

# Aspectos procesales de la reforma del Derecho de las Obligaciones y de los Contratos<sup>(\*)</sup>

Andrea Proto Pisani<sup>(\*\*)(\*\*\*)</sup>

## 1. Premisa

En esta intervención dedicada a los aspectos procesales de la reforma del Derecho de las Obligaciones y de los Contratos procuraré brindar un recuento de los problemas con los cuales el procesal-civilista se tropieza en el estudio de la tutela jurisdiccional de los derechos en materia de obligaciones y contratos. Algunos de estos problemas tienen naturaleza estrictamente procesal, otros, quizás la mayoría, son problemas relevantes para el procesalista pero que tienen una relevancia preponderantemente sustancial. Me parece oportuno señalar tanto los primeros como los segundos.

## 2. La actuación de los deberes (*obblighi*) de hacer infungibles y de los deberes de no hacer y el problema de las medidas coercitivas

Los estudios de los últimos cuarenta años acerca de la relación entre derecho sustancial y proceso en el sector de las obligaciones ha sido puesto nuevamente en el tapete, y diría yo con mucha fuerza, la actualidad de un problema en el cual civilistas y procesal-civilistas habían llamado

la atención de los estudiosos durante los primeros decenios del siglo pasado<sup>(1)</sup>.

El problema puede ser resumido de la siguiente manera: la técnica de la ejecución forzada es una técnica que se funda en la sustitución (subrogación) del obligado por un tercero, para hacer que el acreedor (el titular del derecho) obtenga el bien que la ley o el contrato le atribuyen. A pesar de ello, la ejecución forzada es estructuralmente inidónea para asegurar el cumplimiento cuando la actuación forzada concierne a obligaciones (originarias o derivadas) infungibles: vale decir, obligaciones originarias o derivadas de hacer infungibles y obligaciones originarias de no hacer.

Aún en un plano de intersección parcial con el precedente, donde se desea atribuir a la tutela jurisdiccional de los derechos no solo la función represiva de eliminar los efectos de la violación ya realizada mediante la condena de devolver, restituir, resarcir, destruir, construir, conceder declaraciones de voluntad, sino también la función preventiva de evitar que la violación (casi siempre de un deber de no hacer, pero piénsese también en las obligaciones periódicas como por ejemplo, la de manutención<sup>(i)</sup>, etcétera<sup>(2)</sup>) se efectúe o continúe, la técnica de la ejecución forzada dirigida al pasado,

(\*) La traducción del presente texto, con autorización expresa del autor, estuvo a cargo de Renzo Saavedra Velazco, Bachiller de Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, asistente de docencia de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de Lima. Miembro fundador de la Asociación de Estudios de Derecho Privado. El traductor agradece la colaboración de Elena Velaochaga Francia miembro de la Asociación Civil *ius et veritas*.

En algunos casos, se ha mantenido en italiano y en cursiva los términos traducidos. En casos en los que una mayor explicación resultó necesaria, se ha incluido notas de traducción señaladas con números romanos, a efectos de facilitar y enriquecer la lectura del texto.

(\*\*) Profesor ordinario y director del Departamento de Derecho Privado y Procesal en la Università degli Studi di Firenze.

(\*\*\*) Destinado a los estudios dedicados a Vittorio Colesanti.

(1) Para las necesarias referencias bibliográficas sobre el argumento, remito a mis estudios previos, los cuales se encuentran hoy recogidos en: *Le Tutele Giurisdizionali Dei Diritti*. Capítulo III. Nápoles, 2003. pp. 75 y siguientes.

(i) En el Derecho peruano tales desembolsos se encontrarían incluidos bajo el concepto de "alimentos".

(2) En dichos casos se revelan particularmente útil la técnica de la condena a futuro sumada a la acción directa.

para eliminar los efectos de la violación ya verificada, no sirve, por lo que no es una técnica idónea.

El problema, evidentemente, no es nuevo y no resulta exclusivo de nuestro ordenamiento.

No obstante, luego las Constituciones de la segunda post-guerra han reconocido y garantizado los derechos inviolables de la persona humana, asumiendo por tanto una centralidad del todo particular. Se han multiplicado, en efecto, los derechos de la personalidad o las situaciones de libertad cuyo goce se encuentra asegurado por una red de deberes de no hacer, derechos respecto de los cuales no resulta técnicamente admisible aquella verdadera y propia operación de expropiación inherente a toda transformación del derecho, del derecho al bien al derecho a la indemnización pecuniaria: y ello porque no todos los bienes son reducibles a dinero.

Una mirada también superficial a los ordenamientos contemporáneos evidencia como todos prevén, en caso de incumplimiento de una obligación, la posibilidad del recurso no solo a la técnica de la ejecución forzosa, técnica que por su naturaleza es represiva y aplicable solamente en hipótesis incumplimiento de obligaciones fungibles (subrogables a través de la actividad de un tercero), sino también la técnica de las medidas coercitivas, técnica que también por su naturaleza es preventiva y aplicable, cuanto menos, al incumplimiento de obligaciones infungibles.

Las medidas coercitivas consisten en un agravamiento de la sanción contra el obligado, en la amenaza de una lesión a su interés más grave de aquella que ocasiona el cumplimiento, con el objeto de influir en su voluntad para inducirlo a cumplir -de manera espontánea- con su deber.

En base al tipo de exacerbación de la sanción o bien en base al contenido de la amenaza, las medidas coercitivas se pueden distinguir en tres grandes categorías:

a) Según el modelo que de manera aproximativa se puede indicar como modelo francés de las *astreintes*, el juez se encuentra autorizado, en el momento en el cual se pronuncia una condena al cumplimiento de deberes de hacer o de no hacer, a determinar la suma de dinero que el obligado deberá pagar al acreedor por cada día de retraso en la actuación de la resolución jurisdiccional; la suma de dinero no es comparable a los daños eventualmente sufridos por el acreedor, pero la

entidad considerada por el juez idónea para inducir el cumplimiento espontáneo: a tal fin se puede prever que la suma aumente en vista que la demora o la violación se prolongue en el tiempo. Según este modelo la suma de dinero no es debida al Estado pero sí al acreedor.

Este sistema, fruto de una elaboración de naturaleza casi exclusivamente jurisprudencial advenida en Francia durante el siglo pasado y recibido por la legislación recientemente, se encontraba previsto en vía general en el proyecto de Carnelutti de 1926 para asegurar el cumplimiento de los deberes de hacer y de no hacer; pero porque tal sugerencia no había sido recogida en el *Codice di Procedura Civile* de 1942 y, dado que en Italia no se había verificado aquella elaboración jurisprudencial desarrollada en Francia, este sistema de medidas coercitivas no es admitido, en vía general, por nuestro ordenamiento.

