

JUSTICIA

81

1981, número especial

Director:

JUAN MONTERO AROCA

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ



JUSTICIA 81

Número especial

Director:

JUAN MONTERO AROCA

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ

JUSTICIA 81 se publica trimestralmente.

ADMINISTRACION (suscripciones), Librería Bosch, Ronda Universidad, 11,
Barcelona (7), Teléf. (93) 3.17.53.08.

DIRECCION (originales, libros para recensiones), Prof. Juan Montero Aroca,
Facultad de Derecho, Paseo Blasco Ibáñez, 24, Valencia (10), España.



1 9 8 1

LIBRERIA BOSCH - Ronda Universidad, 11 - BARCELONA

INDICE

	<i>Pág.</i>
Presentación	7
ARTICULOS	
<i>José Almagro Nosete</i> , Garantías constitucionales del proceso civil	11
<i>Manuel Serra Domínguez</i> , El incidente de nulidad de actuaciones	43
NOTAS	
<i>Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi</i> , La ley 53/1978, de 4 de diciembre, y la instrucción sumaria penal	95
<i>Juan Montero Aroca</i> , Un nuevo proceso laboral: Los litigios en materia de aviación civil y marina mercante	106
<i>Manuel Lozano Higuero</i> , El artículo 921 bis de la L.E.C.	113
<i>Juan de la Roca</i> , Acerca de la supuesta relación entre el derecho procesal y la hiperclorhidria	123
JURISPRUDENCIA	
Procesal civil, por <i>Manuel Ortells Ramos</i>	129
Procesal penal, por <i>Víctor M. Moreno Catena</i>	161
Procesal laboral, por <i>Juan L. Gómez Colomer</i>	187
Jurisprudencia constitucional, por <i>José Almagro Nosete</i>	215
<i>Valentín Cortés Domínguez</i> , Las facultades del tribunal ex art. 43, 2, de la LJCA	240
<i>Juan Montero Aroca</i> , Presupuestos procesales y nulidad de actuaciones en el proceso penal	245
AUDIENCIA PUBLICA	
Sentencia de 28 de abril de 1981 del Juzgado de Primera Instancia, número 2, de Terrassa	257
INFORMACION	
<i>Miguel Pastor López</i> , El Consejo General del Poder Judicial	267
Conmemoración de la L.E.C. en Barcelona, por <i>Manuel J. Cachón</i>	275
Centenario de la L.E.C. en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, por <i>Pedro Galán</i>	284
Circular de la Fiscalía General del Estado sobre la aplicación de la ley orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes	287

Depósito Legal: Z-1.271-81

JUSTICIA 81 nace con una vocación bien definida. El título acota la realidad en que queremos movernos. Es la justicia de España, en el momento presente, lo que nos preocupa, y es su reforma para el futuro lo que pretendemos. Los guarismos que integran la cabecera se corresponderán con el año en curso (Justicia 81, 82, 83...).

La situación de la justicia en nuestro país puede resumirse en una palabra: ineficacia. Si iustitia fundamentum regnorum, algo muy importante está hoy quebrándose en nuestro país y, lo que es más grave, ante la insensibilidad de la clase política. Desgraciadamente los políticos profesionales, acuciados sin duda por la «rentabilidad» a corto plazo de urgencias más llamativas, no parecen decididos a acomodar la máquina chirriante de la justicia a las necesidades sociales. Un dato muy significativo: en 1981, del presupuesto del Estado se destina a la justicia el 0,775 por 100.

La Revista nace en torno a un grupo de procesalistas que viven y sienten la realidad de la administración de justicia española, y aspira a impulsar la transformación del estado actual de cosas, para conseguir la justicia que necesita la sociedad de nuestros días. Si en los años cuarenta se puso en marcha un movimiento de renovación de los estudios procesales, ese movimiento parece haber agotado su empuje, posiblemente por haber cumplido su misión. Estamos necesitados de una nueva puesta en marcha y a ello puede contribuir esta Revista.

El movimiento renovador de hace cuatro décadas se centró en aspectos científicos, y para ello fue determinante la importación de conceptos elaborados en otros países, principalmente Alemania e Italia; si hubiéramos de personalizarlo habríamos de aludir necesariamente a Beceña y a sus discípulos. Esta fase de la evolución está ya realizada y ahora debe abrirse otra en la que es primordial dar vivencia práctica al nivel científico alcanzado; se trata de conformar la legislación y la vida diaria de los tribunales.

En ocasiones se ha distinguido entre juristas teóricos y prácticos y se ha llegado a afirmar que hay publicaciones específicas para unos y para otros. Creemos que ésta es una distinción artificial. El teórico que no contempla la realidad puede ser un filósofo, pero no un

jurista; el práctico que carece de base científica es un tinterillo. Se es o no se es jurista, pero no hay teóricos ni prácticos. En consecuencia, lejos del empacho dogmático y de la rutina o practiconería, nos interesa la vida diaria del derecho para ofrecer al jurista un instrumento útil.

El derecho procesal se define hoy, con unas u otras palabras, como el derecho objetivo que regula el proceso, constituyendo éste, por consiguiente, el objeto fundamental de aquél. Se ha sostenido así que al derecho constitucional corresponde el estudio de la jurisdicción, en cuanto potestad atribuida a la soberanía del Estado, y al derecho administrativo el régimen jurídico de las personas investidas de esa potestad y, más en general, la propia organización judicial, con lo que el derecho procesal queda referido únicamente al proceso. Para nosotros esta concepción es inadmisibile. La reducción del derecho procesal al proceso conduce a la ineficacia del esfuerzo; si la realización de la justicia es lo característico de la jurisdicción, hay que unificar el tratamiento de la potestad, de sus órganos y de la actividad. El derecho procesal es, o debe ser, el derecho del poder judicial dentro del Estado, partiendo de la Constitución y de que las normas orgánicas y procesales no son sino su desarrollo.

Lo anterior implica, naturalmente, que todos los procesos (jurisdiccionales) han de merecer nuestra atención. El esfuerzo doctrinal se ha centrado hasta ahora principalmente en el proceso civil y en menor medida en el penal; los procesos laboral y administrativo han sido abandonados por la doctrina procesal y se encuentran hoy en la misma situación en que hace más de cien años estaba el proceso civil, esto es, tratados como un apartado más de los derechos materiales respectivos e incluidos en los manuales de estas disciplinas. Esta situación debe acabar. Nuevas perspectivas abre el proceso constitucional, al que esta Revista prestará la atención que su importancia reclama.

Al mismo tiempo quisiéramos destacar la función de garantía de los derechos de los ciudadanos que corresponden a la jurisdicción y al proceso. Por encima de ambas instituciones siempre late el problema del derecho en toda su amplitud. De ahí que la ineficacia del proceso conduzca a la ineficacia del derecho en general, frustrando cualquier declaración de derechos subjetivos que contengan las leyes. El art. 24.1, de la Constitución, aun formulado con técnica defectuosa, se convierte así en piedra fundamental de todo el sistema jurídico, y su aplicación inmediata, sin necesidad de que las leyes de enjuiciamiento sean reformadas, debe significar un cambio importante de actitud de la magistratura y de la abogacía. Es significativo que la primera sentencia del Tribunal Constitucional se base en él.

Concitamos, pues, a todos a una activa cooperación. Los problemas que agobian a la sociedad española en materia de justicia no permiten que los intereses de grupo, el espíritu de cuerpo o los pruritos doctrinales se interpongan en el camino de la reforma. Es evidente que esos problemas no se resolverán «en horas veinticuatro», pero es necesario, primero, comprender la urgencia de la reforma de la administración de justicia y, luego, ponerse en camino. Es urgente ponerse a caminar constructivamente escépticos, sin autosuficiencia y siempre con esperanza.

Al ofrecer este número especial de JUSTICIA 81 somos conscientes de sus limitaciones y defectos, pero también lo somos del buen espíritu que nos mueve; ese mismo espíritu esperamos encontrar como respuesta.

GARANTIAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO CIVIL

JOSÉ ALMAGRO NOSETE
Catedrático de Derecho Procesal
U. N. E. D.

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Oportunidad y finalidad del estudio. — III. El principio dispositivo, «alma» del proceso civil. — IV. La forma del proceso civil. — V. Publicidad. — VI. Remoción de obstáculos al libre acceso a la justicia civil. — VII. La estructura del proceso civil. — VIII. El derecho de las partes a la producción de pruebas. — IX. Iura novit curiae e indefensión. — X. El factor tiempo. — XI. El costo del proceso civil.

I. INTRODUCCIÓN

A) *Proceso y derechos humanos.* — El proceso judicial, en cuanto método legal para la válida obtención de la sentencia, exige que éste se plantee, desarrolle y finalice, conforme a unas reglas que respeten y aseguren los derechos fundamentales de la persona humana. El proceso mismo responde a la necesidad de tutelar el derecho a la defensa jurídica de todos los demás derechos, instrumentado como un derecho a la jurisdicción. Estas reglas intermedias que garantizan la justicia sobre la decisión de fondo, se erigen, también, en normas que establecen limitaciones, permisiones o regulaciones, configuradoras de un difícil pero necesario equilibrio entre los derechos y deberes de las partes y la función judicial, afectantes a aquellos derechos básicos. El proceso es, pues, la demostración más palmaria de que el fin no justifica los medios. No es, por tanto, la justicia «justiciera» lo que el proceso busca, sino la solución justa del caso concreto, en

armonía con el ordenamiento jurídico considerado como un todo, y, desde luego, en conjunción con la esencia más noble de dicho ordenamiento, a saber, el núcleo básico de los derechos humanos (1).

B) *Proceso y Constitución*.—La formalización de los derechos humanos en textos escritos de primer rango se vincula por razones y ejemplos históricos al movimiento constitucional moderno. Las constituciones escritas y rígidas de la época moderna y actual proclaman declaraciones sobre estos derechos. También, las garantías para su efectiva observancia se introducen en los mismos, con lo que se refuerza y protege la aplicabilidad. Lógicamente, las normas procesales en que muchas de estas garantías se traducen, se fijan en la propia Constitución. Inicialmente, estas normas son pocas, según enseña el Derecho histórico y comparado y se refieren a garantías relativas a la regularidad de la jurisdicción y a los derechos del sometido a proceso penal. Posteriormente —sobre todo en determinadas constituciones europeas y en la actual española—, estas garantías se amplían y concretan de manera más pormenorizada. Sin embargo, no suelen contener garantías referidas exclusivamente al proceso civil, lo que no quiere decir que éstas no existan, bien porque dentro de las generales procesales están comprendidas, bien porque de los objetivos y otras reglas de la Constitución se deducen o infieren las mismas.

C) *Proceso penal y libertad*.—La libertad física es el derecho fundamental por antonomasia. Este derecho presupone uno más radical y primario que es el derecho a la vida (con su secuela del derecho a la integridad física). No es extraño que sea el proceso penal, instituido para la justa punición del delito, un instrumento donde estén en pugna los intereses sociales y los intereses del individuo, de un modo más manifiesto. La racionalización del instrumento-proceso penal pasa por una progresiva decantación de la tutela debida a la persona del imputado para evitar que el proceso encubra los excesos

(1) Dice COUTURE «que en el examen de las instituciones esenciales del Derecho Procesal Civil, se llega siempre a un instante en que éstas adquieren el rango de derechos cívicos o fundamentales» («Las garantías constitucionales del proceso civil», en Estudios de Derecho Procesal Civil, tomo I, Buenos Aires, 1948, pág. 22). Ahondar en estas exigencias se torna presupuesto obligatorio para acometer y proyectar reformas procesales. La oportunidad es palmaria, pues tenemos una nueva Constitución cuya virtualidad en este terreno no está explorada. Aunque en materia de Derecho Procesal Penal la elaboración doctrinal es más completa y las propias constituciones son más explícitas al respecto, no puede pensarse que la investigación sea infructuosa desde el ángulo del Derecho Procesal Civil, como lo demuestran algunas obras. Así, los estudios de Nicolo Trocker sobre Proceso Civil y Constitución que analizan, teniendo en cuenta las vigentes constituciones en Italia y Alemania Occidental, la proyección de sus prescripciones y las consecuencias que se extraen (TROCKER, *Proceso civile e costituzione*. Problemi di Diritto tedesco e italiano, Milano, 1974).

de una vindicta o se convierta en medio de infligir vejaciones injustas para descubrir los hechos perseguidos. La vida, la integridad física y la libertad, como bienes supremos de la persona, están en juego y las restricciones o limitaciones que se impongan a ésta, deben venir justificadas en razón de la aplicación del Derecho, de cuyo concepto se excluye cualquier abuso o arbitrariedad. De aquí, que la protección a la libertad del imputado exige que sólo se pueda privar de ésta en condiciones legítimas (lo que implica, también, protección a su integridad física y a su vida). Y es ésta una preocupación jurídica primordial de los pueblos civilizados. El interdicto «ad homine exhibendum», el juicio de «habeas corpus» británico o el proceso de manifestación de personas del Derecho aragonés, tienen este sentido que se prolonga y afianza en las constituciones modernas, en forma de garantías constitucionales tuteladoras de la detención, de la prisión preventiva, etc... Alrededor del eje del derecho a la libertad, cuya limitación sólo procede en condiciones de justicia, y en tanto en cuanto a las mismas se accede por medios lícitos, se entreteje el marco de garantías del proceso penal (2).

(2) El tránsito del proceso penal inquisitorio al proceso penal acusatorio está en la raíz de este cambio estructural de la sociedad política. En España, según expresa la Exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente, «el reglamento provisional de 26 de septiembre de 1835 y las disposiciones posteriores publicadas durante el reinado de la Augusta Madre de V.I., introdujeron evidentes mejoras en el Enjuiciamiento criminal, pero no alteraron su índole esencialmente inquisitiva. Las leyes de 15 de septiembre de 1870 y 22 de diciembre de 1872, inspirándose en las ideas de libertad proclamadas por la Revolución de 1868, realizaron una reforma radical en nuestro sistema de enjuiciar con el establecimiento del juicio oral y público». Desgraciadamente, la reforma introducida por la Ley de 8 de abril de 1967 —aunque otra fuera la intención de sus autores, que pretendieron convertir el sumario en contradictorio— unió las fases de instrucción y juicio atribuyéndoles su conocimiento en algunos casos al mismo órgano judicial, lo que ha supuesto sin duda una regresión de carácter inquisitivo. (Vide ALMAGRO, *Sobre la naturaleza del nuevo proceso penal*, separata de los Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla, 1968). Recientemente se ha insistido en esta línea, con una desdichada «Ley Orgánica de Enjuiciamiento oral de los delitos dolosos menos perseguibles de oficio» de 11 de noviembre de 1980, cuyos graves defectos técnicos, además, originan situaciones de lamentable inseguridad jurídica (Vide LORCA GARCÍA, *Estudio de la Ley Orgánica de enjuiciamiento oral de los delitos dolosos menos graves perseguibles de oficio*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, enero-abril, Madrid, 1981, págs. 60-72).

No obstante, la tutela judicial de la libertad, con independencia de la forma o naturaleza del proceso, es anterior a la época moderna, para evitar que la privación de ésta subsistiera en condiciones de ilegalidad. Los romanistas señalan manifestaciones de interdictos de exhibición de personas que pueden guardar algunas analogías con el proceso de «habeas corpus» (Vide GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*, Tomo I, Madrid, 1979, pág. 437). Pero el proceso de «habeas corpus» surge en la Alta Edad Media para garantizar el

D) *Proceso civil y propiedad*.— El derecho de propiedad, tan traído y llevado, es junto con la libertad la otra cara del asentamiento de la persona humana. Si la libertad es lo dinámico, la propiedad es lo estático, la base operacional de la propia libertad. Al hablar de propiedad lo hago en un sentido amplio, que se extiende no a un determinado concepto histórico, ubicado en la consideración de este derecho como absoluto, sino a todo lo que en el sujeto significa disponibilidad real sobre los medios materiales. La propiedad y la posesión (como acreditamiento externo y pacífico de ésta), entendida de modo general (más en sentido político que técnico), es el núcleo y raíz de todo el Derecho privado. La defensa de la propiedad es la defensa del Derecho privado. Por tanto, el proceso civil, instituido para la tutela de los derechos privados participa en su radical esencia de este reflejo de la propiedad-posesión, que dota de significado a la disponibilidad jurídica del sujeto en todos los ámbitos, incluido el de la protección judicial. Los interdictos romanos de retener y de recobrar, la «*actio expoli*» del Derecho canónico, dan cuenta de la preservación del derecho fundamental de propiedad (o de su apariencia, la posesión), frente a quienes pretendieran alterar unilateralmente un «*status*» cuya modificación sólo corresponde a una sentencia obtenida en un proceso solemne. La protección a la disponibilidad jurídica se extiende también en el Derecho canónico a los derechos personales, sin necesidad de que éstos se refieran a posesiones físicas (fenómeno de la posesión de derechos).

Reconocido el derecho de propiedad en las declaraciones constitucionales modernas, las protecciones se orientan a que nadie pueda ser privado de su propiedad sin justa indemnización y, en todo caso,

poder real de administrar justicia, aunque evoluciona hasta convertirse en una garantía personal. En Inglaterra, las costumbres que regulan esta materia están consolidadas en el siglo xv. El «*habeas corpus amendement act*» de 26 de mayo de 1679 (Acta para mejor asegurar la libertad de los súbditos y prevenir los encarcelamientos en ultramar), supone un Derecho anterior notablemente desarrollado sobre la materia. En España, el profesor FAIRÉN ha estudiado las relaciones entre el «*habeas corpus*» inglés y el proceso aragonés, también de origen medieval y análoga significación, llamado «*recurso de manifestación de personas*» (Vide *El proceso aragonés de manifestación y el británico habeas corpus*, en *Temas del Ordenamiento Procesal*, Madrid, 1969).

La Constitución española vigente recoge expresamente con este nombre (*habeas corpus*), por primera vez, en nuestra historia constitucional esta garantía (art. 17.4) cuyo procedimiento confía a una regulación por ley. No faltan, sin embargo, precedentes en otros textos constitucionales españoles, así, el art. 4.º de la Constitución de 1869, establecía que toda persona detenida o presa sin las formalidades legales o fuera de los casos previstos en la Constitución, sería puesta en libertad a petición suya o de cualquier español. La ley determinaría la forma de proceder sumariamente en este caso.

a que esta posible privación se produzca a través del debido proceso. Este es —junto a la protección de otros derechos fundamentales— el origen de la cláusula constitucional norteamericana de debido proceso en cuyo desenvolvimiento se encuentra la tutela de la Constitución en favor del justiciable por medio de aquel instrumento (3).

E) *Conclusión preliminar*.— Las precedentes breves incursiones nos permiten señalar algunos puntos conclusivos, dentro de los que se enmarcan las reflexiones, objeto de este trabajo sobre las garantías constitucionales del proceso civil. Son éstos los siguientes: 1) La importancia del estudio de las relaciones entre derechos humanos, constitución y proceso. 2) La existencia de unas garantías constitucionales del proceso civil que, aunque menos explicitadas que las penales, no dejan de comportar exigencias en la regulación del mismo. 3) Estas garantías, o bien se deducen de las comunes al proceso en general o bien resultan de la propia naturaleza de los derechos que se hacen valer en juicio civil de conformidad con los objetivos y mandatos constitucionales. 4) El proceso civil sirve al Derecho privado y éste se inspira (excepto determinadas materias que por tal razón asumen carácter social o público) en la disponibilidad jurídica a cargo de los titulares de los derechos, lo que lógicamente influye de manera determinante en la regulación del proceso civil.

II. OPORTUNIDAD Y FINALIDAD DEL ESTUDIO

A) *Situación crítica de la justicia civil en España*.— La justicia civil, renqueante, desde hace lustros, alcanza en la actualidad, de manera muy agudizada en los grandes núcleos urbanos, sus cotas de mayor ineficacia: a las dos lacras tradicionales, lentitud y carestía, se unen todos los males de una organización judicial deficiente y de un enrevesamiento legislativo que impide el claro conocimiento de las normas jurídicas aplicables. El juez se aleja cada día más del justiciable, la floresta variopinta de los procedimientos especiales no

(3) Cfr. LINARES, *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, 1970. Estudia, entre otros aspectos, el origen y evolución histórica de esta garantía del debido proceso que se vincula en los EE.UU. de Norteamérica a las enmiendas V y XIV. En ambas la vida, la libertad y la propiedad están protegidas por el debido proceso legal (pág. 18). La Corte Suprema en el caso «*Chicago Milwaukee v. Saint Paul v. Minnesota*, 134. U.S. 418» da el paso definitivo al reafirmar su autoridad de declarar antijurídica por tomar la propiedad sin debido proceso legal, una tarifa, que aunque no tan baja como para impedir una cierta ganancia, era asimismo irrazonable en el sentido de no rendirle a la empresa una ganancia prudente sobre la propiedad dedicada al negocio (pág. 22).

deja de producir nuevos retoños, la burocracia judicial, escasa de medios y sin alicientes, pierde sus motivaciones en orden a las razones del servicio... las corruptelas, en suma, se enseñorean de la práctica forense.

B) *La ley centenaria.*— Sin duda que la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su versión vigente, cumplido su centenario, no es el instrumento procesal que los tiempos demandan. Desde hace años se pregonaba la necesidad de su reforma —reforma profunda, audaz— sin que todavía ésta se haya producido (4). Todos conocemos la crítica. Esta Ley, que nace anticuada, toma como modelo, base de su regulación, el juicio de mayor cuantía pervivencia del proceso común romano-canónico, de formación medieval, con todos sus defectos (excepciones dilatorias, incidentes, réplica y dúplica, escritura a ultranza, pasividad del juez, apelaciones de las resoluciones interlocutorias, etc.). Mas nos equivocariamos si pensáramos que la mayoría de los actuales males de la justicia civil se hallan en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En primer lugar, las prácticas viciadas que arrastra el enjuiciamiento civil no provienen todas de la propia Ley. En segundo lugar se corre el riesgo de convertir en panacea a una nueva Ley de Enjuiciamiento que pretenda, por reacción frente a la que se intenta sustituir, introducir un autoritarismo procesal que nada remediaría y que conduciría a un mayor arbitrarismo judicial, respaldado por la Ley. Probablemente, con pocas medidas serias de reforma orgánica y procesal conjunta se introduciría una notable mejora en la situación actual de la justicia civil, preparándola para una definitiva puesta al día, una de cuyas piezas habría de ser un código procesal civil nuevo, aunque inspirado en lo más progresivo de nuestras tradiciones.

C) *Razones de oportunidad y fin.*— Con este talante, pues, que parte de la premisa de que no se debe de hacer una Ley de enjuiciar precipitada, creemos que ha de extraerse del ordenamiento vigente lo que de positivo tiene, examinar las exigencias constitucionales, trazar las directrices de política legislativa en que ha de moverse

(4) Con todos los matices y discrepancias que el tema puede suscitar, el intento más serio de revisión de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fue el realizado por un grupo extenso de profesores de Derecho procesal, dirigidos por el Profesor PRIETO-CASTRO. La obra —aunque inconclusa— titulada «Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil», publicada en dos tomos Madrid, 1972 y 1974, respectivamente, contiene valiosas aportaciones técnicas y se inspira en un sano neoliberalismo que, sin desconocer los razonables poderes del juez, no incurre en autoritarismo judicial, poco fecundo, desde un punto de vista práctica e inadmisibles, según una coherente filosofía político-democrática.

la reforma de acuerdo con dichos imperativos que se sitúan también en concordancia con las tradiciones mencionadas, y, seguidamente, procurar una articulación procesal moderna y eficiente. No se trata de un largo camino cronológico, sino de un simple orden lógico que pretende no caer en improvisaciones.

III. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO, «ALMA» DEL PROCESO CIVIL

A) *La perspectiva crítica.*— No es infrecuente encontrar en destacados procesalistas, embates al principio dispositivo como inspirador de la vieja L.E.C. Se resaltan las ventajas de un principio inquisitorio que, al aumentar los poderes de dirección y de intervención del juez en el proceso civil, permita la consecución de la verdad material y una más expedita y cumplida justicia, al margen de actuaciones de las partes, cuya motivación sea el fraude o la desidia (5).

No creo que ninguna de estas críticas vaya más allá, si se examina a fondo el problema, de postular correcciones a un mal entendimiento del principio dispositivo. Sin embargo, sin una pedagogía de lo que el proceso civil significa, es difícil que este embate no haya producido en la mentalidad de muchos juristas que acaso no hayan tenido tiempo de reflexionar sobre su alcance, algunas deformaciones sobre la función del juez en el proceso civil.

Por supuesto que hoy nadie duda de la conveniencia de establecer eflujos que permitan al juez en el orden de los hechos, solicitar las aclaraciones o precisiones acerca de los mismos o de lo pedido, necesarias para su cabal conocimiento de éstos, y en el orden de las pruebas, autorizarle para que de oficio pueda ordenar la práctica de aquéllas que considere atinentes a la mejor obtención de la verdad, base de su convencimiento, mejorando el actual sistema de diligencias para mejor proveer. De otra parte, ni el principio de justicia rogada (desaparecido tras la reforma de 1924) ni la valoración legal de las pruebas (atenuada por la jurisprudencia) son hoy obstáculos que puedan esgrimirse, como argumentos serios, impeditivos de la función del juez.

Mas lo sustancial del principio dispositivo, reflejo del derecho material, son determinadas manifestaciones procesales que no pue-

(5) En España, GUASP mantiene que el aforismo expresivo del principio dispositivo es una vieja reminiscencia de ordenamientos primitivos, por lo que se muestra partidario del principio inquisitivo (Derecho Procesal Civil, Madrid, 1962, pág. 327). Esta actitud motivó la severa crítica de LIEBMAN (Fundamento del principio dispositivo, en Problemi del processo civile, Milano, 1962, pág. 14).

den someterse a los vaivenes de un posible uso alternativo del Derecho Procesal, si se quiere ser respetuoso con la estructura de corte democrático occidental que caracteriza a nuestra Constitución. Son éstas, la exigencia de que el proceso se instaure normalmente por medio de demanda, promovida por quien afirme la titularidad de los derechos litigiosos, para la delimitación del objeto del mismo en conjunción con las alegaciones del demandado, situado en plano de igualdad con aquél, junto con la consecuencia de que el juez debe decidir congruentemente con las peticiones deducidas. El tema probatorio y la incumbencia de la carga de la prueba, aunque admite mayores matices y no niega la intervención del juez, pide, al menos que cada parte pueda utilizar en apoyo de sus pretensiones los medios de prueba lícitos conducentes a la defensa de sus derechos (6).

B) *Fundamento constitucional.*— La raíz del Derecho privado —como antes afirmamos— se asienta en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como principio negociador que permite la creación, modificación y extinción de derechos y de obligaciones. Este fundamental derecho de propiedad, clave de la auténtica disponibilidad jurídica privada, se halla establecido en la vigente Constitución («se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia», art. 33.1). No se excluye, como es lógico, la función social que debe cumplir este derecho (estos derechos) y, por tanto se confía a la Ley la delimitación de su contenido (art. 33.2).

La disponibilidad jurídica privada se actúa mediante el ejercicio de los derechos, de una manera potestativa, es decir, sin otras sujeciones que las derivadas de la propia naturaleza y contenido de los

(6) Como señala RODRÍGUEZ, U., en «Autoridad del juez y principio dispositivo» (Valencia, 1968 - Venezuela), los autores se dividen entre quienes creen que el principio dispositivo es consustancial a un sistema en el cual se admita la validez del derecho subjetivo y quienes afirman que se trata de una manifestación política condicionada por razones de conveniencia. Esta segunda posición es la que sostiene ALCALÁ-ZAMORA, que en el prólogo a dicha obra considera que el principio dispositivo no es una proyección procesal del derecho subjetivo, sino que obedece a razones políticas o de oportunidad (ob. cit., página XXIV). Pensamos, no obstante que el principio dispositivo, con independencia de los poderes de dirección del juez que deben ser aumentados, dentro de ciertos límites, se enraiza en la estructura del ordenamiento jurídico (vide, en este sentido, CAPPELLETTI, *Giustizia e società*, Milano, 1972, pág. 31, y el mismo autor en *El proceso civil en el Derecho comparado*, Buenos Aires, 1973, en particular, parte I «El principio dispositivo y sus principales manifestaciones». Vide, igualmente, SERRA DOMÍNGUEZ, *Liberalización y socialización del proceso civil*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972, pág. 511). Estamos de acuerdo con RAMOS MÉNDEZ cuando afirma «que el principio dispositivo es, en definitiva, libertad de acción jurídica» (*Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1980, pág. 326).

mismos. Cuando el ejercicio pasivo de los derechos no permite su satisfacción, el titular o presunto titular (esta duda constituye la esencia de la servidumbre y necesidad del proceso) puede acudir a los órganos judiciales en demanda de justicia. La Constitución también reconoce este derecho (de carácter subjetivo público) al proclamar que «todas las personas tienen el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión» (art. 24.1).

La «indefensión» es justo el concepto que autoriza a conectar la tutela que se presta con el derecho de defensa jurídica de todos los derechos, razón del derecho a la jurisdicción. Obliga, pues, en puridad, este concepto constitucional a favorecer un desarrollo legislativo procesal que atienda a la satisfacción de los siguientes puntos:

1.º Que el titular (o pretendido titular) de un derecho privado tenga siempre acceso a la defensa del mismo ante los tribunales de justicia. La defensa del derecho ha de entenderse de acuerdo con las facultades inherentes a éste. Por tanto, la regulación procesal ha de reflejar la libertad de ejercicio de éste (carga de la demanda) y las disponibilidades sobre el objeto del mismo (determinación básica de este objeto, desistimiento, renuncia, transacción, allanamiento) y la posibilidad, en consecuencia, de fijar los límites de la sentencia en relación con lo pedido (congruencia). Ni que decir tiene que estas facultades se confieren dentro del respeto a los derechos de terceros, y, sin perjuicio de las limitaciones concretas de carácter excepcional que permiten la tutela del simple interés legítimo en determinadas materias de naturaleza civil, aunque influidas por un interés público o social, o la sustitución del titular en el ejercicio del derecho, así como la intervención de terceros en defensa de sus propios derechos e intereses.

2.º Que se excluya, como regla general, que el propio órgano judicial o cualquier otro órgano público requirente (Ministerio Fiscal) pueda incoar legítimamente el proceso civil (salvo razonables excepciones en función de una representación legal o de un interés público social, previamente determinado), así como cualquier regulación procesal, que otorgue al juez facultades para alterar el objeto del proceso o no sujetarse a lo pedido por las partes, a salvo los matices y precisiones técnicas que convenga introducir para facilitar su función directora, dentro siempre del respeto a las reglas del contradictorio y al principio de igualdad de las partes (7).

(7) Esta opinión no significa que el Ministerio Fiscal no pueda, ni deba intervenir en el proceso civil y aún instarlo y promoverlo, cuando determi-

IV. LA FORMA DEL PROCESO CIVIL

A) *Estado de la cuestión.* — No es tema controvertido, en la actualidad, el de las formas puras (escrita u oral) en orden a la elección como único, de uno u otro sistema para la válida producción y eficacia de los actos procesales, considerados como conjunto unitario, integrador del concepto de proceso. Es la regla del predominio de una forma sobre otra, lo que sigue originando polémica a favor o en contra de uno u otro principio (principio de la escritura o principio de la oralidad). La experiencia, por otra parte, demuestra que la instauración de un proceso civil oral no resuelve los problemas que origina el proceso escrito, bien porque no se tenga una organización judicial preparada al efecto, bien porque sus propias imperfecciones pueden anular las consecuencias pretendidas. Por medio de la oralidad se intenta conseguir concentración, intermediación y publicidad, todo ello en beneficio de la celeridad que se traduce en eficacia y de la ejemplaridad cara a los propios justiciables y a los ciudadanos en general (8).

Hecha esta última salvedad conviene decir que el tema de la oralidad en España no puede plantearse como una cuestión académica sino en función de la realidad procesal vigente. Y conforme a esta realidad resulta claro que todos los males del principio de la escritura se encuentran «concretados» no sólo en la Ley de Enjuiciamien-

nadas materias de reconocido interés social estén en juego. Precisamente, respecto de éstas y aquellas otras que se refieren a un aspecto de estos intereses (los llamados «intereses difusos») propugnamos esta intervención en otros trabajos. Lo que se sostiene es que no puede incurrirse ni en la pereza mental, ni en el oportunismo político de dejar estas materias indeterminadas, por lo que participamos, en líneas generales, del criterio mantenido por PRIETO-CASTRO en El informe general sobre principios políticos y técnicos para una ley uniforme procesal civil en la comunidad hispánica de naciones, en Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal, Madrid, 1964, pág. 689).

(8) El tema de la oralidad, por otra parte, como reconoce uno de sus más fervientes propugnadores, CAPPELLETTI, se ha convertido en un mito. La oralidad es un nombre-símbolo, catalizador de movimientos reformistas, cuyo balance final en algunos países europeos ha resultado positivo. Vide, autor citado, *Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo*, pág. 145, en *Gius-tizia e società*, ob. cit. Vide también CAPPELLATTI, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, 1972. Interesante, con notas bibliográficas amplias, MONTERO AROCA —defensor del principio de la oralidad—, en *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1976, pág. 253. ALMAGRO NOSETE, *El Derecho Procesal en la nueva Constitución*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, octubre-diciembre, núm. 4.º, 1979, pág. 863. SERRANO ALBERCA, en *Comentario del art. 120 de la Constitución*, pág. 1249, en *Comentarios a la Constitución* (obra dirigida por GARRIDO FALLA), Madrid, 1980.

to Civil sino en la práctica judicial y forense española. En efecto, la L.E.C., que incluye dos juicios ordinarios básicos (mayor cuantía y menor cuantía) responde —con exclusión del juicio verbal—, a un criterio escriturario derivado del proceso común, aunque incrusta notas de oralidad en el proceso de menor cuantía (comparecencia de las partes) y tímidamente en el de mayor cuantía («vista» como resumen conclusivo o antiguas alegaciones de bien probado). Pero, sobre todo, la L.E.C. en materia probatoria ordena la presencia del juez en la práctica de las pruebas, testifical, de confesión y pericial, dotándole de facultades para intervenir en las mismas. Sin embargo, todos los profesionales del foro saben que las comparecencias y vistas se despachan con notas escritas, que simulan la celebración, y que las pruebas, salvo casos aislados de gran importancia o de audaz y peligroso empeño de las partes, se practican, las más de las veces, en presencia del oficial o de un auxiliar del juzgado.

Se infiere de esta realidad que la intermediación judicial, prácticamente, no existe, ni siquiera en materia de recepción de pruebas con la consecuencia del pleno divorcio entre práctica y apreciación de la prueba conforme al principio de convicción libre o de sana crítica frente al sistema de prueba tasada. No cabe mayor incongruencia.

B) *Exigencia constitucional.* — El art. 120.2 de la Constitución, apartándose en este sentido de precedentes constitucionales habituales, señala «que el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal».

¿Qué quiere decir este precepto? ¿Qué indica como directiva de desarrollo constitucional? En primer lugar, que no impone un proceso oral puro en ningún caso, pues se limita a establecer que debe ser «predominantemente» oral, lo que no excluye, por tanto, las actuaciones escritas. Y en segundo lugar, que este predominio de la oralidad debe ser más acusado en el proceso penal que en los restantes. Mas si éstas son las delimitaciones negativas del precepto, también en éste se afirma respecto de todos los procesos, sin excluir el civil, que en la regulación ha de predominar la oralidad.

Si trasladamos esta última exigencia a nuestra realidad procesal civil, que es la que tiene que servir de punto de referencia (entre otros) a los nuevos poderes legislativos, nos encontramos con una clara necesidad de regular el proceso civil según patrones, aunque no exclusivos, en los que predomine la oralidad. La estructuración, pues, del proceso civil no puede omitir este mandato. Y es, además, conveniente que así sea, puesto que como ya se ha expuesto, el apego a los escriturarios frustra los mínimos orales establecidos en perjuicio incluso de un principio de observancia tan necesaria como el de la intermediación judicial en las pruebas.

A nuestro entender, la permisión de lo escrito debe hacer caer su peso en la regulación de la fase de alegaciones (demanda y contestación a la demanda). La introducción, a renglón seguido, de un simple y puro «juicio oral» que concentrara la práctica de las pruebas y la valoración oral de las mismas, a semejanza del proceso de trabajo (aunque con la diferencia de la contestación escrita) no parece que pudiera dar los resultados apetecidos, pues supondría un cambio excesivamente novedoso que, además de chocar con la mentalidad forense, tropezaría con dificultades técnicas en procesos de naturaleza compleja tanto en lo que se refiere a los presupuestos procesales como a la materia probatoria. Preferible sería adoptar en este sentido el modelo del llamado proceso por audiencias que deberían ser las mínimas imprescindibles para el saneamiento (vicios procesales subsanables o impeditivos de la continuación en audiencia preliminar) y para la realización de las pruebas (en una o en varias audiencias) y la valoración conclusiva también oral. La sentencia habría de ser escrita y motivada, según exigencias que impone el recurso y el precepto constitucional —art. 120.3— que así lo determina en cuanto a la motivación. Lo importante, sin embargo, para lograr la intermediación y la concentración (ventajas de la oralidad) es la presencia del juez, que debería de establecerse bajo inercusable sanción de nulidad de lo actuado (9).

V. PUBLICIDAD

A) *Fundamento constitucional.* — La publicidad es otra de las garantías del proceso civil. Está reconocida con sus justificadas limitaciones, con carácter general en el art. 120.1 de la Constitución y como uno de los requisitos que componen la garantía de tutela jurisdiccional en el art. 24.2 de dicho texto fundamental. Aunque las excepciones a este principio son las que previenen las leyes de procedimiento, éstas deben interpretarse conforme al art. 6.º de la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre, en lo que se refiere a la publicidad a terceros, del siguiente modo: «La sentencia debe ser hecha pública, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o una parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las

(9) Cfr. VÉSCOVI, Elementos para una teoría del proceso civil latino americano, México, 1978, pág. 61.

partes en el proceso lo exijan, o en la medida juzgada estrictamente necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia».

El principio de publicidad tiene dos claras vertientes: publicidad para las partes, lo que significa manifestación del principio de audiencia y del principio de contradicción, por cuanto que éstas tienen que conocer las determinaciones respectivas de cada una para ejercitar debidamente su derecho de defensa, así como conocimiento de los actos del tribunal, a efectos de impugnaciones y para saber el curso del asunto. Y publicidad para terceros que sirve a dos fines, ejemplaridad de la justicia y control social de los órganos jurisdiccionales por el público asistente y por la difusión de sus resoluciones. En todo caso, el principio de publicidad está vinculado, en este segundo aspecto, al principio de oralidad (10).

B) *Consideración general.* — La L.E.C. responde en este punto a un reconocimiento del principio de publicidad admitido, lógicamente, sin otras restricciones que las establecidas también en pactos internacionales (razones de moral y decoro) para las diligencias de prueba y vistas. Incluso a solicitar de las partes el «despacho ordinario» puede hacerse en audiencia pública, lo que no deja de constituir un apéndice prácticamente inútil, pues no es probable que se haga uso de esta facultad. El pronunciamiento de la sentencia en «audiencia pública» se ha convertido también en un precepto incumplido. Esto por lo que se refiere a la publicidad en cuanto a terceros.

La publicidad de las resoluciones judiciales entre las partes es, sin embargo, principio que se cumple, ya que mediante el sistema de notificaciones y traslados de los escritos respectivos y de las resoluciones judiciales, es como funciona el proceso.

De todos modos, como antes decíamos, sólo un proceso con predominio de la oralidad asegura la publicidad en general.

VI. REMOCIÓN DE OBSTÁCULOS AL LIBRE ACCESO A LA JUSTICIA CIVIL

A) *Interpretación del libre acceso según el precepto constitucional.* — No establece la Constitución una referencia nominal al principio de libre acceso entendido como regla que permite tan pronto como el titular de un derecho se sienta perturbado o molestado en

(10) Comparto la opinión de MONTERO AROCA cuando afirma el carácter político de la auténtica publicidad en el proceso y la extensión de estas razones al proceso civil, en Introducción al Derecho Procesal, ob. cit. pág. 270.

su ejercicio o impedido para el mismo, acudir a los tribunales de justicia, en demanda de protección o tutela.

No obstante, la interpretación del concepto «efectividad» referido a la tutela judicial que consagra el antes mencionado art. 24 de la Constitución, hace pensar que esta efectividad significa ausencia de condicionamientos previos que obstaculicen o entorpezcan la posibilidad de actuar por vía jurisdiccional. Desde esta perspectiva, los autores alemanes e italianos (11) se han planteado de acuerdo con los equivalentes preceptos constitucionales, que tampoco explicitan el libre acceso, la licitud constitucional de determinadas imposiciones legales que obligan al ciudadano a pasar, antes de acudir a la jurisdicción civil, por instancias administrativas o por órganos seudojurisdiccionales, independientemente de que estos requisitos no supongan un obstáculo definitivo o sustitutivo del actuar jurisdiccional, al que en último extremo se puede acceder posteriormente. Completa la invocación de este precepto constitucional, su relación con el principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117 de la Constitución). Ha de decirse que, precisamente la primera sentencia de amparo, dictada por el Tribunal Constitucional español concuerda el art. 24.1 con la exclusividad jurisdiccional. Aunque la relación se refiera a un supuesto distinto, la doctrina de dicho Tribunal señala que la plenitud jurisdiccional es una de las notas características del concepto de jurisdicción y por tanto del derecho a la misma, reclamable por el ciudadano ante el Tribunal Constitucional (12). En suma, los autores se plantean si la efectividad jurisdiccional puede reducirse a un derecho a decir la última palabra sobre una controversia o si como parece más plausible conlleva un derecho a que la primera palabra sobre un litigio susceptible de ser llevado ante los tribunales, sea de carácter judicial, en razón de aquella exclusividad jurisdiccional.

B) *Procedimientos administrativos preliminares.* — Las acciones civiles contra el Estado, Corporaciones locales y Organismos autónomos, se encuentran sometidas a un régimen de reclamación previa ante la Administración que actúa como presupuesto procesal y motiva en nuestra L.E.C. la excepción 7.ª del art. 553. La doctrina ex-

(11) Cfr. TROCKER, ob. cit., pág. 225.

(12) La sentencia de 26 de enero de 1981 del Tribunal Constitucional (sentencia Sala II, recurso de amparo 65/80, suplemento B.O.E. día 24 de febrero de 1981), establece que el derecho a la justicia o derecho a la tutela jurisdiccional que se califica por la nota de efectividad, reconocido en el art. 24 de la Constitución, no se actúa debidamente cuando no se tiene en cuenta el ejercicio de la potestad jurisdiccional, conforme al principio de exclusividad que sanciona el art. 117.3 de la Constitución.

tranjera se alinea en dos sectores respecto a la consideración de esta imposición legal a la luz de los preceptos constitucionales que otorgan el derecho a la jurisdicción con exclusividad. Se estima, en un sentido, que estos preceptos constitucionales no prohíben que se atribuya con carácter preliminar la resolución de estos conflictos a órganos no jurisdiccionales, puesto que siempre queda abierta la posibilidad de acudir a los tribunales. Se arguye que el procedimiento preliminar ante los órganos administrativos, responde a una profunda necesidad práctica de favorecer la composición extrajudicial. Sin embargo, la exclusividad de la jurisdicción, no tiene excepciones (se mantiene desde otro ángulo), y, por tanto, la imposición legal de someter al ciudadano a una vía previa, significa negarle el derecho a un pronunciamiento judicial inmediato.

La historia de estos condicionamientos de la jurisdicción, explica bien a las claras, en especial por lo que a España respecta, que son las luchas entre Administración y Jurisdicción, las que motivan, sin causas justificativas, de orden lógico muchas veces, la aparición de estos privilegios contrarios al principio de igualdad de las partes. El siglo XIX es el escenario de progresivos recortes al ámbito de la jurisdicción civil, por parte de la Administración, que tras el logro más aparente que real, del Decreto de unificación de Fueros, pretende incrustar privilegios y exenciones que refuercen su posición institucional.

Si durante la vigencia de la ideología liberal, los ataques de la Administración a la Jurisdicción, se inspiran en una estimación del dogma de la separación de poderes, tanto en lo orgánico como en lo funcional, que no se satisface con una jurisdicción delegada o retenida, sino que procura además de mermar la eficacia de la jurisdicción ordinaria, cuando sus intereses aun actuando como sujeto privado están en juego, el nacimiento del Estado intervencionista, proporciona nuevos acicates a la voraz Administración que, en razón de unas pretendidas actividades neutrales o imparciales, por medio de organismos burocráticos, intenta y consigue, también, suplantar la actividad jurisdiccional, atribuyéndose funciones mediadoras, conciliadoras y de arbitraje forzoso que interfieren y obstaculizan el libre acceso de los ciudadanos a la justicia.

Incumbe al Poder Judicial (configurado como tal en la Constitución) al Tribunal Constitucional y al Legislador desbrozar este inextricable campo de disposiciones limitativas de la auténtica libertad y de la verdadera sumisión de todos los ciudadanos y poderes del Estado a la justicia, cuando lo que se demanda es aplicación de la ley al caso concreto controvertido, sin cortapisas ni tapujos. ¿Cuándo los jueces formados en el Derecho continental descubrirán su

mision de protectores de la libertad, dentro del Derecho? ¿Cuándo su mentalidad excesivamente gubernamentalizada tendrá como intermediario psicológico de su conciencia exclusivamente a la ley?

En dos campos, pues, cabe contemplar estos condicionamientos.

Primero, en los casos en que la Administración (general, local o institucional) actúa como parte, y segundo, en aquellos en los que se atribuye funciones seudojurisdiccionales.

Así, con referencia al primero (13), se puede decir que en nada padecería la Administración si se suprimiera cualquier tipo de reclamación previa al ejercicio de las acciones civiles. Y mantenemos esta posición, aún a sabiendas de que el fundamento externo, dado a estas reclamaciones, es originariamente el de su equiparación al acto de conciliación entre particulares, como trámite previo al planteamiento de la demanda (aunque sus verdaderas razones o motivaciones no sean éstas, como se ha encargado de poner en claro la doctrina). Precisamente, porque pensamos que la conciliación obligatoria en el momento previo al pleito, es un trámite inútil y dilatorio y un condicionamiento más impuesto al libre acceso a los tribunales. No debe admitirse, en principio, esta clase de condicionamientos. Con todo, cualquier regulación de esta materia que, con carácter unitario estableciera un requisito previo, consistente en una simple reclamación sin más al órgano que vaya a ser demandado, debería, si no prospera la tesis de la supresión, tener su adecuado encaje en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se mantiene el acto de conciliación previa, paralelamente podría regularse una sencilla y simple reclamación frente a cualquier órgano administrativo que se pretenda demandar, derogatoria de todas las disposiciones que actualmente rigen esta materia.

Si de algún modo este temperamento o modulación puede ser admitido como mal menor, para evitar que el desorden administrativo y burocrático turbe los intereses objetivos de la Administración, diferente ha de ser nuestra posición respecto de las instancias administrativas existentes o que se creen, sin carácter preliminar a la vía jurisdiccional y debemos, lisa y llanamente, propugnar su inconstitucionalidad.

Aunque cabría señalar residuos y vestigios de estos condicionamientos administrativos que, en definitiva, suponen un ataque abierto o solapado al principio de unidad de jurisdicción que proclama la Constitución, resulta francamente perturbador que después de promulgarse la Constitución sean los nuevos poderes legislativos los

(13) Cfr. en esta materia la obra de GARCÍA CASAS, «Vía gubernativa y proceso civil». Barcelona, 1975.

que reincidan en esta viciosa práctica. Sin ir más lejos, la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos, que mantiene, según es tradicional, la atribución del conocimiento y resolución de los litigios que puedan suscitarse al amparo de la misma, a los órganos jurisdiccionales ordinarios, introduce, no obstante, unas competencias en favor del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA) y de unas Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos que deben reputarse como inconstitucionales. Aunque estas competencias no son excluyentes de la función jurisdiccional, si son limitativas del libre acceso a la misma y disuasorias para acudir a los tribunales, puesto que se conmina legalmente al demandado a aceptar el informe del primero o la decisión de las segundas, so pena, si se decide a plantear su asunto ante la jurisdicción civil, de ser condenado en las costas si la resolución judicial confirma el informe del IRYDA o la resolución de la Junta Arbitral. ¿Cabe que el derecho a la jurisdicción—derecho natural, constitucional— pueda ser obstaculizado con estas amenazas legales? ¿Se puede establecer un régimen especial en materia de imposición de costas para favorecer la posición del IRYDA o para dar autoridad a las recién creadas Juntas Arbitrales? ¿No parece todo esto una manipulación del Poder legislativo frente al principio de igualdad ante la ley que también debe proyectarse en las condiciones de acceso de las partes al proceso? Más graves son, si cabe, las atribuciones señaladas a las Juntas Arbitrales que vienen a suplantar las funciones del juez conciliador que según nuestras leyes pertenecen a los Jueces de distrito (antiguos Municipales) permitiéndoles que de oficio o a instancia de parte, realicen esta función conciliadora, como trámite previo a cualquier contienda judicial y con carácter ejecutivo (14).

(14) No desconocemos la importancia y el auge que han adquirido de nuevo los procedimientos conciliadores en todo el mundo. Aleccionador es, a este respecto, el estudio de Vittorio DENTI, *I Procedimenti non giudiziali di conciliazione* como instituzioni alternativa (Rivista de Diritto Processuale, Luglio-settembre, 1980, págs. 411-437). Resumiremos brevemente el contenido del artículo citado: el desarrollo actual de las instituciones conciliadoras traduce la insatisfacción popular por la Administración de justicia. En U.S.A. se han organizado experiencias por el Departamento Federal de justicia que, en 1978, instituyó tres centros pilotos en Atlanta, Kansas City y Los Angeles, con cometidos complejos, tales como instituir en el seno de las comunidades locales, organismos idóneos para resolver las controversias menores, civiles y penales, descargar de trabajo a los órganos jurisdiccionales, intentando resolver los conflictos que no se adaptan al formalismo de la justicia ordinaria, colocar a las partes en condiciones de conseguir soluciones conciliadoras y encauzar a las partes al órgano jurisdiccional apropiado, cuando la controversia no se presta a soluciones de conciliación. Estos programas pilotos, según la American Bar Association, representan un intento de racionalizar el aparato judicial

No, simplemente no, el camino para robustecer a nuestros órganos judiciales y para interpretar la Constitución de acuerdo con sus fines y objetivos y no de una manera semántica, debe ser otro.

C) *Las jurisdicciones privadas.* — Particular atención merecen, también, las peculiaridades de las que denominamos jurisdicciones privadas, es decir, los poderes que se confían a determinados órganos directivos o delegados de los mismos, según los estatutos de las sociedades, asociaciones o corporaciones respectivas, para imponer multas o decretar suspensiones o expulsiones de la calidad de socio. Sólo apuntaré que el monopolio jurisdiccional del Estado no puede impedir que en virtud del principio de autonomía de la voluntad,

amenazado de sucumbir bajo el peso de la litigiosidad menor. En Francia, la tradición de la justicia de paz con funciones de conciliación, se remonta a los primeros años de la Revolución (Decreto de 1790 sobre organización judicial). Sin embargo, la obligatoriedad del intento de conciliación, tras ásperos debates, fue suprimida, salvo para determinadas causas, por Ley de 9 de febrero de 1969. El aumento del trabajo judicial indujo en 1977 a una revitalización de la institución de los conciliadores, primero con carácter experimental, y, más tarde, con carácter general por Decreto de 20 de marzo de 1978. También en Italia, con independencia del desarrollo de la conciliación en conflictos de trabajo, el legislador en 1978 ha establecido el intento obligatorio de conciliación en materias determinadas (Liti sull'equo canone). Un ejemplo, también, interesante, entre otros, es el de la Comisión social de 1965 con el fin de responsabilizar a la comunidad local en la resolución de los litigios menores. Las causas que originan este fenómeno son las tendencias a «desformalizar» y «deslegalizar» las controversias. La tendencia a la desformalización se produce por la acentuación de las garantías formales del proceso que acrecienta su costo y su duración, dificultades para resolver de manera satisfactoria el acceso a la justicia de los que carecen de medios económicos, por medio de sistemas generalizados de asistencia legal, el exceso de trabajo de los órganos judiciales, reacción frente al protagonismo del Estado e inclinación hacia un «Gobierno privado» de la justicia de claro carácter neocorporativo. La tendencia a la deslegalización, se basa: en la presión del grupo social que busca soluciones que carezcan de carácter sancionador para mantener el grado de cohesión comunal, mediante la aprobación del grupo a la solución, es, también, resultado de ideologías que intentan conseguir la autodisciplina en una determinada comunidad social, es, finalmente, uno de los posibles modos de desestatalización del proceso.

Con todo, como señala este autor, tras el auge de la conciliación deben discernirse motivaciones políticas que pueden constituir un rechazo al modelo de justicia occidental. El problema que plantea la conciliación es sustancialmente el de considerarla como una forma alternativa de composición extrajudicial de libre elección, o el de imponerla como un medio forzoso al que debe acudir con carácter previo al proceso. No es ésta una discusión de hoy. Mas, junto con el autor, hacemos nuestras las palabras de BENTHAM, crítico de la obligatoriedad del procedimiento de conciliación: «le devoir du législateur est de corriger la procédure, et non de chercher des expédients pour s'en passer. Ce qu'il doit à ses sujets, ce n'est pas une demi-justice, c'est la justice dans sa plénitude».

las personas acepten derechos y obligaciones (con las limitaciones inherentes a los abusos propios de los contratos de adhesión). Pero, igualmente, no puede tolerar el despojo arbitrario en el «status» de una persona en función de determinaciones privadas que únicamente incumbe resolver a la autoridad judicial. Fuera de los límites de la sumisión voluntaria al compromiso de árbitros, de conformidad con la ley que lo regula, no pueden admitirse inmisiones en la esfera de la justicia por organizaciones ni privadas ni públicas. Cualquier acto unilateral de justicia propia entraña, salvo los casos de legítima defensa, una realización arbitraria del propio derecho.

Algunos de estos inconvenientes están paliados con la prohibición consagrada constitucionalmente de los Tribunales de Honor, pero el problema no queda ahí, puesto que esta prohibición alcanza a las sanciones que puedan imponerse por razón de una conducta en la que entra en juego la valoración ética de la misma, y el repudio o rechazo que merezca dentro de la organización. Nos referimos, por tanto, a aquellas sanciones que se imponen por pretendido incumplimiento de las reglas estatutarias. Evidentemente, en estos casos está abierta la puerta a la justicia, pero resulta injusto que por decisión unilateral, pueda quedar en entredicho o menoscabo, el ejercicio de los derechos sociales en tanto no haya pronunciamiento judicial. En este sentido, aunque el tema sea discutido, no han faltado valientes resoluciones judiciales que han extendido la protección jurisdiccional de los interdictos a este tipo de derechos creadores de un estado y han ordenado que su titular sea retenido en su situación o recupere aquélla de la que se le privó, pues sólo una sentencia puede establecer el alcance de sus derechos y obligaciones sociales.

El tema reviste una importancia inusitada en relación con los estatutos de los partidos políticos. Sea cual sea la naturaleza de estas asociaciones, es lo cierto que sus decisiones no están revestidas del «imperium» propio del Estado o de la Administración y, en consecuencia, corresponde a la autoridad judicial civil resolver las controversias que se susciten en su seno respecto de los derechos y obligaciones de sus afiliados.

La actuación, pues, de los órganos de disciplina de estos partidos o sus determinaciones resolutorias sobre los socios no pueden sobrepasar, en ningún caso, su condición de partes y, por tanto, se hallan sometidas al Poder Judicial.

VII. LA ESTRUCTURA DEL PROCESO CIVIL

A) *Los preceptos constitucionales.* — El art. 24.2 de la Constitución contiene especificaciones de Derecho Constitucional Procesal, aplicables en algunos casos sólo al proceso penal. En otros, a ambos tipos de proceso. Concretamente, la referencia a «un proceso ... con todas las garantías». ¿Cuáles son esas garantías? La respuesta no se hace esperar: todas aquéllas que son comunes al patrimonio de la cultura jurídica de las naciones civilizadas. Mas, particularmente, si se tiene en cuenta que conforme al art. 10.2 de la Constitución «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la C. reconoce, se interpretarán de conformidad con la declaración universal de los derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por España» debemos acudir al articulado de éstos para integrar aquella declaración constitucional. Así, en efecto, el art. 10 de la Declaración universal dice que «toda persona tiene derecho en condiciones de igualdad, a ser oída... por un tribunal... para la determinación de sus derechos y obligaciones». Y el art. 14, del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos, establece de una manera más clara que «todas las personas son iguales ante los tribunales de justicia». El principio de igualdad de las partes y el principio de audiencia son, por tanto, aspectos a contemplar en su desarrollo como estructurales del proceso civil.

En efecto, el principio de audiencia exige que al demandado se le dé la oportunidad de comparecer mediante citación legal producida en forma que garantice que tenga noticia del litigio y posibilidad de defenderse, mediante el ejercicio de su derecho a la jurisdicción, a través de la correlativa facultad de excepcionar frente a la acción del demandante. Este derecho de defensa del demandado debe reconocerse en condiciones de igualdad respecto de las correlativas oportunidades del demandante.

En la doctrina se ha planteado la cuestión al confrontar los viejos tertos procesales con los nuevos textos constitucionales, especialmente en Alemania e Italia, del alcance que debe darse al principio de audiencia en relación con dos aspectos: 1.º) Sentido de la declaración de contumacia o rebeldía. 2.º) Quid de las medidas cautelares que se adoptan «inaudita parte» o de los procesos sumarios que limitan las defensas o colocan al demandado en una posición desventajosa respecto del actor. Las respuestas que han dado a estos interrogantes son muy matizadas. Se afirma, en primer término, que lo que el principio de audiencia establece es una oportunidad, y, por

tanto, que no cabe exigir la presencia del demandado para fundar una condena, aunque la cuestión revista otro carácter en el proceso penal. Y, en cuanto a las especialidades de determinados procesos que restringen las defensas u otorgan un valor negativo a la incomparecencia del demandado, como ocurre en el proceso monitorio y en nuestro Derecho en el juicio ejecutivo, se entiende que los fundamentos y razones de justicia que pueden llevar al legislador a establecer limitaciones, según la naturaleza de los derechos hechos valer en juicio, en tanto en cuanto no privan de dicho derecho a ser oído, no pueden invocarse como causas de inconstitucionalidad. Por lo que se refiere a las medidas cautelares, se sostiene que éstas se adoptan con carácter previo o simultáneo a un proceso principal y aparte las defensas generales que se pueden esgrimir en el mismo, cabe en la mayoría de los casos ejercitar oposición contra dichas medidas si fueran adoptadas indebidamente (15).

Con todo, las opiniones y respuestas que se dan no son, a veces, satisfactorias para los autores, a la luz de la experiencia que aportan determinados casos legislativos. Es, por tanto, ésta una cuestión que debe ser resuelta, caso por caso, según las circunstancias. Recordemos, por ejemplo, lo reacios que en un principio se mostraron nuestros jueces, o por lo menos un importante sector, a admitir la viabilidad del proceso regulado por el art. 41 de la Ley Hipotecaria y cómo dulcificaban la exigencia de la caución para demandar de contradicción.

De una cosa no cabe duda. Y es que el principio de audiencia es la regla constitucional general, de manera que las limitaciones al

(15) Frente a algunas tendencias observadas en algunas orientaciones reformadoras de nuestro Derecho Procesal, acerca del tratamiento que debe darse a la rebeldía o contumacia, considerándola como una conducta merecedora de sanción o interpretable, en algunos casos, en tal sentido, nos mostramos partidarios de observar las reglas generales clásicas al respecto. Como pone de relieve COLESANTI, en «Misure coercitive e tutela dei diritti» (Rivista de Diritto processuale, octubre-diciembre 1980, pág. 602 y ss.), el tránsito de la experiencia histórica germánica que contempla la rebeldía generadora de efectos sancionadores por la desobediencia a comparecer a otras fórmulas más liberales, se produce a partir del siglo XIV en el proceso francés que encuentra en sí mismo la vía para superar la rebeldía. El principio «crescente contumacia crescedera debet poena», no se interpreta como en el Derecho feudal sajón, a guisa de sanción por la desobediencia al cumplimiento de una obligación de obediencia, sino mediante la ficción de una confesión cuando la incomparecencia se mostraba obstinada. El «salto de calidad» lo representó, sin embargo, la Ordenanza de VILLERS COTTERETS. Impone éste «que anparavant que donner aucunes sentences contre les defaillaus contumaces et non comparans, le demandeur sera tenu de faire apparoir du contenu en sa demande». La contumacia pierde su carácter de insubordinación y deja de conducir al automatismo del juicio por la ficción de la confesión.

principio deben admitirse de modo restrictivo y siempre teniendo en cuenta si la razón que las justifica no responde a un capricho o arbitrariedad del legislador, sino a una causa que encuentra su explicación en otro precepto constitucional.

B) *Orientaciones en cuanto a reforma.*— Si trasladamos estas preocupaciones al momento presente podríamos extraer algunas consecuencias relativas a nuestro futuro enjuiciamiento civil.

En primer lugar, debe asegurarse que la constitución de la relación jurídica-procesal garantice sin eufemismos ni ficciones al demandado, de una manera plena la noticia del asunto judicial. Apparentemente ésta puede considerarse por algunos una preocupación baldía. Y no lo es. De nuestra vieja L.E.C. tenemos que recordar su exquisito, fatigoso y excesivo empeño en garantizar al demandado en el juicio de mayor cuantía, mediante el sistema del doble y sucesivo emplazamiento, aquella noticia para que pueda comparecer en autos. No se trata, por supuesto, de imitar el modelo procedimental, sino de tener en cuenta lo que la filosofía de este modelo enseña.

La determinación exacta del domicilio real sin incurrir en domicilios presuntos o fingidos, salvo cuando éste sea verdaderamente desconocido, la observancia de todas las formalidades e indicaciones precisas en la notificación. La subsidiariedad reglada de acudir a otros medios de notificación que no sean el personal, etc., no son formulismos o rigorismos inútiles, sino garantías ineludibles que no pueden eludirse con fáciles recursos a la notificación por otro medio que no asegure la recepción.

La movilidad de la sociedad moderna se presta, sobre todo en las grandes poblaciones, a multitud de fraudes procesales que tienen su origen a veces en la escasa seriedad con que se practican las notificaciones. Atención, por tanto, a este aspecto tan importante de la regulación procesal.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a los derechos del rebelde, ha de salirse al paso de una peligrosa tendencia que cultiva algún sector jurídico. Se trata de convertir la situación del rebelde en los procesos ordinarios plenarios en más onerosa de lo que hasta ahora establece la L.E.C. Consiste fundamentalmente esta tendencia en el deseo de atribuir a la declaración de rebeldía efectos sobre la admisión de los hechos de la demanda en sentido de permitir una especie de «ficta confessio». Nos oponemos a este tratamiento procesal del tema que, sin duda, comporta un atentado al principio de igualdad de las partes. Ya el hecho de no comparecer supone una facilidad para quien no se ve contradicho en sus afirmaciones, que no debe ser agravada con consecuencias jurídicas adicionales.

De la L.E.C. debemos recordar su trato al rebelde, al que permite comparecer en cualquier momento, facilitándole, si precluyó el período de pruebas, proponerlas y practicarlas en segunda instancia. ¿Se puede prescindir de instituciones de esta naturaleza, anticipando presunciones contrarias al rebelde? Ni que decir tiene que los recursos de revisión y de audiencia al rebelde deben ser mantenidos en su beneficio.

Resultaría anómalo que cuando, sin necesidad de proclamaciones constitucionales, la vetusta L.E.C. reconocía al máximo las posibilidades del contradictorio, el principio de audiencia y el principio de igualdad, ahora, con constitución y con declaraciones solemnes al respecto, imponemos un trato de peor condición al rebelde que en tiempos anteriores.

En tercer lugar, no puede negarse —hablamos del juicio ejecutivo y de un posible juicio monitorio— que en determinadas condiciones que encuentran su fundamento constitucional en el principio de seguridad jurídica, las relaciones jurídicas preexistentes gozan de un favor legal, plenamente justificado porque el demandado a salvo determinadas defensas que puede oponer, ha anticipado y sustituido el juicio judicial por el juicio abstracto de la ley que atribuye determinados efectos a quienes libremente aceptan compromisos cuya eficacia especial está reconocida por gran número de legislaciones. De aquí, que no pueda abusarse del sentido que puede atribuirse a un precepto constitucional, a cuya plena virtualidad ha renunciado el demandado.

Finalmente, en orden a las medidas cautelares debe decirse que la garantía de audiencia se refiere al conocimiento plenario del asunto principal y no a cuantos medios la ley establezca para evitar que las decisiones judiciales frustren la eficacia que la propia Constitución les reconoce. Evidentemente que, frente a estas medidas deben arbitrarse, una vez adoptadas, los medios legítimos de oposición necesarios y, también, que con carácter simultáneo puedan exigirse las contracautelas necesarias. Pero no debe olvidarse que, de un buen y eficaz sistema de medidas cautelares depende, en todo caso, la eficacia de la sentencia. Y en este punto, debe de reconocerse que el sistema de la L.E.C. resulta pobre y deficiente.

VIII. EL DERECHO DE LAS PARTES A LA PRODUCCIÓN DE PRUEBAS

A) *Mandato constitucional.*— El art. 24.2 de la Constitución establece que todos (las partes, se entiende) tienen derecho a utili-

zar los medios de prueba pertinentes para su defensa. La garantía que en el apartado e) del art. 14 del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos, viene referida al derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de testigos de descargo, se extrapola en nuestro texto constitucional con un alcance más general que, sin duda, se proyecta a todo tipo de procesos.

B) *Proyección concreta.* — No tendría mayor importancia el comentario de este precepto, si no pusiera de relieve que, con independencia de la discusión técnica que mantengan algunos sobre si el principio dispositivo comporta o no una autorresponsabilidad probatoria de las partes, deseosos de descargar en el órgano jurisdiccional la función de intervenir para que ordene y practique las pruebas que considere pertinentes, lo interesante es que, con rango constitucional, se establezca este derecho en favor de las partes, precisamente, para preservar a ésta de lo contrario, es decir, de que una ilimitada confianza en el juez y en sus atribuciones probatorias, pudiera dar al traste con la responsabilidad inherente a la libertad de cada parte de utilizar los medios de prueba conducentes a la verificación de los hechos, dejando en manos ajenas una actividad vinculada esencialmente a sus propias afirmaciones. Con razón, los procesalistas que estudian este problema desde el punto de vista constitucional, consideran que el derecho de defensa jurídica, instrumentado, en definitiva, por el derecho a la jurisdicción conlleva una garantía de libre afirmación y una garantía de libre probanza.

IX. IURA NOVIT CURIAE E INDEFENSION

A) *Sentido y limitaciones de la regla «iura novit curiae».* — Tanto el aforismo clásico «da mihi factum, dabo tibi ius», sobre cuya vigencia en la realidad actual del Derecho Procesal, apenas se repara, en un sentido crítico, hermanado con aquel otro que proclama que incumbe al juez el conocimiento del Derecho, y por tanto, su aplicación, deben ser objeto de revisión, no para suscitar una radical transformación, por otra parte imposible, de sus significados, sino para matizar lo que éstos representan, de acuerdo con las necesidades de defensa.

En efecto, no se duda, de que la aportación de los hechos es tarea de las partes, ni de que en la aplicación del Derecho o sea en la calificación jurídica es el juez quien, como concededor de Derecho (*iura novit curiae*), debe decidir, pues ésta es su misión (*dabo tibi ius*).

Mas lo que está en cuestión no son estos poderes del juez, sino cómo los ejercita y cuáles son sus límites. En estas dos matizaciones radica la función que desempeña el Derecho de defensa de las partes.

Si la construcción silogística del pronunciamiento judicial fuera exacta, el tema revestiría menor importancia, en tanto que a unos hechos dados, ubicados en la premisa mayor jurídica, correspondería una unívoca conclusión. Sin embargo, todos sabemos que este esquema tiene mero valor indicativo, porque la fluidez de los hechos y la variabilidad del Derecho, en torno a esos hechos, por más que sean sus delimitaciones formales obligan en función de los hechos que se alegan y del derecho que se invoca, a una cierta orientación del sentido que se da a la prueba de los mismos. La interacción hechos y Derecho es manifiesta si se tiene en cuenta que el esfuerzo de las partes se encamina a reconducir el magma fáctico a unos supuestos de hecho que se estiman como acaecidos para que encajen en la norma.

En estas condiciones, el juez puede elegir entre las distintas calificaciones suministradas por las partes estimando una y rechazando otra o considerar que no cabe asimilación posible entre los hechos en debate y las calificaciones producidas, bien por inadecuación de los hechos a la norma o de la norma a los hechos, por lo que debe decidir la desestimación.

Mas, el juez puede tener una opinión sobre las calificaciones jurídicas de las partes, diferente, es decir, puede tener su propia y personal calificación. La posibilidad de la llamada «tercera opinión» plantea en la doctrina y en la práctica de otros Estados algunos problemas a los que no debemos ser ajenos. También, la doctrina española se ha ocupado de los mismos en torno a discutibles sentencias.

Lo que se debate no es la licitud de la tercera opinión, sino cómo ésta puede hacerse valer sin perjudicar el derecho de defensa de las partes. Estas no pueden ni deben verse sorprendidas por una opinión (en este caso, decisión) inesperada sobre la que no han podido esgrimir argumentos de defensa. Se habla así de las partes tratadas como objeto, antes que como personas que tienen derecho a participar activamente en la formación del pronunciamiento jurisdiccional, sin distinciones vacías entre materia fáctica y materia jurídica.

Se propugna, por tanto, que el ejercicio de estas facultades vaya acompañado de un trámite de audiencia a las partes para que éstas aduzcan sus razonamientos y colaboren en la decisión judicial.

Con todo, la función judicial en este campo, tiene sus límites. Primero, la propia naturaleza de los derechos invocados por las partes, la disponibilidad sobre estos derechos no permite un cambio de punto de vista jurídico que, so capa de ejercicio de un deber

jurisdiccional, imponga a los contendientes soluciones que escapan al cometido de la justicia. En consecuencia, es en el terreno del orden público, de los derechos no disponibles, o simplemente en el del complemento jurídico de los propios derechos invocados, donde cabe ejercitar esta actividad dentro del proceso civil. Segundo (en íntima conexión con el primero), las posibilidades de actuación judicial en este sentido, siempre se verán constreñidas, por los límites que establece el principio de congruencia en cuanto que no cabe alterar lo pedido por las partes. Guarda necesaria relación con este tema, la tesis que cada ordenamiento y jurisprudencia tenga en relación con el principio de sustanciación o de individualización respecto a la demanda, cuestión que excede del carácter de estas notas. Baste con indicar que, en este punto, las posibilidades de nuestro ordenamiento son menores que en otros pues predomina la tesis de la sustanciación que exige una correlación exacta entre hechos y Derecho aplicable (16).

B) *Fundamento constitucional.* — Estos problemas aparentemente técnicos, no pueden ni deben ser tratados en una constitución. Pero cuando se examinan en su raíz y se pretende encontrar su última razón, se descubre su vinculación con principios cuyo alcance y reconocimiento tiene rango constitucional. Es el principio de audiencia, incluido en el derecho a la jurisdicción que reconoce el art. 24.1, la primera referencia que debe contemplarse a nuestro juicio en relación con el concepto de indefensión que el mismo artículo introduce por cuanto que, efectivamente, las partes deben estar al resguardo de cualquier sorpresa, aunque ésta pretenda ampararse en el «iura novit curiae», que proporcione cualquier cuestión no debatida sobre la que no hayan podido las partes ejercer su derecho de defensa.

(16) El nuevo «Code de procédure civile» de 5 de diciembre de 1975 (que refunde reformas parciales de 1971, 72 y 73), mantiene en este tema una posición original (art. 12). El juez aplica de oficio el Derecho, cualesquiera que sean los fundamentos jurídicos invocados por las partes. Pero éstas pueden vincular al juez a no cambiar los fundamentos jurídicos alegados por medio de acuerdo expreso referido a derechos disponibles, de manera que pueden limitar el debate a aquellas calificaciones y puntos de derecho. La solución, dada por los profesores españoles de Derecho Procesal a esta cuestión, consta en el art. 313 del proyecto privado («Corrección y actualización de la L.E.C., ob cit., tomo I: «Cuando el Tribunal, con sujeción en todo caso al principio establecido en el art. 307 (justicia rogada) pretendiera fundar su decisión en argumentos jurídicos no aducidos por las partes que introduzcan modificación de la calificación dada a los hechos en el debate, previa suspensión del plazo para dictar resolución, deberá oírles sobre aquéllos».

X. EL FACTOR TIEMPO

A) *Enfoque del problema.* — La servidumbre del discurrir del proceso al tiempo, ínsita en su propia naturaleza, ha sido por siempre una de sus mayores lacras. No nos referimos, por supuesto, a lo que es desarrollo normal del mismo, sino a las dilaciones que, superando toda razonabilidad, convierten al proceso en instrumento baldío para la protección de los derechos de los litigantes. Dicho esto, algo en lo que nadie deja de insistir, ni de criticar, un decepcionante escepticismo, sucede a esta afirmación. Son tantos los factores a tener en cuenta, tantas las matizaciones a introducir, tan numerosas las condiciones objetivas que actúan como impedimento, tan variables los factores subjetivos que intervienen, y tan repartibles las culpas entre todos los estamentos profesionales interesados, que, un sentimiento de impotencia se apodera rápidamente de cuantos intentan ahondar en el problema. Pero éste subsiste y se agrava sin que los remedios surjan.

De siempre fue el tema de la abusiva duración del proceso, causa de críticas y no hay un sólo intento reformista que no tienda a remediar, entre otros, este mal. La cuestión se complica si el tema se contempla en general o en particular. O sea si se acude a criterios estadísticos, por otra parte escasos o nulos y que las más de las veces, obedecen a muestreos empíricos, o si se señala tal o cual caso, en donde la justificación de lo excepcional suele salir al paso de las críticas que marcan los límites de lo permisible. Y, sin desconocer, que en muchas ocasiones estas razones existen, todos, absolutamente todos, tenemos conciencia de que nuestra justicia civil no marcha con la celeridad mínima exigible, que la máquina de la justicia chirría angustiosamente, y que la aventura de pleitear es peligrosa osadía, pese a la necesidad de hacer valer los derechos ante los tribunales, lo que justifica composiciones inicuas, antes que someterse a una incierta y exasperante espera.

Hay que romper con este círculo vicioso. Y establecer preceptos claros que atajen el mal, sin complicidades tácitas entre abogados y jueces, sin subterfugios válidos para el caso concreto (17).

B) *Los fundamentos constitucionales.* — «Todos tienen derecho ... a un proceso ... sin dilaciones indebidas», reza el párrafo 2 del art. 24 de la C. Y este artículo hay que relacionarlo con el artículo 6.º

(17) Vide, MONTERO AROCA, ob. cit., pág. 274. Y también CAPPELLETTI, Giustizia e libertà, ob. cit., pág. 65, contraponen este autor las ventajas de la oralidad a los inconvenientes de la escritura, en orden a la duración del proceso y saca a ejemplo el caso de España.

de la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre que establece que toda persona tiene derecho a que su causa sea vista en un plazo razonable, con clara referencia también al proceso civil.

La intención de ambos preceptos es clara. Lo difícil es precisar los límites de lo razonable o el alcance de las dilaciones que son indebidas. El retardo malicioso en la administración de justicia constituye delito. El incurrir en culpa o negligencia originadora de retraso, motiva, de acuerdo con la interpretación constitucional, responsabilidad civil cuando produzca daños. Ambos preceptos han de conjugarse con lo que dispone el art. 121 de la C. que establece una indemnización a cargo del Estado cuando «causen daños que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia».

Estas normas constitucionales, aunque sean de aplicación inmediata, incluyen conceptos indeterminados cuyo contenido posibilita interpretaciones excesivamente elásticas. Por eso, sólo una regulación legal adecuada de dichos preceptos permitiría fijar las garantías concretas que asisten al justiciable en esta materia.

C) *El desarrollo legislativo.* — Hagamos una reflexión sobre las principales causas que motivan objetivamente el retraso en la resolución de los pleitos civiles: práctica habitual de solicitar prórrogas en los plazos cuyo cumplimiento incumbe a las partes, incumplimiento de los plazos que la ley impone a la autoridad judicial para realizar determinados actos judiciales, existencia de tiempos muertos no reglados o sujetos a plazo en el desarrollo del proceso, que si antaño dependían de la petición de las partes (principio de justicia rogada), ahora dependen de la actividad judicial (impulso oficial desde la reforma de 1924), demoras en el señalamiento de las vistas, tanto en primera como en segunda instancia o en casación, posibilidad en el juicio de mayor cuantía de alargar el trámite con excepciones dilatorias e incidentes, recursos contra resoluciones interlocutorias, duplicidad innecesaria en este proceso del trámite de alegaciones, conversión de los procesos orales, como son en mayor o en menor grado el juicio llamado de cognición y el verbal, en procesos donde no se opera la concentración, diluyéndose el fingido juicio oral en tantas cuantas actas sean necesarias, con sucesivas suspensiones, para completar la práctica de las pruebas, en algunos casos, las diligencias para mejor proveer utilizadas como medio dilatorio...

Frente a esta realidad, no cabe más solución que establecer una regulación procesal que impida las dilaciones con sanciones objeti-

vas que introduzcan las correcciones necesarias al sistema. Brevemente, apuntaremos algunas de éstas:

1.^a El proceso civil se puede y se debe regular, según sus tipos y modalidades, con una duración limitada. Lo importante es que no quede ningún tiempo muerto entre trámite y trámite o confiado a expresiones vagas que no tengan una traducción temporal exacta en la misma ley.

2.^a Es preferible señalar plazos razonables, antes que permitir la prórroga de los mismos. Es decir, todos los plazos deben ser perentorios e improrrogables.

3.^a Como la cuestión de señalamiento para vistas o de celebración de actos que exijan la presencia judicial surge en razón de la necesidad en que el órgano judicial se encuentra de coordinar su variada actividad jurisdiccional en los distintos procesos pendientes, debe de establecerse que la imposibilidad manifiesta de éste para atender a la celebración del acto por simultaneidad con otro, tiene que acreditarse de manera concreta a los efectos de reclamación que se dirán.

4.^a Regulación procesal que impida excepciones dilatorias o incidentes con tramitación separada del curso del principal, potenciándose mediante la audiencia preliminar el saneamiento de los defectos procesales, la fijación definitiva de los hechos y en su caso el recibimiento a prueba y la proposición de la misma y mediante una o varias audiencias sucesivas, siempre dentro de un límite máximo, la práctica de la prueba en presencia judicial y la valoración conclusiva. Proscripción de las apelaciones interlocutorias.

5.^a Finalmente, debe entenderse que la eficaz organización del servicio de la justicia es cuestión que incumbe al Estado de manera que el ciudadano no puede ser responsable de su anormal funcionamiento, responda éste a dolo, culpa o simplemente a retraso originado por otras causas no imputables a los funcionarios, tales como escasez de dotaciones o acumulación excesiva de trabajo. Por eso, la resolución fuera de plazo, sin más, debe ser causa de responsabilidad objetiva, y por tanto, de indemnización, porque denota un anormal funcionamiento de administración de justicia. Las acciones de repetición que tenga el Estado contra el funcionario culpable o negligente es otra cuestión que tampoco, en principio, incumbe al ciudadano.

XI. EL COSTO DEL PROCESO CIVIL

A) *Los preceptos constitucionales.* — La accesibilidad económica a la justicia es otro de los factores que preocupan a los justicia-

bles. La carestía, por una parte, y la insuficiencia de medios, por otra, son dos problemas que merecen máxima atención. Descartado el establecimiento de la gratuidad de la justicia, por explicables razones que no son ahora para comentar, «salvo cuando así lo disponga la ley» (lo que no es el caso de la justicia civil), el art. 119 de la C. garantiza a renglón seguido esa gratuidad «a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar». Este precepto debe relacionarse con el derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el art. 24.1, objeto también, a su vez, de la tutela específica del amparo constitucional. Ocurre, al igual que en el apartado anterior, que la elasticidad del precepto impide una valoración a priori sobre todos los casos posibles en que un exceso de costo notoriamente desproporcionado, como suele ocurrir en reclamaciones de cuantía intermedia, o una falta de medios económicos, se convierten en auténticos obstáculos denegatorios de la justicia. Al Tribunal Constitucional incumbe resolver los casos que se planteen con dos problemas que, a mi juicio, deberían merecer por parte del mismo, si el caso llegara, especial atención: Hasta qué punto una manifiesta desproporción entre los gastos que origina un determinado proceso y lo que con él puede conseguirse, no encubre una denegación de justicia.

Y hasta qué punto la demanda previa para la obtención de los beneficios de la gratuidad no encubre una discriminación intolerable para quien desea reclamar sus derechos frente a quien dispone de los medios necesarios. ¿No es inconstitucional el beneficio de pobreza considerado en todo caso como proceso previo que impide el curso del principal?

B) *Consideraciones sobre la carestía.*— Suelen ser los honorarios de abogado y procurador los renglones de mayor coste en el componente final de los gastos de un proceso civil. Es lógico que así sea, pues son sus servicios técnicos prestados como ejerciente de profesiones liberales, contratados por el cliente, los que permiten el desenvolvimiento del proceso. Mas esta realidad no excusa algunos límites. En primer lugar, nunca los honorarios del abogado deberían sobrepasar un porcentual razonable de la cuantía litigiosa. Y, en segundo lugar, las minutas que se pasan al litigante contrario, cuando se produzca vencimiento en costas, deben estar baremadas con topes máximos. Incluso cabe admitir que la diferencia entre lo que fue cantidad que paga el adversario y lo que el abogado considere de justicia como monto de sus emolumentos sea satisfecha por su propio cliente. Las razones de estos límites son de justicia. En el primer caso ya las normas de los colegios profesionales se encargan de establecer unos criterios orientativos que responden a esta idea. Pero no es infrecuente encontrar por aplicación estricta de estas

normas, supuestos de difícil justificación. Por eso, unos índices correctores que señalaran, sobre todo para las cuantías modestas, topes máximos, acordados colegialmente, redundaría en una mayor diafanidad de este quehacer profesional. En el segundo, la razón de la contratación libre que opera entre abogado y cliente no actúa respecto del litigante contrario y el carácter de sanción que tiene la imposición de costas, abona las modulaciones que se propugnan.

De otra parte, nos encontramos con los gastos judiciales «strictu sensu» (tasas y aranceles) de lo que lo menos que puede decirse es que son desordenados y en algunos supuestos arbitrarios (me refiero en particular a las pólizas de mutualidades). Resulta anómalo que sea el justiciable quien contribuya a sostener la asistencia social de jueces, secretarios, auxiliares, abogados y procuradores. Es preferible la propugnada tasa judicial única que permitiera de antemano determinar con exactitud el costo del proceso. Excusamos, finalmente, referencia a otras corruptelas que suelen encarecer el costo del proceso (18).

C) *Consideraciones sobre el beneficio de gratuidad.*— El beneficio de gratuidad tal como está regulado en la ley responde a criterios que a nuestro entender deben modificarse en función de los siguientes puntos:

1.º Los supuestos de concesión deben de establecerse con un criterio más generoso en donde la situación económica se relacione con la cuantía y la naturaleza del pleito.

2.º Deben establecerse criterios que permitan conceder el beneficio por notoriedad, tal como está previsto en la L.E.C. con un simple acreditamiento de la situación.

3.º No debe de cambiarse al régimen de concesión judicial por otro de naturaleza administrativa.

4.º La tramitación del incidente de pobreza no debe ser obstáculo para que se suspenda el curso de la demanda principal, aunque, mientras tanto, el demandado esté exento provisionalmente del pago de derechos, aranceles y tasas.

(18) Recientemente (marzo de 1981) el Colegio de Abogados de Madrid ha comunicado a sus colegiados el rechazo del proyecto de Ley sobre tasas judiciales, con informe contrario tanto del Consejo General de la Abogacía como del Consejo General del Poder Judicial. Las causas concretas del tal rechazo son un previsible mayor encarecimiento. Se impone, con todo, una regulación que, sin aumentar los costos, unifique y racionalice conceptos.

EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO:

I. Principios que inspiran la nulidad de los actos procesales: 1. Influencia de la preclusión procesal y de la cosa juzgada en las nulidades procesales; 2. Carácter genérico de las nulidades procesales; 3. Inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa y anulabilidad; 4. Denuncia de la nulidad de los actos procesales. — II. Formación histórica y situación actual del incidente de nulidad de actuaciones: 1. La nulidad de actuaciones como cuestión incidental; 2. Improcedencia del incidente de nulidad de actuaciones respecto de resoluciones judiciales, de no mediar rebeldía involuntaria; 3. Incidente de nulidad de actos procesales distintos de las resoluciones; 4. Objeto del incidente son únicamente los defectos de carácter procesal; 5. El defecto procesal no debe haber sido consentido, ni expresa ni tácitamente, por la parte instante del incidente; 6. El incidente debe formularse en un proceso principal pendiente. — III. Naturaleza y función del incidente de nulidad de actuaciones en los diversos procedimientos: 1. Procedimientos ordinarios: a) Juicio de mayor cuantía, b) Juicio de menor cuantía, c) Juicio de cognición, d) Juicio verbal; 2. Procedimientos especiales: a) En general, b) Juicios de desahucio, c) Interdictos, d) Alimentos, e) Arrendamientos Urbanos, f) Arrendamientos Rústicos, g) Sociedades anónimas, h) Procesos laborales; 3. Procesos de ejecución: a) Ejecución de sentencias, b) Juicio ejecutivo, c) Juicio hipotecario; 4. Jurisdicción voluntaria; 5. El incidente de nulidad en los recursos de apelación y casación. — IV. Procedimiento incidental de nulidad de actuaciones: 1. Demanda; 2. Contestación a la demanda; 3. Período probatorio; 4. Vista; 5. Sentencia; 6. Recursos.

I. PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES

En un anterior trabajo (1) hemos trazado los principios generales determinantes del tratamiento procesal de la nulidad de los actos procesales. Para evitar repeticiones nos remitiremos a las conclusiones deducidas en dicho trabajo, limitando el presente estudio al incidente sobre nulidad de actuaciones regulado en el art. 745, 1.º LEC. Ello, no obstante, a efectos de mera introducción, y al propio tiempo de actualización del mencionado trabajo, resumiremos con carácter previo alguno de los puntos que fueron abordados en el mismo, con especial dedicación a aquellos que ofrezcan una mayor relación con el incidente sobre nulidad de actuaciones.

1. *Influencia de la preclusión procesal y de la cosa juzgada en las nulidades procesales*

Si tenemos en cuenta el devenir dinámico del proceso constituido por una serie de actos reglados procedimentalmente que conducen de la demanda hasta la sentencia, y que dicha sentencia presenta como característica esencial (2) la condición de irrevocable, la teoría de las nulidades procesales presenta las siguientes notas características respecto de las nulidades de derecho privado:

a) Al no agotarse la actividad procesal de las partes en un único acto, e irse concretando en una serie sucesiva de actos, es posible que los actos posteriores subsanen las posibles deficiencias de los anteriores. Determinadas nulidades procesales pueden resultar afectadas por el consentimiento expreso o tácito de las partes, habiendo podido afirmarse que el tiempo purga los vicios y nulidades no reclamadas en su época (3); al mismo tiempo que la influencia de la nulidad de un acto en los posteriores que de él traen causa, obliga a interpretar restrictivamente las deficiencias producidas en los actos procesales.

b) La irrevocabilidad de la sentencia derivada de la cosa juzgada cubre todas las posibles nulidades producidas en el transcurso

(1) SERRA DOMÍNGUEZ, *Ineficacia de los actos procesales*, «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», T. XIII, Barcelona, 1968, pp. 448 y ss., y en «Estudios de Derecho Procesal», Barcelona, 1969, pp. 459 y ss.

(2) SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción*, «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», T. XIV, pp. 391 y ss.; y «Estudios de Derecho Procesal», Barcelona, 1969, páginas 20 y ss.

(3) BLESÁ, *Nulidad de actuaciones*, en «Revista de los Tribunales», 1911, p. 563.

del proceso, haciendo ineficaz su denuncia. La necesaria protección de la sentencia correcta frente a ulteriores ataques, unida a la imposibilidad de determinar sin un nuevo proceso la corrección o incorrección de la sentencia, convierte en irrelevantes las posibles nulidades procesales cometidas en un proceso una vez haya recaído en éste sentencia firme. En este sentido se ha afirmado que la cosa juzgada constituye la causa extrema de subsanación de las nulidades procesales (4).

A este principio general hay que efectuar, no obstante, dos importantes observaciones:

1.ª Si bien la cosa juzgada sana en cierto sentido las nulidades procesales, entendiendo por tales la nulidad absoluta, la relativa y la anulabilidad, no ocurre lo mismo con la inexistencia. Por la sencilla razón de que al no existir el proceso o la sentencia, tampoco se produce el fenómeno de la cosa juzgada, pudiéndose, por tanto, abrir un nuevo proceso encaminado precisamente a que se declare la inexistencia del proceso anterior. Mientras la nulidad presupone la existencia de un acto realizado defectuosamente, acto que, en principio, de no ser declarada su ineficacia en el transcurso del proceso, puede ser protegido por la cosa juzgada; la inexistencia, al no producirse verdadero acto procesal sino mera apariencia de tal, no llega a producir cosa juzgada, y por consiguiente admite su ulterior declaración.

2.ª El Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial configura una categoría especial de «nulidades de pleno derecho» que incluso «una vez recaída sentencia firme podrán hacerse valer por los interesados interponiendo recurso de nulidad, que se resolverá por el órgano competente para conocer del recurso extraordinario de revisión, con sujeción a los plazos y trámites establecidos para éste» (5). Se señalan en el art. 235 Proyecto LOPJ como causas de nulidad de pleno derecho: los actos judiciales que se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción, o bajo la influencia de intimidación o fuerza, o prescindiendo totalmente del procedimiento establecido por la Ley, o, en fin, con infracción del principio de audiencia, cuando se haya producido indefensión». Puede observarse que en la mayoría de dichos supuestos nos encontramos más bien ante hipótesis de inexistencia que de nulidad, no obstante lo cual, particularmente en lo que respecta a la infracción del principio de audiencia, debe recono-

(4) DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, «Novissimo Digesto Italiano», Tomo XI, Turin, 1957, p. 469.

(5) Art. 237 del Proyecto LOPJ, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 16 de abril de 1980.

cerse que en el Proyecto citado viene a resucitarse la antigua «querrela nullitatis», incluso con unos plazos mucho más amplios de los tradicionales; lo cual en la práctica puede conducir a un considerable retardo en la efectividad de los procedimientos judiciales y constituir medio abonado para la picaresca procesal.

2. *Carácter genérico de las nulidades procesales*

Sosteníamos (6) que siendo las leyes procesales de interés público, siendo sus destinatarios los Tribunales, y constituyendo la garantía del proceso, cualquier acto procesal que se realizara incumpliendo lo dispuesto en dichas leyes debía reputarse ineficaz, siempre que dicho incumplimiento fuera esencial y no meramente accidental (7), y que la infracción sustancial de cualquier precepto procesal determinaba bien la nulidad, bien la anulabilidad del acto realizado.

Frente a dicha opinión un amplio sector doctrinal (8) opina que el régimen de las nulidades procesales es distinto de las nulidades de derecho privado, no bastando para la nulidad procesal que el acto sea contrario a las leyes, sino que es indispensable que la propia Ley declare expresamente la nulidad del acto, distinguiendo aquellos actos procesales cuya nulidad sea dispuesta en algún precepto legal (9), las nulidades implícitas (10), y aquellas otras nulidades que se deriven analógicamente de las anteriores (11) (12).

(6) SERRA DOMÍNGUEZ, *Ineficacia*, cit., p. 449.

(7) Las infracciones accidentales que no impedirían la producción de efectos del acto, determinaban su irregularidad, que normalmente se traducía en correcciones disciplinarias. Ver SERRA DOMÍNGUEZ, *Irregularidad de los actos procesales*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», Tomo XIII, Barcelona, 1968, pp. 687 y ss.; y en «Estudios» cit., pp. 468 y ss.

(8) Principalmente MORÓN PALOMINO, *La nulidad en el proceso civil español*, Barcelona, 1957, pp. 84 y ss.; en igual sentido MÁRQUEZ CABALLERO, *Nulidad y subsanación «ex officio» en el proceso civil*, «Revista Derecho Procesal», 1945, pp. 19 y ss.

(9) Arts. 74, 249, 256, 279 y 442 LEC entre otros.

