioridad a la comparecencia* (art. 190). Según la interpretación que ordinariamente se dá a este artículo, la comparecencia subsana *todas* las nulidades; por lo tanto, no se puede comparecer *para excepcionar la nulidad*: sólo cuando después de la citación se ha adquirido un *derecho* que no se habría adquirido si la citación fuese válida, en virtud de una caducidad por parte del actor (prescripción, cosa juzgada); el demandado podrá comparecer *para excepcionar* la nulidad y, por consecuencia, hacer valer la prescripción o la cosa juzgada.

Nos parece más lógico adoptar una distinción de nulidades que ya fué propuesta durante la redacción de la ley (1). El demandado no podrá comparecer para excepcionar que la citación era nula por incertidumbre absoluta *sobre la autoridad judicial*, o sobre el *término* para comparecer, o sobre su *persona* porque el mismo hecho de su comparecencia demuestra que esta incertidumbre no existía: en este sentido la comparecencia subsana (como hecho que excluye la incertidumbre *subjetiva* del demandado), las nulidades que la citación objetivamente considerada podía presentar. Pero en cuanto a las nulidades derivadas, por ejemplo, de incertidumbre absoluta acerca del objeto de la demanda o de la persona del actor, no se comprende porque no debe reconocerse

(1) V. en CUZZERI, art. 190, núm. 1.

en el demandado un *derecho* a hacerlas valer precisamente con la comparecencia (1): suele decirse que al demandado se consentiría con esto una excepción formalista, porque compareciendo en juicio, tiene manera de cerciorarse de lo que se le pide y por quién, pero el demandado tiene interés en excluir los efectos sustanciales y procesales del proceso, que se remontan al día de la citación (2). Siguiendo la opinión dominante sucederá:

a) Que el demandado esperará a excepcionar la nulidad de la citación mediante la apelación o la oposición a la sentencia (artículo 190); de tal manera queriendo huir del formalismo, se incurre en el peor.

b) Que a veces para saber si se puede excepcionar la nulidad, será preciso resolver antes una cuestión de fondo, la de si se ha verificado la prescripción.

El art. 145, últ. párr., dispone que cuando la nulidad atañe únicamente a la *notificación* del acto, la citación es, no obstante, eficaz para impedir cualquier caducidad de derecho o de términos, con tal que sea renovada en el nuevo término establecido en la sentencia que pronuncia su nulidad. En estos casos, pues, la citación es nula; por consecuencia, no produce la constitución de la relación procesal, ni los efectos sustanciales examinados ya en su lugar (§ 4) considerados. Pero la ley exceptúa aquí también el efecto que consiste en la interrupción de términos; del mismo modo que la citación ante juez incompetente interrumpe la prescripción, así también la citación nula *como notificación*, interrumpe los términos (3); la ley aquí concede predominio a la declaración de voluntad (manifestada con la petición de citación regularmente hecha

(1) V. el estado de la doctrina alemana (predominante en este sentido), en SCHMIDT, 2.^a ed., pág. 667, nota 2; WACH, *Vortrage*, pág. 29.

(2) Es cierto que algunos afirman que la subsanación no se retrotrae al día de la citación; pero esta opinión no tiene fundamento en la ley.

(3) Hemos visto (§ 5), que también el Cód. civ. alemán, deja a salvo este efecto interruptivo de los términos, marcando él mismo el término (seis meses), dentro del cual debe volver a proponerse la citación.

al ujier), de que sea actuada la ley. Esto suaviza los inconvenientes de la *immediatezza* de la citación.

Pero ¿cuáles son las nulidades referentes a la *notificación*? Verdaderamente la frase es impropia; porque notificación y citación son, en cierto sentido, la misma cosa. Aquí vuelve a surgir como hemos visto (§ 21), la distinción entre actividad de parte (petición de citación) y de ujier. Todas las nulidades dependientes de la *actividad exclusiva de la parte*, esto es, de aquellas indicaciones o instrucciones dadas por la parte que el ujier debe simplemente *comunicar* o *cumplir* (sobre la persona del actor, la demanda, la autoridad judicial, etc.); v. art. 87, regl. gen. jud.) no son nulidades de notificación (2). Las nulidades de *notificación* son nulidades dependientes de la actividad del ujier; pero aquí es preciso distinguir la citación como actividad material del ujier y la citación como *acto escrito* redactado por el ujier. Las nulidades cometidas por el ujier en la actividad material (entrega), son siempre nulidades de notificación cuando se refieren a la esfera autónoma de actividad del ujier (por ej., entrega a un incapaz), no cuando el ujier ha cumplido puramente las instrucciones que debía recibir de la parte; en cuanto a las nulidades concernientes a la citación como acto escrito, pueden derivarse tanto de la petición de la parte, como