Las solas, sugestivas, aplicaciones en nuestro ordenamiento de esta técnica están constituidas por los artículos 124, segundo párrafo, y 131, segundo párrafo, del *Codice Della Proprietà Industriale* (Decreto Legislativo 30/2005, pero véase también los artículos 63, segundo párrafo, y 66, segundo párrafo, en las patentes por marca de imprenta, artículos 83, segundo párrafo, y 86, primer párrafo, en las patentes por innovación industrial), y del casi idéntico artículo 163, segundo párrafo, de la *Legge Sul Diritto D'autore* (así como su modificación por el artículo 24 del Decreto legislativo 68/2003) según el cual "el juez puede fijar una suma debida para toda violación o inobservancia sucesivamente constatada y por toda demora en la ejecución de la resolución".

Tales previsiones no resultan, sin embargo, susceptibles, de *iure condito*, de aplicación analógica, en cuanto no lo consiente el carácter penal, sea aún atenuado, propio de tales medidas las cuales constituyen penas pecuniarias "privadas" (y, en todo caso, sanciones).

b) El segundo modelo de medidas coercitivas es el disciplinado por los §§ 888 y 889 de la ZPO alemana y por los correspondientes §§ 354 y 355 de la EO austriaca. Como en las *astreintes* también estas medidas son utilizadas para el cumplimiento de deberes de hacer y de no hacer; las diferencias respecto del modelo precedente se deben al signo más marcadamente publicístico de las medidas coercitivas operantes en el ordenamiento alemán, como resulta de la previsión de una sanción

limitativa de la libertad personal (arresto), como de las circunstancias que las penas pecuniarias son entregadas al Estado y no al privado-acreedor.

Las hipótesis en las cuales nuestro ordenamiento hace uso de este modelo han ido en aumento con el transcurso del tiempo. Se puede iniciar con recordar el artículo 28 de la Ley 300/1970, con la cual, en caso de inobservancia (*inottemperanza*) del empleador de la resolución del juez con la cual se reprime una conducta antisindical, el comportamiento está sancionado con la pena a la cual al artículo 650<sup>(ii)</sup> del *Codice Penale* (en el mismo idéntico sentido véase en paralelo con los artículos 15 de la Ley 903/1977 y 4, undécimo párrafo, de la Ley 1259/1991 en tema de igualdad de trato entre hombre y mujer). Se pueden luego también recordar los artículos 44 del Decreto Legislativo 286/1998 y 4 del Decreto Legislativo 215/2003 que, en tema de represión de las discriminaciones religiosas, étnicas, etcétera, prevén que la inactuación de las resoluciones del juez es sancionada en el sentido de los artículos 388, primer párrafo, del *Codice Penale*. Finalmente, son de recordar el artículo 18 de la Ley 300/1970 que, en la hipótesis de condena a reintegrar un trabajador denominado sindicalista interno, sanciona la inobservancia del empleador no solo con el deber de corresponder al trabajador la retribución, sino también con el deber ulterior de corresponder al Fondo la adecuación de las pensiones a una suma equivalente al importe de la retribución debida; y los artículos 37 del *Codice del Consumo* (Decreto Legislativo 206/2005) que sanciona la inobservancia a la resolución del juez frente a la acción de las asociaciones de consumidores con el pago de una suma de dinero que debe ingresar al Estado (el cual luego debe entregar lo recibido para financiar iniciativas en beneficio de los consumidores).

También con respecto de este modelo es de excluir su utilización de *iure condito*, más allá de las hipótesis expresamente previstas por la ley, estando a la estructura de verdaderas y propias sanciones penales que se deben reconocer en las medidas coercitivas recordadas.

c) El tercer modelo de medidas coercitivas es el anglosajón del *contempt of court* (desprecio de la corte): el agravamiento de la sanción consiste en permitir al acreedor -en caso de ausencia de cumplimiento espontáneo a la sentencia civil- de hacer a instancia del mismo juez que ha pronunciado la sentencia, a fin de hacer declarar al que incumple culpable de *contempt* y hacerlo condenar al arresto (que, sin embargo, podrá ser impuesta “solamente a quien se encontraba en la concreta posibilidad de cumplir la obligación, es decir en particular quien tuviera la cosa que debe consignarse, o que posea el dinero que debe entregarse”) y/o al pago de una multa de la cual normalmente se beneficiará el acreedor. Este modelo, instrumento muy eficaz para el cumplimiento de deberes infungibles convenidos, a diferencia del sistema alemán, utiliza, en función de medida coercitiva, la predisposición en vía general de un delito teniendo por objeto todo acto de desobediencia a las resoluciones del juez o de desprecio a la autoridad judicial.

Alguna afinidad con este modelo podría presentar la utilización, en función de medida coercitiva atípica, el artículo 388, primer párrafo, del *Codice Penale*; pero es de notar como esta propuesta interpretativa, presentada autorizadamente por Giuliano Vassalli en 1938, ha sido rechazada, diría definitivamente, por la doctrina y la jurisprudencia que prevalece. Se debe, en cambio, recordar el artículo 388, segundo párrafo, del *Codice Penale*, que sanciona con la reclusión o la multa la elusión de las resoluciones del juez civil en tema de tutela de los menores o incapaces y en general a las resoluciones cautelares civiles (en defensa de la propiedad, de la posesión o del crédito, señala la disposición con una fórmula bastante clara).

### 3. Sigue

En esta situación qué hacer. Diría que hoy todos están a favor de la introducción de un sistema general atípico de medidas coercitivas y los problemas solo conciernen:

(ii) Artículo 650 del *Codice Penale*. Inobservancia de las resoluciones de la autoridad. Quien no observe una resolución legalmente expedida por una autoridad por razón de justicia o de seguridad pública o de orden público o de higiene, será sancionado, si el hecho no constituye un delito más grave, con el arresto hasta de tres meses o con una multa de hasta cuatrocientas mil liras.

a) Al modelo a adoptar como regla general, salvo la posibilidad para el legislador de prever medidas coercitivas típicas (diría yo reforzadas) en consideración de los particulares valores inherentes a hipótesis particulares.

b) La aplicabilidad de las medidas coercitivas solamente para la actuación de deberes infungibles no susceptibles por tanto de ser actuadas a través de la técnica de la subrogación de la ejecución forzada, o su aplicabilidad también a las hipótesis de resoluciones de condena al cumplimiento de deberes fungibles.

c) La clara individualización de los límites de aplicabilidad de las medidas coercitivas.

d) En cuanto al problema del modelo, en particular luego de las propuestas de reforma de la Comisión Tarzia<sup>(3)</sup>, y de los diseños de leyes de reforma denominadas urgentes por Fassino y Castelli, parecía haberse tenido decididamente en cuenta la adopción del modelo francés de las *astreintes*, con la atribución por tanto de la pena pecuniaria al deudor, independientemente de los daños efectivamente sufridos. Posteriormente, sin embargo, el diseño de las leyes es delega al denominado Grupo Vaccarella aprobado por el Consejo de Ministros del 24 de octubre del 2003, pareciera haber modificado el rumbo; ello en efecto prevé que las sumas de dinero deban ser entregadas en la forma del depósito judicial, y que las mismas sumas sean destinadas al acreedor en los límites del daño sufrido a causa del incumplimiento y su residuo al Estado.