(10) Además del recurso de nulidad de los arts. 495 y 821 LEC, se citan por MORÓN, *La nulidad*, cit., p. 91, la falta de firma de Letrado y Procurador (art. 10 LEC), las excepciones dilatorias, excepto la declinatoria (arts. 533 y 534 LEC), las causas de nulidad del juicio ejecutivo (art. 1.467 LEC), algunas causas del recurso de casación por quebrantamiento de forma (art. 1.693 LEC), y algunos motivos del recurso de revisión (art. 1.796 LEC).

(11) MORÓN, *La nulidad*, cit., p. 114; el recurso a esta categoría es la mejor prueba de la imposibilidad de delimitar un número cerrado de nulidades.

(12) En el mismo sentido el art. 1.030 CPC francés dispone que «ninguna petición o acto de procedimiento podrá ser declarado nulo, si la nulidad no ha sido formalmente establecida por la Ley», ya que en caso contrario el acto será simplemente irregular y sancionado con una multa.

Creemos, no obstante, que la terminante disposición del art. 1 LEC origina la ineficacia de cualquier acto procesal realizado en forma sustancialmente distinta a la establecida en la ley. Lo cual no significa que forzosamente dicho acto deba ser considerado automáticamente nulo. Si el incumplimiento no obsta a la producción de la eficacia normal del acto, nos encontraremos ante un acto irregular, que determinará únicamente una responsabilidad disciplinaria. Si se deja exclusivamente al arbitrio de las partes la denuncia de la ineficacia del acto, concediéndose un plazo para dicha denuncia transcurrido el cual el acto defectuoso produce su eficacia normal, nos encontraremos ante un acto anulable. Únicamente en los supuestos de inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa se produce la plena ineficacia del acto, y aún en los dos últimos dicha ineficacia puede ser sanada por la sentencia firme. Lo cual significa que los verdaderos problemas en torno a la nulidad procesal no estriban tanto en determinar los casos concretos en que la nulidad se produce, cuanto las grandes categorías de ineficacia de los actos procesales y la forma concreta en que puede denunciarse dicha nulidad.

3. *Inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa y anulabilidad*

a) Se produce la inexistencia cuando faltan los presupuestos esenciales para el nacimiento del propio acto procesal, que por consiguiente no ha llegado a formarse, dándose una simple apariencia del acto. Los actos inexistentes pueden afectar bien al titular del órgano jurisdiccional: proceso seguido ante un particular; bien al objeto del proceso: sentencia dictada en un proceso civil sin previa solicitud o audiencia de partes, o dictada en un supuesto imaginario; bien a la forma esencial de realización del acto: acto de parte realizado fuera de la presencia de un órgano jurisdiccional y en condiciones que impiden pueda llegar a su conocimiento.

La inexistencia presenta un especial interés en el estudio de las nulidades procesales, ya que por su misma naturaleza impide una subsanación por una sentencia firme (13), pudiendo ponerse en relieve en cualquier momento. Es más, los supuestos de inexistencia, al afectar normalmente a la propia sentencia, impedirán que ésta pueda producir su eficacia normal. Se producirá únicamente una apariencia de sentencia, que, bien de oficio, bien a instancia de parte, no será susceptible de ejecución, debiendo declararse la inexis-

(13) VILLAR Y ROMERO, *Irregularidad y nulidad de los actos procesales administrativos*, «Revista de Derecho Procesal», 1954, pp. 317 y ss.; MORÓN, *La nulidad*, cit., p. 196.

tencia por el juzgador tan pronto llegue a su conocimiento el acto inexistente.

Conviene no exagerar el alcance de la inexistencia en la teoría de la nulidad de los actos procesales ya que, como resulta de su propio concepto, comprende hipótesis verdaderamente excepcionales. En primer lugar, únicamente revisten interés los supuestos de inexistencia referidos a la propia sentencia firme, ya que la inexistencia de los actos de parte (14), o de los restantes actos jurisdiccionales, carece de toda relevancia práctica, ya que si no son recogidos en la sentencia o ésta los desconoce como tales no existirá interés en denunciar su inexistencia, y si los admite deberán ser impugnados conjuntamente con la sentencia, ya que una vez devenida firme, no podrán ser objeto de impugnación independiente de la sentencia, que habrá devenido inimpugnable. En segundo lugar porque, como ha señalado con acierto SATTÁ (15), la validez de un acto está siempre en función de su conformidad con la hipótesis legal, y por consiguiente fuera de la hipótesis legal no hay acto, casi en sentido naturalístico, al que se pueda atribuir una existencia o que tenga sus condiciones de existencia. Lo cual no significa, como pretende SATTÁ, que no existan diferencias entre inexistencia y nulidad absoluta, sino simplemente que los supuestos de inexistencia son muy limitados, y hacen referencia a la ausencia de las condiciones mínimas indispensables para que pueda estimarse existente un proceso o una sentencia. En este sentido, si todo acto procesal nulo produce al menos un cierto efecto, el de hacer caminar el proceso hacia su fatal conclusión (16), la inexistencia ni siquiera produciría este efecto externo.

b) La nulidad absoluta se produce siempre que un acto procesal adolezca de una circunstancia esencial fijada en las leyes procesales como necesaria para que el acto produzca sus efectos normales. Puede afectar a los sujetos del proceso, tanto al Tribunal: falta de jurisdicción, por corresponder ésta a otros Tribunales; cuando a las partes: inexistencia de dualidad de partes en el proceso civil contencioso; al objeto del proceso: proceso seguido en méritos de una pretensión prohibida por las leyes, o incompetencia de jurisdicción; o a los requisitos esenciales de los actos: realizados fuera de la sede del juzgado o Tribunal; actos de las partes extemporáneos; o actos desprovistos de sus formalidades esenciales (contestación o sentencia oral en el procedimiento ordinario de mayor cuantía; ausencia

(14) DENTI, *Nullità*, cit., p. 470, hace referencia a la dudosa validez del concepto de inexistencia de los actos procesales de parte.

(15) SATTÁ, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Trad. SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1971, 1.º, p. 236.

(16) LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milan, 1957, 1.º, p. 219.

de firma de Letrado o Procurador; no consignación de rentas al formular recursos en juicios de desahucio; etc.).

Las nulidades absolutas pueden ser declaradas de oficio por el Tribunal, incluso al conocer de los recursos de apelación o casación formulados por las partes, y aún cuando el acto nulo no haya sido objeto de denuncia o recurso por las partes (17), y por su misma simplicidad no requieren procedimiento específico: bastará que el juzgador advierta la existencia de un acto procesal viciado de nulidad absoluta, para que automáticamente, sin necesidad de audiencia de las partes, pueda efectuar la declaración de nulidad, contra la cual podrán las partes utilizar los recursos ordinarios. Estando las normas procesales dirigidas a los Tribunales, y viniendo éstos obligados a su estricto cumplimiento, es irrelevante la denuncia de parte para que el Tribunal pueda efectuar la declaración de nulidad.

La posibilidad de examen de oficio por el Tribunal, no impide que las partes puedan denunciar al Tribunal la existencia de una nulidad absoluta, sin que dicha denuncia requiera, por la propia naturaleza de la nulidad, y la posibilidad de examen de oficio por el Tribunal, formalidades especiales. La preclusión de la denuncia de las nulidades absolutas por las partes opera no en forma genérica, sino concretamente respecto de determinados procedimientos específicos de denuncia de las nulidades que sólo pueden ser ejercitados de conformidad con las normas legales. Pero la denuncia de una nulidad absoluta sin sujetarse a alguno de dichos procedimientos específicos, sólo precluye con el término del proceso.

c) La nulidad relativa se distingue de la nulidad absoluta únicamente en su posibilidad de subsanación. El acto procesal relativamente nulo se equipara, de no ser subsanado, al acto absolutamente nulo, no siendo susceptible de producir efecto alguno. Pero producida la subsanación, los efectos del acto se producen desde el momento de la subsanación. El ejemplo típico de nulidad relativa es el del art. 279 LEC, que tras declarar la nulidad de los actos de comunicación, añade que la diligencia nula producirá sus efectos desde que la persona se dé por enterada en el juicio. El tratamiento de la nulidad relativa, mientras no se produzca la subsanación, es el ya estudiado respecto de la nulidad absoluta, con la peculiaridad de

(17) La doctrina italiana estima que si las nulidades han sido rechazadas en la sentencia dictada por el Tribunal inferior y no han sido objeto de recurso, deben estimarse consentidas y no pueden ser declaradas por el Tribunal Superior sin faltar a la congruencia, DENTI, *Nullità*, cit., p. 480. Por nuestra parte estimamos que correspondiendo a los Tribunales la aplicación de las normas procesales, el consentimiento de la parte es insuficiente para subsanar la nulidad absoluta.

que, en ciertos casos, la propia denuncia de la nulidad por la parte, ya implicará un conocimiento que puede equivaler a la subsanación.

d) La anulabilidad de un acto procesal se produce cuando pese a su realización defectuosa, el acto produce plenamente sus efectos, mientras no sea impugnado, dentro de un cierto plazo, por alguna de las partes. Ejemplos típicos de anulabilidad son los relativos a la incompetencia territorial, a la recusación, a la incongruencia, a la defectuosa redacción de los actos procesales escritos, y otros semejantes, en los que la propia Ley deja al arbitrio de las partes el cumplimiento de determinados preceptos procesales.

Aun cuando teóricamente se haya discutido la independencia del concepto de anulabilidad respecto del de nulidad (18), ya que en definitiva, de pedirse la anulación del acto, sus efectos son los mismos que determinaría su nulidad; es lo cierto que dicha categoría reviste gran utilidad, tanto al excluir la posibilidad de apreciación de oficio por parte del Juez, cuanto por permitir el consentimiento de las partes respecto del acto procesal anulable, consentimiento que puede ser bien expreso, bien tácito, simplemente por dejar transcurrir la oportunidad procesal de efectuar la denuncia de la anulabilidad.

4. Denuncia de la nulidad de los actos procesales

En algunas ocasiones determinadas nulidades son objeto de un procedimiento específico para su alegación procesal, pero normalmente bastará con su denuncia genérica, bien a través de los recursos ordinarios, bien a través de un escrito encaminado a la denuncia de la nulidad. Aun cuando ambas posibilidades puedan por sí solas constituir cauce más que suficiente para la denuncia de las nulidades, el art. 745, 1.º LEC añade un nuevo cauce: el incidente de nulidad de actuaciones, que se presenta en forma totalmente asistemática y que será objeto de especial atención en los sucesivos apartados.

a) Para la denuncia específica de determinadas nulidades se establecen en la Ley procesal civil diversos procedimientos:

a') El recurso de nulidad del art. 495 LEC, encaminado a denunciar la improcedencia del procedimiento de menor cuantía, por parte del litigante que considera que el adecuado es el procedimiento de mayor cuantía. Carece, en cierto sentido, de sustantividad, ya que debe formularse junto con el recurso de apelación contra la sentencia definitiva, con el que, en cierto sentido, se confunde. La única

(18) Interesante es la crítica de FURNO, *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, en «Studi in onore di Enrico Redenti», Milán, 1951, I, p. 416.

especialidad notable es que debe prepararse el recurso de nulidad manifestando su propósito de utilizarlo dentro de los tres días siguientes al de la notificación del auto asignando al procedimiento la tramitación del juicio de menor cuantía.

b') El recurso de nulidad del Laudo arbitral dictado en el arbitraje de equidad, regulado antes en el art. 821 LEC, y recogido actualmente en el art. 30 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, que a su vez se remite al art. 1.691, 3.º LEC, para denunciar determinadas infracciones procesales cometidas por los árbitros de equidad (19).

c') Las excepciones dilatorias de los arts. 533 y 534 LEC, que puede utilizar el demandado en el juicio ordinario de mayor cuantía, para denunciar las excepciones procesales, incompletas (20), taxativamente enumeradas en ambos artículos.

d') Las causas de nulidad 3.ª y 4.ª del art. 1.647 LEC que determinan la nulidad del juicio ejecutivo, al igual que las causas 7.ª y 11.ª del art. 1.464 LEC que, pese a su carácter procesal, son tratadas conjuntamente con las excepciones de fondo (21).

e') El recurso de queja encaminado a demostrar la procedencia de la admisión del recurso de apelación (art. 398 LEC), o del recurso de casación (art. 1.703 LEC), cuyo contenido es, por tanto, de carácter netamente procesal.

f') La denuncia del quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio en la segunda instancia del juicio ordinario (art. 859 LEC), que se sustancia y tramita previamente por los trámites establecidos para los incidentes, como presupuesto necesario para su ulterior alegación en casación.

g') Los motivos de casación fundados en causas procesales, bien se hallen comprendidos en el art. 1.692: LEC: motivos 2.º al 6.º; bien en el art. 1.693 LEC: los ocho motivos.

La existencia de un cauce específico para la denuncia de defectos procesales dentro del proceso, impide acudir al cauce genérico de

(19) Sobre el alcance de dicho recurso de nulidad ver SERRA DOMÍNGUEZ, *Juicio de árbitros*, «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», Tomo XIV, Barcelona, 1971, p. 64; y en «Estudios» cit., p. 610.

(20) Ni todas las excepciones procesales están incluidas en el art. 533 LEC, faltando, por ejemplo, la relativa a la acumulación improcedente de acciones; ni todas las excepciones dilatorias sirven para denunciar un defecto procesal: ver, por ejemplo, la de arraigo en juicio.

(21) Para la crítica de la defectuosa sistemática de las excepciones del juicio ejecutivo, ver SERRA DOMÍNGUEZ, *Juicio ejecutivo*, «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», Tomo XIV, Barcelona, 1971, p. 156; y en «Estudios» cit., p. 532.

los recursos (22), y con mayor razón al incidente sobre nulidad de actuaciones.

b) Para la denuncia genérica de los vicios de los actos procesales no comprendidos en el apartado anterior se puede acudir a dos diversos medios:

a') Si el vicio procesal ha sido cometido en una resolución judicial, procederán contra ella los recursos ordinarios de reposición, súplica y apelación, mediante los cuales podrá ser objeto de amplio y detenido estudio la resolución recurrida. En algunos supuestos, la simple protesta cumple la finalidad prevista para la reposición: artículos 58 y 61 Decreto de 21 de noviembre de 1952, para el juicio de cognición.

c) Resulta evidente que, sin necesidad de acudir al art. 745. 1.º LEC, existen en nuestra Ley procesal remedios más que suficientes para denunciar y corregir las nulidades. Es más, el establecimiento de un incidente de previo y especial pronunciamiento para declarar la «nulidad de actuaciones o de alguna providencia», resulta en cierto sentido contradictorio con toda la sistemática de la Ley. Curiosamente es el incidente de nulidad de actuaciones uno de los que mayores problemas presenta, tanto por su falta de desarrollo legislativo, cuanto por los abusos de la práctica, que no han sido desvirtuados por una jurisprudencia del Tribunal Supremo muchas veces contradictoria, y siempre desviada de la verdadera finalidad del incidente de nulidad, hasta el punto que ha contribuido con su doctrina pretendidamente restrictiva al uso abusivo del incidente de nulidad de actuaciones. Problemas todos ellos que abordaremos en los sucesivos apartados.

II. FORMACIÓN HISTÓRICA Y SITUACIÓN ACTUAL DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

El problema de las nulidades procesales aparece ampliamente analizado ya en las Siete Partidas que establece un amplio catálogo de causas determinantes de que «los juyzios non son valederos» (23).

(22) Con la excepción, claro está, de los recursos y denuncias previos al recurso de casación.

(23) Significativa es la Ley II del Título XXII de la Partida III: «Quales juyzios non son valederos», distinguiendo los problemas de jurisdicción: «si alguno judgasse non le seyendo otorgado poderio de lo fazer»; de audiencia: «si fuesse dado juyzio contra otro non seyendo emplazado primeramente que

Las causas de nulidad impiden la eficacia de la sentencia, de forma tal que la ejecución únicamente se concede respecto de «los juyzios valederos» (24), lo que determinaba que las nulidades se consideraran perpetuas, recogiendo los criterios del derecho romano (25).

No obstante, la consideración de las nulidades como perpetuas implicaba serios problemas a la hora de la ejecución, suscitándose constantes oposiciones fundadas en el carácter «non valedero» del juyzio, lo que movió a distinguir entre las nulidades perpetuas, que debían ser notorias, y las restantes nulidades que constituían la regla general y debían ejercitarse en el plazo de sesenta días siguientes a la sentencia (26), transcurridos los cuales no podrían alegarse, habiendo sostenido incluso parte de la doctrina que todas las nulidades debían considerarse temporales (27).

Pese a ello, los artículos promoviendo la nulidad a los efectos de obtener la «restitutio in integrum», constituían una de las principales causas de retraso en los procesos, habiéndose establecido por la doctrina normas tan curiosas como la de que la nulidad podía intentarse de dos maneras, como acción y como excepción (28); y que la nulidad podía plantearse independientemente de la apelación si se había apelado con la cláusula «salvo el derecho de nulidad», llegando a afirmarse por la doctrina que contra la sentencia que resolviera sobre la nulidad, no se podía a su vez «decir de nulidad, porque entonces fuera un proceder «ad infinitum», pero sí apelar para el supe-

lo viniese a oyr»; de personalidad: «si el juyzio fuesse dado contra menor de veynte y cinco años, o contra loco o desmemoriado non estando su guardador delante que lo defendiesse e incluso de incumplimiento de los requisitos de lugar: «si fuesse dado el juyzio en lugar desconueniente, assi como en tauerna»; de tiempo: «si fuesse dado en el tiempo que es defendido que non deuen judgar, assi como dize en el título deste nuestro libro que habla en los días feridos»; o de forma: «quando el judgador lo diesse estando en pie e non seyendo assossegadamente, o si lo diesse non lo faziendo escreuir». Otras causas de nulidad se especifican en las leyes XIII y XV.

(24) El Título XXVII de la Partida III se encabeza en los siguientes términos: «Como los juyzios que son valederos deuen ser cumplidos, e quien los puede cumplir», reiterándose en las Leyes I, II y V la condición de «valederos» como necesaria para proceder a la ejecución.

(25) La distinción entre causas de nulidad y de fondo aparece clara en la Ley XIV del Título XIII de la Partida III: después de señalar que «non vale el juyzio que es dado so condicion», añade «mas si alguna de las partes non se alçasse del tal juyzio, non lo podria despues desatar por esta razón diziendo que era dado so condicion». Mientras el «juizio non valedero» carecía de eficacia, el juyzio valedero del que resultare del que resultare «agrauamiento» a las partes podía ser objeto de «alçada», Título XXIII, Partida III.

(26) Ley I, Título XVIII, Libro II Novisima Recopilación.

(27) Citada por MORÓN, *La nulidad*, cit., p. 35.

(28) ELIZONDO, *Práctica universal forense*, Madrid, 1788, 1.º, p. 152.

rior» (29). No debe extrañar por consiguiente que se concluyera que «los incidentes eran uno de los ardides que empleaban para la retardación y complicación de los pleitos los curiales traviesos, involucrendo la sustanciación, retardándola y ocasionando gastos inmensos a las partes que muchas veces fatigadas y desangradas se veían en la necesidad de transigir o abandonar los asuntos. Los Tribunales eran, a las veces, como aquellos países encantados en que los objetos se alejaban más, cuanto más hacia ellos se encaminaba» (30).

Los problemas se agravaban ante la ausencia de procedimiento idóneo para sustanciar el artículo de previo pronunciamiento sobre la nulidad, lo que determinaba que se tramitaran por las mismas reglas del procedimiento principal con suspensión de éste. De nada sirvió que, acogiendo el clamor doctrinal en orden a la simplificación de procedimientos, la regla 3.ª del art. 48 del Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835 prohibiera la admisión de artículos de previo y especial pronunciamiento salvo en los casos autorizados por las leyes y en el tiempo y forma que ellas prescriban. Puesto que, como señaló la doctrina contemporánea (31), dicha prohibición era excesivamente vaga «porque hay muchos casos en que son inexcusables y la ley no los permite terminantemente», concluyendo que «se admiten igualmente los artículos de previo y especial pronunciamiento por la práctica racional y justa de los tribunales en casos respecto de los cuales no hay disposición legal, como sobre la nulidad reclamada de una parte o de todas las actuaciones anteriores a la época en que se pide, cualquiera que sea el estado de aquéllas».

No debe extrañar por consiguiente que tanto la Instrucción del Marqués de Gerona de 30 septiembre 1853, cuanto la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 se propusieran reducir al mínimo los incidentes con efectos suspensivos y regular para su tramitación un procedimiento simplificado, propósitos que culminaron en:

a) Limitar los incidentes de previo pronunciamiento a los «que opongan obstáculo al seguimiento de la demanda principal» ya que «sin su previa resolución es absolutamente imposible, de hecho o de derecho, continuar sustanciándola» (Arts. 339 y 341 LEC 1855).

b) Establecer un nuevo procedimiento acelerado, con contestación limitada a seis días, período probatorio común para proponer

(29) ELIZONDO, *Práctica*, cit., p. 153.

(30) NOUGUES SECALL, *Tratado de práctica forense novísima*, Madrid, 1856, 1.º, p. 491.

(31) ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos de práctica forense*, Granada, 1841, pp. 189 y ss., donde cita en apoyo de su opinión la de BRAVO MURILLO.

y practicar de diez a veinte días, vista eventual, y sentencia en cinco días.

Dentro de los incidentes de previo pronunciamiento no se comprendían expresamente los relativos a la nulidad de actuaciones. No obstante, la doctrina entendió unánimemente (32) que deducida la nulidad de actuaciones «el pleito no podría continuar, debería quedar en suspenso su curso, porque si progresase habría el peligro de que se declarase la nulidad, y para evitarla la suspensión era necesaria». Lo que determinó que la actual Ley de Enjuiciamiento Civil mencionara expresamente como incidente de previo pronunciamiento los que se refieren «a la nulidad de actuaciones o de alguna providencia» (art. 745, 1.º LEC), precepto que fue objeto de amplia alabanza por parte de la doctrina, ya que se estimaba que con el incidente «se evitaban los gastos inútiles que serían consiguientes a la nulidad de actuaciones si se diese lugar a ella» (33) y que «lejos de causarse perjuicio por ello se ahorran gastos a las partes y por otra parte se facilita la mejor resolución del incidente teniendo reunidos todos los datos» (34):

No se tuvo en cuenta no obstante que si la tramitación por separado del incidente de nulidad de actuaciones podía resultar beneficiosa siempre que se decretara la nulidad, era perturbadora cuando la nulidad no fuera apreciada por el Juzgador, máxime habida cuenta la posibilidad de un recurso de apelación en ambos efectos que prolongaría la suspensión inherente al planteamiento del incidente de nulidad. Esta imprevisión legislativa ha determinado que se considere al incidente de nulidad de actuaciones como a una de las instituciones más defectuosamente reguladas en nuestro derecho procesal (35), en la que reina una enorme confusión, no existe uniformidad de criterio en orden a la admisión del incidente, y, en realidad, la falta de ideas y de conceptos exactos determina que sea difícil decidir cuándo el planteamiento es pertinente y adecuado o temerario y abusivo (36).

Discrepamos de dichas críticas en cuanto pretenden atribuir al legislador los defectos aparecidos en la práctica y fomentados por una errónea jurisprudencia del Tribunal Supremo, que al considerar reiteradamente al incidente de nulidad de actuaciones como un recurso extraordinario, que sólo procede después de haber agotado

(32) NOUGUES SECALL, *Tratado de práctica forense*, cit., p. 491.

(33) MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1887, III, p. 553.

(34) REUS, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1881, 2.º, p. 209.

(35) GIMENO GAMARRA, *Incidente de nulidad de actuaciones*, «Revista de Derecho Procesal», 1949, p. 511.

(36) MORÓN, *La nulidad*, cit., p. 20.

sin éxito los recursos ordinarios (37), ha convertido el incidente de nulidad de actuaciones en un superrecurso ilegal e incomprensible que choca con todo el sistema de impugnaciones de la Ley procesal (38).

Resulta evidente que los recursos ordinarios constituyen los medios normales para denunciar las nulidades procesales cometidas en las resoluciones, por cuyo motivo resulta innecesario y contrario a la economía procesal acudir a un incidente de nulidad de actuaciones ante el mismo Tribunal que previamente ha tenido que entender del recurso formulado por las partes contra la resolución tachada de nula. Lo cual no significa que el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el art. 745, 1.º LEC sea totalmente inútil, sino que hay que buscar su contenido fuera de los cauces erróneamente señalados por la jurisprudencia, lo que intentaremos efectuar seguidamente.

III. NATURALEZA Y FUNCIÓN DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

1. *La nulidad de actuaciones como cuestión incidental*

Ante todo debemos señalar que la nulidad de actuaciones del artículo 745, 1.º LEC no puede en forma alguna ser considerado como recurso:

1.º No está sometida a plazo preclusivo de interposición, característica común a los recursos.

2.º No se dirige sólo contra resoluciones, sino contra actuaciones judiciales, concepto más amplio ya que comprende los actos judiciales distintos de las resoluciones (39). Y como estudiaremos se-

(37) Es numerosa la jurisprudencia al respecto, destacando las sentencias 11 mayo 1895, 22 enero 1908, 11 noviembre 1911, 6 julio 1915, 14 febrero 1942, 18 febrero 1960, 9 mayo 1962 y 22 octubre 1965. La sentencia 3 noviembre 1970 llega a declarar extemporáneo el juicio de responsabilidad civil por no haberse formulado previamente incidente de nulidad de actuaciones.

(38) GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1950, T. II, p. 1.013; GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1968, II, p. 668; PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1968, I, p. 436; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1980, p. 783; coinciden en atribuir a la práctica y a la jurisprudencia la desnaturalización del incidente de nulidad de actuaciones.

(39) GIMENO GAMARRA, *Nulidad*, cit., p. 513, señala que el incidente es un medio de impugnación por un lado más amplio que el recurso, puesto que no sólo se refiere a una especie determinada de actos procesales, sino también a otras clases de actos, y, por otro más restringido, puesto que sólo se puede fundar en la existencia de algún vicio o defecto de los actos y no en la disconformidad en cuanto al fondo de los mismos.

guidamente es en este campo donde presenta una verdadera utilidad el incidente de nulidad de actuaciones.

3.º Su estimación no determina la sustitución por otra de la actuación anulada, sino simplemente la revocación de dicha actuación, y en su caso de las posteriores, y normalmente la retroacción del proceso al momento en que se produjo la nulidad.

4.º El art. 745, 1.º LEC no se encuentra situado sistemáticamente junto a los recursos, sino como una de las cuestiones incidentales que pueden surgir en el transcurso del proceso.

Desde esta perspectiva la clásica orientación de la jurisprudencia de considerar la nulidad de actuaciones como un recurso extraordinario no sólo se revela de perturbadores efectos prácticos, sino incluso errónea teóricamente. No debe extrañar por tanto que la más reciente jurisprudencia (40), dictada sobre todo a los efectos de inadmitir el recurso de casación, se incline por considerar, bien en forma expresa, bien tácitamente, que la nulidad de actuaciones no es tanto un recurso, como un incidente surgido en el curso del proceso principal, llegando a afirmar que «la nulidad de actuaciones es siempre un proceso incidental, aunque adopte la forma de un juicio declarativo y sin que, en modo alguno, pueda desprenderse de su naturaleza incidental dentro del pleito de origen» (41).

Consideramos que es exclusivamente como cuestión incidental como debe configurarse la nulidad de actuaciones, y en este sentido debemos estimar correcta la regulación de nuestra Ley procesal. En el transcurso del proceso pueden producirse una serie de situaciones que sin afectar a la cuestión de fondo, requieran un pronunciamiento independiente que puede afectar al mismo desarrollo del proceso. Dentro de dichas situaciones revisten especial interés las varias cuestiones procesales que afectan a la propia eficacia del proceso, siendo conveniente en todo caso su pronta resolución para evitar que el proceso se desarrolle inútilmente. Tal como hemos visto en anteriores apartados, gran número de dichas cuestiones procesales tienen establecida una tramitación especial, bien por la vía de los recursos, bien por preverse una específica regulación en determinados momentos procesales. Pero es perfectamente posible que en el transcurso del proceso surjan cuestiones atípicas que no puedan reducirse a los casos genéricos previstos por el legislador. Y es para dichos supuestos para los que el art. 745, 1.º LEC establece una tramitación genérica: la del procedimiento incidental, que por lo demás es

(40) Sentencias 25 noviembre 1969, 3 noviembre 1970, 11 junio 1974, 14 abril 1975 y 5 marzo 1979, entre otras.

(41) Sentencia 30 junio 1971.

común a la mayoría de las denuncias de carácter procesal, como ocurre, por ejemplo, con las excepciones dilatorias.

La nulidad de actuaciones es, por tanto, una cuestión incidental de carácter procesal que debe seguirse por el cauce genérico de los incidentes por carecer de una específica regulación procedimental en la ley procesal.

De este planteamiento resultan diversas consecuencias de gran interés para la ulterior investigación:

a) En principio resulta improcedente el incidente de nulidad de actuaciones para impugnar resoluciones judiciales, ya que éstas tienen establecido un cauce específico de impugnación a través de los recursos.

b) No obstante, puede eventualmente acudir al incidente de nulidad de actuaciones en aquellos supuestos en los que la parte gravada por una resolución no haya podido formular recursos, lo que ocurre normalmente en los supuestos de rebeldía.

c) El ámbito normal del incidente de nulidad de actuaciones está constituido por aquellos actos procesales diversos de las resoluciones obrantes en el proceso, que no tengan establecida una tramitación especial.

d) Únicamente pueden denunciarse en el incidente sobre nulidad de actuaciones los defectos procesales cometidos en el proceso, sin que en forma alguna puedan discutirse cuestiones de fondo.

e) La parte que formule el incidente de nulidad de actuaciones no debe ser la causante de la nulidad, no siendo procedente el incidente de nulidad de actuaciones si la nulidad ha sido consentida por la parte, expresa o tácitamente.

f) El carácter incidental de la nulidad de actuaciones, exige su denuncia dentro de un proceso abierto, resultando improcedente la nulidad de actuaciones en un proceso ulterior.

2. *Improcedencia del incidente de nulidad de actuaciones respecto de resoluciones judiciales, de no mediar rebeldía involuntaria*

Creemos necesario insistir en este punto que ha sido puesto de relieve por algún autor (42) pero sin extraer las necesarias consecuencias prácticas, y cuyo olvido estimamos ha determinado la utili-

(42) GIMENO GAMARRA, *Nulidad*, cit., p. 513, advierte acertadamente que no debería permitirse el incidente sobre nulidad de actuaciones cuando quedan recursos o exista otro medio específico para reclamar la falta, porque la utilización del incidente después de haberse seguido los recursos ordinarios supondrá casi siempre una duplicidad innecesaria.

zación fraudulenta del incidente de nulidad de actuaciones. La doctrina del Tribunal Supremo, antes citada, de que sólo se puede acudir al incidente sobre nulidad de actuaciones cuando se han utilizado sin éxito los recursos ordinarios debe ser interpretada en el sentido de que cuando no se han utilizado dichos recursos tampoco cabe acudir al incidente sobre nulidad de actuaciones, pero no a la inversa, como ocurre constantemente en la práctica, estimando que una vez ejercitados los recursos ordinarios pueda acudirse al superrecurso de la nulidad de actuaciones.

Contra las resoluciones judiciales se conceden, por los arts. 376 y ss. LEC, diversos órdenes de recursos, a través de los cuales pueden analizarse conjuntamente tanto los defectos de fondo, como los de procedimiento. La nulidad de una resolución judicial puede ser denunciada mediante los recursos ordinarios de reposición o súplica, apelación, e incluso casación, a través de los cuales, con plenas garantías para las partes y gran economía procesal, puede ser analizada plenamente por el juzgador la supuesta nulidad denunciada. No existe fundamento lógico alguno para autorizar en tales casos un ulterior incidente de nulidad de actuaciones en el que se reproduzcan de nuevo las cuestiones ya resueltas por el propio juzgador con una notable pérdida de economía procesal. La disyuntiva es clara: o la nulidad de las resoluciones judiciales puede impugnarse a través de los recursos, o a través del incidente de nulidad de actuaciones. No cabe en forma alguna efectuar una elección entre ambos medios, y mucho menos ejercitarlos simultáneamente como viene realizándose constantemente en la práctica judicial. Y ante la claridad de los arts. 376 y ss. LEC, particularmente del primero: «contra las providencias de mera tramitación... *no se dará otro recurso* que el de reposición...» resulta evidente la improcedencia de acudir al procedimiento incidental para denunciar la nulidad de alguna resolución judicial.

Puede alegarse contra el anterior razonamiento el texto del artículo 745, 1.º LEC que no se refiere únicamente a la nulidad de actuaciones, sino también a la nulidad de «alguna providencia». Aún reconociendo la escasa fortuna del legislador en el empleo del término innecesario de «providencia» creemos que la dificultad terminológica puede superarse fácilmente en los siguientes términos:

a) La redacción terminológica y el orden de las palabras vendrían a indicar que primordialmente el incidente tiene por finalidad postular la nulidad de actuaciones, y sólo excepcionalmente la de «alguna providencia».

b) Habida cuenta que los arts. 376 y 377 LEC establecen el recurso de reposición contra las providencias del Juez, y el art. 401, en

relación con el art. 405 LEC, excluyen la posibilidad de recurso contra las providencias de mera tramitación de las Audiencias y del Tribunal Supremo, una eventual contradicción entre dichos artículos y el art. 745, 1.º LEC, debería resolverse siempre en favor de los primeros.

c) Pero además es perfectamente posible coordinar el sentido de ambos preceptos, concediendo el incidente de nulidad de actuaciones a aquellas personas que, por no figurar comparecidas en el proceso, no han podido ejercitar en su momento los recursos ordinarios. Nos referimos a los supuestos de rebeldía del demandado.

Si bien el art. 766 LEC prevé que «cualquiera que sea el estado del pleito en que el litigante rebelde comparezca, será admitido como parte, y se entenderá con él la substanciación, sin que ésta pueda retroceder en ningún caso» estimamos que dicho precepto no prohíbe al litigante rebelde utilizar el incidente de nulidad de actuaciones contra aquellas resoluciones que considere nulas ya que:

a) Si en lugar de comparecer hubiere formulado incidente de audiencia, el litigante rebelde hubiera podido, en trámite de alegaciones, solicitar la nulidad de actuaciones (art. 783, 1.º LEC), por lo que no puede ser de peor condición por su comparecencia voluntaria.

b) La substanciación del incidente de nulidad de actuaciones no implica un retroceso del procedimiento, ya que incluso de haber comparecido habría podido formular dicho incidente en cualquier momento.

c) La justificación para prohibir el incidente de nulidad contra resoluciones judiciales no concurre en el presente caso, ya que el rebelde no podía utilizar recurso alguno contra las resoluciones judiciales al no haberle sido notificadas, por cuyo motivo no podía consentirlas. Es interesante al respecto la sentencia de 15 junio 1912 a tenor de la cual «las providencias judiciales no obligan ni pueden entenderse consentidas por los que no son parte legítima en el juicio y si en otro concepto han comparecido con poder bastante, tampoco les obligan las dictadas anteriormente mientras no les sean expresamente notificadas o las consientan, entendiéndose esto último cuando después de haber comparecido y enterado de los autos, efectúen alguna gestión o hagan alguna petición que no sea la de pedir la nulidad de tales actuaciones» (43).

(43) En el mismo sentido sostiene BLESÁ, *Incidentes de previo y especial pronunciamiento*, «Revista de los Tribunales» 1909, p. 690, que «de sostenerse lo contrario los demandados se encontrarían al personarse con una providencia sin su voluntad convalidada, contra la que no podrían recurrir, y ello es contrario a los principios de equidad y justicia, base de toda legislación».

d) Por último, de haberse producido efectivamente la nulidad resulta necesario conceder al rebelde una oportunidad para ponerla de relieve ya que lo contrario supondría colocarle en situación de franca indefensión, vulnerando lo dispuesto en el art. 24 de la Constitución. Pero como sea que si existe o no la nulidad únicamente se conocerá al término del incidente, forzoso es concederle posibilidad de denunciarla, sin perjuicio de que el juzgador, utilizando las amplias facultades del art. 743 LEC, pueda repeler de oficio las demandas de nulidad visiblemente fraudulentas. Posibilidad de fraude que quedará muy limitada ante la necesidad de que la denuncia de la nulidad se efectúe antes de realizar cualquier gestión en el proceso, ya que en otro caso debería estimarse inadmisibles el incidente ante la existencia de un consentimiento tácito de la parte.

Debemos señalar por último que la inadmisibilidad del incidente de nulidad para impugnar resoluciones judiciales, hace referencia a la impugnación directa de dichas resoluciones, pero no a su impugnación indirecta a través de la denuncia de nulidad de otros actos procesales. Si una resolución judicial no ha sido notificada debidamente a la parte, ésta podrá formular incidente de nulidad de actuaciones pero no contra la resolución, sino contra la omisión de notificación. De decretarse la nulidad de la notificación, deberá practicarse ésta de nuevo corriendo entonces el plazo de impugnación mediante los recursos ordinarios de la resolución no notificada, que en forma alguna podrá ser declarada nula en el incidente de nulidad de actuaciones.

3. *Incidente de nulidad de actos procesales distintos de las resoluciones*

El objeto normal del incidente de nulidad de actuaciones lo constituirán todos aquellos actos procesales distintos de las resoluciones practicados en el transcurso de un proceso. Pero, como señala acertadamente DENTI (44), resulta imposible analizar unitariamente los diversos actos realizados en el curso de un proceso, siendo diverso el tratamiento de la nulidad de los actos del personal jurisdiccional, respecto de los actos de parte, debiéndose asimismo distinguir entre los actos de impulso procesal, que no pueden ser considerados aisladamente, y los restantes actos procesales que puedan ser estudiados unitariamente y cuya nulidad no repercute en otros actos procesales, como pueden ser, por ejemplo, los actos de realización material de la prueba o los actos de ejecución de la sentencia. Estudiaremos

(44) DENTI, *Nullitá*, cit., p. 468.

por separado, sucintamente, las especialidades de la nulidad de cada uno de dichos actos.

a) Los actos del personal jurisdiccional se traducirán normalmente en resoluciones judiciales que en su caso deberán ser objeto de los recursos ordinarios, siendo inaplicable el incidente de nulidad. Podrán ser objeto, no obstante, de este incidente en los siguientes casos:

a') Los actos de comunicación de las resoluciones judiciales, de efectuarse con manifiesto incumplimiento de las prescripciones legales. Los defectos de emplazamiento y notificación defectuosas constituyen el principal objeto de los incidentes de nulidad de actuaciones, amparándose el incidente en el claro contenido del art. 279 LEC, no pudiendo prosperar, no obstante, el incidente en el supuesto de que la persona que debía ser notificada, citada o emplazada, pese a la nulidad, se hubiese dado por enterada en el juicio.

b') Los actos de realización material de las resoluciones judiciales, en cuanto se aparten de lo dispuesto en las mismas. La nulidad puede tener lugar en estos supuestos tanto por acción como por omisión. En el primer caso cuando se realice un acto distinto o en forma distinta del ordenado por la resolución judicial; en el segundo caso cuando se prescinda en el proceso de realizar el acto ordenado en la resolución, pasándose a una etapa sucesiva del procedimiento. Si se trata de un acto procesal aislado su nulidad no influirá en los restantes, mientras que si se trata de un acto incardinado en una sucesión procedimental su nulidad implicará la de los actos sucesivos.

c') Los actos procesales que se realicen en audiencia pública con incumplimiento de lo dispuesto en las normas procesales. En estos supuestos no es posible atacar resolución alguna, ya que el acto disfruta de una total autonomía respecto de la resolución, al venir su contenido predeterminado por las leyes. Tal ocurre, por ejemplo con los actos de práctica de prueba (art. 570 LEC), con las vistas y comparencias (art. 313 LEC), y con las diligencias para la ejecución de sentencias, en especial las subastas judiciales (artículos 1.488 y 1.495 LEC). En todos estos supuestos podrá promoverse el incidente de nulidad de actuaciones, fundándolo bien en la falta de presencia del Secretario (art. 249 LEC) o del Juez (arts. 254, 317, 318 y 1.503 LEC), bien en haberse practicado en días u horas inhábiles (art. 256 LEC), bien con incumplimiento de las normas procesales que determinan la forma de realización de cada uno de dichos actos.

El incidente de nulidad de actuaciones podrá plantearse tanto si la nulidad es imputable al juzgador, como a los restantes integrantes del órgano jurisdiccional, supuesto este último que se producirá

principalmente en la nulidad de los actos de comunicación, pero que puede producirse igualmente en los actos de realización material de resoluciones judiciales. En todo caso procederá la corrección disciplinaria del funcionario judicial responsable de la nulidad (artículos 445 a 447 LEC).

b) Más difícil resulta configurar la nulidad de los actos de las partes como objeto del incidente de nulidad de actuaciones. Parece en principio que al exigir cada acto de parte una resolución judicial, es a través de dichas resoluciones, primero por el Juzgador, y luego mediante los recursos de las partes, como podrán determinarse las nulidades procesales producidas en los actos escritos u orales de las partes. No obstante, existen supuestos en que puede acudir al incidente sobre nulidad de actuación de parte, lo que ocurrirá principalmente cuando se trate de actos realizados bajo la intimidación o la fuerza.

Si estos actos se realizan a presencia del Tribunal, éste debe decretar su nulidad tan luego como desaparezca la intimidación o la fuerza sin necesidad de acudir al incidente (art. 442 LEC); pero si la violencia o intimidación se han producido fuera de la presencia judicial, el incidente de nulidad de actuaciones constituye el cauce idóneo para a través de la prueba justificar la existencia y alcance de dichos vicios de la voluntad.

En cambio, no consideramos que los eventuales defectos procesales de otros actos de parte puedan ser objeto del incidente de nulidad de actuaciones:

a) Se ha estimado que la omisión de copias podía ser suficiente para plantear el incidente de nulidad de actuaciones (45). Por nuestra parte creemos que al tener que proveer el Juzgado sobre el escrito cuyas copias se omitieron (art. 518 LEC), será contra la resolución judicial contra la que en su caso procederán los recursos, pero nunca contra el acto de parte de omisión de copias, cuya intranscendencia no justifica la declaración de nulidad (46).

(45) BLESÁ, *Incidentes previo y especial pronunciamiento*, «Revista de los Tribunales», 1909, p. 689.

(46) Más fácil resultará presentar un escrito solicitando se requiera a la parte que infringió el art. 515 LEC para la presentación de copias, bajo apercibimiento de ser libradas por el Juzgado. Únicamente en el supuesto de falta de entrega de copias de la demanda y documentos acompañados a la misma y copias del recurso de casación adquiere importancia la falta de entrega de las copias. Pero en dichos casos no se producirá la nulidad de la actuación de parte, sino simplemente la de la resolución que admita el escrito, nulidad que deberá denunciarse mediante los recursos ordinarios.

b) Tampoco estimamos que sea el incidente de nulidad de actuaciones el apropiado para demostrar la existencia de error de hecho en la confesión (47). Estimamos que el error de hecho presupone precisamente la validez procesal de la confesión, que, de justificarse el error de hecho, únicamente pierde su eficacia privilegiada. Por otra parte la admisión del incidente para justificar el error de hecho puede suponer una demora en la resolución del proceso de fácil utilización fraudulenta, lo que nos ratifica en la improcedencia teórica del incidente.

c) Por último, tampoco procede el incidente de nulidad de actuaciones respecto de los llamados negocios procesales. Cualquier defecto que afecte a dichos negocios jurídicos tendrá carácter material, debiendo ser objeto de un proceso declarativo ordinario posterior en el que se declare la nulidad del contrato (arts. 1.817 y 1.819 CC, relativos a la transacción judicial), solución expresamente recogida, en lo que respecta al acto de conciliación, por el art. 477 LEC. Únicamente de haber mediado violencia o intimidación podría, eventualmente, acudir al incidente de nulidad de actuaciones, con las limitaciones antes estudiadas de que la violencia o intimidación no haya tenido lugar a presencia judicial y además que haga expresa referencia a la constancia procesal del acto dispositivo, pero no al propio acto en sí mismo considerado.

4. Objeto del incidente son únicamente los defectos de carácter procesal

Dicha característica resulta clara de lo hasta aquí expuesto y no requiere ulteriores precisiones. Si la nulidad de actuaciones se configura históricamente como un remedio paralelo a la apelación para tratar cuestiones de carácter procesal; y si su carácter de previo pronunciamiento está justificado precisamente para posibilitar el ulterior examen válido sobre el fondo del asunto; se comprende que únicamente los problemas procesales pueden abordarse en el incidente sobre nulidad de actuaciones, reservando los problemas de fondo para su discusión en la sentencia definitiva.

Pero no todo defecto procesal puede ser analizado a través del incidente. Es indispensable que concurren además las siguientes circunstancias:

a) Que el defecto procesal se haya cometido precisamente dentro del proceso en que el incidente se formula.

(47) BONET, *Confesión en juicio*, Barcelona, 1978, p. 226; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, cit., p. 552.

b) Que no exista otro medio que el incidente para poner de manifiesto el defecto procesal.

c) Que el defecto procesal sea trascendente, de forma que su existencia influya bien en la propia tramitación del proceso principal, bien en alguna actuación que influya en la sentencia definitiva.

Esta última circunstancia es la que mayor utilidad puede presentar a los efectos de evitar un posible abuso del incidente sobre nulidad de actuaciones. En el supuesto de que la estimación del incidente deba determinar la reposición de las actuaciones al momento en que se produjo el defecto procesal denunciado, resulta evidente la procedencia del incidente de nulidad de actuaciones, dada la necesidad de resolver primero sobre los aspectos procesales, antes de dictar la sentencia de fondo. Más discutible es la posibilidad del incidente en los supuestos en que el defecto procesal alegado no afecte al proceso en su totalidad, sino únicamente a uno de sus actos, como puede ocurrir respecto de la realización en concreto de una diligencia de prueba, la celebración de una vista o una subasta judicial. En todos estos casos habrá que atenerse, para decidir sobre la admisión del incidente, a la mayor o menor trascendencia de la actuación cuya nulidad se pide. En los supuestos indicados no deberían existir dudas sobre la procedencia de la nulidad. En cambio, de tratarse de la simple omisión de copias, o de haberse extendido la diligencia en papel no sellado, o de cualquier otro defecto procesal irrelevante respecto de la resolución del proceso, el incidente será inadmisibile.

5. El defecto procesal no debe haber sido consentido, ni expresa ni tácitamente, por la parte instante del incidente

Reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo que la parte a quien puede serle imputado el defecto procesal (48), o la parte que lo ha consentido, bien en forma expresa, por manifestar su aquiescencia al acto procesal, bien en forma tácita, por dejar pasar los plazos legales sin proponer los recursos ordinarios (49), no puede denunciar la nulidad del acto con base en dicho defecto procesal.

Dicha doctrina es plenamente lógica y constituye una aplicación al terreno de las nulidades del principio según el cual nadie puede ir contra sus propios actos, ya que si la parte es culpable de la nulidad

(48) Sentencia 5 febrero 1912: «de accederse a la nulidad se iría en contra de todo principio sano de justicia y equidad, toda vez que semejante resolución redundaría en perjuicio de la otra parte que resulta por completo ajena a la falta producida». En igual sentido GIMENO GAMARRA, *Nulidad*, cit., p. 517.

(49) Sentencias 11 noviembre 1911, 12 enero 1915, 6 junio 1915, 9 enero 1930, 14 febrero 1942 y 23 octubre 1950, entre otras varias.

dad, o conociéndola no la ha denunciado oportunamente, resulta improcedente que pretenda una suspensión del proceso para analizar un problema que debió suscitar oportunamente. La preclusión es absoluta para las partes que no pueden a su libre arbitrio hacer retroceder el proceso simplemente por actos que les sean imputables.

Al respecto discrepamos de la opinión de GIMENO GAMARRA (50) que estima que dicha doctrina no es aplicable al supuesto de las causas de nulidad insubsanables, ya que el consentimiento de los interesados es ineficaz para convalidar el acto, citando al respecto las sentencias del Tribunal Supremo de 18 noviembre 1905 y 27 noviembre 1912. Estimamos que son cosas distintas la nulidad de un acto procesal y la legitimación para promover un incidente de nulidad de actuaciones. El Tribunal podrá declarar en su momento la nulidad de actuaciones pese al consentimiento de la parte. Pero la parte que ha consentido el defecto no puede eficazmente promover un incidente para que se declare la nulidad del acto consentido, incidente que en sí mismo ya supone un perjuicio para el proceso cuya definitiva resolución quedará en suspenso mientras no se resuelva. Por otra parte, las sentencias del Tribunal Supremo citadas hacen referencia a actos de jurisdicción voluntaria, se plantean cuestiones de fondo, y además en ningún momento examinan el consentimiento expreso o presunto de la parte, sino simplemente la innecesariedad de formular recurso de reposición previo al incidente de nulidad.

6. *El incidente debe formularse es un proceso principal pendiente*

Resulta del mismo concepto de incidente la necesidad de que exista un proceso principal en el que se haya realizado el acto procesal cuya nulidad se pide. En este sentido tanto la jurisprudencia (51) como la doctrina (52) se han pronunciado reiteradamente en el sentido de que la nulidad de actuaciones únicamente puede solicitarse en el curso del proceso en que se han realizado, no siendo procedente reclamar en un proceso distinto la nulidad de las actuaciones practicadas en otro proceso.

No obstante, surgen al respecto dos problemas sobre los cuales se han sostenido posiciones contradictorias bien por la doctrina, bien por la jurisprudencia:

(50) GIMENO GAMARRA, *Nulidad*, cit., pp. 514 y 522.

(51) Sentencias 6 julio 1917, 12 junio 1918, 17 diciembre 1919, 4 marzo 1944, 21 febrero 1945, 21 marzo 1958 y 27 junio 1961.

(52) GIMENO GAMARRA, *Nulidad*, cit., p. 521; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, cit., p. 783.

a) Se suscita en primer lugar por la doctrina la posibilidad de formular incidente de nulidad de actuaciones con posterioridad a la sentencia, sosteniéndose que mientras ésta no sea firme puede suscitarse el incidente de nulidad (53), e incluso que cabe solicitar la nulidad de una sentencia firme (54). La primera conclusión se funda en que no siendo aún firme la sentencia, el Juez viene obligado a admitir a trámite el incidente de nulidad. La segunda en que careciendo de existencia una sentencia nula no produce cosa juzgada, siendo posible por consiguiente acudir al procedimiento ordinario para efectuar la declaración de nulidad.

Discrepamos radicalmente de ambas conclusiones. En primer lugar, no se puede admitir la cuestión de nulidad con fundamento en que la sentencia sea nula, ya que precisamente la determinación de si existe o no la nulidad constituirá el objeto del incidente de nulidad de actuaciones. El grave riesgo de conceder el incidente de nulidad estriba en la posibilidad de que se utilice incluso contra actos procesales válidos. Por cuyo motivo resulta evidente que una vez dictada sentencia firme, ha precluido, al no formularse recurso contra la misma, toda posibilidad de denunciar las nulidades producidas dentro del proceso. Únicamente en los excepcionales supuestos de inexistencia pero nunca en los de nulidad, podría mantenerse dicha conclusión.

Pero, además, ni tan siquiera creemos que pueda formularse el incidente de nulidad de actuaciones con posterioridad a la firma de la sentencia por el Tribunal. Evidentemente el Tribunal conserva jurisdicción para entender del proceso, pero únicamente para resolver sobre la admisión de recursos contra dicha sentencia y en su caso para su ejecución. Si el art. 363 LEC prohíbe a los Tribunales variar o modificar sus sentencias después de firmadas, con mayor razón no podrán declarar la nulidad de las actuaciones practicadas en el proceso cerrado por dichas sentencias. La inutilidad del incidente obliga al Tribunal, en aplicación precisamente del art. 743 LEC, a inadmitir el incidente de nulidad de actuaciones propuesto con posterioridad a la sentencia no firme. Todo ello sin perjuicio de que dicha nulidad pueda ser alegada en la segunda instancia, de no haber precluido la posibilidad de su formulación.

b) Otro interesante problema viene planteado por una curiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo que parece conceder a los terceros perjudicados por la sentencia la posibilidad de promover un juicio ordinario posterior pidiendo la nulidad de las actuaciones

(53) MORÓN, *La nulidad*, cit., p. 169.

(54) MORÓN, *La nulidad*, cit., p. 176.

practicadas en el proceso en que no fueron parte (55). Pero un atento análisis de dichas sentencias nos demuestra que se trata de hipótesis excepcionales que no modifican, sino más bien confirman la regla general.

a') La sentencia 12 diciembre 1950 se refiere a un incidente de nulidad de actuaciones promovido al amparo del art. 132 LH, que remite a un juicio ordinario posterior las cuestiones relativas a nulidad de actuaciones. No debe extrañar por consiguiente que el Tribunal Supremo declare que «no es incidente de juicio alguno el proceso declarativo ordinario que en su sustanciación se ha de acomodar a las normas correspondientes a su propia naturaleza y cuantía, sin detención del curso de un procedimiento meramente ejecutivo, en el que el deudor no es parte, ni se da controversia, ni recae sentencia que produzca la presunción de cosa juzgada».

b') La sentencia de 3 noviembre 1960 concede al heredero que no intervino en un juicio de testamentaría la posibilidad de impugnar en un juicio declarativo ulterior las operaciones particionales aprobadas por el juzgador. Evidentemente el tema suscitado no guarda relación con el incidente de nulidad de actuaciones, máxime cuando el art. 1.088 LEC prevé expresamente que la falta de conformidad de los interesados en las cuestiones promovidas se dará al asunto la tramitación del juicio ordinario; lo que sitúa el problema fuera del ámbito de la nulidad de actuaciones.

c) Existen, por último, varias sentencias del Tribunal Supremo que, amparándose en el art. 1.479 LEC que reserva a las partes del juicio ejecutivo su derecho para promover un juicio ordinario sobre la misma cuestión, estiman que dicho juicio ordinario puede tener como uno de sus posibles contenidos la nulidad de actuaciones del anterior juicio ejecutivo cuando el demandante se encontraba en situación de rebeldía en dicho juicio ejecutivo (56).

Aún cuando el problema sea realmente complejo, y dichas sentencias se funden más bien en motivos de equidad que de estricto derecho, consideramos totalmente errónea la tesis de que pueda suscitarse la nulidad de actuaciones del juicio ejecutivo en un declarativo ordinario, por las siguientes razones:

(55) FENECH, *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, Madrid, 1957, T. IV, p. 5.916 y T. VI, p. 12.525, resume dicha doctrina en el sentido de que «pueden acudir a la acción de nulidad en un declarativo posterior quienes no fueron parte en el procedimiento cuya nulidad se pide, siempre que resulten afectadas por la resolución en él dictada», reconociendo, no obstante, que la jurisprudencia es contradictoria.

(56) Sentencias 6 julio 1893, 18 febrero 1960 y 16 abril 1973.

a') Las tres sentencias se fundan en vicios cometidos en el emplazamiento del ejecutado que impidieron tuviera éste conocimiento de la ejecución antes de la firmeza de la sentencia.

b') El juicio ordinario posterior al ejecutivo no versa en realidad «sobre la misma cuestión», sino únicamente sobre aquellas cuestiones que no podían formularse en el curso del juicio ejecutivo (57). La aplicación estricta de dicha doctrina determinaría que la persona involuntariamente rebelde en el juicio ejecutivo no pudiera plantear en el juicio ordinario las excepciones propias del juicio ejecutivo.

c') Las sentencias citadas pretenden excluir dicho inconveniente, facultando al ejecutado involuntariamente rebelde para que pueda poner de relieve los defectos de emplazamiento pero no a los efectos de que se declare la nulidad del juicio, sino simplemente de que se pueda entrar en la cuestión del fondo sobre la existencia del título ejecutivo.

d') El juicio ordinario posterior, si bien tiene carácter incidental del juicio ejecutivo en el sentido que le da el art. 55 LEC, no es un incidente de dicho juicio, y mucho menos un incidente de nulidad de actuaciones. En realidad, es un nuevo proceso autónomo, cuyo objeto lo constituye el anterior juicio ejecutivo pero desde una perspectiva más amplia.

e') Por último conviene señalar que las dos sentencias recientes de 18 febrero 1960 y 16 abril 1973 más que declarar la nulidad del juicio ejecutivo, declaran la nulidad de la subasta celebrada en dicho juicio. Nulidad que en su caso podía formularse perfectamente dentro del procedimiento de apremio por ocultación por el ejecutante del domicilio del demandado a los efectos de impedir que éste conociera la subasta; cabiendo incluso excepcionalmente acudir a un proceso ordinario, pero no con base en la nulidad de actuaciones, sino más bien en el carácter fraudulento del juicio ejecutivo.

IV. EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES EN LOS DIVERSOS PROCEDIMIENTOS

1. Procedimientos ordinarios

Hallándose regulado el incidente de nulidad de actuaciones en el art. 745, 1.º LEC, es de aplicación general a todos los procesos, tanto

(57) SERRA DOMÍNGUEZ, *Juicio ejecutivo*, «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», Tomo XIV, p. 151; y en «Estudios» cit., p. 533.

ordinarios como especiales, previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de no mediar alguna prohibición o modificación expresa, lo que ocurre con cierta frecuencia en la legislación más reciente, preocupada por evitar los abusos a que da lugar en la práctica la suspensión inherente al incidente de nulidad de actuaciones. Pese a lo cual lo cierto es que dichos efectos fraudulentos únicamente se pueden producir en toda su extensión en lo relativo al juicio ordinario de mayor cuantía, sufriendo importantes restricciones en los restantes procedimientos.

a) *Juicio de mayor cuantía*: Rige en toda su amplitud el procedimiento relativo al incidente de nulidad de actuaciones del art. 745, 1.ª LEC, tanto en lo que respecta a la suspensión del proceso principal, cuanto a la prolongación del efecto de la suspensión mediante un eventual recurso de apelación. Lo que no debe extrañar si tenemos en cuenta el peculiar efecto suspensivo concedido a las excepciones dilatorias, pero que al propio tiempo debe ser profundamente modificado en una eventual reforma de la Ley procesal, por posibilitar una duración ilimitada del procedimiento. Únicamente un prudente uso de la facultad concedida por el art. 743 LEC al Juez para inadmitir incidentes de nulidad evidentemente fraudulentos puede evitar el abuso práctico del incidente de nulidad de actuaciones.

b) *Juicio de menor cuantía*: Se ha discutido (58) si el incidente de nulidad de actuaciones es admisible en dicho procedimiento, aduciendo la norma y el espíritu del art. 703 LEC, que para evitar la interrupción del procedimiento suspende la tramitación de las apelaciones contra resoluciones interlocutorias acumulándolas a la apelación de la sentencia definitiva. Estimamos, no obstante, que no es posible interpretar extensivamente dicho precepto, ya que el mismo no se refiere en absoluto a la nulidad de actuaciones, aplicable con carácter general en todo procedimiento de no mediar una prohibición expresa. Por otra parte, la relativa rapidez de la sustanciación del incidente, unida a la posibilidad por parte del Juez de inadmitir a trámite incidentes temerarios y, sobre todo, a la suspensión de la tramitación del recurso de apelación contra la sentencia que resuelva sobre la nulidad, determinan una menor posibilidad de utilización fraudulenta del incidente de nulidad de actuaciones en el juicio de menor cuantía.

c) *Juicio de cognición*: No puede afirmarse correctamente que en el juicio de cognición, a tenor de lo dispuesto en el art. 63 del Decreto de 21 noviembre 1952, resulten improcedentes los incidentes

(58) GIMENO GAMARRA, *Nulidad*, cit., p. 516.

de nulidad de actuaciones (59). En realidad el incidente es admisible, pero presenta peculiaridades totalmente diversas de las del art. 745, 1.º LEC, en lo que afecta a dos puntos básicos:

1.º La nulidad de actuaciones no se tramita por el procedimiento incidental, sino por un procedimiento mucho más rápido que en rigor ni siquiera merece la consideración de tal ya que está limitado al mínimo: protesta de la parte y resolución judicial que si desestima la protesta puede ser objeto de una curiosísima acción de nulidad ante el Tribunal superior, mencionada en el art. 63 citado, no desarrollada por el legislador y que únicamente puede estimarse equivalente al recurso de nulidad del art. 495 LEC, por cuyo motivo deberá ejercitarse conjuntamente con el eventual recurso de apelación contra la sentencia definitiva. Dicho procedimiento no merece garantía alguna, ni para el instante, que ni siquiera podrá acreditar cualquier eventual maniobra fraudulenta de la adversa al no poder proponer otra prueba que la documental (60), ni para la adversa, respecto de la cual ni siquiera se prevé la audiencia que debería estimarse inexcusable. Mucho más sencillo hubiera sido arbitrar la tramitación del incidente por el procedimiento del juicio verbal, sin efectos suspensivos.

2.º Existe una manifiesta contradicción entre esta ordenación y la establecida en el primer párrafo del art. 63: «Todas las cuestiones incidentales que se propongan en la contestación a la demanda se resolverán en la sentencia definitiva», ya que dicha doctrina ni es cierta (61), ni es aplicable al incidente de nulidad de actuaciones, que según hemos visto se resuelve inmediatamente de formularse la protesta. La contradicción literal, recalcada además en el texto del artículo: «de este régimen no quedan exceptuados los incidentes sobre nulidad de actuaciones», únicamente podría resolverse con dos interpretaciones doctrinalmente insostenibles:

a') Sostener un régimen diverso para los incidentes de nulidad planteados en la contestación a la demanda, que se sustanciarían conjuntamente con el proceso principal y serían resueltos en la sentencia definitiva; y los incidentes suscitados fuera de la contestación a la demanda, que seguirían la tramitación de protesta y decisión an-

(59) Así parecen afirmarlo tanto GIMENO GAMARRA, *Nulidad*, cit. p. 516, como GÓMEZ LIAÑO, *Juicio de cognición*, Salamanca, 1974, p. 200.

(60) Lo cual es mucho más grave si tenemos en cuenta que una de las causas más frecuentes de nulidades vienen integradas por el emplazamiento defectuoso de la parte, que no siempre podrá acreditarse documentalmente.

(61) Por ejemplo, la cuestión incidental sobre impugnación de cuantía se sustancia «con carácter previo en el acto del juicio por el procedimiento del art. 496 LEC», lo que demuestra que no *todas* las cuestiones incidentales planteadas en la contestación a la demanda se resuelven en la sentencia definitiva...

tes estudiada. Interpretación literal que, sin embargo, carece del más mínimo apoyo lógico.

b') Estimar que mientras los defectos subsanados serían resueltos en la sentencia definitiva, los no subsanables o no subsanados podrían ser objeto de protesta independiente. Interpretación contraria al más elemental sentido común que, sin embargo, es la que más se ajusta al texto literal del precepto.

Estimamos por consiguiente que el incidente sobre nulidad de actuaciones es perfectamente admisible en el juicio de cognición, si bien deberá proponerse en cualquier momento del procedimiento mediante un escrito de protesta al que pueden acompañarse las justificaciones documentales que se estimen procedentes, y una resolución judicial que sólo puede ser impugnada en segunda instancia.

d) *Juicio verbal*: La extraordinaria confusión existente en materia de nulidad de actuaciones se pone de relieve en la común afirmación doctrinal (62) sobre la improcedencia de la nulidad de actuaciones en el juicio verbal, improcedencia que quiere trasladarse incluso a aquellos procesos especiales que se tramitan por el procedimiento del juicio verbal, como son los juicios de desahucio y alimentos provisionales (63). Incluso se ha afirmado que los principios de oralidad y concentración imponen que las cuestiones incidentales sean tratadas conjuntamente con el asunto principal y decididas en la sentencia definitiva (64).

Si tenemos en cuenta la formación histórica del incidente de nulidad de actuaciones, encaminado a evitar que la nulidad pudiera tramitarse por el mismo procedimiento principal, para lo cual se establecía un procedimiento rápido para su decisión previa, comprenderemos que no existía necesidad alguna de regular un «procedimiento» especial para tramitar la nulidad de actuaciones denunciada en un juicio verbal. Siendo el juicio verbal el procedimiento más simplificado imaginable, la nulidad de actuaciones podía proponerse y tramitarse por las mismas reglas del juicio verbal, sin necesidad de crear otro procedimiento totalmente innecesario.

Así lo dispuso el art. 741 LEC, que no prohibió la nulidad de actuaciones en los juicios verbales, sino simplemente excluyó a estos juicios del procedimiento incidental, lo que significaba pura y simplemente que se tramitarían por el procedimiento ordinario del juicio verbal: escrito denunciando la nulidad, asistencia de las partes

(62) GIMENO GAMARRA, *Nulidad*, cit., p. 515; MORÓN, *Nulidad*, cit., p. 173.

(63) MORÓN, *Nulidad*, cit., p. 173.

(64) HERCE QUEMADA, *Derecho procesal*, cit., II, p. 346; MORÓN, *Nulidad*, cit., p. 173.

a juicio para debatir contradictoriamente y en su caso acreditar la nulidad denunciada, y decisión judicial. Así lo entendió igualmente la doctrina contemporánea a la ley, que admitía la nulidad de actuaciones incluso en los juicios verbales, si bien por la tramitación del juicio verbal (65).

Si la nulidad de actuaciones se promueve antes de la celebración del juicio verbal, podrá tramitarse con carácter previo la cuestión de nulidad, sin que ello implique necesariamente la suspensión del juicio verbal, suspensión que no será obligada para el Juez al no ser aplicable el art. 744 LEC. Si se promueve en el curso de las sesiones del juicio verbal, se aprovecharán éstas para sustanciar la cuestión de nulidad, sin que tampoco sea precisa la suspensión del juicio verbal. Y si se promueven con posterioridad a dichas sesiones, pero antes de la sentencia, deberá convocarse de nuevo a las partes a juicio verbal, interrumpiéndose en este caso los plazos para dictar sentencia. No creemos necesario que la cuestión sobre la nulidad de actuaciones se resuelva en la propia sentencia, siendo conveniente su resolución por separado mediante auto, que de estimar la nulidad determinaría la reposición del proceso al momento en que se produjo, y de no estimarla permitiría dictar a continuación sentencia sobre el fondo. En ningún caso cabrá recurso de apelación contra dicho auto, si bien podrá formularse contra la sentencia definitiva, reproduciéndose en dicho caso la nulidad en segunda instancia. En definitiva, ante el silencio legal proponemos para la tramitación de la nulidad de actuaciones en el juicio verbal, el mismo sistema establecido en el art. 496 LEC para la tramitación del incidente sobre la cuantía litigiosa.

2. Procedimientos especiales

a) *En general*: La redacción amplia del art. 745 LEC, al referirse a cualquier cuestión incidental que se promueve en toda clase de juicios y que no tenga señalada en la ley tramitación especial, determina la aplicación del procedimiento incidental sobre nulidad de actuaciones a todos aquellos procesos especiales en los que no se haya establecido un cauce procedimental específico para la tramitación de la nulidad. Nos limitaremos por consiguiente a señalar las peculiaridades de algunos procesos especiales, significando que en los no estudiados la nulidad de actuaciones se tramitará por el procedimiento incidental.

b) *Juicios de desahucio*: Tramitándose los juicios de desahucio normalmente por los trámites del juicio verbal (arts. 1.570 y 1.589

(65) BLESÁ, *Nulidad de actuaciones*, en «Revista de los Tribunales», 1923, p. 281.

LEC) cualquier eventual nulidad de actuaciones que se proponga en dichos juicios deberá sustanciarse también por el procedimiento del juicio verbal, en la forma estudiada anteriormente. Nos fundamos para llegar a dicha conclusión, discutida doctrinalmente (66), no sólo en la redacción literal del art. 741 LEC, que sería en cierto sentido discutible, sino principalmente en la finalidad teleológica de dicho precepto, ya que sería un contrasentido que la nulidad de actuaciones de un proceso se tramitará con mayores garantías procedimentales que el proceso principal.

Por la misma razón será aplicable el procedimiento incidental en los juicios de desahucio seguidos ante el Juzgado de primera Instancia por los trámites del art. 1.594 LEC, ya que al tramitarse dichos juicios por el procedimiento incidental, no existe justificación para tramitar la nulidad de actuaciones por el trámite del juicio verbal. Igual justificación puede encontrarse a la reiterada doctrina jurisprudencial que excluye la nulidad de actuaciones del juicio de desahucio del ulterior juicio declarativo ordinario (67).

No obstante, existe en el juicio de desahucio la importante limitación del art. 1.567 LEC que obliga al arrendatario que plantee la nulidad de actuaciones a acreditar hallarse al corriente en el pago de las rentas o consignarlas al tiempo de formularlo, y a seguir abonando puntualmente los plazos que venzan durante su sustanciación, lo que en la práctica disminuirá considerablemente la posibilidad de utilización fraudulenta de la cuestión de nulidad que incluso en algún supuesto, como en el juicio de desahucio por falta de pago, rara vez será utilizada ya que el pago de la renta determinará la enervación del desahucio (68).

(66) GIMENO GAMARRA, *Nulidad*, cit., p. 515, estima que en el juicio de desahucio pueden promoverse incidentes de nulidad de actuaciones, por no serles aplicable la prohibición del art. 741. Confunde de nuevo el incidente con el procedimiento incidental.

(67) FENECH, *Doctrina procesal*, cit., p. 7.805: «en un declarativo ordinario no pueden discutirse las mismas cuestiones o excepciones propias del juicio de desahucio o alegarse vicios de nulidad supuestamente cometidos en su tramitación, ya que entonces cabe alegar la excepción de cosa juzgada». Sentencia 4 octubre 1911: «La nulidad e ineficacia del actual juicio de desahucio se funda en las mismas causas y tiene igual origen que las excepciones que opuso en aquel juicio; y esto ha establecido la Sala sentenciadora al estimar la excepción de cosa juzgada y absolver al recurrido no comete la infracción del art. 1.252 CC».

(68) Art. 1.563 LEC. Téngase en cuenta, no obstante, que el arrendatario puede consignar sin desear enervar el desahucio, por ejemplo, para discutir la legitimación del demandante, en cuyo caso podrá perfectamente plantear la cuestión incidental de nulidad. Lo mismo ocurrirá cuando la nulidad se denuncie después de la iniciación del juicio verbal.

c) *Interdictos*: Al tramitarse los interdictos por el procedimiento del juicio verbal (arts. 1.644, 1.654, 1.663 y 1.692 LEC) son aplicables íntegramente las conclusiones efectuadas anteriormente respecto del juicio de desahucio: cualquier eventual cuestión de nulidad de actuaciones deberá sustanciarse por el procedimiento del juicio verbal. Solución que no puede estimarse contradicha por el art. 1.655 LEC, que al declarar la inadmisibilidad de cualquier pretensión que dilate la celebración del juicio, no se opone lógicamente a que dentro del dicho juicio verbal se suscite la cuestión de nulidad de actuaciones, aunque sí a la aplicación del procedimiento incidental de los arts. 741 y ss. LEC.

d) *Alimentos*: De conformidad con lo dispuesto en el art. 1.611 LEC tramitándose el juicio de alimentos provisionales en juicio verbal con arreglo a las disposiciones del interdicto de retener y recobrar, cualquier cuestión sobre nulidad de actuaciones se tramitará igualmente por las reglas del juicio verbal.

e) *Arrendamientos Urbanos*: No existe especialidad alguna en lo relativo a los procesos seguidos ante el Juzgado de Distrito, que se tramitarán bien con arreglo al procedimiento del juicio de desahucio, bien con arreglo al juicio de cognición, siéndoles aplicables las conclusiones ya estudiadas respecto de esta clase de juicios.

Presenta en cambio interés el art. 126, 2.º LAU de contenido similar, pero alcance diverso, al art. 63 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, ya estudiado. Según el art. 126, 2 LAU, «todos los incidentes, excepciones y reposiciones que pudieran plantearse en los juicios atribuidos por esta Ley especial al conocimiento del Juez de Primera Instancia, habrán de ser resueltos necesariamente por éste en la sentencia que recaiga sobre la cuestión principal, haciendo pronunciamiento previo sobre cada una de las cuestiones incidentales». Interpretando dicho precepto se suscitan algunas dudas de difícil solución:

1.º A nuestro entender no están prohibidas las cuestiones incidentales de nulidad, aunque un sector de la doctrina opine que dicho precepto consagra el principio de la concentración (69). El art. 126, 2 LAU únicamente prohíbe una resolución por separado de la cuestión incidental, erróneamente a nuestro entender (70), pero no su trami-

(69) HERCE QUEMADA, *Derecho procesal*, cit., II, p. 100.

(70) Resulta un contrasentido que deba esperarse la tramitación de todo el proceso para resolver una nulidad evidente en su misma formulación. La solución prevista en el juicio de menor cuantía es evidentemente preferible: se resuelve inmediatamente la cuestión, pero no se tramitan los recursos de apelación hasta que se dicta sentencia definitiva. Lo que viene a demostrar de nuevo que en Derecho Procesal toda innovación no refrendada por la experiencia jurídica es muy peligrosa.

tación independiente. Si toda Ley especial debe interpretarse restrictivamente, los términos literales del art. 126, 2 LAU hacen referencia únicamente a la decisión conjunta, pero no sólo no impiden sino que incluso presuponen la tramitación separada, como ocurre por ejemplo en los recursos de reposición, que deberán ser admitidos e impugnados por las partes no recurrentes. La cuestión incidental de nulidad de actuaciones será admisible en este procedimiento, lo que resulta, por lo demás, lógico si tenemos en cuenta que es igualmente admisible en los procesos de que conozca la Justicia municipal.

2.º El procedimiento a seguir para la sustanciación de la cuestión de nulidad de actuaciones, será, a falta de una regulación expresa, el procedimiento genérico incidental de los arts. 743 y ss. LEC. Hubiera sido preferible acudir al trámite del juicio verbal, pero para ello hubiera sido precisa una mayor precisión legislativa.

3.º El problema se plantea en toda su crudeza en lo que respecta al carácter suspensivo del incidente de nulidad de actuaciones. En principio debería estimarse aplicable el art. 744 LEC, lo que implicaría la suspensión del proceso principal. Pero como sea que dicha suspensión sería irrelevante, ya que la decisión del incidente debe efectuarse por precepto legal expreso en la misma sentencia definitiva del proceso principal, la estimamos en principio innecesaria. El proceso principal seguirá su curso pese a la proposición del incidente de nulidad que se insertará en el mismo proceso principal. Sin embargo, no podrá dictarse sentencia definitiva mientras no estén definitivamente conclusos tanto el proceso principal, como el procedimiento incidental sobre nulidad de actuaciones. Lo que determina que, en cierto sentido, si la nulidad se propone dentro del período probatorio del proceso principal o concluido éste, la necesidad de sustanciar el incidente de nulidad de actuaciones puede dilatar la decisión del proceso principal.

f) *Arrendamientos rústicos*: La reciente Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 diciembre 1980 ha simplificado extraordinariamente la caótica ordenación procesal anterior al remitirse de una parte a los procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de otra introduciendo especialidades ya contempladas en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

La disposición del art. 133 LAR sustancialmente coincidente con el art. 126, 2 LAU antes estudiada, suscita los mismos problemas ya analizados, que pueden resumirse en los siguientes puntos:

a) El incidente de nulidad de actuaciones debe estimarse admisible, pero sin que produzca la suspensión del procedimiento, ni sea susceptible de resolución independiente, siendo resuelto «necesariamente» en la sentencia definitiva (art. 133 LAR).

b) La tramitación del incidente de nulidad de actuaciones se verificará por los trámites del juicio verbal, en los procedimientos de desahucio por falta de pago (art. 128 LAR).

c) En los juicios de retracto arrendaticio rústico la nulidad de actuaciones se tramitará por el procedimiento incidental (art. 129 LAR).

d) Las mismas dificultades examinadas al tratar del proceso de cognición se reproducen en los restantes procedimientos arrendaticios rústicos seguidos uniformemente por las normas del juicio de cognición, tanto ante el Juzgado de Distrito, cuanto ante el Juzgado de Primera Instancia (art. 131, en relación con art. 127 LAR). Surge no obstante la duda sobre la aplicación del régimen especial de los incidentes sobre nulidad de actuaciones del art. 63, 2 del Decreto de cognición. Estimamos que siendo incompatible dicho régimen con la necesaria resolución en la sentencia de los incidentes de nulidad de actuaciones no es aplicable al proceso de arrendamientos rústicos. Parece por consiguiente que en estos casos habrá que tramitar la nulidad por el procedimiento incidental, lo que pone de relieve una vez más la imprevisión del legislador, ya que hubiera sido preferible su sustanciación en juicio verbal.

e) Si la sentencia estima la nulidad de actuaciones, debe «abstenerse de entrar en el fondo del asunto» (art. 133 LAR), reponiendo las actuaciones al estado que tenían cuando se produjo la nulidad.

g) *Sociedades anónimas*: Más drástica es la disposición del artículo 70, 12 LSA que prohíbe terminantemente la cuestión incidental sobre nulidad de actuaciones: «en ningún supuesto se admitirán otros incidentes y recursos que los que expresamente se mencionan en los anteriores apartados de este artículo, salvo el de reposición», sea cual sea el procedimiento por el que se formule. Dicha anómala disposición no debe impedir a nuestro entender la denuncia de la nulidad por la parte interesada, máxime habida cuenta la posibilidad de recurrir en reposición contra cualquier resolución judicial, pero sí impide la posibilidad de apertura a prueba de la nulidad de actuaciones, lo que en ciertos casos puede provocar una cierta indefensión.

h) *Procesos laborales*: La doctrina procesal laboral es conteste en afirmar que «si la regulación de los incidentes en la LEC no puede ser aplicada en el proceso laboral, tampoco podrá serlo en concreto en el incidente de nulidad de actuaciones, sustituido por la mera protesta, como requisito de admisibilidad de los recursos correspondientes» (71).

(71) MONTERO AROCA, *El proceso laboral*, Barcelona, 1980, p. 149; BLASCO y ALCÁZAR, *Derecho procesal laboral*, Zaragoza, 1974, p. 71.

No dudamos que éste sería el propósito del legislador pero no creemos que dicha solución, comúnmente aplicada en la práctica, responda realmente al texto legal. En efecto, el art. 76, párrafo 4.º del art. 76 LPL de 13 junio 1980 únicamente dispone que «las cuestiones previas o prejudiciales civiles y administrativas que propongan las partes serán resueltas por el Magistrado en la sentencia», lo que determina la imposibilidad de una resolución independiente de la cuestión de nulidad, es decir, lo contrario de lo que sostienen los laboristas, pero no la tramitación independiente de la cuestión incidental. Si tenemos en cuenta que la Disposición Adicional 1.ª LPL se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil, creemos aplicable el art. 741 LEC, siendo por consiguiente el procedimiento incidental el idóneo para la sustanciación de la cuestión de nulidad, sin producir no obstante necesarios efectos suspensivos.

3. Procesos de ejecución

a) *Ejecución de sentencias*: Habida cuenta la complejidad y el manifiesto carácter asimétrico del proceso de ejecución (72), así como la realización en su transcurso de numerosos actos procesales distintos de las resoluciones: avaluo, subasta, entrega de posesión, etcétera, se comprende que sean numerosos los supuestos en que se plantea el incidente de nulidad en ejecución de sentencia. No existiendo precepto alguno que prohíba la formulación de incidentes en ejecución de sentencia, y existiendo por el contrario numerosos preceptos que hacen referencia a incidentes promovidos en dicha ejecución (arts. 949 y 950 LEC), debe considerarse admisible la proposición de incidentes en ejecución de sentencia. Deben efectuarse al respecto las siguientes observaciones:

1.º El incidente de nulidad debe referirse únicamente a actuaciones practicadas en el proceso de ejecución, pero no a las realizadas en la fase declarativa del proceso, cuya denuncia ha quedado precluida al dictarse sentencia firme.

2.º Las resoluciones dictadas en ejecución de sentencia no son susceptibles del incidente de nulidad de actuaciones, debiendo impugnarse las infracciones procesales en que incidan mediante los recursos ordinarios (73).

(22) FENECH, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1979, pp. 279 y ss.

(73) Lamentablemente no es éste el criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo quien ha llegado a inadmitir juicio de responsabilidad civil de funcionarios judiciales fundándose en no haberse utilizado el «recurso extraordinario» de nulidad. Sentencia 3 noviembre 1970.

3.º Siendo mayor la posibilidad de fraude en la fase ejecutiva, debe igualmente extremarse la prudencia del juzgador en la admisión a trámite de los incidentes de nulidad, siendo aconsejable utilizar frecuentemente la posibilidad de inadmisión de la demanda incidental prevista en el art. 743 LEC.

Es aplicable igualmente a la nulidad de actuaciones en ejecución de sentencias la norma del art. 741 LEC, y por consiguiente dicha nulidad se tramitará por el procedimiento incidental de no existir alguna disposición concreta al respecto, disposición que únicamente existe en el art. 68 del Decreto de 21 noviembre 1952 aplicable a los juicios de cognición: «Los incidentes que pudieran presentarse en dicha ejecución se sustanciarán por los trámites del juicio verbal ordinario».

Más dudosa es la cuestión en lo relativo a la ejecución de las sentencias dictadas en juicios verbales. Podría parecer que dichas ejecuciones están excluidas expresamente por el art. 741 LEC. No obstante, la remisión del art. 738 LEC a los trámites normales de ejecución de sentencia reduciendo los plazos a la mitad, puede convertir en dudosa la cuestión. Por razones exclusivamente sistemáticas, y ante la contradicción que supondría conceder mayores garantías a la nulidad del juicio verbal que a la nulidad del juicio de cognición, nos inclinamos a estimar que la primera debe tramitarse igualmente por los trámites del juicio verbal.

La especialidad procedimental de la nulidad suscitada en ejecución de sentencias del juicio verbal no es en cambio aplicable a aquellos procesos especiales que, como el desahucio, los interdictos y los alimentos provisionales, se tramitan en la fase declarativa por las normas del juicio verbal. En todos estos supuestos, no ajustándose la ejecución a las reglas propias del juicio verbal, carece de todo sentido aplicar un procedimiento especial que ya resulta en sí mismo dudoso respecto de dicho juicio verbal. Máxime cuando las remisiones efectuadas en diversos artículos —arts. 1.567 LEC y 1.616 LEC— permiten asignar el procedimiento genérico incidental para la tramitación de las nulidades. Más dudosa es la cuestión en lo que respecta a la ejecución de las sentencias dictadas en los juicios verbales. Consideramos no obstante más adecuado el procedimiento genérico incidental que el procedimiento del juicio verbal para resolver los complejos problemas que pueden suscitarse en la ejecución de las sentencias dictadas por la jurisdicción laboral.

b) *Juicio ejecutivo*: La confusión doctrinal existente en torno a la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo (74), unida a las dificultades

(74) SERRA DOMÍNGUEZ, *Juicio ejecutivo*, «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», Barcelona, 1971, XIX, p. 149.

des propias de la falta de un concepto doctrinal y jurisprudencial unívoco del incidente de nulidad de actuaciones, junto con la prohibición de incidentes distintos de los resultantes de cuestiones de competencia y acumulación a un juicio universal del art. 1.480 LEC, y la posibilidad de acudir a un juicio ordinario posterior reconocida por el art. 1.479 LEC, plantean una difícil problemática que sólo resumidamente podemos abordar:

1.º Siendo el juicio ejecutivo un verdadero proceso de ejecución no existe dificultad en admitir cuestiones sobre nulidad de actuaciones que deben tramitarse por el procedimiento incidental de los arts. 743 y ss. LEC.

2.º No obstante, dentro del juicio ejecutivo puede insertarse eventualmente un proceso declarativo de oposición a la ejecución, en cuyo proceso no pueden plantearse otras cuestiones procesales o de fondo que las establecidas en los arts. 1.464 a 1.467 LEC. Se comprende, por tanto, que en dicha fase declarativa resulte inadmisibles, como tal incidente, el de nulidad de actuaciones, sin perjuicio de que alguno de los supuestos normales de nulidad, como la citación defectuosa, tenga expresamente señalado un procedimiento específico en la Ley procesal (art. 1.467 LEC). Desde esta perspectiva el art. 1.480 LEC constituye, en lo que respecta a la nulidad de actuaciones, una reiteración del art. 1.467 LEC.

3.º Una vez dictada sentencia de remate, con o sin oposición, la ejecución se sigue, con variaciones accidentales, por las mismas normas que la ejecución ordinaria, hasta el punto que el procedimiento de apremio contiene las reglas generales de la ejecución dineraria en nuestro Derecho positivo. Son admisibles por consiguiente los incidentes sobre nulidad de actuaciones posteriores a la sentencia de remate. El art. 1.531 LEC, al hacer referencia a los incidentes que se sustancian en pieza separada a efectos de apelaciones, viene tácitamente a admitir que pueda formularse incidente de nulidad de actuaciones en el procedimiento de apremio del juicio ejecutivo con efectos suspensivos limitando la apelación a un sólo efecto.

4.º Por último, pese a que una doctrina jurisprudencial ya examinada parezca sostener lo contrario, las eventuales nulidades cometidas en el juicio ejecutivo deben ser denunciadas dentro del proceso, bien como excepción procesal del art. 1.467 LEC, de formularse oposición a la ejecución, bien por el procedimiento incidental de ser posteriores a la sentencia de remate, sin que sea procedente en ningún caso acudir al juicio declarativo posterior previsto en el art. 1.479 LEC limitado a las cuestiones de fondo. La eventual nulidad procesal podrá servir en el juicio ordinario posterior como condición de procedibilidad para el examen de la cuestión de fondo, pero sin que en

forma alguna pueda admitirse una demanda encaminada a declarar la nulidad de un juicio ejecutivo en el que haya recaído sentencia de remate.

c) *Juicio hipotecario*: El art. 132 LH establece categóricamente que el procedimiento sumario hipotecario «no se suspenderá por medio de incidentes» y que «las reclamaciones que puedan formular así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versen sobre la nulidad del título o de las actuaciones... se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece la presente Ley». Se ha justificado el precepto afirmando que el procedimiento hipotecario del art. 131 LH no constituye un verdadero proceso (75) Bastaría con comparar el procedimiento de apremio con el procedimiento hipotecario para descartar esta hipótesis y concluir que nos encontramos ante un proceso ejecutivo puro en el que los motivos de oposición están limitados al máximo (76). En realidad, la justificación del precepto hay que buscarla precisamente en la excepcional limitación de la oposición:

1.º No produciéndose cosa juzgada en el procedimiento sumario hipotecario por la sencilla razón de que no existe declaración alguna de derechos por parte del órgano jurisdiccional, cualquier eventual nulidad producida en el procedimiento no queda protegida por la cosa juzgada, siendo susceptible de impugnación.

2.º La impugnación podría, en principio, formularse en el curso del propio procedimiento hipotecario por cualquiera de los siguientes procedimientos:

a) Acudiendo al incidente de nulidad de actuaciones, pero limitando su efecto suspensivo, siendo factible en gran número de actuaciones sustanciar el incidente antes de la celebración de la subasta. Solución que consideramos la más correcta «de jure condendo».

b) Autorizando como motivo de oposición la falta de citación o emplazamiento del deudor hipotecario o del tercero poseedor, que se tramitaría por el mismo procedimiento establecido en el art. 132 LH para los supuestos 3.º y 4.º de oposición. Ofrecería el grave inconveniente de su posible utilización fraudulenta.

(75) MORÓN, *Nulidad*, cit., p. 172; que coincide con la opinión de LÓPEZ DE HARO, *Acciones del acreedor hipotecario y prescripciones de ellas*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1932, I, p. 172.

(76) Compartimos al respecto las conclusiones de GUASP, *La ejecución procesal en la ley hipotecaria*, Barcelona, 1951, p. 57, al menos en lo relativo a la naturaleza ejecutiva del procedimiento sumario hipotecario.

3.º El legislador optó por eliminar el incidente de nulidad de actuaciones, pero con ello posibilitaba un eventual fraude del instante de la ejecución. Para evitarlo permitió acudir a un juicio declarativo ordinario sin tener en cuenta:

a) Que dicha solución constituía insuficiente garantía para el impugnante, ya que no impedía la eventual subasta de los bienes, con posibilidad de pérdida de los bienes subastados de ser éstos transmitidos a tercero y no anotarse preventivamente la demanda de nulidad.

b) Que tampoco quedaban plenamente garantizados los derechos del instante de la ejecución, ya que el impugnante podía obtener como medida cautelar específica la retención de la cantidad entregada en el procedimiento sumario hipotecario; retención que en principio puede persistir durante la larga tramitación del juicio ordinario.

4.º La discusión de la nulidad de actuaciones en un juicio ordinario estimamos tiene una finalidad de simplificación del procedimiento sumario hipotecario, evitando su suspensión o su «entorpecimiento» (art. 132 LH). Cuando la nulidad de actuaciones sea manifiesta y no requiera especial procedimiento probatorio, podrá cualquiera de las partes ponerla de manifiesto y el Juez estimarla. De la misma manera que el Juez podía de oficio inadmitir la petición inicial del procedimiento sumario hipotecario; decretar la nulidad de la citación; o suspender la subasta cuando no se hayan cumplido los requisitos legales; atribuciones que le corresponden en su condición de impulsor del procedimiento y que debe ejercitar con mayor cuidado si cabe en el proceso de ejecución; con mayor razón podrá ejercer tales funciones si la parte denuncia las eventuales nulidades y éstas parecen tan claras al Juez que le permitan adoptar, sin necesidad de suspender ni retardar el procedimiento, una resolución anulatoria.

4. *Jurisdicción voluntaria*

Teniendo la jurisdicción voluntaria carácter meramente administrativo (77), no produciéndose cosa juzgada que pueda cubrir una eventual nulidad (art. 1.817 LEC), y determinando la oposición de cualquier interesado que se haga contencioso el expediente (art. 1.818 LEC), podemos establecer el siguiente régimen en materia de nuli-

(77) SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción voluntaria*, «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», Barcelona, 1971, XIV, pp. 583 y ss. En contra RAMOS MÉNDEZ, *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, Madrid, 1978, pp. 41 y ss.

dad de actuaciones producidas en un expediente de jurisdicción voluntaria:

1.º No es aplicable el incidente de nulidad de actuaciones del art. 745, 1.º LEC a la jurisdicción voluntaria, ya que dicho precepto está contenido en el Libro II LEC propio de la jurisdicción contenciosa, y, suponiendo contradicción de partes, es incompatible con el art. 1.817 LEC (art. 1.824 LEC).

2.º Podrá, no obstante, denunciarse por los interesados en cualquier momento la nulidad producida en el expediente de jurisdicción voluntaria, nulidad que podrá ser declarada por el propio Juez, dentro del expediente, sin vinculación a la cosa juzgada, de no mediar oposición.

3.º De producirse oposición a la nulidad pretendida, deberá sustanciarse dicha oposición por los trámites del juicio ordinario que corresponde a la cuantía (art. 1817 LEC), sin que ello implique un tratamiento excepcional de la nulidad, sino simplemente aplicación del régimen peculiar de la jurisdicción voluntaria.

5. *El incidente de nulidad en los recursos de apelación y casación*

La posibilidad de incidentes de nulidad de actuaciones en la segunda instancia y en la casación está expresamente admitida por el art. 759 LEC con carácter expreso, y por los arts. 402 y 405 LEC tácitamente al admitir recurso de súplica contra los autos de las Audiencias y del Tribunal Supremo resolutorios de incidentes. Conviene realizar, no obstante, alguna puntualización:

1.º No plantean especiales dificultades los incidentes relativos a actuaciones producidas en la segunda instancia o en la casación. Se tramitarán por el procedimiento incidental, con la única modificación de que contra la resolución que se dicte (78) procederá únicamente el recurso de súplica. Únicamente en la apelación del juicio verbal se tramitará el incidente de nulidad en el mismo acto de la comparecencia, siendo resuelta en la sentencia con carácter previo (art. 25 D. 21 noviembre 1952). En las apelaciones competencia de la Audiencia Provincial, el incidente sobre nulidad de actuaciones no producirá efectos suspensivos y se resolverá en la sentencia principal, pero con carácter previo (art. 2, 2 Ley 20 de junio 1968, interpretado analógicamente).

2.º Más difícil resulta admitir el incidente de nulidad de actuaciones respecto de actuaciones practicadas en anteriores instancias,

(78) Mientras el art. 402 LEC atribuye indistintamente la forma de «sentencias o autos» a la resolución, el art. 759 LEC utiliza la forma de «sentencia».

