

LIBRO QUINTO

Medios de impugnación de las sentencias.

§ 82.

De los medios de impugnación en general (1).

I. *Formación de la cosa juzgada.*—La cosa juzgada en sentido *formal* es el devenir definitivo a la sentencia (§ 78). Esto puede suceder de diferentes maneras.

A) Si la sentencia no está sujeta a gravámenes es por sí misma definitiva y produce sin más sus efectos; salvo si los efectos ejecutivos están sujetos a un término (*tempus judicati*), como sucede con las sentencias inapelables del conciliador (art. 462, § 10).

B). Si la sentencia está sujeta a cargas deviene definitiva al transcurrir el término fijado por la ley para la carga sin que ésta sea propuesta, salvo las diferencias entre unas y otras cargas de las cuales hablaremos. Los términos para las cargas transcurren ordinariamente desde la notificación de la sentencia (art. 467). Son términos *perentorios* en sentido estricto (§ 43). Falleciendo la parte vencida durante el transcurso del término, éste queda suspendido y no vuelve a correr hasta después de la notificación de la sentencia hecha a los herederos *personalmente*. La notificación dentro del año siguiente a la muerte de la parte, puede hacerse *colectivamente* a los herederos, sin designación de nombre ni de cualidad, en el último domicilio o residencia que tuviese el difun-

(1) MATTIROLO, *Trattato*, IV, tit. III, cap. VI; MORTARA, *Comm.* IV, número 140 y sigs.; los comentaristas de los arts. 465 y sigs.; SCHMIDT, 2.^a edición, p. 777 y sigs.; WEISMANN, I, § 97 y sigs.; KLEINFELLER, § 114; HELLWIG, *System*, I, § 237 y sigs.; POLLAK, § 105.

to. Si el término que queda para transcurrir desde dicha notificación es menor de la mitad del término entero, se prorroga hasta esta mitad (art. 468). Además, el término puede quedar suspendido por verificarse durante su transcurso otras causas de suspensión de la relación procesal. El transcurso del término, ocurrido por cualquier causa produce irreparablemente la caducidad del derecho de impugnación; ni aun el acuerdo de las partes puede impedir el transcurso del término, ni la caducidad que del mismo deriva, y que *debe pronunciarse también de oficio* (art. 466). El interesado no puede remover por sí este efecto sino puede excepcionar la *nulidad de la notificación* (1).

Según el sistema italiano (a diferencia del germánico y del austriaco) la impugnación puede proponerse contra la sentencia también antes de la notificación de ésta; lo mismo en el sistema del Código francés, excluida la apelación en los ocho primeros días siguientes a la fecha de la sentencia que no sea provisionalmente ejecutiva (art. 449).

C) Puede aceptarse *expresa y tácitamente* una sentencia, y esto lleva consigo la *renuncia al derecho de impugnarla* y por lo tanto la hace definitiva (*aquiescencia*). La aceptación expresa de la sentencia es un acto procesal y precisamente una declaración unilateral de renuncia al derecho de impugnación. No es válida si se refiere a sentencia aun no producida. La aceptación *tácita* de la sentencia está constituida por cualquier acto clara y necesariamente incompatible con la voluntad de impugnar la sentencia. La ejecución *espontánea* de la sentencia no ejecutiva es el tipo de estos actos de aceptación tácita. En cambio, la simple notificación de la sentencia como no tiene más efecto que el de hacer transcurrir los

(1) Si la misma sentencia se notifica posteriormente y de un modo regular varias veces, el término transcurre desde la *primera* notificación. Parecería inútil observarlo, si no fuese decidido lo contrario por la Cas. de Roma, 9 Marzo 1907 (en el *Foro italiano*, 1907, p. 560). V. CHIOVENDA, *Sul decorso del termine per impugnare la sentenza* (*Foro it.*, id.).

El error de la Cas. está, en primer lugar, en creer que quien por seguridad procede a una segunda notificación, manifiesta la voluntad de que el término transcurre desde ésta; y en segundo lugar, en atribuir a esta pretendida voluntad un valor cualquiera, mientras que el transcurso ocurre independientemente de la voluntad del notificante, por el hecho de haber tenido lugar la notificación.

términos, no implica renuncia al derecho de impugnación, tanto más cuanto que la ley expresamente prevé el caso de que la notificación sea pedida por la parte a la cual perjudica el transcurso de los términos (art. 45). Pueden surgir dificultades en caso de sentencia favorable en parte al actor y en parte al demandado; a veces puede dudarse si quien pretende la ejecución de la sentencia en la parte que le es favorable pierde el derecho de impugnarla en la parte que le es contraria. La solución depende de la relación en que se encuentren las diversas partes de la sentencia y puede decirse en general, que pedir la ejecución de la sentencia en la parte favorable debe estimarse incompatible con la intención de impugnarla en la parte contraria, cuando la reforma de la sentencia pudiese influir también en la parte favorable a quien la impugna. En la duda, debe siempre estimarse excluida la aquiescencia tácita (1).

D) Propuesto un medio de impugnación, la cosa juzgada puede formarse aun mediante *caducidad* del juicio de impugnación o renuncia a él según cuanto ya hemos visto (§§ 74 y 75). Prosiguiendo el juicio de impugnación, la cosa juzgada se formará con la nueva sentencia salvo que ésta todavía esté sujeta a gravámenes según más tarde veremos.

II. *Diversos medios de impugnación.—Sentencia pasada en calidad de cosa juzgada.*—Ya hemos visto a su tiempo cuales son los grados de jurisdicción admitidos por nuestra ley y cómo de

(1) PASCUCCI, *L'acettazione della sentenza e le prove di essa in Cassazione*, Macerata, 1886. V. CHIOVENDA, *Sulla accettazione tacita della sentenza*, en el *Foro it.*, 1909. La mención de la aceptación *tácita* contenida en el proyecto de reglamento germánico fué excluida del texto definitivo, en consideración a las cuestiones que pueden surgir acerca del significado de las actividades realizadas (*facta concludentia*). V. WEISMANN, I, p. 426; STRUCKMANN KOCH, sobre el § 514, observ. 2.

De los hechos *equivocos*, esto es, que pueden entenderse de diferentes maneras, no debe derivarse una renuncia. (V. PESCATORE, *Sposizione compendiosa*, I, p. 208 y sigs.), tanto más si van acompañados de protestas o reservas, las cuales tienen por objeto aclarar la voluntad, haciendo claro (unívoco) el acto equívoco. Sólo son ineficaces las protestas y reservas contrarias respecto de los actos que sólo admiten una interpretación: *protestatio facto contraria nihil operatur*. (V. WINSCHIED, § 72, nota 11).

ellos se deriva el más importante medio de impugnación, esto es la apelación: hemos visto que contra las sentencias de apelación se da el recurso de casación. También hemos observado la diferencia entre estos dos medios (§§ 3, 8 bis y 20). Vimos más tarde, cómo la ley admite un recurso especial a favor del demandado contra la sentencia de rebeldía (oposición en rebeldía) (§§ 3 y 8 bis, 48 y 50). Hemos visto también que la ley concede otro remedio especial contra la sentencia viciada por determinados errores y hechos (demanda de revocación (§§ 3, 8 bis y 76). Y finalmente, hemos estudiado cómo también el tercero está tutelado por la ley respecto de las sentencias *inter alios* que lo perjudican (oposición de tercero, § 80).

Todos estos remedios conócense en la ley con el nombre de *medios de impugnación*, lo cual no debe llevarnos a olvidar las fundamentales diferencias que median entre sí. Por otra parte, algunos de estos remedios, aun siendo muy diversos entre sí tienen cualidades comunes, de tal manera, que podemos agruparlos de diferentes maneras. La *apelación* es el medio de pasar del primero al segundo grado de jurisdicción. La *oposición en rebeldía* y la *demanda de revocación* tienen de común abrir un nuevo procedimiento en un grado (sea primero o segundo) *de jurisdicción* ya pasado. El recurso *de casación* tiene de común con la apelación llevar el pleito a un juez superior y puede dar lugar a un juicio de remisión (*rinvio*) que como el juicio de oposición y de revocación es un nuevo procedimiento en un grado (el segundo) ya pasado. La agrupación que hace nuestra ley es esta: Distingue los cinco medios en *ordinarios* (apelación y oposición en rebeldía) y *extraordinarios* (revocación, oposición de tercero y recurso en casación art. 465). Las características comunes que, *según nuestra ley* distinguen los medios ordinarios de los extraordinarios, son las siguientes:

a) Con los medios ordinarios se puede denunciar *cualquier vicio* de la sentencia impugnada *por el solo hecho de ser parte en el pleito*: mientras que con los medios extraordinarios, las partes solo pueden denunciar determinados vicios de las sentencias; y el tercero no puede impugnar la sentencia sino a base de determinadas condiciones.

b) Por consecuencia, el juez que pronuncia basándose en un medio ordinario, la impugnación tiene *el mismo conocimiento y*

los mismos poderes instructorios a base de los cuales fué pronunciada la primera sentencia, mientras que los poderes del juez en las impugnaciones extraordinarias están *limitados* por la naturaleza de las investigaciones que el juez puede hacer o por la necesidad de una investigación preliminar para la admisión del recurso.

