



La anticipación de los efectos constitutivos de la Sentencia antes de la cosa juzgada

Anticipation of the Constitutive Effects of the Sentence in the Light of Jeopardy

Alessandro TRINCHI

Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale, Italia.

Resumen

El factor tiempo representa un elemento fisiológico, indispensable y patológico del desarrollo y la duración del proceso. Existen procedimientos relativamente breves, procesos en los que se requiere conocimientos más profundos y procedimientos en los que se prevé la aparición de ciertos efectos. Una sentencia, aún sujeta a impugnación y, por lo tanto, aún no siendo definitiva, es capaz de producir efectos: una eficacia de forma inmediata. Por lo tanto, la modificación jurídica que es típica de las sentencias constitutivas pueden producir efectos temporales: calificaciones de los efectos del llamado "tiempo anticipado". En apoyo de esto se evidencia la relación entre la anticipación del efecto constitutivo y la anticipación de la satisfacción de las obligaciones consecuentes que se deriven: el "tiempo anticipado" se refiere también a la satisfacción del reclamo. Entran en esta categoría todas aquellas medidas emitidas en Cámara de consejo que producen el efecto constitutivo inmediato: decisiones judiciales que no son susceptibles de asumir autoridad de cosa juzgada, pero todavía capaces de producir efectos jurídicos innovadores en el plano sustancial. Necesariamente, se pide, frente a una jurisprudencia de mérito y legitimidad, una intervención que clarificatoria por parte del legislador. Es deseable, por lo tanto, una reforma que introduzca una serie de soluciones con el fin de resolver el viejo problema de la lentitud ("largo plazo") del proceso.

Palabras clave: Tiempo, anticipado, derecho, sentencia, legislador.

Abstract

The time factor represents a physiological, indispensable and pathological element of development and the duration of process. Relatively brief procedures exist, processes in which deeper knowledge and procedures are required, in which the appearance of certain effects is foreseen. A sentence, although subject to contestation and, therefore, not yet definitive, is able to produce effects: an efficacy of an immediate nature. Therefore, the legal modification that is typical of constitutive sentences can produce temporal effects: qualifications of the effects of the so-called "anticipated time." Support for this is shown in the relation between anticipation of the constitutive effect and anticipation of the satisfaction of the consequent obligations they produce: "anticipated time" refers also to satisfaction of the claim. All those measures emitted in the council chamber that produce the immediate constitutive effect enter in this category: judicial decisions that are not susceptible to assuming the authority of jeopardy, but that are still able to produce innovative legal effects on the substantial plane. Necessarily, facing a jurisprudence of merit and legitimacy, an aclaratory intervention by the legislator is requested. Therefore, a reform that introduces a series of solutions that aim to resolve the old problem of the slowness ("long term nature") of the process is desirable.

Keywords: Time, anticipated, law, sentence, legislator.

EL PROCESO, COMO LO INDICA EL SIGNIFICADO MISMO DE LA PALABRA, ES ALGO QUE SUCEDE Y SE DESARROLLA EN EL TIEMPO¹

Al no ser inmediata la tutela jurisdiccional, el factor tiempo se inserta en el proceso como un elemento fisiológico inherente a la necesidad de su funcionamiento y de su duración, y asume gran importancia también para identificar el momento en que se van a producir sus efectos.

Consciente de que el legislador fija su conducta y modula los efectos en función del tiempo, se regulan, por ejemplo, los procedimientos simplificados y temporalmente breves en los que se trata de proteger determinadas situaciones jurídicas para las cuales la exigencia de la tutela jurídica, en el menor tiempo posible es más acentuada con respecto a aquella de un conocimiento más profundo. La cual, inevitablemente, requiere un mayor tiempo, para anticipar la concurrencia de ciertos efectos, aunque sea temporalmente, a un momento anterior a aquél en el que se deberían producir o, incluso, los hace retroceder en el tiempo.

El tiempo, sin embargo, puede transformarse de elemento fisiológico a elemento patológico de nuestro proceso civil, lesionando la posición del sujeto que exige la tutela y, al mismo tiempo, favoreciendo la posición del sujeto que impugna el proceso.

Un aspecto muy importante del este asunto con relación al proceso y el tiempo, lo constituye la *vexata questio*, si es posible anticipar los efectos constitutivos de la sentencia antes de pasar a cosa juzgada.

Las disposiciones ambiguas del art. 282º del c.p.c., siguen planteando el problema, de si la ejecutoriedad provisional es de carácter propio y exclusivo de las sentencias con contenido condenatorio o puede caracterizar también a las sentencias constitutivas².

Si profundizamos en quiénes se han ocupado *funditus* de la problemática³, hay que decir, en pocas palabras, que las posiciones de la doctrina y de la jurisprudencia oscilan entre: a) quienes consideran provisoriamente ejecutivas las solas sentencias de condena, negando tal cualidad tanto a las sentencias merodeclarativas, como aquellas constitutivas, sea a los dispositivos accesorios en ellas conte-