(79) DENTI, *Nullitá*, cit., p. 480.

haya sido o no denunciada la nulidad en la instancia anterior. Si la nulidad ha sido denunciada y resuelta, sólo a través de los recursos legales podrá conocer el superior de dicha nulidad (79). Si no ha sido denunciada, debe estimarse consentida por la parte, no procediendo el incidente sobre la nulidad de actuaciones, todo ello sin perjuicio de que en ambos casos de oficio pueda el Tribunal superior declarar la nulidad, pero sin que sea admisible en ningún caso el procedimiento incidental de nulidad de actuaciones. Existen, no obstante, dos hipótesis en que en principio no existe dificultad en admitir que en segunda instancia se denuncien nulidades cometidas en la instancia anterior:

a) Cuando la nulidad haya sido producida con posterioridad a la redacción de la sentencia, hipótesis rara pero posible (80). Habiendo perdido jurisdicción el Juez inferior, sólo ante la Audiencia podrá promoverse el incidente de nulidad de actuaciones.

b) Cuando el recurrente demandado haya permanecido ininterrumpidamente en rebeldía que no le sea imputable en la primera instancia, pudiendo en tal supuesto denunciar la nulidad del emplazamiento ante el Tribunal Superior.

V. PROCEDIMIENTO INCIDENTAL DE NULIDAD DE ACTUACIONES

1. *Demanda*

El escrito proponiendo el incidente de nulidad de actuaciones deberá revestir la forma de demanda, ajustada en su contenido a la forma del art. 524 LEC, expresando con la separación debida los hechos, los fundamentos de derecho y la súplica.

Podrán proponer la demanda cualesquiera de las partes comparecidas en el proceso, tanto si son partes originarias, como intervinientes (81), sin que puedan proponer demanda quienes carezcan de derecho a intervenir como partes en el proceso en que se cometió la actuación denunciada como nula (82). Debemos, no obstante, considerar sucintamente dos posibles dificultades:

(80) Piénsese, por ejemplo, que la sentencia no haya sido notificada a alguna de las partes, y que ésta comparezca en la apelación cuando ha precluido alguna oportunidad procesal: por ejemplo, la adhesión a la apelación.

(81) El interviniente, tanto principal como litisconsorcial, e incluso adhesivo, es parte y como tal disfruta de todos los poderes procesales inherentes a las partes. SERRA DOMÍNGUEZ, *Intervención procesal*, «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», Barcelona, 1968, XIII, p. 478; y en «Estudios» cit., p. 249.

(82) Así lo proclama una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo: Ss. 1 marzo 1882, 5 junio 1922, 8 enero 1929, 23 diciembre 1939, 21 febrero 1945 y 25 noviembre 1969, entre otras varias.

a) No están legitimadas para proponer el incidente de nulidad de actuaciones las partes responsables de la nulidad (83), ni tampoco aquéllas que hayan consentido con su actuación procesal la nulidad denunciada. Ambas excepciones se justifican en el principio del respecto a los propios actos, que impide a quien haya contribuido o consentido una resolución procesal, instar ulteriormente su nulidad.

b) Aun cuando una discutible jurisprudencia del Tribunal Supremo (84) haya admitido que los terceros puedan impugnar en un juicio declarativo ulterior las nulidades cometidas en proceso en el que no hayan sido parte; dicha jurisprudencia no contempla situaciones de neto carácter procesal, sino más bien las repercusiones materiales de las actuaciones procesales, habiéndose producido en algunos casos respecto de actos de jurisdicción voluntaria. Si el tercero no es parte en el proceso, carece de interés en que se efectúen declaraciones respecto de actos procesales en los que no ha tenido ni puede tener intervención. Lo que no impide que pueda resultar afectado por las consecuencias sustanciales de dicho proceso, y pueda impugnarlas sin venir afectado por la cosa juzgada.

La demanda deberá presentarse ante el propio Juez que entienda del proceso principal, funcionalmente competente a tenor del art. 55 LEC, debiendo destacarse las amplias facultades concedidas al juzgador por el art. 743 LEC para «repeler de oficio los incidentes que no tengan relación inmediata con la validez del procedimiento», procediendo contra la providencia de inadmisión recurso de reposición, y si no se estimare recurso de apelación en un sólo efecto. Hemos aludido reiteradamente a este art. 743 LEC que consideramos pieza esencial para evitar la promoción fraudulenta de incidentes de nulidad, debiendo significar que en definitiva dicho artículo convierte al juzgador en pieza esencial del funcionamiento del incidente de nulidad de actuaciones. Si el juzgador interpreta ampliamente el precepto, ateniéndose no sólo al aspecto externo del mismo, sino juzgando discrecionalmente sobre el cumplimiento de los presupuestos del incidente de nulidad de actuaciones, este incidente se revelará un medio utilísimo para evitar el desarrollo inútil de un proceso afectado de nulidad. Si, por el contrario, el juzgador admite ampliamente todos los incidentes entendiendo que basta la simple referencia de la parte actora a la nulidad procesal, el incidente se convertirá en el arma preferida de los litigantes de mala fé, justifi-

(83) GIMENO GAMARRA, *Nulidad*, cit., p. 518; sentencia 6 febrero 1912.

(84) Sentencia 12 diciembre 1950, relativa a la nulidad de actuaciones de un procedimiento sumario hipotecario, fundada en el art. 132 LH; y 3 noviembre 1960, sobre impugnación de partición realizada en un juicio de testamentaria, más extensamente analizadas anteriormente.

cando la tendencia de los modernos legisladores a su supresión. Una vez más el éxito o fracaso de una institución procesal depende esencialmente de la prudencia judicial (85).

Desgraciadamente la práctica judicial no se ha mostrado dispuesta a explotar las enormes posibilidades del art. 743 LEC como reconoce un ilustre magistrado: «debe estimarse que el incidente sólo podrá dejar de admitirse a tramitación en el caso de que no concurren todos los requisitos que son necesarios para su admisibilidad, sin que el hecho de que se crea que no existe la nulidad a que se refiera sea motivo para que el mismo se rechace de plano, ya que la apreciación de la existencia o inexistencia de la pretendida nulidad habrá de quedar reservada para la sentencia en que se resuelva el incidente» (86). Aunque ello sea cierto, también lo es que el artículo 743 LEC no contempla únicamente cuestiones de forma, sino también de fondo (87), por cuyo motivo el juzgador, de oficio, puede rechazar la admisión de la demanda de nulidad en los siguientes supuestos:

a) Puede evidentemente inadmitirse el incidente por defectos procesales inherentes a cualquier petición: falta de firma de Procurador y Abogado, de ser necesaria su intervención en el proceso principal; insuficiencia del poder del Procurador; no presentación de copias, etc.

b) Más importancia revisten los presupuestos procesales específicos del incidente de nulidad de actuaciones cuya no concurrencia puede ser determinada de oficio por el juzgador: legitimación del actor en su doble aspecto de parte y de perjudicada por la nulidad; impugnarse una actuación procesal concreta por nulidad no imputable a la demandante ni consentida por ella; no existir otro cauce procesal específico para la denuncia de la nulidad, lo que implicaría la inadmisión «in limine litis» de todas las nulidades fundadas en

(85) Con acierto advierte GUASP, *Comentarios*, cit., p. 1.006, que «el poder que mediante el art. 743 se atribuye al Juez, tiene por su extensión y su profundidad una importancia extraordinaria, y bien puede decirse que si los órganos jurisdiccionales lo hubieran ejercitado a fondo, en vez de emplearlo con una parquedad rayana en el desuso, por su inhabituación a desempeñar un papel activo dentro del curso del proceso civil, las perniciosas consecuencias que el desacertado régimen legal de los incidentes arroja en la práctica, dados los abusos a que se presta, hubieran desaparecido en su inmensa mayoría».

(86) GIMENO GAMARRA, *Nulidad*, cit., p. 522; dicha orientación, que refleja sensiblemente la adoptada por la judicatura, es tanto más criticable si tenemos en cuenta que el propio autor es consciente de los perjuicios de dicha doctrina: «de ahí deriva uno de los mayores peligros del incidente de nulidad...».

(87) GUASP, *Derecho procesal*, cit., p. 670; más ampliamente en *Comentarios*, cit., p. 1.006.

resoluciones judiciales, con la única excepción de las aducidas por el litigante rebelde; pendencia del proceso en el que se suscita el incidente de nulidad, etc.

c) Mayores dificultades presenta la inadmisión de la demanda incidental por cuestiones de fondo, ya que evidentemente ello podría suponer prejuzgar la resolución final. No obstante, la amplitud del art. 743 LEC y la amplia confianza que otorga al juzgador podría permitir la inadmisión del incidente de nulidad por razones de fondo en los siguientes supuestos:

a') Cuando la nulidad denunciada por el demandante sea notoria, en cuyo caso, al poder declararla de oficio el propio juzgador, resulta innecesario el trámite del incidente de nulidad de actuaciones que en realidad únicamente parece justificado cuando los hechos expuestos en la demanda deban ser objeto de prueba, lo que, salvo en los supuestos de defectos en actos de comunicación, resulta realmente anómalo. Declarada la nulidad por el juzgador, en la misma resolución puede inadmitirse el incidente de nulidad de actuaciones. Las restantes partes podrán utilizar contra esta resolución los recursos que estimen oportunos, sin que se encuentren en situación de indefensión.

b') Más difícil, pero igualmente factible, consideramos la inadmisión del incidente cuando aún en el supuesto de que fueran ciertos los hechos de la demanda de nulidad, notoriamente no fueran susceptibles de originar la nulidad pretendida o ésta fuera intrascendente. Precluyendo con la demanda la posibilidad de nuevas alegaciones para la parte actora, si la fundamentación jurídica no convence al juzgador, resulta inútil el recibimiento a prueba del proceso, pudiendo resolverse directamente sobre la cuestión de nulidad.

La ventaja de la inadmisión respecto de la desestimación, no consiste únicamente en la mayor celeridad procedimental, sino principalmente en que contra la resolución inadmitiendo la demanda incidental de nulidad sólo procede recurso de apelación en un solo efecto (art. 743, 2 LEC), mientras contra la sentencia desestimatoria procede el recurso de apelación en ambos efectos (art. 758 LEC), apelación que constituye el retraso más perjudicial del incidente de nulidad. En todo caso una reiterada jurisprudencia ha cuidado de señalar que contra la resolución del recurso de apelación no procede recurso de casación, por no tratarse de una resolución definitiva (88).

(88) FENECH, *Doctrina procesal civil*, cit., pp. 5.902 y ss.; GUASP, *Comentarios*, cit., p. 1.007; sentencias 19 abril 1898, 19 noviembre 1909 y 17 enero 1951, entre otras muchas.

La providencia que admita a trámite el incidente de nulidad declarará en principio la suspensión del procedimiento (89), excepto en los supuestos antes estudiados en los que no proceda dicha suspensión, y en todo caso dará traslado a las restantes partes de la cuestión de nulidad, para que la contesten en el plazo de seis días. No establece la ley régimen especial de recursos contra dicha providencia, por lo que será aplicable el sistema general de impugnación: recurso de reposición en cinco días (art. 377 LEC), y eventual recurso de apelación ulterior en tres días (art. 380 LEC), que debe estimarse apelable en un solo efecto. El recurso de reposición podrá ser útil para excitar el celo jurisdiccional en torno a la inadmisión de demandas de nulidad fraudulentas.

2. Contestación a la demanda

No ofrece especialidades de interés el contenido de la contestación del demandado, que deberá ajustarse a las normas generales de toda contestación reguladas en los arts. 540 y ss. LEC. Únicamente conviene señalar algunas peculiaridades:

a) Aunque el art. 749 LEC prevenga que se dé traslado para contestación a cada una de las partes litigantes por su orden, en el supuesto de pluralidad de partes, estimamos que dicha especialidad es exclusiva de los incidentes que se formulen en pieza separada, pero no de los que se sustancian en los autos principales, cual ocurre con el incidente de nulidad de actuaciones (art. 744 LEC), por cuyo motivo el plazo para contestar debe estimarse común a todos los litigantes, en los términos y con la excepción del art. 530 LEC.

b) Lógicamente la no contestación de alguna de las partes no implicará ni su declaración de rebeldía, ni una conformidad con la nulidad, sino simplemente que se tenga por contestada a su respecto la demanda, siguiéndose el curso de los autos (art. 540 LEC).

c) Tampoco procederá, por razones obvias, la reconvencción de cualquiera de las partes, ni siquiera fundada en otras nulidades procesales, que en su caso deberán ser objeto de otra demanda incidental de nulidad.

d) Aún cuando al ser el procedimiento de orden público carezca de eficacia el allanamiento de las restantes partes, es posible que éstas reconozcan bien los hechos en que se funda la nulidad, bien la procedencia jurídica de su declaración. Es posible incluso una acepta-

(89) Con acierto señala GIMENO GAMARRA, *Nulidad*, cit., p. 523, hubiera sido preferible dejar la suspensión al criterio del juzgador.

cion generica y condicionada de los hechos a los simples efectos de que el juzgador se pronuncie inmediatamente, sin necesidad de recibimiento a prueba, sobre la nulidad que se reputa jurídicamente inviable. En todo caso las alegaciones de las partes no vincularán en forma alguna al juzgador, que podrá rechazar la nulidad, aunque las partes estén conformes en ella.

3. Periodo probatorio

La solicitud de prueba se verifica por las partes por «otrosi» de los escritos de demanda y contestación, siendo particularmente grave la omisión involuntaria de la solicitud por la parte demandante, ya que puede facilitar al demandado una negativa de todos los hechos de la demanda, en cuyo caso, al no ser éstos objeto de prueba, la negligencia del demandante podrá implicar la pérdida del proceso. Creemos, no obstante, que, siendo el juzgador el destinatario de la prueba, de considerar relevante la prueba de alguno de los hechos aducidos por el demandante, debería subsanar la falta de petición de prueba por las partes, acordando, para mejor proveer, la práctica de los medios de prueba que estime oportunos (art. 340 LEC) (90).

El juzgador viene vinculado a la concorde posición de las partes en orden al recibimiento a prueba. Si ninguna de las partes solicita el recibimiento a prueba, mandará traer los autos a la vista con citación de las partes para sentencia (art. 751 LEC). Si todos los litigantes solicitan el recibimiento a prueba, el juzgador debe concederla (art. 752, 1.º LEC). Pero si cualquiera de los litigantes se opone a la práctica de la prueba, el juzgador puede discrecionalmente conceder o denegar el recibimiento a prueba (art. 752, 2.º LEC), facultad muy importante en orden a evitar el retraso inherente a una petición fraudulenta de recibimiento a prueba. Máxime si tenemos en cuenta que normalmente la nulidad de actuaciones resultará de los propios autos, precisándose prueba únicamente cuando la nulidad se predique en relación con hechos extraprocesales, principalmente en materia de actos de comunicación.

Contra el auto que otorgue el recibimiento a prueba no cabe recurso alguno; contra el auto denegatorio cabe recurso de reposición y acto seguido apelación, que deberá admitirse en un solo efecto (arts. 377, 380 y 383 LEC). Creemos que la admisión en ambos efec-

(90) Sobre la importancia de las diligencias para mejor proveer en orden a conceder amplias facultades de dirección procesal al juzgador, y el desuso de dichas diligencias en la práctica de los Tribunales ver SERRA DOMÍNGUEZ, *Liberalización y socialización del proceso civil*, en «Revista de Derecho Procesal», 1972, p. 538.

tos del recurso de apelación contra el auto denegando el recibimiento a prueba por aplicación analógica del art. 551 LEC, es contraria a la misma finalidad del incidente como lo revela la norma similar del art. 743 LEC que admite el recurso de apelación en un solo efecto, y no puede prevalecer contra la disposición más general del art. 383 LEC (91).

Únicamente se admite en el incidente de nulidad el término ordinario de prueba (92), que presenta además la peculiaridad de ser común para la proposición y práctica de prueba, sistema anómalo respecto del sistema tradicional en nuestro derecho de plazos separados de proposición y práctica, pero que a efectos críticos debe ser considerado como equivalente por compensarse las ventajas e inconvenientes de ambos sistemas (93), si bien obliga a las partes a extremar su diligencia para evitar la pérdida de oportunidades probatorias, aumentada dada la corta duración de la prueba: de diez a veinte días según el prudente criterio del Juez (art. 753 LEC).

4. Vista

La celebración de vista es facultativa para las partes, bastando no obstante la petición de una sola parte para que el juzgador venga obligado a señalarla, lo que debe ser censurado ante el desproporcionado retraso que supone el señalamiento de la vista (94). Resulta igualmente anómalo que la vista pueda celebrarse no sólo a los efectos de instruir al juzgador sobre el resultado de las pruebas, en cuyo caso puede revestir alguna utilidad, como en el supuesto de que se falle el incidente sin recibimiento a prueba, en que realmente la vista servirá para reiterar las alegaciones contenidas en los escritos de demanda y contestación, pudiendo fácilmente suprimirse (art. 756 LEC).

(91) Hubiera sido conveniente, no obstante, la concreta mención de que la apelación debía ser admitida en un solo efecto, particularmente para evitar la posible alegación de perjuicio irreparable a los efectos del art. 385 LEC.

(92) El art. 754 LEC prohíbe el término extraordinario de prueba respecto del incidente de nulidad de actuaciones, posiblemente para evitar la utilización fraudulenta del incidente.

(93) En una encuesta sociológica que efectuamos en 1975 a través de la Sección de Derecho Procesal del Colegio de Abogados de Barcelona, publicada bajo el título *Encuesta sobre la prueba civil*, «Anuario de Sociología y Psicología Jurídica», 1976, p. 120, un 55 % de los encuestados se inclinaba por un período común único para proposición y práctica de prueba, mientras el restante 45 % propugnaba períodos diferenciados.

(94) Particularmente notable sería dicho retraso en los incidentes suscitados en segunda instancia y casación que siguen el mismo procedimiento estudiado (art. 759 LEC).

5. Sentencia

El Tribunal debe dictar sentencia dentro de los cinco días siguientes a la vista, de haberse ésta celebrado, o dentro de los siete días siguientes a la citación de las partes para sentencia, de no haberse celebrado vista (art. 758 LEC).

Característica especial de la sentencia dictada en el incidente de nulidad de actuaciones es la libertad del juzgador en la determinación de su contenido sin venir plenamente condicionado por el principio de congruencia. Deberá existir congruencia en cuanto a los casos, en el sentido de que el juzgador sólo podrá resolver sobre la nulidad que haya sido sometida a su consideración y deberá resolver forzosamente sobre ella, pero no estará sometido el juzgador a la congruencia en cuanto a los modos, pudiendo partir de hechos y fundamentos jurídicos diversos de los mantenidos por las partes, y sin venir vinculado en absoluto ni por la admisión de hechos ni por los actos dispositivos de las partes (95). Siendo el objeto de la resolución judicial la aplicación de normas procesales, de las que es inmediato destinatario y que tienen carácter imperativo tanto para el juzgador como para las partes, los actos dispositivos de las partes no son vinculantes para el juzgador.

No contiene la ley disposición alguna en torno a las costas procesales del incidente, por cuyo motivo rige el principio general de imposición de costas al litigante temerario. Temeridad cuya apreciación corresponde discrecionalmente al juzgador y que constituye la única sanción a la utilización fraudulenta de las oportunidades procesales, por cuyo motivo debería ser impuesta en todos aquellos casos en que el juzgador constate que se ha acudido al incidente de nulidad de actuaciones exclusivamente con finalidades dilatorias.

La sentencia que desestime la demanda, ordenará, además, levantar la suspensión del proceso principal, de haber sido ésta decretada. La sentencia declaratoria de la nulidad producirá sus efectos no sólo sobre el acto concreto declarado nulo sino también sobre todos aquellos actos posteriores que fueran dependientes del acto anulado. Aun cuando en nuestra Ley procesal no existe una disposición general de la que se deduzca esta conclusión, y por el contrario existan disposiciones concretas en las que se sostiene lo contrario (96), esti-

(95) Ver al respecto SERRA DOMÍNGUEZ, *Incongruencia*, «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», Barcelona, 1965, T. XII, pp. 161 y ss.; y en «Estudios» cit., pp. 393 y ss.

(96) Por ejemplo, el art. 1.766 LEC establece como criterio para el recurso de casación por quebrantamiento de forma «reponiendo los autos al estado que tenían cuando se cometió la falta». En idéntico sentido si el Juez de Dis-

mamos debe seguirse el criterio que inspiró la reforma de la ley procesal italiana (97), y que actualmente aparece recogido en el art. 127 LJC (98), en torno a la restricción de los efectos de la nulidad de un acto sobre los sucesivos (99).

El verdadero problema estriba en considerar cuando un acto puede considerarse como independiente de los actos anteriores. Si tenemos en cuenta que el proceso viene integrado por una serie de actos ordenados por normas de procedimiento, de forma tal que cada acto viene en cierto sentido determinado por el anterior, se comprende la dificultad de dar normas generales sobre la dependencia o independencia de los actos procesales. No obstante, sin posibilidad de profundizar en el tema, podemos apuntar algunos criterios:

1.º La nulidad de un acto procesal debe determinar la nulidad de todos aquellos actos posteriores que concedan oportunidades procesales a la parte perjudicada por la nulidad siempre que ésta no haya podido aprovecharlas. La nulidad del emplazamiento para contestar la demanda determinante de la rebeldía de la parte, implica forzosamente la nulidad de todos los actos posteriores, mientras no haya comparecido el rebelde en el proceso.

2.º La nulidad de un acto de prueba no influye en los restantes actos de prueba que no resulten directamente afectados por la causa de nulidad. Si la nulidad es imputable a la parte proponente de la prueba, no producirá efectos en las actuaciones procesales posteriores, ya que la ineficacia de la prueba se reduce a prescindir del dato probatorio adquirido en forma ineficaz (100). Pero si dicha nulidad es imputable al juzgador o a las restantes partes, determinará también la nulidad de la sentencia.

3.º La nulidad de la sentencia, al ser el acto final del proceso, no puede afectar en principio a actos posteriores dentro de la instancia, pero sí a los realizados en sucesivas instancias.

La sentencia que declare la nulidad de actuaciones por causas imputables a los funcionarios judiciales y a los auxiliares de los Tri-

trito acuerda la nulidad de actuaciones «dispondrá que los autos se repongan al momento en que se cometió la falta».

(97) Art. 159 CPC italiano: «La nulidad de un acto no importa la de los actos precedentes, ni la de los sucesivos que sean independientes. La nulidad de una parte del acto no se extiende a las restantes partes que sean independientes».

(98) Art. 127 LJC: «1.—La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes del mismo. — 2.—El Tribunal que pronuncie la nulidad de actuaciones deberá disponer, siempre que fuere posible, la conservación de aquellos actos cuyo contenido hubiere permanecido el mismo, de no haberse cometido la infracción origen de la nulidad».

(99) Este es el criterio también de GIMENO GAMARRA, *Nulidad*, cit., p. 524.

(100) DENTI, *Nullità*, cit., p. 473.

bunales y Juzgados deberá imponerles la correspondiente corrección disciplinaria (arts. 445 y 447 LEC).

6. *Recursos*

Contra la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia cabe recurso de apelación en ambos efectos (art. 758 LEC). Estimamos que este precepto debería ser objeto de reforma ya que es probablemente, en su aplicación al incidente de nulidad de actuaciones, el responsable de una desproporcionada dilación del procedimiento. El régimen idóneo de recursos sería el contemplado por el art. 495 LEC: acumular el recurso de apelación contra dicha sentencia a la que recayera en el proceso principal. Únicamente en el supuesto de darse lugar a la nulidad pretendida parece conveniente la admisión del recurso de apelación en ambos efectos.

Por el contrario, contra las sentencias dictadas por las Audiencias y el Tribunal Supremo en los incidentes de nulidad ante ellas promovidos sólo cabe el recurso de súplica (art. 760 LEC) que anómala-mente es resuelto por sentencia (art. 761 LEC) (101) contra la que, según reiterada jurisprudencia (102) no cabe recurso alguno. Aunque el art. 761 LEC prevea la posibilidad de recurso de casación contra las sentencias dictadas por las Audiencias, hay que poner en relación este artículo con los arts. 1.689 y 1.690 LEC, por lo que no siendo definitiva la sentencia que pone término al incidente de nulidad de actuaciones, ya que si desestima la demanda, permite la continuación del juicio, y si la estima no pone término al proceso, sino simplemente dispone que se reproduzca el acto anulado siguiendo las prescripciones legales, lo que determinará la continuación del procedimiento, el recurso de casación es improcedente y debe ser denegada por la Audiencia la certificación solicitada para interponer el recurso, en una interpretación amplia del art. 1.702 LEC, y en su caso ser inadmitido el recurso de casación por el Tribunal Supremo de conformidad con el art. 1.729, 3.º LEC.

Por las mismas razones tampoco es procedente recurso de casación contra las resoluciones dictadas por la Audiencia en los recur-

(101) El art. 760 LEC viene a ser una reiteración innecesaria del art. 402 LEC; careciendo de sentido la única especialidad prevista en el art. 761 LEC: resolverse el recurso de súplica mediante sentencia, en lugar de auto, que sería la resolución procedente a tenor del art. 379 LEC, en relación con el art. 380 LEC.

(102) Autos Tribunal Supremo 28 noviembre 1881, 29 noviembre 1902, 21 enero 1911, 21 marzo 1923, 12 marzo 1931, 19 noviembre 1940, 20 septiembre 1946, 30 junio 1953 y 24 de junio 1958.

sos de apelación interpuestos contra sentencias de los Juzgados de Primera Instancia, y así lo ha entendido una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (103). No obstante lo cual alguna resolución aislada no sólo ha admitido el recurso, sino que además ha decretado la nulidad (104), lo que no sólo está en contradicción con la doctrina jurisprudencial del propio Tribunal Supremo, sino que además ha servido de estímulo a los litigantes temerarios para intentar, mediante la formulación del recurso de casación, una prolongación de la suspensión decretada al admitir el incidente de nulidad (105). Lo que pone una vez más de relieve que gran parte de las deficiencias denunciadas del incidente de nulidades de actuaciones no pueden ser exclusivamente imputadas al texto legal, sino más bien a su aplicación práctica por los Tribunales.

LA LEY 53/1978 DE 4 DE DICIEMBRE Y LA INSTRUCCION SUMARIA PENAL

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad
de Cádiz (Jerez)

SUMARIO:

I. Importancia de la reforma. — II. El principio de publicidad. — III. El principio de contradicción. — IV. Sus repercusiones en la instrucción sumaria penal.

I. La Novela 53/1978, de 4 de diciembre de 1978, por la que se modifican y derogan determinados artículos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha significado una importantísima innovación en el espíritu y sistema del proceso penal español, y, de forma particular, en su fase de instrucción o de sumario.

La citada Ley, inspirándose en criterios y orientaciones auspiciados y sustentados por un importante sector de la doctrina y de la abogacía, ha llevado a cabo lo que ya el legislador de 1882 pretendió sin conseguirlo, esto es, dar «un paso más en el camino del progreso, llevando en cierta medida el sistema acusatorio al sumario mismo» (Exp. de Motivos de la LECri.).

En efecto, y como ya tuvimos ocasión de examinar en otro lugar (1), los remedios que aquel legislador arbitró para corregir los males endémicos del sistema penal de enjuiciar no dieron los frutos apetecidos, precisamente, porque difícilmente se podía llevar en cier-

(103) Ver dicha jurisprudencia en FENECH, *Doctrina procesal*, cit., pp. 5.923 y ss.; y pp. 12.525 y ss. Sorprende no obstante que pese a la claridad de la doctrina, se haya podido superar en varias ocasiones la barrera de la admisión: Ss. 10 febrero 1892, 24 enero 1903, 16 marzo 1915, 22 junio 1923. 16 febrero 1933. 6 marzo 1942, 5 septiembre 1950 y 31 marzo 1959, entre otras varias, si bien la causa de inadmisión haya sido apreciada en la sentencia como causa de desestimación.

(104) Sentencias 29 diciembre 1892, 15 junio 1912, 9 enero 1918 y 18 febrero 1960, si bien hay que señalar que en los dos primeros casos la nulidad era tan manifiesta que el Tribunal Supremo prescindió de los requisitos formales de la casación (la sentencia de 15 junio 1912 hace referencia a un supuesto de intervención del vendedor en un proceso de evicción ampliamente analizada en nuestro estudio *Intervención del vendedor en el proceso de evicción*, en «Estudios de Derecho Procesal», Barcelona, 1969, pp. 295 y ss.); y en los dos últimos no se trataba propiamente de un incidente de nulidad sino de un proceso ordinario posterior formulado respecto de un «ab-intestato» y de un juicio ejecutivo, por quienes se mantuvieron en rebeldía en el proceso principal.

(105) GIMENO GAMARRA, *Nulidad*, cit., p. 525.

(1) GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI: «Aspectos del derecho de defensa en el proceso penal», en *Rev. Der. Proc. Iber.*, 1973, págs. 776 y sigs.

ta medida el sistema acusatorio al sumario mismo, si en éste estaban del todo ausentes «las reglas de publicidad, contradicción e igualdad», al ser éstas sólo propias y específicas de la siguiente fase de plenario o del juicio oral. Por ello, tenían que continuar en parte vigentes todo un conjunto de errores —previstos por el propio legislador—, y desgraciadamente no solucionados por no combatirlos con esas tres reglas que evitaba introducir, y de los que resultaban, en su opinión: «dos cosas a cual más funestas al ciudadano: una, que al compás que adelanta el sumario se va fabricando inadvertidamente una verdad de artificio que más tarde se convierte en verdad legal, pero que es contraria a la realidad de los hechos y subleva la conciencia del procesado; y otra, que cuando éste, llegado el plenario, quiere defenderse, no hace más que forcejear inútilmente, porque entra en el palenque ya vencido o por lo menos desarmado». Y añadía: «Hay, pues, que restablecer la igualdad de condiciones en esta contienda jurídica, hasta donde lo consientan los fines esenciales de la sociedad humana» (Exp. de Motivos).

Para este restablecimiento con fines igualitarios de un más efectivo sistema de garantías procesales en la fase de instrucción, esto es, «un paso más en el camino del progreso», ha debido transcurrir casi un siglo. Pero el legislador actual ha sabido oír las razones aducidas por miembros cualificados del cuerpo social (profesores, abogados, políticos), y comprender que en la «contienda jurídica» uno de esos fines esenciales de la sociedad humana era precisamente el dotar a la fase de instrucción penal de mayores garantías que impidiesen la reproducción de los errores o desventuras lamentados.

Y tan patente y manifiesto era este deseo, que en pleno período constituyente la Comisión de Justicia del Congreso teniendo presente las directrices marcadas en los trabajos constitucionales sobre el proceso penal, preparó este proyecto de ley que sería promulgado como ley incluso antes de la aprobación y promulgación de la Carta constitucional.

II. Ciertamente la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, tiene como fin restablecer esa «igualdad de condiciones en la contienda jurídica hasta donde lo consientan los fines esenciales de la sociedad humana», porque se inspira fundamentalmente en los principios de publicidad y contradicción que son los que hacen posible la igualdad de trato en el proceso. Podría afirmarse, por tanto, que aquellos son presupuestos básicos y necesarios para que existan condiciones mínimas de igualdad en toda contienda judicial.

En efecto, y por lo que atañe al principio de publicidad y dentro de las posibles modalidades que el vocablo expresa, si lo consideramos desde el punto de vista de las personas, como ha dicho el profe-

sor FAIRÉN: «la publicidad para las partes es consecuencia del sistema general de la controversia básica del proceso: de actuar el Tribunal de modo desconocido para una de ellas —o aún para las dos o más— pasarían a ser mejor objetos físicos que sujetos del proceso».

Por otro lado, parece obvio que los principios de publicidad y de contradicción, potenciados ambos ahora en la propia Constitución (art. 24), demandaban implícitamente ya un cambio de enfoque y de estructura de la instrucción penal. Y la sensibilidad general que proporcionan en tal fase los principios constitucionales mencionados exigían la reforma.

El dictado del artículo 24.2: «Todos tienen derecho... a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías...»; es lo suficientemente rotundo y amplio para impedir hacer distinciones entre tipos de procesos y fases de éstos. Y aunque se pretendiese que por ser de un tenor demasiado genérico sólo se refiere a la forma, es decir, la publicidad considerada preferentemente con respecto al lugar y modo de desarrollarse el procedimiento, ello sería erróneo porque desvirtuaría el principio en su aspecto más trascendente, esto es, la publicidad como posibilidad de información o de toma de conocimiento para las partes.

Esta interpretación la encontramos corroborada en el artículo 17.3 del texto constitucional, cuando se establece que «Toda persona detenida, debe ser *informada* de forma inmediata, y de modo que le sea *comprensible*, de sus derechos y de las razones de su detención». Igualmente el artículo 24.2 también insiste claramente: «Todos tienen derecho... a ser *informados* de la acusación formulada contra ellos...».

La novela que comentamos no modifica el artículo 301, I, de la LECri: «Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente ley». Pero sí altera el contenido del artículo 302 sustancialmente. Este en su redacción anterior del párrafo I disponía que: «el juez instructor podrá autorizar al procesado o procesados para que tomen conocimiento de las actuaciones y diligencias sumarias cuando se relacionen con cualquier derecho que intente ejercitar, siempre que dicha autorización no perjudique a los fines del sumario». Ahora, por el contrario, se dice como regla general en dicho párrafo, que «las partes personadas podrán *tomar conocimiento* de las actuaciones e *intervenir* en todas las diligencias del procedimiento». Y sólo en el párrafo II se dice como excepción: «Si el delito fuere público, podrá el Juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto,

total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, y por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario».

Se amplía, pues, en virtud del principio de publicidad a todas las partes personadas, y no sólo a los procesados, la posibilidad tanto de tomar conocimiento, esto es, de informarse, como de intervenir en todas las diligencias sumariales. Y sólo excepcionalmente se podrá decretar total o parcialmente secreto el procedimiento. Mas aún así se impone un límite temporal, que no sea superior a un mes y que se alce necesariamente tal secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario.

También y en sintonía con el artículo 17.3 del texto constitucional, el nuevo artículo 118 de la LECri innova en su párrafo II diciendo que: «La admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será *puesta* inmediatamente en conocimiento de los presuntos inculpados». La misma «ratio» legal se tiene en consideración para la modificación del artículo 520 —que sufre profundas e importantísimas innovaciones. Al párrafo I, que no varía, se añade como inciso final lo siguiente: «Todo detenido o preso debe *ser informado*, desde luego y en términos claros y precisos, de modo que le sean comprensibles, de las causas que han determinado su detención y de los derechos que le asisten...».

De ambos preceptos conviene destacar la obligación legal de poner en conocimiento o informar a los presuntos inculpados: *a)* La denuncia, querrela, o cualquier actuación judicial; *b)* Comunicarles en términos «claros y precisos» tanto las causas que motivan su detención y de los derechos que puede hacer valer, todo ello «de modo que le sean comprensibles». Pero es que el texto legal del artículo 520 va aún más lejos, pues se preocupa en su párrafo VI de extender ese mismo derecho de información, al proclamar: «Así mismo, desde el momento de su privación de libertad, la persona afectada tendrá derecho a que se *comunique* al familiar o a la persona que desee el hecho de su detención, el lugar de custodia y la petición de asistencia de abogado. Cuando se trate de menor de edad o de persona incapaz, la autoridad bajo cuya custodia esté tendrá la obligación de notificar a la persona indicada las circunstancias antedichas, y si ésta no fuere hallada se dará cuenta inmediata al Ministerio Fiscal».

Obligación igualmente, pues, por parte de la autoridad a que se comunique a la persona indicada por el afectado por la medida cau-

(2) FAIRÉN GUILLÉN: «Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso», en *Temas del Ordenamiento Procesal*, t. I, Madrid, 1969, pág. 573.

telar limitativa de libertad: *a)* El hecho que ocasiona la detención y el lugar donde se le retiene; *b)* La petición de que le asista un abogado. Y, además, en los supuestos de que la persona afectada sea un menor o un incapaz y no las designe o no fueren halladas, habrá de ponerse en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal.

Hay una limitación a este amplio derecho de comunicación que se recoge en el mismo párrafo VI: «Sin embargo, lo establecido en este párrafo no será de aplicación a los casos en que concurran causas que impliquen un riesgo grave y racional para la seguridad del Estado o de las personas. La aplicación de esta medida requerirá autorización judicial, que será, en todo caso, motivada y se entenderá sin perjuicio de proceder en la forma dispuesta con carácter general en el plazo más breve posible». Aún así, por tanto, la medida limitativa de tal derecho informativo es preciso que el Juez la motive en todo caso, y tendrá que ser temporal, para luego proceder según la forma general.

III. El principio de contradicción supone, como es bien sabido, el que las partes puedan desarrollar ampliamente a lo largo de todo el procedimiento las facultades y derechos que la ley concede para poder demostrar con éxito las razones o fundamento de sus respectivas pretensiones. Es, por tanto, un principio básico de la dialéctica procesal que se articula primordialmente —*lato sensu*— como derecho a una adecuada defensa en juicio.

En la fase de instrucción sumaria ha sido puesto de relieve la atenuación de dicho principio sobre todo lo que concierne al inculpad o imputado. En efecto, con arreglo a la situación legal anterior a esta ley, las posibilidades de autodefensa y de defensa técnica eran bastante precarias. Sin apenas ocasión de ejercitar adecuadamente la primera y muy recortada y limitada la segunda (3).

El artículo 118, en su anterior redacción, establecía que sólo desde que se les notifique a los procesados el auto de procesamiento pueden nombrar Abogado que les defienda y Procurador que les represente. Las situaciones y graves consecuencias prácticas que ello ocasionaba por semejante demora en la designación fueron reiteradamente puestas de manifiesto por los más diversos autores, deviniendo un lugar común.

(3) GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI: «Aspectos del derecho de defensa», cit., págs. 772, 773, 776; GIMENO SENDRA: «La naturaleza de la defensa penal y la intervención del defensor en la instrucción», en *Rev. Der. Proc. Iber.*, 1977, especialmente págs. 130 y sigs.; y desde un punto de vista más general, FAIRÉN GUILLÉN: «La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español», en *Temas del Ordenamiento Procesal*, t. II, cit., págs. 1201 y sigs.

Los preceptos ya citados de la Constitución han propiciado también la reforma «adelantada» del principio de contradicción en la novela de 4 de diciembre que nos ocupa. Así el artículo 17.3: «Toda persona detenida... no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca». Y el artículo 24.2: «Todos tienen derecho... a la defensa y a la asistencia de letrado... a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

Sin embargo, el espíritu y el tenor de las facultades y derechos que encierran estos dos preceptos constitucionales no pareció del todo adecuada a algunos autores. Así el profesor PRIETO-CASTRO en su Ponencia General a la XIV Reunión de Profesores de Derecho Procesal (Cáceres, abril 1978) titulada «Constitución y Justicia», pudo afirmar: «El aludir a todo esto en el año 1978, y en España, resulta un poco deprimente para un país que... figura entre los de más noble prosapia jurídica. Todo cuanto se dice en este artículo [el 24.2] (recogido, en sus palabras, de fuentes extrañas) se encuentra consagrado desde tiempo inmemorial en España, en los correspondientes cuerpos legales...» (4).

De igual modo mostraba su preocupación respecto al derecho de defensa: «que experimenta en este Anteproyecto una ampliación tal vez excesiva, si pensamos en los intereses del ofendido y en la protección de la Sociedad contra la delincuencia». Y también apuntaba: No sabemos si los redactores del peligroso precepto [el 17.3] se acordaron y tuvieron presente la fundamental disposición de «defensa material» del artículo 2 de la LECri que, cumplido al pie de la letra, creemos que vale más que la otra previsión» (5).

(4) PRIETO-CASTRO: *Temas de Derecho actual y su práctica*, Salamanca, 1979, págs. 102 y 103.

(5) Dicho artículo establece: «Todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo; y estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar, mientras no se hallare asistido de defensor».

A nuestro parecer, y como ya explicamos, sostener que dicho artículo implica una labor de defensa pública..., «desconoce el principio de imparcialidad del juez y olvida que el derecho de defensa no puede ser referido genéricamente a la eliminación de un perjuicio para el imputado o a un resultado favorable para el mismo, cuando aquel derecho no constituya la consecuencia de la actividad referida a la realización de la defensa». Vid. mi «Aspectos del derecho de defensa», cit., pág. 775.

Posteriormente, y en una conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca sobre «La Defensa», el mismo ilustre profesor comentaba el texto de aquel precepto preconstitucional [el 17.3] y el del Proyecto de Ley [hoy, ley 4-12-78 que estudiamos] que supone «la peligrosísima reforma y ampliación del artículo 118 de la LECri», y que, además, se realizaba «en un alarde de celeridad parlamentaria, sin que nadie lo pensara, y a causa de la ausencia de algún número de la mayoría...». Y agregaba otro duro juicio: «La impresión que todo esto nos produce es que se está obrando a impulso de lo que se haya presenciado en la televisión o mal leído sobre preceptos análogos en cualquier periódico o en los textos internacionales y en las constituciones políticas que han servido de modelos a este Anteproyecto elaborado por la Ponencia de la Comisión Especial de Constitución...» (6).

A pesar de estos graves reproches, la reforma del derecho de defensa de la LECri ha supuesto afortunadamente la modificación profunda de determinados artículos, especialmente la de los artículos 118 y 520. La reforma, además, ha propiciado el poder distinguir en el propio derecho de defensa dos aspectos que tienen diversa relevancia y que frecuentemente se confundían.

En efecto, y como ha puesto de relieve DENTI: «bajo un primer aspecto, la defensa constituye un *derecho* del imputado, que se especifica en el ejercicio de los poderes necesarios para actuar o defenderse en juicio y para influir positivamente en la formación del convencimiento del Juez. Y en este sentido, el derecho a la defensa, no es el derecho a la asistencia técnica, o sea, a la asistencia de un defensor. Bajo un segundo aspecto, la defensa constituye no ya un derecho, sino una *garantía*, como exigencia de un correcto desarrollo del proceso, para un interés público general que trasciende al interés del imputado (o de la parte) y se satisface sólo si el contradictorio es efectivo, si la igualdad de las armas es real. Se trata aquí de asegurar un *due proces of law*, o de realizar un *fair trial*, lo que puede exigir (e, incluso, en la mayor parte de los casos exige) la presencia en juicio del defensor» (7).

La defensa como derecho del imputado —autodefensa— encuentra su más elevada formulación en el nuevo párrafo I del artículo 118 de la LECri: «Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cual-

(6) PRIETO-CASTRO: *Temas de Derecho actual*, cit., pág. 121.

(7) DENTI: «La difesa come diritto e come garanzia», en *A cura di Grevi: Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Bologna, 1977, pág. 48; el propio Grevi insiste en esta doble óptica en la *Introduzione* de este volumen colectivo, págs. 9 y sigs.

quiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho». Derecho de defensa, pues, para «actuar» en el procedimiento, que hemos de entender en los términos más amplios, y que lógicamente contribuirá a una mayor posibilidad de que el imputado participe activa y eficazmente durante la fase de instrucción. Y se le debe instruir de este derecho.

También el artículo 311, I, dispone como novedad el que durante la formación del sumario el Juez que lo instruya practicará las diligencias que le propusieren además del Ministerio Fiscal *cualquiera de las partes personadas*, y no ya sólo del particular querellante según la redacción anterior del precepto.

El artículo 333, cuyo texto se mantiene, en su párrafo I regula la facultad de que habiendo alguna persona declarada procesada como presunta autora del hecho punible, pueda presenciar las diligencias referentes a la comprobación del delito, ya sola, ya asistida del defensor, haciendo uno y otro las observaciones que estimen pertinentes. A tal efecto, el párrafo II dice que se pondrá en conocimiento del procesado el acuerdo relativo a la práctica de la diligencia con la antelación debida sin poderse ésta suspender por la falta de comparecencia del procesado o de su defensor. Y se añade al final del mismo párrafo como innovación: «Igual derecho asiste a quien se halle privado de libertad en razón de estas diligencias».

Otra manifestación genuina de la autodefensa figura en el artículo 520, primer artículo del Capítulo IV del Título VI del Libro II (Del sumario), cuyo epígrafe anterior era «del tratamiento de los detenidos o presos», y que ahora se modifica anteponiéndole significativamente «Del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de abogado...» (art. 3 de la Novela). Dicho artículo, en su párrafo I, *in fine*, ordena: «En ningún caso se le podrá compeler [al detenido o preso] a prestar declaración si, invitado a hacerlo, se negare».

Si en estos supuestos la defensa como «derecho» no comporta ineludiblemente la asistencia del defensor —defensa técnica—, considerándola como «garantía» para un correcto desarrollo del proceso normalmente la requiere.

La Novela del 78 se preocupa de su regulación en dos momentos procedimentales distintos: *a)* Desde la imputación de un acto punible; *b)* Desde la detención o prisión.

a) Como ya sabemos, cuando se impute a una persona un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa —autodefensa— en los términos del artículo 118, I, pero la ley se cuida de precisar y exigir en el párrafo III de este mismo artículo, que: «Para ejercitar el de-

recho concedido en el párrafo I, las personas interesadas deberán ser representadas por Procurador y defendidas por Letrados, designándoseles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo». Y en el párrafo IV, que se expresa en idéntico sentido al antiguo 118, *in fine*, prevé: «Si no hubiesen designado Procurador o Letrado, se les requerirá para que lo verifiquen o se les nombrará de oficio si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación».

De la lectura de estos párrafos se deduce que el derecho de defensa como garantía de un correcto proceso «fair trial» exige la presencia del Abogado defensor, pero ni siquiera esto implica el menoscabo de la autodefensa, como queda bien patente en el párrafo IV en relación con el I del artículo 118.

b) La exigencia de Letrado desde la detención o prisión es otro de los puntos que la Novela de 1978 ha supuesto una mayor innovación en la estructura de la instrucción sumaria penal.

Tal garantía se fija nítidamente en el artículo 520, III: «Desde el momento en que se practique su detención o se acuerde su prisión, el afectado tiene derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia en el lugar de custodia para que asista al interrogatorio, recabe, en su caso, la lectura del presente artículo e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto».

El párrafo IV amplía la garantía con el derecho al silencio y a la facultad de entrevistarse, en todo caso, con su Abogado: «Si el detenido o preso se niega a declarar, aun en presencia de su Abogado, se consignará tal decisión en las actuaciones. Tanto si hubiera prestado declaración como si se hubiere negado a declarar, podrá entrevistarse después personalmente con el Abogado, siempre que lo desee».

Y los párrafos V y VII contemplan la garantía efectiva de la intervención del defensor acordada por parte de la autoridad. Así el párrafo V: «La Autoridad bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso notificará, en su caso, la elección de Letrado al Colegio de Abogados, el cual si no resulta posible la actuación del designado, proveerá lo necesario para la intervención de un Abogado de oficio en el lugar de custodia». Y el párrafo VII: «Si transcurridas ocho horas desde la notificación realizada al Colegio de Abogados no compareciese en el lugar donde el detenido se encuentra Letrado alguno, podrá procederse a su interrogatorio y a la práctica de cualesquiera otras diligencias urgentes sin perjuicio de lo establecido en el párrafo primero de este artículo».

IV. La potenciación de las reglas y principios de publicidad y de contradicción en los aspectos antes considerados, conducen ineludiblemente también a una mayor «igualdad» en el tratamiento procedimental de los distintos sujetos que intervienen en la fase sumarial. Y ese espíritu que anima toda la reforma, «dando un paso más en el camino del progreso» —según se nos decía—, es, pues, un «restablecimiento de la igualdad de condiciones» de las que el principal beneficiado es obviamente el imputado o inculgado, al que se le reconocen unos mayores «derechos y garantías» al extender los principios de publicidad y de contradicción su campo de acción a la fase de instrucción.

Esto implica necesariamente una quiebra o desnaturalización de la estructura de nuestra vigente LECri, porque tanto de modo directo como reflejo se ven seriamente afectados otra serie de preceptos del período instructor que ya no encajan en el esquema legal «reformado» ni sintonizan con su espíritu. Y esto es grave.

En este sentido, no cabe duda que hoy habría que matizar igualmente la afirmación sustentada por el Legislador en la Exposición de Motivos de la LECri, según la cual: «Es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento, por la desigualdad real que en momento tan crítico existe entre uno y otro: desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de que éste sólo es responsable».

Y ello porque esa conocida afirmación era la respuesta a un célebre interrogante que se planteó el propio legislador —que la Novela que estudiamos se ha encargado en parte de desvirtuar—, y que ya reproducíamos al iniciar el presente trabajo. Era éste el interrogante: si se extendería al sumario las reglas de publicidad, contradicción e igualdad. Al legislador entonces no se le ocultaba: «que insignes escritores mantienen esta tesis con ardor y con fe; pero hasta ahora no puede considerársela más que como un *ideal* de la ciencia, al cual tiende a acercarse progresivamente la legislación positiva de los pueblos modernos».

En 1882, el propio legislador se preguntaba también: «¿Se realizará (ese ideal) algún día por completo?». Y respondía: «El Ministro que suscribe lo duda mucho». Hoy, tras la Novela de 1978, ese *ideal* se ha cumplido en buena medida, y el lúcido interrogante del Ministro recibiría, según hemos visto, respuesta bien distinta a la que él dio.

Pero ello supondría, en todo caso, el reconocimiento de formular otra pregunta cuya trascendencia también abriría una incógnita de enorme magnitud. Es ésta: ¿Si las reglas o principios de publicidad,

contradicción e igualdad, informasen en buena parte el período de instrucción, a que serviría la actual distinción funcional y estructural de la vigente LECri entre fase de instrucción sumaria y de juicio oral? ¿No habría una duplicación de actividades innecesarias a la vez que una dilación temporal del procedimiento inadmisibles?

La solución no puede ser otra entonces que la que postulase una radical reforma en el sistema procesal penal de enjuiciar y pasar de un sistema acusatorio «formal o mixto» —cuyas excelencias tanto se han celebrado— a otro decididamente de tipo acusatorio «puro» con todo lo que ello procesalmente supone y que es el que nuestra sociedad y principios jurídico-políticos actualmente demandan.

Y ésta es la única vía adecuada que la reforma introducida por la Novela de 1978 ha abierto y ante la que nos sitúa en materia de política procesal penal. Otra cosa sería engañarnos.

Por ello no compartimos la conclusión final que extrae el Profesor PRIETO-CASTRO de esta reforma, sintetizándola en su crítica al derecho de defensa: «Ante la denunciada dislocación del derecho de defensa hay que estar hondamente preocupado» (8). A nuestro juicio, la preocupación no puede venir por esa vía sino de no seguir la alternativa que la reforma propugna para el futuro y que auspicia necesariamente un sistema procesal penal distinto que evite las actuales contradicciones estructurales del sistema mixto «reformado» y en el que las reglas de la publicidad, contradicción e igualdad, se conviertan en ese *ideal* de la ciencia, al cual tiende a acercarse progresivamente la legislación positiva de los pueblos modernos».

(8) PRIETO-CASTRO: *Temas de Derecho actual*, cit., pág. 137.

UN NUEVO PROCESO LABORAL: LOS LITIGIOS EN MATERIA DE AVIACION CIVIL Y MARINA MERCANTE

JUAN MONTERO AROCA
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

I. La llamada jurisdicción especial del aire. — II. La inconstitucionalidad de dicha «jurisdicción». — III. El supuesto de la Marina Mercante. — IV. El nuevo proceso especial.

I. LA LLAMADA JURISDICCIÓN ESPECIAL DEL AIRE

La OM de 10 de febrero de 1942, con relación únicamente a la compañía Iberia, sustrajo del conocimiento de las Magistraturas los conflictos entre aquélla y sus trabajadores, relativos a la ejecución y resolución de los contratos de trabajo, por lo menos mientras la entonces Dirección General de Aviación Civil no se inhibiera. La competencia de las Magistraturas se convirtió así en residual. La Dirección General resolvería el conflicto o se inhibiría de su conocimiento, pasándolo a la Magistratura, atendiendo a si la cuestión planteada afectaba o no a la rigurosa disciplina de vuelo, a la seguridad del tráfico aéreo o a los supremos intereses de la defensa nacional (también la OM de 27 de febrero de 1945). La disposición se reiteró en el art. 98 de la reglamentación nacional de trabajo de 4 de julio de 1947.

Se estableció así una vulneración muy grave del principio del monopolio de la jurisdicción. La gravedad del asunto se acentuó con la ley de 27 de diciembre de 1947, de bases del Código de Navegación

Aérea, pues en su base 18.^a contenía disposición similar para todas las compañías aéreas.

Ante estos textos se encontraron los refundidores en 1958, y los plasmaron en el TRPL de 4 de julio de 1958; de aquí fue pasando a los textos posteriores hasta llegar al art. 57 de la ley de Procedimiento Laboral de 17 de agosto de 1973. En ella quedó establecido que en materia de ejecución o resolución del contrato de trabajo, cuando el trabajador no se conformara con la resolución de la compañía, debía recurrir ante la Subsecretaría de Aviación Civil, la cual podía o bien resolver la cuestión definitivamente o bien inhibirse de su conocimiento a favor de la Magistratura de Trabajo, si entendía que la cuestión planteada no afectaba a la rigurosa disciplina de vuelo, a la seguridad del tráfico o a los supremos intereses de la defensa nacional.

II. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE DICHA «JURISDICCIÓN»

Promulgada la Constitución de 1978, el art. 57 de la LPL de 1973 se convirtió en inconstitucional y como tal quedó derogado. La potestad jurisdiccional, dice el art. 117, 3, de aquélla, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales, consagrando el principio del monopolio de la jurisdicción por los tribunales. Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo continuó haciendo elucubraciones sobre la necesidad de que se inhibiera la Subsecretaría de Aviación Civil.

Este es el caso de la sentencia de la Sala III de 8 de abril de 1980 (RA 1293). Lo absurdo del caso se desprende de la mera exposición de los hechos.

Don Vicente S. B., trabajador de la empresa Aviación Agrícola de Levante, S. A., es despedido por ésta y acude directa e inmediatamente a la Magistratura de Trabajo. Esta, en su sentencia de 22 de abril de 1977, «estima la excepción de incompetencia de jurisdicción, por no haberse agotado la vía administrativa ante la Subsecretaría de Aviación Civil». La sentencia en aquella fecha era correcta; todas las compañías de aviación quedaban incluidas en el campo de aplicación del art. 57 de la LPL, y por lo tanto también las de «aviación agrícola». Cabía preguntarse cómo un asunto de despido entre un, suponemos, piloto de avioneta de fumigación y la empresa podía afectar «a la rigurosa disciplina de vuelo, a la seguridad del tráfico o a los supremos intereses de la defensa nacional», pero era evidente que tratándose de resolución del contrato de trabajo había de inhibirse primero la Subsecretaría de Aviación Civil.

Cerrado el camino jurisdiccional, el trabajador acude a la tan repetida Subsecretaría y ésta, por resolución de 14 de julio de 1977,

se «abstiene de conocer la cuestión planteada por estimar que había caducado la acción del recurrente». Alzada ante el ministro de Transportes y Comunicaciones, silencio administrativo y recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional.

La Audiencia Nacional, por sentencia de 9 de julio de 1979 (recordemos que ya estaba en vigor la Constitución), estima el recurso y declara que la Subsecretaría debía entrar a conocer de la cuestión planteada. Ahora recurre el abogado del Estado y el Tribunal Supremo estima la apelación, revoca la sentencia de la Audiencia Nacional y declara ajustada a derecho la resolución de la Subsecretaría, confirmada presuntamente por el ministro de Transportes y Comunicaciones.

La sentencia del Tribunal Supremo es un claro ejemplo de la irrealidad en que ocasiones se mueve nuestro más alto órgano jurisdiccional. Se dedican así tres largos considerandos a estudiar si el art. 57 de la LPL de 1973 contenía o no una reclamación administrativa previa, olvidando que el tema base a discutir en 1980 es si puede o no admitirse que un órgano administrativo decida cuándo un asunto es competencia de un órgano jurisdiccional. Estamos, una vez más, ante el problema de los efectos directos de la Constitución sobre las normas anteriores a la misma, problema que es eludido por el Tribunal Supremo.

Al redactar el texto refundido de la ley de Procedimiento Laboral de 13 de junio de 1980, como consecuencia del mandato contenido en la Disp. Final 6.ª del Estatuto de los Trabajadores, la llamada «jurisdicción especial del aire» ha desaparecido. Los refundidores de 1980 no contaban con una disposición legal anterior en esta materia para refundir, pero siendo conscientes de la inconstitucionalidad del art. 57 de la LPL de 1973, realizaron la supresión aplicando directamente la Constitución.

III. EL SUPUESTO DE LA MARINA MERCANTE

En la Marina Mercante las especialidades eran mucho menores y referidas únicamente a la conciliación denominada sindical.

En el art. 52 de la LPL de 1973 se disponía que «en los conflictos laborales en la Marina Mercante se observarán las normas procesales previas en cuanto a la conciliación sindical establecidas en el artículo 105 de la Ordenanza Laboral de la Marina Mercante de 20 de mayo de 1969». En realidad, en la Ordenanza no se contenían normas procesales, primero, porque las normas reguladoras de la conciliación no son procesales, dado que el acto de conciliación no es un proceso y con mayores motivos no lo era la denominada conciliación

sindical (vid. MONTERO, «Las conciliaciones en el proceso laboral», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1981, pp. 323-7), pero además había de tenerse en cuenta que el art. 105 de la Ordenanza, frente a la Orden de 7 de julio de 1958 reguladora de la conciliación sindical en general, contenía únicamente una especialidad en torno al órgano de la conciliación, por cuanto ésta se confiaba a un «tribunal» presidido por el comandante de marina, o autoridad del puerto que lo representara, de dos vocales y un secretario, designados por la Organización Sindical.

La especialidad era de aplicación a los contratos de embarco que no quedaran incluidos en el ámbito de aplicación de la Ordenanza de 1969, por cuanto al art. 56 de la LPL de 1973 se remitía a aquélla para la conciliación.

No existían, pues, aquí los graves reparos que hemos visto antes para la aviación civil. Incluso parecía lógico que el órgano conciliador estuviera especializado en temas marineros.

En la ley de Procedimiento Laboral de 1980 ha desaparecido toda referencia a estas especialidades con relación a la Marina Mercante. La conciliación previa obligatoria subsiste, pero ahora se desarrolla siempre ante el IMAC.

IV. EL NUEVO PROCESO ESPECIAL

A pesar de su colocación (en el Título VIII, «actos preparatorios y medidas precautorias», del Libro I), en los arts. 56 y 57 de la ley de Procedimiento Laboral de 13 de junio de 1980 se regula un proceso especial, por lo menos en el sentido que a éstos se da en la LPL, en la que mínimas diferencias con relación a la regulación del proceso ordinario, bastan para constituir un proceso especial. La colocación de éste fuera del libro II, Título II, responde simplemente, al deseo de que la LPL de 1980 mantenga la numeración de los artículos de la de 1973. En consecuencia es plenamente aplicable el art. 96, por lo que para la regulación de este proceso especial se estará, primero, a lo dispuesto en los arts. 56 y 57 y, en lo que no esté expresamente previsto, se aplicarán las disposiciones del proceso ordinario.

A) Objeto del proceso

La delimitación del objeto del proceso atiende a dos aspectos distintos:

1.º) Ha de tratarse de litigios entre trabajadores y empresas marítimas o aéreas. Para la determinación de las compañías aéreas

aludidas puede acudir a la interpretación jurisprudencial del antiguo art. 57 de la LPL, es decir, comprendiendo todas las compañías de aviación civil (incluso de Trabajos Fotográficos, S. A., en S. TCT de 18 de diciembre de 1975, RA 5807), pero no a las industrias militarizadas (S. TCT de 21 de noviembre de 1973, RA 5373), ni a los trabajadores que dependen del Estado (por ejemplo, locutores de aeropuertos, S. TCT de 24 de noviembre de 1975, RA 5224).

Para las empresas marítimas creemos que debe estarse a las incluidas en la ordenanza laboral de la Marina Mercante de 20 de mayo de 1969, y ello porque la propia LPL, en el epígrafe de la Sección Quinta del Título VIII del Libro I, habla expresamente de «litigios en materia de Marina Mercante» y, dada la especialidad, debe estarse a una interpretación restrictiva. En consecuencia deben quedar excluidos el personal que presta servicios en embarcaciones de tráfico interior, tripulaciones de embarcaciones de recreo, personal de reparaciones, dotación de buques de pesca, personal técnico administrativo y subalterno de empresas navieras que presten sus servicios en oficinas, y desde luego, el personal de las empresas consignatarias de buques.

2.º) Por otra parte, dentro del personal de las empresas incluidas en este proceso especial, por él se conocerán únicamente las pretensiones relativas a ejecución o resolución del contrato de trabajo, expresiones que deben interpretarse también restrictivamente y, por lo tanto, quedan fuera todas las materias relativas a Seguridad Social (S. TCT de 5 de junio de 1975, RA 2905); asimismo cuando el contrato de trabajo hubiera sido resuelto de común acuerdo y el litigio se refiere únicamente a la liquidación de cuentas también queda excluido (S. TS de 22 de diciembre de 1965, RA 5801).

B) Conciliación ante el IMAC

En los litigios que deben conocerse por el proceso especial es requisito previo el intento de conciliación ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, pero la compañía marítima o aérea puede impedir su realización alegando que la cuestión planteada pudiera afectar a la rigurosa disciplina de navegación o vuelo o a la seguridad del tráfico, con lo que la conciliación se tendrá por intentada sin efecto.

La correcta interpretación del art. 56 exige precisar que, siendo la asistencia al acto de conciliación obligatoria para ambos litigantes (art. 53), la alegación indicada debe realizarse precisamente en la comparecencia de las partes ante el IMAC y no en cualquier otro momento.

C) Especialidades procedimentales

En la providencia de admisión de la demanda, el magistrado solidificará de la Subsecretaría de Pesca y Marina Mercante o de la Subsecretaría de Aviación Civil, según los casos, informe sobre «si los hechos han afectado de forma importante a la rigurosa disciplina de la navegación marítima o aérea o a la seguridad del tráfico». El informe habrá de evacuarse y recibirse en la Magistratura en el plazo de quince días.

Atendido el plazo concedido a la autoridad administrativa para emitir el informe, el juicio deberá celebrarse transcurridos esos quince días, lo que significa que estamos ante una especialidad frente el art. 73, o si se quiere, ante uno de los preceptos expresos a que se refiere el art. 73, III, 1.º. En la providencia de admisión de la demanda el magistrado ordenará solicitar el informe y fijará fecha para conciliación y juicio, teniendo en cuenta ese plazo.

D) Informe

El art. 57, como hemos apuntado, requiere la incorporación a los autos de un informe que debe realizar la autoridad administrativa. Se trata de un requisito poco claro:

1.º) A pesar de que el art. 57 dice que «será requisito inexcusable que se incorpore a los autos informe», lo cierto es que lo imprescindible es la petición por el magistrado del informe, pues la autoridad administrativa puede no remitirlo; por ello el párrafo II dice que si el informe no se recibe en la Magistratura en el plazo de quince días «se entenderá emitido en el sentido de que los hechos no afectan a las circunstancias antes expresadas». Es decir, la falta de petición por el magistrado del informe supondrá nulidad de actuaciones, pero no su inexistencia en los autos.

2.º) ¿Sobre qué versará el informe? En el art. 57 se habla dos veces de si los hechos afectan o no a la rigurosa disciplina... y una vez sobre la exactitud de las circunstancias. En los casos en que la LPL se refiere a informes probatorios, éstos versan sobre hechos (arts. 120, I; 125; 135, III; 137), pero en éste no parece que estemos ante una prueba de informes sino ante una valoración que realiza la autoridad administrativa sobre si el litigio, independientemente de la existencia o inexistencia de los hechos alegados por el demandante afecta o no a la rigurosa disciplina de la navegación marítima o aérea o a la seguridad del tráfico.

3.º) En la LPL cuando se dice que «algo» hace fe salvo prueba en contrario, ese «algo» es una resolución de la autoridad adminis-

trativa (por ejemplo, arts. 120, III; 131; 135, II, 4.º), nunca una prueba de informes. Por lo tanto, no puede admitirse que el informe de las subsecretarías de Pesca y Marina Mercante y de Aviación Civil, hagan fe, salvo prueba en contrario, de la existencia o inexistencia de los hechos, sino de la concurrencia de las circunstancias dichas. De ahí que no se trate de un informe probatorio, pues no tiende a convencer al juzgador de los datos aportados al proceso, sino simplemente de unas circunstancias, distintas, aunque dependientes de esos datos.

4.º) No está clara cuál es la consecuencia de que se estime que el litigio afecta a las circunstancias dichas. Por ejemplo, si el litigio se planteara en torno a que, en la ejecución del contrario, un piloto debe trabajar horas extraordinarias, cuando lo ordene la empresa, la seguridad del tráfico puede verse o no afectada por ello, pero si con arreglo a la legislación vigente el piloto no debe realizar horas extraordinarias, el magistrado no podrá desconocer su derecho.

NOTAS

EL ART. 921 BIS DE LA L.E.C.

MANUEL LOZANO HIGUERO
Profesor de Derecho Procesal
Universidad Nacional de Educación
a Distancia

1. INTRODUCCIÓN

La ley 77/1980 de 26 de diciembre ha introducido en nuestro ordenamiento procesal, concretamente en nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento, un nuevo precepto, el 921 bis, que es objeto de breve reseña crítica en las líneas que subsiguen.

El texto de la disposición referida es el siguiente:

«Cuando la resolución condene al pago de una cantidad líquida, ésta devengará, desde que aquélla fuese dictada hasta que sea totalmente ejecutada, en favor del acreedor, el interés básico o de redescuento fijado por el Banco de España incrementado en dos puntos, salvo que interpuesto recurso fuere revocada totalmente. En los casos de revocación parcial el Tribunal resolverá con arreglo a su prudente arbitrio.

Lo establecido en el párrafo anterior será de aplicación a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que contengan condena al pago de cantidad líquida salvo las especialidades previstas para la Hacienda Pública por la Ley General Presupuestaria».

2. NORMATIVA VIGENTE EN LA QUE INCIDE EL PRECEPTO COMENTADO

Curiosamente, este nuevo precepto, que sistemáticamente se inserta en la sección 1.ª, tít. VIII —«De la ejecución de sentencias»—, del libro II de la L.E.C., orgánicamente se imbrica en una normativa que tiene su núcleo en el Derecho material.

Así es, en los arts. 1100, 1101 y 1108 del Código Civil se contiene la teoría general de la morosidad en las obligaciones.

A tenor del art. 1100 C. Civil, en su párrafo 1.º «Incurren en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación».

El párrafo 2.º de este art. establece los supuestos en que no es necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista. Sintéticamente:

1. — Por expresa declaración obligacional o legal.
2. — Si el término o plazo temporal para la realización de la prestación fue motivo determinante del establecimiento de la obligación.

El inciso final del art. 1100 estudia la relevancia de la teoría de la mora en las obligaciones recíprocas, configurando dos excepciones materiales; por un lado la «non adimpleti contractus», que desarrollará explícitamente el art. 1124, por otro, la «non rite adimpleti contractus», que implícitamente, a decir de la doctrina más caracterizada, desde los conspicuos anotadores de Enneccerus —Pérez González y Alguer—, establece cuando emplea el precepto la dicción literal «cumplir debidamente», construyendo, pues, la excepción antedicha de falta de cumplimiento regular —con sustento normativo, además, en los arts. 1154 (obligación principal hubiera sido en parte o *irregularmente* cumplida por el deudor) y 1157 (no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente...), ambos del Código Civil.

El art. 1101 asocia la indemnización de daños y perjuicios al acaecimiento de la morosidad.

En fin, el art. 1108 del cuerpo legal sustantivo, establece las consecuencias de la morosidad en las obligaciones pecuniarias, disponiendo: «si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal».

En su primitiva redacción, el párrafo segundo del precepto establecía: «mientras que no se fije otro por el Gobierno, se considerará como legal el interés del 6 % al año».

Empero, por la Ley de 7 octubre de 1939, art. 1.º, se minora y establece como interés legal el 4 % al año.

El supuesto de hecho acotado por la norma civil para la constitución en mora es la intimación —judicial o extrajudicial— del acreedor.

Como intimación judicial es ocioso citar la doctrina jurisprudencial que estima ser bastante a estos fines el acto de conciliación. Por supuesto cumplirá holgadamente este requisito la demanda, aunque no se agote posteriormente en una resolución sobre el mérito y se produzca una absolución en la instancia. Ello nos explica que no corresponde ontológicamente a la demanda su predicado de acto de constitución en mora. En sí (Chiovenda) no es un acto de constitución en mora, porque la declaración de voluntad que contiene se dirige a la actuación de la ley, no a la prestación del demandado.

Mayor complejidad plantea la reclamación extrajudicial ya que, en todo caso, habrá de acreditarse la existencia de ésta, lo que nos lleva a la tamización probatoria de la intimación; esto es, en suma, el problema de la fehaciencia de la misma y su acreditación.

Importante resulta considerar que, aun en el régimen vigente hasta la reforma evocada, ha de tratarse de una reclamación de cantidad líquida y así se determine en la resolución. Obviamente, como ha declarado abundantemente la jurisprudencia —ss. 3 octubre de 1969, 21 febrero de 1970, 24 mayo de 1971 y 10 octubre de 1980— cuando la condena es por cantidad inferior a la reclamada, que el demandante estimó líquida, los intereses legales se computan desde la firmeza de la sentencia, y no desde la fecha de la intimación —desde que la morosidad se considera en la hipótesis general—.

Hasta aquí se ha seguido el examen del régimen de las obligaciones civiles, sin embargo, en el ámbito mercantil el sistema es distinto. Efectivamente, el art. 1109 Cód. Civil, en su párrafo segundo, prescribe: «En los negocios comerciales se estará a lo que dispone el Código de Comercio».

Este cuerpo legal establece su peculiar reglamentación en los artículos 63 y 316.

Dispone el primero de los preceptos citados: «Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán: 1.º En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la Ley, al día siguiente de su vencimiento. 2.º En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor interpelare judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un Juez, Notario u otro oficial público autorizado para admitirla».

El art. 316, párrafo 1.º, afirma: «Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso, o, en su defecto, el legal».

Así, pues, en el orbe mercantil, basta que las obligaciones tengan señalado día para su vencimiento para que no se requiera intima-

ción para la morosidad, ésta se produce por Derecho, ipso iure, por el solo hecho del vencimiento.

3. EXÉGESIS CRÍTICA DEL NUEVO PRECEPTO

a) *Interés fijado*

La nueva disposición concreta el interés que invoca en dos puntos superior al básico o de redescuento del Banco de España. En suma, como veremos de seguido, se cifra en un 10 %.

Siendo el redescuento un concepto económico, ajeno a la ciencia jurídica, parece conveniente una breve explicación sobre su inteligencia y alcance. Sumariamente es el descuento efectuado por el banco central a los institutos crediticios privados, esto es, aquel negocio mercantil en cuya virtud un banco atribuye al tenedor de un efecto comercial el importe pecunario del mismo antes de su vencimiento, deduciéndole de su total una suma proporcional al tiempo anticipado.

Como observamos, en rigor, el redescuento constituye un mecanismo de regulación monetaria, mediante el que el banco central (Banco de España en nuestro ordenamiento) interviene en la evolución del dinero y el crédito y regula su volumen.

Empero, este instrumento, que en el pasado siglo integró el medio esencial de distribución del dinero del instituto emisor al sistema bancario, ha devenido obsoleto como expediente de inyectar liquidez al conjunto financiero. Hoy días este artificio ha quedado superado por el mercado monetario.

De esta suerte, el tipo de interés básico, o de redescuento, ha quedado como un guarismo de carácter indiciario, utilizable como parámetro de referencia para otros menesteres distintos del que nominalmente le configura, como es el caso que nos ocupa.

Imaginemos en nuestra época de voracidad inflacionista que hipotéticamente se acudiese al redescuento, las colas de los Bancos privados ante el central para redescantar efectos serían interminables, habida cuenta lo inferior de este tipo de interés al normal en el ya de por sí restringido tráfico interbancario.

En conclusión, el tipo de redescuento no se aplica a esta función económica de regulación monetaria, evidentemente periclitada, y sí en cambio como parámetro de remisión o referencia para otros fines; y de que es ejemplo paladino el que tratamos.

Por último señalemos que el tipo de interés básico o de redescuento del Banco de España, es actualmente, según orden del Ministerio de Economía de 23 de julio de 1977, un 8 %.

b) *Posibilidad de alteración convencional del interés estatuido*

En el sistema vigente, cfr. art. 1108, meritado, el interés legal operaba sólo a falta de convenio. Paladinamente, la propia norma, proclama su carácter de «ius dispositivum» admitiendo la posibilidad de un pacto de resarcimiento pues, evidentemente, el interés legal, como fija la dicción legal, equivale a la indemnización «ex lege» de los daños y perjuicios. Si ha existido pacto previo sobre los mismos, éste debe ser respetado en el seno y con los límites de la teoría general de la contratación (cfr. art. 1255 Cód. Civil).

Empero, no debemos pasar por alto que en el caso del art. 921 bis, nos hallamos en presencia de una norma de carácter procesal, y no material como las anteriores. Ello nos aboca a la dicotomía «ius cogens»-«ius dispositivum» en la naturaleza de las normas procesales y la ubicación de nuestra disciplina en el Derecho Público. Mas es sabido que, a pesar de este encuadramiento de rama, cabe dentro de la misma la bipolaridad ius cogens-ius dispositivum, adoptando dentro de esta categoría una especie, de frecuente aparición, las normas permisivas, que facultan para optar entre varias alternativas implícitas en la regla jurídica, o explícitas en la misma, entre ellas la utilización o no de un trámite, con renuncia al mismo, v. gr. (artículo 552 LEC, entre otros).

En nuestro criterio, esta norma es de ius dispositivum y abonan nuestra opción los siguientes argumentos:

1.º — Su encuadramiento sistemático, dentro de la normativa sobre la ejecución de sentencias, que indudablemente está teñida toda ella de las facultades dispositivas del vencedor, principalmente, pues sólo a su instancia se inicia el proceso de ejecución (cfr. art. 919); 2.º — El carácter prescriptible de la actio iudicati; 3.º — La materia sobre que recae, pecuniaria; intereses indemnizatorios que, con arreglo al derecho material, pueden ser convencionalmente predeterminados, y aún compatibilizados con la indemnización de daños y perjuicios (cfr. art. 1108 C. Civil y jurisprudencia reiterada); 4.º — Por último, y no menos importante, por la propia filosofía de la reforma, que, como luego se dirá, se endereza a impulsar el cumplimiento voluntario de las sentencias.

c) *Procesos que comprende*

La dirección legal es muy clara al señalar su aplicación a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional. Prima, pues, la interpretación literal (art. 3-1 C. Civil), más allá del defectuoso criterio de su encuadramiento sistemático, aunque éste sea

un defecto original de la L.E.C., y sólo sea reprochable la técnica de añadir un art. 921 bis; no obstante, cualquier duda aplicativa se habría salvado, aun no existiendo la terminante dicción legal vinculante «ubi lex non distinguet nec nos distinguere debemus»), considerando el carácter supletorio de la Ley Procesal Civil respecto a las demás procesales, y de las disposiciones del juicio ordinario declarativo, de carácter plenario, respecto a los demás procesos (ad exemplum, Base 10.^a C), prf. primero de la Ley de Bases de la Justicia Municipal de 19 julio de 1944, respecto al proceso de «cognición»).

d) *Resoluciones a que alcanza*

1) *Objetivamente*, como expresa el precepto terminantemente, todas las de condena al pago de cantidad líquida, y, lógicamente, de carácter estimatorio. Se excluyen, pues, las constitutivas, y las merodeclarativas.

Dentro de las propias estimatorias de condena, no comprende, asimismo, las que no determinan el quantum, estableciendo o no las bases de la liquidación, pero que, en todo caso, dejan pendiente la determinación, para la resolución que culmina la actio iudicati; señalándose en el proceso de conocimiento sólo el «an debeatur», se pospone la fijación del «quantum» para el proceso de ejecución (formación progresiva de la decisión en terminología de Calamandrei).

2) *Funcionalmente* se refiere, asimismo, a todas las resoluciones condenatorias al pago de cantidad líquida, sea cual fuere el órgano jurisdiccional que las dicte, incluida, en nuestra concepción, la sentencia de remate que culmina el denominado juicio ejecutivo (cfr. art. 1473, 1.º, LEC), por entender que se trata de un declarativo sumario. Esto es, abarca todo el lapso temporal que integran los recursos y la ejecución forzosa; desde la sentencia de primera instancia hasta la resolución que da cima al proceso de ejecución y que consiste en una corporeización de voluntad documentable.

Consecuencia de ello es, primero, que el nuevo artículo ha de prever los supuestos de revocación total o parcial de la sentencia de primera instancia y, segundo, que el período que va desde la constitución en mora hasta la sentencia que crea el título ejecutorio se girará al 4 %, es decir, al interés legal, sin perjuicio de que otra cosa hayan fijado convencionalmente las partes.

3) *Subjetivamente* se establece una excepción a la hipótesis general, y ello cuando el condenado es la Administración Pública, parece que en consonancia con el antiguo privilegio de confiar la ejecución de las sentencias en que fuese condenada la Administración al propio órgano que hubiere dictado la disposición o acto objeto del proceso contencioso administrativo (art. 103 L.J.C.A.).

Sin embargo, esta peculiaridad, que parece perpetuar la nueva disposición que tratamos, merece ser estudiada con mayor detenimiento, sobre todo a la luz que desprende la nueva regulación que la Constitución establece.

Efectivamente, tanto el art. 103 L.J.C.A., anticipado, como la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977, art. 44, consagran este privilegio, a nuestro ver sin justificación —igual, en otros ámbitos, el art. 661 L. Régimen Local y el art. 13 L. Entidades Estatales Autónomas, con ligeras variantes de forma—.

El art. 44 L. Gral. Presupuestaria dispone taxativamente: «Los Tribunales, Jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución, ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Pública».

Esta arcaica y rechazable tradición, que viola el principio de igualdad ante la Ley, ha pretendido justificarse, de un lado, desde la filosofía política, con base en el principio de separación de poderes, de otro, en el largo camino de la Hacienda moderna hacia la consolidación y racionalización, explicando adecuadamente Santamaría Pastor su ínfimo sustento normativo en su inicio (Real orden de 21 enero de 1845), para continuar la tendencia absorbente y expansionista del privilegiado status de la Administración (Real Orden 14 junio de 1845 para la Administración del Estado), consagrándose en las distintas leyes del siglo pasado que configuran la Administración y Contabilidad públicas. En fin, por una parte, se construye el sistema con la prohibición de despachar mandamientos de ejecución y dictar providencias de embargo, por otra se atribuye el cumplimiento de las resoluciones judiciales, que determinen obligaciones a cargo del Estado y de sus organismos autónomos, a la Autoridad administrativa que sea competente por razón de la materia, que acordará el pago en la forma y con los límites del respectivo presupuesto.

Sin embargo, hoy día bajo el prisma de nuestra Constitución este privilegio ha de reputarse, simple y sencillamente, derogado, con base en el art. 24-1 de nuestro máximo texto normativo que proclama el derecho a la jurisdicción, garantizando la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Precepto que debe conciliarse con el principio de exclusividad e integridad jurisdiccional que declara paladinamente el art. 117-3, en cuya virtud: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan».

En su razón, y de acuerdo a esta amplia y puntual interpretación que combina el principio de exclusividad e integridad jurisdiccional con el derecho a la jurisdicción, con precedente en nuestra doctrina procesal constitucional (Almagro) y confirmada recientemente por el Tribunal Constitucional (sentencia de la Sala 2.º, de 26 enero de 1981, Recurso de amparo número 65/80), deben entenderse derogados los preceptos que envuelven este privilegio. Así, y sumariamente, art. 44 L. Gral. Presupuestaria en su totalidad; 103 L.J.C.A., que debe reinterpretarse, pues no se precisa derogar su literalidad y sí alterar su sentido e interpretación, que faculta para la ejecución voluntaria al órgano que hubiere dictado la disposición o acto objeto del recurso. Desarrollo que en nada modifica el art. 104. Esto es, y queda ya establecido nuestro criterio respecto a este punto, la actividad de la Administración en la ejecución de las sentencias en que fuere condenada, resulta de su propia posición procesal, y se reconduce su antiguo e injustificado privilegio ejecutor *material*, sin ninguna especie de preeminencia procesal en la actividad ejecutoria, sin que sea preciso buscar ninguna figura jurídica de cobertura de esta actividad: ora como subrogada, mandataria, gestora, o cualquiera otra, del poder judicial, sino, pura y simplemente, como obligada en vía voluntaria, o bajo las intimaciones del poder judicial —único con atribución originaria y exclusiva para ejecutar lo juzgado— en la ejecución forzosa, y en razón, en suma, de que la Administración sirve con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (cfr., art. 103-1 de la Constitución).

Siguiendo, pues, con la argumentación derogatoria, debe predicarse la inaplicabilidad de los arts. 105, 106, 107 y 108 L.J.C.A., así como de los arts. 661-1, 2 y 3 L.R. Local y 13 L. Entidades Estatales Autónomas. E igualmente queda la interpretación que se había hecho hasta el presente del art. 378, prf. primero, del Código Penal, en cuanto presunta cobertura penal de este privilegio administrativo.

Particular atención merece lo que dispone el art. 45, en su relación con el 36-2 de la L. Gral. Presupuestaria, que señala que si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés del tipo básico del Banco de España —8 % conforme a lo anticipado— sobre la cantidad debida, desde que el acreedor reclame por escrito el cumplimiento de la obligación.

Creemos que esta prescripción, de igual modo, no es aplicable, en cuanto al tipo de interés en sí, el 8 %, por que el 921 bis, no obstante el reenvío, no lo realiza a esta norma en concreto, sino al privilegio que el art. 44 proclama respecto a la ejecución, y del que, creemos,

ha quedado señalada su anticonstitucionalidad irrefragable. Si no fuera así, y se realizara también a este precepto en concreto, violaría el principio de igualdad ante la Ley, estableciendo para unas resoluciones, las obtenidas frente a particulares, un interés más alto, que el alcanzado frente a la Administración, con lo que se violaría el art. 14 de la Constitución. En fin, al menos, con sustento en el brocardo «lex posterior derogat anterior» (cfr. art. 2-2 del C. Civil), siendo la ley que establece el art. 921 bis posterior a la General Presupuestaria, lógicamente derogaría en lo preciso el art. 45 en su relación con el 36-2. También, en igual dirección, el argumento «Lex specialis derogat lex generalis».

4) La norma que estudiamos acota dos hipótesis, de revocación una total y otra parcial. Sin embargo, aunque con respeto a la revocación parcial se habla de que el Tribunal resolverá con arreglo a su prudente arbitrio, creemos que será aplicable, asimismo, la doctrina del enriquecimiento injusto.

La revocación total no parece ofrecer problemas en la mente del legislador, a tenor de la redacción dada, mas no es así, al obviar los posibles supuestos de ejecución provisional —sentencias de remate en juicio ejecutivo, las de juicios posesorios, apelaciones en un solo efecto, etc.—. Ello nos conduce a la cuestión sobre la naturaleza de las sentencias, ya en su consideración como elemento de una declaración de derecho (Chiovenda), no enteramente satisfactoria, en nuestra modesta opinión; presunción de verdad (Carnelutti), que sí apunta una acertada dirección en cuanto vincula la misma implícitamente a la consideración gradual o dinámica, esto es, como situación jurídica que se desenvuelve en estadios hasta alcanzar su total plenitud, de la cosa juzgada (que profesamos); acto jurídico perfecto con efectos limitados y parciales mientras penda la posibilidad del recurso (Rocco); o bajo condición, siendo ésta la que, con sus peculiares defectos, en la subespecie de la resolutoria, rechazando, pues, la suspensiva, nos parece más adecuada, conforme a sus propugnadores (Mortara, Kohler).

En efecto, en los supuestos de ejecución provisional, nos puede dar solución más armónica a la hipotética revocación, con aplicación de las normas materiales pertinentes (arts. 1114, 1120 y 1123 Código Civil).

4. FINES Y ENJUICIAMIENTO DE LA MOTIVACIÓN DE LA REFORMA

El objetivo de la reforma es evitar los recursos meramente dilatorios y favorecer el cumplimiento voluntario de las sentencias. Es

conocido que buena parte de los recursos —atendido que suelen admitirse en dos efectos— no persiguen un fin de perfeccionamiento de la resolución o de justicia, sino simplemente el retrasar el cumplimiento o ejecución, manteniendo el deudor condenado el dinero en su poder. A evitar esta injusticia indirecta se dirige la nueva ley, que al mismo tiempo disminuirá el número de ejecuciones forzosas.

Por otro lado, trata de superar la injusticia que supone el bajísimo tipo de interés fijado para la morosidad (4 %) y devorado en nuestra época actual por la inflación monetaria.

Sin embargo, la reforma creemos que queda en un pío deseo.

En un aspecto, aprovechando el instrumento normativo utilizado, ley formal, se podían haber modificado normas materiales extendiendo el nuevo tipo de interés desde la constitución en mora.

En otra perspectiva, el tipo de interés fijado —10 %— es sustancialmente inferior al que alcanza el dinero en el tráfico.

Si apuntamos precedentemente la obsolescencia del redescuento y la reconducción del mismo a función indiciaria para otros ámbitos, debemos señalar aquí que existen dos parámetros más adecuados a la realidad económica: El mercado interbancario y el de letras. Con base en estos dos índices, cuya evolución y cuantía, estableciendo, por ejemplo, la media del período en cuestión, mediante certificación expedida por el Banco de España, que se incorporaría a los autos, se adecuaría más la situación a la realidad y la justicia. Actualmente los dos tipos de interés, el del mercado interbancario, computable a corto plazo, el del de letras, a medio, oscilan del 18 al 25 %.

De lo anterior se deduce que al condenado en el proceso de conocimiento, y contra quien se ha obtenido el título ejecutorio, le será más rentable aguardar la ejecución forzosa de la sentencia, reteniendo el dinero en que la condena a cantidad líquida se resuelve, que ejecutarla voluntariamente; toda vez que, como hemos referido, el precio del dinero en el tráfico es superior y aun para obtenerlo en vía crediticia, a los tipos de interés mencionados, hay que añadir la proporción correspondiente de los gastos generales de administración de las entidades bancarias.

ACERCA DE LA SUPUESTA RELACION ENTRE EL DERECHO PROCESAL Y LA HIPERCLORHIDRIA

JUAN DE LA ROCA

En 1962 publicó Nicolás Pérez Serrano un delicioso librito que tituló *Vilanos forenses*. Digo bien vilanos, no villanos, que una simple ele cambia completamente el sentido de lo que se quiere decir. Los vilanos son pelitos o filamentos que coronan el fruto de algunas plantas, sirviendo para ser transportados por el aire, a los que los niños valencianos llaman «abuelos»; algo muy alejado de la indignidad característica de los villanos, sean o no forenses.

La ligereza de los vilanos forenses hace muy agradable la lectura de la obra, por lo menos hasta la página 74. En ésta podemos leer: «La experiencia nos enseña que hay ciertas disciplinas cuyo cultivo propende a agriar el carácter de los especialistas que a ellas se consagran. Esto ocurre en la 'República de las Letras' con la Gramática y la Erudición, y lo mismo sucede en la esfera forense *con el Derecho procesal* o el hipotecario, que acaban produciendo en los juristas de esas ramas una especie de hiperclorhidria jurídica».

A mí me ha preocupado ahora el tema con relación a los procesalistas. Y me ha dejado suspenso la relación, hasta ahora ignorada, entre Derecho procesal y mal carácter. Si hubiera leído la obra hace unos años, habría estado por lo menos prevenido, e incluso hubiera podido intentar otra especialidad, pero a estas alturas no creo que tenga ya remedio. Estoy, al parecer, condenado.

Después de la sorpresa inicial, advertí que Pérez Serrano toma como fuente de su descubrimiento la experiencia. No afirma partiendo del método deductivo, sino del inductivo, lo que significa que ha conocido procesalistas de no muy buen carácter. ¡Malo, malo! El tema se agrava, pues, ¿quiénes son los procesalistas sobre los que ha recaído la experiencia del Autor? Recordemos que don Nicolás fue

catedrático de Derecho político de la Universidad de Madrid, y algún mal pensado pudiera de ello concluir que debe tratarse de sus compañeros de claustro. Yo prefiero no seguir al mal pensado por este terreno resbaladizo y rechazo la sospecha, más como acto de fe afectuoso que basado en el libre convencimiento. Por otra parte, siempre podría sostenerse que no es lo mismo fortaleza de carácter que mal carácter.

La experiencia de Pérez Serrano puede ser más antigua. Puede remontarse a sus años de estudiante de licenciatura en Granada o de doctorado en Madrid (pág. 187). Hacia 1910 explicaba procedimientos judiciales y práctica forense en Granada don Agustín HIDALGO PÉREZ y por las mismas fechas eran catedráticos en Madrid don TOMÁS MONTEJO RICA y don Salvador TORRES AGUILAR-AMAT. ¿Eran estos profesores el objeto de la experiencia de Pérez Serrano? No lo sé. Es muy difícil reconstruir ahora el humor de personas que murieron hace por lo menos cincuenta años.

De HIDALGO tengo muy pocos datos. Nació en 1844 e ingresó en el cuerpo de catedráticos en 1887, permaneciendo toda su vida docente en Granada, donde se jubiló en 1918. Al parecer publicó únicamente un discurso de apertura de curso (*Breves consideraciones acerca del anarquismo*, Granada, 1912, 18 págs.).

MONTEJO es mucho más importante. Nacido en 1856, es el catedrático que ha permanecido más tiempo en activo, desde 1882 hasta 1928, muriendo en 1933. Fue ministro de Instrucción Pública dos veces y senador vitalicio. Más aficionado a la pluma que el anterior, escribió principalmente sobre las instituciones para resolver los conflictos en trabajadores o patronos, aparte de un inconcluso *Tratado de Derecho judicial* (Tomo I, Madrid, 1886). Su rasgo característico fue, al parecer, la pereza, incompatible, decía Huarte, con el mal genio.

Por último, TORRES, era granadino, donde nació en 1844, y allí fue catedrático de 1872 a 1890, pasando a Madrid hasta su jubilación en 1918. Pérez Serrano lo cita entre sus profesores (pág. 191). Participó en la «cuestión universitaria de 1875», siendo «removido». Fue el clásico autor de programas y guías de la asignatura, a imitación de los krausistas, autores de programas que no desarrollaban.

Dándole vueltas a la supuesta acidez de los procesalistas, he acabado por descubrir el argumento definitivo contra ella. Y el argumento se encuentra en otra obra del propio Pérez Serrano, en *Humoradas, doloras y greguerías jurídicas* (Madrid, 1960, pág. 174). En ella recoge un pasaje de *Las ilusiones del doctor Faustino*, de Juan Valera, en el que éste alude a un catedrático de práctica de la Universidad de Granada. Tanto Pérez Serrano como Valera, a fuer de dis-

cretos, prefieren guardar en silencio el nombre de este catedrático, pero es fácil descubrirlo.

Valera nació en 1824 y estudió la licenciatura en Derecho en Granada, terminándola en 1846. Su antihéroe, el doctor Faustino, nace en 1816 y se doctora *in utroque*, en la misma ciudad en 1840. Hay que buscar, por lo tanto, en la década de los cuarenta del siglo pasado. Pues bien, según el escalafón de catedráticos de Universidad de 1847, el primero de los existentes, desempeñaba la cátedra de práctica forense de Granada don Juan GARCÍA VALENZUELA, y a él debe atribuirse la paternidad del pasaje al que aludimos.

Cuando el doctor Faustino (en el capítulo II, ¿Para qué sirve?) duda del camino a seguir en la vida, entre las posibles soluciones descarta la oratoria, a pesar de encontrarse con facultades para imitar el estilo de su maestro de práctica forense, aquél que acertaba a adornar con tanta pompa y galanura la explicación de los procedimientos judiciales. Y nos da una muestra que merece figurar en un museo de curiosidades jurídicas. Decía aquel olvidado procedimentalista:

«Señores, el juicio civil ordinario es un cristalino arroyuelo que nace en la amena gruta del derecho de cualquier persona y se desliza con suavidad por apacible llanura, esmaltándola de flores y causando blando murmullo al quebrarse entre menudas guijas, hasta que llega a su término dichoso, fecundando con su riego el árbol de la justicia absoluta. Por el contrario, el juicio ejecutivo es un torrente impetuoso que, despeñándose de la escarpada cumbre, donde mora la inflexible obligación, todo lo arrastra en su rápido curso, hasta que baja a perderse en el hondo foso que circunda, ampara y hace inexpugnable el alcázar de la propiedad sagrada».

Ruego al lector que vuelva a leer las líneas anteriores y que medite. ¿Se atreverá alguien, después de deleitarse con esa flor de juego literario, a achacar a los procesalistas mal carácter? Una especialidad jurídica que cuenta entre sus cultivadores con un espíritu tan exquisito como el del Dr. GARCÍA, no puede causar hiperclorhidria.