c) Los medios ordinarios *suspenden la ejecución* de la sentencia sino ha sido ordenada la ejecución provisional; a diferencia del sistema francés, en el cual, transcurridos ocho días (arts. 155 y 450) la suspensión no tiene lugar sino en cuanto el gravamen *sea efectivamente propuesto*, en nuestro sistema, el efecto suspensivo *es propio del término mismo*, de tal manera, que la sentencia sujeta a oposición o a apelación no puede cumplirse durante el término señalado a estos gravámenes, aun cuando éstos no hayan sido propuestos. En cambio, los medios extraordinarios *no suspenden* la ejecución si no cuando se disponga expresamente por la ley o por el juez. A este respecto es necesario observar que en caso de demanda de revocación, la autoridad judicial puede, por motivos graves, declarar suspensa la ejecución (art. 503); en el caso de oposición de tercero la ejecución de la sentencia contra la parte condenada no se suspende sino cuando de ello pueda derivarse perjuicio a los derechos del tercero, salvo que la autoridad judicial ordene por motivos graves la ejecución, no obstante la oposición (art. 514); mientras que en caso de recurso en casación la ejecución de la sentencia no puede nunca suspenderse por disposición del juez (art. 520), sino por disposición de ley (arts. 309 y 750: esto es, en caso de ordenarse la destrucción de documentos falsos o de la ejecución de sentencia que ordena la detención personal).

d) Los medios extraordinarios se distinguen también por que

(1) Cód. civ., art. 1.874: «El depositario no puede ser librado antes de que esté *terminada la contienda*». El R. D. 23 Noviembre 1879 sobre el Notariado, habla de acto notarial declarado nulo por «*sentencia devenida irrevocable*» (art. 58). El texto ún. 21 Febrero 1895 sobre las pensiones, habla de viuda contra la cual no haya sido pronunciada «*sentencia definitiva*» (art. 104). La Cas. de Turín 9 Julio 1910 (*Foro ital.* 1910, p. 1.460), estima la frase «*terminada la contienda*» más comprensiva que la «*pasado en calidad de cosa juzgada*», pero sin razones convincentes.

su admisibilidad está *subordinada a un depósito a título de multa* que se pierde en el caso de desestimación de la impugnación (artículos 499, 506, 516, 521 y 541), acerca del art. 516 véase cap. 86.

Dada esta diversidad de medios de impugnación, ¿cuándo ha de entenderse que la sentencia *pasa en calidad de cosa juzgada*? Nuestra ley es muy incierta a este respecto: habla frecuentemente de sentencia *pasada en calidad de cosa juzgada* (Código civil, artículos 90, 403, 757, 812, 1945 y 2036; Código procesal civil, artículos 363, 494, núm. 5, 517 núm. 8, 987, etc.; ley de 11 de Agosto 1870, apéndice P sobre la conversión de los bienes inmuebles de las fábricas art. 7; ley electoral política de 28 Marzo 1895, artículo 8, nueva ley de 30 de Junio 1912, art. 10), sin dar la definición del «paso en calidad de cosa juzgada». A veces usa otras frases que deben estimarse equivalentes a las de «paso en calidad de cosa juzgada», pero que naturalmente aumentan la confusión y las dudas (1). Por otra parte, por la naturaleza en parte nueva de algunos medios de impugnación, especialmente del recurso de casación, no siempre es posible servirse de conceptos rutinarios derivados del derecho común. Sin duda cualidad del *medio extraordinario* parecería ser la de no impedir la cosa juzgada y esto se entiende ordinariamente por la doctrina; tanto que hay algunos medios extraordinarios en los cuales el transcurso de término de impugnación puede permanecer suspendido por un tiempo indeterminado (art. 497); y el hecho mismo de que los medios extraordinarios no suspenden la *ejecución* de la sentencia parece confirmar esta opinión. Pero ya hemos visto (§ 8 bis) que una cosa es la ejecutoriedad y otra la definitividad; la sentencia puede tener fin de *declaración* del derecho, y fin de declaración *con predominante función ejecutiva* en cuyo caso, concede la acción ejecutiva independientemente de la declaración del derecho. Declaración del derecho sólo puede tenerse mediante sentencia *definitiva*: porque la certeza no puede ser provisional. Ahora bien; de los medios que nuestra ley llama extraordinarios, el recurso de casación que puede proponerse, tanto la *nulidad* de la sentencia como la *revisión del juicio en derecho* (§ 20) está limitado a tan breves términos y está tan ampliamente admitido por la ley y aplicado, que la sentencia sometida a recurso no puede aparecer definitiva ni producir declaración. Análogamente la demanda de revocación a base de los números 4 y 5 del art. 494 (error de hecho y contradicción de

sentencia) por la brevedad del término y la certeza del momento, desde el cual transcurre, tiene suspendida la eficacia definitiva de la sentencia. Pero la demanda de revocación a base de los números 1.º, 2.º y 3.º del art. 494 y la oposición de tercero son de una aplicación tan rara y limitada, tan determinadas en el término y la segunda en los sujetos, que si bien la *posibilidad* de estos medios hace faltar la *coincidencia absoluta* entre la ejecutoriedad y la definitividad, cierto es que la sentencia sometida únicamente a estos dos remedios aparece *destinada* a servir definitivamente como afirmación de la voluntad de la ley, como declaración (§ 8 bis). Por lo tanto, *sentencia pasada en calidad de cosa juzgada* es propiamente solo la sentencia *no sujeta a oposición en rebeldía ni a revocación, según el art. 494, números 4 y 5, ni a apelación ni a recurso de casación.* (1)

Nótese que cuando ha transcurrido el término para el recurso de casación ha transcurrido también aquél (que tiene el mismo comienzo) para la demanda de revocación, según el art. 494, números 4 y 5. Pero los términos de la ley no son tan rigurosos, y a veces, sentencia pasada en calidad de cosa juzgada, significa sentencia que ha adquirido la *ejecutoriedad normal* (esto es, no sujeta a *oposición en rebeldía ni a apelación*), a veces significa sentencia que puede valer como *declaración* del derecho (esto es, no sujeta ni aun a *recurso* de casación o a revocación, por los dos motivos mencionados.)

Por esto es preciso en cada caso interpretar la norma de ley que subordina un efecto jurídico al paso en calidad de cosa juzgada de la sentencia, según las circunstancias del caso y según la naturaleza del efecto jurídico (puede tratarse de una *resolución* que la ley permite tomar como consecuencia y a título de *acción ejecutiva*, como en el caso del art. 363, núm. 1, Código procesal

(1) V. FADDA y BENZA, en WINDSCHEID, I, p. 1.190 y sigs.; MATTIROLLO, IV, n. 1.137 y sigs.; MORTARA, IV, n. 362 y sigs.; CAMMEO en CROME, p. 451. En contra: Tribunal de Cuentas 26 Diciembre 1909 (*Giust. amm.*, 1910, II, p. 4). En la ley alemana ejecutoriedad *normal* y paso en calidad de cosa juzgada coinciden; y sólo se tienen en la sentencia no sujeta ni siquiera a revisión (§§ 704, 705). En la ley austriaca lo mismo; pero si la sentencia de primer y segundo grado fueron conformes, la de segundo grado es ejecutiva (§ 505).

civil; puede tratarse en cambio de la *formación de un estado jurídico*, como en el caso del art. 90, Código civil, o de la *adquisición o pérdida de un derecho*, como en el caso del art. 757 y 812 del Código civil, en cuyos casos no bastará que la sentencia tenga la ejecutoriedad normal, sino que deberá valer como *declaración* (1). Aquí también es aplicable la distinción entre *ejecución y declaración* (§ 10).

Siendo necesario probar el paso en calidad de cosa juzgada de una sentencia por falta de impugnación, debe presentarse el original o la copia auténtica del acto de notificación y un certificado del Secretario (§ 21), art. 561, Código procesal civil. Pero esta prueba es muy incierta, por lo menos por los medios de impugnación que no recibe el Secretario del *iudex a quo* (§ 41) o cuya notificación no debe depositarse en un cierto término en la secretaría del juez competente para conocer de ella (lo cual, entre nosotros, sólo se exige para el recurso de casación), puesto que el secretario sólo puede redactar este certificado a base del Registro de los actos de los funcionarios judiciales correspondientes a la oficina; y puesto que el acto de impugnación puede ser notificado antes por oficiales correspondientes a tribunales diferentes del tribunal competente para conocer de la impugnación (§ 22); así frecuentemente resulta incierto el secretario, al cual debe pedirse el certificado.

III. *Condición de la sentencia sujeta a gravamen.*—(2). De cuanto hemos dicho antes (§ 8 bis), y ahora repetimos, sobre la relación entre ejecutoriedad y definitividad de la sentencia, resulta que al valorar la condición de la sentencia sujeta a gravamen, conviene distinguir claramente la sentencia como declaración del derecho, y como declaración con predominante función ejecutiva. La sentencia sujeta a oposición en rebeldía, apelación, recurso de

(1) La interpretación del art. 2.036 del Cód. civ. (sentencia de cancelación hipotecaria *pasada en cosa juzgada*), es objeto de acaloradas cuestiones frente al art. 561, Cód. proc. civ. V. VITALI, en el *Foro italiano*, 1899, p. 1.170 y los allí citados.