1 Así CARNELUTTI, F (1951). *Struttura del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, p. 279.

2 El obstáculo que se ha interpuesto siempre a la extensión del art. 282º c.p.c. a la sentencia diversa de contenido condenatorio, ha sido reconocido en la correlación entre ejecutividad provisoria y ejecución forzada, en el sentido que serían provisoriamente ejecutivas solo aquellas decisiones susceptibles de ejecución forzada. Para una crítica, ver IMPAGNATIELLO, G (2010). *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Milano, p. 333 ss; ID.: "Sentenze costitutive, condanne accessorie e provvisoria esecutorietà", *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2005, p. 752 ss., spec. 778 ss; ID.: "La provvisoria esecutorietà delle sentenze costitutive", *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1992, p. 48 ss.; ID.: "Ancora sui limiti oggettivi dell'esecuzione provvisoria", *Foro it.*, 2012, I, p. 189 ss; ZUCCONI GALLI FONSECA, E (2010). "Attualità del titolo esecutivo", *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, p. 80 ss; FABIANI, M (2007). "Provvisoria esecutorietà dei capi condannatori nelle sentenze revocatorie e interferenza con la riforma fallimentare", *Corriere Giur.*, p. 180 ss; MARELLI, F (2008). "L'esecutività della sentenza costitutiva è limitata ai soli capi di condanna accessori?", *Riv. Dir. Proc.*, p. 1109 ss; ID.: "Un passo indietro nella direzione della tutela giurisdizionale effettiva: la condanna accessoria ad una pronuncia costitutiva non è provisoriamente esecutiva", *Riv. Dir. Proc.*, p. 181 ss; CONTE, R (2008). "Sentenze costitutive e provvisoria esecuzione dei capi condannatori, un indivisibile passo avanti della suprema Corte (con una digressione su alcuni problemi aperti)", *Giur. it.*, p. 950 ss.; FERRI, C (2007). "Effetti costitutivi e dichiarativi della sentenza condizionata da eventi successivi alla sua pronuncia", *Riv. Dir. Proc.*, p. 1398 ss; PILLONI, M (2012). "Revocatoria fallimentare e provvisoria esecutività dei capi condannatori", *Corriere Giur.*, p. 71 ss; IUORIO, MA (2010). "La provvisoria esecutività delle sentenze costitutive e l'art. 282 c.p.c.: ultimissime dalla Suprema Corte", *Riv. esec. Forzata*, p. 289 ss; TAVORMINA, V (s/f). "Titolo esecutivo giudiziale e stragiudiziale. L'efficacia del titolo esecutivo e l'ammissibilità della sua sospensione", in: www.judicium.it.

3 Véase IMPAGNATIELLO, G (2005). *Op. cit.*, 752 ss; IMPAGNATIELLO, G (1992). *Op. cit.*, p. 308 ss. Sobre la tutela constitutiva, en particular véase PROTOPISANI, A (1991). "Appunti sulla c.d. tutela costitutiva", *Riv. Dir. Proc.*, p. 60 ss.

nidas⁴; b) quienes admiten la ejecución de la condena accesoria también negando la ejecución de las sentencias declarativas y constitutivas⁵; c) quienes consideran provisoriamente ejecutivas las sentencias constitutivas⁶; y, d) quienes, finalmente, consideran inaplicable el art. 282º c.p.c. a las sentencias constitutivas y declarativas, en consideración de los efectos que producen tales decisiones⁷.

No menos incierta resulta ser la jurisprudencia, tanto de legitimidad, como de mérito⁸, ya que después de la apertura hacia el reconocimiento de la ejecución provisoria de las sentencias constitutivas de la Casación del 03 de septiembre de 2007, n.º 18512⁹, la Sala plena de la Corte de Casación, con sentencia del 22 de febrero de 2010, n.º 4059, ha considerado provisionalmente ejecutable sólo las sentencias condenatorias accesorias, meramente dependientes del pronunciamiento constitutivo¹⁰.

El Tribunal declaró, en particular, que el efecto del traslado de la propiedad del bien como resultado de la aceptación de la solicitud de ejecución, de forma específica de la obligación de celebrar un contrato, sólo se produce en el momento del pasaje de la sentencia a cosa juzgada. Sin embargo, es posible anticipar la ejecución provisional de las sentencias condenatorias, contenidas en la sentencia, valorando cada vez, el tipo de relación entre el efecto condenatorio de anticipar y el efecto constitutivo producido sólo con la sentencia. Son, por lo tanto, provisionalmente ejecutivas las sentencias condenatorias puramente dependientes del efecto constitutivo y compatibles con la producción del efecto constitutivo, en un momento posterior, a diferencia de las sentencias condenatorias vinculadas a un nexo sinalagmático con el dispositivo de sentencia constitutivo poniéndose como parte, a veces correlativa de la nueva relación, objeto de la demanda constitutiva.