A mi parecer una vez elegida, como al parecer también le sucede al Estado es la única elección practicable en tiempo breve, la vía de la condena a penas pecuniarias para conminar por cada demora en el cumplimiento, razones de eficiencia y economía del sistema conduzcan a acoger *in toto*<sup>(iii)</sup> el modelo de las *astreintes*, con atribución al acreedor de las penas pecuniarias<sup>(4)</sup>.

En cuanto a la liquidación de la pena pecuniaria, previa determinación del incumplimiento y de la entidad de su prolongación, me parece que se podría adoptar el recurso a las formas previstas por el artículo 669-*sexies*<sup>(iv)</sup> y por el artículo 669-*terdecies*<sup>(v)</sup>, permaneciendo a salvo en todo caso la posibilidad de recurrir al proceso ordinario de cognición.

Contemporáneamente ante la adopción de un similar modelo general de medidas coercitivas, serían por un lado revisadas las medidas coercitivas típicas ya previstas en nuestro ordenamiento con la eventual absorción de algunas en el sistema general; por otro lado, introducidas medidas coercitivas típicas modeladas en la sanción penal prevista por los artículos 388 o 650 del *Codice Penale*, en lo que respecta a la protección de los derechos de contenido y función no patrimonial como los derechos de la personalidad o las situaciones de libertad.

b) Luego, no logro ver las razones por las cuales una vez introducido un sistema general atípico de medidas coercitivas, este debería aplicarse solo al incumplimiento de deberes infungibles y no

(3) Que se puede leer en: *Riv. dir. proc.* Parte 1, 1996. pp. 945 y siguientes; pp. 956 y siguientes; y, 993 y siguientes.

(iii) Vale por: "en su totalidad".

(4) Comprensiva de los daños por (ulterior) demora en el cumplimiento. Sobre las penas pecuniarias privadas, véase: PATTI. *Pena Privata*. En: *Digesto Delle Discipline Privatistiche*. 4ta. edición. Sección civil XIII. Turín, 1995. pp. 949 y siguientes.

(iv) Primer párrafo del artículo 669. *Sexies del Codice di Procedura Civile*. El juez, oídas las partes, puede omitir toda formalidad no esencial al contradictorio, procediendo en la manera que considere más oportuna a los actos de instrucción indispensables en relación a los presupuestos y a los fines de la resolución requerida, y provee mediante decreto de acogimiento o al rechazo de la demanda.

(v) Artículo 669. *Terdecies del Codice di Procedura Civile*. Reclamo contra las resoluciones cautelares. Contra el decreto (*ordinanza*) con el cual, antes del inicio o en el curso de la causa de fondo, se hubiere concedido una resolución cautelar se admite el reclamo en los términos previstos por el segundo párrafo del artículo 739.

El reclamo contra las resoluciones del juez miembro del tribunal se propone ante el colegio, del cual no puede formar parte el juez que ha emanado la resolución reclamada. Cuando la resolución cautelar hubiere sido emitida por la Corte de Apelación, el reclamo se propone a otra sección de la misma Corte o, en su ausencia, en la Corte de Apelación más cercana.

El procedimiento se encuentra disciplinado por los artículos 737 y 738.

El colegio, convocado por las partes, pronuncia, dentro de los veinte días desde la interposición del recurso, el decreto (*ordinanza*) de no impugnación con el cual confirma, modifica o revoca la resolución cautelar.

El reclamo no suspende la ejecución de la resolución. Sin embargo, el presidente del tribunal o de la Corte que conocen del reclamo, cuando, por motivos sobrevenidos, la resolución cause grave daño, puede disponer con decreto (*ordinanza*) no impugnables la suspensión de la ejecución no subordinarla a la prestación de adecuada caución.

también de deberes fungibles. Esto independientemente de la consideración que continuamente, por ejemplo, en materia de violaciones de marcas, autorizaciones o de competencia desleal, pero el discurso podría ser extendido al deber de reintegración del lugar de trabajo -se está ante la presencia de deberes objetivamente fungibles-, pero que -en concreto- presentan graves dificultades cualitativas para ser desplegados en las formas de la ejecución forzosa de los deberes de hacer o de deshacer.

c) En cuanto, finalmente, a los límites de aplicabilidad de las medidas ejecutivas, estas, para la protección de la libertad personal, deberían comportar solo la exclusión de los deberes de trabajo autónomo o subordinado. Pero no se ocultan los motivos de oportunidad que podrían inducir a excluir también los deberes de los locadores a la restitución de los inmuebles destinados a uso de habitación.

#### 4. Diferencia entre la tutela en forma específica y el resarcimiento del daño ex artículo 2058

Antes de abandonar este tema de las medidas coercitivas que se mueve todo en torno a la aseguración de una tutela específica y no solo resarcitoria o por equivalente monetario a los derechos a un bien, quisiera desarrollar una breve

y rápida incursión sobre el tema de resarcimiento en forma específica ex artículo 2058<sup>(vi)</sup> del *Codice Civile*.

A mi parecer el artículo 2058 se mueve en torno y solo en el plano de la tutela resarcitoria y concierne solo una diferente modalidad de liquidación de los daños subordinada a una evaluación *lato sensu* discrecional del juez.

Es decir, para entendernos, la tutela específica de un derecho a la consignación de un bien o a la construcción o destrucción de una obra para efectuarla cuando sea necesario invadir la esfera posesoria del obligado, o también la tutela específica del derecho a la emisión de una declaración de voluntad, resulta toda ya prevista y disciplinada, sin margen de discrecionalidad alguno, de los artículos 2930, 2931, 2932 y 2933 del *Codice Civile*<sup>(vii)</sup>; nada tienen que ver con el resarcimiento en forma específica ex artículo 2058 *Codice Civile*<sup>(5)</sup>.

Digo esto porque muy seguido, quizás también por la ausencia de un sistema atípico de medidas coercitivas dirigido a asegurar en modo completo la tutela en forma específica, continuamente la jurisprudencia y también la doctrina han empleado el artículo 2058 del *Codice Civile* como la disposición general en tema de resarcimiento (tutela) en forma específica, es decir, el remedio (tutela) dirigido a hacer obtener al titular del derecho el bien al que tiene derecho<sup>(6)</sup>.

(vi) Artículo 2058 del *Codice Civile*. Resarcimiento en forma específica. El damnificado puede solicitar la reintegración en forma específica, cuando la misma resulte en todo o en parte posible.

Sin embargo, el juez puede disponer que el resarcimiento se realice solo por el equivalente, si la reintegración en forma específica resulta excesivamente onerosa para el deudor.

(vii) Artículo 2930 del *Codice Civile*. Ejecución forzada por consignación o liberación. Si no se ha cumplido con un deber de consignar una cosa determinada, mueble o inmueble, el titular del derecho puede obtener la consignación o la liberación forzada según las disposiciones contenidas en el *Codice di Procedura Civile*.