(1) Esta distribución entre responsabilidad de parte y responsabilidad del oficial judicial, seguida comúnmente incluso a base de la relación de PISANELLI, hállase, en cambio, combatida por autores muy recientes; véase MORTARA, *Comment.*, III, núm. 304; SICILIANI, lugar cit., CASTELLARI, lugar cit.; particularmente sobre la influencia de que el Código italiano no ha reproducido la distinción entre el acto de citación y el acto de notificación contenida en los Códigos sardos y en el Proyecto Pisanelli, sino que ha hecho de la citación un acto único producido por el ujier. Esto está bien en cuanto a la citación considerada como *acto escrito*; pero en cuanto a las actividades que conducen a la citación, la ley no podía destruir las diferencias entre *petición* de parte y *actividad* de ujier (§ 21 y actual). Por esto el motivo de distinción entre responsabilidad de parte y de ujier ha permanecido; ni suprimida esta distinción, quedaría razón satisfactoria para explicar el art. 145, últ. párr., que para nosotros aparece como una dulcificación del principio de la *immediatezza*.

de la actividad del ujier (1). Las nulidades que se refieren a la existencia misma del acto escrito de citación (falta de firma del ujier), aun siendo imputables al ujier no son simples nulidades

(1) Citación por acto formal:

TRIBUNAL CIVIL DE ROMA

A instancia de la Sra. María Urgolini, autorizada y asistida por su marido Sr. Jacobo Fabí, ambos residentes y domiciliados en Roma, Corso Umberto I, número 60, y por elección en casa del Sr. Abogado Antonio Gennari, procurador con estudio en Roma, Corso V. E. número 200, que la representa en el actual negocio.

Sentado que el Sr. Francisco Urgolini, padre de la actora, mediante escritura de 19 Agosto 1896, ante el Notario Blasí de Roma, prestó al Sr. Juan Bellini la cantidad de 3.000 liras, con el interés anual del 5 por 100, pagaderas por semestres vencidos, que habrían de restituirse pasados tres años, a petición del acreedor con el preaviso de seis meses, eligiendo las partes en el mismo acto su domicilio en Roma;

Que el Sr. Urgolini fallecido en 10 Enero 1904, dejó por única heredera a la instante;

Que ésta en 1 Julio 1911, requirió al Sr. Bellini el pago de la cantidad prestada para el 31 Diciembre 1911, pero el deudor, alegando infundadas razones, rehusó cumplirlo;

Yo el infrascrito, oficial judicial del R. Tribunal de Nápoles, he citado al Sr. Juan Bellini, residente en Nápoles, calle Roma, núm. 300, para comparecer ante el Tribunal civil de Roma, en la sección que será destinada por el Ilmo. Sr. Presidente, en la audiencia del día 19 Junio 1912, para oír proveer sobre las peticiones de la actora, o sea:

Actor (§ 34 y actual) *Capacidad procesal* (§ 35).

Representación procesal (§ 37).

Fundamento de la acción (§§ 5, 12 y actual).

Legitimatío ad causam (§ 5).

Interés (§ 5 y actual).

Oficial judicial comp., (§ 29).

Demandado (§ 34 y actual).

Autoridad judicial competente (§ 26).

Llamamiento a juicio; audiencia, (§ actual).

de notificación, porque impiden la existencia misma de la citación. La parte soporta sus consecuencias, como soportaría las consecuencias de la falta de ejecución de la citación por parte del ujier.

Condena del Sr. Bellini al pago de 3.000 liras, debidas como antes se ha indicado, además de los intereses de dicha suma debidos hasta el 31 Diciembre 1911, equivalentes a 75 liras y los intereses posteriores a razón del 5 por 100, hasta el pago;

Conclusiones de la demanda (§ actual).

Que el mismo sea condenado en las costas.

Costas (§ 77).

Que la sentencia sea declarada provisionalmente ejecutiva, no obstante apelación u oposición.

Relación de los documentos que se depositan en cancillería:

Ejecución provisional (§ 8 bis).

1.º Escritura de 19 Agosto 1896, Notario Blasí;

2.º Requerimiento 1 Julio 1911, oficial judicial Ardenti;

3.º Certificación de defunción de Francisco Urgolini;

4.º Estado de familia del mismo;

5.º Certificado de notoriedad acerca de la calidad de heredero de la actora;

6.º Y el de haber sido denunciada la sucesión de Urgolini;

7.º Y el de inscripción del crédito en las matrículas de la contribución de la riqueza mobiliaria;

Documentos (§ actual).

Regularidad fiscal (§ 43).

Este acto fué notificado por mí, el infrascrito, al señor Juan Bellini en la casa de su residencia, entregando copia del acto mismo, suscrita por mí a su doméstica Elisa Bandomi, que así se ha dicho, estando el demandado ausente en aquel momento.

Relación de notificación (§ actual).

Nápoles, 26 Mayo 1912.

Fecha (§ actual).

El Oficial judicial,
CÉSAR GIUSTI.