JUSTICIA 81 contará con una sección fija destinada a la jurisprudencia. En esta sección se abordarán dos aspectos distintos pero complementarios.

En primer lugar la Revista ofrecerá a sus lectores información sobre las sentencias más importantes que dicte el Tribunal Supremo sobre materias procesales, comprendiendo todas las salas y, por lo tanto, todos los procesos. Especial atención le dedicará a la jurisprudencia constitucional. Para esta labor se han nombrado cinco redactores permanentes, los cuales seleccionarán y ordenarán las resoluciones. En este Número Especial, exclusivamente por razones de espacio, no incluimos la jurisprudencia procesal administrativa, que será ofrecida en el núm. 1.

En segundo lugar publicaremos comentarios críticos de resoluciones concretas de nuestros tribunales; cualquier órgano jurisdiccional puede proporcionar el material base y cualquier resolución, incluso las providencias, puede merecer comentario; éste podrá referirse también a una evolución jurisprudencial. Para este segundo aspecto las puertas de la Revista están abiertas para todos los interesados en esta labor de crítica y comentario.

PROCESAL CIVIL

MANUEL ORTELLS RAMOS
Prof. Adjunto de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. Jurisdicción. — 2. Competencia. — 3. Partes. — 4. Actos procesales. — 5. Rebeldía del demandado. — 6. Medios de prueba. — 7. Sentencia. — 8. Segunda instancia. — 9. Recurso de casación. — 10. Cosa juzgada. — 11. Costas. — 12. Procesos ordinarios y especiales. — 13. Ejecución. — 14. Medidas cautelares.

1. JURISDICCION

EXCLUSIÓN CONVENCIONAL; ARBITRAJE ESTABLECIDO EN ESTATUTOS DE UNA SOCIEDAD COOPERATIVA.

S 5 marzo 1980 (RA 843)

HECHOS: La «Cooperativa de minoristas de la alimentación de Tenerife» presenta demanda frente a uno de sus socios ante los tribunales ordinarios. En los Estatutos de la Cooperativa se disponía que «todas cuantas cuestiones se produzcan... con motivo de los actos o contratos que celebre la Cooperativa con sus asociados serán sometidos obligatoriamente al arbitraje del Consejo Superior de la Obra Sindical de Cooperación».

CONSIDERANDO: «Que ante la indicada circunstancia de que los Esta-

tutos por los que se rige la Cooperativa de Minoristas de Alimentación de Tenerife (Comalte), demandante en el juicio de que dimana este recurso, prevenga que todas las cuestiones que se produzcan con motivo de los actos o contratos que celebre dicha Cooperativa con sus asociados, serán sometidos obligatoriamente al arbitraje del Consejo Superior de la Obra Sindical de Cooperación, y concretamente lo sean las que se producen con relación al demandado en el referido juicio don José M. F., en su carácter de socio de tal entidad, unido a que tal actividad de arbitraje haya sido asumida en la actualidad, a tenor de lo dispuesto en el epígrafe c) del núm. 2 del art. 56 de la Ley General de Cooperativas de 19 diciembre 1974, en su nueva redacción por D. de 17 junio 1977, por la Confederación Española de Cooperativas, a la que, a su vez, había sido transferida

por D. de 2 junio 1977 tal competencia de arbitraje que venía atribuida a la anterior Organización Sindical, y concretamente al Consejo Superior de la Obra Sindical de Cooperación, y dado que, según establece el párrafo 2.º del art. 1.º de la Ley de 22 diciembre 1953, sobre arbitraje de Derecho privado, «los arbitrajes ordenados en prescripciones de Derecho público, sean internacionales, corporativos, sindicales o de cualquier otra índole, quedarán sometidos a las disposiciones porque se rigen», claramente conduce a la estimación del único de los motivos en que se ampara el examinado recurso, y en consecuencia procede declarar haber lugar a él, al darse el exceso en el ejercicio de la jurisdicción alegada, al amparo del núm. 6.º del art. 1692 de la L. E. Civ. por conocer la Sala sentenciadora de instancia de asunto que no es de la competencia judicial, pues que viene atribuido actualmente al arbitraje de la Confederación Española de Cooperativas, según se deduce de lo que viene expuesto».

EXCLUSIVIDAD; CARÁCTER POTESTATIVO DE LA RECLAMACIÓN ANTE EL JURADO DE PUBLICIDAD.

S 24 mayo 1980 (RA 1964)

HECHOS: La demandante reclama la contraprestación de campañas publicitarias desarrolladas por encargo del demandado. Este estima que la reclamación no debió formularse ante los tribunales ordinarios, sino ante el Jurado de Publicidad.

CONSIDERANDO: «Que es también improsperable el motivo segundo del recurso que, por la misma vía del precedente, reprocha a la sentencia de la Sala violación de los arts. 30, 66 y 68 del citado Estatuto, por cuanto se ha prescindido de la atribución de competencia que «salvo estipulación en contrario» hace al Jurado de publicidad el primero de tales preceptos; pues ade-

más de que a la hora presente razones indeclinables impuestas por el valor normativo del texto constitucional en vigor y la necesidad de interpretar conforme a sus proclamados preceptos la generalidad del ordenamiento positivo, no consiente excluir a la jurisdicción ordinaria del conocimiento del asunto para llevarlo a su decisión por órganos administrativos —arts. 24 y 117, párr. 5, de la Constitución—, es de advertir en el art. 65 de aquél declara que las cuestiones de naturaleza civil se dirimirán ante los Tribunales ordinarios, «sin perjuicio de que los interesados puedan previamente someterlas al Jurado de Publicidad», hipótesis contemplada como situación simplemente potestativa y por lo mismo ajena a toda idea de «ius cogens», pero aun prescindiendo de lo expuesto para que fuese operante la pretendida marginación de los Tribunales ordinarios sería menester que estuviera iniciado el procedimiento a que hace referencia el art. 68, y por consiguiente realizada ya la presentación de solicitud a la Junta Central de Publicidad fijando la controversia sometida a fallo y con la proposición de la terna a que alude el párr. 3.º del art. 66, actividad en manera alguna llevada a cabo por don Delfín Z., quien por el contrario ha formulado reconvencción instando pronunciamientos de condena al reintegro de cantidades por consecuencia de la radical nulidad que propugna».

2. COMPETENCIA

TERRITORIAL. FUEROS DE LAS ACCIONES PERSONALES. DOMICILIO DEL DEMANDADO.

S 22 enero 1980 (RA 81)

HECHOS: Sin acreditamiento documental de la relación contractual se presenta la demanda ante el Juzgado del lugar de cumplimiento del contrato afirmado. El demandado niega la existencia de tal contrato, proponiendo inhibitoria.

CONSIDERANDOS: «Que como se aduce ya por el Ministerio Fiscal, y así en efecto resulta de los autos, no se aporta documento alguno que, al menos a los efectos de esta cuestión de competencia, acredite la relación negociada y consiguiente jurídico-contractual entre los demandantes y demandados, pues por tal no puede tenerse el albarán que se acompaña con la demanda, firmado por persona extraña a los litigantes, ni la factura dirigida a destinatarios indeterminados, implícitos en un nombre comercial sin personalidad jurídica.

Que de consuno con lo expuesto, los demandados niegan haber tenido las relaciones aludidas en la demanda, por lo que, consecuentemente, se impone la aplicación de la conocida y reiterada doctrina de esta Sala relativa a que, negada la existencia del contrato que se aduce, sin acreditarse tampoco documentalmente la misma, la competencia corresponde al Juez del domicilio del demandado —SS. de 16 noviembre 1971, 17 enero, 27 febrero y 23 septiembre 1974, 13 enero 1977, etc., etc.—, de conformidad con el segundo supuesto de la regla primera del art. 62 de la L. E. Civ., dada la imposibilidad de aplicar el primero o el tercero, relativos al lugar del cumplimiento o al del contrato, respectivamente, según así añade la sentencia de 16 febrero 1972, todo lo cual supone atribuir dicha competencia al Juzgado de Primera Instancia de Daimiel».

TERRITORIAL. FUEROS DE LAS ACCIONES PERSONALES: DOMICILIO DEL DEMANDADO.

S 28 enero 1980 (RA 168)

HECHOS: La demanda fue presentada ante el Juzgado del lugar de cumplimiento de la obligación. Pero el demandado propone cuestión de competencia ante el Juzgado de su domicilio, por estimar que la obligación no existía.

CONSIDERANDO: «Negada toda relación contractual o de representación por parte de «Frupesa», con el también demandado señor T., y no menos con el demandante, es doctrina de esta Sala la de que negada la existencia del contrato o estando en entredicho la propia existencia de la obligación y no apareciendo de la documental aportada, consistente en el talón al que se hizo referencia, prueba suficiente de la existencia contractual, tanto con el codemandado señor T., como con el propio actor, deba conocer de la cuestión el Juzgado del domicilio del demandado —SS. de 22 junio 1965, 17 marzo (dos), 28 septiembre 1971, 16 febrero 1972, 29 septiembre 1977—, por lo que procede decidir la presente cuestión de competencia en favor del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Sevilla como competente para conocer del procedimiento al ser el domicilio del demandado «Frupesa», en cuyo sentido es conforme el M.º Fiscal».

TERRITORIAL. CUESTIÓN DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO.

S 18 febrero 1980 (RA 518)

HECHOS: El actor, en el momento de contestar al planteamiento de la cuestión de competencia, aporta un documento de reconocimiento de deuda que contiene cláusula de sumisión a los Juzgados de Barcelona, ante los que ha presentado la demanda.

CONSIDERANDO: «Que para dilucidar la presente cuestión de competencia, es preciso tener en cuenta que la acción ejercitada por el demandante, es ejecutiva, dimanante de una letra de cambio por importe de 97.320 ptas., domiciliada en la localidad de Montehermoso (Plasencia) que es el domicilio del demandado y, por tanto, el lugar donde aquélla debía ser pagada, a cuya Jurisdicción es forzoso atribuir

la competencia, de acuerdo con la constante y reiterada doctrina jurisprudencial de este T. S., recaída en la interpretación de la regla primera del art. 62 de la L. E. Civ.; sin que a esto pueda ser obstáculo la circunstancia de que, con fecha de 14 febrero 1978, se firmase por dicho demandado, un documento de reconocimiento de una deuda superior (por un total de un millón quinientas cincuenta y siete mil ciento veinte pesetas) en la que se incluía lo que ahora se reclama, en cuyo punto sexto se hace renuncia del fuero propio con sumisión expresa a la Jurisdicción de los Tribunales y Juzgados de Barcelona; porque este alegato, con su prueba pertinente, también a tenor de la referida doctrina jurisprudencial, no fue hecho por el demandante en el momento procesal oportuno, que debió ser el de la interposición de la demanda, sino sólo extemporáneamente al contestar al planteamiento de la competencia que se discute, privando al demandado de toda posibilidad inicial de defensa frente al mismo».

TERRITORIAL. FUERO DE LAS ACCIONES PERSONALES: LUGAR DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN; PORTES DEBIDOS.

S 22 febrero 1980 (RA 1009)

HECHOS: La mercancía, cuyo precio se reclama, se remitió de Valencia a Las Palmas de Gran Canaria a portes debidos.

CONSIDERANDO: «No apareciendo de la documental aportada, apreciada a los solos efectos de la resolución de la presente cuestión de competencia, ni pacto de sumisión a uno u otro Juzgado, ni el que la mercancía viajase a porte pagado, cuando por el contrario entre la documental aparecen algunos conocimientos aéreos en los que entre los «gastos de llegada» aparece una partida por «portes», por lo que, en todo caso, ha de presumirse

lo eran por cuenta y riesgo del comprador, debiendo en consecuencia entenderse como entregadas en el domicilio o establecimiento del vendedor, por ser el lugar donde el demandado debe cumplir su obligación de pago, sin que ello afecte el que como mera facilidad de dicho pago se librasen unas letras de cambio que ni siquiera aparecen aceptadas, ni habiendo mediado tampoco circunstancia alguna de la que pudiese apreciarse una sumisión tácita a determinado Juzgado, procede, de conformidad a lo dispuesto en el párr. 1.º y regla primera del art. 62, de la L. E. Civ. en relación con el art. 50 del C. Com., decidir la presente cuestión de competencia en favor del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Valencia».

TERRITORIAL. SUMISIÓN EXPRESA: EFICACIA DEL ACUERDO DE SUMISIÓN AUNQUE SE PRETENDAN RESTITUCIONES DERIVADAS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO QUE LO CONTENÍA.

S 4 marzo 1980 (RA 1017)

HECHOS: Se presenta la demanda ante el Juzgado de Madrid reclamándose las restituciones de la resolución de un contrato. Propone el demandado cuestión de competencia ante el Juzgado de Pola de Siero, fundándose en que, resuelto el contrato, no puede el actor hacer valer la cláusula de sumisión.

CONSIDERANDOS: «Que en el primitivo contrato de compraventa, escrito en carta de aceptación en firme de la oferta hecha por la entidad actora y vendedora, suscrita por ambas partes, se consignaba que la operación se ajustaba a las condiciones impresas al dorso de dicha carta-documento, entre las que figuraba el pacto de sumisión a los Tribunales de Madrid, con expresa renuncia al fuero del comprador, promotor aquí de la cuestión de competencia.

Que es doctrina de esta Sala, recogida en las SS. de 29 de septiembre, 3 octubre 1962 y 16 febrero 1966, que la competencia para conocer del cumplimiento de un contrato se extiende asimismo para todas sus incidencias normales o anormales, entre las cuales, por supuesto, procede incluir las que se refieren al pacto de resolución voluntaria acordado por las partes por causa de la anormalidad de su cumplimiento y que las mismas obviaron con la convención dicha».

TERRITORIAL. SUMISIÓN EXPRESA: VALIDEZ DE LA PACTADA POR UN AYUNTAMIENTO.

S 5 marzo 1980 (RA 1110)

HECHOS: El Ayuntamiento de Mos propone el planteamiento de cuestión de competencia al Juzgado de 1.ª Instancia de Tuy, por entender que la cláusula de sumisión expresa a cuyo amparo había sido demandado ante un Juzgado de Madrid, era nula.

CONSIDERANDOS: «Que contenida en el contrato de arrendamiento de servicios en que se fundamenta la reclamación de honorarios profesionales entablada por la entidad actora ante el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Madrid, una clara cláusula de sumisión expresa de las partes en el mismo intervinientes a los Juzgados y Tribunales de Madrid, para cuantas cuestiones o divergencias puedan suscitarse en relación con dicho contrato, al ser en principio tal cláusula sumisoria, en aplicación de la preceptiva contenida en el art. 56 de la L. E. Civ., perfectamente válida y eficaz, el único tema debatido es el de si obsta a la operancia de dicho precepto lo dispuesto en el art. 12, párr. 1, del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales aprobado por D. de 9 enero 1953, en cuanto estatuye que en «los litigios derivados de contratos en que sean parte las Corporaciones Locales

se entenderán siempre sometidos a los Tribunales competentes, con jurisdicción en el lugar en que las mismas tengan su sede».

«Que si bien el art. 71 de la L. E. Civ. estatuye que «las reglas establecidas en los artículos anteriores —entre ellos el cincuenta y seis de la propia Ley— se entenderán sin perjuicio de lo que disponga la Ley para casos especiales», ello está ya indicando el rango que esa «regla especial» sobre competencia ha de ostentar en relación con la norma que la contenga para que surta el efecto de su preferente aplicación, razón por la que no es admisible que una norma general con rango de «Ley» sea sustituida en su pertinente aplicación a un caso concreto por otra de mero carácter reglamentario, al oponerse a ello el orden jerárquico de las normas estatales consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, como ya hubo de sentar la sentencia de esta Sala de 19 mayo 1979».

TERRITORIAL. FUERO LEGAL DE LAS ACCIONES DE ESTADO CIVIL.

S 1 abril 1980 (RA 1364)

HECHOS: La actora presentó demanda de pobreza, previa a la de reconocimiento de filiación natural de su hijo, en Hospitalet de Llobregat, residiendo el demandado en Abertura (Juzgado de 1.ª Instancia de Trujillo). El demandado propuso el planteamiento de cuestión de competencia.

CONSIDERANDO: «Que ejercitándose en la demanda origen de las actuaciones acción sobre reconocimiento de filiación natural, afectante tanto al estado civil del demandante como a la cualidad de padre natural imputada al demandado, la competencia para conocer de la cuestión corresponde al Juez del domicilio de este último, conforme claramente estatuye la regla primera del art. 63 de la L. E. Civ., y sin que a ello sea óbice la invocación que se

hace en la demanda del art. 4.º de la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña, pues, aun en el supuesto de su pertinente aplicación al caso debatido, se trata de una norma de derecho sustantivo, carente de virtualidad suficiente para alterar lo dispuesto en la Ley Procesal. Ley de aplicación general y directa en toda España por imperio de lo dispuesto en el art. 13, uno en relación con el octavo, dos del Código Civil.

3. PARTES

LEGITIMACIÓN PASIVA. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.

S 10 enero 1980 (RA 23)

HECHOS: El demandado opone, ya en casación, litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado a todos los colindantes de la finca respectiva a la que el actor pedía declaración de dominio.

CONSIDERANDO: «Que, como cuestión previa, es de examinar el aspecto de litis consorcio pasivo necesario alegado «in voce» por la dirección técnica de la parte recurrente en el acto de la vista del presente recurso, y con relación al que es de llegar a la solución negativa de su apreciación, puesto que si ciertamente tal aspecto puede ser apreciado de oficio, en tendencia al logro de que el proceso quede adecuadamente constituido, es igualmente cierto que para ello se precisa falten en debate jurídico planteado aquellos que resulten por él directamente afectados, que no es supuesto ahora dado, toda vez que tratándose de una acción declarativa de dominio la misma se encuentra adecuadamente dirigida contra aquellos que la discuten o niegan, en este caso exclusivamente el Ayuntamiento de Borja demandado.

LEGITIMACIÓN PASIVA. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.

S 28 enero 1980 (RA 170)

HECHOS: El actor pretendía que se condenara al demandado a indemnización por cumplimiento defectuoso del contrato de compraventa de unos pisos, por no reunir éstos las condiciones pactadas. La demandada, entendiéndose que amparaban su acción en el art. 1591 CC, alegó que no se había respetado el litisconsorcio, al no demandarse también a arquitecto y contratista.

CONSIDERANDO: «Que del rechazo del motivo primero fluye de modo natural el de los restantes segundo y tercero del recurso, al no estar obligada la Sala de instancia a la aplicación del art. 1591 del C. Civ. como ahora se pretende, y ello por una elemental razón de congruencia y buen oficio judicial, ya que los supuestos de hecho dados por la parte, encajables en las normas antedichas, no lo son en la que se cita como violada, obviamente prevista para la llamada responsabilidad decenal de contratistas y arquitectos, en cuyo sentido, por tanto, no puede hablarse ni decirse que exista, como objeción fundada, una situación de litis consorcio por no poder darse esa repercusión que se denuncia en la posible responsabilidad del contratista o del arquitecto, al ser distinta de la que en este pleito y recurso se establece, tocante a la contractual de la vendedora y referida a la correcta entrega de la cosa, en cuyo sentido, consiguientemente, no puede afectarles la cosa aquí juzgada, ya que al no discutirse ni fijarse el tema de la calificación jurídica ni atribución personal de los defectos comprobados en la cosa vendida, no se verán afectadas su posición y defensa jurídica ante la posible repetición contra ellos por la vendedora y con ellos contratante».

LEGITIMACIÓN ACTIVA: LA FALTA DE PERSONALIDAD NO DEBE CONFUNDIRSE CON LA FALTA DE ACCIÓN.

S 28 enero 1980 (RA 171)

HECHOS: El actor demandaba en interés de la comunidad hereditaria de la que, como heredero, formaba parte. El demandado le opuso la excepción 2.ª del art. 533 (como perentoria), fundándola en la falta de relación de filiación del actor con su causante y de su carácter de heredero.

CONSIDERANDOS: «Que, como cuestión previa para decidir en orden al recurso de casación examinado, es de tener en cuenta que viene fundamentado, tanto fáctica como jurídicamente, en el aspecto referente a la filiación del demandante don Juan José S. M. P. en relación a doña Purificación P. C., con olvido que en el juicio de que se trata tal cuestión no ha sido planteada, porque si bien en él se alegó como excepción perentoria la segunda del art. 533 de la L. E. Civ., ésta, en cuanto simplemente afecta a falta de personalidad en el actor por carencia de cualidades necesarias para comparecer en juicio o no acreditación del carácter o representación con que reclama, no se contrae a dicho aspecto de filiación, toda vez que, como tiene reiteradamente declarado esta Sala, y de ello son exponente las SS. de 5 marzo 1926, 23 diciembre 1949 y 28 mayo y 7 julio 1930, la falta de personalidad al consistir en carecer de las cualidades para comparecer en juicio, o en no acreditar el carácter o representación con que se reclama —que no se dan en el presente caso por concurrir tales cualidades en dicho demandante y tener el carácter de heredero por el que ha sido designado con posibilidad de accionar en nombre de la comunidad hereditaria que integra con otros, según reconoce la sentencia recurrida no puede confundirse con la falta de título o derecho de pedir, aun-

que procede de relación con un tercero, al no afectar esto en nada a la personalidad del litigante, por ser materia de fondo, debido a que la falta de personalidad no se refiere al mejor o peor derecho con que se litiga, o lo que es lo mismo a la existencia o carencia de la acción pertinente a la pretensión que motiva el pleito, sino a la absoluta o relativa incapacidad personal que tenga la parte actora para comparecer en juicio o para hacer las peticiones que sean objeto de él».

«Que, en consecuencia, al no haber sido planteada en instancia dicha cuestión de filiación, en el aspecto de fondo ahora formulada en el recurso, implica una cuestión nueva en él, que como de tal índole no puede servirle de amparo, de que, como tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 16 febrero 1935, 9 febrero 1940, 7 diciembre 1943 y 20 enero 1958, en materia de casación es fundamental que los recursos interpuestos por infracción de ley o de doctrina legal han de referir sus alegaciones y razonamientos a lo que en el pleito se haya debatido, sin que sea lícito proponer cuestiones que no lo han sido en él oportunamente, pues el aceptarlo significaría desnaturalizar la casación y romper y rebasar los moldes rígidos en los que el legislador quiso encerrar un recurso de suyo tan excepcional y extraordinario».

LEGITIMACIÓN PASIVA. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: INTERVENCIÓN DEL M. F. EN JUICIOS SOBRE TÍTULOS NOBILIARIOS.

S 27 febrero 1980 (RA 1011)

HECHOS: El actor interpuso demanda para que se declarara su mejor derecho a un título nobiliario frente a determinadas personas. Estas reconvinieron pretendiendo que se declarara la falta de parentesco del actor con el primer Marqués del Valle Siciliana y condena a indemnización por daños

morales. Fueron desestimadas demanda y reconvenión. Recurren en casación los reconvinientes.

CONSIDERANDO: «Que guardando dependencia todas las peticiones del pleito con el estado civil de las personas y al mejor derecho sobre un Título Nobiliario, para la sustanciación del juicio, como declara la sentencia recurrida, es necesaria la intervención del M.º Fiscal, según impone, de una parte, el art. 838 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y de otra, el art. 2 del Estatuto del M.º Fiscal, Real Decreto 21 junio 1926 (Considerando quinto de la Audiencia), procede apreciar la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, también estimable de oficio, lo que determina la desestimación de los dos primeros motivos del recurso, únicos admitidos para este trámite».

LEGITIMACIÓN PASIVA. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.

S 29 febrero 1980 (RA 537)

HECHOS: INGRANASA demanda al Banco Mercantil e Industrial, que abonó en cuenta del Delegado de aquella Sociedad talones extendidos en favor de la misma, que aquél hace efectivos. El Banco Hispano Americano —sucesor del Banco demandado— opone litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado ni al Delegado, ni a los Bancos que figuraban como librados en algunos títulos cuyo cobro el Mercantil e Industrial gestionó por compensación bancaria.

CONSIDERANDOS: «Que recaída sentencia condenatoria en ambas instancias, aunque la de apelación ha reducido el quantum a satisfacer, claro está que merece preferente atención el motivo 4.º del recurso promovido por el Banco Hispano Americano, S. A., que al amparo del número primero del art. 1692 de la L. E. Civ. denuncia

infracción por violación de la doctrina legal contenida en las sentencias de 19 diciembre 1959, 11 octubre 1961 y 6 abril 1962, entre otras, relativas al litis consorcio pasivo necesario, alegando que se ha producido una irregular constitución de la relación procesal por no haber sido dirigida la demanda también contra el delegado y representante de INGRANASA don Federico U. A. y los Bancos de Vizcaya y Guipuzcoano, directamente implicados en los hechos de que se trata y afectados por sus consecuencias; motivo que ha de prosperar pues la situación litisconsorcial pasiva necesaria o calificada, con su aparejada exigencia de que la pretensión sea propuesta contra todos los interesados en la relación jurídica controvertida, se originará siempre que «la decisión no pueda pronunciarse más que frente a varias partes», según expresión utilizada en algún Código de Procedimiento Civil foráneo, efecto del principio de contradicción sin cuya observancia faltarán los elementos indispensables para alcanzar una resolución sobre el fondo y no una mera «absolutio ab instantia», y en ese sentido ha declarado la jurisprudencia, ante la carencia de la regulación de la figura en nuestro ordenamiento positivo, que es obligado traer al debate a todas las personas a quienes la sentencia puede alcanzar) (SS. 14 junio 1951, 18 noviembre 1954, 27 octubre 1955, 15 de octubre 1957, 17 octubre 1962, 13 noviembre 1965, 16 marzo 1967, 26 noviembre 1970, 7 junio 1972 y 15 marzo 1976, entre otras) y que como tales tengan un evidente y legítimo interés en la contienda (SS. 12 mayo y 3 julio 1964 y 30 marzo 1973) al hallarse relacionados con el objeto de la demanda según las normas del derecho material, pues de no hacerlo así resultaría vulnerado el principio «nemo debet inaudita damnari» por cuanto si bien la resolución recaída en un litigio sólo genera, en términos generales, efectos para las partes procesales, es innegable que por su índole y alcance puede trascender

a sujetos no intervinientes en el debate si tiene que formular pronunciamientos o establecer afirmaciones de ineludible conexión con aquéllos, lo que provoca como indispensable la actuación frente a todos por imperativo de los presupuestos procesales a fin de evitar que la única situación jurídica inescindible pueda ser sometida a un tratamiento separado con parciales decisiones y posiblemente desacordes (SS. 29 octubre y 17 diciembre 1968, 8 marzo, 9 mayo, 9 junio y 7 julio 1972)».

«Que según se desprende de lo inicialmente expuesto a manera de planteamiento fáctico, la situación conflictiva básica viene integrada por la conjunción de diversas conductas, todas ellas coadyuvantes con eficacia causal patente a la producción del resultado pretendidamente dañoso, cuyo primer eslabón lo constituye, en la propia versión de la entidad actora y recurrida, el proceder desleal reprochado a don Federico U. A., delegado de INGRANASA, al tomar para pago talones nominativos librados en favor de su principal y procurar el pago, al que sigue la negligencia del Banco Mercantil e Industrial, asumiendo la comisión de cobranza y el abono en la cuenta de quien no figuraba como legítimo tenedor no obstante su condición de delegado de la demandante, y culmina en el hecho de que el Banco de Vizcaya y el Banco Guipuzcoano hayan procedido a atender unos títulos, aunque fuera mediante compensación, sin comprobar debidamente la legitimación de su representante; suma de actividades singulares, que se integran en un conjunto precisado de examen global por cuanto suscitan toda una gama de problemas en íntima dependencia, que razones de pura lógica no consienten analizar separadamente, como son: a) exigencia o no de poder documentado en cuya virtud INGRANASA ha conferido su representación a don Federico U. A.; b) presupuesta la libertad de forma de la declaración de voluntad

del «dominus» para otorgar el poder representativo (artículo 1710 del C. Civ.), posibilidad de un apoderamiento tácito derivado de hechos concluyentes realizados por el principal y consiguiente protección de la razonable confianza del tercero basada en esos «facta concludentia» de INGRANASA, que permitirían calificar como no censurable el comportamiento del Banco Mercantil e Industrial, si se ajustó con buena fe a tal actuación representativa en cuanto que desarrollada a lo largo de varios años con manifiesta «contemplatio domini»; c) exteriorizada con la sucesión de actos la realidad de una representación «ex facti circumstantiis», entrada o no en juego del denominado factor notorio (art. 286 del C. Com.), supuesto legal también aplicable en el ámbito de las sociedades anónimas como tiene declarado la S. 19 abril 1974; d) acomodación, o incumplimiento en su caso por parte de los Bancos de Vizcaya y Guipuzcoano de los preceptos del Código de Comercio (arts. 535 y 543), de las disposiciones especiales en cuanto al particular y de los usos mercantiles bancarios en orden a la efectividad de las órdenes de pago o talones».

«Que ese haz de cuestiones en estrecha trabazón, fuentes de un mismo hecho jurídico de cuya ilicitud parte la demanda, conlleva la indeclinable necesidad de un estudio en un sólo proceso con intervención de todos los afectados, esto es, INGRANASA, don Federico U. A., el Banco Mercantil e Industrial —sucedido por la entidad que lo absorbió— y los Bancos de Vizcaya y Guipuzcoano; y no cabe sostener, como entiende la sentencia recurrida, que por tratarse de culpa extracontractual se origina una responsabilidad solidaria permisiva del ejercicio de la acción contra cualquiera de los obligados para lograr el total resarcimiento, pues sobre que, según dicho queda, el tema ha de ser llevado a un campo más dilatado que el específico de los arts. 1902 y siguientes del C. Civ., no se oculta que una cosa es la res-

ponsabilidad «in solidum» a la hora de alcanzar la satisfacción de la deuda dimanante de la culpa aquiliana cuando el hecho dañoso se presenta como resultado de una acción colectiva, según repetida doctrina jurisprudencial, y otra muy diferente que pueda ser postulada la aplicación del art. 1144 del C. Civ. a una esfera distinta de la contractual antes de que haya recaído decisión afirmativa de la concurrencia de todos los elementos exigidos para que surja la obligación de reparar según aquellos preceptos, marginando de la controversia a pretendidos coautores a los que sin embargo alcanzará el posterior deber de reembolso en la parte correspondiente, resultando de esta suerte prácticamente condenados sin su previa audiencia y vencimiento».

LEGITIMACIÓN ACTIVA: DEL ACCIONISTA PARA IMPUGNAR ACUERDOS DE LA JUNTA GENERAL.

S 4 marzo 1980 (RA 1109)

HECHOS: El actor presenta demanda de impugnación de acuerdos de la Junta General, tras haber votado en contra de su adopción y haber manifestado, en requerimiento notarial practicado a su instancia después de la Junta, la ilegalidad de los mismos.

CONSIDERANDOS: «Que de las afirmaciones contenidas en el segundo considerando de la sentencia recurrida, en relación al tenor literal del acta de la Junta a que se hace especial referencia en dicho razonamiento, no puede menos de deducirse que una vez adoptados los acuerdos sociales impugnados, con el voto en contra del accionista demandante en la litis, éste no hizo constar en acta su oposición a los mismos, lo que determina una falta de legitimación en el demandante para accionar en el proceso, al ser reiterada la jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en las SS. de 5 enero 1978, 30 enero 1976, 19 ene-

ro 1974, 10 diciembre y 27 abril 1973, 21 octubre 1972 y 30 enero 1970, según la que es de exigencia para los accionistas que concurren a la Junta en que fueron adoptados los acuerdos sociales que se traten de impugnar por la vía que regula el art. 70 de la Ley Sociedades Anónimas, como requisito previo de legitimación o procedibilidad para el ejercicio de su derecho, el haber hecho constar en el acta de la Junta su oposición a los mismos, no siendo suficiente a tales efectos la mera emisión del voto contrario a la aprobación del acuerdo o acuerdos, ya que no existiendo éstos, en tanto no se verifique el recuento de los votos obtenidos y sea proclamado el resultado de la votación, los disidentes no pueden manifestar sino con posterioridad a dichos momentos en que el acuerdo se perfecciona o adquiere consistencia jurídica, su voluntad de oponerse al mismo, y sin que sea óbice para la aplicación de esta doctrina lo establecido en la sentencia de 11 noviembre 1978, citada por el recurrente y cuyas afirmaciones no es dable generalizar al ser única respecto al supuesto que contempla.

«CDO: que por los razonamientos expuestos, la sentencia recurrida al entender que el accionista impugnante de los acuerdos sociales, por la mera emisión de su voto en contra en el momento de tomarse tales acuerdos y el requerimiento notarial que practicó con anterioridad a la celebración de la Junta impugnando su legalidad, estaba legitimado para accionar en el procedimiento especial del art. 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, infringió, por interpretación errónea, el primer inciso del art. 69 de la referida Ley».

4. ACTOS PROCESALES

ACTOS DE COMUNICACIÓN. VALIDEZ DEL REQUERIMIENTO EN EL PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO JUDICIAL SUMARIO.

S 9 abril 1980 (RA 1372)

HECHOS: El actor fundaba su acción de nulidad del procedimiento hipotecario, entre otras cosas, en la invalidez del contrato.

CONSIDERANDOS: «Que el acto de comunicación de resoluciones judiciales, uno de los aspectos de la notificación en sentido amplio, que nuestra Ley Procesal Civil denomina «requerimiento», tiene como base común con los demás actos de comunicación, por un lado, el efecto sustantivo fundamental de que desde su verificación comienza a producir efectos el acto comunicado, pero puntualizando que todos los actos judiciales de comunicación de resoluciones se rigen por el principio de la recepción y no por el principio del conocimiento efectivo: y, por otro lado, desde el punto de vista procesal, se trata de actos dotados de una forma predeterminada en la Ley (art. 262 de la citada), formalidades que no pueden omitirse ni subvalorarse cuando ello impida que las resoluciones a comunicar lleguen a conocimiento de su destinatario, todo lo que significa que si bien el acto de comunicación surte efecto sin que sea necesario que llegue forzosamente a conocimiento del mismo destinatario, ello es con la condición indispensable de que se hayan cumplido escrupulosamente los requisitos legales, y así, cuando no sea posible que la diligencia se entienda personalmente con el destinatario de ella y haya de practicarse mediante cédula, se exige para su validez, salvo que el notificado se dé por enterado en el juicio, que se cumplan los requisitos que especifica el art. 268 de la L. Pro. Civ., a menos de ser ineficaz, y, como tal, nula, de no cumplirse aquéllos (art. 279 de la misma Ley».

«Que dentro de las notificaciones en sentido amplio o actos de comunicación, la especie denominada «requerimiento» ha de reunir para su validez

los requisitos que expresa el art. 275 de la Ley Procesal y en ellos como establece el art. 276, párr. 2.º, «se admitirá la respuesta que diere el requerido, consignándola sucintamente en la diligencia y estas formalidades y las generales a que se ha hecho referencia constituyen no un formalismo «ad probationem», y menos requisitos de puro y facultativo trámite, ya que al tratarse de que desde que se cumplan obtengan las resoluciones judiciales sus importantes efectos, han de estimarse requisitos «ad substantiam» y como tales esenciales para la validez de acto procesal, en este recurso, en el procedimiento judicial sumario regulado en el art. 131 de la L. H. «ninguno de sus trámites puede ser alterado entre las partes» (art. 129, párrafo 1.º), expresión legal que refuerza el carácter de orden público y de cumplimiento estricto de las comunicaciones judiciales ordenadas en el mismo, entre las que se halla lo dispuesto, en las reglas tercera y cuarta de tan repetido art. 131, que respectivamente imponen un requerimiento de pago al deudor y también al tercer poseedor de las fincas hipotecadas, y que si aquél no se practicó mediante acta notarial «se acreditará en los autos en la forma dispuesta en la L. Pro. Civ. para las notificaciones por cédula», para las que el art. 268 de la precitada Ley procesal establece (art. 268, párrafo 2.º) que se haga constar en los autos «el nombre, estado y ocupación de quien reciba la cédula», «su relación con la que deba ser notificada» y la obligación que adquiere de entregársela, y previendo que, de no hallarse presente el destinatario, se entregará, en el caso contemplado de ser la destinataria una persona jurídica, en primer lugar a su criado, mayor de catorce años (denominación que ha de incluir por clara analogía a los porteros, conserjes y puestos análogos), y, en segundo lugar dice la Ley que «si no se encontrare a nadie» en los locales, «al vecino más próximo que fuere habido».

«Que teniendo en cuenta la normativa legal expuesta en su aplicación al caso «sub iudice», se llega a la desestimación del segundo de los motivos de este recurso formulado al amparo del art. 1692, núm. 1.º de la L. E. Civ. en el que se acusa la infracción por interpretación errónea del art. 129 de la L. H., en relación con las reglas tercera y cuarta del art. 131 de la misma, en cuanto que, como ya observaran las sentencias de instancia, la diligencia de notificación y requerimiento obrante al folio 177 de los autos aparece redactada con manifiesta negligencia y en forma contradictoria, puesto que, por un lado, señala que halló al destinatario, y, por otro, que entregó la cédula a persona «que dice ser vecino», citando a continuación un nombre y apellidos, diciendo que «es mayor de edad», y omitiendo su ocupación y todo dato, como el de documentos personales, que acrediten la identidad del requerido y sus relaciones con la entidad que había de recibir directamente la notificación; con lo que se infringió paladinamente lo dispuesto en el art. 268 de la Ley Procesal, que fue, por tanto, correctamente aplicado por la sentencia recurrida al interpretarlo de acuerdo con su objetivo fundamental, que es dotar de las formalidades esenciales precisas a un requerimiento cuya verificación es esencial para no originar, como ocurrió en el caso debatido, la total indefensión en el procedimiento judicial sumario en que recayó, tanto del deudor como del tercer poseedor de los bienes hipotecados, impidiéndoles, como ya declaró la sentencia de esta Sala de 26 junio 1945, tanto intervenir en la subasta conforme autoriza el art. 131, regla 5, como satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas y liberar los bienes ejecutados; actos cuya trascendencia jurídica no es preciso resaltar al suponer nada menos que dar a los bienes una trayectoria dominical diferente, lo que origina la nulidad del procedimiento en que se cometieron tan gra-

ves anomalías; sin que obste desde luego que erróneamente se afirmase en el auto de adjudicación declarando nulo que se habían observado las prescripciones legales».

5. REBELDÍA DEL DEMANDADO

EFFECTOS SOBRE LAS POSIBILIDADES DE ALEGACIÓN Y PRUEBA.

S 29 marzo 1980 (RA 1143)

HECHOS: El demandado, declarado en rebeldía, comparece en la segunda instancia, formulando, en el acto de la vista, diversas defensas.

CONSIDERANDO: «Que es doctrina constante de esta Sala, inspirada en lo prevenido en el art. 766 de la L. E. Civ., y manifestada, entre otras muchas, en las SS. de 25 junio 1960, 17 enero 1964 y 16 junio 1978, que si bien la rebeldía del demandado no implica allanamiento ni libera al actor de probar los hechos constitutivos de su pretensión, pudiendo incluso el demandado, posteriormente comparecido, probar la inexactitud de los mismos, si el estado del proceso lo permite, no pueden aprovecharse, en cambio, las excepciones no alegadas temporáneamente, como son las opuestas en la vista del pleito en segunda instancia, pues es en la demanda donde únicamente pueden quedar fijados definitivamente, en tal supuesto, los términos de la cuestión litigiosa, en defecto de una contestación a la misma en la que hubieran podido oponerse otros problemas, por lo que en aplicación de esta doctrina al caso presente han de rechazarse los tres motivos del recurso, en los que se denuncia respectivamente, infracción, por inaplicación del artículo 1106 del C. Cic., aplicación indebida del art. 1135 de la L. E. Civ. y violación por su inaplicación del artículo 1152 de dicha Ley Procesal, dado que todos ellos se hallan comprendi-

dos en la causa de inadmisión quinta del art. 1729 de mencionada Ley, que en esta fase procesal lo es de desestimación, en razón a que el problema que con ellos se suscita no fue debatido en el período expositivo del proceso, pues la verdad es que se planteó por primera vez y, por lo tanto extemporáneamente, en el acto de la vista de la apelación de la sentencia dictada en primer grado.

6. MEDIOS DE PRUEBA

PRUEBA DE CONFESION: DIVISIBILIDAD CONTRA QUIEN LA HACE.

S 26 marzo 1980 (RA 1229)

HECHOS: Los demandados reconocen en prueba de confesión, practicada para mejor proveer, diversos extremos de un contrato, negando, sin embargo, que el precio lo fuera sólo la cantidad de dinero entregada por los actores.

CONSIDERANDOS: «Que sobre la resultancia fáctica y actuaciones expuestas los recurrentes aducen como único motivo de casación, al amparo del art. 1692, núm. 7, de la L. E. Civ., el error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión judicial, practicada para mejor proveer, con infracción por violación del art. 1233 del C. Civ., que establece que la confesión no puede dividirse contra el que la hace, motivo que ha de examinarse teniendo en cuenta que la Sala de instancia llega a la conclusión de la existencia del debatido contrato de compraventa a través de la prueba de confesión judicial y además del documento privado de 17 junio 1974: haciendo por tanto una apreciación conjunta de la prueba, en cuanto no dedujo aquel contrato únicamente de la confesión judicial practicada; por consiguiente, esa apreciación conjunta no puede ser impugnada con éxito en este recurso de casación apoyándose sólo

en uno de sus elementos, como es la confesión judicial, y desechando el otro, integrado por la mencionada prueba documental, averdada precisamente por dicha confesión; y esta doctrina, ya sentada en anteriores sentencias de esta Sala —así las de 4 diciembre 1973 y 21 enero 1975, entre otras—, no puede ser desvirtuada invocando el principio de indivisibilidad de la confesión judicial que reconoce el art. 1233 del C. Civ.; ya que, en casos como el ahora contemplado, el Tribunal de instancia no sólo puede, sino que debe dividir la confesión, como declararon entre otras, las Sentencias de esta Sala de 17 abril 1928, 1 julio 1947 y 20 marzo 1954, cuando una de sus partes, la relativa al documento privado de referencia, esta corroborado por otras pruebas, y la otra, la relativa a la supuesta parte del precio representado por una finca rústica, sólo fue afirmada por el confesante por primera vez al absolver posiciones, ya que con anterioridad no lo adujo por hallarse en situación de no hacer, alegaciones y de rebeldía, respectivamente; llegándose, de seguir el criterio de los recurrentes, a situar en indefensión a su contraparte que no tuvo términos hábiles para proponer alegaciones y pruebas en contra, y sin que el Tribunal de instancia reconozca alegación ni prueba alguna tendente a demostrar aquella afirmación de los recurrentes».

«Que el art. 1233 del C. Civ. permite dividir la confesión judicial, contra el que la hace, entre otros supuestos, cuando parte de la confesión esté probada por otros medios, y la otra sólo afirmada por el confesante; normativa aplicable, al no hacerse en la ley distinción alguna, tanto en el caso de confesión judicial propuesta por uno de los litigantes frente al otro, como en el de la llamada «confesión supletoria», acordada por el Tribunal para mejor proveer a tenor del art. 340 de la L. E. Civ. con la finalidad de completar su convicción en casos de «sempierna probatio»; pudiendo llegar el

juzgador, en la apreciación de la prueba que acordó, a desintegrarla cuando en parte contiene alegaciones nuevas en la litis que no han sido probadas por quien las afirma, es decir, siguiendo en definitiva la distribución de la carga de la prueba que establece el art. 1214 del C. Civ., y ateniéndose únicamente a la parte de casación corroborada por otros medios dentro de un supuesto de apreciación conjunta de unos y otros».

7. SENTENCIA

ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA ACLARARLA.

S 23 enero 1980 (RA 85)

HECHOS: La Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado, con la aclaración de que debía entenderse desestimada la reconvencción.

CONSIDERANDO: «Que al amparo del número sexto del art. 1693 de la L. E. Civ., se formula el único motivo del presente recurso de casación por quebrantamiento de forma, en el que se alega la infracción del art. 364 de mencionada Ley Procesal, a causa de su no aplicación, por estimar que en el fallo de la sentencia objeto del recurso se ha integrado una aclaración a la sentencia dictada por órgano jurisdiccional distinto, lo que, según la parte recurrente, constituye un acto que hace incidir al Tribunal de instancia en incompetencia de jurisdicción, ya que el art. 363 atribuye la facultad de aclarar las sentencias al Juez o Tribunal que la haya dictado, siendo los Jueces en los Juzgados los que han de redactar y firmar las sentencias que dicten, motivo éste que necesariamente ha de parecer, pues al razonar la parte recurrente en la forma en que lo hace, lo que está atribuyendo al Tribunal «a quo» es una actividad jurisdiccional que no le compete, lo que, en todo caso, podría constituir un exceso de

poder y, por tanto, motivar una cuestión de fondo susceptible solamente de ser traída a casación, por infracción de Ley, por la vía del número 6.º del art. 1692 de la L. E. Civ., ya que quedan reservados al mismo número del art. 1693 sólo los casos en que, tratándose de cuestión atribuida a la jurisdicción ordinaria, se discutan problemas de atribución de competencia entre Juzgados y Tribunales de igual grado y cuya competencia deba decidirse por los trámites del libro primero, título segundo de mencionada Ley ritualaria».

CONGRUENCIA.

S 4 febrero 1980 (RA 412)

HECHOS: El demandado reconvino pretendiendo que se condenara al actor, en concepto de indemnización por daños, al pago de 5.252.330 pesetas. La sentencia estimó la reconvencción, aunque dejando para la fase de ejecución la liquidación de la indemnización, cuyo importe en todo caso no debería exceder de 4.622.330. El actor entiende que la sentencia es incongruente.

CONSIDERANDO: «Si se observa que lo pedido en reconvencción ascendía a la suma total de 5.252.330 pesetas y lo que concede la sentencia recurrida es como máximo la suma de más de 4.000.000 aludida, cae por su base la supuesta incongruencia al conceder la sentencia menos de lo solicitado en la demanda reconvenccional, y tampoco puede tacharse de incongruencia al deferir para ejecución de sentencia la suma concretamente debida con el límite indicado, ya que acreditados pericialmente y estando en ello concordes las partes, y consiguientemente admitido como probado en la instancia, que hubo unos daños debidos a la imperfección de la realización de la partida 13 del presupuesto, es decir, constatada la existencia de los daños, el Tribunal «a quo», puede conforme al ar-

tículo 360, párr. 1.º de la L. E. Civ., acordar que se fije su importe en cantidad líquida o establecer, por lo menos las bases con arreglo a las cuales haya de hacerse la liquidación, y no siendo posible ni lo uno ni lo otro, según el párr. 2.º del mismo artículo, se hará la condena a reserva de fijar su importancia en la ejecución de la sentencia; fase ésta en la que, previos los trámites que la Ley procesal citada fija (arts. 928 y siguientes), se llevará a cabo, siguiendo el principio de contradicción, la determinación de la cantidad en definitiva debida por el reconvenido; en todo lo cual no se infringe el principio de congruencia de la sentencia, la que reiterando lo dicho, concede en definitiva menos de lo pedido, dejando únicamente para el trámite ejecutivo la determinación de la cuantía de cada uno de los conceptos que fija».

EFICACIA DE LA SENTENCIA PENAL SOBRE LA CIVIL.

S 7 febrero 1980 (RA 514)

HECHOS: El actor pide condena a indemnización por lesiones causadas en accidente de tráfico frente a persona distinta a la que, según sentencia penal previa, fue atribuida la responsabilidad del accidente.

CONSIDERANDOS: «Que por otra parte, es de apreciar que las ejecutorias tienen la consideración de documentos públicos y solemnes, a tenor de lo dispuesto en el núm. 7.º del art. 596 de la L. E. Civ., según tiene proclamado esta Sala en sentencias de 5 diciembre 1902 y 2 octubre 1969, siendo vinculantes, en su aspecto de relación de hechos probados y pronunciamientos condenatorios de ellos deducidos por el Juez civil, como también tiene reconocido la mencionada sentencia de 2 octubre 1969, reiterando precedente doctrina jurisprudencial, pues lo contrario, como indica la ya

citada de 5 diciembre 1902, así como la de 5 abril 1975, 25 marzo 1976 y 2 enero 1978, significaría de forma inapropiada, suplir deficiencias o rectificar omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a Tribunales de otra jurisdicción, y concretamente rectificar secuencias indemnizatorias derivables de tipicidad y sanción penal, y la posibilidad de revisión en juicio civil de cuestión penal ya sancionada, con olvido que tal aspecto vinculante al Juez civil de la referida sentencia penal, en cuanto a la existencia material del hecho y la participación en el del condenado plenamente, determina que no pueda decidirse en el campo civil partiendo de que el hecho no se ha verificado o que no lo ha cometido esa determinada persona, ya que sólo partiendo del hecho reconocido como probado en la sentencia penal y de la imputabilidad del hecho es como puede apreciar el Juez civil libremente por su cuenta la relación de causalidad, y en cuanto esa apreciación implique, no la negación de la causa física o natural del resultado por el hacer o el omitir del agente, sino una estimación «normativa», en orden a la responsabilidad civil por el hecho causado, y dado que la sentencia penal condenatoria afirma la culpa, en sentido amplio, del condenado, de tal manera que todo culpable es «a fortiori» también culpable para la sanción civil, llevando jurídicamente a que el Juez Civil al respecto habrá de partir del pronunciamiento no ya penal, sí que civil, de la sentencia penal, así como a que cuando dándose pluralidad de perjudicados por delito a unos se le hubiere reservado la acción civil y a otros no, lo decidido en la sentencia penal en orden a las pretensiones civiles será vinculante, en su caso, para aquéllos, en el juicio civil en que ejerciten sus acciones que le han sido reservadas en tal resolución, en las mismas condiciones y límites que establece el derecho procesal civil para la extensión subjetiva de la cosa juzgada civil, aunque objetivamente no

se aprecie ésta como existente; todo lo cual es indeclinable consecuencia de que el art. 1902 del C. Civ., generante de culpa extracontractual, según pone de manifiesto la mencionada sentencia de esta Sala de 2 enero 1978, solamente es aplicable de haber quedado expedita la vía civil por no haber resuelto sobre el acto ilícito la jurisdicción penal, o de haberlo hecho lo hubiere sido por resolución que permitiese el ejercicio por esta vía de las consecuencias civiles a los que dicho acto pudiese dar lugar, como no menos por la reserva expresa de la acción civil por el perjudicado».

«Que lo expuesto en los precedentes considerandos conduce a la estimación del examinado motivo tercero en que se ampara el recurso de casación de que se trata, porque la indicada vinculación de la sentencia penal firme dictada, con fecha 21 abril 1973, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña, en cuanto declara probado, en su exposición fáctica, que las lesiones sufridas por el ahora demandante don Antonio M. L., al ser arrollado por el vehículo C-48.937, conducido por don Jorge Miguel C. P., fue consecuencia indirecta del actuar de don Santiago M. C. al conducir el vehículo C-52.136, Simca 1.000, de forma rápida, rodando sobre la línea central divisoria de las dos direcciones de rodaje, invadiendo su mano izquierda, originando colisión entre tal vehículo y los C-61.913, conducido por don Manuel B. S., y del C-65.275, conducido por don José Luis M. C., que produjo interrupción en la calzada de la carretera por la que circulaban, determinante que el también vehículo C-48.937, conducido por don Jorge Miguel C. P., sin reconocimiento en tal sentencia penal que hubiere actuado ilícitamente—como lo revela que no haya sido seguido el procedimiento penal contra él, e incluso se hubiera dejado sin efecto la apertura de juicio oral en relación al mismo— por ver atravesado en la calzada de la meritada carretera al tan aludido vehículo C-61-913 4L, al cruzar-

se con la luz correspondiente a un autocar, frenando y desviándose a la derecha, ante el inesperado evento en donde se encontró de improviso con varios peatones, entre ellos el demandante don Antonio M. L., que sufrió las lesiones objeto de reclamación, y con desplazamiento penal, y consecuencias civiles, a cargo exclusivo del precitado don Santiago M. C., conductor del referido vehículo C-52.136, Simca 1.000, condenado penalmente por consecuencia de los relacionados hechos, impide acoger las consecuencias condenatorias pretendidas por el citado ahora demandante don Antonio M. L. contra los demandados don Jorge Miguel C. P. y doña María Ofelia S. A. y la entidad aseguradora «Covadonga, S. A.» en lo referente al seguro voluntario, por venir reconocidas en relación con el aludido don Santiago M. C. a causa de apreciación fáctica en precedente proceso penal vinculante al particular en el actuar civil, pues lo contrario tanto significaría reconocer, en contra del orden lógico, que un hecho puede ser y no ser al mismo tiempo».

CONGRUENCIA.

S 28 marzo 1980 (RA 1231)

HECHOS: Los demandados entienden que la sentencia es incongruente porque ejercitando los actores una acción reivindicatoria, la sentencia sólo ha declarado la propiedad.

CONSIDERANDO: «...y sin que a ello obste la circunstancia, invocada por los recurrentes en apoyo del motivo ahora examinado, de que después de formular los demandantes, en el párrafo primero de la primera de las declaraciones contenidas en la referida súplica del inicial escrito de demanda, que la parcela discutida pertenece en su totalidad y pleno dominio a don Agustín y doña Carmen de P., hermana doña Guadalupe y sobrinos don Ramón y doña María Luisa de P., como únicos

e indiscutibles dueños de la misma, en la proporción que se establece, esencialmente acogida en la sentencia recurrida en cuanto declara que tal parcela forma parte de la total de los actores conocida con el nombre «Torre d'en Sastre», indique al párr. 2.º de la mencionada declaración primera de la expresada súplica de demanda, que esa porción de terreno objeto de controversia, por ser propiedad de los señores de P., la reivindicación de los demandantes, por medio de la demanda formulada, para sí y para la comunidad, o sea, para ellos y para los demás copartícipes, en las porciones indicadas, porque, aparte de que como ya tiene declarado esta Sala, en sentencia de 22 mayo 1964, aunque la acción ejercitada se califique de reivindicatoria por los demandantes, sin embargo, si los hechos y fundamentos de derecho y el «petitum» implican el ejercicio de otra distinta, a ésta deben atenderse los Tribunales en su resolución, es lo cierto que tal expresión «reivindicación», en cuanto no viene complementada por una solicitud de condena a los demandados al reintegro de la meritada parcela, se trata de una mera manifestación de atribución de dominio, si bien, no muy técnicamente, se le intitula reivindicación, que además, al no venir comprendido como adición a los términos declarativos de la resolución impugnada, lo único que significaría sería limitación de lo pedido por los demandantes, lo que en manera alguna es determinante de defecto de incongruencia, que sólo puede originarlo el exceso sobre lo pedido o la desviación causal fáctica de lo instado, habida cuenta que si toda acción reivindicatoria de dominio lleva insita la declaración de dominio, claro es que la limitación a ésta no supone más que reducir el alcance de lo pretendido por los demandantes, que es a quienes perjudicaría, y no a los demandados, pero no significa falta de congruencia, dado que no hay desviación de los hechos, en relación con lo pedido, ni concesión de más de lo solicitado, sí que, exclusiva-

mente, reducción del alcance declarativo de la atribución de dominio reconocido, puesto que si lo más posibilita la comprensión de lo menos, la declaración de dominio con reintegro al demandante del bien a que alcance, permite aquella declaración de dominio sin ese alcance y efecto reintegrador, pues que éste es mero aspecto de proyección de aquél».

8. SEGUNDA INSTANCIA

RECIBIMIENTO A PRUEBA.

S 15 febrero 1980 (RA 936)

HECHOS: La actora propuso en segunda instancia una prueba que, sin culpa suya, no fue completamente practicada en la primera, viendo rechazada su solicitud por la Audiencia.

CONSIDERADOS: «Que el recurso de casación por infracciones de trámite contempla entre sus hipótesis la concerniente a las actividades probatorias y por ello la normativa legal ha previsto la producción del quebrantamiento de forma por falta de recibimiento a prueba en cualquiera de las instancias cuando procediere con arreglo a derecho, según preceptúa el núm. 3.º del art. 1693 de la Ley Procesal, lo que significa, como señalan las constantes declaraciones de esta Sala —SS. de 19 mayo 1961 y 1 marzo 1967, entre otras—, la exigencia de que la omisión vulnere las normas legales sobre la materia, y por consiguiente si se alega cometida en la segunda instancia será indispensable, cuando del supuesto del número 2.º del art. 862 se trata, que la prueba propuesta y admitida en la primera no se hubiera practicado total o parcialmente por causa no imputable al solicitante, siguiéndose una denegación injustificada al no haber mediado pasividad ni falta de diligencia de la parte interesada en la efectividad del medio propuesto».

«Que en el presente es invocado como fundamento del recurso el núm. 3.º antes citado, alegando la Compañía Mercantil «Balbo, S. L.» que ha sido indebidamente rechazado el recibimiento a prueba en la segunda instancia, pretendido con arreglo a lo dispuesto en los arts. 860 y 862, caso segundo de la propia Ley persistiendo la Sala en su negativa al resolver la correspondiente súplica; y no se oculta que el recurso debe prosperar, pues admitida en el primer grado por providencia de 10 mayo 1977 la documental propuesta y acordado el libramiento de exhorto al Juzgado Decano de los de Primera Instancia de Barcelona para la obtención de las certificaciones de que se trata, ya la actora hizo advertencia «a los efectos procedentes en Derecho» mediante otrosí en el escrito de conclusiones que el despacho expedido sólo en parte había sido cumplimentado, por cuanto ni la Delegación de Hacienda ni el Instituto Nacional de Previsión contestaron en tiempo oportuno, y es manifiesto que mal puede reprochar a la actora y recurrente negligencia de ningún rango en los trámites de realización, como infundadamente sostiene el Tribunal «a quo», cuando la entrega del documento con la comisión de cumplimiento se efectúa al Procurador con fecha 20 mayo (folio 84 vuelto de los autos) y la presentación en la sede exhortada para el obligado turno tiene lugar 5 días más tarde (folio 136, donde obra la diligencia de repartimiento), sin que la dilación en el proveído del Juzgado al que el despacho correspondió, que se demora hasta el 14 junio (folio 143), pueda ser atribuida al presentante, y de otro lado no vendría permitida una valoración anticipada de los medios demostrativos para determinar con un juicio previo a la sentencia si los datos recabados con tales documentos no logrados pueden deducirse de otras comunicaciones unidas a los autos, pues todo medio de prueba admitido por razón de su pertinencia y utilidad lleva en principio aparejada la necesidad ló-

gica de su práctica, cuando la parte no la ha dificultado incumpliendo la carga procesal de actividad, ello además de que no cabe exigir el requisito de la «indefensión» en el caso del núm. 3.º del art. 1693, cuando el precepto lo circunscribe al del núm. 5.º».

EXTENSIÓN.

S 29 marzo 1980 (RA 1232)

HECHOS: En un supuesto de responsabilidad solidaria el Juzgado condenó a dos de los demandados y absolvió al otro. Apelada la sentencia por uno de los condenados, la Audiencia, aunque de las premisas fácticas de su sentencia se deducía la responsabilidad de todos los demandados, confirmó la sentencia del Juzgado.

CONSIDERANDOS: «Que el carácter solidario de la obligación de reparar que compete a los responsables de la causación de un evento dañoso en los supuestos de aplicación de la preceptiva contenida en los arts. 1902 y 1903 del C. Civ., proclamado con reiteración por las jurisprudencias de esta Sala contenida, entre otras, en las SS. de 14 febrero 1964, 20 mayo 1968 y 20 febrero 1970, impide que, cuando son demandados con tal carácter solidario varios de los supuestamente responsables, el pronunciamiento absolutorio recaído en la sentencia de primera instancia a favor alguno de ellos, adquiera carácter de firmeza si dicha sentencia es recurrida por otro de los deudores solidarios condenados, sometiendo la apelación en estos casos al conocimiento y decisión del Tribunal de alzada la integridad de las cuestiones planteadas con la demanda, ya que, como ya dijo la sentencia de esta Sala de 7 julio 1950, dada la naturaleza del vínculo existente entre los litigantes, ninguna de las partes en causa puede considerarse extraña a lo resuelto ni ajena a las necesarias consecuencias de la sen-

tencia, no siendo incongruente la de segunda instancia que, existiendo solidaridad jurídica entre los demandados los absuelve a todos, aunque alguno se hubiera allanado a la demanda —S. de 23 abril 1942— e igualmente la que limita la condena del demandado no recurrente, conclusión que, también, impone la circunstancia de que al ser un solo hecho o acaecimiento con transcendencia jurídica el sometido al conocimiento del órgano jurisdiccional de segundo grado, éste ha de valorar conjuntamente las consecuencias que pueden derivarse en orden a la responsabilidad de los intervinientes en el mismo, por engendrar tal responsabilidad cuanto deriva de la llamada culpa extracontractual o aquiliana una obligación de indemnizar con carácter solidario, lo que determina las relaciones internas entre los diversos responsables el interés que a cualquiera de ellos asiste para que la deuda afecte a todos sus codemandados, aunque frente al acreedor haya de hacerla efectiva por entero».

«Que la Sentencia recurrida al enjuiciar el hecho determinante de la causación del evento dañoso cuya indemnización se reclama en la demanda establece de manera clara y precisa que en la causación del mismo medió no sólo negligencia imputable al Arquitecto, aquí recurrente, sino, también, una notoria imprudencia por parte del dueño de la obra y del constructor, igualmente demandados, concretándose la del primero en el hecho de no dar aviso al Arquitecto que había de intervenir en su dirección de que la obra iba a iniciarse y la del segundo en la circunstancia de llevar a efecto la obra sin asistencia técnica alguna, siendo obvio por ello que el Tribunal de instancia, al que, como ya ha sido argumentado en el razonamiento que antecede, había avocado en su totalidad el conocimiento y decisión de todas las cuestiones planteadas con la demanda, incidió, al absolver a los referidos demandados dueño de la obra y constructor en la violación, por

inaplicación, del art. 1902 del C. Civ. denunciada».

9. RECURSO DE CASACION

POR INFRACCIÓN DE LEY. DISTINCIÓN ENTRE CUESTIÓN DE HECHO Y DE DERECHO.

S 8 febrero 1980 (RA 933)

HECHOS: El demandado no sólo había dejado de pagar las mensualidades que facultaban al vendedor (actor) a dar por resuelto el contrato, sino que había enajenado simuladamente su mitad indivisa en el condominio del inmueble, dificultando la efectividad de la cláusula contractual que facultaba al vendedor para readquirir aquella mitad indivisa en caso de falta de pago de algunos plazos del precio.

CONSIDERANDOS: «Que el primer motivo del recurso, formulado al amparo de lo preceptuado en el núm. 1.º del art. 1962 de la L. E. Civ., plantea el tema concreto de la infracción, por interpretación errónea, de los párrs. 1.º y 2.º del art. 1124 del C. Civ., en cuanto la sentencia de la Audiencia, según aduce el recurrente, en vez de decretar la resolución del contrato de fecha 25 noviembre 1968, concertado entre el referido recurrente y el demandado señor P., entiende que éste en relación con las obligaciones que le incumbían conforme a lo convenido en el pacto 4.º del mencionado contrato, «no había patentizado una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido con un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreforzable que lo impida».

«Que como estableció la sentencia de esta Sala de 30 abril 1969, siguiendo la pauta marcada por la de 9 junio 1950 y 28 febrero 1958, si bien la declaración sobre incumplimiento del contrato por parte de uno de los contratantes, puede ser una «quaestio facti», cuando ello depende sólo de que se hayan rea-

lizado u omitido determinados actos, declaración que en este supuesto sólo es atacable por el cauce del núm. 7.º del art. 1662 de la L. E. Civ., puede también constituir una «quaestio iuris», cuando la base para la determinación del incumplimiento esté, más que en los actos ejecutados, en la trascendencia jurídica de dichos actos, ya que partiendo de los supuestos de hecho admitidos en la instancia, su valoración jurídica, sin necesidad de modificarlos, es atacable al amparo del número 1.º del referido art. 1692 de la L. Pro. Civ. y ello máxime cuando en el caso concreto de esta litis, al igual que en el contemplado por la citada sentencia de 30 abril 1969, con fundamento en situación fáctica, en puntos generales coincidente en ambas instancias se ha decidido el caso con distinto signo en cada una de ellas».

«Que la sentencia recurrida, por aceptación de los pertinentes razonamientos de la sentencia del Juzgado, admite que el codemandado señor P. en 6 febrero 1978 otorgó a favor del otro codemandado señor C, escritura pública de compraventa «plenamente simulada» transmitiéndole la propiedad del edificio objeto del contrato concertado entre el actor y aquí recurrente señor P. G. y el referido demandado señor P., cuando éste a partir de mayo de 1969 había dejado de hacer efectivas al señor P. las cantidades correspondientes a los vencimientos mensuales en que el precio fijado por el contrato de 25 noviembre 1968 tenía que satisfacerse, determinando, por ende, la actitud de claro incumplimiento en que se había situado el señor P. en su calidad de comprador la operación de lo dispuesto en el pacto o ap. 4.º del referido contrato, por lo que, aun aceptando «ab initio» la tesis de la sentencia recurrida, dadas las limitaciones que el recurso de casación impone en relación con el planteamiento de los motivos que le sirven de fundamento, tesis según la que el meritado pacto 4.º significa un convenio atípico y voluntario de dación en pago, como for-

ma de extinción de la obligación convenida, es insoslayable realidad que el señor P. al transmitir simultáneamente a un tercero el dominio de la cosa que debía conservar para poder dar efectividad a lo convenido en el repetido pacto 4.º, adoptó una actitud tan deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido que, para que tal cumplimiento sea posible se requiera la previa declaración de nulidad del contrato de compraventa de 6 febrero 1970, antes citado, habiendo ello obligado al actor, aquí recurrente, a instar en su demanda dicha declaración de nulidad y dirigirla, también, contra el que figura como comprador en el últimamente mencionado contrato».

INFRACCIÓN DE LEY. REVISIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO VERIFICADA POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA.

S. 18 febrero 1980 (RA 519)

HECHOS: El actor reclamaba la devolución de las cantidades pagadas después de la resolución del contrato porque, si bien estaba obligado a su pago no obstante la resolución, el demandado no realizó la resolución ajustándose a los términos del contrato. La Sala consideró ajustada al contrato la forma de la resolución.

CONSIDERANDO: «Motivo que ha de ser estimado en virtud de las siguientes razones: A) El art. 1285 del C. Civ., que manda interpretar las unas por las otras las cláusulas de los contratos, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, fue infringido por el Tribunal «a quo» al interpretar el contrato con apoyo en una de sus cláusulas prescindiendo de otra que venía a delimitar el alcance del supuesto derecho a rescisión que una de las partes se atribuía. B) Que tal interpretación impugnada desatiende el elemento sistemá-

tico resultante del conjunto de lo acordado, ya que, como declaró la sentencia de esta Sala de 18 octubre 1962, la intención que es el espíritu del contrato es indivisible, no pudiendo encontrarse en una cláusula aislada de las demás sino en el todo orgánico que constituye. C) Porque al determinar la necesidad de interpretación los criterios dispares de los contratantes acerca de lo acordado, es evidente que no puede atenderse a lo que cada uno pensó al contratar sobre aquello que es objeto de discordia, ya que una cosa es que conforme a los arts. 1281 y 1282 haya de indagarse la intención «de los contratantes» y otra cosa muy diferente que esa intención haya de averiguarse según lo que «ellos» quisieron. D) Que en definitiva en el caso ahora debatido la voluntad real de los contratantes no se halla en la cláusula quinta aislada de la decimosegunda sino en el conjunto de ambas, y las demás del contrato, y por tanto exigiendo como previa a la llamada rescisión, o más propiamente resolución, la intervención de un árbitro de equidad, nombrado de común acuerdo, que había de concretar si la recurrente actuó con negligencia en el cumplimiento del contrato, lo que excluye la decisión unilateral e interesada con que procedió la recurrida».

INFRACCIÓN DE LEY. ERROR DE HECHO RESULTANTE DE DOCUMENTO AUTÉNTICO.

S 19 febrero 1980 (RA 520)

HECHOS: Los juzgadores de instancia consideraron existente «voluntad rebelde al cumplimiento» cuando según resulta de documentos auténticos obrantes en autos los compradores habían manifestado claramente su disposición a cumplir.

CONSIDERANDOS: «Que es sabido que el concepto de documento o acto auténtico, a efectos de casación, no supone solamente la nota de fehaciencia

y autenticidad formal, sino sobre todo y en especial que en sí contenga de modo claro, inequívoco y tajante un dato de hecho que, por su eficacia probatoria, enerve o contradiga sustancialmente la fijación del hecho que, como supuesto de ese carácter para la aplicación de la consecuencia normativa, haya realizado en su sentencia la Sala de instancia, sin necesidad, por tanto, de que, para constatar esa operante contradicción productora de tal efecto, sea preciso realizar operación mental alguna constitutiva de interpretación, deducción o inferencia del puro y desnudo dato de hecho que se aduce como demostrativo del error que se acusa y capaz de invalidar la apreciación de la Sala de instancia».

«Que tales presupuestos de forma y contenido aparecen cumplidos en los documentos que, como auténticos, se citan por los recurrentes en el primer motivo —al amparo del núm. 7.º del art. 1692 de la L. E. Civ., por error de hecho—, tales la certificación, obrante al folio tres de los autos principales, del acto de conciliación promovido por los mismos en su calidad de compradores de la vivienda, documento que la Sala de instancia no consideró en absoluto, y las actas notariales de requerimientos practicados por los vendedores recurridos, a los folios 6 y 7, si tenidos parcialmente en cuenta por dicha Sala, y en los que se contienen, en cuanto al primero, la explícita voluntad de los comprobadores de abonar a aquéllos el precio que estimaban contractual y legalmente pactado y establecido, así como sus plazos o entregas, y, respecto de los requerimientos, la clara contestación al último de que estaban dispuesto a pagar «las sumas a cuenta que la ley dispone».

«Que si en cuanto a la certificación del acto conciliatorio, no considerado por la Sala de instancia, no hay duda alguna respecto de su calificación como auténtico, conviene añadir, tocante a las actas notariales de requerimiento, que la conocida doctrina de esta Sala relativa al rechazo como documento

auténtico del tenido o tenidos en cuenta por el Juzgador, hay que tomarla «cum grano salis», y matizarla según las circunstancias del caso o casos, no siempre iguales por la infinita variedad de los que la vida ofrece, con lo que se quiere decir que en los supuestos en que el documento no constituya un dato simple y único del que la Sala de instancia haga apreciación también simple y unitaria, sino integrado por varios o un conjunto de datos, cabe la posibilidad de que el juzgador incida en el olvido de aquél o aquéllos que justamente sean los que contradigan la apreciación hecha en torno del único considerando y básico de su fallo, circunstancia que es la que aquí concurre, pues, al lado de la voluntad resolutoria manifestada en los requerimientos notariales por los vendedores, al amparo de los arts. 1124 y 1504 del C. Civ., consta en la respuesta a dichos requerimientos el dato significado por la voluntad del comprador requerido de «entregar las sumas a cuenta que la ley dispone», es decir, de pagar lo que legalmente proceda».

«Que, tal como antes se ha indicado, es clara y manifiesta, sin añadidura interpretativa alguna, la contradicción entre lo afirmado por la Sala de instancia de existir «un patente y manifiesto incumplimiento» y los datos ofrecidos por los documentos que se citan, ya aludidos, indicativos por sí de la no concurrencia de ese incumplimiento, sino de una voluntad de llenar el programa contractual con el repetido ofrecimiento del abono procedente, que el acreedor vendedor no aceptó por razones que entonces no adujo, causa de la anómala situación creada, pero no indicativa en ningún caso de voluntad rebelde o de acto obstructivo por parte del deudor, sea cualquiera el grado o gravedad de que sea susceptible calificar la conducta reprochada, máxime cuando el acreedor contribuye a crear la situación dicha».

INFRACCIÓN DE LEY. ERROR DE HECHO RESULTANTE DE DOCUMENTO AUTÉNTICO.

S 12 abril 1980 (RA 1414).

HECHOS: La Sala de instancia consideró probada la identificación de la finca reivindicada, cuando de la documental pública a la que se remitía aparecían evidentemente indeterminados tres de las lindes.

CONSIDERANDO: «Conforme tiene declarado esta Sala en sentencias de 18 noviembre 1958, 24 febrero y 24 junio 1966, si efectivamente el problema de identificación es de los atribuidos, por su carácter fáctico, a la competencia exclusiva del Juzgador, sin embargo es revisable por la vía del número 7.º del art. 1692 de la L. E. Civ. cuando existan documentos auténticos, tenidos en cuenta como presupuesto para la emisión del dictamen pericial para su logro, que acrediten, por sí solos, sin acudir a mayores razonamientos, y por simple comparación, un resultado distinto del admitido por el Tribunal de Instancia, cual sucede en el presente caso, en que, según viene dicho, la propia titulación aportada por el demandante, en apoyo de su pretensión reivindicatoria, pone claramente de manifiesto, sin duda alguna, que falta la precisión delimitadora documental para poder determinar pericialmente con su base el correcto emplazamiento o ubicación relativa de la parcela del demandante, o sea, su precisión topográfica, al requerirse previo deslinde al respecto, y por tanto hacer irrelevante al particular las manifestaciones periciales producidas con fundamento en tales documentos, al no ser base adecuada éstos para precisar los linderos, y consiguiente situación sobre el terreno de la finca en cuestión, sin ese previo necesario deslinde; cuya práctica lo ponen de manifiesto los propios dictámenes periciales emitidos tenidos en cuenta por la Sala senten-

ciadora de instancia, pues en contra de mantener uniformidad de emplazamiento o ubicación, y correspondiente determinación topográfica reveladora de su situación exacta sobre el terreno, precisamente discrepan en ella en apreciación subjetiva de la documental con cuyo fundamento han sido emitidos, al asignar dos de ellos distinta superficie de edificación de la meritada parcela discutida —cien metros cuadrados según un informe pericial, en contra de diecisiete metros cuadrados que se fija en otro—, para incluso un tercero expresar que nada ha sido ocupado, lo que, una vez más sea dicho, da claramente a entender que en la actividad de apreciación de los documentos con base en los que se trató de situar sobre el terreno la meritada parcela no se actúa con exactitud, al faltar ésta en la delimitación periférica de tales documentos mientras no se practique el indicado preciso deslinde al respecto, lo que en manera alguna supone invasión de la libre valoración que de la prueba pericial incumbe a la Sala sentenciadora de instancia, dado que lo apreciado en tal sentido es meramente la inseguridad de la indicada documentación con cuya base y fundamento emiten su informe los peritos, y que hacen inconsistente y meramente hipotético su aserto desde el momento que la actividad identificadora que aprecian toma como causa determinante dichos documentos, y su subjetiva apreciación del alcance de éstos, en rebase de su función, al no comprender ésta la determinación de la eficacia, alcance y efectos de la prueba documental aportada por las partes, habida cuenta que el proceso identificador, cuando se trata de lograr con fundamento en titularidad dominical documentada, consiste simplemente en la mera proyección de lo consignado en los correspondientes documentos, en manifestación indubitada de éstos en sus referidos aspectos de eficacia, alcance y efectos, con la realidad, en tendencia al restableci-

miento de ésta a aquéllos y tenida en cuenta al ser otorgados».

10. COSA JUZGADA

LÍMITES OBJETIVOS. IDENTIDAD DE LA CAUSA DE PEDIR.

S 9 mayo 1980 (RA 1790)

HECHOS: En el primer pleito Santiago G. J. pretendió que se declarara su titularidad sobre la mitad indivisa de un solar, frente a Paulina B. C. y Celestino C. C. y que este último estaba obligado a respetar el contrato de compraventa realizado por Paulina; la sentencia fue absolutoria. En segundo pleito seguido a instancias del mismo actor contra los causahabientes de Celestino C. C., éstos reconvienen pretendiendo que se declare inexistente el contrato de compraventa realizado por Paulina.

CONSIDERANDOS: «Que en orden a la apreciación de la identidad en la causa de pedir la jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en sus sentencias de 30 octubre 1965, 10 abril 1969 y 10 mayo del propio año, ha establecido que: a) la identidad de la causa equivale a los fundamentos o razón de pedir, siendo la acción una mera modalidad procesal necesaria para hacer efectiva aquélla en juicio; b) no obsta a la excepción de cosa juzgada el que la acción que se ejercita en el segundo juicio se hubiera alegado en el primero como excepción por haberla propuesto el demandado, siempre que en ambos casos la excepción y la acción tengan igual objeto, porque la distinta situación procesal de los litigantes en uno y otro pleito, por sí sola, no afecta a la calidad con que en ellos litigan; c) la paridad entre los dos litigios ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primero con lo pretendido en el segundo teniendo en

cuenta la parte dispositiva de aquél, interpretada si es preciso por los hechos y fundamentos de derecho que sirvieron de apoyo a la petición y la sentencia, y d) la causa de pedir es un título en el que se funda un derecho y del que pueden derivarse distintas acciones, que si ejercitada alguna se declara inadecuada con base en fundamentos jurídicos encaminados a este fallo y sin desconocer que le asiste un motivo para el reconocimiento de ese derecho, aquella sentencia no puede impedir el posterior ejercicio de la acción adecuada que lo garantice».

«Que la afirmación de la sentencia recurrida a la que se ha hecho mérito en el primer razonamiento de esta resolución en orden a lo que fue debatido y resuelto en el pleito anterior y a cuya afirmación ha de estarse al no haber sido combatida por la vía del núm. 7.º del art. 1692 de la L. Pro. Civ., establece uno de los términos que, para la apreciación o no de la existencia de cosa juzgada, ha de ser objeto de confrontamiento al efecto de decidir sobre si existe la identidad de causa propugnada por el recurrente y siendo el otro término de comparación la pretensión ejercitada en el actual litigio por los recurridos señores C. G. para que se declarara «que la compraventa que resulta del documento privado de 26 octubre 1961 y de la escritura pública de 18 marzo 1971, ante el Notario don Marcos G. P., es inexistente en derecho, por carencia de objeto, ya que doña Paulina B. C. no tuvo nunca la propiedad del solar objeto de dicha compraventa», es indudable que la causa de pedir es diferente en uno y otro pleito, toda vez que en aquél sólo se produjo declaración absolviendo a don Celestino C. C. —causante de los señores C. G.— y a doña Paulina B. C. de la pretensión ejercida por los hoy recurrentes de ostentar frente a los mismos la titularidad dominical de la mitad indivisa del solar objeto de ambos litigios, así como de la declaración de que el referido don Celestino estaba obligado a respetar el contrato priva-

do de compraventa de 26 octubre 1961, mientras en este segundo litigio se postula la alegada inexistencia: impugnando, en definitiva, la eficacia de una convención con respecto a la que, si bien se había declarado en sentencia firme carecía de virtualidad para imponer al causante de los señores C. G. el reconocimiento de una titularidad dominical, no por ello y como creadora en relación a terceros de una «apariencia jurídica» en menoscabo del hecho de la existencia a favor de los citados señores, C. G. de la titularidad dominical en que fundamentan su acción, avala una paridad entre lo resuelto en el primer litigio y lo pedido en el actual, por cuanto como ya ha sido denotado al consignar la jurisprudencia de esta Sala «la causa de pedir es un título en el que se funda un derecho y del que pueden derivarse distintas acciones», por lo que el ejercicio de alguna no veda el planteamiento de otra con diferente alcance y consecuencias, imponiéndose por todo lo razonado la desestimación del analizado primer motivo del recurso».

11. COSTAS

CONDENA A LAS MISMAS EN BASE AL ART. 1092 CC.

S 12 abril 1980 (RA 1414)

HECHOS: La Sala de instancia había condenado en costas al demandado por apreciar «notoria mala fe» en su oposición.

CONSIDERANDO: «Según se deduce del contenido de los precedentes considerandos, en valoración de la prueba documental relacionada como base de dichos motivos décimo, undécimo y duodécimo, en concordancia con la doctrina legal que se cita, el demandante don Fernando A. M., como ya se había considerado en procesos de interdicto y del art. 41 de la L. H. precedentes, no identificó adecuada-

mente, en su aspecto de exacto de emplazamiento o ubicación, al ser precisador de un previo deslinde que lo posibilite, la parcela cuestionada, o con más precisa su configuración topográfica o sea consiguiente exacta situación sobre el terreno, impidiendo la viabilidad de la pretensión reivindicatoria ahora formulada, lo que unido a las demás apreciaciones consignadas en el curso de los anteriores considerandos conduce a la no apreciación de situación de mala fe constructiva, que lleva a la estimación de motivos fundamentadores del recurso, ahora examinado y en su virtud a casar la sentencia recurrida, determina la improcedencia de la condena en costas que ésta establece contra el Instituto Social de la Marina; de una parte, porque dimanando tal apreciación en orden a los gastos del proceso, según se deduce del último de los considerandos de la indicada resolución impugnada, de apreciar «notoria mala fe en el Instituto Social de la Marina», claro es que rechazada tal apreciación falta la base fundamentadora de dicha condena en costas y en consecuencia ésta no debe ser mantenida; y, de otra parte, a causa de que la reparación de daños emanantes de la aplicación del art. 1089 del mismo Cuerpo legal, que, en esencia y definitiva, es soporte de toda condena de costas, requiere el mantenimiento de una situación de culpa o negligencia en el condenado, que ciertamente no puede apreciarse cuando por defectos identificadores de la finca que el demandante se atribuye, en cuanto a su emplazamiento o ubicación, no se puede precisar si el Instituto Social de la Marina ocupó o no tal finca, ni por tanto si su actuar constructivo, es o no culposo o negligente, dado que si por consecuencia del preciso deslinde a realizar resulta que en nada se excedió dicho Instituto evidentemente que ninguna culpa o negligencia cabe atribuirle, pues que quien construye en terreno exclusivamente suyo actúa en uso de un legítimo derecho, y si efectivamente el ex-

ceso se produce sus consecuencias habrá de ser no las instadas por el demandante en la súplica del inicial escrito de demanda, sino las derivadas simplemente de la extralimitación que resultare producida».

PAGO POR LA ENTIDAD QUE GOZA DE BENEFICIO DE POBREZA CUANDO HA SIDO CONDENADO A ELLAS.

S 21 mayo 1980 (RA 1930)

HECHOS: La Caja de Ahorros de Navarra impugna la tasación de costas por entender que, dada su condición de pobre legal, no está obligada al pago de los honorarios de Letrado de la parte contraria.

CONSIDERANDO: «Carece de todo fundamento la postulada exención de pago, pues si bien «las Cajas de Ahorro y Montes de Piedad establecidos y que se establezcan con autorización competente serán considerados como Instituciones de Beneficencia», según dispone el art. 3.º de la Ley de 29 junio 1880, y por lo tanto gozan del beneficio de pobreza por declaración legal a tenor de lo establecido en el art. 17 de la Ley de 20 de junio de 1849, en el 6.º de la Instrucción de 27 abril 1875 y en el 9.º del R. D. de 14 enero 1899, tal circunstancia no le releva de la obligación de pagar las costas cuando recaiga la correspondiente condena, como proclama el art. 36 de la L. E. Civ., sin perjuicio de las especialidades que puedan darse en cada caso en punto a la exacción».

CONCEPTOS QUE NO PUEDEN INTEGRARSE EN LOS HONORARIOS DE LETRADO.

S 28 mayo 1980 (RA 1970)

HECHOS: Un letrado incluye en su minuta de honorarios 400 ptas. por el concepto «gastos y suplidos, fotocopias».

CONSIDERANDO: «Que tratando del presente incidente, originado a causa de impugnación por indebida de la partida consignada en la minuta de honorarios formulada por el Letrado don Joaquín G., por el importe de 400 pesetas referentes al concepto «gastos y suplidos, fotocopias», es de llegar a la solución estimatoria, con la consiguiente exclusión de ella, de conformidad con lo prevenido en el párr. 1.º del art. 424 de la L. E. Civ., en concordancia con el 429 de la misma, puesto que trata de diligencia no autorizada por la Ley, desde el momento que la minuta de honorarios de Letrado debe limitarse a comprender los devengos derivados de su estricta actividad profesional emanantes de su cualidad de tal carácter de profesional del Derecho, y no a otros aspectos complementarios de ella como es la de suplidos por cualquiera clase de copias, que si pueden generar devengo reintegrador lo será por otro cauce diferente del de minuta de honorarios, como puede ser suplidos del Procurador que los obtenga, dado que lo comprensible en los honorarios de Letrado es simplemente el abono del trabajo intelectual, y su desarrollo, realizado por el Letrado, pero no los trabajos materiales, que si aquél los ha asumido personalmente ya quedan insertos en su reclamación genérica de honorarios profesionales».

12. PROCESOS ORDINARIOS Y ESPECIALES

ADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO.

S 18 febrero 1980 (RA 422)

HECHOS: La demandada entendía que el procedimiento elegido por la actora para reclamar cierta indemnización por daños (mayor cuantía), era inadecuado, porque al haberse producido éstos en relación con un arrendamiento rústico

debió seguirse el procedimiento especial correspondiente a esa materia.

CONSIDERANDO: «Por el primer motivo del recurso, amparado en el núm. 6.º del artículo 1692 de la L. E. Civ. se acusa a la recurrida sentencia de incidir en «abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción conociendo del juicio origen de este recurso por el procedimiento del juicio de mayor cuantía en lugar del especial establecido por la legislación de Arrendamientos Rústicos, con lo que ha sido violado el ap. 4.º y el párr. 1.º del mismo aparato por su no aplicación la norma 3.ª tado, del art. 51 del Reglamento para aplicación de la legislación de Arrendamientos Rústicos»; siendo de observar, respecto a tal inadecuación de procedimiento: a) que al no afectar al organismo jurisdiccional es inadecuada la vía elegida, pues como tiene declarado esta Sala, cuando es el propio órgano jurisdiccional el que había de conocer de uno y otro procedimiento, cual ocurre en el presente caso, la vía para combatir la referida inadecuación es la del núm. 1.º y no la del 6.º del art. 1692 de la citada ley; b) que además, puesto en entredicho o incluso negado por la parte recurrente la existencia del contrato que une a las partes, es también doctrina de esta Sala, de aplicación tanto en materia de arrendamientos urbanos como en rústicos, la de que el procedimiento para conocer de la cuestión litigiosa lo es el declarativo ordinario que corresponda y no el especial propio de una u otra legislación; y c) que aunque la causa, más o menos próxima de la presente litis, lo pudiera ser el arrendamiento de unos pastos, la que es materia litigiosa y pretensiones de la parte actora desborda la que es propia de esa especial legislación, máxime cuando para el Juzgador de instancia se trata de una reclamación de daños y perjuicios derivados de la culpa extracontractual o aquiliana a la que se refiere y sanciona el art. 1902 del C. Civ.; procedimiento de mayor cuantía que se ha

seguido con la aquiescencia de la parte demandada por lo que, razones de orden práctico y no menos de economía procesal aconsejan, de no existir aquellas razones, mantener la validez del procedimiento seguido, conduciendo todo ello a la desestimación del motivo».

PROCEDIMIENTO ADECUADO.

S 8 abril 1980 (RA 1369)

HECHOS: La actora reclamaba las rentas de un arrendamiento urbano ya extinguido, en un ordinario de mayor cuantía, entendiéndose la demandada que este procedimiento era inadecuado.

CONSIDERANDO: «Que extinguido el pacto locativo que medió entre los aquí litigantes con mucha anterioridad a la presentación de la demanda, era trámite adecuado para que la actora reclamara el importe de las rentas que entendió le eran debidas por el arrendatario en el momento del desalojo de la nave industrial arrendada, el del juicio declarativo de mayor cuantía en que dicha reclamación se formuló, por cuanto, como ya declaró esta Sala en sus SS. de 19 diciembre, 19 octubre, 28 septiembre y 11 mayo 1963, los procedimientos de la L. A. U. no son los adecuados para reclamar el pago de las rentas debidas por el arrendatario, pues la obligación de pagar a que se refiere nace del art. 1555 del C. Civ. y se rige por las normas del juicio ordinario correspondiente, no obstante lo establecido en el art. 56 de la L. A. U., y en su virtud, estando comprendida tal acción en su art. 151, tiene que ser sustanciada conforme a lo dispuesto en las Leyes procesales comunes».

JUICIO EJECUTIVO. CUESTIÓN DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. REQUERIMIENTO DE INHIBICIÓN RECIBIDO DESPUÉS DE LA FIRMEZA DE LA SENTENCIA.

S 24 abril 1980 (RA 1534)

HECHOS: El demandado propuso en tiempo hábil la cuestión de competencia por inhibitoria, pero el requerimiento de inhibición se recibió cuando la sentencia de remate había adquirido firmeza.

CONSIDERANDO: «Que promovida la inhibitoria en tiempo hábil, aunque el oficio requiriendo de inhibición se recibiera en el Juzgado de Zaragoza después de que adquiriera firmeza la sentencia por el mismo pronunciada, ello no era obstáculo para su viabilidad, pues, según es, también, reiterada jurisprudencia de esta Sala, en interpretación de la preceptiva contenida en el art. 76 de la L. E. Civ., ha de atenderse al momento en que se promueva la competencia, para determinar si lo ha sido en tiempo oportuno —SS., entre otras, de 29 abril 1978, 12 mayo 1976, 11 julio 1947 y 13 julio 1946—, ya que al litigante diligente y de buena fe, no pueden ni deben perjudicarse las dilaciones propias de la tramitación de la inhibitoria hasta la remisión del oficio de requerimiento, con el testimonio de todos los datos que exige el art. 88 de la L. Pro Civ., SS. de 5 junio 1934 y 15 noviembre 1943».

13. EJECUCION

RECURSO DE CASACIÓN. DOCTRINA GENERAL Y RESOLUCIÓN CONTRADICTORIA CON LO EJECUTORIADO.

S 22 enero 1980 (RA 84)

HECHOS: En el auto que fija el importe de los frutos debidos al ejecutante, se deducen de aquél cantidades que la sentencia ejecutada no permitía.

CONSIDERANDOS: «Que al examinar la hipótesis regulada en el art. 1695 de la L. E. Civ., la doctrina jurisprudencial

dencial ha puntualizado el ámbito y las notas específicas de tal supuesto normativo, destacando las siguientes características recordadas por la sentencia de esta Sala de 25 septiembre 1978: Primera) Por su especial naturaleza el recurso de que se trata difiere esencialmente de los casos contemplados en los arts. 1692 y 1693 de la propia Ley Procesal, asemejándose más por su contenido, aunque no venga así configurado, a un recurso de exceso de poder encaminado a determinar si la resolución recurrida se ajusta o no a la sentencia que puso fin al debate, o por el contrario se extiende a resolver puntos que no fueron objeto de controversia, no decididos de consiguiente, o bien si lo proveído en la fase ejecutiva se halla en contradicción con el fallo, puesto que en cualquiera de estas situaciones el error que se invoca envuelve sustancialmente un exceso de poderes ejecutivos por transgresión de los términos de la ejecutoria o abarcando más de lo que comprenden, recurso que por su naturaleza excepcional evidenciada por la literalidad del precepto y la del art. 944, párr. 2.º, tiene significado limitativo, sin posibilidad de interpretaciones extensivas ni analógicas y por ello circunscrito a los casos que enuncia, sin que venga permitido apoyarse en ninguno de los motivos enumerados en los arts. 1692 y 1693 de la referida Ordenanza —SS. de 5 diciembre 1959, 14 octubre y 24 noviembre 1961, 27 febrero y 23 abril 1963, 27 abril 1967, 4 abril y 21 junio 1968, 4 mayo 1971 y 1 julio 1972—. Segunda) En este recurso especialísimo, que desborda los límites típicos de la casación, se defiende la sentencia contra las actuaciones practicadas en ejecución de la misma debiendo verificar la confrontación entre los términos intangibles del fallo y los de la resolución judicial que se dicte para su efectividad —SS. de 14 febrero 1969 y 18 noviembre 1971, entre otras—, bien entendido que no surgirá la discrepancia si los pronunciamientos no se oponen en realidad al contenido de la ejecu-

toria o se limitan a fijar las obligadas deducciones y el verdadero alcance de la resolución que se ejecuta —SS. de 18 diciembre 1962 y 24 mayo 1967—, pues de igual modo que no puede tacharse de incongruente el fallo que resuelve en esencia las pretensiones deducidas, aunque no haya acomodación literal con lo postulado, tampoco contravienen lo acordado las resoluciones dirigidas a llevar a cabo una sentencia firme, pues asiste a los Tribunales la indeclinable facultad de interpretarla valiéndose para ello, si preciso fuere y como elemento de auténtica interpretación, de las consideraciones que le sirvieron de base y fundamento jurídico en cuanto reveladoras de la «ratio decidendi», por lo que no se producirá extralimitación ni, por consiguiente, exceso de poder, cuando en el período ejecutivo se decide sobre una cuestión accesoria que sea también lógica y natural consecuencia de lo acordado, interpretando el fallo de acuerdo con sus razonamientos informadores en cuanto sean demostrativos de su verdadero alcance, o se resuelvan puntos que constituyen aspecto insoslayable del tema controvertido a que atañe la ejecutoria —SS. de 12 marzo 1959, 4 enero 1964, 7 octubre 1970, 25 junio 1971 y 10 junio 1975—, pero evitando siempre demasías que llevarían a una auténtica revisión de lo resuelto —SS. de 5 diciembre 1959 y 11 octubre 1972—.