Artículo 2931 del *Codice Civile*. Ejecución forzada de los deberes de hacer. Si no se ha cumplido con un deber de hacer, el titular del derecho puede obtener que el mismo sea ejecutado a costa del obligado en las formas establecidas por el *Codice di Procedura Civile*.

Artículo 2932 del *Codice Civile*. Ejecución específica del deber de concluir un contrato. Si aquel que se encuentra obligado a concluir un contrato no cumple su obligación, la otra parte, cuando sea posible y no se encuentre excluido por el título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido.

Si se trata de contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada o la constitución o la transferencia de otro derecho, la demanda no puede ser admitida, si la parte que la ha propuesto no ejecuta su prestación o no la hubiere ofrecido en los modos establecidos por ley, a menos que la prestación aún no resulte exigible.

Artículo 2933 del *Codice Civile*. Ejecución forzada de los deberes de no hacer. Si no se ha cumplido con un deber de no hacer, el titular del derecho puede requerir que sea destruido, a costa del obligado, lo que hubiere sido hecho en violación del deber.

No puede ser ordenada la destrucción de la cosa y el titular del derecho puede obtener solo el resarcimiento de los daños, si la destrucción de la cosa genera un perjuicio a la economía nacional.

(5) Véase: *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 4ta. edición. Nápoles, 2002. pp. 755 y siguientes; y, pp. 761 y siguientes.

(6) Para las referencias bibliográficas sobre el argumento reenvío a: DI MAJO. *La Tutela Civile dei Diritti*. 3era. edición. Milán, 2003. pp. 261 y siguientes.

(...) aquellos que privilegian el componente privatístico del proceso están a favor de la más amplia protección de la libertad de las partes de determinar el objeto del proceso y del juicio (...)

Una interpretación semejante es fuente solamente de confusión y de pérdida de garantías. Fuente de confusión en cuanto sobrepone el artículo 2058 a los artículos 2930 a 2933 del *Codice Civile* creando una inútil duplicación. Fuente de pérdida de garantías en cuanto arriesga subordinar la tutela en forma específica ex artículos 2930 a 2933 a la valoración *lato sensu* discrecional ex artículo 2058, segundo párrafo, del *Codice Civile*. Una reforma del Derecho de las Obligaciones debería aportar una claridad definitiva sobre el punto.

Antes de continuar, una última observación. Ha sido un mérito de los estudios recientes<sup>(7)</sup>, desarrollados particularmente inmediatamente después de la Sentencia 500 de 1999, en tema de resarcimiento de los intereses legítimos, el haber puesto en evidencia que en donde se encuentre prevista la posibilidad de una tutela específica, tutela dirigida a obtener el bien al cual se tiene derecho, luego del incumplimiento del obligado corresponde a la libertad del titular del derecho escoger si opta por la tutela específica o por el contrario por la tutela resarcitoria. Se trata, como es notorio, de un tema clásico en el cual una intervención clarificadora en sede de reforma sería, cuando menos, bastante oportuna<sup>(8)</sup>.

## 5. El problema del concurso de derecho y de normas

Un tema delicadísimo que una reforma del Derecho de las Obligaciones y de los Contratos no puede, en mi opinión, eludir es aquel del concurso de derechos (o de acciones) y, por contraposición, del concurso de normas<sup>(9)</sup>.

Se trata de hipótesis de derechos que poseen el mismo (o análogo) contenido económico, que coexisten en un mismo momento, y caracterizados por el hecho de por un lado la figura (*fattispecie*) de la cual derivan tiene un núcleo común que hunde sus raíces en un mismo acaecimiento (*vicenda*) histórico, por otro lado la satisfacción de uno extingue a los otros.

En casos de tal especie, donde sea deducido en juicio un derecho fundado sobre un determinado hecho constitutivo (y sobre la referencia a una determinada norma), ¿el juicio de rechazo precluye -o no- la sucesiva demanda con la cual se hace valer el derecho que posee un mismo contenido, pero fundado sobre una hipótesis (*fattispecie*) constitutiva parcialmente diversa y en base a la referencia a una norma diferente?

¿El rechazo de la acción de responsabilidad contractual precluye -o no- la acción, sucesivamente propuesta, de responsabilidad extracontractual que se funda en el mismo acaecimiento histórico? ¿El rechazo de la acción fundada sobre una relación de trabajo subordinado precluye -o no- la acción, sucesivamente propuesta, fundada sobre la prestación de la misma actividad laboral, ahora, sin embargo, calificada como de trabajo autónomo? ¿El rechazo de la acción dirigida a obtener las correspondientes retribuciones debidas al mandatario, ex artículo 1720 del *Codice Civile*<sup>(viii)</sup>, precluye -o no- la sucesiva acción dirigida a obtener el reembolso de los gastos que el artículo 2031 del *Codice Civile*

(7) Me refiero en particular a: PAGNI. *Tutela Specifica e Tutela per Equivalente*. Milán, 2004; y, ORSI BATTAGLINI. *Alla Ricerca Dello Stato di Diritto: Per una Giustizia "Non Amministrativa"*. Milán, 2005.

(8) En general sobre el tema tratado en este párrafo véase el comentario y las notas al artículo 9: 102 de la Comisión dirigida por Ole Lando. LANDO, Ole *Principios de Derecho Europeo de los Contratos*. Milán, 2001. pp. 444 y siguientes.

(9) Véase: HEINITZ. *I Limiti Oggettivi Della Cosa Giudicata*. Padua, 1937. pp. 165 y siguientes; y, CERNO CANOVA. En: ALLORIO, E. *Commentario al c.p.c. II*. Turín, 1980. pp. 172 y siguientes, y pp. 191 y siguientes; S. MENCHINI. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milán, 1987. pp. 232 y siguientes; S. MENCHINI. *Il giudicato civile*. 2da. edición. Turín, 2002. pp. 163 y siguientes; y por último, A. RENZI. *Divieto di domanda nuova e rapporti tra domanda originaria di adempimento contrattuale e quella successiva di arricchimento senza causa*. En: *Riv. Dir. Civ. II*. 2003. pp. 511 y siguientes.

(viii) Artículo 1720 del *Codice Civile*. Gastos y compensación del mandatario. El mandante debe reembolsar al mandatario los anticipos, con los intereses legales desde el día en el cual hubieren sido hechos, y debe pagar las compensaciones que se espera.

reconoce en casos de gestión de negocios? ¿El rechazo de la acción de responsabilidad propuesto contra el padre ex artículo 2048 del *Codice Civile*<sup>(ix)</sup>, precluye -o no- la sucesiva acción de responsabilidad ex artículo 2049 del *Codice Civile*<sup>(x)</sup> contra el padre que resulte al mismo tiempo también “patrón o comitente” respecto del hijo? ¿El rechazo de la acción cambiaría precluye -o no- la acción fundada en la relación causal subyacente? ¿El rechazo de la demanda de cumplimiento del contrato (por ejemplo por nulidad del contrato mismo) precluye -o no- la sucesiva demanda de enriquecimiento sin causa ex artículo 2041 del *Codice Civile*<sup>(xi)</sup>? ¿El rechazo de una pretensión personal de entrega de un bien determinado precluye -o no- la sucesiva acción de entrega del mismo bien fundada en la propiedad?