- 4 Así, TARZIA, G (2002). *Lineamenti del processo civile di cognizione*, 2a ed., Milano, p. 252; MONTELEONE, G (2000). "Esecuzione Provvisoria", *Digesto Civ.*, Agg. Torino, p. 367.
- 5 Véase MONTESANO, L & ARIETA, G (2001). *Trattato di diritto processuale civile*, I, 2, Padova, p. 1606; LUISO, FP (2000). *Diritto processuale civile*, II, Milano, p. 197 ss.; CONSOLLO, C (2000). "Una non condivisibile conseguenza (la non esecutorietà del capo sulle spese) di una premessa fondata (la non esecutorietà delle statuizioni di accertamento)", *Corriere Giur.*, p. 1601.
- 6 En tal sentido, CARPI, F (1995). "Esecutorietà (dir. proc. civ.)", in: *Enc. Giur. Treccani*, XIII, Agg. Roma, p. 4; ID., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, p. 59ss.; MANDRIOLI, C (2004). *Diritto processuale civile*, II, Torino, p. 309 ss.; VERDE, G (2000). *Profili del processo civile*, II, Napoli, p. 241ss.
- 7 Así S. CHIARLONI, S (1992), in: TARZIA, G & CIPRIANI, F (1992). *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, Padova, p. 15 ss.
- 8 Véase App. Salerno 20 giugno 2011, Trib. Napoli 4 maggio 2011, Trib. Cuneo 21 dicembre 2010, in: *Corriere Giur.*, 2012, p. 2ss; App. Torino 22 maggio 2006, in: *Corriere Giur.*, 2007, p. 179 ss; App. Bari 19 giugno 2003, App. Bari 16 maggio 2003 y Trib. Catania 10 luglio 2003, in: *Foro it.*, 2004, I, 1913.
- 9 En aquella ocasión la Corte Suprema valorando el contenido innovador del art. 282º cpc. y reconociendo la inmediata ejecutividad de todas las sentencias de condena, salvo que se fundamenten en motivos en contra, o la ley disponga otra cosa, había negado el fundamento a la tesis tradicional según la cual las sentencias constitutivas no tienen efecto hasta que pasen a la decisión final y había considerado inmediatamente ejecutiva la sentencia de primera instancia que recibe una solicitud del art. 2932º del c.c. en cumplimiento de un contrato preliminar de compra-venta no ejecutado, propuesto por el promitente vendedor, limitado al dispositivo de condena del posible comprador a pagar el precio de compra. Para mayor profundización, véase MARELLI, F (2008). *Op. cit.*, p. 1100 ss; CONTE, R (2008). *Op. cit.*, p. 949 ss; GUIZZI, E (2008). "Inadempimento a preliminare di compravendita ed effetti della sentenza di accoglimento della domanda ex art. 2932º c.c. non ancora coperta dal giudicato: un equilibrio difficile", *Corriere Giur.*, p. 350 ss. In precedenza, Cass. 26 gennaio 2005, n.º 1619, con respecto a la sentencia constitutiva de una servidumbre Cass. 10 noviembre 2004, n.º 21367 y Cass. 3 agosto 2005 n.º 16262, en relación a la condena para el pago de los gastos del litigio. Siempre en referencia al dispositivo de condena a los gastos. Véase Corte cost. 16 julio 2004, n.º 232, in: *Riv. Dir. Proc.*, 2005, p. 579 ss., con nota de DE VITA, F (2005). "Provvisoria esecutività della sentenza, capi accessori, condanna alle spese: la Consulta interviene", nonché CAPPONI, B (2005). "Autonoma esecutorietà dei capi condannatori non di merito", *Riv. esec. Forzata*, p. 757 ss.
- 10 Recientemente véase Casación 29, julio del 2011, n.º 16737.

Mejor visto, los principios enunciados por la Sala Plena no se aplican, por la misma admisión de los juicios de legitimidad, en general al “tipo de sentencia constitutiva” sino sólo a la sentencia *del* art. 2932° c.c., de modo que el problema relativo a la ejecución provisoria de las decisiones constitutivas, está lejos de ser resuelto.

LA SENTENCIA CONSTITUTIVA

Como se sabe, produce sus efectos, principalmente, sino exclusivamente, en la realidad jurídica, determinando una modificación jurídica y puede agotar su función con la sola modificación jurídica sin que se consigan efectos en la realidad material¹¹.

Se puede discutir, sin embargo, la ejecución provisoria de la sentencia constitutiva, bajo dos puntos de vista diferentes que se interrelacionan.

Un primer aspecto, se refiere únicamente a la modificación jurídica típica de la sentencia constitutiva y discutir la ejecución provisional (o mejor aplicabilidad) equivale a preguntarse cuándo la situación creada, modificada o extinguida por la sentencia constitutiva, pueda producir sus efectos, o incluso mejor, equivale a preguntarse si la nueva situación pueda producirse provisoriamente (siempre y sólo en la realidad jurídica) antes que la decisión relativa llegue a ser irrefutable¹².

La aplicación de los artículos 2908° y 2909° c.c. en concordancia con el art. 324° del c.p.c., por un lado, sugiere que la decisión contenida en la sentencia constitutiva será definitiva e incontestable con su pasaje a cosa juzgada, por otra parte, no precisa, ni excluye, que de la decisión derivada de los efectos provisorios, den lugar a la pregunta de si la aparición de efectos con carácter provisorios, son entonces compatibles, con la ocurrencia de los efectos que se originan con la sentencia constitutiva, con eficacia *ex nunc*.

Negar *a priori* la posibilidad de que los efectos de la sentencia constitutiva podrían producirse con antelación “estremece los fundamentos del principio de efectividad de la tutela jurisdiccional, especialmente cuando se refiere a la razonabilidad del tiempo necesario para su cumplimiento”¹³.

Esto se debe a que la sentencia de condena de cuya ejecutividad, no se duda en vista de lo dispuesto en el art. 282° del c.p.c. y la correlación que se hace entre la condena y la ejecución forzada, goza de una “situación feliz” que puede producir efectos inmediatos (ejecutivos) en el mundo real. La sentencia constitutiva, y viceversa, mientras que contiene comandos y órdenes, además de aplicar sanciones, tendrá que esperar diversos tiempos antes de poder operar en el terreno sustancial por el mero hecho de ser calificada como constitutiva¹⁴.

11 Según PAGNI, I (2007). “Sentenza costitutiva”, in: *Il Diritto, Enc. giur. del Sole 24 ore*, Bergamo, p. 283 ss., en la sentencia constitutiva el juez no se limita a determinar la existencia o inexistencia de los derechos en caso de su violación o simple contestación y, eventualmente, a condenar la actuación de las obligaciones generadas de la violación, sino que interviene directamente en la relación jurídica privada, innovando la realidad sustancial. Observa TAVORMINA, V (s/f). *Op. cit.*, § 2, como las sentencias constitutivas no necesitan de actuación alguna porque aquello que deben hacer (constituir, modificar y extinguir relaciones jurídicas) lo hacen con su emanación.