«Que el motivo segundo alega que el Auto impugnado provee asimismo en contradicción con la ejecutoria al descontar del importe de los frutos que debe entregar el ejecutado una cantidad no autorizada en manera alguna por aquélla; y debe prosperar por las siguientes razones: a) el reintegro de los gastos de producción de los frutos, en la apreciación hipotética de lo que la cosa habría beneficiado al vencedor en la posesión y cuya percepción le ha sido impedida por el vencido, es derecho que asiste también al poseedor de mala fe, pues si bien algunas decisiones de la Sala Sexta sostuvieron lo contrario —SS. de 21 diciem-

bre 1951, 25 octubre 1955, 17 noviembre 1959 y 30 octubre 1965—, esta Sala Primera tiene declarado, acomodándose al general sentir de la doctrina científica, que tales desembolsos son de abono por el principio general que rige los gastos necesarios y por la máxima que veda el enriquecimiento injusto en perjuicio de tercero —SS. de 28 febrero y 4 abril 1968—, ya que además tal es el punto de vista inspirador del artículo 356 del C. Civ., dictado cabalmente para ese supuesto ya que, según se ha hecho notar, no podría referirse al poseedor de buena fe, que retiene los frutos y por consiguiente no suscita cuestión acerca de los gastos realizados para producirlos, sin que deba tenerse por válida una argumentación en contrario basada en el tenor gramatical del art. 455, por cuanto la expresión de que «sólo tendrá derecho a los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa» excluye cualesquiera otros, pero no a los desembolsos efectuados para la fructificación, que tienen una finalidad propia y vienen sometidos a distinto precepto; b) es inadmisibles la tesis seguida por el auto recurrido, que después de tener por ajustada la detracción correspondiente a los gastos realizados para la producción de los frutos (como también hiciera la misma parte ejecutante al presentar su liquidación), merma la cantidad obtenida por el informe pericial invocado, sin que ningún antecedente de las actuaciones lo avale, unos supuestos «gastos necesarios para el mantenimiento de la finca en cultivo y producción», cuando la ejecutoria nada consiente al respecto, por lo que el auto incurre en extralimitación y quebranta por esa vía indirecta la norma de los arts. 455 y 453, que excluyen el abono de los gastos útiles, al propio tiempo que incrementa de manera tan considerable como improcedente los gastos de obtención de los frutos».

TERCERÍA DE MEJOR DERECHO. ALLANAMIENTO.

S 28 enero 1980 (RA 169)

HECHOS: Interpone tercería de mejor derecho la Hacienda pública por deudas tributarias. La sociedad ejecutada se halla en rebeldía. El demandado ejecutante reconoció en la contestación a la demanda de tercería una de las deudas.

CONSIDERANDO: «Que tal reconocimiento de débito tributario reúne las características del allanamiento, como reconocimiento que el demandado hace de la existencia del derecho pretendido por el demandante; en cuyo supuesto, en cuanto al caso ahora contemplado se refiere, los Juzgadores de instancia sin entrar en el examen del concepto de la obligación reclamada debieron reconocer la existencia de la deuda, objeto del allanamiento; así se deduce de una clara aplicación analógica del art. 1541 de la L. E. Civ., que trata del allanamiento del ejecutante y el ejecutado a la demanda de tercería y dispone que en este caso el Juez, si más trámites, llamará los autos a la vista y dictará sentencia, y si bien nada se dice acerca del contenido de esa sentencia, es evidente que en el caso debatido al no haberse dado oposición de la parte ejecutada y haberlo reconocido la ejecutante que compareció, como deriva de la sentencia de esta Sala de 18 junio 1962 ha de admitirse un allanamiento, que es parcial en cuanto que el resto de los débitos fueron impugnados y por tanto quedaron fuera del mismo; y al no haberlo considerado así la sentencia recurrida, procede admitir este motivo primero del recurso, sin necesidad de entrar a examinar si los documentos en que consta el débito reúnen o no la cualidad de auténticos a los efectos de este recurso de casación, en el cual, por otro lado, no cabe negar a esta Sala la facultad de aplicar una norma jurídica no alegada por las partes, como ha sido el art. 1541, 1, de la L. Pro.

Civ., ya que debe entenderse que tiene plenos poderes para aplicar la norma que estime adecuada, tal como se deduce de la sentencia de esta Sala de 10 junio 1941».

RECURSO DE CASACIÓN. RESOLUCIÓN DE PUNTO ESENCIAL NO CONTROVERTIDO EN EL PLEITO, NI RESUELTO POR LA SENTENCIA.

S 26 mayo 1980 (RA 1966)

HECHOS: En la ejecutoria se condenaba a «Estibadora Valenciana, S. A.» y a «Arturo Eknes, S. A.» a indemnizar a la actora en la cantidad de 16.631.921,21 ptas., más los intereses legales de dicha cantidad. La Audiencia resolvió, en ejecución de sentencia, que la obligación de indemnizar tenía carácter solidario.

CONSIDERANDOS: «Es manifiesto que ni los razonamientos de la decisión ni en los términos de su parte dispositiva se hace indicación alguna, que tampoco puede ser alcanzada por vía deductiva, de que dicha obligación de pagar revista carácter de solidaria, como sería preciso para entenderlo así, cuestión no accidental ni accesorio sino sustancial y de indudable trascendencia que la aseguradora no planteó llevando a su «petitum» la indispensable formulación expresa, silencio de las partes y del órgano jurisdiccional sentenciador que necesariamente determinan la aplicación de la regla general de que el vínculo obligatorio con varios sujetos ha de tenerse por mancomunado, en cuanto no concurra ninguno de los supuestos excepcionales de solidaridad, situación que la sentencia que se analiza no impone (art. 1137 del C. Civil)».

«Que por lo expuesto es palmario que la sala de instancia ha incurrido en exceso con relación a la ejecutoria, teniendo por resuelto un punto esencial no controvertido en el litigio ni aludido por la sentencia, al presuponer

que la obligación señalada en la condena es solidaria, pasando para ello a sentar conclusiones a partir de razonamientos referidos a la índole de la prestación, cuyo valor adecuado estaba en el juicio declarativo y no en el actual de mera ejecución, y parte de que la prestación, como pecuniaria que es, resulta a todas luces divisible, aunque no lo fuera, la hipotética indivisibilidad y la unicidad no por ello significarían que la obligación dejara de ser mancomunada, como la evidencia el art. 1139 del C. Civ.; por todo lo cual ha de prosperar el motivo único de casación interpuesto por la «Compañía Estibadora Valenciana, S. A.» al amparo del art. 1695 de la Ley Procesal ya que, al hilo de lo razonado, el Tribunal «a quo» ha resuelto contraviniendo la ejecutoria y decidido sobre cuestiones no suscitadas oportunamente».

14. MEDIDAS CAUTELARES

EMBARGO PREVENTIVO. TERCERÍA DE DOMINIO.

S 26 febrero 1980 (RA 534)

HECHOS: La Hacienda Pública obtuvo anotación preventiva de embargo sobre determinada finca por deudas tributarias de «Fábrica de Artículos de Material Aislante, S. A.». Por «Sociedad General de Plásticos Catalanes, S. A.», titular actual de la finca, se interpone demanda de tercería en dominio.

CONSIDERANDO: «Aunque ya sea un lugar común la equiparación de la tercería de dominio a la acción reivindicatoria, no por eso puede desconocerse que ello no implica exigencia rígida y aplicación literal de los requisitos de la segunda a la primera, dado que la finalidad esencial que persigue la tercería es la declaración de propiedad del bien que se señala como pro-

pio y expuesto a su atribución ajena por obra de ejecución judicial en pleito anterior, por lo que el requisito de su detentación o posesión por otro aparecerá en principio normalmente —lo que no quiere decir legítimamente— cumplido en cuanto objeto de ese proceso y sujeto a sus resultas —y ya dijo la S. de 18 junio 1966 que el hecho de la traba misma equivale, en la tercería, a la detentación o posesión—, lo que supone que para el tercerista ese riesgo de pérdida o salida de su patrimonio del bien reclamado valga como ajena posesión, prefigurada en la anotación registral preventiva, en este caso la practicada por la Hacienda pública en garantía de sus créditos tributarios, bien que con el limitado alcance que después se dirá, todo lo cual impide la admisión del motivo, fundado en la ausencia de ese requisito relativo a la posesión por otro, que la doctrina legal exige en conjunción con la demostración del dominio y la identificación de la cosa reivindicada».

EMBARGO: EFICACIA DEL QUE NO FUE ANOTADO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. TERCERÍA DE DOMINIO.

S 4 abril 1980 (RA 1921)

HECHOS: Las fincas fueron embargadas antes de su venta al que interpone la tercería de dominio, pero, al no estar inscritas en el Registro, no se anotó preventivamente el embargo.

CONSIDERANDO: «Que el recurso por el exclusivo fundamento que le sirve de base ha de decaer, por cuanto: a) la apreciación jurídica contenida en el tercer considerando de la sentencia del Juzgado en orden a la validez del embargo de los inmuebles objeto de la tercería de dominio, no obstante no haber sido anotada preventivamente la traba en el Registro de la Propiedad, es contexto con la doctrina legal sancionada por la jurisprudencia

de esta Sala en sus SS. de 14 octubre 1965 —segundo considerando— y 27 septiembre 1967 —segundo considerando— en el sentido de que, decretado legalmente un embargo por la autoridad judicial, la anotación preventiva del mismo en el Registro de la Propiedad no puede condicionar su existencia, «ni tener con respecto a él un valor constitutivo que sería incompatible con su naturaleza y con el alcance que en nuestro Derecho debe darse a las inscripciones y sobre todo a las anotaciones registrales, como se comprueba con el precepto general contenido en el art. 42 de la L. H. que al decir «podrán anotar» está claramente reflejando un sentido potestativo y no imperativo»; b) porque presupuesta la existencia y validez del embargo traba sobre los bienes inmuebles objeto de la tercería de dominio, bienes que según afirmación de la sentencia recurrida «no estaban (ni están) inscritos en el Registro de la Propiedad», no es atacada la conclusión establecida por la referida sentencia de que el tercerista en el momento del embargo no era propietario de las fincas que reclama y, por ende, «carecía» de acción para ejercitar la tercería conforme a reiteradas sentencias del T. S., entre otras las de 13 octubre 1960, 20 octubre 1961 y 28 enero 1964, y c) porque siendo, por demás, cierta la doctrina legal sancionadora de que, «al implicar la tercería una cuestión de preferencia es imprescindible que la justificación del dominio se refiera a la existencia de un derecho de propiedad vigente en el momento de ser susceptible de originarse la acción, esto es, que tenga realidad en el momento del embargo, porque siendo éste el causante de la privación posesoria hay que justificar que al practicarse el embargo, originador de dicha privación, tenía el tercerista la propiedad del bien embargado, indispensable para que pueda concedérsele el respeto y la protección que reclama» —primer considerando de la sentencia de esta Sala de 28 de enero 1964 y en igual sentido

el tercer considerando de la de 21 febrero 1966, y primer considerando de la de 25 marzo 1969—, es indudable que al no haber sido impugnada la procedente aplicación al caso debatido de la aludida doctrina el recurso carece de viabilidad, dado que, como también es afirmación de la sentencia recurrida, los bienes litigiosos fueron embargados el día 24 octubre 1975 y el actor-tercerista no los adquirió hasta el día 25 de noviembre del propio año.

JURISPRUDENCIA

PROCESAL PENAL

VÍCTOR M. MORENO CATENA
 Prof. Ayudante de Derecho Procesal
 Universidad de Sevilla

SUMARIO:

1. Jurisdicción. — 2. Acción. — 3. Proceso. — 4. Fuentes del derecho procesal penal. — 5. Competencia. — 6 Partes. — 7. Actos procesales. — 8. Actos anteriores al juicio oral. — 9. Juicio oral. — 10. Sentencia. — 11. Recursos. — 12. Costas.

1. JURISDICCION

CONFLICTOS DE JURISDICCION: ENTRE LA JURISDICCION ORDINARIA Y LA MILITAR. PRINCIPIO DE ATRACCION DE LA ORDINARIA.

Auto 29 enero 1980 (RA 255)

HECHOS: Delito de robo en territorio no declarado en estado de guerra y atribuido a personas sometidas a distintas jurisdicciones.

CONSIDERANDO: «El juego de los arts. 11 de la L. E. Crim. y 19 del C. Justicia Militar, a tenor de los cuales conocerá la jurisdicción ordinaria de las causas que se instruyan contra dos o más personas sometidas a distinto fuero por delito cometido en territorio no declarado en estado de guerra cuando se susciten dudas que impidan determinar con exactitud la competencia de una u otra jurisdicción, impone la

decisión del conflicto en favor del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Palma de Mallorca, en atención, no sólo a la índole común del delito atribuido a los que lo perpetraron, sino también a la circunstancia de cometerse en territorio no declarado en estado de guerra, a la diversidad de jurisdicciones a que estaban sometidos los autores y al principio de atracción de la jurisdicción ordinaria sobre las especiales, lo que no obsta, sin embargo, para que, si en el curso de la investigación se acreditase también la condición de aforado del autor no comparecido, se remitan por la ordinaria las actuaciones presentes a la jurisdicción militar, para su prosecución con arreglo a derecho».

CONFLICTOS DE JURISDICCION: ENTRE LA JURISDICCION ORDINARIA Y LA MILITAR. CONFLICTOS NEGATIVOS.

1) Delitos atribuidos a miembros de la Policía Nacional o contra ellos.

1.1. Auto 17 enero 1980 (RA 102)

HECHOS: Lesiones producidas, según se desprende de la denuncia, al actuar miembros de la Policía Nacional contra los componentes de una manifestación.

CONSIDERANDO: El T. S. atribuye el conocimiento a la Jurisdicción ordinaria, en aplicación de la ley de 4 diciembre 1978.

1.2. Auto 24 enero 1980 (RA 138)

HECHOS: Lesiones producidas actuando como particular un miembro de la Policía Nacional conduciendo un auto-taxi.

CONSIDERANDO: En el mismo sentido que el anterior.

1.3. Auto 8 febrero 1980 (RA 592)

HECHOS: Delito de insulto y agresión atribuido a un paisano contra miembros de la Policía Nacional.

CONSIDERANDO: El T. S. estima que ha de conocer del proceso la Jurisdicción ordinaria.

1.4. Auto 19 febrero 1980 (RA 494)

HECHOS: Homicidio atribuido a un Policía Nacional.

CONSIDERANDO: Atribuye el T. S. el conocimiento del proceso a la Jurisdicción ordinaria en aplicación de la Ley de 4 diciembre 1978.

1.5. Auto 27 marzo 1980 (RA 1199)

HECHOS: Violación atribuida a un Policía Nacional.

CONSIDERANDO: Idéntico al anterior.

2) Auto 18 enero 1980 (RA 105)

HECHOS: Delito de ultraje a la bandera atribuido a un paisano.

CONSIDERANDO: El T. S. atribuye el conocimiento a la Jurisdicción ordinaria por no apreciar móviles de relajamiento de la disciplina militar.

CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN: ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA MILITAR. DELITOS CONEXOS. CONEXIDAD DETERMINANTE DE JURISDICCIÓN.

Auto 21 febrero 1980 (RA 760)

HECHOS: Delito de evasión de preso cometido por persona no aforada, en situación de prisión provisional decretada por la jurisdicción militar.

CONSIDERANDO: «La competencia para conocer y castigar» el delito de evasión de preso cometido por persona no aforada «debe ser atribuida a la Jurisdicción Militar puesto que consta claramente de las declaraciones del inculcado que tal delito fue cometido con el fin de conseguir la impunidad del delito de Injurias a las Fuerzas Armadas descrito en el art. 317 del Código de Justicia Militar, que es de la competencia exclusiva de ésta y que se extiende a conocer del delito de evasión como delito conexo», estableciéndose en el Código Castrense y en la L. E. Crim. de manera uniforme, «un «forum conexitatis» o fuero de conexión especial, que conduce a una acumulación procesal objetiva» del segundo proceso al primero.

2. ACCION

ACCIÓN CIVIL DERIVADA DE DELITO. APLICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO PRIVADO POR LOS TRIBUNALES DE LO PENAL.

S 5 febrero 1980 (RA 439)

HECHOS: En un proceso por delitos de falsedad y estafa se impugnan las medidas reparatorias y restauradoras decretadas en la sentencia recurrida por juzgarlas desmesuradas, superfluas e incompletas. El T. S. hace pre-

viamente unas consideraciones generales acerca de la acción civil derivada de delito.

CONSIDERANDO: «Es preciso que, en el proceso penal correspondiente, la acusación pública ejercite, en todo caso, tanto la acción penal como la civil encaminada a la consecución de los fines dichos, sin más excepciones que las que radican en la reserva de dicha acción civil, efectuada por el perjudicado u ofendido, para su ejercicio en un proceso ulterior de la referida índole, y en el fenecimiento de la misma por cualquier causa de las que extinguen las obligaciones conforme a lo dispuesto en el art. 1156 del C. Civ. Sin embargo, en la interpretación del artículo 101 del C. P., especialmente en lo que concierne a sus dos primeros números, han surgido dudas sobre su alcance y significación y sobre los límites de la potestad jurisdiccional penal para internarse en terreno privado y para decidir, con soberano criterio, los temas atinentes a otras ramas del Derecho. Una posición antigua y gozosamente superada, sostenía que la capacidad, aptitud y potestad de los Tribunales penales llegaba poco más que a la declaración de existencia de delitos y a la imposición de las penas correspondientes, y que cualquier efecto de aquél en el orden privado que presentara alguna complejidad o requiriera conocimientos cabales en materias extrapenales, debía, con abstención previa del Tribunal penal, deferirse y resignarse en favor de los Tribunales civiles, administrativos o laborales, prolongando así la odisea de los justiciables y remitiéndoles, con esa mezquina y estrecha interpretación, a otros estrados de costoso y dilatorio peregrinar. Pero, esta posición doctrinal, a veces también jurisprudencial, olvida el mandato de los preceptos mencionados, la economía procesal más elemental y el principio de unidad jurisdiccional del proceso en cuanto ello sea posible, por lo que fue abandonada —con cierta nostalgia por parte de

los remisos y menos laboriosos— dado que la misión del Derecho penal no sólo estriba en la declaración de existencia de las infracciones y en la imposición de las penas correspondientes, sino que se extiende al restablecimiento del orden jurídico conculcado restaurándolo «en todos los puntos y esferas adonde la violación llegó», doctrina ésta corroborada por las sentencias de este Tribunal de 7 abril 1960 y 18 diciembre 1965, añadiendo las sentencias de 4 diciembre 1963 y 12 enero 1965, que, en tales casos, los Tribunales penales, deben acudir a las normas aplicables e integrantes del Derecho privado o de la rama del Derecho de que se trate, doctrina ésta sumamente plausible pues, en ocasiones, el límite de la potestad reintegradora y reparadora de los Tribunales criminales se halla en preceptos de estricta observancia y aunque pertenecen a otra disciplina jurídica».

ACCIÓN CIVIL DERIVADA DE DELITO: CUANTÍA DE LAS INDEMNIZACIONES.

S 18 enero 1980 (RA 109)

HECHOS: La acusación particular pretende discutir en casación la indemnización concedida en instancia, al amparo del núm. 3 del art. 851 de la L. E. Crim.

CONSIDERANDO: El T. S. estima que el «quantum» de la indemnización puede fijarse de modo omnímodo y libérrimo por el Tribunal «a quo». Vid. los considerandos reproducidos en el apartado correspondiente del recurso de casación por quebrantamiento de forma.

3. PROCESO

PROCESO PENAL: NO VINCULACIÓN DE LOS PRONUNCIAMIENTOS RECAÍDOS EN PROCESO DE DISTINTA NATURALEZA. VALOR DE LOS MISMOS.

S 11 marzo 1980 (RA 1050)

HECHOS: En un proceso seguido por delito de abandono de familia, la Audiencia resolvió acerca de la privación de la patria potestad y de la autoidad marital, en uso de las facultades que confiere el párr. 3.º del art. 487 del Código penal.

CONSIDERANDO: «Aun cuando la base fáctica de este proceso penal y la de los anteriores procedimientos civiles y canónicos a los que se alude por el recurrente, fuese la misma en su estructura natural, que no lo es, sino completamente distinta, aunque hipotéticamente fuese la misma, se decía, en nada podrían obstaculizar los pronunciamientos que el Tribunal de lo penal estimase procedente hacer en aplicación de preceptos penales de derecho sustantivo las valoraciones jurídicas que de los hechos hubiesen sido realizadas por otras jurisdicciones, dada la autonomía de unas y otras y la no vinculación del Tribunal de lo penal a lo que en aquéllas se hubiese resuelto, dado que, por razón de los distintos principios que informan los respectivos procesos y, muy especialmente, por los que gobiernan la prueba, se puede llegar, en unos y otros, a conclusiones distintas, sin que por ello se pueda hablar de resoluciones contradictorias, cuya existencia presupone la identidad fáctica y jurídica, de manera que lo único que ocurre es que la sentencia penal o la civil pueden tener en el proceso de distinta naturaleza a aquél en el que fueron dictadas, el valor de un hecho jurídico determinante o condicionante de la resolución».

4. FUENTES DEL DERECHO PROCESAL PENAL

APLICACIÓN DE LAS LEYES PROCESALES EN EL TIEMPO: IRRETROACTIVIDAD.

1) Auto 24 enero 1980 (RA 138)

HECHOS: Aplicación de la Ley de 4 diciembre 1978, que reorganiza los Cuerpos de Seguridad del Estado.

CONSIDERANDO: «Las normas de carácter procesal penal son aplicables una vez promulgadas a los procesos pendientes por su naturaleza de orden público, siempre que concurra la doble condición de que la regla nueva no implique invalidez de las actuaciones practicadas con anterioridad bajo el imperio de la normativa derogada o modificada y que la nueva norma competencial no grave o perjudique la situación inculpatória y responsable de los encausados».

2) Auto 19 febrero 1980 (RA 494)

HECHOS: Aplicación de la Ley de 4 diciembre 1978, que reorganiza los Cuerpos de Seguridad del Estado.

CONSIDERANDOS: «El principio de irretroactividad que establece el artículo 2.3 del C. Civ., es de aplicación a todas las leyes, tanto las materiales como las adjetivas o procesales, por lo que éstas no pueden ser aplicadas a los procesos ya terminados ni a los actos procesales ya realizados en los procesos en curso, pero en cambio, sí lo son para los actos que se realicen con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor, sin que ello implique retroactividad, ya que ésta, institucionalmente, supone aplicación «ad preteritum» por lo que en modo alguno se da cuando la aplicación de la norma se hace «ad futurum».

El hecho de que en muchas ocasiones se haya dicho que las leyes procesales tienen efectos retroactivos, para con fundamento en tal afirmación, justificar la aplicación de las mismas a los procesos en curso a la fecha de su entrada en vigor, tuvo su origen, sin duda, en el error técnico que supone el no distinguir entre la acción y la relación jurídica material y la acción y la relación jurídico-procesal y la autonomía que éstas tienen respecto a

aquéllas, con la trascendencia que de ello se deriva, a los efectos del problema que aquí se trata, que luego se dirá; pues, como queda dicho, la justificación de la aplicación de la nueva ley a los procesos pendientes es que sólo se aplica respecto a los actos que se realicen en el futuro, por lo que mal se pueda hablar de retroactividad».

«El argumento de que se pueden quebrantar los principios de irretroactividad, con la consiguiente vulneración de derechos públicos subjetivos ya adquiridos, así como el principio de la «perpetuatio jurisdictionis», es totalmente inadmisibles por las razones siguientes: a) En el proceso penal hay que distinguir el fondo de la forma, es decir, la ley penal que en él se actúa y la ley procesal que establece el procedimiento o vehículo necesario para la aplicación de aquélla y para que el proceso alcance el fin para el que se halla establecido, consecuencia de cuya distinción es: 1.º Que el inculcado tiene derecho a ser juzgado conforme a la ley penal de derecho sustantivo que se hallaba en vigor en el momento de cometer el delito, como así lo exigen los principios, «nullum crimen nulla poena sine lege»; el de irretroactividad del art. 23 del C. P. (salvo la excepción del art. 24) y el superior de la seguridad jurídica, en virtud del cual, los ciudadanos no tienen otra obligación que la de atemperar su conducta a lo que dispongan las normas en vigor en el momento histórico en el que realizan un determinado acto, por lo que tan sólo dichas normas deben ser aplicadas para el enjuiciamiento de tal acto con absoluta independencia de los cambios o modificaciones legislativas que, posteriormente, puedan producirse. 2.º Que en cambio, tratándose de la Ley procesal, el inculcado únicamente tienen derecho a que se respete el principio de legalidad, en el sentido de que se observen las normas procesales en vigor en el momento de iniciación del proceso y durante cualquiera de sus etapas, pero en absoluto a que se apliquen las nor-

mas que se hallaban en vigor cuando se cometió el delito, o, incluso, cuando se inició el proceso y ello por la sencillísima razón, del carácter de orden público, o del interés público que prevalece en el Ordenamiento Procesal Penal, que hace que las normas de carácter procesal, ya sean de procedimiento o relativas a la competencia, deban aplicarse a partir de la fecha de su entrada en vigor a los procesos pendientes, pues lo concerniente a lo que se estime más conveniente para el esclarecimiento o averiguación de los delitos así como a cuál de los órganos jurisdiccionales del Estado se reputa más idóneo para juzgar de los delitos o causas de que se trate, es algo que trasciende del interés privado del inculcado sobreponiéndose al mismo, y, por otra parte, aunque la mutación de las normas de Derecho Procesal, por la interrelación existente entre las diversas ramas del Derecho pueda trascender a lo sustantivo, como ya ha declarado esta Sala, ello no es obstáculo para que siempre se deje a salvo lo dispuesto en el art. 24 del C. P. b) Porque el principio de «perpetuatio iurisdictionis» de origen, raigambre y naturaleza eminentemente civil, que tiene por finalidad el evitar que pueda sustraerse, a partir de determinado momento procesal, el conocimiento de un proceso al órgano jurisdiccional que se hallare conociendo de él, no ha sido admitido en el campo civil sin limitaciones, ya que si ello se admite en absoluto en cuanto a que no pueda alterarse la competencia por un acto de voluntad de alguna de las partes, no ocurre lo mismo para el supuesto que con posterioridad se hayan producido modificaciones legislativas las que pueden justificar que la jurisdicción no se perpetúa y si ello es así en el campo del Derecho Procesal Civil regulador del proceso gobernado por el «principio de parte» en el que se busca la verdad a través del cruce de interés iusprivatístico contrapuesto, es obvio, que mal se puede pretender una inflexible aplicación del mismo al proceso penal

dominado por principios diametralmente opuestos, y en el que, como queda dicho, el inculpado no tiene otros derechos que los derivados del principio de legalidad en el doble aspecto sustantivo y procesal, o sea, a que, en el primer aspecto, no se le pueda juzgar por otra ley que la que se hallaba en vigor en el momento de la comisión de hechos delictivos y, en el segundo, a que se observen, exclusivamente, las normas procesales que se hallen en vigor al tiempo de iniciación del proceso y en cualquiera de sus etapas».

5. COMPETENCIA

OBJETIVA: CUESTIÓN DE COMPETENCIA ENTRE ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE DIVERSA JERARQUÍA.

1) Auto 17 enero 1980 (RA 103)

HECHOS: La Audiencia Nacional declinó su competencia en favor de la Audiencia Provincial de Barcelona, que suscitó la cuestión de competencia por entender que le correspondía el conocimiento del asunto a la Audiencia Nacional.

CONSIDERANDO: El T. S. estima que no cabe suscitar cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales de distinta jerarquía. Es el órgano superior «a quien corresponde decidir en definitiva qué órgano debe conocer o seguir conociendo del asunto de que se trate» y el Tribunal jerárquicamente inferior sólo puede hacer presente al superior «las razones que le asisten para creer que a él corresponde o no incumbe el conocimiento de determinado asunto».

La misma doctrina y entre los mismos órganos (Audiencia Nacional y Audiencia Provincial de Barcelona), en Auto 5 febrero 1980 (RA 446).

2) S 24 enero 1980 (RA 126)

HECHOS: La cuestión de competencia se suscita y empeña entre la

Audiencia Nacional y la Audiencia Provincial de Barcelona, también. La Audiencia Nacional declinó su competencia a la de Barcelona al estimar el artículo de previo pronunciamiento propuesto por el Ministerio Fiscal.

CONSIDERANDO: Se reproducen las argumentaciones señaladas.

TERRITORIAL: LUGAR EN QUE SE REALIZÓ EL HECHO Y JUEZ QUE CONOCIÓ PRIMERO. DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN CAUSAL DUDOSA.

Auto 14 febrero 1980 (RA 594)

HECHOS: Competencia empeñada entre el Juzgado de distrito de Barco de Valdeorras y el de igual clase de Ponferrada para conocer del juicio de faltas instruido por accidente de caza a consecuencia del cual sobrevino, al parecer, la muerte de un hombre, por haberse producido el accidente en la circunscripción del Juzgado de Barco de Valdeorras y la muerte, que se atribuye a deficiente atención médica, en la localidad de Ponferrada.

CONSIDERANDO: El T. S. resuelve la cuestión de competencia en favor del Juzgado de Barco de Valdeorras «no sólo porque fue el primero en conocer del hecho y el que ejerce jurisdicción en el lugar en que se realizó el mismo, sino también, porque lo que plantean los herederos de la víctima es un problema de interferencia causal que debe ser estudiado y resuelto por el mismo órgano judicial que entiende del único accidente, pues de no hacerse así se dividiría la llamada continenencia de la causa, lo que podría dar lugar a dos resoluciones contradictorias», sin perjuicio de que por el Juzgado competente «pueda condenarse a los citados médicos si se demostrase que la negligencia de éstos había roto la relación causal, iniciando otra nueva serie determinante del óbito, por lo que para resolver la eficiencia de una sobre la otra sería necesario estudiar

el curso dinámico del acontecimiento en su unidad material, sin lo cual resultaría imposible determinar la culpabilidad de cada uno de los intervinientes en el suceso, para lo que en todo caso es indispensable el conocimiento total de la causa por un solo juzgado».

TERRITORIAL: DELITO CONTINUADO.

S 7 marzo 1980 (RA 1038)

HECHOS: Se sostiene por el recurrente que aunque el autor del delito residiera en Barcelona, hay perjudicados en Madrid y en otras provincias, lo que le restaría jurisdicción.

CONSIDERANDO: «Cuando se trata de infracciones delictivas continuadas o también de las profesionales o de hábito las manifestaciones aisladas que se produzcan en diversos territorios jurisdiccionales deben ceder en favor de la competencia del juez del lugar donde radique el centro de las actividades comerciales y en que se fraguaron los distintos delitos, por imponerle así la defensa del principio de unidad procesal, la economía del procedimiento y la necesidad de que en tan singular supuesto se dé prevalencia al centro de la empresa criminal que atrae la competencia, eludiendo dividir la continenencia de la causa, con riesgo de inseguridad y contradicción» —Resoluciones de 9 enero 1948 y 24 mayo 1972.

TERRITORIAL: CUESTIONES DE COMPETENCIA; RESOLUCIÓN POR EL SUPERIOR JERÁRQUICO COMÚN.

Auto de 12 de enero 1980 (RA 75)

HECHOS: Cuestión de competencia suscitada entre dos Juzgados de Instrucción de distintas provincias, pero comprendidos en el distrito de una misma Audiencia Territorial.

CONSIDERANDOS: «Que a tenor del art. 20, 3.º de la LECRIM, son superiores jerárquicos para resolver las cuestiones de competencia de las Audiencias de lo Criminal del mismo territorio, la Audiencia Territorial en pleno. El párrafo último del aludido precepto habla de que «cuando cualquiera de los jueces o Tribunales, no tenga superior inmediato común, decidirá la competencia el que lo sea en el orden jerárquico y a falta de éste, el Tribunal Supremo».

«Que en aplicación de estos preceptos legales la resolución de este Tribunal de 14 de octubre de 1977 (R. 3709) estableció que si cuando las cuestiones de competencia se plantean entre Audiencias de lo Criminal del mismo territorio, es superior jerárquico, para resolver la Audiencia Territorial en pleno, es claro que por la misma razón ésta debe resolver tales cuestiones entre jueces del mismo territorio, aunque pertenezcan a Audiencias distintas, reservándose solamente la resolución de la competencia a esta Sala cuando no tengan superior inmediato común, en el orden jerárquico».

6. PARTES

LEGITIMACIÓN. PARA INTERPONER EL RECURSO DE CASACIÓN.

1) S 23 enero 1980 (RA 122)

HECHOS: El procesado por delito de homicidio recurre contra la sentencia porque en ella se acuerda una indemnización de 400.000 ptas. a los herederos de la víctima en lugar de a sus familiares, entendiéndose se ha inaplicado el art. 104 del Código penal.

CONSIDERANDO: El T. S. desestima el recurso por «carecer de utilidad» y porque «la casación se da para defender derechos propios y no ajenos».

2) S 28 enero 1980 (RA 246)

HECHOS: En proceso seguido por imprudencia con ocasión de la conducción de vehículo de motor, la Compañía aseguradora interpone recurso de casación.

CONSIDERANDO: «Con independencia de lo dispuesto en el párr. 3.º de la regla quinta del art. 784 de la L. E. Crim., la legitimación de la Compañía aseguradora para interponer el presente recurso, es sumamente dudosa, puesto que el fallo de la sentencia recurrida sólo contiene la condena, en defecto del procesado, del «responsable civil subsidiario», y, ya es sabido, que si se trata de Seguro Obligatorio, la Compañía aseguradora es responsable directa dentro de los límites de dicho seguro, y si se trata de Seguro Voluntario —lo que no aclara dicha sentencia—, su responsabilidad, «ex contrato» y no «ex delicto», es claramente extrapenal y no debe declararse de ordinario ni exigirse en otro cauce que en el del proceso civil».

7. ACTOS PROCESALES

CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL. NÚMERO DE MAGISTRADOS.

S 5 marzo 1980 (RA 945)

HECHOS: En un proceso por delito de asesinato con las agravantes de reiteración, reincidencia y desprecio del sexo, en el que se pidió y se condenó al procesado a la pena de treinta años de reclusión mayor, el Tribunal se había constituido con tres magistrados, y por este motivo recurre el procesado, por considerar debían haber sido cinco los magistrados componentes del Tribunal, estimando el recurso el T. S.

CONSIDERANDOS: «El art. 145 de la L. E. Crim., de acuerdo con la redacción que le dio la Ley de 20 abril 1888, que a su vez suprimió el párr. 2.º del art. 153

de la misma Ley procesal, que requería para la imposición de la «pena de muerte y la perpetua» tres votos favorables, de vigente aplicación establece: que «para dictar sentencia, en las causas en que se hubiere pedido pena de muerte, cadena o reclusión perpetua», serán necesarios cinco Magistrados, de donde se deduce, con toda claridad, que para la constitución del Tribunal con este número obligatorio, el requisito básico y fundamental, por el carácter imperativo con que se expresa la Ley sobre el presupuesto procesal de tipo numérico en la constitución del órgano judicial, descansa en el «petitum» de la pretensión de alguna de las partes, lo que motiva que esta formación orgánica esté condicionada al requisito formal del ejercicio de la pretensión y al material de su contenido de pena de muerte, cadena o reclusión perpetuas. Requisitos formal y material que nunca han de perderse de vista, para poder concretar los supuestos en que la exigencia de presupuesto procesal que se analiza tiene carácter imperativo, y su inobservancia acarrea el motivo casacional que se invoca».

«El requisito material, al referirse a la clase de pena, viene determinado por la norma o ley penal y está sometido, por consiguiente a los vaivenes o movimientos legislativos que tenga el precepto sancionador sobre la clasificación, duración y efectos de las penas, y ello motivó, que, con la promulgación del C. P. de 1932, al abolirse la pena de muerte y la cadena o reclusión perpetuas y establecer la de reclusión mayor, como sucedánea, con duración de veinte años y un día a treinta años, se presentare el problema de si es necesario o no constituir el Tribunal con cinco Magistrados cuando se pide la pena de reclusión mayor, problema que en la actualidad subsiste en los mismos términos, pues si bien es cierto que la pena de muerte fue restablecida por Ley de 11 octubre 1934, ésta ha sido abolida por la Constitución vigente en su art. 15, «salvo lo que puedan disponer las leyes pena-

les militares para tiempos de guerra», cuestión que si en el aspecto material tiene como brújula y guiadora la humanización del sistema punitivo, en el formal o procesal debe ser analizado bajo la doble vertiente de la economía que debe presidir la dinámica procesal y de las garantías máximas que en el procedimiento debe tener la persona que se somete al mismo».

«Del examen de la jurisprudencia de esta Sala y de la doctrina de la Fiscalía del T. S. —hoy Fiscalía General del Estado—, se pone de relieve la existencia de una triple solución al problema específico y concreto de si el Tribunal de instancia ha de constituirse con tres o con cinco Magistrados, cuando se pida por alguna de las partes la pena de reclusión mayor: 1.ª La que entiende que solamente es preciso tres magistrados, en cuanto que la pena de reclusión mayor es de carácter temporal, sin que pueda traspasar los treinta años como ocurría con las denominadas perpetuas —SS. 28 febrero 1948, 5 abril 1952, 8 mayo y 16 noviembre 1961; 2.ª La que determina que será necesaria la constitución del Tribunal con cinco Magistrados «siempre que se formule escrito de calificación en el que se solicite por el Fiscal o acusaciones personadas en la causa, pena de reclusión mayor a muerte», tratando de buscar esta vinculación cuantitativa de Magistrados, «más que al grado de la pena señalado en el acta de acusación», en «la que verdaderamente corresponda al delito calificado», como medida cautelar, con el fin de que el Tribunal pueda tener jurisdicción para imponer la pena que estime conveniente —S. de 24 mayo 1965 y Circular de la Fiscalía de 21 marzo 1970—; y 3.ª La que reclama la formación del Tribunal con cinco Magistrados cuando la petición de pena sea la de treinta años de reclusión mayor, debido a la semejanza, que esta duración tiene con la condena o reclusión perpetuas, hasta el extremo que puede ser considerado como sucedánea de las mismas, como se refleja en las SS. de 21 noviembre

1969, 27 diciembre 1973, en las que de modo explícito se dice que las penas perpetuas han sido reemplazadas por la de reclusión y se desprende de la propia Exposición de motivos del C. P. de 1932».

«Esta Sala, en el momento actual —dada la abolición de las penas de muerte y cadena o reclusión perpetuas— y en el caso sometido a casación —acusación por parte del Ministerio Fiscal con petición de treinta años de reclusión—, ante el criterio más o menos dubitativo y vacilante de la doctrina para la resolución del problema planteado, se ve obligado a declarar, que la constitución del Tribunal con cinco Magistrados será necesaria cuando se den los siguientes supuestos: 1.º que exista petición punitiva por alguna de las partes y no solamente calificación delictiva, con posible penalidad, en cuanto que el artículo 145 L. E. Crim. así lo determina; 2.º que la petición sea de treinta años de reclusión mayor, porque este límite es el que permite determinar la semejanza con la cadena o reclusión perpetuas y considerar la reclusión mayor como sucedánea de éstas ya que podían quedar reducidas a este límite temporal por indulto «ex officium». Necesidad que si bien es cierto que se declara en perjuicio de la economía procesal ante el hecho de la dificultad que presenta, en no pocos casos, la constitución del Tribunal con más número del ordinario, se hace en beneficio del espíritu que reclama toda la legislación vigente de garantizar y tutelar las libertades y los derechos de las personas, por lo que únicamente cuando la petición sea la indicada o cuando el Tribunal pretenda su imposición, es preciso la formación del Tribunal con los cinco Magistrados, ya que es mucho mayor el número de veces que se pide la reclusión mayor sin el límite de treinta años, que con esta duración temporal y con ello se permite conjugar el principio de economía procesal con el que reclaman las garantías procesales.

8. ACTOS ANTERIORES AL JUICIO ORAL

CUESTIONES PREVIAS: COSA JUZGADA.

S 28 enero 1980 (RA 249)

HECHOS: En un proceso por delito de atentado a Agente de la Autoridad se alega de forma extemporánea por el procesado la excepción de cosa juzgada, por existencia de un anterior juicio de faltas, que el T. S. desestima considerando su proposición extemporánea, la falta de identidad de acción: calificación del hecho enjuiciado y la falta de competencia, lo que produjo una nulidad radical.

CONSIDERANDO: «El tema de la cosa juzgada planteado en el primer motivo del recurso tiene su regulación legal, matizada por la jurisprudencia, que en síntesis, puede concretarse en los siguientes principios: 1.º que se alegue en tiempo y forma. Es tiempo oportuno, según el art. 667 de la L. E. Crim. el término de 3 días a contar desde el de la entrega de los autos para la calificación de los hechos. Es igualmente tiempo oportuno, la reproducción en el juicio oral, como medios de defensa las cuestiones previas que se hubieran desestimado, excepto la declinatoria de jurisdicción a tenor del artículo 678 de la propia ley de enjuiciar. Es forma adecuada, en primer lugar, las generales exigidas para los escritos de calificación —Abogado y Procurador— acompañando los documentos adecuados, o designación de archivos con las copias del escrito y los documentos, a tenor del art. 668 de la L. E. Crim. 2.º En cuanto al fondo, que se reúnan las tres identidades esenciales subjetivas —de personas— objetiva de cosas y de acción que se requiere, para la aplicación del principio «non bis in idem» —S. de 13 marzo 1970—, esto es identidad de personas que hubieran sido parte en el proceso resuelto por sentencia firme y las del nuevo proce-

so; identidad de objeto o cosa material o lo que es lo mismo identidad de los hechos enjuiciados en ambos procesos que constituyen el delito en ellos perseguido, extensivo también a los términos en que hubiera sido en ellos planteado el problema penal; identidad de acción, no considerando ésta sólo en atención a su naturaleza y esencia, pues en tal forma, en el orden penal, todas serían idénticas, por derivarse siempre de una infracción penada en la Ley, sino que ha de remitirse con preferencia a la causa o razón de pedir o sea el concepto o calificación del hecho enjuiciado para que así sea ajustada y correcta la aplicación del principio «non bis in idem» —SS. de 17 mayo 1946, 27 y 31 octubre 1941, 13 abril 1942 y 15 abril 1946, entre otras—. Ello impide, en vías de la estabilidad y seguridad de toda resolución judicial, que el órgano jurisdiccional pueda volver sobre sus propios actos, con pretensiones idénticas en proceso distinto del anterior, porque se estiman definitivamente juzgadas. 3.º En cuanto al órgano jurisdiccional que las dictó se exige otro presupuesto igualmente indispensable: Que la resolución precedente, invocada en el juicio posterior, haya sido dictada por Juez que posea jurisdicción y competencia objetiva suficiente, para actuar y decidir; de tal forma que si la sentencia primera la dicta un Juez Municipal, que sólo posee jurisdicción para conocer los juicios de faltas, haciéndolo en relación a hechos que deban calificarse como estrictos delitos, atribuidos en su conocimiento a los jueces de Instrucción y a las Audiencia provinciales, es evidente que por radical ausencia de jurisdicción resulta nula tal resolución y no puede impedir que se persiga posteriormente el propio hecho valorado como delito, por ser la decisión dictada con notoria incompetencia y en virtud de una pretensión distinta, de la que con arreglo a ley vinculante, correspondía ejercer, ya que los Jueces Municipales, carecen ciertamente de facultades para conocer de los delitos y

sus decisiones no pueden producir sobre éstos los efectos de cosa juzgada. Por tanto su conocimiento y decisión se ejerció indebidamente y con desahucio, produciéndose una nulidad de pleno derecho en los juicios de faltas en tales circunstancias, por carencia de jurisdicción a tenor del art. 4.º de C. Civ. y el carácter de orden público de las normas procesales sobre competencia, que por ser de carácter improrrogable, escapan de la esfera privada, y aun de la pública indebidamente ejercitada —SS. de 27 junio 1887, 12 abril 1930, 2 diciembre 1946 y 24 marzo 1971, entre otras».

9. JUICIO ORAL

SUSPENSIÓN DE LA APERTURA DEL JUICIO ORAL: POR NO TENER LAS PARTES PREPARADAS LAS PRUEBAS POR MOTIVOS INDEPENDIENTES DE SU VOLUNTAD.

S 26 marzo 1980 (RA 1191)

HECHOS: Se recurre al amparo del art. 850, 1.º de la L. E. Crim. alegando que el Tribunal no accedió a suspender el señalamiento del juicio oral y la iniciación de las sesiones del mismo, siendo así que la parte no tenía preparadas, por motivos independientes de su voluntad, las pruebas ofrecidas en su escrito de calificación provisional —artículo 745 de la L. E. Crim.—.

CONSIDERANDO: Esta suspensión «no se ajusta estrictamente a las exigencias de la L. E. Crim., «el cual se refiere tan sólo a la denegación de alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente; pero, a pesar de ello, ya es sabido que, este Tribunal, mediante interpretación progresiva y extensiva del precepto, ha subsumido en él, de modo constante, supuestos como los de autos en los que la Audiencia no accede a la suspensión del juicio oral a pesar de no

hallarse dispuestas alguna o algunas de las pruebas oportunamente solicitadas y declaradas pertinentes; si bien, naturalmente, en estos casos, lo relevante ya no es la pertinencia de la prueba propuesta, sino la trascendencia de la frustración de la misma, esto es, la necesidad de practicarla, extremo éste que el art. 745 citado, al emplear el tiempo verbal «podrá», encomienda al prudente criterio del Presidente del Tribunal de instancia, aunque esta discrecional facultad es revivable en casación, donde es posible fiscalizar la decisión de dichos Presidentes, determinando el acierto o desacierto de la misma a la luz de la índole de la prueba frustrada, de su influencia en la formación de la convicción de la Audiencia correspondiente sobre los problemas fácticos que defiera el proceso, del objeto de dicha prueba y, finalmente, de la indefensión en que pueda haber quedado la parte que la propuso como consecuencia de la no aceptación de la misma».

PRUEBA. CAREO: POSIBILIDAD DE REVISAR EN CASACIÓN LA DENEGACIÓN DE SU PRÁCTICA.

S 5 febrero 1980 (RA 441)

HECHOS: En recurso de casación interpuesto al amparo del núm. 1.º del art. 850 de la L. E. Crim., por denegación de un careo, el T. S. entra a examinar su naturaleza y la posibilidad de recurrirse en casación.

CONSIDERANDO: «Como con gran reiteración ha declarado este Tribunal, entre otras, en Sentencias de 26 abril 1890, 19 enero 1905, 30 enero 1903, 8 julio 1930, 8 noviembre 1966 y 29 abril 1968, el acordar lo que se estime procedente en orden a la celebración o no de un careo propuesto por las partes, entra dentro de las facultades concedidas por la Ley al Tribunal de instancia no revisables en casación, ya que el careo no es ciertamente un verdadero y propio medio de prueba sino

más bien una ampliación de las practicadas o el contraste entre dos testimonios, cuya práctica únicamente autoriza el art. 455 de la Ley Procesal Criminal, cuando no fuere conocido otro medio de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados». «Aunque no fuere así, y se calificase hipotéticamente, como una modalidad de la prueba testifical, siempre resultaría que quedaría sujeta a las reglas de ésta».

SUSPENSIÓN DEL JUICIO ORAL: PRESUPUESTOS Y REQUISITOS.

S 18 enero 1980 (RA 106)

HECHOS: En recurso de casación interpuesto al amparo del art. 850, 1.º de la L. E. Crim. por haberse denegado la suspensión del procedimiento por la incomparecencia de un testigo, el T. S. entra a considerar ciertos extremos de la suspensión del juicio oral.

CONSIDERANDO: «Si bien es cierto que la paralización procesal tiene como fines el hallazgo de la verdad y garantizar la defensa de las pretensiones ejercitadas en el proceso, también es necesario que concurren determinados requisitos para evitar caminos tortuosos susceptibles de producir dilaciones procesales atentatorias contra los principios de economía procesal y eficacia de la justicia, ya que ha de ser propuesta antes de la terminación del juicio oral, ha de tener conexión con el objeto o contenido del procedimiento, y la negación ha de producir indefensión para las partes, siendo preciso, a estos efectos, la formalización del contenido de la causa alegada como motivo de la suspensión y el hacer constar la correspondiente protesta ante la negativa del Tribunal».

SUSPENSIÓN DEL JUICIO ORAL: POR INCOMPARECENCIA DE TESTIGOS.

S 17 enero 1980 (RA 99)

HECHOS: En proceso seguido por el procedimiento de urgencia se recurre al amparo del art. 850, 1.º de la L. E. Crim., por denegación de diligencia de prueba, al no haberse suspendido el juicio oral por la incomparecencia de un testigo.

CONSIDERANDOS: Entre otros extremos el T. S. estima que: a) «la potestad de suspensión o continuación del juicio oral por incomparecencia de testigos es facultad discrecional del Tribunal juzgador, supeditada a que éste considere necesaria la declaración del testigo o testigos», sin que esta determinación haya de ser razonada; b) al formular la protesta por la no suspensión tras la incomparecencia, la parte a quien interese la declaración debe presentar el interrogatorio que se proponía formular al testigo, para aportar elementos de juicio al Tribunal; c) «tal interrogatorio resultaba trascendente formularlo para valorar, en la censura que implica la casación, si la determinación de continuar el juicio era o no correcta por la importancia de la declaración dejada de prestar, en donde radica el natural y jurídico límite de la potestad del Tribunal «a quo», evitando de un lado cualquier posible indefensión y, de otro, el que las partes entorpezcan y demoren el proceso, provocando suspensiones por motivaciones carentes de relevancia».

Inciendo en la necesidad de aportar el interrogatorio que pensaba formularse a los testigos incomparecidos para estimar la indefensión, vid. también Sentencias de 25 enero 1980 (RA 433), 20 febrero 1980 (RA 497), 1 marzo 1980 (RA 914) y 7 marzo 1980 (RA 1042), así como las reseñadas en el apartado correspondiente a *Recurso de casación: Por quebrantamiento de forma. Por denegación de alguna diligencia pertinente de prueba propuesta en tiempo y forma.* Asimismo Sentencia 29 febrero 1980 (RA 779), en la que se alude a esta circunstancia, significándose además que no cabe estimar el

recurso porque los testigos incomparecidos no fueron propuestos por los recurrentes, sino por el Ministerio Fiscal que no pidió la suspensión del juicio por ese motivo.

10. SENTENCIA

SU ESTRUCTURA.

S 20 marzo 1980 (RA 1164)

HECHOS: Se consignan en los considerandos ciertos extremos de hecho.

CONSIDERANDO: Toda sentencia y más las de instancia, constituyen «un todo orgánico y armónico», y en consecuencia hay que reconocer, «como ya ha afirmado esta Sala en reiteradas resoluciones —entre ellas las de 10 diciembre 1953, 20 mayo 1954, 18 junio 1963 y 18 febrero 1964— que constituidas las sentencias de instancia por resultandos y considerandos, aun cuando los hechos probados deben surgir con claridad de los primeros, la omisión en éstos de algún detalle de relevancia, no constituye obstáculo para que completados en algún considerando se les otorgue el valor que las circunstancias requieran».

OMISIONES.

S 15 marzo 1980 (RA 1127)

HECHOS: En proceso seguido por delito de estafa se recurre alegando falta de claridad en los hechos probados y el T. S. hace ciertas consideraciones en torno a las omisiones y a la claridad de las sentencias penales.

CONSIDERANDO: «Las sentencias pueden ser claras aunque incompletas, de manera que cuando esto último ocurra, las omisiones, en caso de no ser supuestas y sí reales, a lo que pueden dar lugar es, o bien a que se completen utilizando el procedimiento legalmente establecido al efecto (vía del

núm. 2.º del art. 849 de la L. E. Crim.), o bien a un recurso de fondo cuando las mismas afecten a uno de los elementos fácticos que sean integrantes del tipo penal de que se trate y, por otra parte, esta Sala también ha venido declarando que los Tribunales de lo penal sólo tienen que consignar en el Resultando de hechos probados aquéllos sobre los que hubiere formado convicción o estado de conciencia y que sean esenciales para posterior calificación jurídica, como antecedente obligado del fallo, sin que vengan vinculados a la consignación de aquéllos que las partes puedan estimar procedentes en apoyo de sus respectivas tesis, cuya omisión en el resultado puede ser debido, o bien a que no quedaron probados o bien a que la Sala no estimó necesario el consignarlos por no estimarlos trascendentes a los fines perseguidos en el proceso».

En el mismo sentido cfr. Sentencias 25 enero 1980 (RA 245) y 4 febrero 1980 (RA 435).

Véase con carácter general la jurisprudencia que se cita en *Recurso de casación: Por quebrantamiento de forma. Por no expresar clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados.*

11. RECURSOS

CASACIÓN: DOCTRINA GENERAL DE LA CASACIÓN PENAL. FORMALIDADES EXIGIDAS.

1) S 18 enero 1980 (RA 108)

HECHOS: En recurso por no expresar la sentencia clara y terminantemente cuáles eran los hechos que se declaraban probados, el T. S. expone unas ideas previas sobre la casación y su formalismo, ya que el recurrente alega vulneración del art. 851, 1.º de la L. E. Crim., que comprende tres incisos tuteladores.

CONSIDERANDO: «Siendo la casación un recurso de carácter extraordinario al darse contra resoluciones de

finitivas y de naturaleza predominantemente formal al venir específicamente regulado en el cap. 1, tít. 1, del libro 5.º de la L. E. Crim., a sus preceptivas normas han de acomodarse y someterse quienes lo formulan, sin que éstas autoricen o permitan una libertad de interpretación tendente a una aplicación subjetiva de las reglas establecidas, que afectando al orden público procesal, deben ser observadas y guardadas a tenor a su propio texto en el proceso penal, sin que las omisiones advertidas o desviaciones e irregularidades cometidas por las partes tanto en la preparación como en la interposición del recurso puedan ordinariamente prosperar por la pasiva o tática dispensa de este Tribunal, por cuanto la citada ley adjetiva las prevé y sanciona por denuncia de cualquier otra parte legitimada o meramente de oficio, con la inadmisión total o parcial del recurso así afectado, en trámite previo de instrucción al de su Vista, por las concretas causas señaladas en el art. 884 de la misma».

2) Auto 8 febrero 1980 (RA 458)

HECHOS: El recurrente, al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la L. E. Crim., no hace el breve extracto exigido en el párrafo final del núm. 1.º del art. 874 del mismo cuerpo legal, ni argumentación que apoye su mera enunciación. El T. S. entra a considerar las formalidades de la casación.

CONSIDERANDOS: se reproduce literalmente la doctrina sentada en la sentencia anterior, de 18 de enero.

3) Véase, respecto a las formalidades de la casación, en relación con la preparación e interposición al amparo del núm. 1.º del art. 851 de la L. E. Crim., *infra*, Auto 7 febrero 1980 (RA 453).

4) S 20 marzo 1980 (RA 1164)

HECHOS: Ante la parquedad de hechos consignados en la sentencia se

articula recurso al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la L. E. Crim. El T. S. entra a examinar el recurso teniendo a la vista los autos originales.

CONSIDERANDOS: Se estima que se han consignado como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, predeterminaban el fallo, por lo que el T. S. llama la atención a la Sala de Instancia, pero considera este extremo sin trascendencia por no haberse utilizado la vía formal precedente.

CASACIÓN: PREPARACIÓN E INTERPOSICIÓN AL AMPARO DEL NÚM. PRIMERO DEL ARTÍCULO 851.

Auto 7 febrero 1980 (RA 453)

HECHOS: El recurrente no especifica el inciso del núm. 1.º del art. 851 que prepara.

CONSIDERANDO: «Es doctrina constante de esta Sala que cuando se alega la infracción del art. 851, núm. 1.º de la L. E. Crim. como fundamento del recurso tanto en la preparación, como en la interposición, hay que especificar a cuál de los tres incisos se refiere, y ello no por tributo al formalismo casacional, sino en atención a la claridad e independencia de la argumentación, por la antinomia de la estructura de cada uno de ellos, y si no se cita el inciso concreto o se acumulan indebidamente los tres, son causas de inadmisión comprendida en el núm. 4.º del art. 884 de la Ley».

En el mismo sentido, Auto 27 marzo 1980 (RA 1198).

CASACIÓN: POR INFRACCIÓN DE LEY. POR INFRACCIÓN DE UN PRECEPTO PENAL SUSTANTIVO O NORMA DEL MISMO CARÁCTER. RESPETO A LOS HECHOS PROBADOS. INFRACCIÓN EN EL FALLO Y NO EN LOS CONSIDERANDOS.

1) S 6 febrero 1980 (RA 448)

HECHOS: En proceso seguido por imprudencia de que resulta absuelto el procesado, recurre la acusación particular alegando infracción del art. 565 del C. Penal, al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la L. E. Crim.

CONSIDERANDO: «Ese de absoluta y exigida necesidad respetar» los hechos probados «en toda su integridad, orden y significación sin tergiversarlos, ampliarlos o modificarlos en forma alguna, porque la esencia y finalidad del recurso interpuesto, que es el amparado en el núm. 1.º del art. 849 de la L. E. Crim., lo impone así de modo contundente».

2) S 18 febrero 1980 (RA 485)

HECHOS: En proceso por delito de robo recurre el procesado denunciando incorrecta aplicación de circunstancia agravante.

CONSIDERANDO: Para que el recurso al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la L. E. Crim. pueda prosperar «es menester que, partiendo de los hechos que se han declarado probados en la resolución impugnada, se haya infringido en la parte dispositiva de dicha resolución, un precepto penal, deduciéndose de estos prenotados que la conculcación debe encontrarse en el «fallo» de la resolución combatida y no en los razonamientos jurídicos de la misma, de tal forma que si, los dichos razonamientos fueran insuficientes o incorrectos pero a pesar de ello el fallo se ajustara a Derecho, el recurso no podría prosperar».

CASACIÓN: POR INFRACCIÓN DE LEY. POR INFRACCIÓN DE UN PRECEPTO PENAL SUSTANTIVO O NORMA DEL MISMO CARÁCTER. REVISIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA.

1) S 23 enero 1980 (RA 118)

HECHOS: Se recurre por el procesado al amparo del núm. 1.º del ar-

tículo 849 de la L. E. Crim ante un supuesto fáctico oscilante entre homicidio frustrado —como lo calificó la Audiencia y el T. S.— y lesiones.

CONSIDERANDO: «Como las conclusiones a que llegue el Tribunal de instancia, dentro de lo fáctico, tienen naturaleza inductiva, valorativa o subjetiva, tratándose en realidad de hechos-consecuencia, dichas inferidas conclusiones son revisables en casación, pudiendo este Tribunal, por la vía del núm. 1 del art. 849 de la L. E. Crim., examinar y analizar el acierto o desacierto con que las Audiencias han procedido al obtener una convicción que las ha decidido a subsumir el comportamiento del reo en uno u otro precepto, ratificando dicho criterio cuando haya sido certero y afortunado, y anulándolo en caso contrario».

2) S 13 febrero 1980 (RA 475)

HECHOS: La Audiencia absolvió al procesado del delito de allanamiento de morada. Recurre el Ministerio Fiscal alegando infracción por no aplicación del art. 496 del C. Penal relativo al delito de coacciones, por la ocupación de viviendas. El T. S. declara haber lugar al recurso.

CONSIDERANDO: «La Sala de casación tiene plena potestad para calificar de acuerdo con la legislación punitiva, aquellos hechos que constituyen la verdad oficial, sin que sea invocable ante este Tribunal la doctrina que entre otras jurisdicciones prohíbe el planteamiento, debate y decisión de cuestiones nuevas, sean de hecho o de derecho, no propuestas, debatidas y falladas ante el Tribunal de instancia, porque en lo penal toda cuestión fáctica y jurídica nace del hecho probado, según establece el núm. 1.º del art. 849 de la L. E. Crim. y de la calificación legal que le atribuya la Audiencia en sentido absolutorio o condenatorio, máxime tratándose de estimaciones calificativas sobre tipicidades homogé-

neas o conexas, estrechamente enlazadas, susceptibles de apreciación diversa por matices diferenciadores, como pueden serlo las referidas a subtipos agravados o atenuados, a homicidios frustrados y lesiones consumadas y a tipicidades incardinadas en distintos preceptos sometidos a criterios personales valorativos, siempre que se deduzcan de la resultancia fáctica, vinculante o intangible, forjada y afirmada por el Tribunal «a quo» de acuerdo con los arts. 142 y 741 de la referida Ley Procesal (Sentencia 29 mayo 1959)».

CASACIÓN: POR INFRACCIÓN DE LEY. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS RESULTANTE DE DOCUMENTOS AUTÉNTICOS.

Auto 18 enero 1980 (RA 108)

HECHOS: En recurso interpuesto al amparo de esta vía casacional, el Tribunal Supremo lo inadmite, pasando a considerar las características fundamentales y los requisitos necesarios para que pueda ser acogido el recurso, así como examinando su esencia.

CONSIDERANDOS: «La vía tutelar del núm. 2.º del art. 849, no presupone abrir un cauce a la revisión crítica de las probanzas del proceso, ni a la posibilidad de demostrar la escasa o nula fuerza suasoria de alguno de los medios probatorios que sirvieron al Juzgador «a quo» para formar su convicción, convirtiendo así la casación en una segunda instancia, sino que su ámbito es de mayor concentración y su naturaleza la propia del recurso extraordinario de la casación, al quedar reducido a conceder la oportunidad de evidenciar la relación de contradicción existente entre un hecho acreditado autónomamente por un documento que gozando de autenticidad plena y no hallarse desvirtuado por otras pruebas, está dotado de privilegiado rango jurídico-procesal, y un hecho de los fijados normalmente en la Sentencia de inestancia».

CASACIÓN: POR INFRACCIÓN DE LEY. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS RESULTANTE DE DOCUMENTOS AUTÉNTICOS. CONCEPTO DE DOCUMENTO AUTÉNTICO.

1) Auto 27 marzo 1980 (RA 1198)

HECHOS: El recurso se fundamenta en documentos pretendidamente auténticos, cuales informes periciales y diligencias obrantes en el atestado de la Policía Judicial, inadmitiendo dicho recurso el T. S.

CONSIDERANDO: «Son documentos auténticos aquéllos que aparte de reunir los requisitos extrínsecos de solemnidad formal y procedencia del funcionario legitimado para expedirlos dentro del orden de sus atribuciones, constituyen en cuanto al fondo —aspecto extrínseco o material— la demostración «erga omnes» de una verdad absoluta, patente e irrefutable, que por sí sola, sin complemento de otros datos y sin necesidad de acudir a deducciones, razonamientos, interpretaciones o subjetivas hipótesis, cualquiera que sea su fuerza lógica, son bastantes —litosuficientes— para imponerse, como contrarios e incompatibles a los hechos del relato judicial».

En el mismo sentido, Sentencia 3 marzo 1980 (RA 916).

2) S 23 febrero 1980 (RA 501)

HECHOS: Se aducen como documentos auténticos sendas certificaciones de otros tantos actos de conciliación instados por el recurrente contra el denunciante, en los que se estampa la afirmación de no haberse podido proceder a su normal celebración por no hallarse domiciliado ni ser residente en C. A., sino en C. M., el demandado según averiguaciones practicadas por el agente judicial. Se trata de un proceso por delito de allanamiento de morada.

CONSIDERANDO: La Sala, en doctrina constante «no concede el carác-

ter de autenticidad, para los referidos efectos, a ninguna clase de manifestaciones o declaraciones, cualquiera que sea la forma y modo en que aparezcan, ya que por manera alguna puede asegurarse la absoluta veracidad de sus contenidos».

CASACIÓN: POR INFRACCIÓN DE LEY. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS RESULTANTE DE DOCUMENTOS AUTÉNTICOS. CONTRADICTORIOS CON LOS HECHOS PROBADOS O QUE CONSTITUYAN OMISIONES O LAGUNAS ESENCIALES PARA LA CALIFICACIÓN.

S 23 febrero 1980 (RA 764)

HECHOS: Se aducen como documentos auténticos en esta vía casacional la inspección ocular y la diligencia de levantamiento de cadáver, que el T. S. considera auténticos, pero desestima este motivo por entender no se llenan otros requisitos necesarios para que pueda prosperar el recurso.

CONSIDERANDO: Se requiere «para dar lugar al motivo casacional del número 2 del art. 849 de la L. E. Crim. «que los particulares que se indican como demostrativos de la equivocación evidente del juzgador, en la apreciación probatoria, sean contradictorios con alguno de los supuestos fácticos que se declaran como probados, o constituyan omisiones o lagunas esenciales para la calificación correcta del delito, por afectar a alguno de sus elementos».

CASACIÓN: POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA. FACULTADES DEL TRIBUNAL SUPREMO.

S 9 febrero 1980 (RA 461)

HECHOS: En recurso de casación interpuesto por quebrantamiento de forma, por denegación de diligencia de prueba pericial, el T. S. entra a considerar las facultades que le correspon-

den en la decisión de estos recursos y en los interpuestos por infracción de ley, al amparo del núm. 1.º del artículo 849.

CONSIDERANDO: «Así como los recursos de casación por infracción de Ley interpuestos al amparo del número 1.º del art. 849 de la L. E. Crim., el relato de hechos probados delimita el campo operativo del Tribunal de Casación, cuya misión consiste en comprobar y resolver acerca de si la subsumción que de tales hechos hizo el Tribunal de Instancia en los preceptos penales de Derecho sustantivo en los que los incardinó ha sido o no la acertada, tratándose de recurso de forma, de la naturaleza a que corresponde el que aquí se trata, el Tribunal de Casación tiene más amplias facultades para adentrarse en las actuaciones a fin de formar su estado de conciencia acerca de la existencia o inexistencia de la alegada indefensión, pues al ser el procedimiento la suma de una serie de actos de parte y del Organismo Jurisdiccional ordenadamente enlazados entre sí para el logro del fin propuesto, de modo que cada acto se halla conectado con los precedentes y subsiguientes, no puede hacerse un acertado juicio valorativo sin tomar en consideración todos los eslabones de la cadena».

CASACIÓN: POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA. POR DENEGACIÓN DE ALGUNA DILIGENCIA PERTINENTE DE PRUEBA PROPUESTA EN TIEMPO Y FORMA. REQUISITOS.

1) S 9 febrero 1980 (RA 460)

HECHOS: Interpuesto recurso de casación por denegación de prueba pericial, el T. S. examina previamente los requisitos necesarios para que pueda estimarse este motivo de casación.

CONSIDERANDO: En cuanto a este motivo «la doctrina jurisprudencial de esta Sala —Sentencias de 18 y 24 febrero y 1 marzo 1977, 3 y 5 julio y 18 octubre 1978— tiene establecido que su

fundamento descansa en que no se produzca la indefensión de la pretensión de la parte que la propone, y que para su vivencia se den los requisitos siguientes: a) proposición de prueba con las exigencias legales en cuanto al tiempo o momento procesal y a la forma que requiera el trámite; b) denegación por el Órgano Judicial de la admisión o de la práctica; c) que se haga constar la correspondiente protesta, para evitar la subsanación por aquiescencia; y d) que el medio probatorio propuesto y denegado sea pertinente, pertinencia que debe concurrir en la doble vertiente de concerniente y conducente, en el sentido de que no solamente ha de tener relación con el proceso, sino también que sea necesaria para la valoración y formación del juicio fáctico, con lo que al lado de la conexidad material, debe darse la conexidad funcional».

2) S 14 marzo 1980 (RA 1123)

HECHOS: Se interpone recurso de casación por el Ministerio Fiscal por haberse denegado la práctica de la prueba testifical, al no acceder el Tribunal a la suspensión del juicio oral por la incomparecencia de un testigo.

CONSIDERANDO: Citando además de la anterior sentencia las de 22 marzo 1977 y 30 noviembre 1978, el T. S. reitera los cuatro puntos anteriormente señalados añadiendo además como requisito para que sea estimado este motivo y respuestas las actuaciones «que se hayan dado a conocer el contenido probatorio y los extremos sobre los que ha de versar» la prueba, «como medio de apreciar la pertinencia que reclama la Ley para la admisión y práctica de los medios probatorios».

3) En este sentido, señalando algunos extremos, sentencia 9 febrero 1980 (RA 461).

CASACIÓN: POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA, POR NO EXPRESAR CLARA Y TERMI-

NAMENTE CUÁLES SON LOS HECHOS QUE SE CONSIDEREN PROBADOS.

1) S 23 enero 1980 (RA 124)

HECHOS: Se aduce por el acusador recurrente en un proceso por delito de calumnia la omisión en la sentencia de instancia de una manifestación del procesado.

CONSIDERANDO: «Si bien es cierto que las omisiones pueden dar lugar a la oscuridad e ininteligibilidad de la narración fáctica de la sentencia, para ello es necesario igualmente que de las expresiones resulten manifestaciones anárquicas e incompletas, que produzcan la imposibilidad de un enjuiciamiento correcto por incomprensión o inexistencia de presupuestos esenciales para determinar el delito, sus grados de ejecución y participación, causas modificativas de la responsabilidad e indemnizaciones, objeto del proceso».

Esta doctrina se reitera en la Sentencia de 25 enero 1980 (RA 141), citándose las sentencias de 10 marzo 1977, 13 diciembre 1978 y 11 diciembre 1979.

2) S 5 febrero 1980 (RA 444)

HECHOS: El primer motivo del recurso se fundamenta, en proceso seguido por delito de robo, en que no se hacen constar en la narración fáctica «si los procesados fueron detenidos inmediatamente o durante largo tiempo después de haber cometido el hecho», es estimado, pues de las únicas frases que se refieren al apoderamiento de lo sustraído no se deduce la posibilidad de concretar la disposición, criterio distintivo entre la consumación y la frustración, grado de ejecución alegado por la defensa en el escrito de calificaciones.

CONSIDERANDO: En este motivo se comprenden «las omisiones cuando se refieran a supuestos necesarios e imprescindibles para el correcto enjuiciamiento, dando lugar a lagunas fácticas que impiden la debida califica-

ción delictiva o apreciación de un grado de ejecución o participación, así como el determinar la adecuada responsabilidad tanto penal como civil, siempre que unos y otros supuestos hayan sido objeto del proceso».

A este respecto, cfr. Sentencias de 4 febrero 1980 (RA 435) y de 15 marzo 1980 (RA 1127), *supra*, en Sentencia.

3) S 11 febrero 1980 (RA 465)

HECHOS: El procesado recurre por no determinarse en la sentencia las características del arma para apreciar la agravante de utilización de armas u otros medios peligrosos en delito de robo, considerando el T. S. que no es de estimar, en cuanto se menciona la existencia de una pistola «real», y otra de plástico, y así las cosas, podía haberse impugnado por infracción de ley, en su caso.

CONSIDERANDO: Este defecto procesal «requiere para su aceptación que, en la narración fáctica nacida de la apreciación probatoria, resultan omisiones o se hagan manifestaciones que den lugar a la incomprensión o ininteligencia de lo que se deba manifestar o se ha querido decir, de tal modo que los vicios y valoraciones jurídicas, emitidos en los razonamientos, carecen de base para sus fundamentaciones y originen la incongruencia del fallo, como se desprende de la doctrina de esta Sala, comprendida en las sentencias de 24 octubre y 13 diciembre 1978 y 16 mayo 1979, entre otras. Por otra parte, este motivo no es viable para hacer impugnaciones de naturaleza eminentemente interpretativa sobre la aplicación de preceptos legales de carácter sustantivo, ya que éstas son susceptibles de ser amparadas por el recurso de infracción legal, pero no por el de quebrantamiento de forma».

4) S 31 enero 1980 (RA 590)

HECHOS: El procesado recurrente denuncia la omisión de ciertos datos fácticos en la sentencia, considerando

el T. S. que en el relato de hechos probados aparecen descritos los datos esenciales.

CONSIDERANDO: Este defecto procesal «surge cuando los hechos que se declaran probados se hallan redactados en forma tan ambigua, oscura o imprecisa, que los haga gramatical o lógicamente ininteligibles o ineptos para poder servir de soporte a la calificación jurídica que de los mismos ha de hacerse como antecedente obligado del fallo, por lo que no constituyen tal vicio procesal las omisiones supuestas o reales que en el relato histórico se pueden contener y que pueden ser debidas a que como el Tribunal de lo Penal no viene obligado a reproducir las alegaciones hechas por las partes ni a consignar todo lo que a las mismas les convenga, sino tan sólo aquellos hechos que estime probados según su estado de convicción y que considere relevantes para el debido enjuiciamiento de los temas debatidos, pudo dejar de consignar determinados datos, bien por no estimarlos necesarios o bien por no estimarlos probados, omisiones ambas que amparadas por el justo obrar de la Sala en uso de su soberanía, pero aun la omisión de datos que debieron ser consignados tampoco es constitutiva del vicio de procedimiento denunciado, en cuanto que las sentencias pueden ser claras aunque incompletas, en cuyo supuesto, esta imperfección, a lo que puede dar lugar es a que se completen, utilizando para ello la vía legislativa establecida al efecto, o, en todo caso, a la casación por el fondo cuando afectan a un elemento integrador del delito por el que el procesado hubiese sido condenado».

En el mismo sentido, vid Sentencia 25 enero 1980 (RA 143) y Sentencia de 7 marzo 1980 (RA 1028).

5) S 25 marzo 1980 (RA 1185)

HECHOS: En proceso por homicidio, recurre el procesado por considerar que no se ha establecido con claridad

la causa de la muerte. El T. S. desestima este motivo porque la sentencia expresaba que el procesado «golpeó reiteradamente a la víctima, originándole heridas que produjeron el arrancamiento de la anastomosis gastroyunal, determinante de una peritonitis que le produjo la muerte».

CONSIDERANDO: «La doctrina constante de esta Sala en torno al defecto formal de falta de claridad en los hechos probados, recogido en el art. 851, núm. 1.º de la L. E. Crim., como quebrantamiento de forma se ha concretado en que consiste fundamentalmente en una carencia absoluta de hechos probados, en redactar los mismos con oscuridad o vaguedad, en hacerlos ininteligibles o incomprensibles, en redactarlos de forma dubitativa y no categórica, a menos que las dudas accidentales no se hayan aclarado en las actuaciones judiciales, así como cuando se limitan a relatar el resultado objetivo de las pruebas, sin apreciarlas en conciencia, ni formar convicción el Tribunal en torno a su apreciación conjunta, porque ello equivale a no hacer una declaración de hechos probados —Sentencias de 8 noviembre 1974, 21 junio 1975, 9 febrero 1976, 17 marzo 1977, 23 junio 1978, 14 mayo 1979, entre otras muchas—».

(NOTA: En relación con la doctrina expuesta en el anterior considerando, cfr. *infra*, doctrina en torno al art. 851, 2.º L. E. Crim.; en concreto, Sentencia 17 marzo 1980 [RA 1145]).

CASACIÓN: POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA. POR MANIFIESTA CONTRADICCIÓN ENTRE LOS HECHOS PROBADOS.

1) S 5 febrero 1980 (RA 439)

HECHOS: En proceso seguido por delitos de falsedad y estafa recurre uno de los procesados al amparo de este motivo casacional y el T. S. sienta previamente unas consideraciones en torno a él.

CONSIDERANDO: «El inciso 2.º del núm. 1.º del art. 851 de la L. E. Crim., se refiere exclusivamente a la denominada contradicción «in términos», es decir, a la puramente gramatical que se produce cuando, entre los diferentes vocablos, frases, pasajes o incisos de un mismo relato fáctico, exista tal antagonismo, antítesis o antinomia, que, en la imposibilidad de compatibilizarlos, sincronizarlos o armonizarlos, se destruyen mutua y recíprocamente, originándose una residual anomia o laguna fáctica que virtualmente priva a la sentencia penal de una de sus indispensables premisas; debiéndose añadir al respecto: a) que la contradicción estudiada debe ser interna, esto es, obrante en el seno del «factum» de la resolución, impugnada y, de ninguna manera, obtenida de la confrontación o cotejo de dicho «factum» con el encabezamiento, razonamientos jurídicos o fallo de la mentada sentencia; b) que si la narración histórica es incomprensible, oscura o fragmentaria, la impugnación debe canalizarse por el cauce del inciso 1.º y no por el 2.º del núm. 1.º del art. 851 antecitado; y c) que si dicha narración, a juicio del impugnante es inexplicable, poco verosímil o digna de crédito, o ilógica e irracional, con ello está faltando a la santidad de la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, lo cual sólo es posible por la vía del núm. 2.º del art. 849 de la L. E. Crim. y con apoyo en documentos auténticos que demuestren la equivocación evidente del Juzgador a la hora de valorar la prueba practicada.

2) S 18 marzo 1980 (RA 1153)

HECHOS: En proceso seguido por delito de robo con homicidio, recurren los procesados, recordando el T. S. a este propósito los extremos que se detallan.

CONSIDERANDO: «1.º, que la antítesis o antinomia entre fragmentos del relato fáctico de la sentencia combati-

da, debe ser interna, esto es, que se registre dentro del seno de dicho relato y de ningún modo contraponiendo frases o vocablos del mismo con otros obrantes en las restantes partes de la sentencia, tales como el encabezamiento, razonamientos jurídicos o fallo; 2.º, que los textos que se juzgan inconciliables se hallen en efecto en el mentado relato y no los imagine o invente el recurrente, introduciéndolos, inverazmente y de «motu proprio», en la versión facilitada por él del «factum»; 3.º, que la incompatibilidad recaiga sobre puntos esenciales y capitales y no sobre pormenores descriptivos puramente ornamentales, inanes o superfluos, sin los cuales la narración histórica es igualmente eficaz y válida para el cumplimiento de su misión específica de servir de soporte o «substractum» de los fundamentos doctrinales y legales de la sentencia de que se trate; 4.º, que es preciso que no haya modo de conciliar, coordinar o compatibilizar las frases o términos antitéticos, bien atendiendo a la interpretación gramatical y lógica de los mismos, bien recurriendo al resto del contexto mediante una indagación sistemática; y 5.º, que finalmente, es también indispensable que, partiendo de la imposibilidad de coherencia los fragmentos contrapuestos y reconociendo la mutua y recíproca destrucción de ellos, no reste, en el «factum», la suficiente sustancia que permita resolver adecuadamente, desde el punto de vista fáctico, todos los problemas jurídicos que defiera el proceso de que se trate».

3) Sobre alguno de los puntos señalados pueden verse, además, Sentencias de 25 enero 1980 (RA 245), de 13 febrero 1980 (RA 472), y de 7 marzo 1980 (RA 1028).

CASACIÓN: POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA. POR CONSIGNAR EN LOS HECHOS PROBADOS CONCEPTOS QUE, POR SU CARÁCTER JURÍDICO, IMPLIQUEN LA PREDETERMINACIÓN DEL FALLO.

1) S 5 febrero 1980 (RA 440)

HECHOS: En proceso seguido por escándalo público recurre el procesado al amparo de este motivo fundamentando el recurso en consignar la sentencia en los hechos probados las palabras «produjo en ambas repulsa en sus sentimientos de recato», refiriéndose a los efectos de la conducta del procesado en las víctimas, siendo desestimado por el T. S.

CONSIDERANDO: Este motivo casacional «tiene la finalidad primordial de no burlar la valoración que ha de comprender la sentencia a través de los correspondientes razonamientos de Derecho, obedece a las garantías de defensa que ha de tener el acusado, y deben darse para su existencia, de acuerdo con la doctrina reiterada de esta Sala —SS. de 25 octubre 1976, 29 abril 1978 y 8 febrero 1979—, bajo el punto de vista positivo, el requisito de que las frases que se consideren con el defecto indicado, estén dotadas de tal tecnicismo jurídico que para su comprensión sean necesarios conocimientos de la ciencia del Derecho y se encuentren comprendidas en la tipología del delito o descripción de las circunstancias modificativas de las responsabilidades o grados de ejecución o participación, y bajo el punto de vista negativo que su supresión lleve consigo un vacío fáctico productor de la incongruencia del fallo».

2) S 7 febrero 1980 (RA 452)

HECHOS: En proceso seguido por malversación de caudales públicos, se denuncia como conceptos jurídicos predeterminantes del fallo las expresiones de que el Alcalde «con el acuerdo e imprescindible actuación» del Secretario-Interventor; de que los procesados «dispusieron entre los meses de noviembre 1971 a diciembre 1972», y finalmente, de que «como anticipos del haber del Secretario, se retiraron de las arcas municipales 37.110 ptas.

que se le adeudaban, pero que procedían de otras partidas presupuestarias», siendo desestimados por el T. S.

CONSIDERANDOS: Son conceptos jurídicos predeterminantes del fallo a los fines del art. 851-1.º de la L. E. Crim.: 1.º Las expresiones técnico jurídicas de carácter sustantivo penal, que dan nombre, individualizaban o especifican el delito o definen la esencia del tipo de la infracción criminal o uso indebido de palabras que denoten lo que es la médula o entraña del tipo delictivo. 2.º Que tales expresiones son sólo, ordinariamente asequibles a los juristas, no siendo propias del lenguaje común u ordinario, que es el que el Juezador debe emplear para narrar conductas sometidas a su enjuiciamiento y fallo. 3.º Que predeterminan el fallo, en cuanto que son juicios de valor, que encierran la calificación jurídico-penal de los hechos, cuyo lugar adecuado y procesal son los Considerandos de la sentencia, desplazada inadecuadamente a la narración fáctica —SS. de 7 diciembre 1974, 9 octubre 1975, 26 noviembre 1976, 27 enero 1977, 10 mayo y 23 junio 1978, 20 marzo 1979 y 30 octubre 1979, entre otras muchas—.

En relación con el primer apartado del considerando transcrito, vid. Sentencia 21 marzo 1980 (RA 1169) y de 7 marzo 1980 (RA 1042).

En relación con el segundo de los requisitos, vid. Sentencias 18 marzo 1980 (RA 1153) y 31 marzo 1980 (RA 1213) que, abundando en la idea, señala que «lo que quiere evitar la Ley es que unas palabras o frases de eminente significado jurídico sustituyan a la relación circunstanciada de los hechos, pero no el uso de vocablos ordinarios y corrientes, porque en otro caso se verían los Tribunales de Instancia imposibilitados de relatar los sucesos sin incurrir en tal falta las más de las veces».

3) S 28 marzo 1980 (RA 1203)

HECHOS: En proceso por delito de violación se recurre al amparo de este

motivo señalándose como conceptos jurídicos predeterminantes del fallo distintas expresiones, entrando el T. S. a considerar la inoperancia de eventuales conceptos jurídicos en hechos probados, cuando se den determinadas condiciones.

CONSIDERANDO: Resumiendo en esencia la doctrina expuesta en la anterior sentencia, el T. S. estima que «aun cuando se inserte en el mencionado relato un concepto que realmente merezca la conceptualización de jurídico, el defecto procesal es irrelevante si el concepto no sustituye un hecho de manera que al suprimir aquél el relato quede vacío de un dato fáctico esencial, o sea, si suprimido el concepto mentalmente, en el relato histórico de la sentencia se contienen elementos de hecho suficientes para la oportuna valoración jurídica antecedente del fallo, pues entonces, razones de economía procesal y lógica jurídica aconsejan que no se case la sentencia, por un injustificado formalismo, para purificarla de un vicio, que no obstante serlo, en nada constituye un obstáculo para la consecución del fin perseguido».

Con la misma doctrina, vid. Sentencia 9 febrero 1980 (RA 461).

4) Vid. Sentencia 20 marzo 1980 (RA 1164), en *Recurso de casación: Doctrina general de la casación penal. Formalidades exigidas*.

CASACIÓN: POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA. POR EXPRESARSE QUE NO SE HAN PROBADO LOS HECHOS ALEGADOS POR LA ACUSACIÓN SIN PRECISAR LOS QUE RESULTAREN PROBADOS.

S 17 marzo 1980 (RA 1145)

HECHOS: En proceso por delitos de falsedad y estafa recurre la acusación particular al amparo de este motivo, pero en la sentencia se habían consignado hechos de signo contradictorio a los alegados.

CONSIDERANDO: El T. S. estima que el recurrente «parece olvidarse que el ap. 2.º del art. 851 de la Ley procesal invocado como fundamento del recurso, se refiere a una total ausencia de declaración de hechos probados —Sentencias de 20 mayo 1960 y 26 junio 1973— pero no cuando el Tribunal de instancia apreciando la prueba practicada, sienta unos hechos dispares a los formulados por la acusación».

CASACIÓN: POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA. POR NO RESOLVER LA SENTENCIA SOBRE TODOS LOS PUNTOS OBJETO DE LA ACUSACIÓN Y DEFENSA.

1) S 3 enero 1980 (RA 63)

HECHOS: En proceso por delito de imprudencia temeraria el procesado alegó concurrencia de culpa, caso de no prosperar la tesis de su total inculpabilidad. La Audiencia rebajó drásticamente tanto las penas como las indemnizaciones, por lo que el T. S. estima que se había resuelto virtualmente sobre tales extremos.

CONSIDERANDO: «La denominada incongruencia omisiva consagrada en el núm. 3.º del art. 851 de la L. E. Crim. conlleva que, el Tribunal criminal, en su sentencia, no resuelva, ni positiva ni negativamente, los puntos, cuestiones o temas planteados por las partes en sus escritos y conclusiones, absteniéndose de dar respuesta válida y guardando impenetrable silencio sobre tales extremos, los que, de ese modo, quedan sin resolver o decidir; habiendo declarado esta Sala en las numerosas sentencias dictadas al respecto, que la repulsión expresa de peticiones o pedimentos de las partes no es incongruencia, que tampoco la hay cuando se resuelve lo diametralmente opuesto a lo pedido puesto que filosóficamente una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, que igualmente no hay incongruencia cuando, siquiera sea de modo implícito o tácito,

se decide conforme a lo pedido, lo que, de este modo, es al fin y al cabo acogido, y, finalmente, que la no inserción en la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, de pormenores fácticos introducidos en el proceso por alguna de las partes, no implica incongruencia, siendo corregible tal insuficiencia o anomia, bien por la vía del núm. 2 del art. 849 de la L. E. Crim., bien por la del inciso 1.º del núm. 1 del art. 851 de la misma».

2) S 30 enero 1980 (RA 259)

HECHOS: En proceso por delito de coacciones, la acusación particular y el Ministerio Fiscal apoyaron sus posturas procesales —según alega el recurrente— en la relación jurídica que ligaba al querellante y a los vecinos con la parte del monte donde se desarrollaron los hechos, ya que de aquí se derivaría la legitimación del procesado para oponerse a los actos del querellante. Sin embargo, en la propia sentencia de instancia se afirma que se reconocieron por sentencia los derechos de propiedad y que con la actuación del procesado se le impidió continuar la labor que estaba realizando en la parte del monte de su propiedad.

CONSIDERANDO: «Ni el art. 142, en relación con el 741 y 742 ni ningún otro de la Ley Procesal obliga a los Tribunales a transcribir en sus resoluciones la totalidad de los hechos aducidos por las partes en apoyo de sus respectivas tesis, con específica mención de si los reputaron demostrados o improbados en todo o en parte, sino que han de limitarse a consignar los que en conciencia, conforme a la facultad soberana y jurisdiccional que les conceden los preceptos mencionados, estimen necesarios para la justificación de sus fallos, con sus previos fundamentos doctrinales y legales, y de otra parte... la sentencia que condena prescindiendo de las alegaciones de la defensa tendentes a justificar la

inexistencia de delito objeto de la acusación, recogiendo en su esencia dichas alegaciones, resuelve indudablemente la cuestión planteada... El Tribunal no venía obligado a reflejar la exposición defensiva invocada cuando era inaceptable y no resultó a su juicio debidamente probada para tenerla en consideración, o sea, que el Tribunal entre las alegaciones que pudieron formular y sostener de un lado el Ministerio Público y la acusación particular legitimada, y de otra, la defensa del procesado, optó por la que estimó procedente conforme al resultado arrojado por los elementos de juicio y pruebas practicadas en las actuaciones, ponderada y objetivamente sopesadas y valoradas en uso de las atribuciones conferidas a su misión juzgadora, opción que necesariamente implicaba al acoger la tesis de tales acusaciones, la de rechazar inevitablemente por contradictoria y antitética la de la defensa, con lo que no puede sostenerse convincentemente que no han sido resueltos todos los puntos sometidos a decisión, cabiendo agregar finalmente, que como tan reiteradamente tiene declarado esta Sala, los puntos a los que se contrae la vía tutelar a que se acoge el motivo, son exclusivamente los de derecho no los de hecho».

3) La doctrina aquí sentada, de referirse este motivo de casación a los puntos de derecho y no a los de hecho, se reitera en el Auto de 30 enero 1980 (RA 260) y Sentencias de 31 enero 1980 (RA 590) y de 21 marzo 1980 (RA 1171), que cita, en este orden de consideraciones, las de 8 febrero y 8 noviembre 1978 y 22 enero 1979. Asimismo, en la Sentencia de 11 marzo 1980 (RA 1050), en la que se significa además que este motivo casacional tiende «a la subsanación de un vicio procesal contenido en el fallo, pero no a los que se hayan podido cometer en los resultandos o en los considerandos para cuya subsanación se hallan legalmente establecidas otras vías».

4) S 21 marzo 1980 (RA 1172)

HECHOS: El procesado recurrente se limitó a negar y rechazar el relato de los hechos del Ministerio Fiscal y la calificación de los mismos en su calificación provisional, elevada luego a definitiva.

CONSIDERANDO: La incongruencia omisiva «se produce siempre que, en la sentencia recurrida, no se dé adecuada respuesta, positiva o negativa, explícita o implícita, para bien o para mal, a alguna de las cuestiones, puntos o extremos planteados por las partes, absteniéndose, el Tribunal «a quo», estimatoria o desestimatoriamente, de resolver respecto a las peticiones, peticiones o pretensiones que, los acusadores o los acusados, hayan deducido, bien en sus escritos de calificación provisional elevados más tarde a definitivos, bien en estos últimos cuando difieran de aquéllos».

5) S 18 enero 1980 (RA 109)

HECHOS: En proceso seguido por delito de violación la acusación particular recurre atacando el «quantum» de la indemnización concedida en instancia, por esta vía casacional.

CONSIDERANDO: El T. S. reiterando la doctrina expuesta en los considerandos que acabamos de transcribir, agrega que cuando el Tribunal «a quo» «se ocupa de la petición formulada pero concede menos de lo pedido, máxime tratándose del «quantum» de la indemnización que puede fijar de modo omnímodo y libérrimo, no incide en incongruencia enclavable en el núm. 3 del art. 851 ni en cualquier otro precepto».

CASACIÓN: POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA. POR HABER SIDO DICTADA LA SENTENCIA POR MENOR NÚMERO DE MAGISTRADOS QUE EL SEÑALADO EN LA LEY.

S 5 marzo 1980 (RA 945)

Vid., supra, recogida en Actos procesales: Constitución del Tribunal.

12. COSTAS

DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR EN EL PROCEDIMIENTO DE URGENCIA.

1) S 3 enero 1980 (RA 63)

HECHOS: La acusación particular coincidió con el Ministerio Fiscal en lo esencial de la calificación, pero disonó en la extensión de las penas solicitadas y en el «quantum» de las indemnizaciones.