En cada una de estas hipótesis, si se afirma que el derecho sustancial es único, estaremos ante la presencia de un fenómeno de mero concurso de normas, con la consecuencia de que por un lado el juez se encontrará absolutamente libre (en fuerza del principio *iura novit curia*) de acoger la demanda también sobre la base de una fundamentación jurídica diversa de aquella indicada por el actor (y el actor estará a su vez libre no solo de alterar la indicación normativa, sino también de alegar los hechos ulteriores que fundan su derecho en la medida de la distinta norma sin incurrir en la prohibición de demanda nueva) o por otro lado la declaración de rechazo precluirá la demanda sucesiva (con la consecuente oportunidad que el actor pueda deducir en juicio todos los hechos ulteriores respecto del núcleo común del acaecimiento histórico que podrían justificar la existencia del derecho).

Si por el contrario los derechos sustanciales son reconstruidos como derechos diversos, estaremos ahora frente a un fenómeno de “concurso de derechos” (o de acciones), con la consecuencia que, por un lado, el juez no podrá hacer aplicación del principio *iura novit curia* donde, en consideración de la distinta norma por el individualizada cambia la relevancia jurídica de los hechos alegados por el actor o resultan relevantes hechos ulteriores a aquellos no alegados (y el actor a su vez -más allá de los problemas de mero *nomen iuris*- no podrá alterar la indicación normativa y alegar hechos ulteriores que fundan la existencia de un derecho diverso, así como concurrente), por otro lado, la declaración de rechazo no precluirá la demanda sucesiva con la cual se haga valer el derecho concurrente.

El problema resulta desde siempre una cruz y la delicia de los procesal-civilistas (y de los penalistas por la afinidad con el tema del concurso formal de delitos y del concurso aparente de normas). El problema, en realidad, como ha sido evidenciado bien por los estudiosos que más recientemente se han aventurado (*cimentato*) con el difícil tema (Cerino Canova, Menchini), es el típico problema de derecho sustancial: es, sin embargo, ciertamente complicado por la circunstancia que dependiendo del cambio de la norma a menudo se verifican alteraciones en el tema de repartición de la carga de la prueba (piénsese en el tránsito de la acción de responsabilidad contractual a la de responsabilidad extracontractual, o de la acción ex artículo 2048 del *Codice Civile* a aquella ex artículo 2049 del *Codice Civile*), en tema de plazos prescriptorios, en tema de competencia y en tema de procedimientos (*rito*).

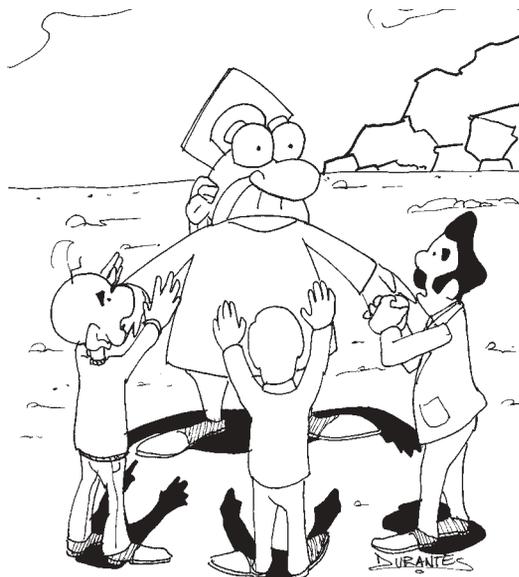
El mandante debe además resarcir los daños que el mandatario hubiere sufrido a causa del encargo.

- (ix) Artículo 2048 del *Codice Civile*. Responsabilidad de los padres, tutores, preceptores y de maestros de arte. El padre y la madre, o el tutor, son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de los menores no emancipados o de las personas sujetas a su tutela, que habitan con ellos. La misma disposición se aplica a las entidades de afiliación. Los preceptores y aquellos que enseñan un oficio o un arte son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de sus pupilos y aprendices durante el tiempo en que se encuentren bajo su vigilancia. Las personas indicadas en los párrafos precedentes quedan libres de la responsabilidad solamente si prueban no haber podido impedir el hecho.
- (x) Artículo 2049 del *Codice Civile*. Responsabilidad de los patrones y comitentes. Los patrones y los comitentes son responsables por los daños causados por el hecho ilícito de sus domésticos y encargados en el ejercicio de las actividades que le han sido delegadas.
- (xi) Artículo 2041 del *Codice Civile*. Acción general de enriquecimiento. Quien, sin justa causa, se ha enriquecido en perjuicio de otra persona se encuentra obligado, en los límites del enriquecimiento, a indemnizar a aquel la correlativa disminución patrimonial.

En caso que el enriquecimiento tuviere por objeto una cosa determinada, aquel que lo ha recibido se encuentra obligado a restituirla en natura, si subsiste al tiempo de la demanda.

Las dificultades del tema son verdadera y propiamente de sexto grado superior. Así que en esta sede no nos podemos limitar a reenviar a quien por último (Menchini), luego de haber afirmado que de unicidad de derecho o de efecto jurídico se puede hablar en la presencia de un “episodio de la vida descomponible, en base a las normas aplicables, en una *fattispecie* concreta unitaria”, ha hecho aplicación de las relaciones de “exclusión”, “especialidad”, “subsidiaridad” y “absorción” entre las normas y de la relación de “coincidencia cronológica” entre acontecimientos históricos que integran más normas y sobre tal base ha resuelto la mayor parte de las hipótesis antes aludidas en el fenómeno de concurso de normas, reduciendo el área de concurso de derechos a los fenómenos de plena autonomía fáctica y jurídica (entre las cuales restarían sobre todo los ejemplos del concurso de acciones personales y reales a la entrega del mismo bien; y, de acción cambiaria y causal). Me parece que este análisis, unido a aquel desarrollado pocos años antes por Cerino Canova, ofrece finalmente las bases para poder plantear también en Italia un sólido debate doctrinal y jurisprudencial sobre los temas a los cuales se ha aludido en este parágrafo.