(2) En contra MORTARA, *Comm.*, IV, n. 115 y sigs. V. también CASATI, en la *Riv. di dir. civ.*, 1912, p. 866, con aplicaciones que más bien prueban el error del concepto.

casación, revocación, según el art. 494, números 4 y 5, no existe *como declaración del derecho*: no es más que un elemento. Ciertamente exacto de magistrado, de autoridad; pero como este magistrado no puede tener jurídicamente *una voluntad autónoma*, sino sólo la voluntad de formular lo que la ley quiere (§ 6), esta voluntad no puede tener ningún efecto mientras que es posible, *como cosa normal*, que el mismo juez u otro, mediante un acto posterior, formule nuevamente, y tal vez de un modo distinto, la voluntad de la ley. Sólo cuando con el transcurso de los términos o el consentimiento haya desaparecido la posibilidad de una nueva formulación, la sentencia de simple acto de un magistrado se convierte en el acto que el orden jurídico reconoce como formulación de la propia voluntad. No puede, pues, considerarse la sentencia sujeta a tales gravámenes como acto jurídico, bajo condición suspensiva y mucho menos bajo condición resolutoria (MORTARA KOHLER); es más bien un *elemento* que con el concurso de otro elemento (el término) llegará a ser *la declaración del derecho*; mediante la sentencia sujeta a tales gravámenes tenemos simplemente una *situación jurídica* (§ 68). No es consecuencia de este principio el hecho de que la cosa juzgada existe *sólo desde el momento en que la sentencia sujeta a gravámenes deviene definitiva y no se remonta al momento de su publicación*.

Pero ya hemos visto que cuando el camino para llegar a la declaración del derecho se ha recorrido hasta cierto punto, el orden jurídico puede admitir una fórmula enteramente especial de tutela jurídica, esto es, conceder una simple *acción ejecutiva*, que, prescindiendo de la *existencia efectiva* en derecho, permita obtener medidas análogas a las que podrían pedirse si el derecho existiese. Esta acción ejecutiva *provisional* puede concederse en cada caso por el juez (sentencia sujeta a oposición en rebeldía o apelación); o también ser dada en vía normal por la ley (sentencia sujeta tan sólo a recurso de casación o a revocación, según el artículo 494, números 4 y 5); en todo caso no es la consecuencia de la autoridad, que todavía no tiene la sentencia, como acto de declaración en derecho, sino una forma propia de acción, con condiciones propias.

De igual manera otros efectos pueden ligarse por la ley al hecho jurídico de la existencia de una sentencia no definitiva. Así la hipoteca judicial, que como vimos, es un efecto de la sentencia de

condena (§ 8), puede inscribirse, según la opinión dominante, también basándose en una sentencia de primer grado. Pero este es también un caso de tutela jurídica (aseguradora) *autónomo*. En sí y por sí la sentencia no definitiva, al no existir aun como declaración del derecho, no puede producir efectos si no están determinados taxativamente por la ley, y en particular no puede producir ninguna presunción jurídicamente valorable en favor del vencedor. La sentencia no definitiva no es, pues, aun «la sentencia» del pleito, sino un acto *que puede llegar a ser la sentencia* sino se interpone gravamen (§ 20). La ley llama a este acto «sentencia» y es natural, no siendo aconsejable introducir un término especial para indicar este momento particular de la sentencia (1).

En cuanto a la sentencia sujeta nada más que a la revocación del art. 494, números 1, 2 y 3, o también a oposición de tercero, ya hemos visto que tiene la plenitud de los efectos jurídicos, como declaración del derecho; tratándose de dos medios realmente extraordinarios o excepcionales, cuya remota posibilidad, incluso por el mismo hecho de que queda indefinidamente abierta al mayor número de las sentencias, no impide, por razones prácticas, el carácter de definitividad de las sentencias (2), (3) y (4).

(1) Así hemos visto (§ 68) que la ley llama «sentencia» también a la deliberación escrita, antes de la publicación, esto es, antes de que exista «como sentencia» del grado en que ha sido producida.

(2) Sólo, pues, respecto a los efectos que la ley reconoce *actualmente* a la sentencia no definitiva, puede hablarse de sentencia bajo condición *resolutoria*. V. también WACH, p. 322, nota 27.

(3) La ley germánica no conoce la oposición de tercero. Conoce la oposición del rebelde (actor o demandado), pero no la coloca entre los medios de impugnación (*Rechtsmittel*) §§ 338, 705: si bien la considera como una forma especial de defensa del rebelde, de donde se deduce que, en cuanto es posible la oposición, no está admitida la apelación (§ 513). Conoce la acción de nulidad y de revocación, que la ley y la mayoría de los escritores consideran como *acciones* autónomas de impugnación, más bien que como *medios* de impugnación.

Algún escritor, como SCHMIDT, 2.^a ed., p. 781, conserva para estos últimos remedios la terminología de *medios extraordinarios*. WEISMANN, I, § 102, dice «terminológica» la cuestión. V. más adelante en este §, n. V.

(4) El proyecto Orlando de reformas procesales presentado al Congreso de los Diputados el 16 Marzo 1908, proponía muchas modificaciones

IV. *Ejecución provisional.—Inhibitorias* (1). Hemos examinado antes los dos caracteres distintos que la ejecución provisional tiene en nuestra ley, como declaración con predominante función ejecutiva (§ 8 bis) y como medida cautelar (§ 9) y las *condiciones* de este pronunciamiento en ambos casos. Falta decir el *procedimiento*.

La ejecución provisional no puede *ordenarse* por el juez sino *a instancia* de parte (Código procesal civil, artículos 363 y 409), excepto en el caso del art. 777 del Código procesal civil, la sentencia que pronuncia la nulidad de la detención o la libertad del deudor puede ser declarada *también de oficio* provisionalmente ejecutivo (2). La instancia de la ejecución provisional puede pro-

en la actual organización de los medios de impugnación: *a)* abolir, ante todo, la distinción entre medios ordinarios y extraordinarios, llamando simplemente «medios de impugnación» de las sentencias también a la revocación y la oposición de tercero; *b)* suprimir la oposición en rebeldía. *c)* permitir a la autoridad judicial que pronuncia en grado de apelación, ordenar la suspensión de la ejecución con caución o sin ella, durante el término concedido para el recurso y el juicio en Casación; *d)* atribuir análogas facultades a la misma Corte de Casación, a ejercitarse en vía incidental en Cámara de Consejo; *e)* en lugar de adherirse al sistema de la notificación de oficio de las sentencias, excluir la apelación y el recurso contra una sentencia no notificada, después de transcurrir desde la fecha de su publicación un término doble del establecido para la caducidad del juicio en el cual fué pronunciada; *f)* reducir los motivos de casación, transformándolos en parte en motivos de revocación y corrección de la sentencia.

De otras proposiciones trataremos más adelante.

(1) V. los cit. atrás, § 9. Añadir: CHIOVENDA, *Sulla facoltà del giudice d'appello di subordinare a una canzone l'esecuzione provvisoria concessa dal primo giudice*, en la *Rivista di dir. comm.* 1911 y en los *Nuovi saggi di dir. proc.* 1912, p. 209 y sigs., SEGRÉ N., *Esecuzione provvisoria e inhibitoria*, en la *Rivista degli infortuni sul lavoro*, 1907.

(2) No se comprenden en el tema actual los casos en que las resoluciones, aunque sujetas a oposición o apelación, son por ley ejecutivas. Tal es el caso del art. 251, Cód. proc. civ. y del art. 913, Cód. com. El caso del art. 388 Cód. proc. civ. no es un caso de ejecución *provisional*, porque la sentencia que condena al rebelde en las costas de la rebeldía es en este punto definitiva. El caso del art. 459 Cód. proc. civ. es, también, autónomo, porque tratándose de un derecho de apelación limitado al caso de incompetencia, la ejecutoriedad es normal (§§ 8 bis y 9).

ponerse tanto en el acto de citación como en la audiencia (en comparecencia u oralmente, según la naturaleza del procedimiento); y esto también en pleito en rebeldía, puesto que esta instancia, aunque nueva, está determinada por el desarrollo del pleito en torno a la relación ya deducida en juicio y a veces puede estar justificada sólo por este desarrollo, mientras que la prohibición de las demandas nuevas se refiere únicamente a las demandas que pueden dar origen a un pleito autónomo.

El pronunciamiento de la ejecución provivional es una resolución autónoma que debe ser motivado con la indicación del caso legal que se quiere aplicar (§ 76) y expresamente enunciada en la parte dispositiva (*cláusula provisional*).

Si la sentencia está sujeta tanto a oposición en rebeldía como a apelación y la ejecución provisional es pronunciada genéricamente se entiende que tendrá lugar no obstante la oposición o la apelación; pero el juez puede limitarla a uno u otro de ambos medios (art. 364 Código procesal civil).