CONSIDERANDO: Tratándose de proceso penal ordinario, cuando el procesado o procesados son condenados al pago de las costas causadas en dicho proceso, ninguna duda surge acerca de si, en dicha condena, se incluyen las correspondientes a la intervención de la acusación particular o del actor civil puesto que la solución concluyentemente positiva se halla en los artículos 109, 110 y 111 del C. P., y 239 a 246 de la L. E. Crim., pero, si se trata de procedimiento de urgencia, el tema se complica y es de solución polémica y controvertida; en efecto, en el art. 802 de la mentada Ley, redactado por la también L. de 8 junio 1957, se decía que, la sentencia, deberá contener, entre otros pronunciamientos, el pago por el condenado de las costas causadas por el acusador particular o actor civil si su intervención hubiera sido relevante para el éxito de las acciones ejercitadas, añadiéndose que «a falta de pronunciamiento sobre este extremo, dichas costas, no se incluirán en la correspondiente tasación», equivaliendo, las reglas que se acaban de citar, a la exigencia de una declaración expresa y terminante del Tribunal de instancia que estime relevante la intervención de las mencionadas partes, sin

cuya declaración, no se incluirán, en la tasación, las costas causadas con la referida intervención; empero, habiéndose redactado de nuevo el art. 802 mediante la reforma de 8 abril 1967, el legislador, a partir de esta fecha, dispone que, la sentencia, deberá contener, en sus respectivos casos, entre otros pronunciamientos, el relativo al pago por el condenado de las costas causadas por el querellante o actor civil, creando la nueva redacción, una vez confrontada con la anterior, justificadas dudas interpretativas respecto a su significación y alcance, las que se han polarizado en tres soluciones distintas, a saber: a) las costas causadas con la intervención de la acusación particular o del actor civil son siempre imputables al reo o incluibles en la tasación y, en todo caso, se deberá condenar a su pago al procesado o procesados siempre y cuando se les juzgue culpables; b) el nuevo precepto compele a los Tribunales a pronunciarse, inexcusablemente y de modo expreso y terminante, sobre el pago de dichas costas, sin que puedan guardar, sobre el mentado punto, el mutismo o silencio que autorizaba la L. de 8 junio 1957, pero, de todos modos, la condena queda supeditada a la previa declaración de relevancia de la intervención de las susodichas partes, de tal manera que si el Tribunal la entiende irrelevante, o no declara expresamente la mentada relevancia, no se extenderá la condena, en costas a las producidas con la mencionada intervención; y c) estas últimas deben imponerse, por regla general, al reo o reos puesto que, como ellos cometieron los hechos delictivos que ocasionaron el proceso deben soportar la carga que supone el mismo, pero, en supuestos excepcionales, autorizados por la frase legal «en sus respectivos casos» en los cuales la intervención de las precitadas partes haya sido notoriamente superflua, inútil e incluso perturbadora, introduciendo en el proceso tesis cuya heterogeneidad cualitativa era patente respecto a la de la acusa-

ción pública y que no prosperó en la sentencia condenatoria, el Tribunal, no deberá imponer, al procesado o procesados, las costas causadas con esa intervención tan inútil e inconducente. Habiendo adoptado, esta Sala, la tercera y última solución en las SS. de 26 enero 1973, 7 enero y 6 junio 1975, 28 mayo 1976, 1 marzo 1977 y 1 diciembre 1978, en las cuales, además de declarar la procedencia de implantar soluciones de discrecionalidad judicial mesurada y de repudiar el criterio de la relevancia, se declaró que, la intervención del acusador particular o del actor civil, no pueden reputarse superfluas y vanas cuando impliquen una mera heterogeneidad cuantitativa tanto en lo que respecto a las peticiones del M.º Fiscal y a lo finalmente resuelto por el Tribunal sentenciador en instancia».

2) S 3 marzo 1980 (RA 917)

HECHOS: La acusación particular dirigió de la acusación mantenida por el Ministerio Fiscal sólo en el «quantum» de las indemnizaciones y en la petición de 49.681 ptas. por gastos funerarios, partida aceptada por el Tribunal de instancia.

CONSIDERANDO: Se reitera de forma idéntica la doctrina sentada en el considerando transcrito de la sentencia de 3 de enero.

3) S 18 enero 1980 (RA 104)

HECHOS: La Audiencia, en su sentencia, no hizo pronunciamiento acerca de las costas procesales causadas por la acusación particular.

CONSIDERANDO: «Al interpretar el precepto contenido en el núm. 2.º del art. 802 de la L. E. Crim., según el cual, la sentencia deberá contener el pronunciamiento relativo al pago por el condenado de las costas causadas por el querellante particular o actor civil, esta Sala ha venido declarando, reiteradamente, a través de numerosas sentencias y, entre ellas, las de 18 junio y 17 diciembre 1976, que las mencionadas costas, deben ser impuestas no solamente en los casos de vencimiento total, sino también en los de vencimiento parcial, aun cuando no exista absoluta coincidencia entre las peticiones del acusador particular y la del M.º Fiscal, así como con lo resuelto en el Fallo, a menos que lo postulado por la acusación particular constituya un supuesto de «plus petición heterogénea», en cuyo caso no deben ser impuestas, ya que el condenado no tiene por qué pechar con un agravio económico no derivado del delito sino de una desorbitada o innecesaria actuación de la acusación particular, mas este supuesto no concurre en el caso de autos en el que existe absoluta homogeneidad o coincidencia cualitativa entre lo postulado por ambas acusaciones y lo resuelto en la sentencia, por lo que procede estimar, que la sentencia recurrida, al excluir en el fallo las costas de la acusación particular, sin razonamiento alguno que avale el pronunciamiento, incidió en el «error iuris» que se denuncia por el recurrente a través del primer motivo del recurso interpuesto al amparo del núm. 1.º del art. 819 de la L. E. Crim., mediante el que denuncia la infracción de lo dispuesto en los arts. 110 y 111-3.º del C. P. y en los 240 y 802-2.º de la L. E. Criminal.

PROCESAL LABORAL

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER

Profesor Agregado Interino de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. Fuentes. — 2. Competencia. — 3. Partes. — 4. Actos previos. — 5. Litispendencia. — 6. Prueba. — 7. Acta del juicio. — 8. Sentencia. — 9. Recurso de casación. — 10. Proceso de revisión. — 11. Proceso por despido. — 12. Proceso de Seguridad Social. — 13. Proceso por conflicto colectivo. — 14. Ejecución.

1. FUENTES

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL; DISPOSICIONES TRANSITORIAS.

S 29 marzo 1980 (RA 1567)

HECHOS: El actor interpuso recurso de suplicación siguiendo la instrucción del Magistrado, pero el T. C. T. declinó su competencia en favor del T. S. por que el Gobierno elevó las cuantías estando ya formalizado aquel recurso.

CONSIDERANDO: Que sobre la procedencia o no del recurso de casación en el caso de autos y competencia consiguiente de esta Sala para de él conocer, siempre facultad de ella el examen de oficio especialmente suscitado por la observación del M.º Fiscal en su preceptivo informe aunque en tono dubitativo; si en la sentencia recurri-

da indicó el Magistrado el de suplicación y al recurrir se hizo la comparencia ante el Tribunal Central de Trabajo que por auto de 8 abril 1976 declinó su actuación en favor de este Tribunal; ha de verse que el fundamento de tal resolución estribó en la cuantía resultante por la del salario que venía percibiendo uno de los trabajadores afectados por la rescisión y computado por anualidad según el artículo 178-1.º de la L. Pro. Lab. superaba la cantidad de 300.000 ptas., límite a partir del cual procede el trámite de la casación según determina la redacción originaria del art. 166-5.º de dicha Ley, aumentando tal límite por la reforma del R. D. L. de 7 junio 1978 pero no aplicable esta modificación en cuanto a su vigencia había sido ya formalizado el recurso y de consiguiente, a observar lo establecido en el punto 2.º de la referida nueva disposición con carácter transitorio.

2. COMPETENCIA GENERICA

RELACIONES NO LABORALES; SOCIO.

S 14 enero 1980 (RA 162)

HECHOS: D.^a Manuela F. M., viuda de D. José B. P., demandó sobre reclamación de prestaciones de la Seguridad Social, para sí y para sus hijos, a varias personas con las que su esposo, según ella, había mantenido una relación laboral. Pero la Magistratura estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por la Mutua-codemandada, en razón a que no fueron de naturaleza laboral las relaciones existentes entre el fallecido y la empresa «Bar L. P.».

CONSIDERANDOS: De los mismos se desprende que quedó probado que el esposo de la actora prestó relación laboral en dos empresas hasta 1971, y que desde ese año hasta el siguiente, en que murió, entró como asociado de los arrendatarios de una de las empresas para las que trabajó con anterioridad. Al ser su actividad a título de consorcio de los mismos, aparece clara la ausencia de toda relación laboral entre ambos, pues tenían sus relaciones carácter societario. De ahí que en virtud del art. 1-1.º y 2.º L. P. L. (T. R. de 1973), su pretensión deba quedar excluida de la competencia de la jurisdicción laboral.

Pero no así respecto a las personas a cuyo servicio quedó contratado con anterioridad a 1971, pues trabajó de forma asalariada y se le dio de alta en la Seguridad Social hasta que causó baja voluntaria. De ahí que respecto a ellos, precisamente por haber existido en un tiempo pasado contrato de trabajo, y relación de Seguridad Social, es evidente la competencia jurisdiccional de la Magistratura de Trabajo, que se apartó indebidamente de esta atribución cuando en la parte dispositiva de la sentencia, incluyó a todos los demandados en un mismo pro-

nunciamento, y no les diferenció adecuadamente.

Sobre el consejero, v. S. 30 enero 1980 (RA 659), destacando que cuando se propone como tema de discusión en el proceso laboral el relativo a la competencia del tribunal por razón de la materia, es constante la doctrina legal al afirmar que independientemente del contenido de los hechos probados formulados en la sentencia de instancia, y de los medios probatorios que se hayan invocado al recurrir contra ella, esta Sala con la exclusiva finalidad de decidir lo más adecuado en Derecho, podrá examinar toda clase de medios de prueba disponibles en el proceso.

Véanse en parecido sentido las SS 11 febrero 1980 (RA 686), 1 marzo 1980 (RA 786), 1 marzo 1980 (RA 788), 5 marzo 1890 (RA 798), 17 marzo 1980 (RA 1107), 21 marzo 1980 (RA 1447).

3. PARTES

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO; TRATAMIENTO PROCESAL.

S 11 marzo 1980 (RA 809).

HECHOS: La Magistratura dictó sentencia procesal al estimar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, pero el T. S. razona cuándo el litisconsorcio pasivo necesario puede producir aquella consecuencia.

CONSIDERANDOS: Que el fallo recurrido declara «la falta de litis consorcio pasivo necesario, sin hacer pronunciamiento alguno sobre el fondo del litigio...», decisión determinada por el razonamiento de que «al no haber sido llamada al proceso la Caja Continental de Crédito, Sociedad Cooperativa, que pudiera ser afectada por el contenido de este fallo y que, lógicamente, tendría interés en impugnar la pretensión deducida, se hace preciso estimar la excepción de falta del necesario litis consorcio pasivo, improcedentemente alegada por el demandado,

por haber precluido el trámite de contestación cuando su personación se produjo, pero siempre apreciable de oficio por ser cuestión de orden público, al incumbir a los Tribunales la misión de cuidar que los litigios se ventilen entre todas aquellas partes a quienes presumiblemente alcancen las declaraciones de las sentencias»; cuestión que, resuelta de oficio por el Juzgador de Instancia, de oficio ha de ser tratada por esta Sala, prescindiendo de si fue alegada extemporáneamente en juicio y por concepto inadecuado en casación, pues por ser materia que afecta al orden público procesal a resolver de oficio, la obligada actividad del órgano judicial salva cualquier defecto de planteamiento en el que incidan las partes.

Que la tesis de la sentencia recurrida es aceptable como breve síntesis de la abundante Jurisprudencia de este T. S. sobre el «litis consorcio pasivo necesario», pero la doctrina jurisprudencial, correctamente aplicada al presente caso, lleva a conclusión contraria de la del fallo discutido, por las razones siguientes: 1.^a El litisconsorcio pasivo necesario es utilizable por el actor, como ejercicio de su derecho a pedir contra quien estime oportuno, alegable por el demandado, como excepción, y apreciable por el Juzgador, de oficio, como situación procesal inevitable, lo que los tres pueden hacer en diversos momentos del proceso, dada su especial naturaleza; 2.^a La acción, excepción o situación procesal determinante del litisconsorcio pasivo necesario ha de estar establecida expresamente en su precepto legal o derivarse de la naturaleza de la relación jurídica material que se ventila en el pleito; 3.^a Ha de surgir con manifiesta claridad de las alegaciones de las partes, de la prueba aportada al juicio o de las apreciaciones fácticas y jurídicas del Juzgador en su sentencia o decisión que la acoja; y 4.^a Ha de ser posible llevar a efecto la llamada al pleito del presunto interesado.

Véase la S 20 marzo 1980 (RA 1429).

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO; RELACIÓN PROCESAL MAL CONSTITUIDA. EN PROCESO POR ENFERMEDAD PROFESIONAL.

S 28 enero 1980 (RA 324)

HECHOS: El actor, enfermo silicótico, demandó en un proceso sobre revisión de incapacidad al empresario, mutualidad correspondiente, Fondo Compensador, Fondo de Garantía y Servicio de Reaseguro, pero no a la Caja de Jubilaciones y Subsidios de la Minería Asturiana, responsable del pago de la pensión desde su alta como incapaz permanente total.

CONSIDERANDO: Ante la defectuosa constitución de la relación laboral, por no haber demandado a uno de los litisconsortes necesarios, contraviéndose el art. 71 L. P. L., el T. S. declaró la nulidad de actuaciones de oficio, por infringir normas esenciales del procedimiento, de todas las actuaciones practicadas en la instancia, reponiéndolos a su estado inicial con exigencia de que en la demanda se cumpla la finalidad exigida.

4. ACTOS PREVIOS

CONCILIACIÓN PREVIA; NECESIDAD DE PROTESTAR EN INSTANCIA O DENUNCIAR SU FALTA PARA PODER RECURRIR EN CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA.

S 18 marzo 1980 (RA 854)

HECHOS: El recurrente no denunció cuando debió hacerlo la omisión del acto de conciliación previo, y luego pretendió recurrir en casación.

CONSIDERANDO: Dicho recurso no puede prosperar en cuanto al fondo, dada la improcedencia del único motivo en que se apoya, según también advierte el Ministerio Fiscal, pues amparado aquél en el núm. 6.º del art. 168 del Texto adjetivo por no constar en

autos haberse intentado la conciliación sindical a que se refiere el art. 50 de dicho Ordenamiento, si bien es evidente la omisión denunciada por el recurrente, éste tuvo conocimiento de la misma desde que se inició el proceso, al no dudar en afirmar que con la demanda se aportó una copia de la misma sin duda para que tuviera cumplimiento el trámite indicado, sin que ello no obstante dedujese reclamación alguna como demandado ni formulase la oportuna protesta en ningún momento hábil del proceso, cuando ello era indispensable para poder tener acceso a este recurso, según lo prevenido en el art. 1696 de la supletoria L. E. Civ., como constantemente viene declarando esta Sala y cuando además el rigor de tal formalidad viene reconocido expresamente en S. de 30 noviembre 1970 al declarar que los términos del texto relacionado con el mencionado requisito no permiten establecer excepción sobre su cumplimiento cuando se trata de la falta de conciliación sindical.

5. LITISPENDENCIA

S 23 enero 1980 (RA 617)

HECHOS: El actor demandó a la misma persona, estando pendiente recurso de casación por la misma causa y 'acción'.

CONSIDERANDO: Que con invocación del núm. 1.º del art. 167 de la L. Pro. Lab. se articula el primer motivo del recurso interpuesto en este procedimiento, denunciándose, que la sentencia de instancia, ha vulnerado por aplicación el núm. 5.º del art. 533 de la L. E. Civ. (de aplicación supletoria al Procedimiento Laboral, a virtud de lo dispuesto en la Disp. Final 1.ª de esta Ley), y al efecto se afirma que la excepción dicha debió ser acogida, en atención a que el proceso resuelto por la sentencia dictada el 23 enero 1978 (recurrida en casación y pendiente de

definitiva decisión) cuando se suscita este recurso y existe perfecta identidad de personas, causas y acciones, siendo en consecuencia este segundo procedimiento una reiteración o reproducción de lo anteriormente planteado y que está «subjudice»; se reitera de nuevo por la empresa, una nueva carta de despido, que recibe el actor por conducto notarial, el día febrero 1978, es decir, días después de habersele notificado la sentencia de la Magistratura núm. 12 de Barcelona(y lo fue el 26 enero, en la que se declaró improcedente el primer despido de que fue objeto); son hechos probados contenidos en esta sentencia, entre otras, el incorporado al ordinal 5.º, donde se acepta, «que todos los hechos motivadores del segundo despido —el hoy cuestionado— fueron alegados por la empresa en la contestación a la demanda del anterior procedimiento de despido, es decir el sentenciado ante la Magistratura núm. 12»; esta declaración es básica y fundamental para decidir sobre la procedencia o improcedencia de la excepción propuesta y asimismo son declaraciones de hecho, contenidas en la sentencia impugnada de indudable trascendencia, los siguientes: a) que el señor T. fue despedido por la empresa el día 12 noviembre 1977, imputándosele apropiaciones e irregularidades en la contabilidad que generaron unas diferencias, en perjuicio de la empresa que excedían de los dos millones de pesetas, con las demás anomalías igualmente incorporadas a dichos hechos probados de la sentencia ahora impugnada; b) que ello no obstante en el anterior proceso donde se adujeron estas irregularidades, recayó sentencia no dando lugar al despido acordado por la empresa; c) que cuando se celebra la vista de este nuevo proceso la sentencia dictada por la Magistratura número 12 de Barcelona había sido recurrida por la empresa ante este Tribunal estando pendiente de resolución definitiva; y d) que el trabajador no fue reintegrado al puesto de trabajo pues la empresa optó por el abono de

los salarios, durante la tramitación del recurso y se está pues en clara hipótesis de litis pendencia, la que debió ser acogida por juzgador de instancia; debe analizarse —el problema planteado, con precisión amplitud y trascendencia, en este motivo del recurso el que sin duda tiene clara preferencia y prioridad, dado que los demás articulados, son subsidiarios de su viabilidad y en los hechos probados de la sentencia— sin duda correcta y minuciosamente elaborados, existen dos precisiones básicas, de una parte, se acepta que en el anterior proceso ya fueron esgrimidas por la empresa demandada las mayores concreciones que obtuvo, como consecuencia de los informes emitidos por los censores Jurados de Cuentas y asimismo y ello no obstante se entiende que son hechos nuevos, los que revelan y patentizan estos informes (folios 114 y siguientes), paradójico parece, que incorporados o al menos sometidos al conocimiento y valoración del Magistrado núm. 12 de Barcelona que excluyó su aceptación se reitera su contenido y sirva de base a la nueva carta de despido, que llega a conocimiento del recurrente el 3 febrero 1978, es decir pocos días después de notificársele la sentencia de la Magistratura núm. 12 de Barcelona; es inaceptable de consiguiente que estos hechos fueran nuevos pues de ellos tenía conocimiento la empresa al aducirlos en el primer procedimiento, razonablemente pensado (y dadas las precisiones fácticas contenidas en la sentencia) ha de llegarse a la evidencia, que de estos hechos tuvo conocimiento, con suficiente antelación la empresa demandada ya que por ella misma fueron aducidos, en el primer procedimiento donde no tuvieron la eficacia suficiente para ser aceptados por el Juzgador «a quo», como legitimadores o justificativos del despido acordado —y notificado al señor T.— el 12 noviembre 1977.

6. PRUEBA

FACULTADES DEL MAGISTRADO EN LA PRÁCTICA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.

S 18 marzo 1980 (RA 1427).

HECHOS: El actor recurrió en casación por quebrantamiento de forma la intervención del Magistrado en la práctica de la prueba de confesión, interrogando de oficio a la parte demandada para esclarecer determinados hechos.

CONSIDERANDO: Que son las partes quienes generalmente aportan los medios de prueba en el proceso laboral, como se desprende del contenido de los arts. 73, 76, 78, 80 y demás concordantes de la L. Pro. Lab., pero ello no se opone a que en esa actividad pueda colaborar el Magistrado de Trabajo, según resulta de lo ordenado por los arts. 81, 82, 85, 86, 87, 88 y otros de la misma Ley; conforme dichos preceptos, ocasionalmente pueden las partes hacer acopio del material probatorio antes de iniciar el proceso, por más que el momento procesal adecuado para ese fin sea el acto de la vista, durante el cual y prescindiendo de todo rigor de orden que en otro tipo procesal pueda seguirse, las partes podrán proponer y practicar cualquiera de los medios legalmente autorizados con la colaboración activa del Magistrado de Trabajo, quien podrá interrogar a las partes, a los testigos y a los peritos, a la vez que, haciendo uso del poder de ordenación que legalmente le está conferido, decidirá la o las intervenciones de las partes, y el orden en que se ha de practicar cada medio, siempre con la atención puesta en el logro del mayor fruto de cada uno de ellos, aunque las partes, si entendieron en alguna ocasión que no ha sido adecuada la conducta del juzgador, podrán formular las precisas advertencias, y si no fueran atendidas, las razonables protestas, que deberán constar en el acta levantada por el Secretario a los efectos del oportuno recurso de casa-

ción si recibiese con ello sensible perjuicio. Acomodada a lo que acaba de decirse fue la conducta observada por el Magistrado de Trabajo en el acto de la vista de este proceso: acogiendo lo pedido por ambas partes, aceptó todas las pruebas por ellas propuestas, y en trance de practicarlas, considerando correcto orden el de la confesión de la parte demandada pedida por la actora que ahora recurre, así se hizo, y justamente por entender el Juzgador que seguidamente debía conocer determinados hechos según el parecer del actor, le interroga de oficio, sin que en esto parezca que exista nada anormal, aunque con ello quede a la vez satisfecha la prueba de confesión pedida por la demandada, y de que esto es así, resulta buena prueba en el contenido del acta que levantó el Secretario, pues en ella no consta, ni tácita ni expresamente, la menor protesta, aunque contrariando a la verdad se diga en el recurso haberlo hecho, y siendo así no habiéndose negado la admisión de ningún medio de prueba, de las preguntas formuladas, ni de la participación de las partes en alguna actividad; no constando que se haya formulado protesta alguna, ni que se haya alegado siquiera haberse causado algún perjuicio para la parte por la conducta que observó el Magistrado de Trabajo en el acto de la vista, procede la desestimación del único motivo aducido y al hacerlo así se desestima también el recurso, como pide al informar el M.º Fiscal.

PERICIAL: VALOR PROBATORIO; NECESIDAD EN PROCESO SOBRE INVALIDEZ.

S 22 enero 1980 (RA 309)

HECHOS: La actora recurrió en un proceso sobre incapacidad permanente absoluta contra la sentencia de la Magistratura, equivocadamente a través del n.º 1 del art. 167, y no a través del n.º 5 del mismo precepto (TR de 1973).

CONSIDERANDO: El T. S. aprovecha esta inidoneidad para poner de manifiesto que partiendo de lo dicho es evidente la necesidad de los dictámenes periciales cuando se cuestiona en un proceso la invalidez de un trabajador, más que por la enseñanza que pueda proporcionar al Tribunal de las enfermedades o mutilaciones que el interesado sufre, por la que pueda proporcionarle en lo que se refiere a las consecuencias que en su capacidad laboral futura han producido, pues el conocimiento de este dato fáctico y no el de aquéllas, será el que facilite al Juzgador la solución del tema debatido, bien entendido, que la misión del perito ha de quedar reducida a eso y no a inmiscuirse en valoraciones jurídicas, a las que parecen estar frecuentemente dispuestos, como lo acredita el examen diario de dichos dictámenes, carentes de valor en cuanto se exceden de su misión y valiosísimos cuando se circunscriben a su cometido, con el fin de facilitar al Magistrado de Trabajo el cumplimiento de la exigencia que le impone el párrafo segundo del art. 89 de la L. Pro. Lab., la formulación de los hechos probados después de haber examinado los medios de prueba que tenía disponibles, los que ubicará en el oportuno resultando de la sentencia, cumpliendo así dicha obligación, la que también se entiende cumplida, según la reiterada doctrina legal de esta Sala, cuando censurablemente y con olvido de lo legalmente previsto, los hechos que considera probados los sitúa en las consideraciones de la sentencia, que es lo ocurrido en el supuesto que ahora se examina, dado que como hechos probados aparecen en el resultado pertinente las dolencias que la recurrente sufre, en tanto que los efectos que le producen tiene cabida en el primer considerando de la sentencia, donde literalmente dice, que «...según se desprende de la prueba practicada, especialmente de los dictámenes médicos emitidos, la demandante, dadas las lesiones que padece, no puede realizar las fundamen-

tales labores de su profesión habitual...», con lo cual y así compuesto la totalidad del relato fáctico, la recurrente puede o no estar conforme con él, y si por no estarlo quisiera impugnarle, tiene a su alcance la vía que le proporciona el n.º 5 del art. 167 de la Ley antes aludida, que es de la que debió haber hecho uso, en vez de la del n.º 1 que es la utilizada, pues en el desarrollo del único motivo que ha formalizado, aparece claramente expuesto, que lo pretendido al recurrir es que por la Sala se diga, deducido del examen de los varios dictámenes incorporados al proceso, que la «...paciente se encuentra incapacitada para toda clase de trabajo...», como consecuencia de las enfermedades que sufre, y eso, de ser cierto, sólo lo hubiera podido lograr acusando error de hecho sufrido en la valoración de la prueba, pero, no, conformándose con el relato histórico de la sentencia recurrida y atacándole por supuesta violación del art. 135-5 de la L. Seg. Soc., que sería en último caso, la consecuencia que produciría si tenía éxito el aludido y primer ataque a la resolución judicial, la que inadecuadamente combatida, por lo razonado, se mantiene incólume al resultar frustrado el único motivo formulado y con ello desestimado el recurso.

Véase además la S 26 febrero 1980 (RA 749).

7. ACTA DEL JUICIO

REQUISITOS; REFERENCIA A LA TESTIFICAL.

S 17 marzo 1980 (RA 1425)

HECHOS: Los actores recurrieron en casación la infracción de la que a su entender adolecía el acta del juicio, por no contener las manifestaciones de los testigos propuestos por las partes.

CONSIDERANDO: Que se postula en el primer motivo, con cita del n.º 1.º del art. 167 del Texto de Procedimien-

to, la nulidad de las actuaciones de instancia, reponiéndolas al momento procesal de citación para el acto del juicio, por haberse infringido por inaplicación, término equivalente a violación, al n.º 3.º del art. 79 del citado texto procesal, al no contener el acta del juicio las manifestaciones de los testigos que depusieron a propuesta de ambas partes, sino sólo y exclusivamente el nombre de éstos, con olvido de lo prevenido en aquel precepto, que ordena recoger en el acta una escueta referencia de las pruebas de confesión y testifical; motivo formalizado de manera inadecuada al tratarse de una infracción de norma procesal, adjetiva, y no sustantiva, que son los supuestos amparados y comprendidos en el citado art. 167-1.º el que no puede ser acogido, al no proceder la nulidad pretendida, como razona el M.º Fiscal en su preceptivo dictamen, pues si bien las normas rectoras del proceso por su carácter imperativo, de derecho necesario, son de inexcusable cumplimiento, y su inobservancia determina que incluso de oficio el Tribunal decrete la nulidad para retrotraer las actuaciones al estado anterior a la comisión de la infracción determinante de aquélla, aunque las partes no la hayan acusado, en el caso contemplado no procede adoptar solución tan extrema, radical y drástica, puesto que no ha sido total y absoluto el incumplimiento, ni tampoco ha originado indefensión de clase alguna a las partes, pues si bien de forma inadecuada por incompleta, en el acta consta se practicó la prueba testifical propuesta, dos testigos para cada una de las partes litigantes, pero no reseña las manifestaciones de quienes como tales declararon, al no hacerse la menor indicación al interrogatorio, ambas partes mostraron su plena conformidad con el contenido de aquélla, el no hacer uso de la facultad que el párrafo final del citado art. 79 les concede, si éstas estiman adolece de omisión sustancial y relevante a efectos ulteriores, para que fuera subsanada, y la prueba testifical

error de hecho en recurso de casación, por lo que aunque esta Sala en su S. de 9 mayo 1975 (R. 2503), y no del día anterior inhábil por festivo, como sin duda por error mecanográfico citan los recurrentes, declaró la imperativa necesidad para no incidir en causa de nulidad de que en el acta conste el resultado del interrogatorio, al ser su incumplimiento de gran trascendencia, ello fue como también se razona en la misma, porque en aquella caso singular, no existía realmente ninguna otra prueba reveladora de la forma en que se había producido el despido del trabajador, circunstancias éstas que no concurren en el que es causa de este recurso, en el que se han practicado las de confesión de ambas partes, y documentalmente a más de la testifical, en casación irrelevante al ser éste un medio de prueba inadecuado para por él censurar el relato fáctico declarado probado por error de hecho o de derecho, de ahí que aun sin desconocer y destacar la insuficiente redacción del acta del juicio en el particular referente a la prueba testifical, con olvido de lo preceptuado en el núm. 3.º del art. 79 del Derecho de Procedimiento, sea improcedente por razones de economía procesal, decretar la nulidad de las actuaciones de instancia, al ser ésta una decisión límite y extrema, ante la inobservancia de las normas procesales esenciales, para reponer aquélla a fin de reseñar en el acta manifestaciones que si bien han de constar en ellas, valga la reiteración, son inoperantes a efectos del recurso de casación.

8. SENTENCIA

RESULTANDO DE HECHOS PROBADOS; VALIDEZ EN CONSIDERANDOS.

S 22 enero 1980 (RA 297)

HECHOS: En un proceso por incapacidad, la Magistratura declaró pro-

bados determinados hechos en los considerandos de la sentencia.

CONSIDERANDO: Como en reiteradísimas ocasiones ha dicho la doctrina legal de esta Sala, a los hechos que el Tribunal declaró probados en el pertinente resultando, se han de agregar los de la misma naturaleza ubicados, indebidamente, en los considerandos.

En igual sentido, SS 22 enero 1980 (RA 309), la cual más precisamente afirma que la obligación de declarar probados los hechos en el pertinente resultando, se entiende también cumplida cuando censurablemente y con olvido de lo legalmente previsto, los hechos que considera probados los sitúa en las consideraciones de la sentencia; y 29 enero 1890 (RA 325).

SUBSANACIÓN DE OFICIO POR EL T. S. DEL RESULTANDO DE HECHOS PROBADOS.

S 22 enero 1980 (RA 298)

HECHOS: El Magistrado, en un proceso por incapacidad absoluta, olvidó declarar la base reguladora por salarios reales.

CONSIDERANDO: Dicho dato numérico es de extraordinaria importancia, de ahí que deba constar en el relato fáctico declarado probado, para concretar por él la pensión correspondiente a la incapacidad absoluta reconocida al actor en la sentencia impugnada, por lo que debe estimarse el motivo, para adicionar aquél con la referida base reguladora, pues su omisión, como esta Sala viene afirmando de manera constante, da lugar a la nulidad de la sentencia de instancia en la que no se ha fijado tal extremo de hecho, incluso acordada de oficio, la que en el caso contemplado es improcedente por razones de economía procesal, dadas las circunstancias concurrentes al postularse la rectificación de la declaración de hechos probados a fin de introducir en ella, la base

reguladora por salarios reales, con lo que queda subsanada la omisión referida.

S 29 enero 1980 (RA 325)

HECHOS: El Magistrado, en un proceso por invalidez absoluta, no declaró probadas las dolencias que sufría la actora.

CONSIDERANDO: Que en acatamiento de lo preceptuado en el párrafo 2.º del art. 89 de la Ley Procesal Laboral, en el resultando correspondiente a la declaración de hechos probados, el Juzgador de Instancia ha de hacer constar todos los que estime justificados y sean imprescindibles para de los mismos deducir las consecuencias jurídicas procedentes en orden al problema debatido en el proceso, relato fáctico que no sólo ha de contener los que estime suficientes para pronunciar su fallo, sino los necesarios para que en caso de ser recurrido éste, el Tribunal Superior, pueda dictar la sentencia procedente con arreglo a Derecho; dando lugar la inobservancia de tal mandato legal a la nulidad de la sentencia en la que se ha incurrido en dicha infracción, acordada incluso de oficio, por el carácter de derecho necesario de las normas rectoras del procedimiento, obligación que no puede entenderse cumplida cuando el juicio personal del Juzgador, obtenido por la previa valoración de la prueba practicada en los autos, es reemplazado por una relación más o menos circunstanciada de las actuaciones que integran el expediente administrativo seguido ante las Comisiones Técnicas Calificadoras, y se silencian otros datos fácticos trascendentes como la descripción de las dolencias y secuelas que padece el trabajador según la convicción personal del Magistrado a quo, si el proceso versa sobre reconocimiento de situación de invalidez permanente; anomalía procesal en la que se ha incidido en la sentencia de instancia al prescin-

dirse en ella de detallar en el resultando correspondiente a la declaración de hechos probados cuáles fueran las alteraciones orgánicas que sufre la demandante según el juicio personal del Juzgador, pero que no por ello, en este caso concreto da lugar a la nulidad de la sentencia censurada, postulada tanto por la parte recurrente como por el Ministerio Fiscal y defensa de la Mutualidad recurrida en el acto de la vista, porque esta Sala ha afirmado con reiteración en numerosas y conculcadas sentencias, cuya cita concreta por ello es innecesaria, que igual valor de hechos declarados probados, tienen las conclusiones fácticas contenidas en la fundamentación jurídica de la sentencia, aunque estén inadecuadamente ubicados, y en el considerando primero de la censurada se afirma que «diversos certificados médicos acreditan que la actora padece además de discartrosis 3.ª lumbar, con hipertensión arterial de tercer grado con isquemia subendocárdica, y desde hace 6 meses, edema y comienzo de cervicoartrosis y colecistitis» conclusión de hecho que refleja el juicio personal del Juzgador, del que posteriormente obtiene las consecuencias jurídicas que estime pertinentes en orden al grado de incapacidad laboral que las mismas originan, y al ser la nulidad de actuaciones una medida excepcional impuesta cuando se ha conculcado norma procesal de inexcusable cumplimiento, como es la de reseñar los hechos que el Magistrado a quo estima probados previa valoración de las probanzas existentes en el proceso, dadas las circunstancias concurrentes en el caso debatido, y acorde con la doctrina jurisprudencial aludida, no procede decretar la nulidad de la sentencia impugnada, porque en ella sustancialmente se ha observado el mandato del párr. 2.º del artículo 89 del Texto de Procedimiento, si bien en lugar inadecuado para verificarlo, fuera del resultando destinado a la declaración de hechos probados.

Vide en igual sentido la S 30 enero 1980 (RA 332).

NULIDAD DE ACTUACIONES POR INFRACCIÓN DEL RESULTANDO DE HECHOS PROBADOS.

S 29 enero 1980 (RA 327)

HECHOS: La sentencia de Magistratura en un proceso sobre invalidez permanente absoluta, incurrió en graves defectos al redactar los hechos probados.

CONSIDERANDOS: Que de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal y también advertido por la parte recurrente con lo cual «in voce» muestra su conformidad la recurrida, ha de declararse la nulidad de la sentencia impugnada en cuyo resultando de hechos probados incurre el juzgador en notoria infracción de lo dispuesto en el párr. 2.º del art. 89, de la L. Pro. Lab., pues si el relato fáctico se formula en principio, equivale a su falta la omisión no ya de extremos de conveniente constatación como trascendente al fallo, deficiencia corregible por vía del núm. 5.º del art. 167 de la L. Pro. Lab., al entenderse tal supuesto como error de hecho en la apreciación de la prueba, aparte que en este caso no es tal cauce el utilizado sino el núm. 1.º inadecuado para juzgar un precepto cual el antes citado por su carácter procesal, la infracción alcanza plenitud que conlleva ineficacia radical a tenor de lo preceptuado en el art. 6-3 del C. Civil.

Que en efecto, la cuestión debatida determinante, viene siendo la insuficiencia de cotizaciones para cobertura del período de carencia, discutiéndose si las realizadas por el recurrente en regímenes anteriores sean o no computables de modo que interfiera o no el límite legal de los diez años anteriores alegado por las Comisiones y secundado por el Magistrado, y para juzgar en relación con la normativa transitoria de la Seguridad Social; sobre ello es indispensable determinar en el relato preceptivo las cotizaciones efectuadas en nada detalladas aquí, sean o no operantes y en cuanto el juicio

sobre esto no puede prescindir de la objetividad de aquella realidad independiente de la valoración que se le conceda, pero que ha de hacerse sobre la base de la sentencia de tal modo elimina del antecedente, dándose así el caso tan comentado por la doctrina de se dificulta la actuación de ésta para esta Sala, de que por tal trasgresión supuesto de que por casación tener que dictar una segunda sentencia; resultado práctico que revela la necesidad de la sanción legal de la nulidad tratándose de norma que pertenece a la estructura misma del proceso y su consiguiente naturaleza de orden público lo que autoriza el pronunciamiento incluso de oficio.

Que por lo expuesto no procede el examen de los motivos formulados sobre una resolución ineficaz que por ello ha de ser reproducida aunque con libertad de criterio.

Véanse las SS 8 febrero 1980 (RA 678), 12 febrero 1980 (RA 688), 14 febrero 1980 (RA 712), 23 febrero 1980 (RA 730), 28 febrero 1890 (RA 755), 1 marzo 1980 (RA 785), 4 marzo 1980 (RA 1076), 7 marzo 1980 (RA 797), 25 marzo 1980 (RA 1522).

CONGRUENCIA; CONCEPTO.

S 30 enero 1980 (RA 329)

HECHOS: El recurrente alegó falta de congruencia de la sentencia por no haber resuelto determinadas cuestiones alegadas en el acto del juicio.

CONSIDERANDO: Que con base procesal en el núm. 2 del art. 167 de la L. Pro. Lab., se articula el segundo motivo, por cuanto la sentencia recurrida no es congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y tampoco puede prosperar, porque según doctrina reiterada de esta Sala, es preciso para el éxito del recurso por este motivo que se cite el art. 359 de la supletoria L. E. Civ., donde se establecen los requisitos

que ha de reunir toda sentencia, y la falta de cita de ese precepto impide la discusión del tema, pero además procedería su desestimación, aun salvando ese defecto, porque la congruencia implica correspondencia ante las pretensiones de las partes, debiendo ser las sentencias claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto en el debate, en el caso de autos, el demandante solicitó en su demanda que se condenase a la empresa a que le abonase la cantidad de 324.708 ptas., y la demandada alegó en el acto del juicio, contestando a la demanda, se admitiera la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, siendo ambas cuestiones resueltas, esta última en sentido afirmativo, por S. de 16 agosto 1972, siendo revocada por la de esta Sala de 29 enero 1975, por estimar ser de la competencia de esta Jurisdicción el conocimiento de la pretensión de la demanda, dictándose sentencia el 16 junio 1975, condenando a la empresa al abono al actor de la cantidad solicitada, de lo que se deduce que hubo concordancia perfecta entre lo pedido por el demandante en la litis y por la demandada y lo resuelto por el Juzgador en sus sentencias.

Véanse las SS 15 febrero 1980 (RA 908), 17 marzo 1980 (RA 1424).

ERROR EN LA INSTRUCCIÓN DE RECURSOS.

S 6 febrero 1980 (RA 673).

HECHOS: El recurrente, siguiendo la instrucción de la sentencia, interpuso recurso de casación procediendo el de suplicación.

CONSIDERANDO: Que solicitada en la demanda la declaración, como consecuencia de accidente de trabajo, de

incapacidad permanente parcial, e indemnización a tanto alzado por 576.000 pesetas; de conformidad con lo establecido en el art. 153, párr. 1.º en relación con el 166, primero y cuarto al excluir el primero la incapacidad parcial aquí debatida y entrar de consiguiente el supuesto en aquel otro número, preceptos ambos de L. Pro. Lab. reformada por R. D.-Ley de 7 junio 1978; el recurso procedente es de Suplicación y la competencia del Tribunal Central de Trabajo, y no el de casación indebidamente indicado e interpuesto, por lo cual ha de declararse la nulidad de lo actuado a partir de la instrucción a las partes sobre el recurso procedente, hecha por la Magistratura de Instancia, lo que ha de pronunciarse de oficio por el interés público de lo jurisdiccional y de conformidad con el dictamen del M.º Fiscal, sin que en su virtud deba entrar en el fondo de la cuestión y examen de los motivos formulados en el escrito de formalización.

Véase la S 4 marzo 1980 (RA 794).

MULTA; POR TEMERIDAD.

S 5 febrero 1980 (RA 668).

HECHOS: El recurrente, en un proceso por despido, optó por la indemnización, pero luego quiso ser readmitido. El T. S. desestimó el recurso contra el pertinente auto denegatorio en ejecución, y le impuso multa por temeridad.

CONSIDERANDOS: Que el único motivo comprendido en la formalización del recurso contra el auto de 18 junio 1977 denegatorio de la reposición pretendida de 30 abril del mismo año; ha de decaer en cuanto amparado en el núm. 1.º del art. 167 de la L. Pro. Lab., se funda en violación del 103 de la misma ley que, aun entendido como susceptible su desconocimiento de impugnar en casación en cuanto pese a su naturaleza procesal no ordena nue-

va forma sino es norma principal, vertiente directa de un supuesto sustantivo para efectividad de un derecho reparatorio como consecuente de la improcedencia por un despido declarado por sentencia; el Magistrado de instancia no sólo no dejó de aplicar aquel precepto sino que lo observó con todas sus derivaciones a tenor de concordantes al disponer el procedimiento específico seguido efectivamente, mediante ejecución del fallo motivador de 5 febrero 1973 que declaró improcedente el despido del recurrente con ejercicio del derecho de opción entre readmisión o indemnización de 95.000 ptas. fijada en dicha resolución; y hecha elección en favor de lo primero, al no realizarse por la empresa demandante y condenada, le fue reconocido al referido trabajador el importe de 260.000 ptas. en el incidente procesal, cuya cantidad consta, como todo lo anterior fehacientemente en autos y así lo reconoce el propio recurrente, recibió ésta el 22 marzo 1973.

Que de tal modo, sea cual fuere la naturaleza y fuente de la obligación satisfecha, pues a todas se refiere el art. 1156 del C. Civ. que determina el pago como la primera y principal causa de extinción de aquéllas, de lo que aparece no ya la improcedencia del recurso por sumamente evidente, sino la temeridad del impugnante merecedor de la sanción para tal supuesto prevista en el 174 en relación con el 94, ambos de la citada Ley Procesal, al pretender la repetición del pago indemnizatorio so pretexto de que, con posterioridad al obtenido, esta Sala, en su sentencia de 1 diciembre 1976, dictada en recurso de casación interpuesto y formalizado, no por el ahora recurrente que obtuvo resolución en sentencia a su favor como se ha dicho y con ello la ejecución mencionada, sino por otro obrero en actuaciones acumuladas también de despido, que no tuvo éxito en la Magistratura y sí en este Tribunal, donde por tanto para nada la resolución que lo estimó afectada al trabajador de que se trata, y úni-

camente en la segunda sentencia, por imperativo de su indivisibilidad se determina lo procedente en favor del repetido obrero antes indemnizado, en razón a la improcedencia también de su despido «como se declaró en la sentencia de instancia en particular no recurrido en casación», cual literalmente detalla dicha segunda sentencia, que determina el mismo importe inicial por tanto y prácticamente inejecutable por el alcance del pronunciamiento y su fuerza al efecto, sino porque ya había sido ejecutado, en cuanto así irrecurrido inicialmente el pronunciamiento en uno de los dos procesos independiente del otro, con el cual no ha de confundirse por el efecto procesal de la acumulación de autos que no alcanza a semejante absorción material de ambas relaciones laborales; por todo lo cual y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, como al principio se dijo ha de ser desestimado el recurso con la sanción también argumentada.

9. RECURSO DE CASACION

RIGOR FORMALISTA.

S 16 febrero 1980 (RA 718)

HECHOS: El recurrente planteó defectuosamente el recurso, lo que le sirve a T. S. para explicar el rigor formalista del mismo.

CONSIDERANDO: Que el recurso de casación, por su carácter extraordinario y por su finalidad, conducente a conseguir que las normas jurídicas se apliquen e interpreten rectamente, manteniendo la unidad de las decisiones judiciales, está regulado en nuestro ordenamiento jurídico procesal con gran rigor formal, exigiéndose el cumplimiento de una serie de requisitos en el escrito de formalización del mismo, cuyo incumplimiento acarrea, sin otro trámite, la desestimación del recurso, debiendo expresarse en el escri-

to interponiéndolo, según ordena el artículo 1720 de la supletoria L. E. Civil, el párrafo del art. 1692 —en la casación laboral el art. 167— en que se halle comprendido, y citarse con precisión y claridad la Ley o doctrina legal que se crea infringida y el concepto en que lo haya sido, y si fueren dos o más los fundamentos o motivos del recurso, se expresarán en párrafos separados y numerados.

Véanse las SS 21 febrero 1980 (RA 726), 1 marzo 1980 (RA 787), 4 marzo 1980 (RA 1075), 20 marzo 1980 (RA 1428), 20 marzo 1980 (RA 1430), 21 marzo 1980 (RA 1445), 21 marzo 1980 (RA 1447), 26 marzo 1980 (RA 1523), 27 marzo 1980 (RA 1541), 28 marzo 1980 (RA 1545).

POR INFRACCIÓN DE LEY: DOCTRINA LEGAL; CONCEPTO.

S 19 enero 1980 (RA 615).

HECHOS: El recurrente basa un motivo de su recurso en infracción de doctrinal legal, invocando una sola sentencia.

CONSIDERANDO: Que en los motivos sexto, séptimo y octavo del recurso, el recurrente, cambiando de dirección, aunque también sin cita del concepto en que estima que la infracción se ha cometido, acusa, con amparo procesal en el núm. 1.º del art. 167 del Texto Regulador del Procedimiento Laboral, la de la doctrina legal, si bien en cada uno de dichos motivos, sin cita de precepto sustantivo supuestamente infringido, invoca una sola sentencia de esta Sala, razón por la que los tres motivos se estudian conjuntamente, y se desestiman, pues por doctrina legal ha de entenderse la contenida en las leyes mismas o declarada por el T. S. al interpretarlas y aplicarlas, debiendo formarse por reiteradas resoluciones pronunciadas en el mismo sentido, pues como dice esta Sala en su S. de 11 marzo 1969 la condición de doctrina legal «está reservada a la

que haya sido establecida en varias de las sentencias de este Alto Tribunal, mantenida ante supuestos de hecho y de derecho idénticos y que, por lo mismo resultan de aplicación al caso debatido», concretándose en la S. de 14 junio 1971 «que una sola sentencia no es suficiente para sentar jurisprudencia», y en la de 17 marzo 1975 que «una sola sentencia, no constituye doctrina legal», lo que lleva a la desestimación de los tres motivos de referencia.

POR INFRACCIÓN DE LEY: ERROR DE HECHO; VIABILIDAD DEL MOTIVO.

S 26 enero 1980 (RA 321)

HECHOS: El recurrente alegó error de hecho y el T. S. razona la viabilidad de este submotivo.

CONSIDERANDO: Que la rectificación del relato fáctico declarado probado, al amparo del art. 167-5.º de la Ley Procesal, por error de hecho, requiere para su viabilidad, como presupuesto de ineludible observancia, el que se concrete y puntualice la prueba documental o pericial de las obrantes en los autos, que por sí misma demuestre de modo evidente la equivocación acusada, pues en el supuesto de no verificarse así, la omisión de tal cita, unida a la crítica de la conclusión de facto a la que llegó el Juzgador de Instancia, por el juicio de valor de las pruebas practicadas en el proceso, equivale a pretender hacer prevalecer la subjetiva opinión de la parte sobre el criterio objetivo de aquél, sin fundamentar su tesis rectificadora en documento o informe pericial que desvirtúe el hecho criticado como no ajustado a la realidad, lo que por sí sólo determina el fracaso de motivo tan defectuosamente formalizado.

La jurisprudencia en este punto es numerosísima. Véanse sobre existencia o inexistencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas documentales o periciales, las SS 16 enero 1980

(RA 614), 23 enero 1980 (RA 618), 28 enero 1980 (RA 318), 31 enero 1980 (RA 660), 1 febrero 1980 (RA 901), 2 febrero 1980 (RA 661), 2 febrero 1980 (RA 662), 4 febrero 1980 (RA 664), 4 febrero 1980 (RA 666), 5 febrero 1980 (RA 667), 5 febrero 1980 (RA 669), 6 febrero 1980 (RA 671), 6 febrero 1980 (RA 672), 7 febrero 1980 (RA 674), 7 febrero 1980 (RA 676), 7 febrero 1980 (RA 677), 8 febrero 1980 (RA 902), 9 febrero 1980 (RA 680), 11 febrero 1980 (RA 682), 11 febrero 1980 (RA 683), 14 febrero 1980 (RA 693), 14 febrero 1980 (RA 694), 14 febrero 1980 (RA 905), 14 febrero 1980 (RA 906), 16 febrero 1980 (RA 713), 16 febrero 1980 (RA 716), 16 febrero 1980 (RA 717), 18 febrero 1980 (RA 719), 19 febrero 1980 (RA 721), 19 febrero 1980 (RA 910), 19 febrero 1980 (RA 998), 20 febrero 1980 (RA 724), 21 febrero 1980 (RA 725), 21 febrero 1980 (RA 727), 21 febrero 1980 (RA 728), 21 febrero 1980 (RA 1002), 23 febrero 1980 (RA 731), 23 febrero 1980 (RA 746), 23 febrero 1980 (RA 747), 23 febrero 1980 (RA 748), 25 febrero 1980 (RA 1003), 25 febrero 1980 (RA 1005), 25 febrero 1980 (RA 1006), 26 febrero 1980 (RA 1007), 27 febrero 1980 (RA 752), 27 febrero 1980 (RA 753), 27 febrero 1980 (RA 754), 1 marzo 1980 (RA 789), 3 marzo 1890 (RA 790), 3 marzo 1980 (RA 791), 3 marzo 1980 (RA 792), 3 marzo 1980 (RA 1074), 4 marzo 1980 (RA 795) 5 marzo 1980 (RA 796), 5 marzo 1980 (RA 799), 5 marzo 1980 (RA 1077), 7 marzo 1980 (RA 1080), 7 marzo 1980 (RA 1098), 8 marzo 1980 (RA 1401), 10 marzo 1980 (RA 1101), 11 marzo 1980 (RA 808), 11 marzo 1980 (RA 810), 11 marzo 1980 (RA 811), 13 marzo 1980 (RA 814), 13 marzo 1980 (RA 852), 13 marzo 1980 (RA 1104), 14 marzo 1980 (RA 1105), 14 marzo 1980 (RA 1405), 15 marzo 1980 (RA 853), 15 marzo 1980 (RA 1409), 17 marzo 1980 (RA 1421), 17 marzo 1980 (RA 1422), 17 marzo 1980 (RA 1425), 18 marzo 1980 (RA 1426), 21 marzo 1980 (RA 857), 21 marzo 1980 (RA 1442), 21 marzo 1980 (RA 1443), 21 marzo 1980 (RA 1444), 21 marzo 1980 (RA 1445), 25 marzo 1980 (RA 1518), 25 marzo 1980 (RA 1519),

25 marzo 1980 (RA 1520), 26 marzo 1980 (RA 1523), 26 marzo 1980 (RA 1524), 27 marzo 1980 (RA 1542), 27 marzo 1980 (RA 1544), 28 marzo 1980 (RA 1546), 29 marzo 1980 (RA 1570), 29 marzo 1980 (RA 1571), 29 marzo 1980 (RA 1573).

POR INFRACCIÓN DE LEY: HECHOS NUEVOS.

S 23 febrero 1980 (RA 730).

HECHOS: El recurrente alegó en casación hechos no debatidos en la instancia.

CONSIDERANDO: Que tiene que desestimarse el único motivo del recurso, formalizado con invocación del art. 167-1.º del Texto de Procedimiento, por violación del 135-4 de la L. Seg. Soc., puesto que en él se suscita un tema que no fue ni alegado ni debatido en el proceso, en el que sólo se postuló se declarara a la demandante, en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, con derecho a las prestaciones económicas reglamentarias, ya que como se expresaba en los hechos de la pretensión, había estado afiliada al Retiro Obrero, con 1.800 cotizaciones al Régimen del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, demanda que fue desestimada en la sentencia ahora censurada, por no encontrarse la actora en el supuesto de hecho contemplado en el art. 135-5 de la L. Seg. Soc., al no ser invalidantes en tal grado las alteraciones patológicas que presentaba, extremo éste reconocido como verdadero en la exposición del motivo, al razonarse en él que «ciertamente no llegó a probar con la extensión y precisión requeridas la acción ejercitada, pero sí para inhabilitarla en el ejercicio de su profesión habitual», la de empleada en empresa dedicada a la fabricación de zapatillas; tesis irrelevante en el actual momento procesal, ya que se promueve con ella un tema distinto al que se adujo en el juicio, que al ser nuevo,

alegado por primera vez al formalizarse el recurso, determina su repulsa porque como esta Sala tiene reiteradamente afirmado, entre otras, en sus SS. de 22 abril 1977, 31 octubre 1978 y 22 octubre 1979, lo no planteado ni discutido en la instancia no puede ser alegado ni resuelto en casación, al tratarse de una cuestión sustraída al conocimiento del Magstrado «a quo», por lo que éste no tuvo ocasión de pronunciarse sobre ella en su sentencia, para acogerla o rechazarla, pues no debe olvidarse que la finalidad de este recurso, es la de velar por la fidelidad y pureza de la aplicación del derecho objetivo, al revisar la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, cuya infracción ha sido denunciada por la parte, por lo que al margen del mismo han de quedar forzosamente, por la propia naturaleza del motivo, habida cuenta de lo previsto en el núm 5.º del art. 1729 de la supletoria L. E. Civ., ya que las causas de inadmisión en él enumeradas en esta Jurisdicción son de desestimación, y que impiden por ello entrar en el examen de la cuestión que es objeto del motivo.

POR INFRACCIÓN DE LEY: DOCUMENTOS EN CASACIÓN; NECESIDAD DE SU EFICACIA Y SUFICIENCIA.

S 28 enero 1980 (RA 322).

HECHOS: Condena la empresa al declararse el despido improcedente de dos enlaces sindicales, recurre en casación alegando en base a documentos.

CONSIDERANDO: Que en función de cuanto establece la L. Proc. Lab., con apoyo en el núm. 5.º de su art. 167, se articula el primer motivo del recurso, denunciándose en el mismo, que el Juez «a quo», incide en error de hecho, al afirmar en los hechos probados, que la actuación de los dos trabajadores que la actuación de los dos trabajadores inculcados en el expediente, fue esencialmente conciliadora, durante la huelga declarada en el seno de la

empresa y a efectos de demostrar el error, se invoca el contenido de los documentos unidos a los folios 8 y 21 del proceso, del simple examen de los documentos invocados, no existen términos hábiles, para que pueda aceptarse el error evidente, en atención a que el primero emana del Director de la Empresa, y va dirigido al Jefe de Personal de la misma (fol. 8), y el segundo, es una comunicación, sin acreditación de a quién va dirigida ni de quién emana, incorporada al expediente previo, pero sin las exigencias formales mínimas, para acreditar su autenticidad y la posible veracidad de su contenido; prueba documental la invocada, ineficaz e insuficiente, para justificar el error notorio, evidente y directo, que condiciona su concreción y aceptación, en el recurso de casación, como con insistencia se tiene proclamado por la doctrina de esta Sala; de consiguiente, es inaceptable la tesis recurrente, contenida en este motivo del recurso.

POR INFRACCIÓN DE LEY: EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA; CONTRADICCIÓN CON LO EJECUTORIADO.

S 14 marzo 1980 (RA 1406).

HECHOS: Los recurrentes alegan en casación la incongruencia entre el acto de ejecución y la sentencia de la Magistratura en la que se le reconocían los beneficios derivados de la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977.

CONSIDERANDOS: Que como antecedente necesario para el debido enjuiciamiento de la cuestión que se debate es de interés significar lo que en autos aparece de que por sentencia firme de 19 octubre 1978 la Magistratura de Trabajo, estimando la demanda deducida por un número de productores que anteriormente habían sido despedidos de sus puestos de trabajo, declaró serles de aplicación los beneficios establecidos en la Ley 46/1977 de 15

octubre, sobre amnistía, condenando a la empresa «a que les reintegre la totalidad de sus derechos laborales como si tales despidos no hubiesen tenido lugar...», mandato que no cumple la parte condenada que expresamente y por escrito hizo saber a los interesados que no eran readmitidos, lo que determina que en ejecución de sentencia, recaiga providencia judicial con requerimiento de inmediato cumplimiento de dicha medida, o para que en otro caso se expongan los motivos de la negativa a readmitir que mantiene la empresa, quien formula escrito en 23 noviembre que en síntesis, alega como justificación de su postura la imposibilidad de reintegrar a los productores a una plantilla que se halla totalmente cubierta, ni ser procedente su ampliación en la que en todo caso tendrían preferencia otros peticionarios más antiguos; porque además la restitución de los derechos de que habla el art. 8.º de la Ley de Amnistía, no implica necesariamente el deber de readmisión a los trabajadores, medida que, en último extremo cabría sustituir legalmente por la indemnización de daños y perjuicios, aunque sin imputar su pago a la empresa privada y sobre estas razones que fueron consideradas por el Magistrado de Trabajo y que, según el mismo, se traducen en la existencia de un supuesto de fuerza mayor que ha venido a incidir en las relaciones de empleo de las empresas afectadas que hace de aplicación lo dispuesto en el art. 20 de la Ley de Relaciones Laborales, se dicta un Auto con fecha 30 noviembre siguiente cuya parte dispositiva dice textualmente, lo siguiente: «Que debía declarar y declaraba resuelta la relación laboral entre las partes, sin derecho a indemnización alguna en favor de los trabajadores ejecutantes, a cargo de la ejecutada, y sin perjuicio de que éstos gocen de la protección dispensada por el Régimen de desempleo de la Seguridad Social».

Que si bien el recurso de casación amparado en el art. 1695 de la L. E.

Civ. goza de particularidades que le apartan del también extraordinario por infracción de Ley, regulado por el art. 1692 del mismo Texto, por cuanto, contrariamente a la finalidad específica de éste, a través del primero sólo se persiga mantener la integridad de los fallos que ganaron firmeza, en evitación de que puedan ser quebrantados en trámite de ejecución de sentencia, no siendo posible por ello, formalmente, fundar el recurso en motivos que no sean derivados del propio contenido del citado precepto, lo que impone rechazar, en términos generales, aquéllos que se apoyan en alguna de las causas enumeradas en el artículo 1662, que en la jurisdicción laboral tiene reflejo en el art. 167 de su Texto de Procedimiento, sin embargo doctrinalmente se admite la analogía que puede existir entre alguno de tales motivos, especialmente el que en nuestra normativa aparece comprendido bajo el núm. 2.º de aquel art. 167, en cuanto afecta a la congruencia del fallo, y como de otra parte resulta indudable, por el propio contenido del art. 1695 de la Ley Procesal común, que el recurso formulado a su amparo no precisa del rigor formal al exponer las razones que lo fundamentan, ha de entenderse que en el caso de autos donde el recurso se formula a través de aquella norma de la supletoria Ley adjetiva civil, para luego invocar en el motivo segundo la infracción del art. 359 de dicho Ordenamiento, cumple con la necesaria exigencia de precisar los extremos de contradicción con la sentencia, advertidos en el Auto recurrido o los puntos esenciales por el mismo resueltos que no fueron controvertidos ni decididos en aquella anterior resolución, particularidades éstas que efectivamente, se ofrecen con notoria evidencia, en el supuesto que aquí se denuncia, pues de la comparación entre lo decidido en la sentencia firme y lo resuelto en el Auto dictado para su ejecución, se advierte que mientras en aquélla se ordena a determinada empresa que reintegre a unos productores

despedidos en la totalidad de sus derechos laborales como si tal medida no hubiese tenido lugar, en el Auto que ejecuta este fallo se acuerda declarar resuelta la relación laboral entre empresa y productores, sin derecho alguno de los mismos a ser indemnizados, lo que representa un proveído en flagrante contradicción con lo ejecutoriado, que eximiría de mayores razones para dar paso al recurso si además, la resolución combatida sólo presentara ignorar lo que esta Sala tiene dicho en cuanto al rigor del contenido del art. 8.º de su Ley de 15 octubre 1977 que impone el deber de readmitir al productor amnistiado como el primero y primordial de los derechos de que debe ser reintegrado, al extremo de haberlo así decidido, como obligado respeto a los dictados de la Ley comentada aun en aquellos supuestos en que por haberse declarado la improcedencia de un despido, al reingreso del productor en su puesto de trabajo fue sustituido por la indemnización impuesta por la empresa sin más obligación del productor que la del reintegro de la cantidad percibida, y sin que, frente a lo que así se razona puedan ser de objeción las posibles dificultades nacidas de hallarse completa la plantilla de la empresa afectada, pues precisamente a resultas del exacto cumplimiento de lo que viene dispuesto por la Ley de Amnistía cabría a la empresa hacer uso, si fuese factible, de la normativa que se tuvo en cuenta para fundamentar el auto impugnado, resolución que por cuanto se expone ha de ser casada, de acuerdo con el parecer del M.º Fiscal, para ser sustituida por la procedente en derecho.

POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DENEGACIÓN DE DILIGENCIA DE PRUEBA; CONCURSO CON NULIDAD DE ACTUACIONES.

S 20 marzo 1980 (RA 1108)

HECHOS: El recurrente alegó la denegación de la prueba de examen de

libros de contabilidad, habiendo articulado previamente el recurso de nulidad de actuaciones por quebrantamiento de las normas esenciales del procedimiento.

CONSIDERANDO: Que antes de fundamentar el recurso por quebrantamiento de forma interpuesto contra sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo de Jerez, se articula Recurso de Nulidad de Actuaciones por quebrantamiento de Normas Esenciales de Procedimiento, formalizando dos motivos, al amparo del art. 6-3 del C. Civ., en relación con los arts. 79-2 y 79-5 del Texto Pro. Lab., basados en que exigiendo el citado precepto los requisitos que han de constar en el acta que se extiende de la celebración del juicio, en el núm. 2 del art. 79 se dice que consten los «medios de prueba propuestos por las partes, y la declaración expresa de su pertinencia o impertinencia», exigiendo el núm. 5, «que se declare por el Magistrado la conclusión de los autos, mandando traerlos a la vista para sentencia», y que examinada el acta de la celebración del juicio se observa que el Magistrado solamente ha hecho constar el breve resumen de las alegaciones y los medios de prueba propuestos, pero sin hacer ninguna declaración sobre la pertinencia o no del examen de libros de contabilidad de la recurrente, prescindiéndose totalmente del requisito de declarar conclusos los autos, mandando traerlos a la vista para sentencia, recurso que debe ser desestimado, en primer lugar, porque, como dice el informe del M.º Fiscal, ese recurso no se regula en la L. Pro. Lab., y en segundo término porque aunque se estime, a efectos puramente dialécticos, que existe en esta Jurisdicción, el recurso de nulidad de actuaciones, como extraordinario que es, sólo cabe cuando se han agurado sin éxito otros y no queda otro medio para obtener la reparación, y precisamente la reparación de las supuestas infracciones denunciadas, se pueden obtener a través

del recurso de casación por quebrantamiento de forma, ya que la finalidad de éste no es otra que declarar la nulidad de las actuaciones a partir del trámite en el que hayan infringido normas esenciales del procedimiento, y además, porque, como tienen dicho la Jurisprudencia Civil, —SS. de 22 enero 1908 y 24 octubre 1932, entre otras—, el art. 4.º del C. Civ. (hoy C. Civ. 6-3), no es aplicable a los supuestos en que la validez o nulidad de los actos procesales resulte de la aplicación o inaplicación de normas extrañas al cuerpo de derecho material de que aquél forma parte, y el caso de que se trata no ofrece base para discutir sobre un tema que en el fondo es ajeno a él, cual es el de la infracción de normas rectoras sobre la forma de redactar el acta del juicio que se celebre ante la Magistratura de Trabajo, por lo que no cabe dicho recurso, máxime si se tiene en cuenta que la recurrente no manifestó en el acto de la firma del acta deficiencias en ella existentes para que se hubieran subsanado y de no haber accedido a ello, expresar su protesta a los efectos oportunos.

Que al amparo del núm. 3 del artículo 168 de la L. Pro. Lab. se formaliza el primer motivo de casación, basado en que la hoy recurrente articuló debidamente en tiempo y forma la prueba de examen de sus libros de su contabilidad; prueba que el Magistrado no declaró impertinente, por lo que siendo una prueba que había que practicarse en el domicilio social de la demandante, por imperativo del art. 605 de la L. E. Civ. y de conformidad con lo estipulado en el art. 49 del C. Com., el recurrente no pudo subsanar ni saber que no se admitía hasta que no se le entregaron los autos para preparar el recurso de Casación, y siendo la única prueba que podía proponer y practicar para la demostración de las ventas efectuadas y la detracción hecha a los clientes por el concepto de repercurción sobre la Seguridad Social Agraria es clara la indefensión en que se le colocó, infringiéndose así las nor-

mas que regulan la prueba ante la Magistratura, concretamente el art. 79 del Texto Procesal, ya que al no haberse declarado la impertinencia de las pruebas propuesta se debió admitir; motivo que no puede ser acogido favorablemente, pues si bien es cierto que en el segundo Orosí de la demanda se dice, que esta parte se servirá en el juicio oral entre otros, del siguiente medio de prueba: libros de contabilidad legalmente establecidos, sitos en el domicilio social de la empresa, para que a través de los mismos, por la Magistratura se determine, previo el reconocimiento; a) cantidades devengadas y retenidas y los clientes en concepto de percepción por Seg. Soc. Agraria en las ventas efectuadas por Willians & Humbert LTD de vinos de más de 20 ptas., en el período del año 1974; b) cantidades abonadas por Willians & Humbert LTD, en concepto de impuesto sobre el lujo durante el año 1974, y que en el acto de juicio, la actora en período probatorio presentó una copia simple de una relación de factura de vinos y dejó citado a efectos de prueba los libros de contabilidad de la empresa, y el copiador de facturas, no se puede olvidar ni desconocer que el art. 605 de la L. E. Civ. dispone que cuando hayan de utilizarse como medio de prueba los libros de los comerciantes, se practicará lo que ordenan los arts. 46 a 48 del C. Com., verificándose la exhibición en el despacho o escritorio donde se hallan los libros, estableciendo el art. 47 de dicho Código, que excepto en los casos de liquidación, sucesión universal o quiebra, sólo podrá decretarse la exhibición de los libros y documentos de los comerciantes a instancia de parte, o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que provera la exhibición, de cuyo contexto se deduce que los libros de comercio no son normalmente aportados a los autos como los restantes documentos, sino exhibidos al órgano jurisdiccional, para obtener de ellos reproducciones

fehacientes de los particulares que se interesen, verificándose la exhibición en el despacho o escritorio del comerciante, a su presencia o a la de la persona que comisione, pero ello no impide a la parte que disponga de los libros y sea ella a la que interese la prueba de dichos libros, los presentes en la Magistratura y se obtenga testimonio de los particulares que señalen los interesados, sin que la exhibición haya de verificarse siempre en el escritorio o despacho del comerciante pues ello sucede cuando se solicita por parte distinta de la que es propietaria de los libros o de oficio. Por ello la demandante que en el segundo otrosí de la demanda dijo que en el juicio oral se serviría, entre otros, de la prueba de los libros de contabilidad, debió en dicho momento procesal aportar los libros de comercio que estimara eran los que acreditaban fehacientemente su derecho, para que se testimoniaran aquellos particulares que le interesaban, y lejos de efectuarlo así, se limitó a dejar citado a efectos de prueba los libros de contabilidad sin más, lo que pone de manifiesto que la no práctica de dicha prueba a ella sólo le incumbe.

Que aun en el supuesto que se estimara que fue propuesta en tiempo y forma la prueba de los libros de contabilidad, y que fue denegada, tampoco puede prosperar el motivo, pues como razona el M.º Fiscal, es esencial además de la denegación de una diligencia de prueba, que la parte haya formulado su protesta por tal denegación, por aplicación del art. 1696 de la supletoria L. E. Civ., no siendo exacto, como afirma el recurrente, que no pudiese pedir la subsanación de la falta, puesto que al proponer la prueba en el acto de juicio y antes del trámite de conclusiones, al observar que el Magistrado de instancia no resolvía sobre su pertinencia, pudo y debió formular la oportuna protesta, a los efectos del recurso de casación, de acuerdo con el art. 78 de la L. Pro. Lab., y si a ello se añade que al proponerla en

el acto de juicio, dado que no presentó los libros para que se testimoniaran los particulares que le interesaran, y tener que practicarse en el establecimiento del comerciante y en su presencia o en la persona que comisione, por tratarse de una prueba que no podía practicarse en el acto de juicio, el Magistrado quedaba facultado para admitirla por exigir la traslación del Tribunal fuera del local de la Audiencia, suspendiéndose el juicio para continuar después sin interrupción, de acuerdo con el párr. 5.º del art. 76 de la L. Pro. Lab., por tanto, si el Magistrado no adoptó ese acuerdo, en el acto de juicio, ello significaba que la denegó, y debió formular la parte la oportuna protesta.

Que el segundo motivo se ampara en el núm. 5 del art. 168 del Texto Pro. Lab., en cuanto aparece en los autos que una diligencia de prueba no se declaró impertinente por el Magistrado, y al no haberse declarado impertinente no pudo protestarse por el actor la inadmisión a los efectos del recurso de casación por quebrantamiento de forma, ya que para ello era necesario que el magistrado no hubiera admitido la prueba, y porque habiéndose de practicar la prueba en el domicilio de la empresa por imperativo del art. 605 de la L. E. Civ., no pudiéndose practicar en el acto de juicio, no habiéndose declarado su inadmisión ni su impertinencia, no podía formular ninguna protesta por entender que lógicamente, se practicará la prueba al estar procesalmente admitida, motivo igualmente desestimable, porque si bien es cierto que el Magistrado de Trabajo al proponer la parte actora en el acto de juicio la prueba de libros de contabilidad de la empresa y el copiador de facturas, no se pronuncia expresamente sobre su pertinencia o impertinencia, ese silencio sobre ese extremo, ha de estimarse a lo menos de denegación de su práctica, puesto que para que se estimara que había sido admitida dicha práctica, menester hubiera sido que la estimara

indispensable, y hubiera suspendido el juicio el tiempo estrictamente necesario, continuando después sin interrupción, por requerir la traslación del Tribunal fuera del local de la Audiencia, ya que debía verificarse en el establecimiento del comerciante, según dispone el párr. 5.º del art. 76 de la L. Pro. Lab., por tanto, la actora debió pedir al Juzgador para que se pronunciara sobre ese extremo, a fin y efecto de poder, en su caso, formular la oportuna protesta, por lo que al no efectuarlo, debe decaer el motivo y con él el recurso de acuerdo con el parecer del M.º Fiscal, con pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal, y abono al Letrado de sus honorarios en la cuantía que fija el art. 176 del Texto Procesal.

10. PROCESO DE REVISION

DOCUMENTOS DECISIVOS; NO LO SON LAS DECLARACIONES HECHAS EN UN SUMARIO.

S 20 febrero 1980 (RA 999).

HECHOS: El recurrente pretendió que se revisara una sentencia alegando haber recobrado documentos decisivos.

CONSIDERANDO: Que la demanda de revisión se fundamenta en el número 1.º del art. 1796 de la L. E. Civ., toda vez que después de pronunciada la sentencia que se impugna se han recobrado documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor, consistiendo esos documentos en dos testimonios, literales de las declaraciones prestadas por Ramón C. S. ante el Juzgado de Instrucción de Béjar y en el sumario que se seguía por la muerte de los esposos de las hoy recurrentes, según las cuales convino con los esposos de las recurrentes la construcción de un muro, en horas libres de su trabajo, fijándose la remuneración en 90 ó 700 ptas. la hora; motivo que, de confor-

midad con el razonado informe del M.º Fiscal, ha de ser desestimado, pues ese precepto que se invoca por las recurrentes, exige que se trate de documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia, y aquellos testimonios de las declaraciones prestadas por el recurrido en el sumario 3/77 del Juzgado de Instrucción, de Béjar, no son propiamente documentos, sino en definitiva una prueba testifical, de un testimonio incorporado a un documento, que no constituye prueba de la veracidad intrínseca del testimonio, ni se trata tampoco de un documento decisivo, es decir, de un documento que, razonablemente, conduzca a estimar que si de él hubiera dispuesto el Magistrado de Trabajo, su fallo hubiera sido de signo contrario al que se dictó. Véase la S 12 marzo 1980 (RA 1402).

MAQUINACIÓN FRAUDULENTE; OCULTACIÓN DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO.

S 11 marzo 1980 (RA 807).

HECHOS: El demandante intentó fraudulentamente que el demandado pudiera ser citado para juicio por reclamación de salarios, dando un domicilio falso de éste.

CONSIDERANDOS: Que el juicio seguido ante la Magistratura de Trabajo núm. 14 de Madrid, a que se refiere el presente recurso de revisión, se promovió en virtud de demanda formulada en 9 marzo 1977, por el trabajador ahora recurrido contra el empresario recurrente, en reclamación de cantidad por salarios y otros conceptos, señalándose en la demanda de tal juicio el núm. 87 de la Calle de Camarena de Madrid como con domicilio del demandado, donde no fue habido, por lo que hubo de practicarse la citación por edictos, sin que compareciera al acto del juicio, celebrado el 25 mayo siguiente, dictándose el día 27 de igual

mes la sentencia contra la que se ha interpuesto el actual recurso, en la cual se estimó la demanda y se condenó al demandado al pago de la suma en ella reclamada, fundándose en que, dada la incomparecencia del mismo, procedía declararle confeso a tenor del art. 81 de la L. Pro. Lab., cuya sentencia fue notificada también por edicto al demandado; sin embargo, el mismo demandante había promovido contra él un juicio por despido en 1976, ante la Mag. Trab. de Madrid núm. 8, en la cual dio el mismo domicilio de la calle de Camarena, y, como no compareciera y la citación no hubiera podido ser practicada en dicho domicilio, efectuó aquél una comparecencia el 29 octubre del propio año 1976, manifestando que el demandado vivía en la calle de la Estación núm. 10 de Las Rozas, Madrid, donde fue citado, compareciendo ya en tal juicio; y en 16 abril y 15 marzo 1977 formuló otras dos demandas por despido, que correspondieron a las Magistraturas núms. 9 y 18, en las que se señaló como domicilio del propio demandado el indicado de la calle de la Estación de Las Rozas, y éste fue también el que luego facilitó en 13 julio siguiente al pedir la ejecución de la sentencia del juicio en primer lugar citado, objeto del presente recurso de revisión, para cuyo acto fue citado el demandado, ahora recurrente, el día 8 noviembre de igual año, sin que conste tuviera antes conocimiento de la existencia del juicio.

Que de lo precedente expuesto se deduce, de modo evidente, que al momento de formularse la demanda del juicio en que recayó la sentencia impugnada en este recurso de revisión, y durante la tramitación de aquel juicio, el demandante conocía que el domicilio del demandado era el de la calle de La Estación núm. 10 de Las Rozas, y no el de la calle de Camarena de Madrid, puesto que así lo había manifestado en la comparecencia efectuada con anterioridad en el juicio que había promovido en primer lugar contra el propio demandado, y volvió a

señalar aquel domicilio en las otras dos demandas, que, aun habiendo sido formuladas después, lo fueron con anterioridad a la celebración del juicio que nos ocupa, sin que en tal momento procesal, al observar que no comparecía el demandado no había podido ser citado en el domicilio indicado en la demanda de la Calle de Camarena, señalara el otro domicilio, como lo hizo después de instar la ejecución de la sentencia, en que pidió se procediera por la vía de apremio y designó como bienes susceptibles de embargo «los que se encuentren en el domicilio de la empresa, sito en calle La Estación, 10. Las Rozas (Madrid), de esta Capital».

Que todo ello revela la existencia de una maniobra fraudulenta, encaminada a impedir llegara a conocimiento del demandado el planteamiento del juicio y pudiera oponerse a la demanda, obteniéndose así una sentencia favorable, lo cual es constitutivo de la causa o motivo de revisión de la sentencia prevista en el núm. 4.º del artículo 1796 de la L. E. Civ., en relación con el 189 del Texto Procesal Laboral, según reitera doctrina de esta Sala, contenida, entre otras, en SS de 5 julio y 30 noviembre 1973, 10 abril 1978 y 18 enero 1979; en consecuencia, al haberse interpuesto el recurso dentro del plazo y con los requisitos exigidos en los arts. 1798 y siguientes de la Ley primeramente dicha, es procedente estimar el mismo y rescindir en su totalidad la sentencia impugnada.

11. PROCESO POR DESPIDO

REQUISITOS FORMALES DE LA COMUNICACIÓN ESCRITA.

S 17 marzo 1980 (RA (1423)).

HECHOS: El actor recurrió en casa alegando la nulidad del despido por defecto formal en la comunicación escrita de la empresa, la cual no hizo constar los hechos que demostraban

que la huelga era 'ilegal', ni se desprendía de los mismos que su participación hubiera sido activa.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de casación se ampara en el núm. 1 del art. 167 de la Ley Procesal Laboral, por violación del art. 36, segundo párrafo del R. D.-Ley 17/1977, de 4 marzo, en relación con el art. 34-1 del mismo Real Decreto Ley, al no declarar la sentencia recurrida nulos los despidos de los actores, con fundamento en la insuficiencia de la comunicación escrita de la empresa para despedirlos, basando dicha insuficiencia en no hacer constar los hechos mostradores de la calificación de «ilegal» que de la huelga se hace, y no hacer constar que la participación en la huelga que se imputa a los actores, es una participación «activa»; o mejor dicho, no hacer constar los hechos de los que puede derivarse esa participación; motivo que debe ser desestimado porque las cartas en virtud de las cuales fueron comunicados a los demandantes el despido, por su empresario dice textualmente: «que a partir de esta fecha, queda despedido de esta empresa, por haber participado en la huelga ilegal del día 2 abril 1979, faltando al trabajo este mismo día, ocasionando por esta falta al trabajo haber tenido que cerrar el establecimiento por carecer de personal para atender a la clientela»; reuniendo los dos requisitos exigidos por el art. 34-1 del R. D.-Ley de 4 marzo 1977, la fecha del despido y los hechos que lo motivaron, sin que esa referencia del escrito a la participación en la huelga ilegal del día 2 abril 1979, debe estimarse que adolece del defecto de no constar los hechos mostradores de la calificación de ilegal que de la huelga hace el escrito, pues al mencionar la huelga del día 2 abril 1979, los trabajadores conocían que en dicho día la causa de la misma era debida a la ruptura por parte de la patronal de las negociaciones del Convenio Colectivo, y su objetivo conseguir la reanudación de las mismas

para llegar a un acuerdo por ambas partes, dado su notoriedad y además que así lo comunicaron por escrito a la la empresa, de ahí que con conocimiento de los hechos que motivaron sus despidos, pudieron en el momento procesal pertinente, articular los medios defensivos para oponerse a la calificación de ilegal de la huelga, y que su participación no fue activa, como así lo verificaron en el acto del juicio al ratificar la demanda, y como la finalidad perseguida por la Ley y la Jurisprudencia al exigir al empresario que en la comunicación por escrito al trabajador acordando su despido conste los hechos que lo motivan y su fecha, es evitar la indefensión del trabajador cuando haya de litigar en defensa de sus derechos, es llano que al no haberse producido indefensión de los derechos de los actores a impugnar los hechos que motivaron sus despidos, deba estimarse que el escrito comunicándoles sus despidos cumple los requisitos establecidos en el art. 34-1 del Real Decreto Ley y la sentencia no violó el art. 36 al no declarar nulos los despidos.

INEXISTENCIA DE DESPIDO POR MERA CESIÓN, TRASPASO O VENTA DE INDUSTRIA.

S 16 enero 1980 (RA 166).

HECHOS: La actora intentó impugnar a través de la correspondiente demanda un despido, sin alegar causa alguna del art. 77 LCT, y siendo inexistente, al haber quedado subrogada la nueva empresa en los contratos vigentes.

CONSIDERANDOS: Que a base de la relación de hechos contenida en la sentencia recurrida no impugnada por el único cauce posible así como de su sucinta argumentación, el único motivo comprendido en la formalización del recurso habría de decaer, como razona acertadamente el M.º Fiscal en su preceptivo informe, en cuanto la in-

terpretación errónea acusada del artículo 79, párr. 1.º de la L. C. T. carece de sentido desde el momento que el juzgador de instancia descarta radicalmente la cuestión suscitada por la demandante trabajadora por cuenta ajena, radicada en tal norma y como supuesto de cesión, traspaso o venta de industria y su efecto de subrogación del nuevo empresario respecto a los contratos vigentes; y ello en razón a que la acción ejercitada en la demanda es la estrictamente de despido regulada con carácter específico en la Sección 2.ª del Título II, Libro II de la L. Pro. Lab. razonándose en ella como si tal medida se hubiere acordado por la empresa en que servía y súplica de que fuere declarado indebido en unión de los acuerdos que tal pronunciamiento lleva consigo, igualmente especificados en tal proceso especial, por lo que, a tener del art. 102 y doctrina de esta Sala que lo interpreta, no alegada alguna de las causas del art. 77 de aquella Ley de Contrato de Trabajo no cabe resolver sobre la procedencia o no de un despido inexistente, al estar fuera del área del tan particular pronunciamiento; y de ahí, tampoco posible en todo caso, hablar de interpretación acertada o no de un precepto separado del fundamento al punto de su valoración deferirse hacia acción de la que, no menos expresamente, hace el Magistrado reserva; y ello se dice en la sentencia, sea cual fuere la inteligencia que cupiera conceder al art. 13 de las Ordenanzas Laborales para Empresas de Limpieza de edificios y locales, precepto íntimamente relacionado con el que ahora se dice infringido, de este modo, como se ha advertido, eliminado del enjuiciado.

Que en efecto, la relación no discutida de la sentencia impugnada afirma, que desde el año 1972 la actora viene trabajando en las operaciones de limpieza a las órdenes conjuntas de los dos demandados organizados en empresa, que cuenta con más de cincuenta operarios y con el cargo de en-

lace sindical, realizando sus tareas en los locales de Mercagranada, establecimiento de suministros alimenticios, y en 29 febrero 1976 le fue comunicado que por haber sido absorbida su ocupación por la nueva cesionaria de limpieza del local, pasaba a depender de ésta, que sustituyó a los hoy recurridos por extinguida la que rigió entre éstos y la mencionada casa comercial; mas sin que en momento alguno la recurrente fuere despedida por alguna causa objetiva ni de conducta, y ni siquiera trasladada de puesto, en el cual, sin solución de continuidad, permaneció, cumpliendo sus obligaciones con la única diferencia del cambio de empresa patronal acabado de explicar, por lo cual no es posible calificar su justicia o injusticia.

EFFECTOS DE LA AMNISTÍA LABORAL.

S 24 enero 1980 (RA 315).

HECHOS: Los recurrentes impugnan la rescisión de los contratos de trabajo amparándose en la ley de Amnistía.

CONSIDERANDO: Que censurada en un sólo motivo, con adecuado amparo procesal, por aplicación indebida del art. 8.º de la Ley 15 octubre 1977, sobre amnistía laboral, la sentencia de instancia que declaró haber lugar a la concesión de la misma a todos los demandantes; no combatidos los hechos declarados probados, a los mismos ha de estarse para llegar a la conclusión procedente sobre si se incurrió o no por el Juzgador de Instancia en la citada infracción; relato fáctico en el que consta que los siete demandantes, trabajadores con cargos sindicales de carácter electivo, en la Empresa «Motor Ibérica, S. A.» (División Perkins), a consecuencia de sus actividades sindicales y huelgas promovidas en el mes de marzo de 1972, fueron sometidos a expedientes disciplinarios que finalizaron con propuestas de despido, desestimadas por sentencias de la Magistra-

tura de Trabajo, que los declaró improcedentes, sin que fueran readmitidos por la Empresa, lo que motivó se siguieran los incidentes previstos por la Ley para tales supuestos, en los que se fijó la cantidad que cada uno de ellos, habría de percibir de la Empresa en concepto de indemnización por su no readmisión; hechos que conforme reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, contenida en las sentencias 14 marzo, 23 y 29 junio, 22 septiembre y 30 noviembre, todas ellas del año 1979, determinan que a los ahora demandantes, les sea aplicable la Ley de Amnistía, pues si principio inspirador de la misma, es el de hacer desaparecer todas las consecuencias de la resolución del contrato de trabajo por despido, que cuando se acordó legalmente procedía, restituyendo el trabajador al puesto que ocupaba con los mismos derechos que tendría en caso de no haberse producido, porque su conducta de acuerdo con la legalidad vigente cuando se promulgó dicha Ley de gracia, ya no era sancionable con la rescisión de la relación laboral, más justa, equitativa y legal ha de ser la reintegración de los trabajadores que no fueron acreedores a tan grave y extrema medida disciplinaria, según se declaró en Sentencia firme y ejecutoria, que no tuvo, pese a ello, la efectividad positiva derivada de su pronunciamiento, porque la Empresa, en virtud de la facultad que la ley le otorgaba, optó por la no readmisión y subsiguiente resolución del contrato de trabajo, previo abono de la cantidad fijada en concepto de indemnización por el Organismo Jurisdiccional competente, ya que lo contrario sería hacer de peor condición ante la mencionada Ley de Amnistía, a los trabajadores que no dieron lugar a ser sancionados con despido, de aquellos otros que sí hicieron merecedores a él, si bien, como también ha declarado esta Sala, en sus Sentencias 14 marzo y 24 septiembre, y las en ésta citadas, ambas de 1979, los trabajadores, que como los demandantes, por decisión de la

Empresa no fueron readmitidos, pese a ser sus despidos improcedentes, percibiendo a tal fin la indemnización señalada, vienen obligados a devolver ésta, ya que el art. 8.º de la tan repetida Ley 46-77 de 15 octubre dispone serán repuestos en su anterior situación laboral, como si no se hubiera resuelto, pero no comprende derechos que en dicho momento no tenían, como el de hacer suya y conservar la cantidad percibida como indemnización, en sustitución de la readmisión, pues la misma no la habrían ingresado en su patrimonio, de no haberse producido sus ceses laborales, cuyos íntegros efectos borra y hace desaparecer la citada Ley, razón por la que al ser dicha indemnización, un derecho no comprendido ni contemplado entre aquellos que han de ser restituidos a los trabajadores amnistiados, éstos tienen que reintegrarla a la Empresa, por reanudarse la relación laboral, por imperativo de la Ley, en los mismos términos que si no se hubiera producido su extinción; doctrina jurisprudencial que da lugar a la acogida del único motivo formalizado, ya que si bien de conformidad con lo prevenido en los arts. 5.º y 8.º de la tan repetida Ley de Amnistía, los demandantes están comprendidos en ella y les es aplicable, éstos tienen que reintegrar a la Empresa las cantidades que cada uno de ellos percibió en concepto de indemnización al no ser readmitidos al trabajo, pese a ser improcedentes los despidos propuestos, lo que determina la estimación del recurso, al silenciarse en el Fallo de la sentencia impugnada, pronunciamiento alguno sobre este particular, casándose aquélla para dictar otra más ajustada a Derecho, con la consecuencia prevista para estos supuestos en los arts. 175 y 182 de la Ley Procesal, devolución del depósito constituido por la parte para recurrir.

Nota: Citamos una única sentencia en esta materia por ser de muy baja frecuencia en la actualidad.

12. PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL

COMISIONES TÉCNICAS CALIFICADORAS; REQUISITOS DE LAS NOTIFICACIONES.

S 29 enero 1980 (RA 657).

HECHOS: El actor recibió una notificación defectuosa de la Comisión Técnica Calificadora correspondiente, sobre su enfermedad profesional, lo que le pudo situar en indefensión respecto al plazo para recurrir en alzada.

CONSIDERANDO: Que si conforme a lo dispuesto en el art. 61 de la O. de 8 mayo 1969, reguladora de la actuación de las Comisiones Técnicas Calificadoras, para que una diligencia de notificación pueda considerarse que ha sido practicada de forma correcta es preciso que conste de manera indubitable la identidad del acto notificado, la recepción del oportuno documento por su destinatario y la fecha en que ésta se produce, no puede decirse que tales circunstancias se acreditan en el caso de autos respecto de la notificación al trabajador, hoy recurrido, del acuerdo de la Comisión Calificadora Provincial que resolvió no reconocer al mismo ningún tipo de incapacidad permanente, por causa de enfermedad común, pues si bien la copia del «aviso de recibo» que obra unida al procedimiento pudiera permitir reconocer que en 18 octubre 1972, aquel interesado recibió cierto envío del Servicio de Correos, no existe prueba alguna de la identidad del efecto entregado ni, por tanto, que pudiera tratarse del testimonio del acuerdo referido que, de esta manera, y por virtud de lo que también está previsto en el mismo precepto, su notificación sólo surtirá efecto a partir de la fecha en que así se manifieste expresamente, por el interesado, que en el caso en litigio lo hizo referido a un momento que sirve para considerar que el recurso de alzada contra el mencionado acuerdo fue in-

terpuesto dentro del plazo establecido en el art. 41 de la O. de 8 mayo 1969 como, con acierto, vino a reconocer el Juzgador de instancia que, por ello, no infringió, por violación, la norma indicada, según se denuncia a través del núm. 1.º del art. 167 del Texto de Pro. Lab., en el segundo motivo del recurso, que ha de ser desestimado en este análisis anticipado del mismo, dada la influencia decisiva que podía tener en el resultado del recurso.

13. PROCESO POR CONFLICTO COLECTIVO

DISTINCIÓN DEL CONFLICTO INDIVIDUAL CON PLURALIDAD DE PARTES.

S 27 febrero 1980 (RA 1072).

HECHOS: En un proceso por reclamaciones de diferencias de salarios, la Magistratura entendió que se trataba de un conflicto colectivo, pero los recurrentes alegan que es un conflicto individual con pluralidad de demandantes.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso interpuesto en este procedimiento, está amparado en el núm. 1.º del art. 167 de la L. Pro. Lab. y se denuncia, en el mismo, vulneración —por interpretación errónea— del art. 1.º de dicha L. Pro. Lab., al declararse —y reconocerse— por el juzgador de instancia, que en la demanda inicial, no se plantea un conflicto individual, con pluralidad de demandantes, sino un conflicto colectivo, cuyo cauce y consiguiente tratamiento procesal, es distinto al elegido; y al efecto, se invoca, la sentencia dictada por esta Sala el 2 abril 1974, en supuesto análogo al cuestionado en esta litis, entendiéndose que no debía proceder la acción ejercitada, como en la instancia se había aceptado, la clasificación profesional de los trabajadores ante la Delegación de Trabajo, sino que se está en supuesto de reclamación de di-

ferencias de salarios y la Magistratura tiene competencia, directa y plena, sin necesidad de cualquier condicionamiento administrativo previo que en esencia es, analizar el contenido de cuanto se alega en este motivo del recurso y al objeto de determinar si se está en supuesto de conflicto colectivo —tesis que se acepta en la sentencia recurrida—, o en hipótesis de conflicto individual con pluralidad de partes —tesis recurrente—, y de los hechos probados se advierte, que las acciones que ejercitan los actores vienen circunscritas a solicitar que se les abonen las diferencias de salarios derivadas, de que todos ellos, han ejercido funciones de alto nivel, y que no están comprendidos ni incluidos en el convenio de empresa vigente, dado que se encuentran en una situación de disponibilidad absoluta, sin percepción de horas extraordinarias y que perciben retribuciones adicionales (salarios, antigüedad, etc.), que difieren de los que reciben los trabajadores, incluidos y retribuidos de acuerdo con el Convenio Colectivo, unido a los folios 54 y siguiente de los autos; las diferencias salariales que se reclaman —en acciones acumuladas— están fundadas en la Resolución dictada por la Dirección General de Trabajo el 4 diciembre 1969, en la que sustancialmente se reconoció a los trabajadores de la industria siderometalúrgica, que ostenten cargos de alto nivel, calificados por la empresa como de confianza y superiores, tienen derecho a las retribuciones de la máxima categoría a las del grupo profesional correspondiente, según la Reglamentación del Trabajo, para la Industria Siderometalúrgica o en su caso, del convenio colectivo aplicable, cuando por determinación de la empresa cesen en dichos puestos, debiendo quedar automáticamente incorporados a todos los efectos —incluso a los económicos— (salvo que no ocuparen plaza en la plantilla) a la categoría y asignación máxima del grupo profesional de la Reglamentación o del convenio; las diferencias salariales reclama-

das (en demanda única pero individualizadas las cantidades que se dicen adeudadas y contenidas en los hechos probados de la sentencia), emanan de lo dispuesto por vía de interpretación de la Resolución de la Dir. Gral. de Trabajo; a que se deja hecha referencia; ciertamente que lo cuestionado, afecta a una pluralidad de trabajadores, pero este dato es insuficiente, para que se esté ante un conflicto colectivo —como se acepta en la sentencia recurrida—, sino en supuesto de conflicto individual —con pluralidad de partes— que ejercitan sus acciones en la misma demanda, al ser análogas sus pretensiones; el conflicto colectivo presupone la necesidad de interpretar normas legales o pactadas colectivamente (convenios colectivos), las que han de afectar a un grupo de trabajadores considerados en su totalidad o conjunto, siendo el interés que se cuestiona en estos especiales procesos, no el individual o personal de cada trabajador, representado por una reivindicación económica de carácter específico y perfectamente concretada y demandada y emanada de una norma legal preexistente, como ha establecido este Tribunal en su sentencia de 17 enero 1977; el conflicto colectivo para merecer esta calificación, con su correlativa tramitación en el orden procesal, establecido en los arts. 144 y siguientes de la Ley de Procedimiento, tiene que afectar además a unas categorías profesionales laborales; consideradas en abstracto, presuponiendo y derivándose de su solución, que haya de alcanzarse y comprender a todos los trabajadores, que integran dichas categorías, hayan intervenido o no, en el conflicto y derivase, de estas decisiones jurisdiccionales, su evidente carácter y naturaleza normativas; circunstancias que no concurren en los 87 demandantes, que dan origen a este procedimiento, y que ha de ser necesariamente calificado como conflicto individual con pluralidad de demandados, como ya se aceptó en supuestos análogos por las SS. de 2 abril y 6 octubre 1975,

las que además coincidentes con el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, por lo que debe ser aceptado el primer motivo del recurso, debiendo dejarse sin efecto los pronunciamientos de la sentencia, en cuanto revistió con otros innecesarios pronunciados a los actores, al procedimiento establecido (específico para los conflictos colectivos), en el art. 144 de la L. Pro. Lab. que regula la tramitación específica de los conflictos colectivos, con especialidad de procedimiento.