Antes de concluir este difícil tema y entregárselo casi *in toto* a los estudiosos del derecho sustancial, quisiera llamar la atención sobre el hecho que la solución de las particulares hipótesis de concurso en clave de concurso de normas (con sus embrollos [*ammennicoli*] procesales sobre la admisibilidad de la modificación de la demanda también en apelación y de la imposibilidad de reiterar los juicios relativos en sustancia al mismo bien de la vida y que se derivan del mismo acaecimiento histórico) o de concurso de derechos (con sus embrollos procesales sobre la inadmisibilidad de la nueva demanda y de la imposibilidad de reiterar los juicios) encuentra escasa ayuda por los valores que se debaten en el proceso. Es de notar, en efecto, que el proceso civil tiene un doble espíritu<sup>(10)</sup>: privatístico, por un lado, en atención a la naturaleza normalmente privada disponible en el derecho que constituye su objeto; publicístico, por otro lado, dado que el



proceso, en cuanto ejercicio de la jurisdicción estatal, tiene carácter y naturaleza pública. De allí se sigue que aquellos que privilegian el componente privatístico del proceso están a favor de la más amplia protección de la libertad de las partes de determinar el objeto del proceso y del juicio: están a favor, por tanto, de la reconstrucción de las hipótesis en examen en clave de concurso de derechos; los que, en cambio, privilegian el componente publicístico del proceso están a favor de la protección de valores como la economía de los procesos, la efectiva y completa tutela en un único proceso del bien de la vida requerido por el actor: están a favor, por tanto, de la reconstrucción de las hipótesis en examen en clave de concurso de normas en coherencia del *brocardo narra mihi factum dabo tibi ius*.

## 6. Las impugnaciones negociales entre las acciones constitutivas y el derecho potestativo sustancial

Ahora toca ocuparse de las impugnaciones de carácter negocial: la anulación, la rescisión y la resolución.

Como resulta evidente, según la interpretación absolutamente mayoritaria, en nuestro

(10) Véase: *Codice di Procedura Civile Fra Pubblico e Privato*. En: *Quaderni Fiorentini*. 1999. pp. 713 y siguientes.

(xii) Cuarto párrafo del artículo 1442 del *Codice Civile*. Prescripción (...)

La anulabilidad puede ser opuesta por la parte recurrida para la ejecución del contrato, aún si la acción para hacerla valer hubiere prescrito.

ordenamiento, a diferencia del alemán, las impugnaciones negociales estarían reconstruidas como acciones de tipo constitutivo y no como derechos potestativos sustanciales; es decir estarían reconstruidas, según el esquema de la teoría general norma-hecho-poder sobre el presupuesto-determinación judicial-efecto y no ya como norma-hecho-poder sobre el presupuesto-efecto. El efecto anulatorio, rescisorio o resolutorio del contrato se conseguiría solamente luego de la determinación judicial de la causa de anulación, rescisión o resolución y no ya al ejercicio aun extrajudicial, del derecho potestativo sustancial que atribuye relevancia a las particulares causas de anulación, rescisión o resolución.

Esta reconstrucción tradicional no resultaba satisfactoria desde mucho tiempo atrás. Limitando aquí el discurso a lo esencialmente necesario, ella antes que nada contrasta con la disciplina no solo de la excepción de anulación ex artículo 1442<sup>(xiii)</sup> sino también con la disciplina de la convalidación del contrato anulable contenida en el artículo 1444, segundo párrafo<sup>(xiii)</sup>, del *Codice Civile* que parece presuponer la posibilidad que la parte que ha sufrido el error, la violencia, el dolo puede rehusar -evidentemente ejercitando por vía extrajudicial el derecho potestativo de anulación- el cumplimiento del contrato de donde se evita la convalidación tácita. Todavía, sobre el plano práctico se ha observado como frente a la negativa de cumplir motivada por la subsistencia de una particular causa de anulación, rescisión o resolución la tutela del otro contratante impone, o impondría, considerar que estos se encuentran liberados del vínculo contractual desde el momento de la declaración extrajudicial de la contraparte, obviamente siempre que no considere oponerse a la causa de anulación, rescisión o resolución y pretender la ejecución del contrato.

Me parece que, también a la luz de estudios recientes dedicados al tema<sup>(11)</sup>, ha llegado el momento de optar en vía legislativa en favor de la solución alemana y dictar una disciplina clara que configure la anulación, la rescisión y la resolución

siempre como derecho potestativo sustancial y no como acción constitutiva.

## 7. Sigue: el objeto del proceso y del juicio

Independientemente de la solución que se intente dar al último problema señalado, resulta de gran relevancia práctica además de teórica la individualización del objeto del proceso y del juicio en tema de impugnaciones negociales. En estas hipótesis, en efecto, el legislador vincula la manifestación de efectos jurídicos impeditivos o extintivos a varios hechos jurídicos que pueden existir al mismo instante, pero el juicio, que determine el impedimento o la extinción de la eficacia de un contrato (o de un negocio unilateral) para uno de tales hechos, precluye la demanda sucesiva que se funde sobre otro hecho impeditivo o extintivo.

En concreto: las particulares causas de nulidad, el error, la violencia, el dolo, la incapacidad, el estado de peligro, el estado de necesidad son todos hechos que pueden coexistir y a los cuales el legislador vincula (en vía automática o luego de la necesaria intermediación del poder de una parte) la manifestación de efectos impeditivos o extintivos de la relevancia de una misma relación contractual. En todas estas hipótesis es pacífico (a pesar que muchas puedan ser las explicaciones) que el juicio que pronuncie la nulidad, la anulación, la rescisión del contrato luego de la determinación de la existencia de uno de tales hechos impeditivos o extintivos precluye la proposición de una impugnación negocial sucesiva fundada sobre otro hecho no deducido en el primer juicio.

El problema práctico que se coloca es el siguiente: ¿la declaración de rechazo de la impugnación negocial fundada sobre un determinado hecho impeditivo o extintivo precluye -o no- la segunda demanda con la cual el mismo contrato sea impugnado sobre la base de un hecho impeditivo o extintivo no deducido en el primer proceso?<sup>(12)</sup>

(xiii) Segundo párrafo del artículo 1444 del *Codice Civile*. Convalidación (...)

El contrato puede ser convalidado, si el contratante al cual se le otorgaba la acción de anulación le hubiere dado voluntariamente ejecución conociendo el motivo de la anulabilidad.

(11) Véase: PAGNI. *Le Azioni di Impugnativa Negociale*. Milán, 1998; y, SACCO. *Il Contratto*. 3ra. edición. Turín, 2004. pp. 493 y siguientes; y, pp. 611 y siguientes.

(12) Y todavía: en el mismo instante pueden existir varias justas causas o motivos justificativos idóneos a ser expuestos por el empleador en base de su negocio unilateral de despido, así como un mismo despido puede resultar al mismo tiempo ilegítimo por ausencia de justa causa o motivo justificado, para nulidad, ex artículo 4 de la Ley 604/1966, o por

Nuestro derecho positivo guarda silencio en este tema. Se trata de cuestiones de gran relevancia práctica que en gran parte prescinden del problema antes mencionado de la reconstrucción -o no- de la anulación, rescisión o resolución en clave de derecho potestativo sustancial o de acción constitutiva.

El problema es susceptible de muchas soluciones según que, luego de la proposición de una impugnación negocial, el objeto del proceso y del consiguiente juicio se determine: (i) en el derecho potestativo (o en la invalidez del acto) específico la base del particular hecho impeditivo o extintivo; (ii) en el derecho potestativo (o en la invalidez del acto) específico no sobre la base del particular vicio, sino sobre la base del tipo de invalidez o ineficacia (anulación, nulidad, rescisión, etcétera); (iii) en la relación jurídica deducida en juicio.