Se remite a la apreciación del juez como hemos visto (§§ 8 bis y 9) condicionar la ejecución provisional a la prestación de una fianza. El juez debe señalar la cifra hasta cuyo alcance debe prestar la fianza, y solo al efecto de la misma (§ 76). La persona que debe prestar fianza puede proveer a ella de dos maneras: puede presentar un fideyusor, el cual, con acto autorizado por el secretario (acto que será sin más título ejecutivo, § 10), debe declarar someterse a todas las obligaciones correspondientes; la idoneidad del fideyusor debe estar reconocida por las partes interesadas, en el acta del secretario, o en caso de faltar acuerdo admitida con sentencia de la autoridad judicial (art. 329 Código procesal civil). Sin embargo, el medio más sencillo de prestar fianza es el depósito de dinero, al cual equipara la ley el depósito de títulos al portador de la deuda pública del Estado, al valor nominal, excepto si el valor nominal es superior al valor de bolsa, en cuyo caso se hace en la fianza el aumento acordado por las partes, o en su defecto el establecido por la autoridad judicial (art. 330). También esta forma de depósito y el acuerdo de las partes, cuando sea necesario, debe resultar de expediente del secretario (1). Es se-

(1) Ley 10 Abril 1892, art. 7: «Los depósitos de dinero y de títulos de crédito que, según las disposiciones vigentes pueden hacerse en las secre-

cretario competente para estos efectos el del juez que ha proveído, salvo que, en caso de que las partes o el fideyusor tengan domicilio o residencia o vecindad lejos del lugar del juicio, delegue el juez en el secretario de la pretura o pida por esta delegación otro juez (art. 331 y 208. § 18). Como la fianza exigida por el juez lo es en beneficio de la parte sujeta a la ejecución, debe estimarse que esta parte, del mismo modo que puede omitir la *excepción* de falta de prestación de fianza (§ 40) puede expresamente dispensar de ella al adversario o consentir formas de fianza no previstas aquí por la ley (hipotecas).

Si el juez *no ha pronunciado* sobre la ejecución provisional pedida, esta no puede ser ordenada con nueva sentencia, salvo el derecho de la parte de pedirla en apelación (art. 365), lo cual podrá hacerse o con especial apelación o también, si el juicio de apelación está ya pendiente por obra del adversario, en la forma del artículo 181 y siguientes del Código procesal civil, o mediante escrito a la audiencia en la forma de las demandas de resoluciones de instrucción (art. 53 R. D. 31 Agosto 1901). Del mismo modo en el caso de que la instancia de ejecución provisional haya sido *rechazada* (art. 483).

Puede suceder el caso contrario: que la parte sujeta a la ejecución quiera impugnar la cláusula provisionalmente concedida. Si esta parte hace oposición a la sentencia en rebeldía, ya sea de primero o de segundo grado, podrá durante el curso del juicio de oposición obtener *separadamente* la revocación de la cláusula (1). Pero además de esto consiente la ley pedir contra la ejecución provisional, concedida por el juez en primer grado, *inhibitorias* al juez de apelación, con citación especial o incidentalmente si el

tarias judiciales, se verifican directamente por las partes o sus procuradores en la Caja de depósitos y préstamos o en las de ahorro postal, según las normas reglamentarias. La póliza o recibo de la caja expresada se presenta en secretaría y sirve como depósito hecho en la misma para todos los efectos legales». V. antes § 24, Cód. Com., art. 878: «En las materias comerciales, el depósito judicial de cantidades de dinero puede hacerse, si las partes consienten, en cualquier institución de crédito y también en un banquero particular».

(1) MORTARA, IV, n. 191: que deriva un ejemplo oportuno del artículo 386, Cód. proc. civ., último párrafo.

juicio ya está pendiente de apelación, como antes se dijo (art. 484 Código procesal civil. Art. 53 R. D. 31 Agosto 1901). El texto del art. 484 dice: «Cuando haya sido ordenada la ejecución provisional *fuera de los casos indicados* por la ley, el apelante puede pedir inhibitorias, etc.». La casi unanimidad de las sentencias y de los escritores ha interpretado siempre este texto en el sentido rigurosamente literal, esto es, que el juez de apelación al conceder las inhibitorias debe limitarse a examinar si el caso decidido se encuentra entre los casos enumerados por el artículo 363. Código procesal civil o también si el pleito es mercantil (art. 409) y no puede volver a examinar la *oportunidad* de la cláusula, quedando en este respecto la apreciación del juez de primer grado (§ 8 bis) intachable (1). Esta interpretación nos parece inaceptable; el juez de apelación tiene para todo lo que se refiere a la ejecución provisional concedida sus poderes NORMALES, esto es, los mismos poderes, el mismo conocimiento del juez de primer grado (§§ 20 y actual), conocimiento de hecho y de oportunidad (2). Es evidente, ante todo, que la desviación del principio de doble grado de jurisdicción que quiere verse en el artículo 484 no tendría justificación racional y sería prácticamente perjudicial, puesto que si la ley, permitiendo en algunos casos la ejecución provisional, concediese en interés general el predominio al interés del supuesto acreedor sobre el interés del supuesto deudor, esta no es una razón para privar al último de las garantías normales, limitando su derecho de impugnación por lo que se refiere a la ejecución provisional;

(1) Según una tendencia más rigurosa todavía, pero con pocos partidarios, al juez de segundo grado debe negársele, no sólo el examen de la *oportunidad* de la cláusula, sino el examen *de hecho* sobre la existencia de las condiciones indicadas por la ley, comparando su oficio con el de la Corte de Casación, esto es, restringiéndolo al examen *de derecho*. (Sobre la distinción entre examen de *derecho*, de *hecho* y de *oportunidad*, v. párrafos 5, 16 y 20).

(2) V. para una amplia demostración de los principios aquí expuestos, nuestras tres monografías *Sulla provvisoria esecuzione delle sentenze e sulle inhibitorie*, la primera en la *Rivista di dir. comm.*, año I (1903), parte 3.^a, p. 143 y sigs., y en el *Foro it.*, 1903, p. 553 y sigs. (reproducida en los *Saggi di diritto processuale*, p. 303 y sigs.); la segunda en el *Foro it.*, 1904, p. 106 y sigs., y la tercera en la *Riv. di dir. com.*, 1911 (reproducidos en los *Nuovi Saggi di dir. proc.*, 1912, p. 183 y sigs.).

mientras que el juicio del primer juez sobre la oportunidad de conceder la cláusula puede ser errado, y el juez de apelación, aun juzgando sobre la demanda de inhibitorias separadamente del fondo y sin perjuicio de éste puede convencerse de la oportunidad de no concederla, tanto más si en período de inhibitoria se anunció un *nuevo* material de conocimiento (por ejemplo, un recibo no presentado en primer grado, una excepción de prescripción no propuesta en primer grado). Añádase que, como el juez de apelación tiene plenos poderes al *conceder* la cláusula negada por el primer juez (art. 483), no hay razón en esto que no exista también para *revocar* la cláusula concedida (1). Se comprende que en el derecho común y en las ordenanzas francesas (del cual deriva, a través del Código francés, nuestro artículo 484), al fin de poner limitación a las recíprocas usurpaciones de los diferentes jueces (§ introducción y 30), fáciles unos conceder la ejecución provisional de las propias sentencias y a otros inhibir la ejecución de las sentencias de los jueces anteriores, se limitase de un lado a casos particulares el derecho de dar la cláusula, y de otro correlativamente el derecho de revocarla, pero en la organización de la jurisdicción moderna estos límites no tienen razón de ser.

Todo esto no bastaría para dispensar al intérprete de la obligación de reconocer la pretendida limitación, si esta fuese *efectivamente* querida por la ley. Pero no hay tal. En primer lugar la ley italiana ha abandonado los límites puestos por las ordenanzas francesas y conservados por el Código francés (art. 135) a la ejecución provisional y permite al juez concederla siempre que, según su prudente arbitrio, encuentre peligroso el retraso (art. 363, número 9); o donde debe deducirse que ha querido abandonar también los límites puestos por aquellas leyes al *jus inhibendi*, (Código procesal francés, art. 460; Código mercantil francés, artículo 647), límites que dependen estrechamente de los primeros

(1) La irracionalidad ha sido bien manifiesta por PESCATORE, *Sposizione compendiosa*, I, p. 217. MORTARA, que en su *Appello civile*, n. 681 y en su *Manual* (II, 3.^a ed., n. 593) intentó justificar la racionalidad de la norma, como generalmente viene entendida hoy, si bien en la última edición del *Manuale* (5.^a ed., n. 654) se mantenga en este orden de ideas, en el *Comment.* IV, n. 132 admite que el límite expresado en el art. 484 no tiene razón de ser y es debido a inadvertencia de los redactores.

y que las leyes modernas (como la germánica, cap. 717, la ginebrina, arts. 350 y 353) han dejado caer lógicamente con los primeros. Esta voluntad del legislador italiano de despojar de todo límite a las inhibitorias se ha manifestado de diferentes maneras:

a) Ante todo al no reproducir el artículo 460 del Código procesal francés y el 467 del Código mercantil francés que contenían el principio general que prohibía, en materia civil y mercantil, las inhibitorias, salvo los casos excepcionales en que estaban permitidas; con lo cual se ha venido a reconocer en las inhibitorias una institución *normal*, sujeta a los únicos límites derivados del principio del doble grado de jurisdicción; el artículo 484 ha quedado solamente para autorizar el juicio de apelación sobre la ejecución provisional *separado* del fondo.

b) Además, permitiendo a diferencia del Código francés, artículo 447, la suspensión por motivos graves de la sentencia impugnada con la demanda de revocación (art. 503 Código procesal civil), y sería un contrasentido que el legislador que confía a la discrección del juez la suspensión de la ejecución de sentencia *no sujeta a medios ordinarios* de impugnación, no hubiese querido hacer otro tanto con la sentencia *aún sujeta a tales gravámenes*.

c) Recientemente, al permitir al pretor un ilimitado *jus inhibendi* frente a las sentencias del conciliador provistas de cláusula (art. 17 Ley 16 junio 1892); no puede admitirse que el legislador que permite la libre suspensión de la ejecución de sentencias de *minima entidad*, que tocan las inapelables, no haya querido lo mismo para las sentencias cuya ejecución *podría tener consecuencias económicas incalculables*.