12 Observa CARPI, F (1979). *Op. cit.*, 59 ss., como la noción de ejecutoriedad que estaba en la base de la ejecutoriedad provisoria que podía ser reconocida en la sentencia de primer grado de la reforma del art. 282° c.p.c., no coincide con la idoneidad de la decisión de constituir la ejecución forzada, pero se resuelve en una anticipación de cualquier efecto de la sentencia. De lo que se puede inferir que también la sentencia constitutiva puede ser susceptible de ejecutoriedad provisoria al igual que cualquier otro tipo de sentencia.

13 La expresión es de FERRI, C (2007). *Op. cit.*, p. 1399.

14 *Ibidem*.

Desde el punto de vista sistemático, debe ser reconocido, incluso en ausencia de una normativa y en línea con lo que ya fue considerado por la doctrina que se ha ocupado en profundidad del problema¹⁵, ya que hay una relación entre el efecto del juicio y el efecto constitutivo de la sentencia.

La cosa juzgada, de hecho, hace simplemente incontrovertible la existencia o inexistencia de la situación jurídica declarada en el pronunciamiento. El efecto constitutivo, por el contrario, simplemente produce una modificación en el plano del derecho sustancial.

El efecto modificativo-innovador de la realidad jurídica que sigue a la decisión puede estar condicionado a la cosa juzgada sólo en el caso, en que la modificación jurídica no se aplique directamente a la sentencia en cuanto acto normativo que contiene las declaraciones de sus propios efectos, pero se vincula con una norma a la integración de un *fattispecie* del que es el elemento constitutivo de la sentencia pasada en cosa juzgada¹⁶.

Al lado de esta última hipótesis, la producción de la modificación jurídica se produce independientemente del hecho que venga declarando incontrovertiblemente el poder de la modificación jurídica. El juez, entonces, simplemente debe verificar o comprobar la subsistencia de las condiciones que legitiman la modificación jurídica al hacer un reconocimiento de la existencia de los presupuestos. Ninguna regla, sin embargo, requiere que para que la evaluación, para ser eficaz, deba volver a vincularse también a la aparición del efecto de la cosa juzgada sustancial¹⁷.

Que la ocurrencia de la modificación jurídica esté desvinculada de la formación de la cosa juzgada, se obtiene indirectamente también de algunas decisiones recientes de la Corte de Casación en la cual, sin tratar directamente de la problemática relativa a la anticipación de los efectos constitutivos de la sentencia, los jueces han indicado que la sentencia puede producir efectos que no sean meramente ejecutivos, incluso antes de su pasaje a cosa juzgada¹⁸.

La Corte¹⁹, de hecho, por un lado, legitimando a la parte para reanudar el juicio suspendido de conformidad con el art. 295° c.p.c., antes del pasaje a la cosa juzgada, en el caso de la sentencia relativa a la causa prejudicial, y por otra parte, declarando que cuando la primera sentencia haya sido definido en primera instancia, sólo queda la posibilidad de suspender el segundo, eventualmente de conformidad con el art. 337°, 2° párrafo, c.p.c., ha considerado, por razones más o menos comunes²⁰ que la sentencia aún sujeta a impugnación y, por lo tanto, no definitiva, está dotada de una eficacia, que va más allá del proceso en la cual la misma ha sido pronunciada.

15 Ver: PAVANINI, G (1968). "Accertamento giudiziale", in: *Novissimo Digesto it.*, I, Torino, p. 123 ss; LIEBMAN, ET (1962). *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, rist., Milano, p. 14. Recientemente, CHIZZINI, A (1994). *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Milano, p. 82.

16 Observa MOTTO, A (2012). *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, p. 286, como la declaración de existencia de los presupuestos condicionando, las modificaciones va calificada como acto jurídico constitutivo del efecto jurídico sustancial.

17 *Ibid.*, para profundizar, véase siempre p. 287.

18 Sobre la problemática, me permito referir a TRINCHI, A (2014). "Sugli effetti delle decisioni non ancora passate in giudicato", *Riv. Dir. Proc.*, p. 702ss.

19 Ver: Cass. 19 giugno 2012, n° 10027; Cass., sez. un., 30 novembre 2012, n° 21348; Cass. 9 gennaio 2013, n° 375; Cass. 24 maggio 2013, n° 13035; Cass. 20 novembre 2013, n° 26104; Cass. 18 novembre 2013, n° 25890; Cass. 13 novembre 2013, n° 25536; Cass. 19 settembre 2013, n° 21505.

20 Refiérase a la crítica de la decisión, sobre todo en términos motivacionales, MENCHINI, S (2013). "Le Sezioni unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, 2° comma, c.p.c.: una decisione che non convince", *Riv. Dir. Proc.*, p. 689 ss. Véase también CONSOLO, C (2012). "Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento", *Corriere Giur.*, p. 1144.

Los jueces de legitimidad, en particular, inspirándose al menos, en líneas generales a la conocida enseñanza de Liebman²¹, han afirmado que la sentencia tiene una eficacia inmediata, independientemente de su pasaje a cosa juzgada. Esto se debe a que el derecho pronunciado por el juez de primera instancia, califica la posición de las partes en una forma diferente de aquella en la que se encuentran antes del comienzo del litigio y justifica tanto la ejecución provisional prevista en el art. 282° del c.p.c., cuando se trata de adaptar la realidad material al *decisum*, así como la autoridad de la sentencia de primer grado en el ámbito del litigio sobre la causa prejudicial y el litigio sobre la causa prejudicada²².