En la primera hipótesis la declaración de rechazo no precluye la acción de impugnación negocial sucesiva con la cual se hace valer un vicio no deducido en el primer juicio.

En la tercera hipótesis (y con menor intensidad en la segunda) la declaración de rechazo precluye en cambio la acción de impugnativa negocial sucesiva aunque se funde sobre vicios no deducidos en el primer juicio.

No obstante la enorme relevancia práctica del problema, carece de una solución que pueda calificarse mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia<sup>(13)</sup>.

En esta sede son oportunas algunas observaciones.

Antes que nada debemos señalar que el problema se presenta solo donde la impugnación negocial se haga valer en vía principal: en efecto, en el caso en el que en vía principal se hubiere deducido la relación obligatoria que deriva del

contrato o del negocio, pretendiéndose la ejecución del contrato, el juicio se formará sobre la eficacia (o sobre la ineficacia) de la relación, y los particulares hechos impeditivos o extintivos de la eficacia jurídica del contrato resultarán todos precluidos en base al principio según el cual el juicio abarca lo deducido y lo deducible, principio respecto del cual es del todo indiferente si la relevancia de la eficacia de los particulares hechos impeditivos o extintivos se encuentra subordinado o no a un poder de excepción reservado a una parte.

En segundo lugar la relevancia ahora desarrollada permite observar que -donde se quisiese argumentar desde el principio de corresponsabilidad de las partes del proceso- se debería estar inducido a considerar que en las acciones de impugnación negocial el objeto del proceso resulta la entera relación y no solamente el particular derecho potestativo (o la invalidez del acto individualizada sobre la base del particular vicio): es decir, que la proposición de una impugnación negocial consume -en fuerza de la aplicación del demandante (el cual, no se olvide, resulta siempre beneficiado respecto del contenido, porque es este quien elige el momento en el que se inicia el proceso)- todos los hechos impeditivos o extintivos de la eficacia jurídica del contrato o del negocio<sup>(14)</sup>.

A mi parecer una reforma del Derecho de los Contratos podría constituir la ocasión para una toma de posición sobre el tema en examen.

Indico sintéticamente los motivos según los cuales me parece se debería elegir la solución según la cual el objeto del proceso y del juicio debe siempre considerar la relación contractual sea que se pretenda la ejecución del contrato sea que se pretenda la nulidad, la anulación, la rescisión o la resolución.

vicios de forma. En tal caso, ¿el pronunciamiento de legitimidad del despido por ausencia de la justa causa o de motivo justificado indicado por el empleador, precluye -o no- a estos la posibilidad de renovar el despido sobre la bases de otra causa justa o de otro motivo justificado ya existente al momento del primer despido? Más aun: ¿la declaración de rechazo de una impugnación de despido basada sobre una específica causa de anulabilidad, nulidad, ineficacia precluye -o no- la segunda demanda con el cual el mismo despido sea impugnado sobre la base de un diverso motivo de legitimidad?, etcétera.

(13) Para el estado de la doctrina y de la jurisprudencia, véase: MENCHINI. *Il giudicato civile*. pp. 133 y siguientes.

(14) Al respecto, es de anotar que Chiovenda (*Istituzioni* 111), a pesar que acoge una noción extremadamente restrictiva del objeto del proceso en tema de impugnaciones negociales, si bien rendía cuenta de tal exigencia donde, una atemperación de tal concepción, observaba: "los posibles inconvenientes de esta reiteración indefinida de juicios puede remediarlo el demandado requiriendo en vía de reconvención una sentencia que declare válido el acto en general".

El discurso debe moverse desde la noción de derecho potestativo. Me parece que las dificultades que siempre ha encontrado la doctrina para reconducir la figura del derecho potestativo al ámbito de la noción de derecho subjetivo, derivan todas de la siguiente particularidad del derecho potestativo: se está ante la presencia de una situación subjetiva que tiene autónoma relevancia solo antes de su ejercicio.

Una vez ejercitado (en vía extrajudicial o en el curso del mismo proceso), el derecho potestativo sustancial se extingue por consumarse, por la consecución de su función: luego del ejercicio del derecho potestativo lo que las partes pueden discutir en el proceso no es la existencia o no del derecho potestativo sino solo la existencia o no (de los hechos modificativos, impeditivos o extintivos que el ejercicio del derecho potestativo tiene la pretensión dar relevancia: es decir, solamente) de las situaciones subjetivas de pretensión, facultad, deber, sujeciones modificativas, impeditivas o extintivas como consecuencia de la *fattispecie* compleja constituida por los hechos modificativos, impeditivos o extintivos más el acto de ejercicio del derecho potestativo (acto de ejercicio que constituye el hecho que da relevancia o que condiciona los efectos de los hechos modificativos, impeditivos o extintivos). Sin embargo, o en otros términos, como es pacífico que el objeto del proceso, el derecho hecho valer en juicio es el efecto jurídico, la situación jurídica subjetiva, nunca los hechos o la norma, así me parece debería ser igualmente pacífico que el derecho potestativo sustancial -una vez ejercitado- se ubicará sobre el mismo plano en el cual se colocan los hechos y las normas: y, por lo tanto, objeto del proceso pueden ser solo las situaciones subjetivas modificadas, impedidas o extintas con posterioridad de la relevancia atribuida a los relativos hechos modificativos, impeditivos o extintivos por el ejercicio del derecho potestativo.

El derecho potestativo sustancial, por tanto, al menos luego de su ejercicio, no parece poseer la autonomía necesaria para constituir el derecho

hecho valer en juicio: el objeto del proceso y del juzgamiento<sup>(15)</sup>.

Si estos relieves de la teoría general son correctos, se debería derivar la siguiente importante consecuencia con respecto del objeto del proceso originado por una impugnación negocial (sea esta reconstruida como derecho potestativo sustancial o como acción constitutiva, sea que esta hubiere sido ya ejercitada en vía extrajudicial o sea ejercitada con el mismo acto con el cual se inicia el proceso): objeto del proceso y del juicio resultan siempre las situaciones subjetivas constituidas, modificadas, impedidas o extintas que como consecuencia de la relevancia atribuida a los relativos hechos constitutivos, modificativos, impeditivos o extintivos del ejercicio del derecho potestativo (sustancial o de necesario ejercicio judicial); con la consecuencia práctica de excluir, en caso de rechazo de la demanda con la cual se ha hecho valer en juicio el efecto del ejercicio (extrajudicial o judicial) de uno de varios derechos potestativos (de anulación, rescisión, resolución, etcétera) dirigidos a la producción del mismo efecto impeditivo o extintivo, que el actor pueda hacer valer en un juicio sucesivo autónomo, algún efecto concurrente como consecuencia del ejercicio de otro derecho potestativo.