14. EJECUCION

EJECUCIÓN DE LO CONVENIDO EN CONCILIACIÓN JUDICIAL. NULIDAD DE ACTUACIONES DE OFICIO.

S 17 marzo 1980 (RA 1106).

HECHOS: El actor interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma contra el auto de ejecución de lo convenido en conciliación ante el Magistrado. E. T. S. desestimó el recurso por no haber contra él casación por infracción de ley, confirmando la nulidad de actuaciones decretada por el Magistrado ante el indebido trámite seguido en ejecución.

CONSIDERANDO: Que el recurso por quebrantamiento de forma, articulado en un solo motivo, al amparo del núm. 4.º del 168 del Texto de Procedimiento Laboral, tiene que rechazarse de conformidad con el razonado dictamen del Ministerio Fiscal, porque la resolución impugnada, auto de 1 marzo 1976, en el que según argumenta el recurrente se cometió la infracción procesal consistente en no haberse resuelto una cuestión previa relativa a la fijación en ejecución de lo convenido en acto de conciliación, de la indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de una obligación de hacer, no es resolución de las contempladas en los arts. 1690.1.º y 1695 am-

bos de la supletoria L. E. Civ., para que contra la misma proceda el recurso de casación, al no ser sentencia ni poner fin a la ejecución instada, imposibilitando el auto recurrido su continuación, puesto que en él se señala el procedimiento a seguir para llevarlo a efecto, art. 932 de dicha Ley Procesal, a más de que no es resolución contra la que procede en la cuestión de fondo recurso de casación, por infracción de Ley o doctrina legal, que es el presupuesto exigido por el citado art. 168 para que sea factible interponer el de quebrantamiento de forma, y los términos del art. 151 del mismo Texto de Procedimiento son precisos, en los que expresamente se dispone que «contra las providencias y autos que dicten los Magistrados de Trabajo, podrá interponerse el recurso de reposición regulado en la L. E. Civ., contra el auto resolutorio del mismo no se dará más recurso que el de responsabilidad del Magistrado que lo hubiere dictado; únicamente procederá recurso de duplicación o casación contra el auto resolutorio de la reposición en los casos previstos en el art. 3.º de esta disposición», texto que destaca cuál es el propósito del legislador, el de limitar los recursos de duplicación y casación sólo a las sentencias de las Magistraturas de Trabajo y excepcionalmente contra los autos en los casos que expresamente la Ley ordena, entre los que no están los dictados en ejecución de lo convenido en acto de conciliación, señalando el procedimiento a seguir para ello, por lo que no es combatible en casación, por aplicación del citado artículo el auto que es causa de este recurso, pero es que aun en hipótesis de que legalmente ello fuera factible, también tendría que rechazarse puesto que se alega como fundamento del mismo, la no resolución de una cuestión previa al no pronunciarse el Magistrado a quo sobre la aprobación de la indemnización de daños y perjuicios resultante del incumplimiento de lo acordado en conciliación, y en la parte dispositiva del referido

auto de 1 marzo 1976, se lee «no ha lugar en la presente ejecución a la fijación de indemnizaciones de daños y perjuicios por incumplimiento de obligación de hacer» luego es evidente que al rechazarse lo pretendido por el ahora recurrente, se resolvió el tema que se acusa fue silenciado y si el Magistrado de Instancia, estimó al mismo tiempo, se había señalado un inadecuado trámite para la ejecución instada, lo que determinó decretarse la nulidad de lo ocurrido por estar en pugna con la Ley Procesal, acordándolo así de oficio, procedió de conformidad con la reiteradísima doctrina jurisprudencial de esta Sala, relativa a que como las normas procesales son de derecho necesario, y por lo mismo indisponibles que han de ser cumplidas tanto por las partes como por los Tribunales, y su infracción no es subsanable ni convalidable pese al consentimiento y aquietamiento de los litigantes, es cuestión que incluso de oficio, ha de ser examinada y resuelta, por ser función primordial de los Organos Jurisdiccionales, la de velar por la pureza del procedimiento y exacto cumpli-

miento de las normas que lo regulan, de aquí que carezca de base legal alguna la tesis del recurrente acerca de que «la nulidad de actuaciones no la puede declarar de oficio el Magistrado de Trabajo en el proceso laboral» y si éste en ejecución de lo convenido en acto de conciliación, consistente en que «no ha habido despido del demandante, y en consecuencia y hasta la fecha continúa en la empresa en las mismas condiciones en que venía prestando sus servicios, y le pagarían su retribución hasta hoy —día de la conciliación— debiendo reintegrarse a su trabajo en el de mañana» en 1 marzo 1976, estimó que el trámite procesal previsto en el art. 928 de la L. E. Civ., acordando cuando se instó la ejecución, no era el procedente sino al del 923 y siguientes por tratarse de pago de cantidad líquida, y no de obligación de hacer, declarando nulo lo actuado a partir de la providencia de 8 noviembre 1975, fecha en que se inició la ejecución, tal decisión no puede ser combatida como infracción procesal comprendida en el núm. 4.º del art. 168 de la L. Pro. Laboral.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL *

JOSÉ ALMAGRO NOSETE
Catedrático de Derecho Procesal
U.N.E.D.

SUMARIO:

1. Sentencia de 26-I-81 (Recurso de amparo 65/80). — 2. Sentencia de 30-I-81 (Recurso de amparo 90/80). — 3. Sentencia de 2-II-81 (Recurso de amparo 98/80). — 4. Sentencia de 2-II-81 (Recurso de inconstitucionalidad 186/80). — 5. Sentencia de 13-II-81 (Recurso de inconstitucionalidad 189/80).

1. — RECURSO DE AMPARO NÚM. 65/80. SALA SEGUNDA. SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1981. MATERIA: VIOLACIÓN POR ACTOS JUDICIALES DE LOS ARTS. 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. ESTIMACIÓN PARCIAL. PONENTE: D. JERÓNIMO AROZAMENA SIERRA.

I. — *La «tercera» opinión (cambio de punto de vista jurídico).*

«La Sala comunicó al Ministerio Fiscal, al demandante y a la demandada la eventual vulneración del art. 24, 1) de la C. E. en cuanto pudiera entenderse que al actuar el Juez de Primera Instancia por vía de auxilio judicial para la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Eclesiástico y no con propia jurisdicción, resolviendo con autonomía de criterio, ha podido vulnerar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sin que con esta extensión de los motivos de recurso sea visto prejuzgar el fallo».

* En esta Sección se analizan las Sentencias del Tribunal Constitucional, desde una perspectiva procesal. Es decir, se destacan sólo aquellas cuestiones que afectan a esta disciplina en las dos vertientes que a estos efectos importan. En cuanto *Derecho Procesal Constitucional* se recogen los temas que se refieren al proceso constitucional. Y en cuanto *Derecho Constitucional Procesal* se examinan aquellos otros que repercuten sobre el proceso en general, en sus distintas manifestaciones jurisdiccionales.

COMENTARIO

La Sala hizo uso de las facultades que le confiere el art. 84 de la L.O.T.C. Este precepto trata de mantener el equilibrio entre el principio de congruencia que obliga al Tribunal a decidir en exacta correlación con las peticiones deducidas y el principio «iura novit curiae». Equivalentes en la legislación procesal son el art. 733 de la L.E.cr. y el art. 43.2 de la L.R.J.C.A.

II. — *Se cumplió el requisito de admisión consistente en la invocación formal en el proceso judicial del Derecho Constitucional vulnerado (art. 44.1.c)).*

1. *La afirmación no negada de haberse invocado formalmente en el proceso judicial el Derecho Constitucional vulnerado, sin que, por otra parte, haya podido comprobarse por otros medios tal extremo es suficiente para que se entienda cumplido el requisito que exige el art. 44.1.c) de la L.O.T.C.*

«Ciertamente el art. 44.1.c) de la L.O.T.C. condiciona la acción de amparo a la invocación formal en el proceso judicial del Derecho Constitucional vulnerado... Si como dice el demandante, alegó ante la Sala de Zaragoza la inconstitucionalidad referida a una decisión eclesiástica con el propósito de vincular al Juez en materia de la jurisdicción estatal y este alegato no se niega y por otra parte nada abona que no se hiciera sin que podamos constatarlo porque no se nos ha remitido el rollo de la apelación... tenemos que concluir que, en lo esencial, el requisito se ha cumplido porque el núcleo de la violación se planteó en el proceso de modo suficiente para que pudiera ser examinado por la Sala de lo Civil».

2. *Con mayor razón tal requisito debe entenderse satisfecho, por cuanto la jurisdicción (tema que motiva el amparo) es relevante de oficio.*

«Con más motivo si el tema de la jurisdicción, que es, como veremos más adelante, el que justifica la razón del amparo, es de los relevantes de oficio por el Juez o Tribunal ante quien se debate el asunto. Y es que el requisito que examinamos está directamente ordenado a facilitar que en el proceso judicial, vía ordinaria de la defensa de los derechos y libertades públicos, quien conoce de él, pueda satisfacer tal derecho o libertad haciendo innecesario el acceso a sede constitucional».

COMENTARIO

Las precauciones del legislador ordinario para evitar un exceso de trabajo sobre el T.C. han impuesto este requisito de carácter formal cuya interpretación, sin embargo, no debe ser rigorista si no se quiere incurrir en formalismos. Estas cautelas, por otra parte, están destinadas a favorecer la aplicación de la C., por los tribunales ordi-

narios. Con todo, su razón última no aparece, a mi juicio, justificada. No obstante, el tenor del precepto es claro y por eso, los profesionales del Derecho (es un consejo práctico) deben dejar constancia documental de los preceptos que invocan para su aplicación y pedir en las intervenciones orales que quede reflejada en el Acta la referencia a la pretendida vulneración de los derechos constitucionales, a efectos de dejar expedita la vía para interponer el recurso de amparo.

III. — *Es admisible la demanda en relación con lo que dispone el art. 49.1 de la L.O.T.C. si aparece fijado lo que se pide y el fundamento de pedir de manera suficiente para que se pueda enjuiciar la cuestión.*

«En cuanto a la exigencia de claridad y concisión podrá acaso decirse que la demanda incurre en alguna falta de orden y hasta en confusiones, por lo que los alegatos de la defensa ... no están desprovistos de fundamento. Pero sin caer en rigorismos formales que no sirvan al fin del proceso constitucional, ha de entenderse cumplido lo que dispone el art. 49.1) de la L.O.T.C., pues aparece fijado lo que se pide y el fundamento de pedir en términos suficientes para que podamos enjuiciar la cuestión».

IV. — *No puede sostenerse a los efectos previstos en el art. 44.1 de la L.O.T.C. que no sean actos judiciales, los dictados en ejecución de sentencia canónica por los tribunales civiles, ni que el concepto de recursos utilizables a que también se refiere dicho precepto pueda ser óbice porque existe pendiente una instancia ante los tribunales eclesiásticos.*

«Los actos por razón de los cuales se pide amparo, son los pronunciados por el Juez de Huesca y la Sala de Zaragoza, de modo que cuando se arguye relacionándolo con la sentencia del tribunal eclesiástico, en los dos aspectos de no proceder de órgano integrado en los poderes públicos y estar la misma pendiente de otra instancia eclesiástica, no son obstáculos válidos que impiden la acción de amparo, pues la violación se imputa a resoluciones judiciales y respecto de éstas no se ha acusado la falta de agotamiento de los recursos utilizables».

V. — *El derecho a la jurisdicción constitucionalizado en el art. 24.1 de la C.E., integra el conocimiento con plenitud jurisdiccional o exclusividad jurisdiccional a que se refiere el art. 117.3 de la C.E.*

1. *Relación entre art. 117.3 y art. 24.1.*

«Se ha violado el art. 24.1 de la Constitución española por defecto en el ejercicio de la potestad jurisdiccional por haber dejado el Juez de conocer con plenitud jurisdiccional cuando había el deber de hacerlo».

Antes en el fundamento jurídico 1. se dice: «Se acusa a estas decisiones judiciales de vulnerar por modo inmediato y directo los principios de igualdad ante la ley ... y el de exclusividad jurisdiccional que se afirma en el art. 117.3). Si el fundamento único, en lo que hace relación a la exclusividad jurisdiccional fuera el precepto que acabamos de citar, no podría plantearse este tema por la vía del amparo constitucional ... Sin embargo, el tema pudiera llevarse al art. 24.1 de la C.E., pues si el Juez debiendo conocer con plenitud jurisdiccional de la cuestión que hemos dicho (la de los efectos civiles que en punto a las relaciones paterno filiales produce la separación matrimonial) deja de hacerlo, o por vías de estricta ejecución impone con la fuerza de las decisiones judiciales, sin el propio ejercicio de la potestad jurisdiccional, lo que ha decidido el Tribunal eclesiástico, puede alegarse que se ha vulnerado el derecho a la jurisdicción constitucionalizado en el art. 24.1».

2. *Funciones de la jurisdicción canónica y de la civil respecto de los procesos de separación matrimonial en la legalidad actual.*

«En la legalidad actual carecen los Tribunales eclesiásticos de facultades para que sus resoluciones produzcan efectos civiles en los casos de procesos canónicos de separación. Desde la vigencia del Acuerdo con la Santa Sede (que lleva fecha de 3 de enero de 1979), sólo las separaciones decididas por los Jueces estatales producen los efectos en el orden jurídico civil, a salvo la transitoriedad contemplada en el apartado 2.º de las transitorias del Acuerdo ... Aunque ciertamente los casados canónicamente podrán acudir a la autoridad eclesiástica para obtener la separación canónica, si bien sin efectos civiles y sí intraeclesiales».

3. *Funciones de la jurisdicción canonica y civil respecto de los procesos matrimoniales con anterioridad a la firma del Acuerdo con la Santa Sede y antes de la promulgación de la Constitución, durante, por tanto, la vigencia del Concordato.*

«Con anterioridad se reconocía una jurisdicción eclesiástica, según lo dispuesto en los arts. 80 al 82 del Código civil, acomodados al art. XXIV del Concordato con la Santa Sede, en orden a las causas de separación y la producción de efectos civiles, lo que no impidió que algunas interpretaciones (recordemos aquí las sentencias de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1966 y 26 de enero de 1974 y el Auto de la misma Sala de fecha 4 de octubre de 1971) permitieran sostener que el Juez es el que determina y regula las consecuencias civiles de la separación, resolviendo con jurisdicción propia, según la legislación civil».

4. *Ubicación del caso decidido, desarrollado desde la entrada en vigor de la C.E. y antes de la vigencia del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979.*

Según afirma la sentencia, el caso se ha desarrollado desde la entrada en vigor de la Constitución española y antes de la vigencia del Acuerdo con la Santa Sede, excepto el último acto (el de la Sala de lo Civil), lo que es irrelevante.

5. *En esta ubicación la interpretación de los preceptos constitucionales (aconfesionalidad y exclusividad jurisdiccional), obliga a estimar la sentencia canónica de separación como un presupuesto, creador de una situación que genera unos efectos en el régimen de la patria potestad y cuidado de los hijos que regula la Ley civil y define el Juez civil.*

«La cuestión ha de resolverse desde la perspectiva de la legalidad contenida en los arts. 80 al 82 y también el 73, todos del Código Civil, redactados obedeciendo a lo concordado en el año 1953, si bien interpretando estos preceptos desde la afirmación de los principios constitucionales».

«Desde la base firme de estos principios una interpretación coherente postula que en cuanto atañe a los efectos civiles, regulados por la Ley civil, es el Juez quien dirige las contiendas, partiendo respecto de los procesos de separación seguidos ante las autoridades eclesiásticas, y en tanto no opere plenamente el conocimiento de estos procesos por la jurisdicción estatal, del presupuesto de la sentencia canónica, como creadora de una situación que genera, n lo qu ahora nos ocupa unos efectos en el régimen de la patria potestad y cuidado de los hijos que regula la Ley civil y define en el marco de esta Ley, atento al bien de los hijos el Juez».

«El Juez de Huesca y luego la Sala de Zaragoza, han actuado como meros ejecutores de la sentencia canónica, en la cuestión referente a los hijos. No han ejercido la potestad jurisdiccional que por imperativo del art. 117.3 de la C.E. y en el orden civil tal como dice el art. 81 de la L.E.C. les corresponde, dando lugar con ello a la violación de un derecho constitucionalizado, el derecho a la justicia o derecho a la tutela jurisdiccional, que se califica por la nota de efectividad, todo ello en el art. 24.1 de la C.E.».

COMENTARIO

A diferencia de las sentencias dictadas en procesos de inconstitucionalidad que tienen efectos «erga omnes», las recaídas en procesos de amparo tienen eficacia «inter partes», lo que no significa que carezcan de otra trascendencia, en primer lugar porque la doctrina que establece representa el autorizado parecer de una Sala del Tribunal Constitucional, y en segundo lugar, porque cuando estas sentencias son desestimatorias vinculan al propio Tribunal que debe rechazar en trámite de admisión los recursos de amparo que se planteen sobre la misma cuestión.

Con estas limitaciones, pero también desde esta perspectiva, se configuran razonables expectativas de expansividad respecto a la consideración que el Tribunal mantiene sobre el derecho a la jurisdicción, por cuanto que el relacionarlo con otros preceptos (art. 117 de la C. sobre exclusividad jurisdiccional) permite que los interesados puedan con invocación de esta doctrina traer a examen a través del mencionado art. 24.1, todos aquellos preceptos de la Constitución que delimitan el concepto mismo de jurisdicción y las condiciones constitucionales en que ésta debe ser impartida.

VI. — *El art. 55.2) de la L.O.T.C. que obliga en el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas a elevar la cuestión al Pleno para que declare si procede la inconstitucionalidad de dicha ley en nueva sentencia, no opera en el caso presente.*

La defensa presentó escrito en el que se mantenía que el recurso, en cuanto que la presunta lesión causada dimanaba de una Ley y no de la incorrecta aplicación de la misma debía resolverse por la vía del art. 55.2) de la L.O.T.C. «porque idéntica lesión se produciría a cualquier ciudadano cada vez que al Juez se le presentase la oportunidad de despachar la ejecución de la sentencia eclesiástica». La Sala decide «que no fundándose esta resolución en el Acuerdo con la Santa Sede, no puede entrar en juego el art. 55.2) de la L.O.T.C.». Antes afirma «que el art. 55.2) opera cuando una ley aplicada lesiona el derecho o libertad por razón del cual se promovió el amparo».

COMENTARIO

Discrepamos de la solución dada por la Sala a este problema en relación con la interpretación del art. 55. Por supuesto que la parte, aunque haga las representaciones necesarias en torno al caso no puede pedir la aplicación de este artículo como si fuera una vía procesal diferenciada del recurso de amparo. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha elegido la solución de no suspender el curso del recurso de amparo porque haya involucrado un problema de inconstitucionalidad de ley, las sentencias por tanto en materia de amparo son siempre interpretativas tanto cuando son estimatorias como desestimatorias. Mas la obligación de remitir al Pleno la sentencia de amparo, surge siempre que se apliquen leyes que lesionen derechos fundamentales. No es ésta una facultad para la Sala sino un deber que debe cumplimentarse de oficio, aunque la parte no acierte en el fundamento jurídico aducido. Y en el caso presente está claro que no era el Acuerdo con la Santa Sede la legislación aplicada (de otra parte es muy dudosa la competencia del Tribunal sobre los Tratados internacionales), sino los arts. del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil que ordenan la ejecución al Juez civil de las sentencias canónicas.

VII. — *El alcance del pronunciamiento de amparo en materias sobre las que es exigible un previo pronunciamiento judicial, se limita a invalidar los actos conculcadores de los derechos vulnerados, sin perjuicio del posterior conocimiento sobre la cuestión de la jurisdicción ordinaria.*

«Hay que afirmar la potestad del Juez con plenitud jurisdiccional, para lo que es menester declarar la nulidad de las resoluciones judiciales que han dado lugar a este proceso y reconocer el derecho de las partes a la tutela jurisdiccional, de este modo vuelto el proceso civil al estado inmediato anterior al 4 de mayo de 1979, el Juez de Primera Instancia de Huesca resolverá el conflicto que respecto a la custodia y régimen de comunicación y visitas de los hijos, enfrenta al que ha demandado el amparo y a la que como demanda se ha opuesto a la acción de amparo».

2. — RECURSO DE AMPARO NÚM. 90/80. SALA PRIMERA. SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1981. MATERIA: VIOLACIÓN POR ACTOS JURÍDICOS DE LOS ARTS. 24.2, 17.1 Y 18 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. DESESTIMACIÓN. PONENTE: D. MANUEL DÍEZ DE VELASCO VALLEJO.

I. — *La Sala utilizó las facultades que le confiere el art. 88 de la L.O.T.C. para pedir informes.*

«El Tribunal haciendo uso de la facultad reconocida en el art. 88 de su Ley Orgánica dictó providencia ... solicitando informe relativo a la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Nacional ... Una vez recibido dicho informe y los documentos a él incorporados ... se acordó unirlos a los autos y conceder el plazo común de diez días a las partes para que a la vista de su contenido pudieran presentar nuevas alegaciones».

COMENTARIO

Materialmente la índole de estas actividades es probatoria, aunque formalmente no sea necesario acordar el recibimiento a prueba, según sostengo en mis comentarios a la L.O.T.C. (*Justicia Constitucional*, Madrid, 1980, pág. 389).

II. — *Medida cautelar de suspensión.*

«El Procurador en la representación que tenía acreditada, interesó del Tribunal Constitucional la suspensión de la ejecución de la multa impuesta y tramitado el incidente en pieza separada, se dictó Auto ... en el que no se estimó procedente dicha suspensión».

III. — *Se cumplió el requisito de admisión consistente en la invocación formal en el proceso judicial del derecho constitucional vulnerado (art. 44.1.c)).*

«Ha de entender cumplido en el presente caso así en el escrito de conclusiones, en las diligencias preparatorias... del Juzgado Central, se invocaron los arts. 17 núm. 3 y 117 núm. 5 de la Constitución y en el escrito de interposición

del recurso de apelación se aludió al principio «non bis in idem». Además en la propia sentencia de la Audiencia Nacional expresamente se afirma que no se vulneró el principio de presunción de inocencia, reconocido en el art. 24 de la C., ni el de legalidad contenido en el art. 25 de la misma, lo que ha de entenderse como respuesta del órgano judicial a una alegación previa».

IV.— *Es admisible la demanda en relación con lo que dispone el art. 49.1 de la L.O.T.C. si del escrito es posible deducir cuáles son los hechos y los fundamentos de Derecho en que se funda la demanda de amparo.*

«Sobre la falta de claridad y concisión en los hechos que fundamentan la demanda, invocada al amparo del art. 49.1 de la L.O.T.C., debe tenerse en cuenta que dicho precepto ha de entenderse cumplido cuando de la redacción del escrito es posible deducir cuáles son los hechos y los fundamentos de Derecho en que se funda la demanda de amparo, sin que sea obstáculo el que aparezcan eventualmente unidos en los razonamientos del recurrente».

V.— *Es admisible el recurso a los efectos previstos en el art. 44.1 de la L.O.T.C. (violación imputable de forma directa e inmediata a la acción u omisión del órgano judicial, con abstracción de los hechos que dieron lugar al proceso), cuando el recurrente no se limita a negar el significado penal de los hechos imputados o la ausencia de la intención delictiva, sino que plantea otros aspectos distintos a aquéllos.*

COMENTARIO

Este requisito (...con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso...), impuesto al margen de la Constitución para impedir que el recurso se convierta en una «tercera instancia» es de una gran labilidad y produce inseguridad en su adecuada interpretación. Por ello del esfuerzo jurisprudencial en esta materia en orden a establecer pautas nítidas, dependerá la confianza que tenga el ciudadano en el amparo, por cuanto que el recurrente no puede depender de un mero azar en las múltiples interpretaciones que caben del mismo. El precepto será, sin duda, uno de los «caballos de batalla» de los recursos de amparo. A mi entender no puede significar algo parecido a lo que en materia de casación se entiende como «intangibilidad de los hechos probados», sino más bien un método para deslindar los cometidos jurisdiccionales respectivos, esto es, un medio para evitar que se pueda sustituir el criterio de la jurisdicción ordinaria, producido en el marco de sus funciones legales por el del Tribunal Constitucional. Pero cuando este criterio se establezca con

infracción de preceptos constitucionales, debe entrar en juego el Tribunal para anular los actos viciados y restituir desde esta perspectiva a la jurisdicción ordinaria y a los justiciables sus respectivas funciones y derechos. Por tanto, una posible tendencia a confundir los hechos probados con las funciones judiciales que corresponden respecto al material fáctico en un proceso determinado, no puede ser fructuosa y puede dar al traste con la eficacia del amparo.

VI.— *No se aprecia, en el caso concreto, violación del principio de exclusión de la doble sanción sobre los mismos hechos. (Non bis in idem).*

«El principio general del Derecho conocido por «non bis in idem» supone en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración —relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.— que justificase el ejercicio del «ius puniendi» por los tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración ... no hubo en el caso examinado infracción del principio de referencia ... No obstante, podemos señalar que si bien no se encuentra recogido expresamente en los arts. 14 a 30 de la Constitución que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53 núm. 2 de la Constitución y 41 de la L.O.T.C.) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los Parlamentarios en la Comisión de Asuntos constitucionales y libertades públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del art. 9.º del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución. Por otro lado es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia».

COMENTARIO

El interés de esta sentencia radica en que con independencia de la solución concreta que da al caso, admite que aunque el principio «non bis in idem» no está reconocido de forma expresa en la Constitución, figura implícitamente incorporado a los principios de legalidad y de tipicidad que recoge el art. 25 de la misma.

VII.— *No es viable, según el art. 44.1.b de la L.O.T.C. la petición de un pronunciamiento sobre la certeza de los hechos objeto del proceso penal.*

1. *Del principio se deduce que la falta de información sobre la acusación en las diligencias policiales no puede invocarse, como violación del art. 24.2 a estos efectos.*

«Se afirma que se ha violado el art. 24 núm. 2 de la Constitución, ya que según el recurrente, durante la instrucción de las diligencias policiales no se le informó de la acusación que al mismo se le hacía y se ha deducido de sus declaraciones ... Al respecto hay que señalar que dicha declaración es anterior a la entrada en vigor de la Constitución, pero aunque así no lo fuera, ante el Tribunal Constitucional no es viable, según el art. 44 núm. 1.b) de la L.O.T.C., la petición de un pronunciamiento sobre la certeza de los hechos objeto del proceso penal ya que lo veda la propia naturaleza del amparo que no es, como es sabido, una nueva instancia».

2. *No obstante, en el presente recurso se observa que el proceso penal se practicaron las pruebas documentales y declaraciones de los acusados suficientes.*

«Por otro lado, en el presente recurso se observa que en el proceso penal se practicaron las pruebas documentales y declaraciones de los acusados suficientes para llegar al conocimiento de que se trataba de hechos punibles como claramente se refleja en la sentencia».

3. *No puede invocarse el principio de legalidad penal para intentar una nueva reconstrucción de los hechos.*

«El principio de legalidad penal (art. 25 núm. 1 de la Constitución), también se considera violado al sostener que los hechos no se encuentran tipificados penalmente. Lo que se propone otra vez por el recurrente es que el Tribunal Constitucional realice una nueva reconstrucción de los hechos que pasarían de ser apreciados como principio de ejecución de un tipo penal a serlo como hechos penalmente irrelevantes».

COMENTARIO

Reproducimos el comentario al punto V. En efecto, el T.C. no puede, por imperativo del artículo citado, entrar a valorar los hechos que motivan la condena y sustituir el criterio de la jurisdicción ordinaria por el propio. Pero, a nuestro entender, cuando estos hechos se fijan o establecen, habiéndose quebrantado preceptos constitucionales, antes o coetáneamente al juicio, no debe haber inconveniente en anular a partir del momento en que se cometió la infracción lo actuado y reponer éstas al estado que mantenían en dicho momento para continuar la tramitación con arreglo a Derecho.

VIII. — *No se vulnera el derecho a la intimidad cuando los tribunales determinan la intención subjetiva necesaria para apreciar una figura delictiva.*

«También se considera vulnerado el derecho a la intimidad personal (artículo 18 de la Constitución) por haber penetrado la sentencia en las intenciones del recurrente sobre si el dinero entregado era para su exportación. El derecho presuntamente vulnerado no padece cuando los tribunales determi-

nan la intención subjetiva necesaria para apreciar una figura delictiva —elemento subjetivo del injusto penal— o pasa a integrar algunas de las formas de la culpabilidad de la conducta exteriorizada por el autor».

3. — RECURSO DE AMPARO NÚM. 98/80. SALA PRIMERA. SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1981. MATERIA: VIOLACIÓN POR ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ART. 22 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. ESTIMACIÓN. PONENTE: D. ANGEL LATORRE SEGURA.

I. — *El derecho a crear partidos políticos es susceptible de amparo constitucional.*

«El primer problema que plantea el presente recurso es decidir si el derecho a crear partidos políticos es susceptible de amparo en virtud del art. 22 de la Constitución, que consagra el derecho de asociación. La respuesta ha de ser afirmativa. Un partido es una forma particular de asociación y el citado art. 22 no excluye las asociaciones que tengan una finalidad política, ni hay base alguna en él para deducir tal exclusión».

II. — *No es necesario agotar la vía judicial previa al amparo contra un acto de la Administración que consiste en la negativa a cumplir una sentencia firme de los Tribunales.*

«La segunda de las objeciones, planteadas para la admisión del presente recurso que consiste en el supuesto no agotamiento de la vía judicial procedente, no puede tomarse en consideración sin resolver previamente la cuestión de fondo. En efecto, ésta consiste en decidir si la negativa de la Administración a inscribir constituye en este caso un acto autónomo y entonces sería necesario agotar la vía judicial procedente antes de recurrir en amparo, o si tal negativa supone el incumplimiento de una sentencia firme de los tribunales, con lo que no sería necesario acudir a ninguna otra vía judicial, pues la tesis contraria lleva al absurdo de que la Administración por una serie de negativas sucesivas podría aplazar «sine die» el cumplimiento de las sentencias dictadas contra ella, exigiendo a cada negativa un recurso previo contra su decisión».

III. — *El ejercicio de la acción entablada por el Ministerio fiscal a petición del Ministerio del Interior por causa de ilicitud penal de un partido político que solicita la inscripción en el registro correspondiente (Ley 54/1978) suspende el plazo de inscripción y la obligación de inscribir, pero la sentencia desestimatoria reanuda el plazo interrumpido y obliga al Registrador a inscribir.*

«La citada Ley en lo que aquí interesa contiene dos normas a considerar: una establece que el Ministerio del Interior procederá a inscribir el partido en el Registro dentro de los veinte días siguientes al depósito del Acta notarial suscrita por los promotores ... La segunda norma dispone que si el Ministerio del Interior hace uso de la facultad de comunicar al Fiscal la posible

existencia de indicios racionales de ilicitud penal y se entabla en proceso correspondiente, el ejercicio de la acción suspenderá el plazo citado de veinte días, así como la obligación de inscribir en tanto no recaiga resolución judicial ... Es evidente que si la sentencia no desestima la demanda de ilegalidad se reanuda el plazo de veinte días suspendido por la acción del Ministerio Fiscal. También queda claro que el Registro tiene obligación de inscribir en ese plazo, salvo que medie la declaración de ilegalidad».

IV. — Incumbe al Poder judicial la función de pronunciarse sobre la legalidad de un partido político.

«Este Tribunal Constitucional no tiene competencia directa para decidir sobre la inconstitucionalidad de un partido político. Con arreglo al art. 22.4 de la Constitución las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en virtud de resolución judicial motivada ... Resulta por tanto que al Poder judicial y sólo a éste encomienda la Constitución y también la legislación ordinaria la función de pronunciarse sobre la legalidad de un partido político».

V. — No procede reconocer el derecho al resarcimiento de daños y perjuicios si no se alega sobre el fundamento y cuantía de éstos, ni se ofrecen elementos para su posible valoración.

«Otro extremo es decidir si procede la declaración sobre posibles daños y perjuicios. Dado que no se alega sobre el fundamento y cuantía de éstos ni se ofrecen elementos para su posible valoración, no procede el derecho a su resarcimiento».

4. — RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 186/80. PLENO DEL TRIBUNAL. SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1981. MATERIA: INCONSTITUCIONALIDAD DE DISPOSICIONES DE LA LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN LOCAL Y NORMAS CONEXAS. ESTIMACIÓN PARCIAL DEL RECURSO. PONENTE: D. RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT.

I. — Es admisible el recurso que versa sobre Derecho preconstitucional.

1. Inconstitucionalidad sobrevenida y derogación.

«La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior —criterio jerárquico— y posterior —criterio temporal—. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar —de una parte— a la inconstitucional sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y —de otra— a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación. Esta pérdida de vigencia se encuentra expresamente preceptuada por la disposición derogatoria de dicha norma fundamental, que dice en su número 3: «Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución». La lectura de esta disposición evidencia

que las leyes anteriores que se opongan, a lo dispuesto en la Constitución quedan derogadas. El primer juicio que hay que hacer por tanto en el de desconformidad —en términos de oposición de tales leyes con la Constitución, única forma de determinar si se ha producido, como consecuencia, la derogación».

2. Los principios generales de Derecho, incluidos en la Constitución, tienen fuerza para declarar en caso de desconformidad o contradicción, la inconstitucionalidad sobrevenida y la derogación.

«Entendemos que los principios generales del Derecho, incluidos en la Constitución, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico —como afirma el art. 10.4 del Título Preliminar del Código Civil— que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allí donde la oposición entre las leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo. El hecho de que nuestra norma fundamental prevea en su art. 53.2 un sistema especial de tutela de las libertades y derechos reconocidos —entre otros— en el art. 14, que se refiere al principio de igualdad, no es sino una confirmación de carácter específico del valor aplicativo —y no meramente programático— de los principios generales plasmados en la Constitución. En conclusión, en los supuestos en que exista una incompatibilidad entre los preceptos impugnados y los principios plasmados en la Constitución, procederá declararlos inconstitucionales y derogados, por ser opuestos a la misma».

3. La desestimación de la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida en un recurso de inconstitucionalidad abstracto, no excluye el planteamiento por vía de control concreto de cuestiones de inconstitucionalidad.

Conviene poner de manifiesto la especial dificultad que presenta esta valoración en el caso de un recurso de inconstitucionalidad abstracto —es decir sin conexión con un supuesto concreto— en el que se trata de enjuiciar la conformidad de una regulación específica con un principio general cuyo alcance indubitado es difícil de precisar con exactitud, dado que —en definitiva— la autonomía es un concepto jurídico indeterminado que ofrece un margen de apreciación muy amplio ... Una vez declarada la inconstitucionalidad y derogación de tales preceptos, no por ello podrá afirmarse que la legislación de régimen local se ajusta —de forma positiva— a los principios inspiradores de la Constitución ... Si en el futuro se plantearan casos concretos que permitieran apreciar nuevos matices en orden a justificar la oposición —o la desconformidad— a la Constitución de alguno de los preceptos cuya inconstitucionalidad no se declara ahora, el juez o tribunal correspondiente podría promover la cuestión de inconstitucionalidad, con relación al precepto que le suscitara la duda, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 38.2 de la Ley Orgánica del Tribunal».

4. El Tribunal Constitucional es competente para enjuiciar la conformidad o desconformidad con la Constitución de las leyes preconstitucionales, declarando, si procede, su inconstitucionalidad sobrevenida, y, en tal supuesto, la derogación operada por virtud de la disposición derogatoria.

«Debe señalarse que la afirmación de la competencia del Tribunal Constitucional para entender de la constitucionalidad de las leyes preconstituciona-

les ha sido la solución acogida tanto en el sistema italiano como en el alemán, invocados por el Comisionado y la representación del Gobierno, respectivamente, en apoyo de sus tesis. Así en el sistema italiano —cuya Constitución no contiene cláusula derogatoria— el problema se ha planteado sustancialmente en las cuestiones de inconstitucionalidad, en relación a la delimitación de la competencia del Tribunal Constitucional y de los jueces y tribunales ordinarios. El Tribunal Constitucional afirmó inicialmente su competencia, aunque no con carácter exclusivo (sentencia de 14 de junio de 1956 núm. 1), a partir de aquí la evolución se produce en el sentido de afirmarla con tal carácter (sentencia de 27 de junio de 1958, núm. 40, entre otras), si bien en los supuestos en que los jueces y tribunales ordinarios han considerado ya que la norma ha sido derogada por la Constitución, se afirma que el proceso constitucional propuesto encuentra su causa jurídica propia en la eliminación de una vez para siempre y «erga omnes» de la duda que da origen al proceso (sentencia de 27 de enero de 1959, núm. 1).

En cuanto al sistema de Alemania Federal, debe hacerse notar que la Ley Fundamental de Bonn sí contiene una cláusula de tipo derogatorio (art. 123), y que el Tribunal Constitucional Federal se ha declarado competente para entender del recurso directo de inconstitucionalidad en relación a leyes anteriores a la Fundamental (sentencia de 24 de febrero de 1953), competencia que ha ejercido declarando la nulidad de alguna de tales leyes (sentencia de 5 de agosto de 1966). En cambio se ha considerado incompetente en las cuestiones de inconstitucionalidad relativas a leyes preconstitucionales, salvo el supuesto en que hubieran sido voluntariamente asumidas por el legislador postconstitucional».

5. *El Tribunal Constitucional ostenta el monopolio para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes postconstitucionales.*

«Frente a las leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución».

6. *Corresponde a la jurisdicción ordinaria inaplicar las leyes preconstitucionales si las estiman derogadas o plantear la cuestión de inconstitucionalidad si se duda de su vigencia.*

«En relación a las (leyes) preconstitucionales, los jueces y tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma, o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad».

7. *El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no es un requisito para que el Tribunal Constitucional pueda enjuiciar las leyes preconstitucionales.*

«El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ... no es un requisito para que el Tribunal Constitucional pueda enjuiciar las leyes preconstitucionales. El enjuiciamiento de la conformidad de las leyes con la Constitución es, por el contrario, una competencia propia del mismo que, sólo excepcionalmente en cuanto a las anteriores a la Constitución corresponde también a los jueces y tribunales integrados en el poder judicial, los cuales al inaplicar tales leyes, no enjuician realmente la actuación del legislador ... sino que aplican la Constitución que ha derogado las leyes anteriores que se opongan a lo establecido en la misma y que —por ello— son inconstitucionales».

8. *La declaración de inconstitucionalidad sobrevenida tiene plenos efectos frente a todos, aunque subsiste la vigencia de la parte de ley no afectada por la declaración.*

«La declaración de inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente derogación efectuada por el Tribunal Constitucional tiene plenos efectos frente a todos, si bien, salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad ... De esta forma, la sentencia del Tribunal Constitucional —dado su valor erga omnes— cumple una importante función, que es la de depurar el ordenamiento resolviendo de manera definitiva y con carácter general las dudas que puedan plantearse».

DEL VOTO DE LA MAYORIA DISINTIO EL MAGISTRADO SR. RUBIO LLORENTE QUE FORMULO UNO PARTICULAR CUYOS CRITERIOS EN RELACION CON LOS PUNTOS REFERIDOS SE RECOGEN A CONTINUACION

I.—*No es admisible el recurso que versa sobre Derecho preconstitucional.*

1. *Inconstitucionalidad y derogación son conceptos diferentes sin que quepa admitir la forma híbrida de la «inconstitucionalidad sobrevenida».*

«Inconstitucionalidad y derogación son instituciones jurídicas distintas, cuyas diferencias no pueden ser abolidas mediante el recurso a un concepto híbrido y contradictorio, el de inconstitucionalidad sobrevenida, que sirve de base a toda la construcción de la que disiente. La derogación es simple resultado de la sucesión de las normas en el tiempo, la inconstitucionalidad, por el contrario, resulta sólo de la contradicción entre la Constitución y una norma posterior a ella».

6. *Corresponde a la jurisdicción ordinaria determinar la norma vigente y por tanto la apreciación de las derogadas, sin que exista ningún precepto que excluya de esta facultad los pronunciamientos que se apoyen en la eficacia derogatoria de la Constitución.*

«La determinación de cuál sea la norma aplicable al caso controvertido, es decir, la norma vigente y, en consecuencia, la apreciación de cuáles son los preceptos que habiendo existido, han sido expulsados del ordenamiento por haber sido derogados, es facultad propia de los jueces y tribunales que integran el poder judicial, sometidos únicamente al imperio de la ley. No existe ningún precepto constitucional que limite, condiciones o reduzca esta facultad, excluyendo de ella los pronunciamientos que hayan de apoyarse en la eficacia derogatoria de la Constitución respecto de las leyes anteriores a ella».

7. *El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad o del recurso de amparo ofrecen remedio suficiente para invalidar las leyes anteriores a la Constitución que infrinjan los derechos y libertades públicas que ésta garantiza.*

«No carece, sin embargo, el Tribunal Constitucional de facultades para rectificar, si ello fueran necesario, la interpretación defectuosa que los órganos

del poder judicial pudieran hacer de la Constitución en relación con las leyes anteriores que el legislador ordinario no haya derogado o modificado. El recurso de amparo contra actos u omisiones de un órgano judicial y la cuestión de inconstitucionalidad que, con este motivo, pueden plantear las Salas del Tribunal Constitucional ante el Pleno de éste, ofrecen remedio suficiente para invalidar las leyes anteriores a la Constitución que infrinjan los derechos fundamentales y libertades públicas que ésta garantiza».

COMENTARIO

A. Como ya había señalado en un artículo donde esbozaba sintéticamente esta cuestión (*Tres breves notas sobre Derecho Procesal Constitucional*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, julio-diciembre, 1979) los problemas de inconstitucionalidad sobrevenida y derogación son típicos en la inicial etapa de funcionamiento de un Tribunal Constitucional. Basta observar el paralelismo entre esta primera sentencia del Tribunal Constitucional español y la primera sentencia que dictó la Corte Constitucional italiana (mencionada expresamente en la sentencia anterior) para justificar esta opinión, obvia por otra parte, si se tienen en cuenta dos factores. De una parte, el natural desajuste entre legislaciones que responden a principios constitucionales diferentes. De otra, a la mezcla de convicciones sobre las funciones de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción constitucional, que antes de decantarse en líneas claras de actuación, originan pugnas y matices en los que las diferencias doctrinales responden también a distintos intereses y posiciones.

Anticipo mi criterio favorable en conjunto a la decisión mayoritaria del Tribunal, pues no comparto la opinión del voto disidente. En efecto, derogación e inconstitucionalidad son conceptos distintos, por cuanto uno se refiere al principio de oposición temporal surgido entre leyes de diferentes fechas que hace sucumbir a la más vieja frente a la ley nueva y el segundo a una oposición entre contenidos dispositivos que recogen normas de diferente rango legal, en concreto constitución y ley, que hacen decaer a ésta frente a aquella.

Más ambos conceptos se unifican en cuanto a sus efectos generales, a saber, pérdida de vigencia tanto de las normas derogadas como de las normas inconstitucionales, sin que sea dable «a priori» una catalogación de efectos específicos diferenciales (sobre todo en materia de retroactividad y vigencia latente) pues ello está en función de cada ordenamiento, de la naturaleza de cada norma, del contenido también de cada norma, etc. No es posible por tanto una esci-

sión radical, como criterio favorable al principio de seguridad jurídica, que pueda ser invocada para aplicar un tratamiento netamente diferenciado al bloque normativo preconstitucional del bloque normativo postconstitucional. Por el contrario estimo que el concepto de inconstitucionalidad sobrevenida (a los conceptos jurídicos hay que demandarles utilidad) permite establecer un prudente nexo de unión entre bloque y bloque, que sin merma de las funciones que corresponden a la jurisdicción ordinaria para inaplicar las leyes derogadas, a su juicio, por la Constitución, no impide al Tribunal Constitucional cumplir su misión, por medio de los métodos procesales con que cuenta, de ir depurando el ordenamiento jurídico para adecuarlo a la Constitución.

Ahora bien, me produce extrañeza que ni en la sentencia votada mayoritariamente, ni en el voto particular, se haga referencia a un precepto básico en esta materia, con cuya interpretación nos debía haber obsequiado a todos los españoles el Tribunal Constitucional. En nuestro Derecho, la cuestión entre inconstitucionalidad sobrevenida y derogación no es un problema teórico, sino un problema reglado, o, al menos, contenido dentro de ciertos límites en una disposición legal.

Me refiero a la «disposición transitoria segunda» de la L.O.T.C. Conforme al apartado uno, los plazos previstos en esta Ley para interponer el recurso de inconstitucionalidad ... comenzará a contarse desde el día en que quede constituido el Tribunal ... cuando las leyes ... que originen el recurso ... fueran anteriores a aquella fecha y no hubieran agotado sus efectos. Si se combina esta norma con lo que dispone el art. 33 de la L.O.T.C. (plazo de tres meses desde la publicación de la Ley para interponer el recurso de inconstitucionalidad) debe llegarse a la conclusión que nuestro legislador consideró que la facultad para impugnar la inconstitucionalidad de las leyes (sin distinguir entre inconstitucionalidad sobrevenida e inconstitucionalidad) anteriores a la constitución del Tribunal Constitucional tenía un carácter excepcional, al menos por la vía del recurso abstracto.

Parece, pues, lógico que el Tribunal Constitucional se refiera a recursos planteados dentro del referido plazo, pues aunque ninguna mención se contiene a la dicha disposición su tenor literal no ofrece dudas, salvo que el Tribunal Constitucional considere inconstitucional tal mecanismo o la interprete convenientemente, cuando el caso, si llegara, diera origen a un pronunciamiento.

De la interpretación de esta disposición transitoria me ocupé aportando algunas sugerencias en mi obra *Justicia Constitucional* (Madrid, 1980, pág. 426 y sigs.).

B. Análoga perplejidad produce la rotunda afirmación que se contiene en el punto tres sobre la compatibilidad de un recurso de inconstitucionalidad desestimatorio en cuestiones de fondo y una cuestión de inconstitucionalidad sobre preceptos no estimados inconstitucionales. Este tema resuelto con un criterio negativo en el art. 29 de la L.O.T.C., refleja las dudas y vacilaciones que dieron lugar a la inclusión de la frase «por razones de forma» en los distintos proyectos. Sin embargo, esta frase fue objeto de debate político y no parece adecuado que, sin una interpretación igualmente convincente, tras las diferencias doctrinales habidas se zanje la cuestión de este modo.

II.— *Es admisible el recurso de inconstitucionalidad postulado por un abogado, sin intervención de procurador, como Comisionado de cincuenta y seis Senadores.*

«No concurre la causa de inadmisión aducida. La regla de que actúen dos profesionales —Procurador y Abogado— se establece por el art. 81 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en relación a las personas físicas y jurídicas, mientras que el art. 82.1, que es el aquí aplicable, pretende solucionar el problema que suscita la actuación de un órgano o conjunto de Diputados o Senadores, estableciendo el criterio de que actuarán representados por el miembro o miembros que designen o por un Comisionado nombrado al efecto. Es decir, que el representante o Comisionado, en su caso, no realiza una actividad profesional sino «ad hoc». Y por ello, aun en el supuesto hipotético de que se entendiera necesaria la dirección del Letrado, no cabe duda de que el Comisionado podría ejercer tal actividad, caso de que concurriera en el mismo la condición de Letrado. Por ello, dándose tal condición en el Comisionado de los recurrentes, es innecesario proseguir el examen de este extremo».

COMENTARIO

El tema no tiene especial importancia, pues creemos que los formalismos no convienen al proceso, aunque las facultades de subsanación que confiere la L.O.T.C. al T.C. permiten que, sin incurrir en indefensión se tienda a conseguir unas garantías formales decantadas. A mi juicio el tema se circunscribe a la interpretación del art. 82 de la L.O.T.C. que contempla dos supuestos: 1) Organos investidos de legitimación y 2) Conjunto de Diputados o Senadores investidos también de legitimación. A estos dos supuestos corresponde la actuación por medio de representantes. En el primer caso, parece que la referencia a miembro o miembros, alude a los órganos, puesto que éstos requieren de esta concreción en cuanto colegiados, por regla general. En el segundo supuesto, actúa un Comisionado nom-

brado al efecto. Para mí, que en una interpretación correcta éste «Comisionado» debe ser un Diputado o un Senador elegido o designado como representante por el conjunto, pero no una persona ajena al grupo, sin perjuicio de que intervenga un Abogado.

III.— *No es causa de inadmisión la falta de constancia del bastateo del Letrado.*

«Por último, en cuanto a la falta de constancia del bastateo, es claro que el poder ha de ser suficiente pero la forma de realizar el bastateo no tiene por qué coincidir con la prevista para los supuestos de actuación por medio de Procurador. En definitiva, y aunque pudiera sostenerse que el Comisionado, dada su condición de Letrado, ha considerado bastante el poder al utilizarlo, es lo cierto que la decisión acerca de si tal poder es bastante corresponde en definitiva al Tribunal, que así lo ha apreciado».

IV.— *La exclusión del conocimiento de la jurisdicción contenciosa-administrativa de los acuerdos de suspensión a que se refiere el art. 421 de la Ley de Régimen Local, es inconstitucional y debe estimarse derogada.*

«La exclusión del conocimiento de la jurisdicción contenciosa-administrativa de los acuerdos de suspensión dado el derecho de todas las personas a la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos o intereses legítimos de acuerdo con el art. 24 de la Constitución», ha de estimarse inconstitucional y por tanto derogada.

COMENTARIO

La sentencia examina entre otras materias un bloque de artículos de la Ley de Régimen Local impugnados porque establecen determinados controles sobre los órganos de los entes locales que se estiman contrarios al principio de autonomía garantizado por el artículo 140 de la Constitución. Conforme al razonamiento de la sentencia este principio de autonomía no se garantiza para incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la nación o en otros intereses generales distintos de los propios de la entidad, pero como en el presente caso no acontece esto sino que se impide la tutela efectiva de los tribunales prevista en el art. 24 de la Constitución, se llega a un resultado de inconstitucionalidad por razón de estos controles.

V.— *Es incompatible con el principio de autonomía el que el planteamiento de un conflicto jurisdiccional por parte de una Corpora-*

cion Local a los tribunales de justicia o el desistimiento quede confiado al juicio previo de la Administración del Estado.

«En cuanto al art. 384, número 6, de la Ley de Régimen Local, el Tribunal estima que es incompatible con el principio de autonomía el que el planteamiento de un conflicto jurisdiccional por parte de una Corporación Local a los Tribunales de Justicia, o el desistimiento, quede confiado al juicio previo de la Administración del Estado, cuya actuación —en último extremo y para evitar vacíos legislativos— habría de estar vinculada por completo a lo pedido por la Corporación Local correspondiente, actuando en una posición similar a la de un representante. De aquí la necesidad de calificar de inconstitucional —y derogado— el art. 384.6, que se examina».

5. — RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 189/80 PLENO DEL TRIBUNAL. SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1981. MATERIA: INCONSTITUCIONALIDAD DE PRECEPTOS DE LA LEY ORGÁNICA 5/1980 REGULADORA DEL ESTATUTO DE CENTROS ESCOLARES. ESTIMACIÓN PARCIAL DEL RECURSO. PONENTES: D. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE Y D. FRANCISCO RUBIO LLORENTE.

I. — *El T.C. amplió el plazo ordinario para dictar sentencia en virtud de las facultades que le confiere el art. 34.2 de la L.O.T.C.*

II. — *Relevo del Ponente.*

«Reanudadas las deliberaciones, en la Sesión del Pleno ... la Ponencia presentada por el Magistrado Ponente no prosperó en lo concerniente a los fundamentos de los motivos primero y segundo de la demanda y a los pronunciamientos primero y segundo del fallo. El Ponente solicitó ser relevado de la redacción de la sentencia respecto a los citados motivos y el Presidente, tras aceptar la petición del Sr. Tomás y Valiente, encargó al Magistrado Sr. Rubio Llorente la redacción de los motivos primero y segundo de la sentencia con sus correspondientes fallos».

COMENTARIO

Según revela el texto de la propia sentencia, la disparidad de criterios de los miembros del Tribunal alcanzó máximos grados como acreditan los votos disidentes de los dos Ponentes que actuaron por partes y de modo sucesivo en la redacción de la sentencia. Al voto particular de uno se adhirieron tres Magistrados más. Y el segundo voto disidente fue elaborado de modo conjunto por dos Magistrados (uno de ellos el segundo Ponente). Dispone la L.E.C., supletoria en esta materia, conforme establece el art. 80 de la L.O.T.C. sobre deli-

beración y fallo, como regla general que incumbe a los ponentes «redactar los autos y sentencias con arreglo a lo acordado por la Sala, aunque su voto no haya sido conforme con el de la mayoría» (art. 336 número 6.º). No obstante, el párrafo segundo de esta disposición permite al Presidente que encargue a otro Magistrado la redacción de la sentencia cuando por «circunstancias especiales» así lo estime conveniente. Lo que no previene la Ley son estas redacciones parciales a cargo de distintos ponentes.

III. — *Es admisible el recurso de inconstitucionalidad postulado por un Abogado, sin intervención de Procurador como Comisionado de sesenta y cuatro Senadores.*

«El abogado del Estado aduce la inadmisibilidad del recurso por entender que el Comisionado nombrado por los Senadores recurrentes asume, en virtud del art. 82.1 de la L.O.T.C. la representación de éstos, pero no puede absorber también su dirección letrada, acerca de la cual «nada dice» el citado precepto. Ante tal silencio, el Abogado del Estado estima que debe aplicarse la norma del art. 81.1 de la misma Ley, según la cual «representante ad litem y director Letrado son dos personas distintas». Apoya además su argumentación el representante del Gobierno en el art. 864 de la L.O.P.J. que siempre a juicio del Abogado del Estado «prohíbe el ejercicio simultáneo de abogacía y procuraduría» ... El razonamiento del Abogado del Estado no puede ser aceptado ... el art. 864 de la L.O.P.J. de 1870 no es aplicable al problema que nos ocupa. Su invocación ... podría inducir a error ... el art. citado está situado dentro de una serie de preceptos destinados a regular los aspectos institucionales y profesionales de la abogacía y de la procuraduría pero no sus aspectos procesales ... Es evidente que esta prohibición es compatible con aquellas normas que autorizan a una persona como el Comisionado del art. 82.2 de la L.O.T.C. para que asuma funciones de representación y de defensa en un determinado tipo de proceso.

Al mismo resultado conduce la interpretación conjunta de los arts. 81.1 y 82.1 de la L.O.T.C. El primero de ellos al establecer la regla general de la necesaria intervención en los procesos constitucionales de Procurador y Letrado para que asuman respectivamente funciones de representación y de defensa, está refiriéndose, como representados y defendidos a las personas físicas o jurídicas legitimadas para comparecer en los procesos constitucionales en virtud de su interés. Pero el caso del art. 82.1 es muy distinto, pues en él se contempla la existencia de quienes están investidos por la Constitución (artículo 162.1.a) CE) y por la Ley (arts. 32 y 82.1 L.O.T.C.) de legitimación para promover procesos constitucionales no en atención a su interés sino en virtud de la alta cualificación política que se infiere de su respectivo cometido constitucional ... Por ello la regla general del 81.1 no es aplicable por analogía al muy diferente supuesto del 82.1, cuyo ámbito de analogía viene configurado sin embargo en el mismo art. 82, párrafo segundo, y muy en particular cuando allí se afirma que para los órganos ejecutivos del Estado actuará el Abogado del Estado. Este, y no el Procurador citado en el art. 81.1 de la L.O.T.C., constituye la figura correlativa y analógica del Comisionado a que se refiere el art. 82.1 de la misma Ley Orgánica. Uno y otro actúan ejerciendo funciones de representación y de defensa, al menos cuando, como ocurre en este caso, el Comisionado reúne la condición de Letrado».

COMENTARIO

Se reproduce el consignado en el equivalente de la sentencia anterior. Debe hacerse notar que el principio general establecido en nuestra Ley Procesal es el de la necesidad de la intervención de Abogado y Procurador. Las excepciones al principio se regulan taxativamente. Y, como tales excepciones las normas que regulan esta materia deben interpretarse restrictivamente. De aquí, que se estime dudosa, en el plano doctrinal, la solución dada. Se añade a esta consideración que el paralelismo que se invoca en la sentencia entre Abogado del Estado y «Comisionado», no se valora de una manera tan clara, porque la doble función (de representación y dirección técnica) que asume el primero está perfectamente definida en las leyes, lo que no ocurre en el caso segundo. Ha de pensarse, de otra parte, que la legitimación atribuida a una unión sin personalidad que en el precepto correspondiente se regula en favor de cincuenta Senadores o cincuenta Diputados, deriva de una función pública, que produce en estos casos una especial investidura, lo que abona la opinión de que el Comisionado, representante de los en conjunto legitimados, no puede ser ajeno al círculo de los mismos. Esto es a mi juicio, debe ser uno de los cincuenta Senadores o Diputados que asume por representación la investidura de los demás, ya que el «imperium» típico de la función pública no es transmisible ni delegable salvo autorización expresa.

Con todo, la doctrina jurisprudencial es la ya señalada.

IV.— *No es causa de inadmisión la falta de constancia del bastanteo del Letrado.*

«Siendo, pues, tan distinta la figura del Comisionado del art. 82.1 L.O.T.C. a la de «Procurador legalmente habilitado para funcionar en el Juzgado y Tribunal que conozca de los autos» (art. 3 L.E.C.), es claro que el requisito del bastanteo del poder no tiene por qué exigirse en el caso del Comisionado en la forma prevista por el art. 3 de la L.E.C. para los supuestos de representación por medio de Procurador. En el caso presente, dado que el Comisionado es Abogado en ejercicio y ha considerado suficiente el poder al servirse de él, es evidente que ha de darse por satisfecha la exigencia de que el poder sea bastante, y así lo entendió este Tribunal en su providencia de 22 de octubre de 1980 al decidir la admisión a trámite del recurso por no apreciar en él la existencia de ningún motivo de inadmisibilidad, decisión que ahora reitera».

V.— *Sólo cabe solicitar del Tribunal Constitucional el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución. (Las llamadas sentencias interpretativas).*

«Las llamadas en parte de la doctrina sentencias interpretativas, esto es, aquéllas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados son, efectivamente, un medio al que la jurisprudencia constitucional de otros países ha recurrido para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento evitando, al tiempo, que el mantenimiento del precepto impugnado pueda lesionar el principio básico de la primacía de la Constitución. Es en manos del Tribunal, un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso, pero la emanación de una sentencia de este género no puede ser objeto de una pretensión de los recurrentes. El Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución».

DEL VOTO DE LA MAYORIA DISINTIERON DOS GRUPOS DE MAGISTRADOS QUE FORMULARON SENDOS VOTOS PARTICULARES. RECOGEMOS EN ESTE PUNTO LOS CRITERIOS QUE MAS INTERESAN AL EFECTO. (Del voto disidente formulado por los señores Tomás y Valiente, Latorre Segura, Díez de Velasco y Fernández Viagas).

V.— *Las llamadas sentencias interpretativas.*

1. *La parte recurrente propone implícitamente una sentencia interpretativa.*

«Por debajo de la pretensión de inconstitucionalidad subyace en el texto del recurso una línea argumentativa que tiende objetivamente a buscar un equilibrio entre los derechos y libertades en conflicto y a proponer interpretaciones de los principales términos en colisión que pudieran hacerlos a juicio de los recurrentes compatibles con la Constitución ... La opinión del representante del Gobierno ... no sólo se opone a la pretensión de inconstitucionalidad ... sino que además se esfuerza por convencer a este Tribunal de que no sería ni necesario ni conveniente establecer en una eventualidad sentencia desestimatoria una definición de los límites de la norma impugnada. A su modo de ver, tal esfuerzo interprete sería impropio con ocasión de un recurso de inconstitucionalidad pues habrá de ser en vía de amparo cuando al filo de cada caso concreto, pueda perfilar este Tribunal la construcción o configuración de los límites de los derechos. Tiene razón el Abogado del Estado al negarse a que en un proceso de inconstitucionalidad se tratase de resolver por vía de anticipación los posibles y futuros casos singulares. Pero ... lo cierto es que al efectuar el juicio lógico de conformidad o de disconformidad entre los arts. ... que los recurrentes consideran vulnerados es ineludible en el recurso presente definir ciertos términos y en ocasiones precisar el alcance de determinados derechos o expresiones contenidos en la ley impugnada, para de este modo salvar su constitucionalidad».

2. *La procedencia de una sentencia interpretativa no depende de la petición del recurrente sino del imperativo lógico del juicio constitucional.*

«Bien entendido que si en este voto particular se propone lo que la doctrina denomina una sentencia interpretativa no es porque así lo pida el Comisionado de los recurrentes sino por imperativo lógico del propio juicio de conformidad entre la ley impugnada y los preceptos constitucionales presuntamente violados».

3. *La espera al planteamiento de casos concretos de amparo no es atendible como base para excluir una sentencia interpretativa.*

«Conviene tener en cuenta en contra de la opinión del representante del Gobierno sobre la labor de este Tribunal en relación con futuros recursos de amparo promovidos a propósito de la aplicación de la L.O.E.C.E. que, a mi juicio, la admisibilidad de tales recursos podría plantear serias dudas sin que ello suponga en absoluto un intento de prejuzgar la futura doctrina del Tribunal a este respecto ... Por consiguiente la simple afirmación de que el Tribunal debe esperar al planteamiento de casos concretos de amparo para perfilar los límites de las libertades públicas y los derechos fundamentales del art. 27 C.E. en concurrencia con alguno de los derechos reconocidos por la L.O.E.C.E., no es atendible ni puede ser considerada convincente como base para excluir una sentencia interpretativa».

4. *La sentencia interpretativa como medio de mantener el principio de conservación de la norma.*

«La función interpretativa del Tribunal Constitucional adquiere particular relevancia, como ha señalado la reciente doctrina de nuestros constitucionalistas, cuando aplicando el principio de conservación de la norma siempre que esta admita una interpretación coherente con la Constitución, el Tribunal establece cuál es la verdadera y vinculante interpretación de la norma impugnada y cuál es el único sentido en que hay que entender determinados términos de la misma para que sea conforme con la Constitución».

COMENTARIO

Como puede observarse, pronto ha surgido en la práctica de nuestro Tribunal Constitucional la temática de las discutibles sentencias interpretativas, que no obstante, tienen a su favor el trascendental efecto de mantener la vigencia de la norma, aunque sean anuladas algunas de sus interpretaciones.

Con independencia de los temas de fondo, en cuyo análisis no entramos por escapar a los límites de estos comentarios, se debe afirmar que las sentencias interpretativas constituyen un valioso instrumento en manos del Tribunal Constitucional para determinar el alcance de las normas jurídicas impugnadas.

El Tribunal Federal Constitucional de Alemania Occidental ha utilizado en numerosas ocasiones este medio de interpretar la conformidad constitucional de las normas (*verfassungskonforme Aus-*

legung) que ofrece grandes ventajas frente al grave remedio de la anulación. Las advertencias o declaraciones orientadoras del Tribunal Federal Constitucional han dado buenos resultados y esta institución ha sido considerada por la doctrina como flexible y efectiva.

Cuando me ocupé de esta materia en mi obra *Justicia Constitucional* (Madrid, 1980, pág. 168) ya señalaba que estas sentencias de difícil y delicado manejo suelen provocar malestar, en especial cuando en cuestiones de inconstitucionalidad afectan al ámbito de la jurisdicción ordinaria. Pero ello no quiere decir que no puedan ni deban utilizarse cuando así las circunstancias lo aconsejen.

En efecto, la petición que debe dirigirse al Tribunal no es la de interpretación sino la de anulación. Lo que ocurre es que estando una determinada interpretación comprendida o excluida de la norma, no cabe considerar que sea extemporánea o inoportuna una petición subsidiaria de la parte plenamente congruente, puesto que está dentro del ámbito más amplio de lo que institucionalmente debe de solicitar. Por su lado, el Tribunal Constitucional no se encuentra constreñido por el sentido de estas peticiones. Lo único que debe de ser congruente, de acuerdo con lo que a este efecto dispone la L.O.T.C.

LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL EX ART. 43,2 DE LA LJCA

Nota a la sentencia de la Sala cuarta del Tribunal Supremo de 17 octubre de 1980

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho Procesal

1.— La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla dictó el 12 de noviembre de 1975 sentencia por la que anulaba las subastas celebradas el día 5 de mayo de 1973 por la Jefatura Provincial de Sevilla del Instituto Nacional de la Conservación de la Naturaleza (ICONA), para la adjudicación de los aprovechamientos cinegéticos de los Montes de su propiedad: La Junta, Cuevas del Moro, El Cazador de Chiclana, Los Ganchales y Cerro Negro. Se anulaban en dicha sentencia no sólo las subastas, sino, lógicamente, las adjudicaciones que en ellas se hicieron.

La Sala de Sevilla declaró la nulidad pedida por el recurrente, no en base a los motivos que se habían alegado por él en el recurso, y sí a los que la Sala apreció de oficio y como de orden público en cuanto que afectaban a la legalidad de los trámites de la convocatoria.

En concreto, el considerando de la sentencia en donde se acogen estos motivos tenidos en cuenta ex officio se expresa de esta manera:

«CONSIDERANDO: Que en la demanda y concretamente en la súplica, se solicita la nulidad de las subastas por unos supuestos defectos formales en la convocatoria de la misma, pero examinadas por la Sala de oficio y como cuestión de orden público la legalidad de sus trámites se observa del examen de los anuncios publicados en el Boletín Oficial de la Provincia de 7 abril 1973 la existencia de una omisión que resulta de vital importancia para la validez de tales licitaciones públicas. En efecto, al tratarse de la celebración de un contrato administrativo en el que es parte Icona, organismo autónomo del Ministerio de Agricultura, la subasta ha de referirse por las normas que se establecen en el Reglamento General de contratos del Estado de 28 diciembre 1967, cuyo art. 96, que si bien referido al contrato de obras es aplicable a todos los demás, establece que «El anuncio de la licitación deberá tener el siguiente contenido por el orden que se expresa: g) Plazo y lugares para la presentación de las proposiciones y día,

hora y lugar en que haya de celebrarse la licitación»; y ha de convenirse que tal mandato no ha sido cumplido porque no puede entenderse señalado día para la licitación pública del hecho de que se diga, «que a los veintidós días hábiles, contados a partir de la publicación del anuncio en el Boletín Oficial y a las doce o trece horas en cada caso, y en las oficinas de ICONA tendrá lugar la subasta», puesto que incluso en ocasiones a los profesionales del derecho les resulta difícil saber qué días son hábiles, tanto más al gran público a quien en principio va dirigido el anuncio, sin olvidar que lo que el precepto pretende sin lugar a dudas es que se señale de modo expreso el día concreto de celebración del acto público, vicio éste de procedimiento que debe de incardinarse en los que se recogen en el art. 48-2 de la L. Pro. Adm., puesto que ha de considerarse como requisito formal indispensable para que el acto alcance su fin, lo que nos lleva a la inexcusable consecuencia de tener que declarar nulas las subastas a que se refiere el recurso».

b) El Abogado del Estado recurre en apelación la sentencia dictada por la Sala de Sevilla, basándose, entre otras cosas, en que el Tribunal de instancia había tenido en cuenta motivos de nulidad no alegados por la parte recurrente a través del trámite del art. 43,2 de la LJCA, sin la previa audiencia que se regula en la citada norma. A tal efecto, conviene recordar que el art. 43,2 de la LJCA dice así:

«...2. No obstante, si el Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen

oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo.»

c) El Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 octubre de 1980, resuelve la cuestión no admitiendo el recurso en base a los siguientes argumentos:

«CONSIDERANDO: Que según doctrina de este Tribunal —sentencias entre otras, de las Salas 4.^a y 5.^a de 14 junio 1977— sólo es necesaria la previa audiencia a las partes, en cumplimiento de lo establecido en el art. 43, ap. 2 de la Ley Jurisdiccional, cuando la cuestión nueva advertida por el Tribunal implique un cambio en la «causa petendi» identificadora de la pretensión, no siéndolo, sin embargo, cuando la variación atañe a su fundamentación jurídica, caso este último en el que cabe incluir la apreciación de oficio hecha por la Audiencia de defectos formales en el anuncio de subasta, toda vez que, si bien con referencia a otros, concretos defectos en su formulación y en los trámites procedentes, la invalidez formal de dicho anuncio y consecuentemente de la licitación, era también razón fundante de la pretensión contencioso-administrativa aquí ejercitada: por lo cual, aún cuando el principio contradictorio exige siempre praxis extensiva, las especiales circunstancias aquí actuantes inducen a no calificar de ilegal la omisión en la primera instancia del susodicho trámite de previa audiencia, máxime teniendo en cuenta que, en curso de apelación, los principios de concentración y economía procesal, inspiradores del art. 100 ap. 7 de la citada Ley rectora, hacen irrelevante a virtud de las alegaciones de las partes en la segunda instancia la omisión en la primera del cuestionado trámite, como así en definitiva viene a reconocerse en el escrito de alegaciones de apelación».

La sentencia del Tribunal Supremo que estamos estudiando es importante porque hace dos afirmaciones que que pueden tener gran trascendencia, si llegasen a ser doctrina.

La primera es que cuando el Tribunal, en virtud de los poderes que le tiene conferidos el art. 43,2 de la LJCA, aporta motivos que afectan a la fundamentación jurídica de la pretensión no tiene que cubrir el trámite de audiencia que impone la misma norma; todo lo contrario que cuando se trata de aportar al proceso motivos que afectan a la causa petendi de la pretensión, implicando ello una modificación de la misma.

La segunda afirmación que queremos poner de manifiesto es que para el Tribunal Supremo la no tramitación de la Audiencia preceptiva en el art. 43,2 no tiene trascendencia, es irrelevante, por la posibilidad de alegaciones de las partes en segunda instancia.

Conviene que nos detengamos brevemente en cada uno de los aspectos de esas dos afirmaciones.

2.—a) El Tribunal Supremo distingue entre motivos que afectan a la fundamentación jurídica de la pretensión del actor y los que implican una modificación de la causa petendi de la acción ejercitada.

Esa distinción es en sí misma correcta y corresponde a la que la doctrina tiene establecida entre alegaciones normativas y alegaciones identificadoras de la causa petendi de la acción. Las primeras están cubiertas bajo el principio *iura novit curia*, las segundas se refieren directamente al principio *dispositivo en relación con el de aportación de parte*.

Ocurre que, sin embargo, el Tribunal Supremo hace la distinción para sacar una consecuencia que en absoluto puede ser admitida, al menos en su totalidad. Porque si bien es verdad que las alegaciones normativas pueden ser introducidas en el proceso por el

órgano judicial, y ello no afecta a ninguno de los poderes que tienen las partes, por tanto no es necesario su concurso o su intervención en el examen y proposición de ellas, cuando se trata de hechos identificadores de la causa petendi el órgano judicial en ningún supuesto puede introducirlos en el proceso ex officio, porque ello implica una violación del principio dispositivo y del principio de aportación de parte; y desde luego no se impide esa violación tramitando una audiencia para que las partes puedan manifestar lo que a su derecho convenga. Ese no es el sentido del art. 43,2 de la LJCA.

b) Hace ya algún tiempo defendíamos (1) que el proceso contencioso administrativo está pensado en nuestro ordenamiento como conformado al principio dispositivo, en cuanto que la tutela jurisdiccional se deja en manos de los particulares interesados; dicho en otras palabras, existe una disponibilidad absoluta de la tutela jurisdiccional. Junto a ese principio, también defendíamos, que el proceso está informado por el de aportación de parte con las limitaciones que se podían apreciar en los arts. 43,2 y 79,2 LJCA que dan a los Tribunales unos mayores poderes en lo que se refiere a la determinación del material de hecho; pero, claro, esos poderes del Tribunal en la determinación del material de hecho nunca pueden traspasar los límites concretos del principio dispositivo que impone al juez o al Tribunal juzgar dentro de los límites dibujados por el actor.

Los poderes del Órgano Judicial reconocidos en los arts. 43,2 y 79,2 de la LJCA se explican perfectamente dentro del sistema de nuestra Ley; en efecto, en nuestro ordenamiento contencioso administrativo se protegen judicialmente intereses particulares o

derechos subjetivos. Muy al contrario de lo que se ha pensado, en el contencioso administrativo no se protege directamente la legalidad de la actuación administrativa, porque si así fuera, la anulación de los actos administrativos ilegales acabaría por imponerse ex officio o por la intervención del Ministerio Fiscal. En nuestro proceso contencioso administrativo se defienden y tutelan intereses privados en cuanto que dañados por la ilegalidad.

En este sentido, lo que el particular pide al Tribunal Contencioso Administrativo es la protección de intereses particulares que han sido dañados por la actividad ilegal de la Administración. La *causa petendi* de la acción contenciosa administrativa es, pues, la lesión de intereses subjetivos (o colectivos, o derechos subjetivos) por la actuación ilegal de la Administración. De esto se deduce algo que es muy importante y que no siempre se ha entendido bien: los motivos de ilegalidad de un acto administrativo no identifican la *causa petendi* de la acción contenciosa administrativa; por el contrario, sólo son elementos probatorios de esa *causa petendi*: es decir, prueban ilegalidad. Pero en cualquier caso, habrá que estar de acuerdo en que el acto administrativo es lo mismo de nulo por un motivo que por otro; el cambio de un motivo por otro en nada modificaría la *causa petendi* de la acción contenciosa administrativa que seguirá siendo la lesión de un interés subjetivo por la actuación ilegal de la Administración.

Así pues, los motivos de ilegalidad o de nulidad son lo que GUASP (2) llama acertadamente *hechos probatorios de la causa petendi*, distintos a los *hechos constitutivos de la causa petendi*.

En estas condiciones, la aportación por el Órgano Judicial de nuevos motivos de ilegalidad o de nulidad del acto administrativo en nada viola el

principio dispositivo; sólo afecta al principio de aportación de parte en cuanto que concede mayores poderes al órgano judicial.

La justa limitación a esos mayores poderes judiciales es lógicamente la necesidad de mantener el contradictorio, de ahí la necesidad de la audiencia para que las partes puedan manifestar lo que estimen conveniente sobre los motivos aducidos por el juez.

c) Si observamos el supuesto de hecho contemplado en el presente recurso contencioso administrativo, cuya sentencia anotamos, lo que la Sala de Sevilla aporta al proceso es un motivo de nulidad de la convocatoria de subasta; en concreto, se estima por la Sala que la convocatoria se hizo en violación del art. 96 del Reglamento General de los Contratos del Estado de 28 diciembre 1967.

Aduciendo la Sala dicho motivo de nulidad no modificó por eso la acción ejercitada por el actor, simplemente adujo hechos que probaban la fundamentación jurídica de la acción ejercitada.

El Tribunal Supremo se equivoca al pensar que ese motivo de nulidad es una alegación normativa; ni mucho menos: es la toma en consideración de unos hechos que tienen relevancia jurídica concreta.

3.— También se equivoca el Tribunal Supremo al negar que en supuestos parecidos sea necesario el contradictorio. Porque de esa manera se pasaría de un sistema como el civil, en donde el Juez es un puro espectador sin apenas poderes de dirección material del proceso, a un proceso en donde el juez no sólo tiene los poderes de dirección material, sino que los tiene de espaldas a las partes, sin que éstas puedan en contradictorio manifestar sus puntos de vista en relación con los resultados de la aplicación de los poderes judiciales. Entraríamos en

(1) CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: «Algunas notas sobre el proceso contencioso administrativo», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1974, págs. 271 y sigs.

(2) GUASP: «Jurisprudencia y hechos en el proceso civil», Barcelona, 1943, pág. 195.

la dinámica del péndulo, y tan ineficaz es un proceso como el otro.

El contradictorio, dígame lo que se diga, es sagrado en toda ocasión. La audiencia de las partes es absolutamente imprescindible siempre que el órgano judicial utilice los poderes reconocidos en el art. 43,2 LJCA. Esa equivocación puede ser muy peligrosa cuando se mezcla con otras cosas. Nadie puede negar qué peligrosa es la tesis de que «las especiales circunstancias aquí actuantes inducen a no calificar de ilegal la omisión en la primera instancia del susodicho trámite de previa audiencia, máxime teniendo en cuenta que, en curso de apelación, los principios de concentración y economía procesal, inspiradores del art. 100 ap. 7 de la citada ley rectora, hacen irrelevante a virtud de las alegaciones de las partes en segunda instancia, la omisión en la primera del cuestionado trámite». Peligrosísima esta tesis jurisprudencial, porque con ella lo que se nos está diciendo es, nada más y nada menos, que la existencia de una segunda instancia lava de toda impureza la primera instancia; parece que

el Tribunal Supremo nos dice: ¿para qué es necesaria la audiencia del artículo 43,2 LJCA si en apelación tienen las partes la posibilidad de alegar lo que estimen conveniente? Mucho más peligroso todavía cuando todo eso se trata de sacralizar con llamadas tan concretas a otra serie de tópicos procesales como «*las especiales circunstancias que aquí concurren*», o como el de la vigencia de los «principios de concentración y economía procesal»; porque nunca se sabe cuáles son esas circunstancias tan importantes que hacen olvidar quebrantos del procedimiento, y porque el principio de concentración nada tiene que ver con la eliminación ex officio de trámites procesales que la Ley considera necesarios; por último, porque la invocación al principio de economía procesal es un recurso que siempre se utiliza para desconocer la ley, quizá porque nos hemos olvidado que ese principio, *de existir*, hay que deducirlo de la propia ley y no de interpretaciones absolutamente contra legem.

Esperemos que esta sentencia no sienta doctrina.

PRESUPUESTOS PROCESALES Y NULIDAD DE ACTUACIONES EN EL PROCESO PENAL (Evolución jurisprudencial)

JUAN MONTERO AROCA
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

I. Los presupuestos procesales y la LECRIM. — II. Presupuestos procesales y nulidad de actuaciones. — III. Sentencias del Tribunal Supremo sobre nulidad de actuaciones. — IV. Alternativa imposible. — V. La sentencia de 17 de mayo de 1972. — VI. Nulidad por falta de presupuestos procesales.

I.—La LECRIM vigente es, en lo que se refiere a sus principios informadores, un ejemplo de modernidad y de respeto a los derechos fundamentales de la persona, pero no ocurre lo mismo con su técnica que, inevitablemente, responde al momento doctrinal español del derecho procesal penal de 1882. Un ejemplo de esta falta de técnica es el relativo a los presupuestos procesales.

La teoría de los presupuestos procesales tiene su origen en Oscar von Bülow (*La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*, Giesen, 1868, trad. castellana de Rosas, Buenos Aires, 1964) que los concebía como elementos constitutivos de la relación jurídico-procesal, como prescripciones que deben fijar los requisitos de admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación en

todo el proceso. Los presupuestos, en esta primera etapa, se referían a todo el proceso y condicionan la existencia del mismo. El siguiente paso consistió en poner de manifiesto que la amplitud con que se entendían era excesiva. Los presupuestos procesales no pueden serlo del proceso mismo, en el sentido de que sin ellos no exista el proceso; téngase en cuenta que ellos mismos son objeto de examen y resolución en el proceso, lo que supone la existencia de éste. Los presupuestos procesales se refirieron así (GOLDSCHMIDT, ROSENBERG) a la sentencia sobre el fondo; no condicionan la existencia del proceso, sino la existencia en éste de una sentencia sobre el fondo del asunto. El tribunal sólo podrá entrar a conocer del fondo del asunto cuando concurren los presupuestos procesales.

En la LECRIM no existe una regu-

lación sistemática de los presupuestos. El art. 666 se refiere a algunos de ellos, pero deja sin solución los casos en que faltan presupuestos procesales no comprendidos en dicho artículo, ¿cómo pueden las partes hacer constar su falta?, ¿qué debe hacer el tribunal que constata su falta? Estas cuestiones no tienen respuesta en la Ley.

El panorama se complica cuando se advierte que la LECRIM prohíbe la absolución en la instancia. Si se lee la Exposición de motivos podrá advertirse que en ella se defiende la tesis de que no puede existir absolución en la instancia por falta de pruebas, y de ahí que el art. 742 disponga que la sentencia deba ser condenatoria o absolutoria y que, según el art. 144, la absolución se entienda libre en todos los casos.

Ni la doctrina ni, consecuentemente, los legisladores de 1882 conocieron la distinción básica entre presupuestos de la sentencia de fondo y elementos condicionantes de la imposición de la pena. Una cosa es aquello que condiciona la propia existencia de la sentencia sobre el fondo (los presupuestos procesales), y otra cosa es que, entrando ya en el fondo, sea posible o no absolver por falta de pruebas. Nuestro legislador confundió estas dos cosas y ordenó que la sentencia había de ser siempre de fondo, debiendo absolver o condenar.

De esta confusión ha sido también partícipe la jurisprudencia, como pone claramente de manifiesto la S. Sala II del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1944 (Ra 1328) que fue estudiada en su día por GORDILLO (*La incapacidad procesal por demencia del querellante*, en Revista de Derecho Procesal, 1947, I).

En una causa por adulterio, la defensa de la acusada propuso el reconocimiento psiquiátrico del querellante, denegando el Juez instructor todas las diligencias sumariales relativas a poner de manifiesto el deficiente estado mental de aquél. En la calificación provisional la defensa propuso la prue-

ba pericial médica para que el querellante fuera reconocido sobre si padecía epilepsia, sobre los efectos del alcohol en los enfermos epilépticos y sobre si lo anterior podía llevar al enfermo a la denominada «obsesión de ideas». La Audiencia declaró no haber lugar a esta prueba, celebró el juicio y condenó a los acusados. Contra la sentencia se interpuso casación por quebrantamiento de forma, por denegación de diligencia de prueba.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso considerando «correcta la postura del tribunal que repele la práctica de diligencias que no guardan relación directa con los hechos que motivaron la apertura del procedimiento, ni pueden ejercer influjo para su exacto encaje en una determinada figura delictiva». Añadiendo que «se procedió con notorio acierto porque dentro de las actuaciones criminales desentona la práctica de pruebas que, lejos de conducir a la compleja depuración de los hechos investigados para declarar si deben o no ser objeto de sanción sobre quien, en su caso, había de recaer, lo único que podían acreditar, en procedimiento inadecuado y sin trascendencia en la esfera jurídica, era un estado de incapacidad o deficiencia mental del querellante, sujeto pasivo del delito perseguido, que no influiría en el juicio que formase el tribunal a quo en el momento oportuno».

El Tribunal Supremo no comprendió que en un proceso penal privado la falta de capacidad procesal del querellante impediría la posibilidad de dictar sentencia sobre el fondo del asunto.

II.— En la década de los cincuenta los presupuestos procesales en el proceso penal se iban a poner jurisprudencialmente en relación con la nulidad de actuaciones.

La Sala II del Tribunal Supremo ha venido considerando que en la fase de plenario del proceso penal no puede tener cabida la nulidad de actuaciones

porque, prohibida en nuestra LECRIM la absolución en la instancia, ha de dictarse sentencia condenatoria o absolutoria, no siendo posible declarar la nulidad de actuaciones que dejaría sin juzgar el proceso. Existía en este sentido jurisprudencia reiterada. El tema se planteó en los años 1953 y precisamente en torno a los presupuestos procesales. Veamos su génesis.

El Juzgado de primera instancia de Calatayud acordó incoar sumario contra un panadero de dicha localidad por el delito de acaparamiento de la ley de 29 de octubre de 1939 (en relación con la de 17 de diciembre de 1939 y el D-ley de 30 de agosto de 1946). El sumario se inicia en virtud de comunicación de la Fiscalía de Tasas de Zaragoza, en la que literalmente se decía: «En cumplimiento de lo acordado por la Superioridad en el expediente 23.147, seguido en esta Fiscalía contra D. L. P., vecino de Calatayud, plaza del Olivo, tengo el honor de remitir a V.S. testimonio de particulares de las diligencias practicadas en el mentado expediente, para iniciación en ese Juzgado de su digno cargo del sumario a que se refiere el Decreto-ley de 30 de agosto de 1946, rogándole acuse recibo de la recepción del presente en ese Juzgado, para constancia en el expediente de que se ha hecho mérito. Dios guarde a V.S. muchos años. Zaragoza, 23 de febrero de 1948. El Fiscal Provincial de Tasas. Firma ilegible. Rubricado».

En el juicio oral la defensa del acusado alegó la nulidad de lo actuado porque en la comunicación no había sido transcrito el acuerdo o resolución requiriendo a la jurisdicción ordinaria para la incoación del proceso penal. La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, teniendo en cuenta que el delito imputado sólo era perseguible a requerimiento de la Fiscalía Superior de Tasas, estimó la excepción de nulidad y dictó sentencia con el siguiente fallo: «Fallamos que, estimando como estimamos la excepción de nulidad esgrimida por la re-

presentación del procesado, declaramos la nulidad de todo lo actuado en este proceso a partir de la providencia sobre la incoación con la excepción de lo tramitado para la estimación de la nulidad invocada, todo sin expresa condena en costas que declaramos de oficio. Por consecuencia dejamos sin efecto, por nulo, el auto de procesamiento dictado contra D. L. P., con las restricciones inherentes a esa declaración».

Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación el Ministerio Fiscal, alegando infracción por no aplicación de los arts. 141, 142, 144 y 742 de la LECRIM. El recurso fue estimado por la Sala II del Tribunal Supremo. Nos interesan los considerandos 1.º, 2.º y 3.º de la sentencia de 30 de abril de 1953:

CONSIDERANDO que una vez expedido el camino para la celebración del juicio oral, por haber transcurrido el término para proponer las cuestiones de previo pronunciamiento taxativamente marcadas en el artículo 666 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que las partes lo hayan utilizado o por haber sido desestimadas las propuestas oportunamente, no tienen los Tribunales de esta jurisdicción facultades para poner fin al proceso más que mediante una sentencia ajustada a las normas establecidas en los artículos 142 y 742 del propio Cuerpo legal, en la que necesariamente ha de condenarse o absolverse libremente sin reserva alguna, no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por las faltas incidentales de que se haya conocido en la causa, sin que pueda el Tribunal emplear en este estado ni la fórmula del sobreseimiento, ni la de la absolución de la instancia, prescrita y expresamente prohibida en el ordenamiento procesal, respecto de los encausados, a quienes crea que no debe condenar:

CONSIDERANDO que a estas normas fundamentales no se atuvo la Sala de instancia que compartió el criterio

de la dirección jurídica del procesado y dio lugar a la nulidad de actuaciones, propugnada por la misma, por la falta del requisito de procedibilidad que la sentencia impugnada estima sustancial para la validez del procedimiento, sin parar mientes en que las cuestiones, incidentes o excepciones de nulidad aun no tienen cabida en nuestra ordenación procesal y en que ningún precepto legal la autorizaba para dejar de resolver en la sentencia todos los puntos que habían sido objeto de la acusación y de la defensa, que se traducirían en un fallo condenatorio o absolutorio, que inexcusablemente ha de pronunciarse porque así lo exigen los expresados artículos 142 y 742 de la Ley ritual, infringidos notoriamente por el Tribunal sentenciador y que determina la casación de la sentencia recurrida por el quebrantamiento de forma que prevé el número 3.º del artículo 851 de la Ley reformada de Enjuiciamiento Criminal, pues de otra suerte, si se mantuviese la resolución del Tribunal «a quo» se daría entrada en el procedimiento penal a las cuestiones de nulidad, «extra-legal», y se impediría el acceso a la casación cerrando el pase a toda posible enmienda del error en que se haya podido incurrir por los juzgadores de instancia:

CONSIDERANDO que en atención a los precedentes razonamientos, al dar lugar a la casación interesada por el Ministerio fiscal, deben ser devueltas las actuaciones al Tribunal de que proceden para reponiéndolas al estado de sentencia, dicte la que a su juicio estime procede con arreglo a derecho, y previa declaración de hechos probados, pronuncie el fallo condenatorio o absolutorio que corresponda y resuelva todas las cuestiones oportunamente planteadas por las partes.

III.—La sentencia anterior de 30 abril de 1953 (en Jurisprudencia Criminal, t. XIX, pp. 744-7, y en Repertorio Aranzadi 1139) no es sino la prime-

ra de una serie con los mismos o muy similares hechos. Entre ellas las de 4 mayo de 1953 (en JCrim., t. XX, pp. 21-7; Ra 1144), 5 de mayo de 1953 (en JCrim., ídem, pp. 39-43; Ra 1432), dos de 7 de mayo de 1953 (en JCrim., ídem, pp. 71-7; Ra 1154 y 1155), 18 de mayo de 1953 (en JCrim., ídem, pp. 145-50; Ra 1445), 15 de octubre de 1953 (en JCrim., t. XXI, pp. 151-3; Ra 2390), 17 de octubre de 1953 (en JCrim., ídem, pp. 164-9; Ra 2597), 7 de diciembre de 1953 (en JCrim., ídem, pp. 542-5; Ra 2979), de 12 de diciembre de 1953 (en JCrim., ídem, pp. 658-61; Ra 3002), de 6 de febrero de 1954 (en JCrim., t. XXII, pp. 303-6; Ra 220), de 25 de febrero de 1954 (en JCrim., ídem, pp. 486-90; Ra 264), de 26 de febrero de 1954 (en JCrim., ídem, pp. 496-9; Ra 501), de 15 de marzo de 1954 (en JCrim., ídem, pp. 654-7; Ra 560), de 18 de marzo de 1954 (en JCrim., ídem, pp. 678-81; Ra 844), de 26 de marzo de 1954 (en JCrim., ídem, pp. 732-5; Ra 1109), de 16 de abril de 1954 (en JCrim., ídem, pp. 928-31; Ra 1132), de 7 de mayo de 1954 (en JCrim., t. XXIII, pp. 82-5; Ra 1397) y de 22 de mayo de 1954 (en JCrim., ídem, pp. 195-6; Ra 1224).

Cinco de las sentencias anteriores fueron comentadas por ALAMILLO CANNILLAS (*La nulidad de actuaciones en el proceso penal*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1958, pp. 529-49), sistematizando los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo y exponiendo las razones a favor de la nulidad de actuaciones en el proceso penal.

Después el Tribunal Supremo ha insistido en su línea negativa, por ejemplo en la sentencia de 22 de junio de 1962 (en JCrim., t. XLVII, pp. 797-803; Ra 2823) en la que reitera que en nuestra legislación procesal penal no se da el recurso de nulidad de actuaciones, ni como tal ni como artículo previo o incidente, por lo que su planteamiento debe conducir a la repulsa de plano.

IV.—El Tribunal Supremo en las sentencias anteriores se limita a casar

la de instancia, devolviendo «las actuaciones al Tribunal sentenciador, para que reponiéndolas al estado de sentencia dicte la que considere procedente con arreglo a derecho y previa declaración de hechos probados, pronuncie el fallo condenatorio o absolutorio que corresponda y resuelva todas las cuestiones planteadas oportunamente por las partes», es decir, no se pronuncia sobre cuál haya de ser el contenido de la nueva sentencia. Esto significa colocar a las secciones de las Audiencias Provinciales ante una muy difícil alternativa.

En efecto, si dictaban sentencia condenatoria, lo hacían ante la inexistencia de un presupuesto procesal. Si absolvían había de entenderse, con base en el art. 144, que lo hacían libremente, con lo que no era posible un proceso posterior sobre los mismos hechos y con el mismo acusado, y ello aunque se subsanara el presupuesto procesal. Las dos posibles sentencias eran injustas.