Si esto es cierto, entonces, algunos de los efectos de la sentencia y, en particular, aquellos de la evaluación constitutiva son producidos antes y con independencia de la cosa juzgada y, por lo tanto, “deben ser concebidos y subsisten de hecho independientemente de su mayor o menor definibilidad” teniendo en cuenta que “el efecto de la evaluación o constitutivo que la sentencia puede producir, es una cosa muy diferente de la posibilidad de que sea mayor o menor que dicho efecto, una vez producido, puede ser rebatido”. En este sentido hay que distinguir, por lo tanto, la eficacia jurídica de la sentencia y la autoridad de cosa juzgada, lo cual no es un efecto de la sentencia sino sólo una forma de manifestarse o producirse los efectos de la sentencia misma²³.

La ocurrencia, en general, de los efectos de la decisión prescinde, de hecho, de la mayor o menor estabilidad de la decisión y no de la misma naturaleza, siendo la no impugnabilidad, un efecto de la evaluación contenida en la sentencia que consiste en hacer definitivamente no impugnable lo declarado por el juez en la decisión²⁴.

Cuando se argumenta sobre las conclusiones alcanzadas, recientemente por los jueces de la legitimidad, no hay ninguna razón por la que los efectos de la modificación jurídica típica de la sentencia constitutiva, puedan ocurrir provisoriamente y anticipadamente antes del pasaje a cosa juzgada de la relativa decisión.

21 Ver LIEBMAN, ET (1962). *Op. cit.*, p. 25 y ss. Según el autor, de hecho, los efectos de la sentencia y, en particular, aquellos merodeclarativos o constitutivos, se producen antes y a prescindir del pasaje a cosa juzgada de la decisión y, por lo tanto, “deben concebirse y subsisten de hecho independientemente de su mayor o menor definibilidad” teniendo en cuenta que “el efecto de la incorporación constitutiva que la sentencia puede producir es una cosa muy diferente de la posibilidad de que sea mayor o menor, una vez producido, puede ser cuestionada”. En este sentido hay que distinguir, por lo tanto, la eficacia jurídica de la sentencia y la autoridad de la cosa juzgada, lo cual no es un efecto de la sentencia, sino sólo una manera de manifestarse o de producirse de los efectos de la sentencia misma. La posición de Liebman también es compartida por otros estudiosos tales como ANDRIOLI, V (1956). *Commentario al codice di procedura civile*, II, Napoli, p. 418ss.; PROTO PISANI, A (1978). *L'opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, p. 62; PUNZI, C (2010). *Il Processo civile. Sistema e Problematiche*, 2a ed., II, Torino, p. 394ss. Para una síntesis crítica del pensamiento de Liebman, véase MENCHINI, S (2013). *Op. cit.*, p. 695ss.

22 Tal interpretación deriva, según los jueces de la lectura constitucionalmente orientada y respetuosa del principio de la duración razonable del proceso y de la economía procesal de las normas sobre la suspensión del proceso. En particular, la disposición contenida en el art. 282° del c.p.c., según la cual la sentencia en primer grado es provisoriamente ejecutiva, unida a la reducción de la *nova* deducible en el juicio de impugnación, por supuesto, significa que el orden está satisfecho con la economía de la actividad preparatoria y prefiere la expectativa del juzgado la posibilidad que el proceso sobre la causa dependiente reanude poniendo en su fundamento la decisión aún no definitiva sobre la causa prejudicial. Esta última decisión, de hecho, aunque todavía sujeta a impugnación, se asume que está conforme a derecho siendo el resultado de una evaluación del juez en la disputa de las partes. Anteriormente, en la doctrina, ya FERRI, C (2007). *Op. cit.*, p. 1400 había puesto en evidencia que se debe replantear el concepto de eficacia y aquel de ejecutoriedad de manera que sugiera que, en ausencia de norma específica cualquier sentencia constitutiva no necesita del juzgado para producir ciertos efectos, excepto obviamente los del juzgado en relación con los vínculos derivados de la inmutabilidad.

23 Ver LIEBMAN, ET (1962). *Op. cit.*, p. 25ss.

24 Ver en tal sentido también IMPAGNATIELLO, G (1992). *Op. cit.*, p. 237ss.

Al examinar más de cerca, sin embargo, éste no es el lugar para ocuparse de eso²⁵, la línea de argumentación de la Casación parece estar viciada, ya que se pretende derivar de las conclusiones de su razonamiento, una premisa de la misma y esto es, que la sentencia sea idónea para producir efectos declarativos, siempre fuera del proceso desde su emanación²⁶. Se afirma, por otra parte, para establecer la inmediata eficacia declarativa (y constitutiva) sobre el art. 282º del c.p.c., según el cual la sentencia de primer grado es provisoriamente ejecutiva²⁷.

Esta última norma, sin embargo, es la expresión de otro principio, es decir, de aquel para el que, en algunos casos, el legislador considera suficiente la reglamentación provisoria que sigue al sólo pronunciamiento de la sentencia para comenzar un proceso ejecutivo, a fin de acelerar el cumplimiento del reclamo de la parte que tiene razón, evitando que la impugnación de la decisión por parte del deudor y la duración del juicio relativo retrase aún más su cumplimiento. El art. 282º del c.p.c., sin embargo, no está para expresar que el efecto de la evaluación que caracteriza la sentencia (de condena o constitutiva) se produce externamente antes de su pasaje a cosa juzgada²⁸.

Si esto es cierto, entonces, en ausencia de un apoyo válido en nuestro Código que haga posible argumentar la aparición inmediata de los efectos constitutivos de la sentencia antes de su pase a cosa juzgada, y a menos que se quiera continuar con la brillante idea de Liebman, que también se presta, sin embargo, a la objeción de carecer de una base jurídica adecuada, es difícilmente sostenible que la modificación jurídica que se produce por la sentencia constitutiva, pueda efectuarse provisoriamente y anticipadamente antes de la aprobación a cosa juzgada de la relativa decisión.