Y ello porque el derecho potestativo sustancial o el derecho potestativo de necesario ejercicio judicial luego de su ejercicio se extinguen siempre por consumirse (con la única particularidad que la extinción de los derechos potestativos de necesario ejercicio judicial se encuentra condicionada suspensivamente al resultado del proceso luego de una sentencia de fondo), una vez atribuida relevancia al hecho constitutivo, modificativo, impeditivo o extintivo; así que es necesario considerar que el derecho hecho valer en juicio, objeto del proceso y del juzgamiento, no resulta una situación subjetiva ahora extinta, sino las situaciones subjetivas que hubieren sido constituidas, modificadas, impedidas o extinguidas luego de la determinación judicial de los hechos a los cuales ha atribuido relevancia el ejercicio del derecho potestativo sustancial o de necesario ejercicio judicial: objeto del proceso y

(15) Los relieves desarrollados valen también donde la contestación concierne únicamente la legitimidad formal de la modalidad de ejercicio del poder; la única particularidad de esta segunda hipótesis está constituida por el hecho de que el ejercicio del poder según una modalidad ilegítima normalmente no consume el poder mismo, con la consecuencia de que su ejercicio podrá ser renovado a pesar que después el juicio haya determinado su ilegítimo ejercicio formal.

del juicio no es el derecho potestativo (sustancial o de necesario ejercicio judicial) ahora extinto luego de su ejercicio, sino siempre la relación contractual.

#### 8. Problemas procesales y sustanciales en tema de oponibilidad de los vicios (o la ineficacia) del contrato a los terceros sub-adquirentes

El último tema que quisiera tratar concierne a la oponibilidad o no de los vicios (o de la ineficacia) del contrato a los terceros sub-adquirentes en los que hubiere incurrido su *dante causa* (transferente).

Es necesario distinguir según que los terceros sub-adquirentes hubieren devenido tales antes del inicio del proceso o después de su instauración.

Si los terceros sub-adquirentes hubieren devenido tales antes del inicio del proceso, entonces el único problema que se genera es el siguiente: puesto que la oponibilidad de la nulidad, de la anulación, de la simulación, de la revocatoria se encuentra disciplinada por normas como el artículo 2652, numeral 6, y los artículos 1445<sup>(xiv)</sup>, 1415, 2901, la sentencia que pronuncia, en su ausencia, la nulidad, la anulación, la simulación, la revocatoria es eficaz -o no- frente a ellos. Es un típico problema de límites subjetivos del juzgamiento sobre los cuales el legislador sustancial podría pronunciarse, como lo ha hecho por ejemplo en el artículo 1595 del *Codice Civile* en tema de eficacia frente al sub-arrendatario de la sentencia de nulidad o de resolución del contrato de arrendamiento. No oculto sin embargo el hecho que el tema podría, no sin razón, ser dejado abierto por el *Codice Civile* y remitirse *in toto* al *Codice di Procedura Civile*, el solo legitimado a tratar de las modalidades a través de las cuales se asegura el derecho de defensa a tales terceros.

En cambio, sustancial y procesal a un tiempo resulta el tema de si a los terceros sub-

adquirentes, los cuales devinieron en tal situación luego de la instauración del proceso, se encontrarían siempre susceptibles a que se les opusiese -o no- los vicios (o la ineficacia) del contrato de su *dante causa*.

El tema se encuentra estrechamente vinculado con el principio según el cual la duración del proceso no tiene que producir daños al actor que tiene razón, tema que -propiamente con referencia al problema ahora en examen- encuentra manifestación emersión sea respecto del instituto vecino de la inscripción de la demanda judicial, sea respecto del secuestro judicial y a su idoneidad para neutralizar solamente los actos de disposición material o aún los actos de disposición jurídica<sup>(16)</sup>.

Con posterioridad a un resultado jurisprudencial, el tema fue lúcidamente puesto en evidencia por Walter Bigiavi en un estudio suyo del año 1954<sup>(17)</sup>.

Propuesta la demanda de resolución de un contrato de cesión de bienes, la relativa sentencia de acogimiento de la demanda es -o no- eficaz contra el tercero sub-adquiriente que hubiere devenido tal luego del inicio del proceso? El problema antes que uno de límites subjetivos del juzgamiento es un problema también sustancial de oponibilidad al tercero sub-adquiriente, que hubiere devenido tal después del inicio del proceso, de los vicios del contrato de su *dante causa*. En la solución del problema debe prevalecer el artículo 1458 del *Codice Civile* que establece, en vía general, la inoponibilidad a los terceros sub-adquirientes de la resolución (pero al mismo tiempo hace explícitamente mención, respecto de los bienes inmuebles, las normas sobre la inscripción de la demanda de resolución), o en cambio un diverso principio general (al caso solo derivado del artículo 808, primer párrafo, del *Codice Civile* respecto del tema de revocación de las donaciones, no ciertamente del artículo 111<sup>(xv)</sup> del *Codice di Procedura Civile* que es una norma procesal, no aplicable, por otro lado, *stricto iure* a

(xiv) Artículo 1445 del *Codice Civile*. Anulabilidad en el contrato plurilateral. En los contratos indicados por el artículo 1420 la anulabilidad que concierne al vínculo de una sola de las partes no importa la anulación del contrato, salvo que la participación de esta deba, según las circunstancias, considerarse esencial.

(16) Sobre el punto, véase: CAPONI. *Il Sequestro Giudiziario di Beni nel Processo Civile*. Milán, 2000.

(17) *Risoluzione per inadempimento ed alienazione della cosa litigiosa*. En: *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1954. pp. 153 y siguientes. Para ulteriores referencias de doctrina y jurisprudencia, reenvío a mi nota publicada en: *Foro it.* 1981. p. 359; republicada en: *Osservazioni e note sul processo civile*. Nápoles, 2004. pp. 723 y siguientes.

(xv) Artículo 111 del *Codice di Procedura Civile*. Sucesión a título particular en el derecho controvertido. Si en el curso del proceso se transfiere el derecho controvertido *per acto* entre vivos a título particular, el proceso prosigue entre las partes originales.

hipótesis de tal especie en las cuales no hay identidad entre derecho objeto del proceso y derecho objeto de transferencia) según el cual los vicios del contrato serían siempre oponibles (independientemente de los requisitos de gratuidad, conciencia del vicio o momento de la adquisición del tercero) a los terceros sub-adquirentes que

hubieren devenido tales después del inicio del proceso en el cual sea deducido el vicio (o ineficacia) de la adquisición de su *dante causa*.

Se trata, como todos pueden observar, de un típico problema de frontera entre el Derecho sustancial y el Derecho Procesal, problema que una reforma del Derecho de los Contratos no debería eludir. <sup>12</sup>

Si la transferencia a título particular sucede a causa de muerte, el proceso prosigue con el sucesor universal o en su contra.

En todo caso el sucesor a título particular puede intervenir o ser llamado en el proceso y, si las otras partes lo consienten, el transferente o el sucesor universal pueden ser retirados.

La sentencia pronunciada contra estos últimos despliega también sus efectos contra el sucesor a título particular y es impugnabile también por él, salvo las normas sobre la adquisición de buena fe de bienes muebles y su inscripción.