Después de esto, si el artículo 484, por inadvertencia de los redactores conserva una frase que parece contradecir a esta voluntad de la ley, debe reconocerse aquí uno de los casos en que la interpretación debe entender la *letra* de la ley en el sentido más amplio posible, y aun siendo necesario ir más allá de la letra de la ley para aplicar su voluntad (1).

(1) Esta es corrección de la *letra* de la ley, no de la ley. Y es extraño que esta libertad, que está conforme con la doctrina tradicional de la interpretación, sea rechazada por los intérpretes en un momento en que lo gran inmerecidas simpatías nuevas doctrinas sobre la interpretación *evolutiva*, y hasta sobre la jurisprudencia *libre* (V. § 2). La admisibilidad de las

Por lo demás, en toda esta materia, la estrecha interpretación literal se ha manifestado por otros respectos inadmisibles. Ya se ha visto que el vencedor a quien ha sido negada la cláusula puede pedirla mediante apelación especial; ahora bien, esto se admite contra la letra del art. 483, que habla sólo de un juicio de apelación *ya pendiente*. Según el art. 484 tomado a la letra, si la ejecución provisional ha sido ordenada sin instancia de parte, no podrían pedirse las inhibitorias porque la demanda de ejecución provisional no es *un caso* de ejecución provisional (1); pero generalmente se entiende por el contrario, que por este motivo pueden pedirse las inhibitorias, y con razón. Finalmente, según la letra del art. 484, el juez de apelación no podría ordenar la fianza si ésta no fué dispuesta por el juez de primer grado; porque la ordenación de la fianza se remite a la apreciación del primer juez, y si esta apreciación debe ser intachable en cuanto al uso del poder de ordenar la ejecución provisional, con mayor razón debería serlo en cuanto al uso de poder de condicionarla a una fianza; hay quien reconoce, en cambio, en el juez de apelación, la facultad de disponer fianza (2); a esta opinión también nos adherimos, pero sólo es compatible con la amplia interpretación del art. 484 que hemos defendido; en efecto, la resolución del juez de apelación que ordena la fianza no podría ser tomada más que en período de inhibitoria, en virtud del art. 484, y no es lógica y prácticamente sino una forma de inhibitoria; lógicamente porque prohíbe la ejecución provisional *como fué concedida por el primer juez*, y de incondicionada la hace condicionada; prácticamente porque prescribir la fianza equivale a impedir en el mayor número de los casos la ejecución provisional y más especialmente en los casos en que sería más temible, esto es, de vencedores de primer grado insolventes (3).

inhibitorias en materia comercial, fué reconocida por la Corte de apelación de Génova en 16 nov. 1906 (*Rivista di diritto commerciale*, 1907, II, página 269).

(1) La observación es de PISANELLI, *Commentario*, IV, n. 741; véase también CARRÉ, *Quest.* 1666.

(2) MORTARA, *Manuale*, II, 5.^a ed. n. 654; *Comment*, IV, n. 132.

(3) CHIOVENDA, *Sulla facoltà del giudice d'appello*, cit.

V. *Posición de los procedimientos de impugnación en cuanto a la relación procesal.*—La posibilidad de las impugnaciones nos presenta el fenómeno de una *pluralidad de procedimientos dentro de una misma relación procesal.*

Siendo una la demanda, una es la relación total, en la cual las impugnaciones abren solamente *fases o estadios diversos* (§ 3.º). La *litispendencia* abierta con la demanda dura mientras la relación no ha sido cerrada con sentencia *definitiva* (v. en este § el número II). Así, se dirá *pendiente el pleito*, en el sentido del artículo 445, último capítulo Código procesal civil (juicio posesorio pendiente que impide al actor promover el petitorio) o en el sentido del art. 23 de la Ley provincial y municipal, texto único de 21 de Mayo de 1908 (ineligibilidad de quien tiene *pleito pendiente* con el Ayuntamiento) o en el sentido del art. 116, núms. 4, 5, y 7 Código procesal civil (recusación de los jueces), mientras que no se tenga sentencia no sujeta ni a *oposición en rebeldía* ni a *apelación* ni a *recurso de casación* ni a *revocación*, según el artículo 424, núms. 4 y 5).

Pero aquí encontramos nuevas diferencias entre los diversos medios de impugnación. La relación procesal tiende a la cosa juzgada, y como el orden jurídico estima que este resultado es mejor si se ha conseguido a través de diversos juicios (o la posibilidad de varios juicios), lo que se hace en los diversos juicios antes de llegar a este resultado pertenece a una relación jurídica. Pero el mismo orden jurídico quiere también que el resultado de la relación procesal ya terminada (la cosa juzgada) pueda a su vez ser impugnada y sacada de en medio por razones excepcionales; así como en el campo del derecho sustancial actos jurídicos pueden ser impugnados por aquellos que han participado en los mismos o por terceros (un matrimonio, un testamento, un contrato, &); antes bien, estas razones de impugnación recuerdan generalmente aquellas propias del derecho sustancial, como la oposición de tercero recuerda muchas acciones del derecho civil, entre ellas la revocatoria, y la demanda de revocación tiene estrechas afinidades históricas y actuales con algunas impugnaciones del derecho civil aun cuando haya asumido también motivos meramente procesales (artículo 494, números 4 y 5).

Por tanto, mientras la oposición en rebeldía, la apelación, el recurso en casación abren nuevas fases en una relación aún no

agotada, la demanda de revocación y la oposición de tercero tienden en medida diferente a combatir el resultado de una relación ya terminada, y por consecuencia tienen por sí mismas *naturaleza de acciones autónomas*, tanto que las sentencias a que da lugar son a su vez no impugnables con oposición o apelación o recurso de casación (art. 509) (1).

Esta diferencia fundamental no produce de hecho todas las diferencias que lógicamente se deducirían de ella (acerca de la competencia del mandato para pleitos). Puesto que la Ley procesal al asumir en su campo estas acciones, las conforma de una manera especial, de suerte de hacerlas semejantes a los verdaderos medios de impugnación, con los cuales, en nuestra ley, tienen de común el nombre. Esto está aconsejado, de una parte, por consideraciones de economía, de otra, por el nexo que estas nuevas acciones tienen con el objeto de la precedente relación procesal, porque a través de la nulidad de la sentencia se dirigen a una nueva decisión sobre el mismo objeto. Así, se explica que estos medios de impugnación sean, en cuanto es posible, sometidos a breves términos perentorios y tengan común una serie de normas (artículos 465 y 471) con los verdaderos y propios medios de impugnación; que se propongan ante la misma autoridad judicial que ha pronunciado la sentencia (arts. 498 y 511); como el poder para pleitos o la autorización *para un juicio*, comprende la facultad de obrar también para revocación de la sentencia, que la acción de revocación no pueda hacerse valer más que en vía principal (no por ejemplo en vía de reconvencción), etc. etc. Son procesos sobre un proceso, a los cuales la ley asigna como presupuestos, muchos de los presupuestos del proceso terminado. Así, la autonomía de estos procesos se atenúa, pero sin desaparecer enteramente (2).

(1) La frase del artículo 341 por la cual la caducidad en los juicios de revocación *dá fuerza de cosa juzgada* a la sentencia impugnada, es impropia: porque la sentencia sujeta a revocación, puede estar ya pasada en calidad de cosa juzgada. El valor práctico de esta frase está en que la caducidad impide que vuelva a proponerse la demanda de revocación, *incluso si el término todavía no ha comenzado a correr* (V. § 74)

(2) Por lo tanto, no podemos aprobar la proposición de privarles del nombre de medios *extraordinarios* (§ 82). Ni el ejemplo de la legislación extranjera puede aducirse aquí, puesto que la ley alemana y la austriaca,

Todos estos medios de impugnación propios o asimilados dan lugar a procedimientos *autónomos* como tales.

A) De que pertenezcan los procedimientos de impugnación *propios* a la misma relación procesal se derivan estas consecuencias que en parte son comunes a los medios de impugnación *asimilados*:

a) Que los efectos sustanciales de un proceso, además de los efectos procesales de la litispendencia duran mientras que dura el procedimiento de impugnación (1).

b) Que cuanto se ha dicho acerca de las condiciones de la sentencia favorable (§ 5) es aplicable, tanto al juicio de primer grado, como al del segundo.

c) Que el procedimiento posterior no puede iniciarse sino por aquél que ha sido parte (o por su sustituto procesal) y que está *gravado* por el resultado del procedimiento *anterior* (esto no encuentra aplicación en la oposición de *tercero*).

d) Que en el procedimiento *superior* no puede ser deducido ni *otro* ni *más*, y puede, en cambio, ser deducido *menos* de lo que formó objeto de demanda en el procedimiento *inferior*. Así puede tenerse una apelación limitada solamente a algunas partes de la sentencia impugnada (art. 486). Esto se refiere a la *demandá*; en cuanto a la *norma* que deba aplicarse, ya sabemos que el juez aplica de oficio la norma conveniente al hecho (§§ 11, 12, 41, 47 y 59), por consecuencia, en el grado superior puede siempre cambiarse la norma aplicada o la interpretación de la norma. Por esto, hemos visto (§ 79) que la ley interpretativa sobrevenida mientras el proceso está pendiente debe aplicarse; sobrevenida a proceso ya terminado no ejerce influencia en el fallo (2). Todas las

han privado, es cierto, a los *Wiederaufnahmeklagen* del nombre de medios extraordinarios, pero con esto no han querido unificarlos con los medios ordinarios, sino, al contrario, hacer de ellos *acciones* autónomas.