Desde una perspectiva diferente, hablar de provisoria ejecución de las sentencias constitutivas, conlleva a preguntarse si son provisoriamente ejecutables todas aquellas resoluciones, especialmente condenatorias dirigidas a proveer una tutela basada en el reconocimiento de una pretensión sustancial²⁹ que puede acompañarse con el pronunciamiento constitutivo, en los casos en los cuales la misma no agota sus efectos en el modo jurídico. Estas resoluciones tienen naturaleza accesorio con respecto al pronunciamiento constitutivo y presuponen necesariamente una evaluación contenida en la misma, pero difieren en el contenido de ésta³⁰.

La Sala Plena de la Corte de Casación de la conocida y ya citada sentencia del 22 de febrero de 2010, n.º 4059, ha resuelto el problema en sentido afirmativo recomendando de vez en cuando, de comprobar la relación existente entre el pronunciamiento constitutivo y el dispositivo accesorio

25 Para profundizar ver siempre TRINCHI, A (2014). *Op. cit.*, p. 709ss.

26 Esto es particularmente evidente en las decisiones de la casación que han seguido el pronunciamiento conocido de las secciones unidas en las que viene generalizado quizás el principio por el cual la sentencia tiene una eficacia inmediata y generalizada fuera del proceso en el que se pronunció. Véase en este sentido: Cass., sez. un., 30 novembre 2012, n.º 21348; Cass. 14 novembre 2012, n.º 19938; Cass. 9 gennaio 2013, n.º 375; Cass. 24 maggio 2013, n.º 13035.

27 Así también: MENCHINI, S (2013). *Op. cit.*, p. 697.

28 La misma Casación, además, ha afirmado recientemente que los efectos de condena y ejecutivos están vinculados a la sentencia de primer grado, mientras que los declarativos se hacen sólo después de la aprobación final de la medida. Ver para todo Cass., sez. un., 22 febbraio 2010, n.º 4059.

29 Por esta razón se prescinde por completo de las resoluciones de condena a pagar los costos de los litigios que puedan referirse a un pronunciamiento constitutivo para el cual que durante mucho tiempo la jurisprudencia y la doctrina reconocen la ejecutoriedad provisoria. Ver Cass. 10 novembre 2004, n.º 21367, Cass. 3 agosto 2005 n.º 16262 así como la Corte Constitucional 16 julio 2004, n.º 232. En doctrina: CONSOLO, C (2000). *Op. cit.*, p. 1599; PETRILLO, C (2005). "Da un apprezzabile premessa (l'esecutività di tutti i capi condannatori) un benvenuto ripensamento sulla esecutività della condanna alle spese in primo grado", *Corriere Giur.*, p. 1233ss.; CORDOPARTI, F (1990). "Spese giudiziali", *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, p. 334.

30 En términos similares, FERRI, C (1993). "In tema di esecutorietà della sentenza e inibitoria", *Riv. Dir. Proc.*, p. 560.

con contenido condenatorio. Esta solución, sin embargo, como se mencionó anteriormente, tiene por la misma admisión de los jueces, un alcance limitado a los supuestos previstos en el art. 2932° del c.c. por lo que su extensión a otros casos debe ser cuidadosamente verificado.

Consideremos, por ejemplo, el caso de la acción de Resolución del contrato acompañado de la condena del *accipiens*, a la restitución del servicio recibido.

Las dos *fattispecie*, como es evidente, no son en absoluto comparables, debido a la sentencia ex art. 2932° del c.c. que toma el lugar de la voluntad faltante del contrayente incumplidor, en el sentido de que el juez puede pronunciar, a solicitud del sujeto interesado, si eso es posible, y no se excluye del título, una sentencia que produzca los efectos del contrato inconcluso. Por otra parte, cuando el contrato incumplido tenga por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa específica o la creación o transferencia de otro derecho, el juez podrá pronunciar la sentencia con la condición de que el comprador promisorio realice su actuación o haga una oferta de conformidad con la ley. El efecto constitutivo se producirá, por tanto, sólo en el momento en el que sea realizada la prestación correspondiente³¹. En este caso, la sentencia ex art. 2932° del c.c., además de pronunciarse sobre la transferencia del bien, podrá contener la condena de la otra parte en la ejecución de la contraprestación.

Estando las dos partes de la decisión en relación sinalagmática, la Sala Plena ha afirmado que no podrán anticiparse los efectos ejecutivos del dispositivo condenatorio, siempre que no llegue a ser irrefutable el dispositivo constitutivo, alterándose de otra manera, la relación sinalagmática contractual³². El derecho de crédito del vendedor promisorio no es, de hecho, meramente dependiente de la evaluación contenida en la sentencia constitutiva, pero surgirá sólo en el momento de producirse el efecto constitutivo, estando en relación bilateral con el derecho (para la transferencia del bien) que vendrá a ser con el pronunciamiento constitutivo³³.

El problema se plantea de forma diferente, para la acción de resolución del contrato previsto en el art. 1453° c.c.