(1) Código proc. civ. art. 805: «Cuando la mujer esté autorizada por el marido o judicialmente para comparecer *en juicio*, no es necesaria una nueva autorización para proseguir *el mismo juicio*, en los *procedimientos* de oposición, apelación, revocación y casación». El funcionario que ha representado a una entidad, y particularmente al Estado, en primer grado, puede continuar su representación en los procedimientos posteriores (§ 35).

(2) La ley puede naturalmente admitir, de una *manera expresa*, que una cierta norma interpretativa influya en la sentencia. Ej. del art. 7 de la

cuestiones relativas a una misma demanda se encuentran abiertas ante el juez de segundo grado por virtud de la apelación relativa a aquella demanda (1).

e) Que si ambas partes están gravadas por la sentencia ambas pueden proponer contra ella el remedio que les competa, o la una independientemente de otra o una en relación con el medio propuesto por la otra.

f) Que cuando las partes interesadas en oponerse a la demanda de reforma o nulidad de una sentencia sean varias, la demanda debe proponerse contra todas. Si la demanda se ha propuesto solamente contra alguna de las partes interesadas en la oposición, el juicio debe *integrarse* con la intervención de las demás salvo que tratándose de cosa divisible, el que proponga la demanda, declare perfecta la sentencia en cuanto a estas. La integración puede tener lugar también después del vencimiento del término establecido para proponer la demanda de reforma o de nulidad (art. 469). Este es el caso de litisconsorcio necesario (2). La integración debe ordenarse de oficio.

g) Que la demanda de reforma o de nulidad propuesta por una de las partes interesadas en impugnar la sentencia aprovecha a las otras en las partes en las cuales tienen interés común, con tal de que intervengan en juicio y se *adhieran* en los terminos y formas establecidas (art. 470).

h) Que la reforma o la nulidad de una sentencia aprovecha a los que la han demandado; aprovecha también a los que: 1.º, tienen un interés dependiente esencialmente del interés de la persona que obtuvo la reforma o nulidad; 2.º, en una contienda acerca de cosa indivisible han sido actores o demandados con la persona que obtuvo la reforma o nulidad; 3.º, con la sentencia reformada o anulada han sido condenados solidariamente con la persona

Ley 11 Agosto 1870, ap. p. sobre la conversión de los bienes inmuebles de las iglesias, interpretación por el art. 11 de la Ley 7 Julio 1866. «Las iglesias que hayan sido declaradas inmunes de conversión, *por sentencia pasada como cosa juzgada*, estarán sujetas a ella por efecto de la presente ley, salvo los derechos de los terceros».

(1) PISANELLI, *Commet.* IV, n. 42.

(2) CHIOVENDA, *Litisconsorzio necessario*, cit. p. 304 (*Nuovi saggi di dir. proc.* p. 240), magad. § 28.

que obtuvo la reforma o la nulidad. Todos éstos, sin embargo, no pueden valerse de la reforma o la nulidad en los dos últimos casos si una u otro han sido pronunciados por motivos exclusivamente personales del que propuso la demanda. (Acercá de esto véase § 88).

i) Que cuando en el procedimiento de impugnación se produce una nueva sentencia *de fondo* que confirma o reforma la primera sentencia, esta segunda sentencia debe considerarse como *la única* resolución emanada de la autoridad jurisdiccional en el fondo de la contienda. Si esto es más evidente en la sentencia de reforma, es también verdad en la de confirmación; ésta no debe concebirse como un simple acto que libere la sentencia anterior de la condición resolutoria a que algunos escritores la creen sujeta, sino como una nueva resolución con vida y condiciones propias, motivos propios y parte dispositiva, propia también, si bien esto, por motivos de brevedad, tome la forma de una simple referencia a la parte dispositiva de la primera sentencia con la fórmula: *desestima la oposición, la apelación*, etc. etc. Por tanto, una sentencia de apelación, por ejemplo, tiene una importancia doble: 1.º, en cuanto hace desaparecer la primera sentencia, sustituyéndola; 2.º, en cuanto aplica por su cuenta la ley en sentido conforme o contrario al modo en que lo han hecho los primeros jueces. De lo cual deriva, entre otras consecuencias: 1.º Que, lógicamente, título ejecutivo es la sentencia de apelación que confirma la de primer grado, no la sentencia confirmada; por consecuencia, sólo esa debe ser notificada, expedida en forma ejecutiva, etc. Sólo por razones prácticas, la ley (art. 243 Reglamento general judicial) considera como títulos ejecutivos la sentencia confirmada y la sentencia de confirmación (§ 20). 2.º Que la demanda de revocación, de corrección, de oposición de tercero se proponen contra la sentencia de confirmación, no contra la sentencia confirmada. 3.º Que si una sentencia de apelación es *casada por violación o falsa aplicación de la ley*, no por esto queda en vigor la sentencia de primer grado; pero el pleito se encuentra ante el juez de remisión en esta condición, que no existe por el momento resolución alguna de fondo. En cambio, si la sentencia de apelación se *anula*, esto es, queda *casada por nulidad*, ocurre lo contrario; en este caso la sentencia de apelación no sólo desaparece como acto de aplicación de la ley, sino en general como acto jurídico porque es

nulo; de aquí, que pierda toda importancia y que se considere como no existente desapareciendo también su eficacia merecida respecto de la sentencia de primer grado que recobra su vida (§ 20).

B) La autonomía de los *procedimientos* de impugnación, como tales, se manifiesta, según la ley italiana, en las normas siguientes (1):

a) Los medios de impugnación se proponen mediante acto de citación (arts. 478, 486, 502 y 513). El recurso de casación mediante acto notificado en la forma de las citaciones (art. 525). En cuanto a los medios ordinarios, la ley tiene en cuenta la residencia declarada o el domicilio elegido *en el primer juicio* (arts. 478 y 486) y tiene en cuenta esto también en cuanto a la notificación de la demanda de revocación y de la oposición de tercero cuando se proponen dentro de los *ciento ochenta* días siguientes a la notificación de la sentencia (arts. 502 y 513).

b) En los procedimientos de impugnación es necesario una nueva constitución. Por esto, puede tenerse un procedimiento de impugnación en rebeldía, mientras que el primero fué en contradictorio; de aquí la posibilidad de oposición en rebeldía contra sentencia de apelación (arts. 477, 478, 495 y 517). En cambio, si el pleito es *devuelto* a la autoridad judicial que pronunció la sentencia impugnada, *se mantiene la representación de los procuradores ya constituidos*, salvo que la citación debe ser renovada conforme a los arts. 333 y siguientes, y se mantiene la elección del domicilio o la declaración de domicilio o la residencia hecha para las notificaciones (artículo 472). El pleito devuelto se prosigue entre los procuradores ya constituidos, sin que tenga lugar alguna citación de las partes (Reglamento general judicial, art. 243).

c) Los medios de impugnación se proponen mediante citación para *audiencia fija*, incluso si en primera instancia el pleito fué seguido y ultimado con el procedimiento formal (R. D. de 31 Agosto 1901, art. 11).

d) La caducidad puede gravar el procedimiento de impugnación respetando los resultados del primer procedimiento (artículo 341).

(1) «No obstante, esto no destruye ni conculca el pensamiento íntimo y sustancial que anima el sistema del doble grado de jurisdicción, la unidad del juicio» PISANELLI, *Comment.* IV, n. 42.

VI. *Impugnación de las interlocutorias.*—El principio del derecho germánico, según el cual, toda resolución de cuestiones durante el curso del proceso se consideraban como sentencia (*interlocutoria*), y toda sentencia, definitiva o interlocutoria estaba sujeta a la impugnación, ha prevalecido en el derecho medioeval italiano sobre el principio del derecho romano, que sólo consideraba como sentencia la definición de la contienda y no admitía impugnaciones autónomas de las *interlocutiones* (§ 58). El mismo principio germánico ha pasado al derecho actual italiano, que admite las impugnaciones contra toda sentencia, definitiva o *interlocutoria*, no exceptuada expresamente (1). Ya hemos demostrado cómo esto es incompatible con el principio de la oralidad y de la concentración procesal (§ 44).

Por otra parte, también las sentencias interlocutorias pueden ser declaradas *provisionalmente* ejecutivas, no obstante oposición o apelación (arts. 383 y 232) y las interlocutorias de segundo grado son, por regla general, ejecutivas.