- 31 Sobre la problemática ver FERRI, C (2007). *Op. cit.* p. 1394ss. También PILLONI, M (2012). *Op. cit.* p. 76, que es precisamente la causa del contrato de compra-venta para evitar que el efecto obligatorio pueda realizarse independientemente de aquel real.
- 32 Observa RECCHIONI, S (1999). *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, p. 211ss., que los beneficios que se derivan del mismo contrato de reciprocidad deben ser considerados en relación con el título constitutivo común, perfectamente paralelos, aunque estrechamente relacionados entre sí en virtud de reciprocidad pero no ya dependientes. El nexo de reciprocidad que surge entre las contraprestaciones es tal que las mismas están condicionados en su existencia y, en un plano estrictamente procesal, la decisión de la existencia de una prestación condiciona la decisión sobre la contraprestación.
- 33 Es el intenso vínculo de reciprocidad que hace indispensable a los fines de la decisión sobre una de las prestaciones contractuales correspectivas, la existencia de la contraprestación correspondiente. El juez, por lo tanto, en la decisión debe verificar el correcto funcionamiento de la reciprocidad y anticipar, por lo tanto, la solución a la pregunta sobre la existencia de la contraprestación. Esto es porque, como se mencionó, deben existir las dos prestaciones y realizarse simultáneamente resolviéndose así la causa del contrato. Esto explica, entonces, cómo no será posible anticipar los efectos de un dispositivo de la decisión en la relación bilateral de otro modo alterando irremediamente la causa del contrato. El derecho a la ejecución coactiva de la obligación que se genera, por ejemplo, del contrato preliminar de compra-venta sin cumplirse surge cuando quien tiene derecho exija o prometa realizar en la forma acordada su contraprestación. Los derechos recíprocos vienen a existir en el momento en el que la decisión es inmutable, pero eso no excluye que se puedan producir de forma provisional, al menos en teoría, los efectos de la evaluación respecto, sin embargo, al nexo de reciprocidad, siempre que el promitente comprador ofrezca, al mismo tiempo, la solicitud de transferencia de la propiedad a su contraprestación. El problema que se plantea en este caso, es otro y es que no se puede proceder a la ejecución coactiva de la obligación (por ejemplo, mediante la transcripción del título de compra), hasta que la sentencia no sea cosa juzgada.

En la acción de resolución, de hecho, el juez, reconocida la existencia de las condiciones para la terminación del contrato, enmendará la única realidad jurídica quitando del medio el contrato y, al hacerlo, socava el título que justificaría las prestaciones efectuadas por las partes, que por lo tanto, serán tenidas para su restitución.

El juez no está autorizado, sin embargo, para pronunciarse sobre cualquier solicitud de restitución, que no está ni siquiera en relación sinalagmática con la solicitud principal de la resolución³⁴. El dispositivo de la decisión, que contiene la condena de restitución, presupone una solicitud específica que se acumula en una forma consecutiva con la resolución.

El dispositivo condenatorio tiene naturaleza dependiente pero la dependencia no se plantea con el pronunciamiento constitutivo, o mejor, con el efecto constitutivo que se genera de él sino, más simplemente, con la evaluación declarativa realizada en dicha sentencia³⁵.

Con esto no se pretende negar el fundamento constitutivo de la sentencia de resolución, pero se quiere decir que la anticipación del dispositivo condenatorio dependiente, a diferencia de, por ejemplo, lo que ocurre con los dispositivos accesorios de la sentencia establecido en el art. 2932º c.c., se plantea la cuestión de la anticipación de los efectos constitutivos que siguen a la sentencia³⁶ y, de hecho ignora este problema³⁷. Y esto es aún más cierto si se tiene en cuenta que la condena de restitución requiere, como se ha mencionado, una autónoma solicitud de la parte.

La posibilidad de anticipar los efectos constitutivos de una decisión antes de su pasaje a cosa juzgada, puede ser argumentada por la prerrogativa reconocida tanto por la doctrina³⁸ como por la

- 34 Véase, en este sentido, Casación 30 enero de 2013, nº. 2204, según la cual la declaración de resolución del contrato, a pesar de que implica su efecto retroactivo ex art. 1458 c.c., la obligación de cada una de las partes para restituir el servicio recibido, no autoriza al juzgado a emitir órdenes para correspondiente restitución, en ausencia de solicitud de la parte interesada. Ver Cass. 2 febbraio 2009, nº. 2562; Cass. 3 febbraio 2006, nº. 2439; Cass. 20 ottobre 2005, nº. 20257.
- 35 Observa CONSOLO, C (1985). *Il cumulo condizionale di domande*, Padova, p. 291, como el pronunciamiento de la evaluación constitutiva también produce sus efectos al momento de la aprobación final, inmediatamente ejerce efectos endo-procesales "contra el juez que la emitió y en el ámbito del proceso en el que se tomó la decisión" así que es muy posible que el juez se pronuncie sobre la solicitud dependiente de condena, incluso si no ha "todavía perfeccionado la modificación jurídico-sustancial por la cual esa acción toma la vida". Sobre el tema ver también CONSOLO, C (1991), in: CONSOLO, C; LUISO, FP & SASSANI, B (1991). *La riforma del processo civile, Commentario*, Milano, p. 191; ID., "Commento all'art. 282 c.p.c.", in: *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. CONSOLO, I, Milano, 2010, 2795; RECCHIONI, S (1999). *Op. cit.*, p. 324, nota 85.
- 36 Observa FERRI, C (1993). *Op. cit.*, p. 560, que es muy dudoso que pueda ser acordado por la aparición inmediata de los efectos de una condena, que sean dependientes de resoluciones, o en conexión con las mismas, si no se producen los efectos constitutivos inmediatamente después de la emisión del pronunciamiento de primer grado.
- 37 Hay que decir, sin embargo, que no es un obstáculo para la anticipación de los efectos que siguen a la sentencia de resolución del contrato el postulado adoptado en contra del reconocimiento de la provisorio ejecutividad de las sentencias constitutivas mediante el cual los efectos de estas sentencias siempre se producen *ex nunc*. El art. 1458º del c.c., de hecho, prevé que la resolución del contrato tendrá efecto retroactivo entre las partes, excepto en el caso de los contratos de ejecución continuada y periódica. Sobre el tema ver también IMPAGNATIELLO, G (1992). *Op. cit.*, p. 52 ss.
- 38 Ver en tal sentido: PROTO-PISANI, A (1982). *I provvedimenti d'urgenza*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, p. 387; CONTE, R (1998). "La nozione di irreparabilità nella tutela d'urgenza del diritto di credito (sviluppi giurisprudenziali)", *Riv. Dir. Proc.*, p. 219; Id., *Commento all'art. 700 c.p.c.*, in: *Comm. C.P.C.* diretto da Consolo, III, Milano, 2013, p. 757 ss.; Id., *Tutela del diritto alla restituzione dell'azienda tra sequestro giudiziario e provvedimento d'urgenza*, *Giur. It.*, 2004, p. 83; VULLO, E (2006). *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in: *I procedimenti sommari e speciali*, II, *Procedimenti cautelari* a cura di Chiarloni, Consolo, Torino, p. 327 ss; PAGNI, I (2007). "Provvedimenti d'urgenza", in: *Enc. Giur. Sole 24 ore*, Bergamo, p. 490 ss.