De estos dos principios se deriva la posibilidad, que frecuentemente se verifica, de *un* proceso pendiente *al mismo tiempo* en *diversas* instancias: tratándose en una el fondo y en otra la cuestión definida por la interlocutoria. Por ejemplo, admitido por sentencia, provisionalmente ejecutiva, un examen textifical, el examen se ha realizado y por consecuencia se trata y se decide en el fondo el pleito en primer grado, mientras que todavía pende el juicio de apelación contra la interlocutoria. *Tenemos dos procedimientos contemporáneos pertenecientes al mismo proceso.*

El principio que regula estos casos es el de que todo lo que se hace en el grado inferior tiene carácter *provisional*, esto es subordinado al éxito del juicio de impugnación pendiente. Por conse-

(1) Este es uno de los casos (§ Introducción), en que el actual derecho italiano admite elementos germánicos, que el actual derecho germánico ha rechazado para volver a los principios romanos. Aún la prohibición de impugnación autónoma de las interlocutorias tiene en el reglamento germánico (§ 275), una importante limitación en caso de interlocutoria, que pronuncia sobre excepciones *litis ingressum impediens* (§ 55); esta sentencia está considerada como definitiva: pero el juez puede, a instancia de parte (según el reglamento austriaco § 261, también de oficio), ordenar que se proceda a tratar el fondo.

cuencia, si se llega en primer grado a sentencia definitiva, producida a base de la interlocutoria impugnada y posteriormente la interlocutoria se reforma en apelación, cae también la sentencia definitiva de primer grado. Entienden algunos que para obtener este resultado la parte que ha sido vencida debe apelar *también* de la sentencia definitiva. Pero claro es que la sentencia definitiva, como tiene carácter provisional y condicionado no puede *pasar en calidad de cosa juzgada* mientras que la interlocutoria pendiente no sea confirmada o no devenga definitiva ella misma. La apelación contra la definitiva no es pues necesaria, sino para impugnarla *por vicios propios* (1). La situación es análoga a la que nace de una condena con reserva (§ 8 bis).

Si después de decidida la apelación de la interlocutoria se propone apelación contra la sentencia definitiva o contra una interlocutoria posterior a la primera, el nuevo procedimiento de apelación debe tramitarse ante la sección de la Corte de apelación o del tribunal que juzgó sobre la primera apelación, según el art. 213 del Reglamento general judicial (§ 20), puesto que esta norma quiere asegurar *posiblemente* el mismo juez (físicamente hablando) en todo *pleito* y los diferentes procedimientos de apelación no son

(1) MARTIROLO, IV, núm. 731; CUZZERI, *Acquiescenza* n. 192; CALDA en *Temì veneta*, 1906, p. 593; SICILIANI en el *Foro it.* 1912, p. 760; GERMANO, allí, p. 1.329; Cas. Turín 6 Sept. 1888 (*Foro ital.*, 1888, I, 1032); 2 Diciembre 1910 (*Jurisprud. ital.*, 1911, p. 314); Cas., Florencia, 21 Mayo de 1906 (*Foro ital.* 1906, p. 1.713); Cas., Roma, 26 abril 1910 (*Palazzo di giust.*, 1911, p. 289); En contra: MORTARA, *Appello civ.*, núm. 947 y siguientes; *Commet*, IV, n. 188 bis; CASATI, en la *Riv. di dir. civ.* 1912, página 866; Cas. Roma, Sec., núm. 7, Sept. 1911 (*Palazzo di giust.*, 1911, página 464); Cas. Roma, 25 Mayo 1912 y Cas. Turín 12 Julio 1912 (*Foro ital.* 1912, p. 1329). Esta opinión contraria, fúndase en la afirmación de que transcurrido que sea el término, la sentencia deviene definitiva; y es verdad, pero la sentencia *condicionada*, al devenir definitiva, no pierde su naturaleza jurídica de acto condicionado, como la condena con reserva puede devenir definitiva respecto a las impugnaciones posibles, quedando condicionada, esto es, sujeta a perder su valor *ipso jure*, por cumplirse la condición resolutoria. Si en vez de recurrir a los artículos 471 y 543, que no tienen mucho que ver aquí, se tuviese presente la figura (que está en la ley, aunque olvidada por nuestra doctrina) de la condena con reserva, se comprendería la posibilidad de que la sentencia definitiva pierda su valor

pleitos autónomos sino que todos pertenecen a *un* proceso, a *un* pleito en segundo grado (1).

Si una sentencia interlocutoria, o confirmativa de una interlocutoria, producida en grado de apelación e impugnada en casación es casada con devolución, la competencia funcional del juez de apelación pasa al juez de devolución *para todo* el pleito: la competencia del juez de primer grado subsiste en el primer juez (2).

VII. *Efectos de la reforma de la sentencia* (3).—También respecto de los efectos de la reforma de la sentencia es preciso distinguir entre los varios medios de impugnación.

La sentencia sujeta a *oposición* o a *apelación*, o *recurso de casación* al no ser definitiva se considera que no ha tenido lugar en

no en atención a la voluntad de quien omitió impugnarla, sino por efecto de su cualidad de sentencia condicionada. Es inaceptable la solución propuesta por algunos, esto es que el juicio de apelación de la interlocutoria debe proseguir, salvo en caso que la interlocutoria sea reformada, para obrar por revocación de la sentencia definitiva, ex art 494 núm. 5; puesto si se debiese reconocer un fallo en la sentencia definitiva, impediría la prosecución del juicio de apelación. Ni siquiera es admisible la distinción entre la sentencia de apelación que reforma la interlocutoria, declarando errónea la *testis juridica* (?) en que estaba fundada, y la que reforma por nuevos motivos (Cas. Florencia, 15 Febrero 1912, en el *Foro ital.*, 1912, página 760), puesto que cualquiera que sea la razón por la cual se reforma la interlocutoria, se verifica la condición que hace desaparecer la definitiva emanada *en ejecución* de la interlocutoria, esto es, a base de las pruebas admitidas por ella, puesto que si la sentencia definitiva fuese pronunciada a base de un material de pleito distinto, la reforma de la interlocutoria no tendría influencia en ella. De esto deberá juzgar no el juez de apelación, sino el juez de primer grado ante el cual se quisiere proseguir el pleito, o el juez de la ejecución, si se pretendiese cumplir la sentencia definitiva. Conforme también la gran mayoría de los escritores alemanes, en la misma situación nacida del § 275 cit.: V. STRUCKMANN-KOCH, sobre el § 275, observación IV; GAUPP-STEIN, sobre el § 275, obs. IV (9.^a ed., 1906, I, página 638); WEISMANN, p. 422 y los allí citados.

(1) En contra: Cas. Roma, 5 Nov. 1906 (*Foro ital.* 1907, p. 1.417).

(2) Conforme Cas. Roma, Sec. un. 11 Febrero 1911 (*Giurisp. italiano*, 1911, p. 286).

(3) HELLWIG, *Grenzen der Rückwirkung* (Límites del efecto retroactivo), en las publicaciones por el jubileo de la Universidad de Giessen. 1907, p. 23 y siguientes.

caso de reforma por uno de estos medios; y los efectos producidos por la sentencia, como la acción ejecutiva, nacida de la ley o de la resolución del juez, caen con la sentencia reformada como sucede a los actos pendientes de condición resolutoria. Este efecto de la reforma tiene lugar *ya entre las partes, ya en perjuicio de los terceros*, que durante el tiempo intermedio hayan adquirido derechos sobre la cosa que fué objeto del pleito, dejando a salvo en todo caso las normas de derecho civil dirigidas a la tutela de los terceros. El caso puede compararse al de los derechos dependientes de un título anulable (Código civil, art. 1976).

En cambio las sentencias sujetas solamente a *revocación*, tanto menos en los casos del art. 494 números 1, 2, 3, se presentan como una afirmación de la voluntad de la ley destinada a valer definitivamente. *Revocada* pierde ciertamente toda eficacia entre las partes: *estas* vuelven al estado que mantenían antes del pronunciamiento (Código procesal civil, art. 507). Pero en cuanto a los terceros que en ese tiempo intermedio han adquirido de buena fé derechos sobre el objeto del pleito, sería grave que pudiesen ser despojados de los derechos que obtuvieron fundándose en un acto de autoridad del Estado. Si por ejemplo, por consecuencia de una sentencia de rescisión de una venta de inmuebles, pasada en calidad de cosa juzgada, el actor vendió el inmueble, y después la sentencia de rescisión ha sido revocada, sería grave admitir al demandado a reivindicar el inmueble contra el tercer adquirente. De la autoridad y de la necesidad de los actos del Estado se deriva una eficacia suya especial por la cual lo que *los terceros* hicieron basándose en aquellos actos debe recibir protección incondicionada. A veces permite la ley que la cosa juzgada desaparezca, cuando por la gravedad de los vicios inherentes a sus factores sería más dañoso a la dignidad del Estado conservarla que destruirla (revocación): pero esta exigencia se limita a la relación entre las partes.

No faltan en nuestro derecho argumentos positivos para esta solución. Cualquier donación hecha en consideración de un matrimonio queda sin efecto si el matrimonio se anula, *salvo los derechos adquiridos por los terceros* en el tiempo intermedio (Código civil, art. 1068); en cuyo caso, la protección de los terceros no puede justificarse de otro modo sino con la especial importancia que tiene la intervención del Estado en la constitución del matrimonio. Por la misma razón se admite doctrinalmente y se ha de-

cidido muchas veces que el decreto de jurisdicción voluntaria con que se autoriza a un capaz para contratar, asegura al otro contratante de buena fé aunque después el decreto sea anulado como *subrepticio*. Finalmente cuando el mismo legislador ha creído un deber la cosa juzgada (lo cual puede considerarse como una revocación extraordinaria) ha dejado siempre a salvo expresamente los derechos de los terceros.

VIII. *Corrección de las sentencias* (1).—No es preciso valerse de ninguno de los medios de impugnación expresados para hacer enmendar en las sentencias *omisiones o errores* que no produzcan su nulidad conforme al art. 361, ni para añadir ninguna de las *conclusiones* que tomada por las partes, no haya sido referida, pero resulta de los motivos que con la parte dispositiva se ha proveydo; ni para corregir, incluso la parte dispositiva, un *error de cálculo* (2).