jurisprudencia³⁹, al recurrir a la tutela cautelar innominada en el caso de procesos destinados a dar lugar a una sentencia constitutiva, para los cuales el surgimiento de situaciones sustanciales de la sentencia, arroja luz mayormente sobre el perjuicio que el actor, que se supone victorioso, puede experimentar debido a la duración del proceso⁴⁰ y para los cuales la necesidad de una tutela urgente implica no tanto la anticipación del efecto constitutivo, sino más bien sólo o principalmente la anticipación de la satisfacción de las obligaciones consecuenciales resultantes y, con mayor razón, en el caso en el que el dispositivo condenatorio está en relación puramente dependiente de aquel constitutivo y no ya en relación sinalagmática⁴¹.

Si se admite, de hecho, esta última posibilidad no existe ninguna razón para excluir, en lo que nos interesa, la provisoria ejecución de los dispositivos condenatorios accesorios en un pronunciamiento constitutivo en el caso en el cual los efectos condenatorios que se producen anticipadamente no sean condicionantes al producirse, el efecto constitutivo al que está vinculado solo por un vínculo sinalagmático.

A esto hay que añadirse, a continuación, como una prueba más de la posibilidad de anticipar los efectos constitutivos de la decisión, que la propia ley contempla previsiblemente medidas jurisdiccionales que no son susceptibles de asumir autoridad de cosa juzgada material que producen efectos jurídicos innovadores sobre el plano sustancial⁴². Se dan entonces los casos en los que la producción de un efecto jurídico sustancial ocurre en ausencia de la evaluación con eficacia de cosa juzgada de las condiciones a las que está sujeta, ya que hay no una relación entre el efecto de la evaluación y el efecto constitutivo de la sentencia.

Es el caso de las decisiones emitidas en cámara de Consejo que no tienen naturaleza de cosa juzgada formal y sustancial, que incluyen, como ejemplo, las sentencias que declaran la interdicción o inhabilitación (art. 421° c.c.), así como el pronunciamiento declarativo de quiebra (art. 16°, 2° párrafo, l.f.)⁴³.

Estas medidas producen el efecto constitutivo inmediatamente y, por lo que más nos interesa, su existencia es demostrar la independencia de la modificación jurídica con respecto a la producción de los efectos de la evaluación al momento del pasaje a cosa juzgada de la decisión.

Las breves observaciones anteriores muestran de sobra cómo el problema de la anticipación de los efectos constitutivos de la sentencia antes de su aprobación final está lejos de una solución totalmente compartida.

La solución definitiva del problema pasa necesariamente por una aclaración legislativa del alcance del precepto enunciado en el art. 282° del c.p.c., y extensivo del régimen previsto en él, asimismo en las sentencias constitutivas, al menos en los casos donde existe el problema de su ejecución

39 Ver Trib. Firenze, 10 dicembre 1996, in: *Foro It.* 1997, I, p. 578; Pret. Roma, 3 febbraio 1986, in: *Giur. di Merito*, 1987, p. 602; Trib. Ancona, 28 settembre 2002. V. inoltre Trib. Como, 30 giugno 2005, que admite la posibilidad de recurrir a la tutela de urgencia con el fin de obtener un pronunciamiento de mérito constitutivo del derecho de paso.

40 Así ANDRIOLI, V (1964). *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, p. 260.

41 En este último caso viene a ser más difícil admitir la posibilidad de recurrir a la tutela cautelar de urgencia porque como se ha dicho, el sujeto es titular de una mera expectativa difícilmente tutelable, salvo en los casos previstos en la ley (por ejemplo art. 1359° c.c.).

42 Ver CARPI, F (1979). *Op. cit.* p. 74.

43 Ver MOTTO, A (2012). *Op. cit.* p. 292 ss., nota 201; CHIZZINI, A (1994). *Op. cit.*, p. 232.

material⁴⁴. Tampoco parece ser un obstáculo para la expansión de la cuestión, los efectos de la reforma de la Casación o sobre el ordenamiento sustancial inciso por la sentencia provisoriamente ejecutiva, teniendo en cuenta que el problema se coloca en términos análogos para las sentencias de contenido condenatorio.

44 Hay que decir que el 29 de agosto de 2014, el gobierno presentó un proyecto de ley que autoriza al gobierno para la adopción de disposiciones para la eficiencia del proceso civil en el que se prevé el art. 1º, párrafo 2º, n.º. 1, sub 1. c, con referencia a la sentencia de primer grado la inmediata provisoria eficacia, sin tener en cuenta lo juzgado, de todas las sentencias de primer y segundo grado. El anteproyecto del texto está disponible en la página web: <http://ssa-cnf.mncertified.com/nl/l.jsp?f-CX1.IBF.T8.Ev.IPVZ>.