Puesto que en estos casos no se trata de impugnar el juicio del juez ni su actividad, sino únicamente de hacer corresponder la expresión *material* de ella con lo que el juez ha querido efectivamente decir y hacer. Es consecuencia natural de este principio que la demanda de corrección *no se halla sujeta a términos* y se proponga ante *la misma autoridad judicial* que ha pronunciado, salvo la facultad de englobarla con la impugnación ordinaria que fuese admisible. Confirmada una sentencia en apelación, la corrección se propone al juez de apelación, porque el error de la sentencia confirmada es error de la sentencia confirmativa. Lo contrario debería pensarse si se estimase que la sentencia confirmada debe considerarse como la única sentencia liberada de la condición resolutoria.

(1) FRANCESCHINI, *La correzione delle sentenze*, 1894; CAMMEO, en la *Giurisprud. ital.* 1907, III, p. 105; MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 92 y siguientes; MORTARA, *Comm.* IV, n. 55 y sigs; los *comentaristas* sobre el artículo 473, acerca de la corrección en el proc. germ. HELLWIG, *System*, I, página 505.

(2) Según el proyecto Orlando de reformas procesales ya citado, artículo 19, la omisión de la fecha y de las firmas necesarias (art. 360, número 8 y 9, art. 361, n. 2), dejaría de ser un motivo de nulidad, y podría repararse con el procedimiento de corrección.

Las correcciones, si las partes no están de acuerdo se proponen mediante *recurso* y se ordenan mediante *decreto*. En los pleitos de valor inferior a cien liras, las correcciones pueden proponerse oralmente. En caso de disentimiento tiene lugar un verdadero juicio de corrección que se inicia con citación y termina con sentencia sujeta a las impugnaciones competentes según el grado. Las correcciones se hacen al margen o al fin de la sentencia original (art. 473).

También hemos visto que hay dispuesto un procedimiento especial para suplir a la *falta de pronunciamiento* sobre las costas del pleito (art. 370). También este procedimiento se propone ante la misma autoridad que ha entendido en los pleitos y que debía pronunciar sobre las costas: se inicia necesariamente con citación y termina con una nueva sentencia (1).

(1) CHIOVENDA, *Condanna nelle spere*, n. 400.

§ 83.

Oposición del rebelde (1).

I. *Concepto.—Referencia.*—Hemos visto (§ 50) lo que es la oposición del rebelde, como puede proponerse solo por el *demandado* y en qué casos, y que efectos produce. La oposición del rebelde es un medio de impugnación verdadero y propio: la ley lo considera entre las impugnaciones; quiere que el acto mediante el cual se propone *contenga sus motivos* (art. 478), quiere decir que afirme algún vicio de injusticia o nulidad de la sentencia (2). No es por lo tanto una simple defensa del rebelde, una simple petición de que se renueve la tramitación del pleito; mediante la oposición la sentencia en rebeldía no cae ya sin más en la nada; la hipoteca judicial subsiste, la ejecución provisional puede hacerse también durante el juicio de oposición; y si este juicio se extingue por caducidad o por renuncia, la sentencia en rebeldía, *si fué notificada*, pasa en calidad de cosa juzgada. En cambio, si la sentencia en rebeldía no ha sido notificada, la caducidad o la renuncia de los actos de oposición no impiden la proposición de otra oposición: puesto que como hemos visto (§ 74) el art. 341 que atribuye la caducidad de las impugnaciones el efecto de dar fuerza de cosa

(1) V. antes la *bibliografía* al § 50. Sobre la oposición en particular véase MATTIROLO, IV, n. 387 y sigs.; MORTARA, IV, n. 189 y sigs.; los *comentaristas* de los arts. 474 y sigs.; SCHMIDT, 2.^a ed. § 124, V; WEISMANN, § 94; KOHLER, *Civilprozessrecht*, § 85; HELLWIG, *System*, § 199 GLASSON, *Précis.*, I, § 71.

(2) Según el derecho germánico, la oposición es una simple defensa que tiene por sí el efecto de remover la sentencia en rebeldía: SCHMIDT, segunda edición, p. 783; WACH, *Vortrage*, p. 245. En contra: KOHLER, *Civilprozessrecht*, p. 162. La anulación de la sentencia en rebeldía por virtud de la oposición se admite por la judicatura francesa y por una parte de la doctrina francesa. En contra: GLASSON, *Précis*, I, pag. 448.

juzgada, *independientemente del transcurso de los términos* a la sentencia impugnada, nada dice de la oposición en rebeldía y de la oposición de un tercero (1).

En nuestro derecho, la oposición en rebeldía es un medio de impugnación que puede *concurrir* con la apelación, quiere decir puede tenerse una sentencia *oponible y apelable* al mismo tiempo, a elección del interesado: si este elige la apelación, renuncia con esto a la oposición (art. 481, segundo párrafo), si elige hacer oposición, pierde el derecho de apelar, a menos que renunciada o caduca la oposición esté todavía abierto el término para apelar; y salvo en todo caso, el derecho de apelar de la sentencia pronunciada sobre la oposición. La oposición en rebeldía de una sentencia pronunciada en grado de apelación encuéntrase concurrendo con el recurso de casación; pero este no puede proponerse si no vencido el término para hacer oposición (art. 517) (2).

La oposición del rebelde se propone ante el juez que ha pronunciado la sentencia en rebeldía, ya fuese esta apelable o inapelable, fuese de primero o segundo grado, en término de revocación o de oposición de tercero. Hay casos sin embargo, en los cuales la oposición está expresamente prohibida (como en los juicios de ejecución, art. 564 de división, art. 895 de autorización a la

(1) La singularidad de este resultado es, sin duda, lo que indujo a muchos de nuestros tribunales y a algún autor (FACIO, *Trattato della perenzione*, p. 43; FADDA, *Pareri*, 1912, p. 231 y sigs.), a adherirse a la idea francesa, y a estimar que con la caducidad de la oposición cae el proceso íntegro. MONTANI, *Opposizione*, p. 127 y sigs., combate justamente esta opinión, pero, en caso de sentencia no ratificada, estima que es admisible después de la caducidad de la oposición, solamente la apelación: excluyendo por consecuencia sin justificarlo—, que pueda volver a proponerse la oposición. Así MATTIROLO, III, n. 1.170, el cual, en cambio, admite en el mismo caso, la reproponibilidad *della oposición de tercero*, después de la caducidad.

(2) La defectuosa organización de la oposición en rebeldía en nuestra ley, ha aconsejado en el reciente proyecto Orlando de reformas procesales, el remedio radical de suprimirla. Pero es, ciertamente, más urgente la supresión de la institución de la comparecencia retrasada, que prácticamente se resuelve en un medio de extirpar reenvíos y prolongar el pleito; mientras los peligros de la oposición en rebeldía, son amortiguados por la ejecución provisional.

mujer casada, art. 802. de quiebra, art. 913 del Código de comercio). Las sentencias de la Corte de casación tampoco tienen oposición.

II. *Procedimiento*.—La oposición se propone mediante acto de citación que debe contener sus motivos; si se trata de pleitos en los cuales está establecida la citación por cédula basta que se indique en el mismo la sentencia impugnada. *Puede* ser notificada en la residencia declarada o en el domicilio elegido o declarado por el actor; ante los tribunales civiles y las Cortes de apelación *puede* también notificarse al procurador (art. 478). El *término* para hacer oposición es el establecido por la ley para comparecer en juicio y transcurre desde la notificación de la sentencia en rebeldía, calculándose por la distancia entre el lugar de la notificación y la residencia de la autoridad judicial que pronunció la sentencia (artículo 476). Si la sentencia no ha sido notificada *personalmente*, la oposición puede formalizarse hasta *el primer acto de ejecución* de la misma, con tal de que se declare proponerla en el proceso verbal de la ejecución y, por lo tanto, se proponga mediante citación dentro de los *diez* días, si se trata de sentencia de un tribunal o de una Corte y dentro de *cinco* días si se trata de una sentencia de juez inferior. Pero si el rebelde no estuvo presente a dicho acto de ejecución basta que la proponga mediante citación en los mismos términos (art. 477); puesto que si el proceso verbal del acto de ejecución es de tal naturaleza que no se presta a declaración de parte, como sucede con la ejecución que se hace con una simple notificación (por ejemplo, prenda en terceros) bastará que la oposición se proponga en el término supradicho. Hay, pues, un período, como ya hemos observado (§ 8 bis) durante el cual la sentencia en rebeldía tiene la ejecución provisional *ope legis*; esta ejecutoriedad desaparece con la oposición, a menos que haya sido también ordenada *por el juez* la ejecución provisional (art. 477 último párrafo).

Además el procedimiento de oposición es un procedimiento que se desarrolla en el *mismo grado* de aquel en el cual ha sido producida la sentencia; todos los principios del procedimiento de este grado, por ejemplo, acerca del cambio de la demanda se aplican en el juicio de oposición.

La *adhesión* a la oposición por parte del que habría podido hacer oposición por su cuenta, se hace mediante escrito en el tér-

mino establecido para responder en el procedimiento formal; y en el procedimiento ordinario mediante escrito en la primera audiencia. Ante los pretores puede hacerse verbalmente o por escrito y ante los conciliadores verbalmente.

Cuando el oponente no comparezca en el término señalado, la autoridad judicial a instancia de la otra parte que ha comparecido regularmente, desestima la oposición (art. 460). De esta sentencia no puede después hacerse oposición.