Ante esta alternativa se encontraban todos los tribunales cuando, llegado el momento de dictar sentencia, advertían que no concurría un presupuesto procesal. Pongamos otro ejemplo, también procedente de la jurisprudencia.

Bajo la vigencia del Código Penal de 1932 en el que el delito de estupro era privado, siendo necesaria querrela para su persecución, el padre de una presunta estuprada menor de edad interpuso la querrela oportuna, iniciándose un sumario en el que se dictó auto de procesamiento, se abrió el juicio oral y se realizaron las calificaciones provisionales. Entre las calificaciones y la vista se produjo la mayoría de edad de la presunta estuprada; la ley de 13 de diciembre de 1943 estableció la mayoría de edad en los veintidós años, y dado que la ofendida tenía ya esa edad, se convirtió en mayor el 1 de enero de 1944.

En el momento de las calificaciones definitivas el abogado del acusado invocó la falta de personalidad del acusador y la Audiencia de Salamanca,

aun estimando que los hechos eran constitutivos del delito de estupro, absolvió al acusado por falta de personalidad del acusador, es decir, por falta de un presupuesto procesal. En efecto, se produjo una crisis subjetiva (en la terminología de GUASP), en virtud de la cual el padre cesó automáticamente en la representación legal de su hija; como la crisis no tuvo reflejo en el proceso, el padre pasó a actuar sin tener la representación.

La solución correcta consistía en que la Audiencia anulara todo lo actuado a partir del momento en que la ofendida adquirió la mayoría de edad, pero por estimar que ello no era posible legalmente en el proceso penal, en el que abierto el juicio oral había de dictarse sentencia condenatoria o absolutoria, la Audiencia optó por absolver.

El problema irresoluble se presentó a continuación. Firme la anterior sentencia la ofendida presentó querrela, que dio lugar a nuevo sumario. Entregada la causa a la defensa para calificación, formuló artículo de previo pronunciamiento del núm. 2.º del art. 666, cosa juzgada, y la Audiencia lo estimó, dictando auto de sobreseimiento libre, contra el que la ofendida interpone recurso de casación.

En la sentencia de 15 de abril de 1946 (Ra 481) la Sala II del Tribunal Supremo estima el recurso, anula el auto y declara no haber lugar a la excepción de cosa juzgada. Textualmente se dice en esta sentencia:

CONSIDERANDO: Que el estudio de la sentencia de 16 de marzo de 1944, en la que se pretende basar la excepción de cosa juzgada, que como artículo de previo y especial pronunciamiento se invoca en el nuevo proceso incoado, a que este recurso se contrae, sobre los mismos hechos que fueron alegados en aquélla como constitutivos de un delito de estupro, demuestra que en la citada sentencia no se juzgó de manera definitiva sobre la índole de los hechos que la motivaron y

menos sobre la participación en los mismos del procesado, pues la absolución que en ella se hace del mismo del delito de estupro que se le acusaba, como única forma que podía emplearse dado el estado procesal de la causa, fue debida a la falta de personalidad en que había quedado la representación legal de la agraviada, al haber alcanzado ésta su mayor edad en 1.º de enero de 1944, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de 13 de diciembre anterior, por lo cual es evidente, que en dicha sentencia de 14 de marzo, el concepto o calificación del hecho enjuiciado, o lo que es lo mismo, la razón o causa de pedir, quedó sin ser directamente resuelta por el juzgador de instancia, en virtud de la interferencia de la citada incidencia de personalidad, que en dicho fallo se aceptó; y por tanto, no puede a esa resolución reconocerse, como base suficiente para en ella poder fundamentar la excepción de cosa juzgada en el nuevo proceso incoado, por querrela de la agraviada, teniendo ésta viva su acción personal para ejercitarla, y además, no sería lógico que, contra la doctrina de esta Sala, inspirada en la justa protección de la mujer, quedasen sin castigo hechos, que la Audiencia de Salamanca, en su citada sentencia, calificó objetiva y legalmente de constitutivos de un delito de estupro.

Como decía ALAMILLO en este considerando queda «rota y destruida la doctrina de la prohibición de la absolución en la instancia», y ello por razones evidentes de justicia material. Por no anular las actuaciones se incurrió en una grave infracción del artículo 144, pues el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que la absolución de la primera sentencia no fue libre.

V.— Así estaban las cosas cuando se publicó la importante sentencia de 17 de mayo de 1972 (en JCrim., 1972, mayo, pp. 352-7, y en Ra 2187). Se trataba del caso siguiente.

Padre e hijo, arrendatarios de una finca en Cangas de Narcea (Oviedo), obrando de común acuerdo, vendieron madera de nogal existente en la finca propiedad del arrendador. Por querrela del perjudicado se inicia sumario de urgencia, pero ya en la Audiencia Provincial el Ministerio Fiscal, calificando los hechos de hurto, solicitó pena superior a prisión menor, simultaneando la petición de apertura de juicio oral con la calificación provisional. Las restantes partes no se percataron de que estaba utilizándose un procedimiento inadecuado, el de urgencia cuando procedía el ordinario, y tampoco la Audiencia. Consecuencia de este error fue el que, ante la incomparecencia a la vista de uno de los acusados, se aplicara el art. 801, III, y no el art. 746, 5.º. Además, vulnerando el art. 688, se preguntó al acusado presente si se conformaba con la pena solicitada.

Contra la sentencia de la Audiencia de Oviedo interpusieron recurso de casación el acusado condenado y el acusador particular, pero ninguno de ellos hacía referencia a la nulidad. Esta fue estimada y declarada de oficio por el Tribunal Supremo. Nos sentimos obligados a transcribir, a pesar de su extensión, el considerando 3.º:

CONSIDERANDO que en el delicado problema de la nulidad de actuaciones en el proceso penal vino manteniéndose, en abierto enfrentamiento con densos criterios doctrinales, la imposibilidad de acordar nulidades de oficio con base en tradiciones procesales y con excesivo respeto al «principio rogatorio», que si bien en el aspecto sustantivo debe ser estrictamente observado, en el aspecto procesal no debe contribuir ilógicamente a convalidar nulidades absolutas que afectan al orden público procesal, que no puede quedar ni a la volición de las partes ni sometidas a su inacción voluntaria o involuntaria, debiendo propiciarse las nulidades esenciales cuando respondan a la notoria infracción de normas pro-

cesales imperativas que de forma ineluctable deben observarse, en supuestos tan anómalos y relevantes como el que en este recurso se contemplan, en que la normativa procesal fue notoriamente desatendida, pues es inexcusable preservar la ortodoxia procesal ante el silencio legislativo que deja sin regulación, ni expresa ni tácita, las nulidades «ex officio», pero que tampoco prohíbe declararlas, dejando expedito el cauce para que sin atrevidas innovaciones, pero en obligado servicio de rectos y prácticos imperativos de justicia, se remedien las infracciones formales representativas de vicios procesales de carácter especial, absolutos e insubsanables que la pasividad de las partes no intentó rectificar a su tiempo y que permiten la utilización de criterios analógicos, no repudiados en materia de hermenéutica e interpretación de la Ley procesal penal, supliendo su omisión e imprevisión con criterios de sinonimia conceptual, pues, como se ha dicho, «al no señalarse por la ley una específica tramitación, debe aceptarse cualquiera que con su fundamento legal haya sido utilizada», lo cual se traduce, con entera lógica y racional contenido, que en auténtica «creación legal» supletoria deba encontrarse en cada caso de los indicados que se presenten el medio necesario para salvar la laguna legal, pues si no existe prohibición legal expresa, ni el contenido necesario de la sentencia, ni la obligatoriedad de dictarla, ni la prohibición de la absolución en la instancia pueden ser obstáculos insuperables para que por denuncia de la parte o de oficio al advertirle el Tribunal se llegue a anular lo actuado cuando se hubieran violado normas imperativas, pues no es que deba dictarse sentencia que no resolviera y se pronunciase, absolviendo o condenando como legalmente está impuesto, sino que procede, excepcionalmente, abstenerse de sentenciar en la instancia, anulando en su lugar lo erróneamente tramitado, y al no haberse hecho así, a su tiempo, incumbe el re-

medio, en casos como el presente y «ex officio» al superior Tribunal de casación, que con ocasión de un recurso corriente viene en conocimiento de la transgresión invalidante, sin que, por tal razón, haya lugar a entrar en el examen y decisión del recurso mismo, sino acordar, de plano y sin más, la anulación pertinente, y declarando nulo todo lo actuado en la instancia a partir de la calificación fiscal, que solicitó pena superior a prisión menor, para que acomode el proceso a las normas del procedimiento ordinario, tramitándolo con arreglo a ley hasta sentencia en la instancia.

Este es uno de los pocos casos en que es revelador el nombre del magistrado ponente. Se trata de Jesús SÁEZ JIMÉNEZ, precisamente uno de los autores (junto con Epifanio López Fernández de Gamboa) de la obra titulada *Compendio de derecho procesal civil y penal*, 10 tomos, Editorial Santillana. En el tomo IV, volumen II, páginas 387-98 y 513-28, publicado en 1968, se defiende inequívocamente la tesis de que es posible declarar la nulidad de actuaciones a instancia de parte o de oficio, e incluso que cabe el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones; también se sostiene que cuando, en trance de dictar sentencia, el tribunal descubra que en el proceso incide un motivo esencial de nulidad, absteniéndose de sentenciar, debe dictar auto que declare la nulidad y mande reponer el proceso al momento en que se realizó el acto nulo.

En la sentencia cuando se dice que «al no señalarse por la ley una específica tramitación, debe aceptarse cualquiera que con fundamento legal haya sido utilizada», se está recogiendo una frase de GORDILLO (Op. cit., p. 25), ya recogida por ALAMILLO (Op. cit., p. 547) y por el propio SÁEZ JIMÉNEZ (Op. cit., t. IV, vol. II, p. 517).

VI.— La sentencia anterior ha abierto un nuevo camino a la jurisprudencia, en el que el Tribunal Supremo se

mueve todavía de manera cautelosa, y en el que no faltan retrocesos. Ese nuevo camino se refiere a dos aspectos distintos: primero a la falta de presupuestos procesales y, segundo, a la nulidad de actos procesales. Nos ocuparemos aquí del primer aspecto, dejando el segundo para una nota posterior a realizar por persona del Departamento de Valencia.

En lo que se refiere a la falta de presupuestos procesales queda admitida la posibilidad (o mejor, reconocida la necesidad) de que el tribunal sentenciador de oficio ponga de manifiesto su falta, absteniéndose de dictar sentencia sobre el fondo y declarando la nulidad de lo actuado. Esa declaración debe hacerse por auto, atendida la imposición legal de que la sentencia sea absolutoria o condenatoria.

En ese nuevo camino destaca el auto de 29 de octubre de 1973 (Ra 3992), que establece como principio general el de que el desconocimiento de las normas reguladoras de la competencia objetiva, trae consigo una evidente nulidad absoluta que, por ser de orden público procesal, no puede quedar al arbitrio de las partes y es misión del Tribunal de casación velar por su observancia, pues las normas procesales imperativas deben ser cumplidas y su observancia puede y debe acarrear nulidad de actuaciones.

Consecuencia de ello es que si los delitos previstos en el art. 42 de la ley de Caza de 4 de abril de 1970 tienen señalada pena de arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 pesetas y privación de la licencia de caza, y para su enjuiciamiento hay una remisión a las normas de competencia establecidas en la legislación vigente, por aplicación del art. 14 de la LECRIM su enjuiciamiento corresponde a los Juzgados de instrucción, por los trámites del Título III del Libro IV de la misma LECRIM, por lo que si erróneamente realizó el enjuiciamiento la Audiencia Provincial «hubo una infracción total de normas procesales sobre competencia, y procedimientos, nor-

mas de orden público procesal, cuya observancia es inexcusable y ello determina que sin resolver el fondo del recurso, deba decretarse la nulidad de actuaciones, reproduciéndolas al momento en que se dio por terminado el sumario y su remisión a la Audiencia provincial, en cuyo instante si se han observado las prescripciones del art. 790 de la LECRIM, procederá seguir el sumario por los trámites establecidos en el art. 791 y siguientes de la propia Ley».

Aunque existe alguna resolución que desconoce el nuevo camino (la sentencia de 31 de mayo de 1977, Ra 2475), puede afirmarse que ha quedado claramente establecida por la jurisprudencia la necesidad de que concurren todos los presupuestos procesales para que pueda dictarse sentencia sobre el fondo; ante su falta, la nulidad de actuaciones es imperativa. Ahora bien, este es un remedio extremo que, en lo posible, debe ser evitado.

Algunos presupuestos procesales son insubsanables. Si se trata de un delito semiprivativo (o semipúblico, según la terminología que quiera emplearse) y falta denuncia de la persona que tiene el monopolio de la persecución del delito, no hay posibilidad de subsanar el defecto; en cualquier momento de la causa el juez instructor o el tribunal sentenciador pueden y/o deben declarar la nulidad de lo actuado; en el mismo sentido las partes pueden alegar su falta. La subsanación de lo actuado puede provenir únicamente de que el titular de la acción declare expresamente su voluntad de que el delito sea perseguido (así, por ejemplo, sentencia de 20 de febrero de 1979, Ra 709).

En otros casos la falta de presupuesto procesal puede ser corregida. Si se trata de un delito que debe ser perseguido por el procedimiento ordinario y se está tramitando por el de urgencia, en el momento en que se advierta el error debe realizarse una «mutación en el procedimiento», subsanándose el defecto y declarando la

nulidad únicamente con relación a aquellas actuaciones que sean incompatibles con el procedimiento adecuado.

En estos momentos están efectuándose los trabajos previos para la reforma de la LECRIM. En estos trabajos no debe olvidarse que:

1.º) Deben regularse los presupuestos procesales, estableciéndose cuáles son.

2.º) Debe concederse a las partes la posibilidad de alegar su falta, tanto en el sumario como en el juicio oral, regulándose el procedimiento.

3.º) Debe establecerse la necesidad de que el tribunal ponga de manifiesto su falta de oficio, posibilitando en primer término su subsanación, pero, en último caso, declarando la nulidad de actuaciones.

AUDIENCIA PUBLICA

Esta sección está abierta a las sugerencias y colaboración de todos los lectores respecto de temas de actualidad inmediata, resoluciones que exceden de la rutina y que no se recogen en las publicaciones al uso, casos patológicos e incidencias cotidianas de la clínica jurídico-procesal.

Como primicia informativa, reproducimos una sentencia recaída en uno de los escasos procesos civiles sobre protección de los derechos fundamentales de la persona, incoado al amparo de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre. La extensión y clara doctrina de esta sentencia nos excusa de todo comentario o glosa.

SENTENCIA

En la ciudad de Terrassa, a veintiocho de abril de mil novecientos ochenta y uno.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, Magistrado Juez de 1.ª Instancia de este Juzgado N.º DOS de esta Ciudad de Terrassa y su Partido, los presentes autos de Expediente de Protección Jurídica, seguidos bajo el n.º 5 de 1981 a instancia de DON J. S. y P., actuando en su propio nombre y dirigido por el Letrado Sr. M., contra DON J. R. C., vecino de esta Ciudad, con domicilio en C/., DON F. B. B., vecino de esta Ciudad, C/., DON E. E. B., vecino de esta Ciudad, domicilio en C/., DON A. D. V., vecino de esta Ciudad, con domicilio en C/., DON J. B. D., vecino de esta Ciudad, con domicilio en C/., DON F. R. R., vecino de esta Ciudad, con domicilio en C/., DON J. P. V., vecino de esta Ciudad, con domicilio en C/., DON A. C. M., vecino de esta Ciudad, con domicilio en C/., y contra DON J. S. C., vecino de esta Ciudad, con domicilio en C/., componentes de la Junta Directiva de la Sociedad C. L. A., el 12 de junio de 1980, y contra dicha sociedad, domiciliada en esta Ciudad, en C/., representados todos ellos por la Procurador D.ª E. E. M. y dirigido por el Letrado Sra. G., y

RESULTANDO, Que por el Procurador Sr. S. en su propio nombre se formuló demanda de expediente de protección jurídica contra los demandados arriba indicados, demanda que fundamentaba en los siguientes hechos: PRIMERO, que el actor es socio de la Sociedad C. L. A., con el n.º de Socio 40, SEGUNDO, Que como consecuencia de la reivindicación por parte del actor de una máquina de escribir y un carrito para la misma que se encontraban en la Sociedad demandada y ante la negativa de entregársela y tras interponer el pertinente proceso judicial, los demandados decretaron la expulsión del actor de la mencionada entidad de forma fulminante, TERCERO, que la actitud de los demandados fue totalmente anormal, y que ello se desprende de leer los estatutos sobre los que se basaron para decretar la expulsión, CUARTO, Que a pesar de haber sido requeridos para ello los demandados en el acto conc-

liatorio celebrado, los mismos no revocaron el acuerdo tomado, alegando, además, el actor, que se han producido insinuaciones calumniosas que exigen una reparación, por ser atentatorias a la imagen y a la dignidad del actor; QUINTO, Que a pesar de haber tenido tiempo suficientemente largo para rehabilitar al demandante, reponiendo al mismo los derechos sociales y rehabilitándole públicamente como reparación mínima y lógica respecto al daño y perjuicio causados por aquel acuerdo y sus consecuencias. SEXTO, se refiere al artículo 18-1 de la Constitución y los artículos 20 y 21 del propio texto legal. Y termina tras hacer una relación del mismo diciendo que solicita una indemnización de NUEVE MILLONES DE PESETAS, alegaba a continuación los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación al caso y terminaba en súplica de que se dictara sentencia de acuerdo con los siguientes pedimentos: a) Declarar que el actor mantiene la vigencia de cualidad de socio de la entidad Sociedad C. L. A., con los derechos que por dicha cualidad, respectivamente, le corresponden, y asume con arreglo a los Estatutos de la dicha Sociedad, y como tal socio debe ser aceptado por ésta, o sea la demandada Sociedad C. L. A.; b) Declarar la nulidad de pleno derecho del acuerdo que sin formación de expediente, ni audiencia del interesado, tomaron los demandados en su calidad de Junta Directiva de la Sociedad C. L. A., el 12 de junio de 1980, decretando la expulsión del actor y por ende la pérdida de su cualidad de socio de la dicha sociedad; c) Como consecuencia de los anteriores pronunciamientos, declarar que el actor tiene derecho al acceso del local o sede de la entidad «SOCIEDAD C. L. A.», así como al ejercicio de cuantas actividades sociales correspondan a los socios con arreglo a los Estatutos por los que la misma se rige; d) Condenar a los demandados y a la Sociedad C. L. A. a que satisfagan solidariamente al actor en concepto de indemnización por el daño moral experimentado por razón de la privación de los derechos fundamentales a su persona, cuyo restablecimiento se deja postulado en los apartados anteriores, la cantidad de NUEVE MILLONES DE PESETAS (9.000.000,— Ptas.); e) Imponer a la sociedad demandada y a los demandados las costas del juicio por su notoria temeridad y mala fe, mediante otrosí solicitaba el recibimiento a prueba.

RESULTANDO, que se admitió a trámite la demanda y se acordó llevar a cabo el emplazamiento de los mismos y por la Procurador Sra. E., en representación de los mismos, se contestó a la demanda en base a los siguientes hechos, primero alega excepción dilatoria, refiriéndose a los estatutos de la Sociedad demandada, a continuación alegaba los siguientes hechos: PRIMERO, Se niegan

de contrario todos los hechos manifestados por el actor en la demanda, y hace constar que el mismo no es socio de la entidad demandada por haber sido expulsado de la misma; SEGUNDO; Se refiere a los hechos acaecidos con motivo de la reclamación de la máquina de escribir; TERCERO, que la actitud del actor de reclamar judicialmente la máquina de escribir levantó gran indignación entre los socios, y se refiere a la actitud intolerante del actor; CUARTO, respecto a las afirmaciones morales contenidas en el hecho cuarto de la demanda, la calidad de socio no se adquiere por prescripción, y ningún derecho se adquiere por ello; QUINTO, Que la expulsión no fue una medida coactiva sino que fue una respuesta a una actitud; SEXTO, Niega que haya habido atentado contra el honor ni contra la propia imagen, ni la asociación tiene tanta importancia en la vida colectiva como para que una expulsión valga nueve millones de pesetas; SEPTIMO, que en resumen el actor fue expulsado por su actitud ante la sociedad demandada, que el actor no utilizó las vías estatutarias ni legales y que una vez expulsado causó disturbios y molestias en las Asambleas con su actitud intransigente, alegaba a continuación los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación al caso y terminaba en súplica de que previos los correspondientes trámites se dictara en su día sentencia absolutoria respecto a todas las pretensiones del actor, con imposición de costas al mismo por su manifiesta temeridad y mala fe.

RESULTANDO, que se tuvo por contestada la demanda y se convocó a las partes a la comparecencia q, digo, y se recibió el juicio a prueba, proponiéndose por la actora las de CONFESION EN JUICIO del legal representante de la entidad demandada y de cada una de las personas físicas demandadas, DOCUMENTAL, consistente en diversos extremos, PRUEBA DE LIBROS consistente asimismo en diversos extremos, pruebas que practicadas dieron el resultado que es de ver en autos.

RESULTANDO, que que por la parte demandada se propusieron y practicaron los siguientes medios de prueba: CONFESION EN JUICIO DE ACTOR, DOCUMENTAL PRIVADA, TESTIFICAL, por declaración de los testigos relacionados en la lista aportada al expediente, dichas pruebas fueron practicadas con el resultado que es de ver en autos.

RESULTANDO, Que se acordó unir a los autos las pruebas practicadas y se convocó a las mismas a la comparecencia que la Ley previene llevándose a cabo en el día y hora señalados.

RESULTANDO, que en la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales.

CONSIDERANDO, Que don J. S. P., por los trámites previstos en los artículos 11 y siguientes de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, reclama la garantía judicial civil de sus derechos al honor, propia imagen, reunión y asociación, a medio de la anulación del acuerdo de expulsión que, en su contra, adoptó la Junta Directiva de la Sociedad C. L. A., asociación recreativa de la que, hasta entonces, formaba parte como socio, así como de la indemnización de los perjuicios que, según alega, la referida decisión la ha producido.

CONSIDERANDO, que la parte demandada, opuesta totalmente a las pretensiones del actor, fundamentó su oposición a ellas, tanto en la contestación a la demanda como en el acto de la vista, en que: a) conforme a los artículos 10 de la Ley reguladora de las asociaciones, 191/1964, de 24 de diciembre, y del Decreto complementario 1.440/1965, de 20 de mayo, la única jurisdicción con competencia para otorgar la tutela que se reclama es la contencioso-administrativa, a través del trámite previsto en los artículos 6 a 10 de la Ley 62 de 1978 citada; b) en todo caso, ha transcurrido el plazo de cuarenta días desde el acto que se ataca, en que, según el artículo 12 del Decreto 12 del Decreto 1.440 de 1965, caduca el derecho del asociado a impugnar los acuerdos y actuaciones de la asociación que resulten contrarios a los estatutos de la misma; c) el acuerdo impugnado, tanto en el fondo como en el procedimiento que lo determinó, fue conforme a los estatutos de la Sociedad C. L. A.; y d) ninguno de los derechos que el actor sostiene resultaron lesionados, lo fueron realmente.

CONSIDERANDO, que las pruebas practicadas, en especial las de documentos y confesión de ambas partes, permiten tener por cierto: a) que la Sociedad C. L. A., creada en el año mis ochocientos setenta y siete, tiene por fin principal el fomento del canto, baile, deportes y lectura; b) que don J. S. P., Procurador de los Tribunales en el partido Judicial de Terrassa, ostentaba la cualidad de asociado, con el número cuarenta, y en el año mil novecientos ochenta había pagado anticipadamente su cuota a la asociación; c) que, por razones no claramente acreditadas, el mismo reclamó judicialmente a la asociación unos objetos y determinó con ello una sentencia condenatoria para la demandada; y d) que, al ser emplazada la asociación y con causa en ello, la Junta Directiva de

la misma, en reunión celebrada el doce de junio de mil novecientos ochenta, acordó expulsar al socio demandante «por haber denunciado a esta sociedad y no haberse acogido al artículo número 31 de los estatutos, antes de hacer tan grave la cuestión»... con fundamento «en el artículo 16, apartado A,... previa instrucción del experiente».

CONSIDERANDO, que el artículo 31 de los estatutos de la Societat C. E. A. dispone que «los socios pueden formular toda reclamación o queja a la Junta Directiva y, si ésta no les atendiera como es debido, podrán reproducirla en la Junta General Ordinaria», y el artículo 16-A que «corresponderá a la Junta Directiva, como órgano deliberante de la administración de la Sociedad... la iniciativa o informe de los expedientes de admisión y expulsión de socios».

CONSIDERANDO, que la prueba documental permite también tener por cierto que en la Asamblea general ordinaria, celebrada el dieciocho de octubre de mil novecientos ochenta, al preguntar un familiar del socio expulsado sobre los motivos de la expulsión, el señor presidente de la Junta le informó en sentido sustancialmente idéntico al reflejado en el libro de actas de sesiones de la Junta Directiva, así como que, en la Asamblea celebrada el treinta y uno del mismo mes y año, la presencia del demandante en el local determinó a la Junta a requerirle para que saliera de él, por no ostentar ya la cualidad de socio y a dar por terminado el acto, por negarse a abandonar la sala el requerido.

CONSIDERANDO que, conforme a ello, las cuestiones que en este proceso se plantean y a las que, por el mismo orden, se dará respuesta, son las relativas a: a) si puede un asociado, que se estime perjudicado por un acuerdo de la asociación a que pertenece, reclamar el amparo de la jurisdicción civil y obtener a su través la justa reparación, b) si la impugnación contra del acto que ataca debe efectuarse en el plazo de cuarenta días desde que se tomó; c) si el acto en este proceso impugnado fue contrario a los estatutos sociales o a las leyes; d) si los derechos que el actor estima violentados lo fueron realmente; y e) si los perjuicios económicos que pide el mismo sean reparados con su indemnización equitativa quedan demostrados en su realidad y alcance.

CONSIDERANDO que, en orden a la cuestión de competencia planteada con fundamento en la ley 191/1964, el evidente recelo con que la misma regula el ejercicio del derecho de asociación (some-

tiéndolo a una fiscalización gubernativa directa en todo momento) choca con los principios constitucionales (artículo 22 de la Constitución española) de libertad en el nacimiento de tales personas jurídicas y de control de su legalidad a través del poder judicial y ello, cuanto menos, determina a la interpretación de sus artículos en el sentido que resulte de las reglas constitucionales, por su misma supremacía sobre todas las normas y su carácter central en el sistema jurídico nacional (cual hizo la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de julio de 1979).

CONSIDERANDO que, expuesto ello, sería erróneo creer que la ley de 24 de diciembre de 1964 y el Decreto de 20 de mayo de 1965 contienen toda la regulación de las asociaciones en sentido estricto, dado que, básicamente, no regulan más que el aspecto no civil del ejercicio del derecho de asociación y las relaciones entre la asociación el poder público, y ello es así no sólo en el orden sustantivo, sino también en el procesal, cual resulta del artículo 11 de la primera que, si remite a la ley de procedimiento administrativo en todas las cuestiones que se susciten en vía administrativa sobre el régimen de asociaciones, deja a salvo la competencia de la jurisdicción ordinaria «en todas las demás cuestiones en que no sea parte la Administración».

CONSIDERANDO que, a mayor abundamiento, las llamadas relaciones jurídicas de carácter corporativo, es decir, las que existen entre la asociación y sus socios, como tales, y que se resumen en el concepto de «condición de miembros» quedan sujetas a las normas generales del Derecho privado, cuya doctrina precisamente ha elaborado, dentro de la genérica del negocio jurídico, el concepto de «acuerdo» para designar aquella regulación de intereses orgánicamente única e idéntica en la conciencia de las partes, en virtud de una común e igual legitimación para la tutela del mismo interés.

CONSIDERANDO que, como argumento ex abundantia cabe afirmar que, aunque se entendiera que los actos de las asociaciones referidos a sus miembros pertenecen a la órbita del Derecho administrativo, ello no sería óbice para la competencia de este Tribunal, ya que: a) el actor denuncia con la demanda una actuación puramente fáctica del ente demandado, de quien dice obró por vías de hecho; y b) la inmunidad de la Administración frente al Derecho privado, consecuencia del carácter legítimo de la coacción administrativa, cesa cuando obra por vías de hecho, es decir, a medio de una actuación fáctica no cubierta ni justificada por el Ordenamiento y produce resultados antijurídicos, contra los que, como mani-

festación de una nulidad absoluta, puede el ciudadano reaccionar ante la jurisdicción civil.

CONSIDERANDO que, en conclusión, como el actor no ataca un acto administrativo y la Sociedad C. L. A. no forma parte de la organización estatal y gestiona intereses puramente privados (a pesar de que, como las de su tipo, por razones puramente políticas y para someterlas a una vigilancia gubernativa, la legislación ordinaria la califique como de interés público), la competencia de este Tribunal es evidente para conocer de las cuestiones planteadas por el actor a través del proceso regulado en la Ley 62 de 1978, como ya ha destacado la Sala Primera del Tribunal Supremo en dos sentencias de 11 de abril de 1979, en una de 6 de diciembre de 1979 y en otra de 15 de diciembre de 1979.

CONSIDERANDO que tampoco puede prosperar la alegación de caducidad con que la parte demandada se defiende, por transcurso de más de cuatro meses desde que el acto atacado se realizó, con fundamento en el artículo 12 del Decreto de 20 de mayo de 1965, ya que: a) la ley 62 de 1978, dictada en desarrollo de la Constitución, no puede, por imperio de la misma, restringirse en su ámbito de aplicación merced de la actuación de normas, como la de aquel Decreto, contrarias al orden de vida que por la ley básica se quiere instaurar; b) el plazo de caducidad referido sólo rige para la impugnación de «acuerdos y actuaciones de la asociación que sean contrarios a los estatutos»; c) quedan al margen de esa previsión «los acuerdos sociales contrarios a la ley»; y d) el demandante funda la antijuridicidad del acto que ataca, no sólo en la violación de los estatutos de la asociación, sino, fundamentalmente, en la de las normas legales, ordinarias y constitucionales, que regulan los derechos de su persona.

CONSIDERANDO que, en cuanto al fondo del proceso, hay que a que las sanciones juegan un importante papel en la realidad vital de las asociaciones dado que determinan a los socios a comportarse conforme al criterio exigido y permiten separar de su seno a aquellos que no lo hacen así, más su admisión, sus límites y su control no han sido materias pacíficas precisamente.

CONSIDERANDO que entre las dos posiciones extremas de admitir la potestad sancionadora de las asociaciones sin más límite que los estatutarios ni control que el propio, para injerencias en su autoadministración y de rechazar aquella facultad como opuesta al

monopolio estatal en la administración de justicia, hoy se admite que las asociaciones pueden sancionar a sus miembros, como aplicación del principio de autonomía de la voluntad, si bien sólo dentro de los propios límites señalados al mismo (ley, moral y orden público) y con sometimiento al control judicial, conforme al principio de legalidad (artículo 22-4 de la Constitución española y 1.255 del Código Civil o de adecuación de su actuación a los estatutos sociales y al Ordenamiento jurídico, en su proyección sustantiva y procesal.

CONSIDERANDO que, en lo que se refiere al procedimiento sancionador, el control judicial tiene que tener por modelo el que resulta de los principios rectores de los procesos articulados para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sintetizados en el artículo 24 de la Constitución que excluye la posibilidad de indefensión, exige actuación de Organismo competente (en este caso según los estatutos), proclama la presunción de inocencia y el derecho de todo acusado a defenderse y por ello, previamente, a ser oído a tiempo.

CONSIDERANDO que, a mayor abundamiento, el artículo 10-2 de la Constitución española proclama que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que... (la misma) reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España», y el artículo 6-3 del Convenio de 4 de noviembre de 1950, ratificado por Instrumento de 26 de septiembre de septiembre de 1979, que «todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en un lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer de tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor a su elección...».

CONSIDERANDO que, por esas razones o, lo que es lo mismo, porque la potestad sancionadora que la asociación demandada ejerció contra el demandante la ostenta por la razón de que el Ordenamiento jurídico se la reconoce, en tanto sea ejercitada cual sus principios básicos proclaman, procede declarar la nulidad del acto atacado, como contrario a la ley, ya que la prueba permite tener por cierto que la Junta Directiva, en lugar de limitarse a iniciar el procedimiento sancionador contra el socio al que quería sancionar, a medio de la incoación del previo expediente, para que el mismo

podiera alegar y probar lo que estimara oportuno en su defensa, como desde hace siglos se hace ante los Tribunales de Justicia estatales, tomó por sí, sin razón ni fundamento, sustrayendo competencia a la Asamblea, un acuerdo de expulsión, en cuyo fondo no es preciso entrar para rechazarlo.

CONSIDERANDO que si se tiene en cuenta que el derecho de asociación no se ejercita sólo con la formación de personas jurídicas del mismo nombre, sino también (aunque el legislador parezca limitarse a esa preocupación de proyección política), tras la constitución de ellas, en las relaciones con las mismas y que la jurisprudencia civil (así en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1962) proclama que la tutela del honor es amplia y abraza todas las manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona (honor civil, comercial, científico, literario, artístico, profesional...), no cabe llegar a otra conclusión que la de que el infundado acuerdo de la Directiva de la Sociedad C. L. A. violó aquél (pues puso fin injustificadamente a su ejercicio lícito) y éste (pues ofendió el sentimiento de pública estimación que en el orden personal y profesional el socio expulsado merece).

CONSIDERANDO que, por último y en cuanto a la indemnización que el actor demanda por los perjuicios que alega le produjo la decisión de la Junta de la Asociación demandada, es de tener en cuenta: a) la falta de prueba de la realidad y alcance de los mismos; b) la convicción judicial de que no hay mayor satisfacción ante un acto injustificado que la de obtener la anulación justificada del mismo; y c) que la reparación por equivalencia es, en nuestro Ordenamiento, supletoria de la reparación en forma específica.

CONSIDERANDO que dada la índole del proceso y las condiciones de los litigantes no se aprecia razón para pronunciar condena en costas.

Vistos los artículos citados y demás de puramente y obligada aplicación al caso.

F A L L O

Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don J. S. y P., en su propio nombre, contra la Sociedad C. L. A. y don J. R. C., y don Fr. B. B., y don E. E. B., y don F. R. R., y don J. P. V., y don A. G. M., y don J. S. G., repre-

sentados por la Procurador de los Tribunales doña E. E. M. y, en consecuencia, con desestimación del resto de los pedimentos formulados y sin especial pronunciamiento sobre las costas, debo declarar y declaro la nulidad del acuerdo adoptado, por la Junta Directiva de la Asociación citada, el doce de Junio de mil novecientos ochenta por el que se expulsó al actor de la misma y acordó la pérdida de su cualidad de socio y que, en consecuencia, este último mantiene esa cualidad con los derechos y obligaciones inherentes a la misma según los estatutos de la Asociación, por la que, como tal, debe ser aceptado a todos los efectos, con los apercibimientos legales.

Así definitivamente, juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

INFORMACION

EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

MIGUEL PASTOR LÓPEZ

Magistrado. Vocal del Consejo General
del Poder Judicial

I. — El día 23 de octubre de 1980 quedó solemnemente constituido el Consejo General del Poder Judicial, en acto presidido por Sus Majestades los Reyes, con asistencia del Presidente y Miembros del Gobierno, Presidentes y Mesas de las Cámaras Legislativas, Tribunal Supremo en Pleno, Tribunal Constitucional, representaciones corporativas y otras personalidades.

Con dicho acto solemne comenzaba su andadura el órgano de efectivo autogobierno del tercer poder del Estado, cumpliéndose así lo establecido en el artículo 122,2 de la Constitución de 1978, a cuyo tenor «El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo», norma que, en lo sustancial, se reitera en el artículo 1.º de su Ley Orgánica, de 10 de enero de 1980.

El discurso pronunciado en tal ocasión por el Presidente en funciones del Consejo y las palabras de S.M. el Rey con que se cerró el acto público, ya contenían esenciales puntos de vista respecto del carácter, significación y funciones constitucionales del Alto órgano judicial.

En efecto, en el discurso primeramente aludido se decía que, en nuestra Constitución, el Poder Judicial es un poder del Estado social y democrático de Derecho en que España se ha constituido, al que corresponde con exclusividad la potestad jurisdiccional; poder distinto y no subordinado a ninguno de los otros poderes, agregándose que en el ejercicio de dicha potestad jurisdiccional los Jueces y Magistrados tampoco están vinculados ni dependen jerárquicamente del Consejo General, puesto que sólo están sometidos al imperio de la Ley. Todo ello es corolario de la independencia judicial que consagra el artículo 117,1 de la propia Constitución. Merecen también ser

destacadas en el referido discurso las específicas menciones que contiene a la misión de tutelar, de manera efectiva y no puramente formal, los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, que compete al Poder Judicial a través de Juzgados y Tribunales; la originalidad del sistema de autogobierno judicial en nuestra historia constitucional y aún, por su amplitud, en el Derecho Comparado; que, por su composición y funcionamiento, el Consejo es un órgano puramente democrático; la receptividad del mismo en cuanto a las aspiraciones sociales y su firme propósito de atemperar su actuación a una total transparencia informativa; la sumisión de su actuación al principio de legalidad; la voluntad de respetar y hacer respetar la plena independencia de Jueces y Tribunales y su concreta intención de instar, mediante el ejercicio de las facultades que la Ley le otorga, la adecuación de las demarcaciones y plantillas judiciales a las necesidades actuales, la modernización de los instrumentos procesales y la adecuada dotación de medios materiales a los órganos jurisdiccionales, todo ello como única manera de alcanzar una mejor Administración de Justicia en beneficio de la Sociedad española. Como puede verse, el esbozo inicial de todo un amplio y ambicioso programa que, en la corta pero intensa vida que hasta ahora ha desarrollado el Consejo, se ha traducido en numerosas e importantes actuaciones.

Mención especial, aunque sea sucinta, merecen las palabras de S.M. el Rey Don Juan Carlos I, verdadero espaldarazo procedente de la cumbre constitucional.

El Rey, tras destacar que, al quedar constituido el Poder Judicial, se concluyó la parte esencial de nuestro proceso constituyente y configurados, en su totalidad, los poderes básicos del Estado, resaltó cómo el Judicial se organiza con arreglo a los principios de unidad e independencia jurisdiccionales, bajo el gobierno del Consejo General, sin precedentes en nuestra historia política, y que en esta organización se plasma una gran ambición, puesto que el gobierno de la Magistratura por sí misma ha sido durante muchos años última aspiración de auténtica independencia de nuestros jueces y de nuestros juristas, a la vez que supone una elevada responsabilidad, ya que los ciudadanos esperan, como demanda generalizada, que el ejercicio de sus derechos, la garantía de sus libertades y su seguridad personal, serán protegidos por una Administración de Justicia rápida, responsable, objetiva e independiente. Después de significar la dificultad de la tarea y su seguridad de que se producirá el apoyo de los poderes públicos y de la Sociedad española que el Consejo va a necesitar, S.M. el Rey terminó pronunciándose por una sociedad democrática y moderna, que aspira a hacer realidad

sus valores constitucionales y, en especial, los de la Libertad y la Justicia, a cuyas exigencias responderán nuestros Jueces, dadas sus calidades humanas y profesionales.

II. — El Consejo General del Poder Judicial está formado por un Presidente, que lo es también del Tribunal Supremo, y veinte Vocales, doce de ellos elegidos por y entre Magistrados y Jueces y los ocho restantes por las Cortes Generales, la mitad por el Congreso y la otra mitad por el Senado. El Presidente es a su vez elegido por los Vocales, entre miembros de la carrera judicial o juristas de reconocido prestigio.

Los Vocales de procedencia judicial, habida cuenta de que todavía no se ha producido la integración de los jueces de carrera en un Cuerpo único según dispone el art. 122,1 de la Constitución, se distribuyen de la siguiente forma:

a) Tres Magistrados del Tribunal Supremo, uno de los cuales es Presidente de Sala, cinco Magistrados y un Juez de 1.ª Instancia e Instrucción; todos ellos elegidos por los miembros de la carrera judicial en activo.

b) Un Magistrado de Trabajo, elegido por todos los miembros en activo de este Cuerpo.

c) Dos Jueces de Distrito, elegidos por todos los miembros en activo de este Cuerpo.

Las personas que en la actualidad integran el Consejo son las que a continuación se relacionan:

D. Federico-Carlos Sainz de Robles Rodríguez, Magistrado del Tribunal Supremo, que es el Presidente del Consejo General.

De procedencia judicial:

D. Rafael Gimeno Gamarra, Presidente de Sala del Tribunal Supremo.

D. José Ignacio Jiménez Hernández, Magistrado del Tribunal Supremo.

D. Adolfo Carretero Pérez, Magistrado del mismo Alto Tribunal.

D. Arturo Gimeno Amiguet, Magistrado-Juez de 1.ª Instancia de Valencia.

D. Luis M.ª Díaz Valcárcel, Magistrado-Juez de 1.ª Instancia de Barcelona.

D. Diego Palacios Luque, Magistrado-Juez de Instrucción de Córdoba.

D. José de Leyva Montoto, Presidente de la Audiencia Territorial de Valladolid.

D. Jesús Marina Martínez-Pardo, Magistrado-Juez de Instrucción de Madrid.

D. Andrés Martínez Arrieta, Juez de 1.ª Instancia e Instrucción de Azpeitia.

D. Rafael Martínez Emperador, Magistrado del Tribunal Central de Trabajo.

D. José Ramón Godoy Méndez, Juez de Distrito de Ribadavia.

D. Jesús Ortiz Ricol, Juez de Distrito de Madrid.

Elegidos por el Congreso:

D. Gonzalo Casado Herce, Abogado.

D. Eduardo Jauralde Morgado, Fiscal.

D. Fernando Ledesma Bartret, Magistrado.

D. Agustín Azparren Gaztambide, Magistrado.

Designados por el Senado:

D. José Juan García-Barbón Castañeda, Abogado.

D. Plácido Fernández Viagas, Magistrado, quien al haber sido elegido por el Consejo General Magistrado del Tribunal Constitucional, fue sustituido por D. Fernando García-Mon González-Regueral, Abogado.

D. Jaime Cortezo Velázquez-Duro, Abogado.

D. Miguel Pastor López, Magistrado y Letrado del Ministerio de Justicia.

III.— Las competencias en que se concreta el cometido del Consejo General del Poder Judicial pueden ser bien de carácter decisorio, bien de iniciativa, propuesta o informe.

Entre las primeras destacan el formular la propuesta para el cargo del Presidente del Tribunal Supremo y del propio Consejo, así como para el nombramiento de dos miembros del Tribunal Constitucional; la selección, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de jueces, magistrados y secretarios de juzgados y tribunales; sistema de selección, formación y perfeccionamiento del personal auxiliar y colaborador de la Administración de Justicia; nombramiento del Secretario General y miembros de los gabinetes y servicios técnicos dependientes del Consejo; nombramiento del Director de la Escuela Judicial; elaboración y aprobación del Anteproyecto del presupuesto general del propio Consejo.

De otra parte, el repetido Consejo General tiene facultades de iniciativa o propuesta y, en otro caso, de informe, preceptivamente, en las siguientes materias: determinación y modificación de cualesquiera demarcaciones judiciales, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia; fijación y modificación de la plantilla orgánica de jueces, magistrados y secretarios; régimen retributivo de los mismos y del personal al servicio de la Administración de Justicia; proyectos de ley en materias procesales

y orgánicas de los juzgados y tribunales, como también en materia penitenciaria y cuantas disposiciones afecten al personal judicial o a la organización y mantenimiento de los servicios de Justicia; ser oído con carácter previo acerca del nombramiento del Fiscal General del Estado.

IV.— El Consejo General del Poder Judicial se articula en los siguientes órganos:

1.— El Presidente, que lo será también del Tribunal Supremo, nombrado por el Rey para un período de 5 años, a propuesta del Consejo adoptada en su sesión constitutiva.

2.— El Pleno, al que competen cuantas funciones no se hallen expresamente atribuidas a otros órganos del Consejo.

3.— La Comisión Permanente, compuesta por el Presidente y cuatro Vocales elegidos por el Pleno y cuyas competencias se extienden a materias esencialmente regladas y a preparar las sesiones del Pleno, así como la ejecución de sus acuerdos.

4.— La Sección Disciplinaria, compuesta por cinco miembros, cuyo cometido se extiende a todos aquellos procedimientos disciplinarios de la competencia del Consejo, no reservados al Pleno.

5.— La Sección de Calificación, integrada también por cinco Vocales, tiene como función el informar al Pleno sobre los nombramientos que deba realizar y que no sean estrictamente reglados.

6.— El Secretario General, que asiste a las sesiones de los órganos del Consejo, con voz pero sin voto, y ejerce las funciones de gestión, tramitación y documentación de los actos del Consejo, así como las de dirección y coordinación de los restantes órganos técnicos.

7.— Los Servicios técnicos de personal, gestión e inspección.

8.— El Gabinete Técnico.

A más de los enumerados anteriormente, el Consejo General, en desarrollo de su potestad reglamentaria interna, ha creado los siguientes órganos.

9.— La Sección de Estudios Legislativos, formada por siete Vocales.

10.— La Consejería Delegada para Relaciones Externas, y

11.— La Consejería Delegada para Relaciones con los medios de comunicación social.

V.— Las actividades del Consejo se iniciaron el mismo día de su constitución puesto que, terminado el solemne acto público, pasaron sus miembros a reunirse inmediatamente, a puerta cerrada, para la elección de su Presidente, según preceptúa la Ley Orgánica antes citada. Tras las deliberaciones oportunas, en las que se comenzó por establecer las propias normas procedimentales de la elección, resul-

tó designado, por mayoría absoluta y en primera votación, el Excelentísimo Señor D. Federico-Carlos Sainz de Robles.

Otros nombramientos importantes en los que tuvo intervención el Consejo General del Poder Judicial fueron los de Magistrados del Tribunal Constitucional, para el que fueron elegidos el aludido D. Plácido Fernández Viagas y el anterior Presidente del Tribunal Supremo, D. Angel Escudero del Corral. También se informó, favorablemente, la propuesta del Gobierno en favor de D. José María Gil-Albert, como Fiscal General del Estado.

Merece destacarse el discurso programático del Presidente del Consejo, pronunciado el día 2 de diciembre del pasado año en el acto de inauguración del nuevo edificio de Juzgados de El Ferrol, en el que quedaron formuladas de manera sistemática las pautas de actuación para alcanzar, desde las realidades objetivas, los propósitos de modernización de la justicia española.

Con similar propósito, el día 4 del mismo mes, y en rueda de prensa convocada en su sede provisional, el Presidente del Consejo expuso una verdadera declaración de intenciones, entre las que cabe destacar las siguientes afirmaciones:

«El Consejo General del Poder Judicial no es un mero instrumento administrativo, sino un órgano político y de gobierno del tercer poder del Estado. En esta primera declaración pública, el Consejo General quiere manifestar su plena identificación con el sistema democrático, asumiendo un compromiso de promoción y defensa de los derechos humanos y las libertades civiles. Asimismo, expone:

«1.º El Consejo General del Poder Judicial es consciente de las graves dificultades en que se desarrolla la actividad judicial en nuestro país, con medios escasos e inadecuados. Y llama la atención de la sociedad sobre el hecho objetivo de que el incremento de la seguridad jurídica —en que se manifiesta la plenitud del Estado democrático de derecho— está directamente relacionado con la disponibilidad de mejores y mayores medios personales, técnicos y presupuestarios, que la sociedad debe proporcionar inexcusablemente al Poder Judicial.

2.º Va a encargar, a importantes empresas de cibernética, un estudio profundo y detallado sobre la aplicación de la tecnología moderna a los trámites administrativos de la Justicia, en orden a conseguir máximas cotas de eficacia, agilidad, seguridad y economía.

3.º El Consejo se propone entrar a fondo en los supuestos y causas de corrupción para erradicarla completamente.

4.º Va a poner gran interés en el tema de la preparación de los funcionarios judiciales en todos los niveles, cara a la integración de nuestro país en la Comunidad Económica Europea.

5.º Estima que los funcionarios auxiliares son imprescindibles en la Administración de Justicia y prestará la máxima atención a la dignificación de los mismos en los órdenes formativo y laboral, reclamando para ellos retribuciones dignas y condiciones adecuadas de trabajo.

6.º Considera que la independencia del Poder Judicial no supone el aislamiento social ni el enclaustramiento de la Magistratura, de modo que prestará particular atención a las relaciones con la Abogacía y la Universidad.

7.º Anuncia el propósito de hacer uso de la capacidad de iniciativa que se le ha otorgado por su Ley Orgánica, para promover las normas procesales y orgánicas adecuadas a la organización judicial.

8.º La Memoria anual del Consejo General del Poder Judicial debe significar tanto la rendición de cuentas de lo que el Poder Judicial ha hecho, como una exigencia pública de lo que los poderes Ejecutivo y Legislativo no hubieran hecho en las áreas requeridas por el Poder Judicial.

Para este ambicioso propósito de ejercicio pleno, desde el primer momento, de sus funciones constitucionales y orgánicas, como órgano de gobierno del Tercer poder del Estado, el Consejo General del Poder Judicial se propone convocar el apoyo de la ciudadanía a la institución de independencia de la Justicia y establecer estrechas relaciones internacionales con los órganos análogos de países democráticos».

VI.— La actividad del Consejo a lo largo de los últimos meses ha sido intensa e importante. Por vía de ejemplo cabe destacar los siguientes jalones de la misma:

Aprobación del Reglamento provisional sobre estructura de los órganos técnicos del Propio Consejo, así como, más recientemente, el Reglamento de Personal del mismo.

Múltiples actuaciones y manifestaciones de su Presidente, portavoz y Gabinete de Prensa, consecuencia del propósito de absoluta transparencia informativa y de toma de postura democrática y constitucional en momentos críticos de la vida nacional.

Sometimiento voluntario del Consejo a Intervención presupuestaria.

Relaciones con la Universidad, tendentes a lograr un Acuerdo de colaboración científica y docente, con absoluta reciprocidad.

Relaciones y contactos múltiples con miembros de la Carrera Fiscal, Consejo Superior de la Abogacía, Colegios de Abogados y Procuradores.

Reuniones de coordinación territorial con los Presidentes de la Audiencia Nacional, Tribunal Central de Trabajo y de todas las Audiencias Territoriales, con visitas a las sedes de las mismas y contactos con todos los estamentos judiciales y profesionales del Derecho.

Relaciones con el Poder Legislativo y Ejecutivo, siendo de destacar las numerosas reuniones de coordinación, planificación y análisis de la Administración de Justicia, celebradas con el titular del Ministerio de Justicia, D. Francisco Fernández Ordóñez y miembros de su equipo directivo ministerial; como también, la visita del Secretario General del PSOE, D. Felipe González; del Partido Comunista, D. Santiago Carrillo; Presidente del grupo parlamentario de Coalición Democrática, D. Manuel Fraga, y Presidente de la U.C.D., don Agustín Rodríguez Sahagún; todos ellos visitaron la sede del Consejo y tras sendos cambios de impresiones con los miembros del Consejo, prometieron la colaboración de sus grupos políticos para el mejor cumplimiento de las funciones de aquél.

La Sección de estudios legislativos y el Pleno del Consejo después, estudiaron los proyectos de leyes y otras disposiciones generales que les fueron sometidos para informe, emitiéndose los correspondientes dictámenes, entre los que destaca el relativo a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A más de todo ello el Consejo ha debido atender a una labor cotidiana de gestión y dirección de los asuntos propios de su competencia, cuales son: nombramientos de varios Presidentes de Audiencia Provincial, Magistrados del Tribunal Supremo y del Tribunal Central de Trabajo, resolución de concursos para el nombramiento de cargos de magistrados, jueces y secretarios judiciales; convocatoria de oposiciones a diferentes cuerpos judiciales con preparación de los correspondientes programas; coordinación de inspecciones de los órganos judiciales; resolución de expedientes disciplinarios, etc.

Por último merece significarse que, en el momento de redactarse estas líneas, el Consejo está ultimando la redacción de un extenso informe o memoria, relativo a la situación de los órganos judiciales y de la Administración de Justicia en general, necesidad de medios personales y materiales, urgencia de reformas legislativas, reorganización de oficinas judiciales, etc., que se ha venido llamando «Libro blanco de la Justicia», para ser sometido al Gobierno y a la opinión pública, de acuerdo con las pautas a que anteriormente se ha hecho referencia.

CONMEMORACION DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN BARCELONA

MANUEL JESÚS CACHÓN CADENAS
Profesor Ayudante de la
Universidad Autónoma de Barcelona

Durante los pasados días 27, 28 y 29 de abril ha tenido lugar en el Colegio de Abogados de Barcelona una serie de actos conmemorativos del Centenario de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo el lema «PARA UN PROCESO CIVIL EFICAZ».

La organización de estas Jornadas ha corrido a cargo de los siguientes Organismo y Entidades: Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Ilustre Colegio de Procuradores de los Tribunales de Barcelona, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña y Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Barcelona. A los que hay que sumar la colaboración prestada por el Instituto Alemán de Cultura, el Instituto Francés de Barcelona y el Instituto Italiano de Cultura.

Está prevista la publicación del contenido íntegro de todas las ponencias presentadas a la reunión. Esto nos exculpa de realizar un resumen más amplio de las mismas.

En síntesis, el programa de actos desarrollados fue el siguiente:

DIA 27 DE ABRIL

A) El Profesor Manuel Serra Domínguez, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Central de Barcelona, presentó la primera ponencia de las jornadas bajo el título «BALANCE POSITIVO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL».

El ponente diseñó los diversos aspectos positivos generales de la L.E.C., señalando la inadecuación a las necesidades actuales de los proyectos oficiales de reforma producidos hasta la fecha. Tras

lo cual, el Profesor Serra Domínguez procedió a la formulación de las siguientes conclusiones:

1) Necesidad de una reforma íntegra de la Administración de Justicia.

2) Inviabilidad actual de una reforma «ex novo» de la L.E.C.

3) Urgencia de la modificación de algunos artículos concretos de la L.E.C., iniciando paralelamente una corrección y actualización general de la misma.

4) Conveniencia de someter los proyectos aprobados a información del Consejo General del Poder Judicial, Colegios de Abogados y Procuradores y Universidades españolas, procurando nombrar una Comisión específica para el estudio y solución de las objeciones que pudieran formularse.

B) Bajo el título «JUICIO CRITICO DE LA L.E.C.», el Profesor Juan Montero Aroca, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, procedió a la lectura de la segunda ponencia.

El ponente efectuó un análisis de los múltiples elementos negativos de la L.E.C. después de exponer el proceso de formación histórica de la misma.

El Profesor Montero Aroca finalizó su intervención con las siguientes conclusiones:

1) La L.E.C. constituye una de las causas, aunque no la única, de la ineficacia actual del proceso civil español.

2) La escasez de medios materiales está colapsando la Administración de Justicia.

3) Los últimos proyectos de reforma de la L.E.C. son inadmisibles.

4) La sustitución de la L.E.C. por otra nueva es necesaria pero no suficiente. Ha de complementarse con una coordinación de los proyectos de las leyes orgánica y de enjuiciamiento y un cambio de mentalidad y actitud de los profesionales forenses.

C) El Ilmo. Sr. D. Antonio M. Anzizu Furest, Decano del Colegio de Procuradores de los Tribunales de Barcelona, presentó, con el título «ASPECTOS SOCIOLOGICOS DEL PROCESO», la tercera ponencia de las jornadas.

Comenzó el Sr. Anzizu Forest señalando que el objetivo de su ponencia se reducía al tratamiento del problema de la eficacia del proceso civil en las grandes ciudades industriales.

El ponente, tras afirmar la importancia actual de los problemas relacionados con la duración y el coste del proceso civil, pasó a referirse a algunos de los problemas que se plantean en la práctica, ilustrando la exposición con numerosos ejemplos gráficos.

D) A continuación el Dr. Valentín Cortés Domínguez, Profesor Agregado de Derecho Procesal (ahora ya Catedrático), disertó acerca de la eficacia del proceso de declaración.

El ponente aludió a la distinción conceptual existente entre los conceptos de «sentencia eficaz» y «proceso eficaz». En este aspecto, definió la declaración judicial eficaz como aquella que ofrece la certeza y seguridad jurídicas, mientras que el proceso será eficaz en cuanto haga posible que la decisión judicial sea ajustada a Derecho.

El Profesor Cortés Domínguez se detuvo posteriormente en el examen de algunos campos de actuación procesal indicativos de la eficacia o ineficacia del proceso declarativo.

En opinión del ponente, la L.E.C. ofrece un proceso eficaz en cuanto a su iniciación y en lo que atañe a las alegaciones, pero la ineficacia del proceso es considerable en lo que se refiere a los mecanismos preprocesales que posibilitan el conocimiento de hechos fundamentales para la interposición de la demanda; asimismo, el sistema probatorio de la L.E.C. adolece de una serie de defectos tales que convierten aquel sistema en ineficaz.

E) Los actos correspondientes a la primera jornada se cerraron con una conferencia del Excmo. Sr. D. Federico-Carlos Sainz de Robles Rodríguez, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, que disertó sobre «EL LIBRO BLANCO DE LA JUSTICIA: LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL».

El conferenciante se refirió a la grave situación actual de la Administración de Justicia española.

Después de señalar que la solución de esta preocupante problemática había de ser global, esto es, material (dotación de mejores medios personales y materiales), orgánica y procesal, centró su conferencia en los aspectos procesales.

En este sentido, sostuvo la necesidad de una reforma profunda de la L.E.C., aunque matizó su postura con las siguientes precisiones:

1) Es preciso que la reforma sea producto de un profundo análisis, que requiere un largo lapso de tiempo.

2) Es conveniente que la nueva L.E.C. esté inspirada en los mismos principios que la actual.

3) Resulta necesario conceder a la nueva ley un largo plazo de vacatio legis a fin de posibilitar su asimilación por quienes han de aplicarla.

Resaltó la posibilidad de introducir inmediatas mejoras en la actual situación sin tener que esperar a la entrada en vigor de aquella futura L.E.C.

Dichas mejoras pueden obtenerse modificando la interpretación de diversos preceptos fundamentales ya vigentes en nuestro ordenamiento:

- 1) El art. 24,1 de la Constitución, que, en opinión del conferenciante, es una norma directamente aplicable, no un mero programa directivo. Por tanto, deroga cualquier otro precepto contrario.
- 2) El art. 3,1 del Código Civil, que exige una interpretación de las normas procesales acorde con la realidad social.
- 3) El art. 6,4 del Código Civil por cuanto la prohibición del fraude a la ley abarca el fraude procesal.
- 4) El art. 7,2 del Código Civil en lo que se refiere al abuso de derecho cometido mediante actos procesales.
- 5) Los arts. 533, 534 y 503 de la L.E.C.
- 6) El art. 1.428 de la L.E.C., que exige actualmente una interpretación amplia.
- 7) Una aplicación realista de los preceptos relativos a las costas procesales.
- 8) Una interpretación menos rigurosa en lo que se refiere al formalismo de la casación.

Concluyó el conferenciante afirmando que la L.E.C. aún es un instrumento válido en tanto sea sustituida por otro cuerpo legal más perfecto.

DIA 28 DE ABRIL

A) El Excmo. Sr. D. Miguel Casals Colldecarrera, Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, se refirió a la eficacia de la ejecución en la primera ponencia de esta jornada.

El ponente, después de efectuar un estudio estructural de la ejecución tal y como ésta aparece regulada en la actualidad en la L.E.C., presentó las siguientes conclusiones:

- 1) Sin necesidad de modificación alguna de los preceptos de la L.E.C., cabe:
 - a) Establecer en las propias sentencias dictadas en juicios declarativos que contengan los pronunciamientos a que se refieren los arts. 923, 924, 925, 926, 928 y 932 L.E.C. la cuantificación de la suma que deba satisfacerse a título de indemnización para caso de incumplimiento de la condena.
 - b) En los juicios ejecutivos del art. 1.429 L.E.C. y en todos los embargos realizados en ejecución de sentencia, cuando se traben

bienes inmuebles, ha de acordarse en un solo mandamiento al Registro de la Propiedad la práctica de la anotación del embargo, expedición de la certificación de cargas y gravámenes y del testimonio del título de propiedad de las fincas.

c) Reducir la publicidad de las subastas a un solo edicto en el que se anuncien la primera, segunda y tercera subastas.

2) Sería posible conseguir una mayor eficacia de la ejecución modificando la L.E.C. en algunos puntos: a) realización de los avales por un solo perito nombrado por el Juez sin intervención de las partes; b) reconduciendo los supuestos de subasta en quiebra a subasta desierta.

B) La segunda ponencia versó acerca de las garantías constitucionales del proceso civil, estando a cargo del Profesor José Almagro Nosete, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Afirmó el ponente que el contenido de su intervención se inscribe en el marco del Derecho Constitucional Procesal, que tiene por objeto de estudio la influencia de normas de la Constitución en la legislación procesal, y no en el Derecho Procesal Constitucional, por cuanto que éste se refiere al sistema de garantías procesales de la propia Constitución.

A continuación el Profesor Almagro Nosete resaltó la existencia de una serie de garantías constitucionales del proceso civil, que, aunque estén menos explicitadas que las penales, no dejan de comportar exigencias en la regulación del mismo.

El ponente dedicó el resto de su exposición a enumerar detalladamente dichas garantías constitucionales del proceso civil, precisando las exigencias que aquéllas imponen a la futura regulación trado, procesal.

C) Seguidamente el Ilmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, Magistrado, dio lectura a la tercera ponencia, que llevaba por título: «LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y LA EFICACIA DE LA L.E.C.: LA PRIMERA INSTANCIA».

Señaló el ponente que, cuando se habla de crisis de la justicia, se hace referencia a tres problemas fundamentales: 1) la incertidumbre del derecho (falta de bondad de las sentencias); 2) la lentitud de la actividad judicial; 3) los altos costes del proceso.

El Sr. Corbal Fernández consideró necesaria una profunda reforma de la Administración de Justicia española, tanto en el aspecto orgánico, como en el puramente procesal, si bien estimó inconveniente la introducción inmediata de una L.E.C. de nueva planta.

D) La última ponencia de esta segunda jornada, titulada «LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y LA EFICACIA DE LA L.E.C.: LA SEGUNDA INSTANCIA», fue presentada por el Ilmo. Sr. D. Ignacio de Lecea y Ledesma, Magistrado de la Audiencia de Barcelona.

Después de realizar algunas breves observaciones de carácter general en torno a la segunda instancia y de abordar los problemas de la carestía, la lentitud, el fracaso procesal y el fraude procesal, el ponente finalizó exponiendo las siguientes conclusiones:

1) La lentitud de la segunda instancia no debe atribuirse a las normas que la regulan, sino a la cantidad de casos atribuidos a cada Tribunal.

2) La oralidad es consustancial a la segunda instancia.

3) Es necesaria la unificación de las dispersas normas del recurso de apelación.

4) La L.E.C. ha demostrado su eficacia y adaptabilidad a los avances de la técnica procesal, pudiendo corregirse las deficiencias que se aprecian con medidas modestas de reforma y sin abandono de los principios que informan la actual L.E.C.

DIA 29 DE ABRIL

La tercera y última jornada se abrió con una conferencia del Profesor de la Universidad de Bielefeld (Alemania) Dr. Wolfgang Grunsky, que disertó acerca de la eficacia del proceso civil en Alemania.

El Profesor Grunsky precisó que un proceso civil es eficaz cuando cumple con sus cometidos. Por tanto, en primer lugar, de determinar la función del proceso civil a fin de comprobar si en la práctica el proceso cumple dicha función. En opinión del conferenciante el cometido esencial atribuido al proceso radica en el cumplimiento del derecho objetivo. Y ello supone una gran dificultad porque, al contrario de lo que ocurre en las ciencias naturales, no es posible medir la eficacia de las normas jurídicas.

A continuación, el conferenciante se refirió a las más recientes reformas operadas en el derecho procesal alemán, que han tenido por objeto los siguientes puntos: criterios de selección de asuntos para su acceso a la casación, acciones de grupo, duración del proceso y coste del mismo.

El Profesor Grunsky concluyó afirmando que aún se necesita tiempo para valorar los resultados de las reformas introducidas en el derecho procesal alemán, cuya eficacia es, en términos globales, relativamente satisfactoria.

B) La segunda conferencia fue pronunciada por el Dr. Andrea Proto Pisani, Profesor de la Universidad de Florencia. El tema tratado por el conferenciante era el de la eficacia del proceso civil en Italia.

En síntesis, el Profesor Proto Pisani formuló el siguiente análisis:

1) El proceso de cognición ordinario está sumido desde hace años en una profunda crisis, debida tanto a factores técnico-normativos como de carácter orgánico y burocrático.

2) El proceso de trabajo ofrece, a partir de la reforma operada en el mismo en 1973, un balance bastante positivo, sobre todo si se tiene en cuenta la grave situación de partida.

3) La ineficacia del proceso ordinario no alcanza a los procesos sumarios, si bien no todos los grupos sociales italianos se benefician por igual de la eficacia de aquéllos.

4) En el ordenamiento procesal italiano falta un sistema generalizado de medidas coercitivas similares a la «astreinte» del derecho francés.

C) El Dr. Roger Perrot, Profesor de la Universidad de París, pronunció la última conferencia, relativa a la eficacia del proceso civil en Francia.

Puntualizó el conferenciante que el Código procesal civil francés, que entró en vigor el uno de enero de 1976, supone un intento actual de solucionar el problema de la ineficacia del proceso civil.

A juicio del Profesor Perrot, la eficacia de la justicia a nivel de formación de la sentencia exige la concurrencia de tres condiciones:

a) una justicia fácilmente accesible; b) una justicia correctamente informada; c) una justicia rápida.

Para conseguir estos tres objetivos el derecho procesal francés prevé diversos mecanismos, entre los que cabe destacar los siguientes:

a) Un eficaz sistema de ayuda judicial a cargo del Estado para los litigantes que cuentan con escasos recursos económicos.

b) Vigencia del principio «da mihi factum, dabo tibi ius», aunque sometido a diversas limitaciones.

c) Prohibición de apelar inmediatamente determinadas resoluciones interlocutorias.

En lo que se refiere ejecución de la sentencia, el conferenciante afirmó que, para apreciar la eficacia del proceso civil a este nivel, es preciso responder a dos cuestiones básicas: a) ¿cuándo se puede ejecutar la decisión judicial?; b) ¿cómo se puede ejecutar

El Dr. Perrot señaló que el derecho francés prevé mecanismos eficaces para conseguir una rápida ejecución de las sentencias, entre los que hay que destacar la ejecución provisional y la ejecución «sur minute».

En lo que afecta a la segunda cuestión, cabe reseñar la importancia de la llamada «astreinte» (condena accesoria al pago de una suma de dinero que aumenta a medida que pase el tiempo sin procederse al cumplimiento de la condena).

Tras la conferencia del Profesor Perrot tuvo lugar, al igual que después de cada una de las ponencias presentadas y conferencias pronunciadas durante estas jornadas, un interesante debate entre los participantes en la reunión.

También resulta preciso dejar constancia de que estaba programada para el día 28 de abril una conferencia sobre «EFICACIA DEL PROCESO Y REFORMA PROCESAL» a cargo del Profesor Emilio Gómez Orbaneja, Catedrático de Derecho Procesal. Este acto no llegó a celebrarse debido a la imposibilidad del conferenciante de trasladarse a Barcelona por razones de salud.

Concluido el debate, se procedió a la lectura de las conclusiones de la reunión, cuyo texto literal es el siguiente:

«Durante los días 27 al 29 de abril se ha celebrado en el Il.º Colegio de Abogados de Barcelona la conmemoración del centenario de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la perspectiva de la eficacia del proceso civil.

Dicha preocupación por la eficacia obedece al mandato constitucional según el cual «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

A la vista de las ponencias presentadas y del desarrollo de los debates, se ha llegado a las siguientes

CONCLUSIONES

1.ª) La aplicación de los principios constitucionales que aseguran las garantías judiciales y la eficacia del proceso civil debe determinar un cambio sustancial en la utilización de las normas vigentes. En este sentido, se propugna la aplicación directa por los órganos judiciales de cuantos preceptos constitucionales derogan normas procesales civiles anteriores a la promulgación de la Constitución e instan a los profesionales forenses para que reclamen la vigencia de la Constitución en defensa de los derechos que se les confíen.

2.ª) Con independencia de las lagunas y defectos que tiene la Ley de Enjuiciamiento Civil, la ineficacia del proceso civil en España depende, principalmente, de la deficiente organización judicial, de la escasez e inadecuada distribución de los medios personales y materiales a su servicio y de la multiplicidad de Leyes extravagantes que inciden gravemente sobre el principio de seguridad jurídica. Más que los defectos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cabe resaltar la incorrecta aplicación de la misma en perjuicio de los justiciables.

3.ª) La reforma de enjuiciamiento civil debe abordarse en dos tiempos. Existen reformas técnicamente sencillas, tales como la elevación de las cuantías, la supresión de apelaciones en ambos efectos de resoluciones interlocutorias o la comunicación directa entre los órganos judiciales, que han de realizarse con urgencia, junto a medidas de carácter orgánico indispensables, como son el aumento de las plantillas y la remodelación de la demarcación judicial. Se ajustaría así la Ley de Enjuiciamiento Civil a la realidad social presente, de manera que se hicieran efectivas las garantías que sobre inmediación y oralidad contiene la propia Ley.

4.ª) En segundo lugar debe afrontarse con los asesoramientos técnicos necesarios la reforma en profundidad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para conseguir con respecto a nuestra tradición procesal, actualizada por el predominio de la oralidad de acuerdo con el artículo 120 de la Constitución, la implantación de un proceso con fase alegatoria totalmente escrita y desarrollo subsiguiente por audiencias orales, con la utilización también de los modernos medios técnicos de reproducción para la debida constancia.

Los reunidos manifiestan su agradecimiento a las diversas entidades patrocinadoras de la actual conmemoración, que, al propio tiempo que han hecho posible rendir un merecido homenaje a la Ley centenaria, han facilitado las discusiones conducentes a una mejora del proceso de la que resulten beneficiadas todas las partes y profesiones jurídicas interesadas en el mismo.

CENTENARIO DE LA LEC EN LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

PEDRO L. GALÁN URBANO

La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, con motivo del Centenario de la Ley de Enjuiciamiento civil, ha organizado durante todos los lunes comprendidos entre el día 23 de marzo al día 27 de abril una serie de sesiones recordatorias del 3 de febrero de 1881. En las mismas, con asistencia importante de público, han intervenido como conferenciantes personalidades destacadas del mundo de la Universidad, de la Administración de Justicia y del ejercicio profesional de la Abogacía.

El acto de apertura se llevó a cabo el día 23 de marzo, correspondiendo el discurso de inauguración al Excmo. Sr. D. Federico Carlos SAINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo del Poder Judicial, quien disertó sobre «La potestad normativa a cargo del Juez», y en el mismo, tras subrayar la trascendencia de la función jurisdiccional, examinó el siempre atractivo y difícil problema de la misión de la jurisprudencia en el campo del Derecho.

Ese mismo día intervinieron también el Excmo. Sr. D. José Luis DEL VALLE ITURRIAGA, Académico de número y ex-Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, sobre el tema «Conservación de un tipo amplio y modernizado de proceso», exponiendo sistemáticamente los distintos procesos existentes en la actualidad, sus ventajas e inconvenientes, y el profesor GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra, sobre «Corrección del sistema de la L.E.C.», quien efectuó una síntesis de la labor llevada a cabo por Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas en orden a la corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento civil.

El día 30 de marzo intervino, en primer término, el Excmo. Señor D. Tomás OGÁYAR Y AYLLÓN, Académico de número y Magistrado del Tribunal Supremo, acerca del tema «Recursos». Tras efectuar un breve recorrido sobre todos y cada uno de los recursos existentes en la ley vigente, centró su atención en el recurso de casación y en el de revisión, patrocinando la supresión del rigorismo formal del primero y la necesidad, respecto al segundo, de que el Tribunal, en su caso, pueda dictar dos sentencias: una rescindente y otra rescisoria.

El Profesor GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla, habló sobre «Lagunas de la L.E.C.». Distinguió entre lagunas de preceptos y lagunas de Códigos. Posteriormente, hizo hincapié en la labor efectuada por la doctrina científica y por la jurisprudencia en orden a colmar dichas lagunas, subrayando la trascendencia que nuestro Tribunal Supremo había tenido respecto a institutos como el litisconsorcio pasivo necesario, notoriedad, documentos auténticos a efectos de casación, etc.

El Profesor CARRERAS LLANSANA, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona, en relación a la «Reforma del proceso de ejecución singular de la L.E.C.», puso de manifiesto los defectos de nuestra legislación y de nuestra práctica forense sobre localización de los bienes a embargar, tasación de los mismos, su enajenación y régimen de subsistencia de cargas. Apuntó diversas soluciones a esos problemas y postuló la necesidad de establecer un sistema adecuado de recursos.

El día 6 de abril actuó, en primer lugar, el Profesor GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, designado a tal fin por el Consejo General de la Abogacía Española, quien desarrolló el tema «Separación y actualización de las normas de Derecho concursal y de la Jurisdicción Voluntaria». Resaltó el orador la enorme dispersión legislativa existente en la materia, analizó la situación actual de la doctrina española y valoró positivamente las conclusiones adoptadas por los Profesores de Derecho Procesal en las Jornadas celebradas en Las Palmas de Gran Canaria.

El Profesor FERNÁNDEZ Y MARTÍN-GRANIZO, designado para ese acto por la Fiscalía General del Estado, pronunció su discurso sobre «La intervención del Ministerio Fiscal en los asuntos y en los negocios civiles». Tras efectuar un examen de las funciones que al Ministerio Público le encomienda la L.E.C., subrayó la imparcialidad como nota esencial de su quehacer y propugnó se incrementasen sus funciones en orden a la vigilancia de la legalidad.

El primer orador que intervino el día 20 de abril fue el Profesor MORÓN PALOMINO, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de La Laguna, que lo hizo sobre el tema «Procesos abreviados y es-

peciales que se deben conservar e introducir en la L.E.C.». De su parlamento hay que destacar su patrocinio del procedimiento ordinario declarativo de menor cuantía como procedimiento base en una futura reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil y la necesidad de introducir en nuestro ordenamiento positivo el proceso monitorio.

El Profesor ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO disertó sobre «La Ley de Enjuiciamiento Civil en blanco y negro». Su exposición se refirió a temas muy diversos: reforma o nuevo Código, futura denominación de la Ley o del Código, problemas de técnica legislativa, examen de los principios rectores del proceso y posible contenido de la futura Ley.

En tema elegido por el Profesor FAIRÉN GUILLÉN, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid, era el de «Los principios de oralidad y de escritura y de socialización del proceso en relación con la L.E.C.». Contrapuso los términos socialización-liberalización, hizo mención especial a la gran labor realizada por Klein en el Derecho austríaco, patrocinó un proceso plenario rápido similar, pero con los correctivos necesarios, al proceso laboral actual y se mostró partidario de aumentar, sin perjuicio del principio dispositivo, los poderes del Juez.

En el acto de clausura, que se desarrolló el día 27 de abril con la presencia del Ministro de Justicia, el Profesor PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Académico de número y Catedrático de Derecho Procesal, hizo un resumen de todos los trabajos del Centenario, tras lo cual, el Profesor HERNÁNDEZ GIL, Presidente de la Academia, pronunció el discurso de clausura en el que enlazó la teoría general de las obligaciones con el proceso de ejecución singular.

CIRCULAR DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO SOBRE LA APLICACION DE LA LEY ORGANICA 10/1980, DE 11 DE NOVIEMBRE, DE ENJUICIAMIENTO ORAL DE DELITOS DOLOSOS, MENOS GRAVES Y FLAGRANTES

Publicada en el Boletín Oficial del Estado del 21 de noviembre de 1980, la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, sobre enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, se hace imprescindible, al objeto de unificar los criterios jurídico-procesales que siempre deben presidir la actuación del Ministerio Fiscal, dictar normas generales sobre la interpretación de algunas de sus disposiciones que, por su trascendencia y por no aparecer lo suficientemente explícitas, pueden dar lugar a que el Ministerio Fiscal adopte posiciones no coincidentes e incluso contrapuestas. Esta línea única interpretativa que aquí se proclama es meramente provisional, pero informaré, por ahora y desde luego, nuestra actitud ante la aplicación de la Ley, sin perjuicio de que, si la experiencia lo aconsejare, se puedan variar los puntos de vista expuestos o afrontar *ex novo* otros problemas no planteados.

En general, debe destacarse que este nuevo procedimiento, de amplio contenido, tiene su causa en la necesidad de dar una mayor celeridad al enjuiciamiento de las conductas antijurídicas situadas en primera línea de la progresión delictiva. En él, y en aras de una justicia inmediata y efectiva, se acentúan los principios de concentración y oralidad y se traslada, en buena medida, el centro de gravedad de la investigación judicial estricta a la investigación policial. La rapidez que se pretende podrá conseguirse si el Ministerio Fiscal muestra una atención preferente, interviniendo en todas sus fases de manera constante y cuidadosa evitando las diligencias de prueba inútiles y las prácticas irregulares capaces de desencadenar demoras injustificadas en la tramitación.

Las materias que ofrecen un mayor interés son las siguientes:

1. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Es claro que, en esta línea, no se aparta la Ley de la norma común en nuestro ordenamiento jurídico. Están previstas tanto la iniciación *ex officio* (artículo 3.1) como la denuncia y la querrela (artículo 3.3), que se desenvolverán por los cauces que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Mas la cuestión, importante en la práctica, es otra. En la Ley están expresamente previstas (artículos 3 y 4) actuaciones judiciales anteriores al momento en que se dicte por el Juez el auto de incoación del nuevo proceso conforme al artículo 5.1. Ahora bien, esas diligencias practicadas *medio tempore*, ¿bajo qué signo procesal estarán abarcadas? Inequívocamente deben excluirse las diligencias indeterminadas. Tampoco ofrecerá dudas que cuando el hecho esté claramente adscrito al nuevo procedimiento, desde un principio ésta será la única vía a seguir. Es problemática, sin embargo, la existencia de diligencias previas. La solución será ésta: dado el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (disposición final primera) y la remisión al procedimiento de urgencia (artículo 5.2), las diligencias previas no son esencialmente incompatibles con el nuevo procedimiento. Pero tendrán un doble límite en garantía de la rapidez que se persigue. De un lado, que sólo procederán cuando existan fundadas dudas en orden a si el delito perseguido se sitúa en el radio de la nueva Ley; y de otro, que la permanencia de las diligencias previas en tal estado ha de ser, necesariamente, breve.

2. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

A) *En un orden temporal*

La Ley está sujeta al sistema de *vacatio* legal (artículo 2.1 del Código Civil). No hay, pues, cuestión en que se aplicará a los delitos cometidos a partir de su vigencia. Mas, ante la falta de normas de transición, es preciso aclarar si la entrada en vigor de la Ley afecta de algún modo a los procesos pendientes por hechos incluidos en su esfera y si se extiende a los procesos iniciados bajo su vigencia pero por hechos anteriores. El principio de la irretroactividad de las Leyes es acogida por el Código Civil (artículo 2.3) y la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, es un valor garantizado por la Constitución (artículo 9.3); como la nueva Ley no ofrece mayores garantías procesales, será ina-

plicable a los procedimientos en tramitación cualesquiera sea su etapa procesal; tampoco a los que se inicien tras su vigencia por hechos *ex ante*, dado que ello implicaría una retroactividad al menos en grado mínimo o atenuada.

B) *En un orden sustancial*

A tenor del artículo 1.1 la Ley se aplica a los delitos dolosos perseguibles de oficio. En consecuencia, la extensión de la Ley por razón de la naturaleza del delito o por la legitimación para instar el procedimiento debe ser considerada como cuestión pacífica. Los denominados delitos semipúblicos acampan más allá del marco de esta Ley. Tampoco hay cuestión en torno al concepto de delito flagrante (artículo 779, 1.ª, inciso segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Norma a interpretar es la expresada en el artículo 1.1 primero, en estos términos: «Los castigados con pena privativa de libertad no superior a seis meses o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que su duración no exceda de seis años». ¿A qué delitos dolosos y perseguibles de oficio se contrae el nuevo procedimiento? Los índices que la Ley tiene en cuenta son el del carácter de la pena y el del *quantum* de la penalidad asignada al delito de que se trate. Con estos datos, es necesario distinguir:

a) Los castigados con *pena privativa de libertad* no superior a seis meses (artículo 1.1 primero) o no superior a seis años si el inculcado posee antecedentes penales cualificados (artículo 1.2 primero) esto es, si concurre la multirreincidencia en partícipes de delitos cuya sanción sea la de arresto mayor (artículo 61.6 del Código Penal).

b) Los delitos castigados con penas de distinta naturaleza a las privativas de libertad, siempre que su duración no exceda de seis años (artículo 1.1 primero). Se extiende así el procedimiento a ciertas penas privativas de derechos y restrictivas de libertad, ya sean únicas, conjuntas o alternativas.

Entre las penas privativas de derechos se halla la de privación del permiso de conducir. Como su condición de pena grave deriva de estar comprendida entre tres meses y un día y diez años (artículos 28.1 y 30 párrafo último del Código Penal), término final que excede del preestablecido en la norma que se examina, es cuestionable si es hábil para incluirla en el ámbito objetivo de este procedimiento. Debe resolverse en sentido positivo, ya que tan sólo en dos

delitos dolosos se prevé (artículo 340 bis a) y 516 bis), no excediendo en ninguno de ellos de cinco años. Para el delito que define el artículo 340 bis a) se exceptúa el supuesto singular de la privación definitiva, que, en consecuencia, no encaja en esta Ley.

Las demás penas privativas de derechos al tener fijada su duración de modo absolutamente determinado no presentan dificultades. Incluso la pena de privación de la licencia de caza que aparece en el artículo 42 de la Ley de Caza debe comprenderse en el nuevo procedimiento; de un lado, porque ante el silencio de la Ley, ésta no debe circunscribirse sólo a los delitos tipificados en el Código Penal, sino también a los que definen leyes penales especiales; y de otro lado, porque la duración de la privación de la licencia de caza no excede de tres años.

c) La multa figura en el Código Penal como pena única o acompañando a otras de diversa naturaleza. Así, frente a la multa, pena única, en cuantía fija o proporcional, están las multas conjuntas con penas privativas de derechos, privativas de libertad o restrictivas de libertad. Tampoco es ajena al Código Penal la multa como pena alternativa. La pena de multa no aparece *nominatim* ni entre las penas abarcadas ni entre las excluidas de este procedimiento. Puede pensarse en su eliminación, si se interpreta literalmente el giro «siempre que su duración no exceda de seis años» que emplea la Ley (artículo 1.1, primero, inciso final). Sin embargo, militan en favor de su inclusión otras razones. Por lo pronto, en el término «cualesquiera otras penas de distinta naturaleza» están también las pecuniarias. Es más, si la multa no es pena que se traduzca directamente en una duración determinada, es lo cierto que a través de su incumplimiento se opera la conversión en pena privativa de libertad de carácter subsidiario enmarcada en el ámbito propio de la Ley (artículo 91 del Código Penal). Nótese, además, que buena parte de los delitos dolosos sancionados con arresto mayor o con penas privativas de derechos o restrictivas de libertad, conllevan la pena de multa, por lo que si ésta funcionara como factor excluyente, la Ley perdería su eficacia. Tampoco es desaprovechable el argumento lógico de que al procedimiento se sujetan penas de mayor entidad que la multa, que, en cuanto última pena de todas las escalas graduales (artículo 74 del Código Penal), es la inmediatamente inferior al arresto mayor, la suspensión y la caución.

La *caución*, también omitida, es pena incluida, porque el destierro, restrictiva de libertad no superior a seis años, es la solución legal subsidiaria para el incumplimiento de la caución (artículo 44), que tampoco puede exceder de seis años (artículo 30).

d) Delitos flagrantes, también dolosos y *ex officio*. En los delitos no flagrantes la pena privativa de libertad tipo no puede desbordar el tope de los seis meses, salvo la hipótesis de multirreincidencia en que el límite se sitúa en los seis años (artículo 1.2, primero). Los delitos flagrantes cuentan con un régimen único e invariable en el *quantum* de la concreción punitiva, por lo que si concurriese la multirreincidencia el procedimiento a seguir sería el ordinario.

Indiquemos aquí que en los delitos no flagrantes cuya pena privativa de libertad sea la de arresto mayor, si concurriese con privativa de derechos o restrictiva de libertad y fuere de apreciar la plurirreincidencia, su exclusión del procedimiento es manifiesta, pues, aunque la privativa de libertad no puede exceder de presidio o prisión menor, como excederían de seis años las conjuntas, restrictivas o privativas de derechos, se vulneraría el artículo 1.2, primero, declarativo de que no pueden imponerse penas —cualesquiera sea su naturaleza— cuya duración exceda de seis años, y, efectivamente, sobrepasan ese límite las superiores en grado a la suspensión y el destierro.

e) Las faltas, sean o no incidentales, que puedan imputarse al autor de los delitos se encuadran también en este procedimiento (artículo 6.1, segundo, de la Ley en relación con el artículo 800.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

f) Exclusiones de distinta naturaleza están comprendidas en el artículo 1.2, segundo. En todo caso los delitos atribuidos al conocimiento de la Audiencia Nacional y Juzgados Centrales. También aquellas otras infracciones punibles que por razón de la materia están sujetas a normas especiales de competencia. Del propio modo se excluyen los delitos cuyo autor sea titular de alguno de los fueros personales reconocidos en las leyes.

g) La terminante declaración contenida en el artículo 2.1 de que «serán competentes para el conocimiento y fallo de estas causas los Jueces de Instrucción del Partido en que el delito se haya cometido», permite dudar de si serán o no aplicables a este procedimiento las reglas de conexidad de los artículos 17 y 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Mas a pesar de aquel tono imperativo y dada la unidad de objeto en el proceso penal, deben rechazarse los procedimientos separados, por lo que mediando conexidad homogénea la concurrencia en unas mismas diligencias de delito doloso decididamente sometido a esta Ley y delito excluido por razón de la pena o de su naturaleza, deberá resolverse en favor de la tramitación que más garantías ofrezca, que no será en ningún caso el nuevo procedimiento oral.

En síntesis, se comprenden en el nuevo procedimiento:

— Todos los delitos dolosos perseguibles de oficio penados con arresto mayor, destierro, reprensión pública, suspensión, privación del permiso de conducir, caución y multa cualesquiera fuere su cuantía. De igual modo los castigados con presidio o prisión menor por aplicación del artículo 61.6.

— Delitos flagrantes sancionados con penas que no excedan de seis años.

— Las faltas imputables a los autores de los delitos sean o no incidentales.

Por exclusión, no están sometidos al nuevo procedimiento:

— Los delitos culposos.

— Los perseguibles a instancia de parte exclusivamente y aquellos para cuyo castigo es necesaria la denuncia del ofendido o personas señaladas por la ley penal.

— Los delitos fiscales (artículo 319 del Código Penal) que sólo son perseguibles a instancia de la Administración, de acuerdo con el artículo 37 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal.

— Los delitos que por aplicación de la regla 6.ª del artículo 61, resulten sancionados con pena que exceda de seis años.

— Aquellos cuyo conocimiento compete a la Audiencia Nacional o los Juzgados Centrales o estén sujetos a normas de competencia de carácter especial, por razón de las personas o de la materia.

3. CUESTIONES PROCESALES

A) Fases de investigación e intermedia

Aun cuando el artículo 4.º establece, en terminología clásica, que del atestado se remitirá copia al Ministerio Fiscal, es lo cierto que la función que se asigna a la Policía Judicial rebasa claramente aquellos límites en el sentido que le da la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El atestado policial ya no ofrece tan sólo el carácter de diligencias de prevención, por cuanto el Juez está facultado para delegar buena parte de las funciones propiamente instructoras de la Policía Judicial, al ordenarles que «se lleven a cabo los actos de investigación que sean pertinentes con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (artículo 3.1). Ello supone la confección de un atestado de amplio contenido, que debe facilitar un escrito de acusación muy

aproximado a la realidad y proporcionar los medios que constituirán el punto central del juicio oral. Por esta mayor importancia procesal del atestado y por la ausencia de una verdadera fase de instrucción al Ministerio Fiscal en la que pueda pedir la práctica de diligencias de investigación, es muy deseable que se incrementen las relaciones con la Policía Judicial.

Cuáles sean esos actos de investigación a que se extiende ahora la competencia de la Policía Judicial, es materia que la Ley silencia, pero, dada la amplitud del término, tendrán cabida en ellos no sólo las declaraciones de responsables presuntos y de testigos, sino también otras diligencias de carácter real, como inspecciones oculares que no comporten conocimientos superiores, informes periciales sobre autenticidad de documentos, descripción, naturaleza y gravedad de las heridas, valoración aproximada y provisional de lo sustraído en delitos contra la propiedad, etc. Todo ello repercutirá en la fase procesal posterior y contribuirá tanto a la determinación del procedimiento aplicable como a la redacción de un escrito de acusación próximo a la verdad material.

De otra parte, el artículo 3.2 dispone, limitadamente, que el Juez podrá reclamar certificaciones de antecedentes penales y de nacimiento; ello no es suficiente para perfilar la totalidad de las estructuras delictivas. En los delitos contra la propiedad y en los de lesiones especialmente, son elementos condicionantes las tasaciones y los informes de sanidad, pues de tales datos dependerá la iniciación de este procedimiento o la formación de sumarios. No parece medida procesal irregular la práctica de estas diligencias que evitarían las suspensiones de señalamientos conforme al artículo 9.

Si para los procesos *ex officio iudicis* el Juez puede delegar en la Policía Judicial la conclusión de los actos de investigación, el artículo 3.3 considera los otros actos de iniciación, precisando que habiéndose presentado querrela, si fuere admitida, o denuncia, el Juez resolverá con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como se trata de querrelas admitidas y de denuncias no rechazadas, la referencia a la Ley de Enjuiciamiento Criminal habrá que centrarla en las diligencias propuestas en tales escritos, de donde se desprende que en la labor investigadora ya no existe únicamente una relación de subordinación autónoma entre autoridad judicial —Policía Judicial, pues deberán practicarse por regla general las diligencias propuestas en la querrela (artículos 311 y 312 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) pudiendo el querellante intervenir en todas las diligencias del sumario (artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) con lo que si se pierde en rapidez puede ganarse en eficacia probatoria.

La obligación de la Policía Judicial de remitir al Ministerio Fiscal copia del atestado (artículo 4), sólo estará completa si comprende también las diligencias ampliatorias que practiquen por su iniciativa o en cumplimiento de órdenes recibidas.

Concluidas las diligencias de investigación se entregan al Juez. Puede decidir que no corresponde continuar los trámites de este procedimiento y ordenar la iniciación del que corresponda o el archivo de las actuaciones; se procederá conforme al art. 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 5.2).

Mas el Juez puede entender que el procedimiento es adecuado. En este supuesto, recibidas las diligencias y después de oír la declaración del detenido o del presunto responsable, «dará traslado simultáneo de las nuevas actuaciones, originales o por fotocopia, al Ministerio Fiscal, y de todas ellas a la acusación particular si estuviera personada (artículo 5.1, párrafo segundo). Antes habrá resuelto sobre la situación personal del imputado (artículo 5.1).

De igual modo, si no lo hubiera hecho ya, se ofrecerá el procedimiento al presunto perjudicado, «pero la falta de esta diligencia no paralizará el procedimiento ni impedirá la celebración del Juicio oral» (artículo 5.1, inciso tercero), precepto que se halla en desarmonía con los artículos 109, 110 y 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Las decisiones del Juez previstas en el artículo 5.1 y 5.2 deberán adoptar la forma de auto motivado.

El ofrecimiento de acciones al perjudicado no es diligencia esencial ya que tiene carácter facultativo; si se ha hecho el ofrecimiento no existe un plazo para personarse en el proceso.

En un orden práctico, la actuación del Ministerio Fiscal en este momento del proceso se orientará así:

— Recibido en la Fiscalía el atestado, la copia de la querrela o la denuncia, se abrirá carpeta en la que se incluirán los documentos referidos y se anotarán los datos necesarios para la identificación del procedimiento.

— Una vez recibidas en Fiscalía las *nuevas actuaciones* a que alude expresamente el artículo 5.1, párrafo segundo, se incorporarán a la carpeta, pasando ésta de inmediato al Fiscal que, con arreglo a las normas de reparto de asuntos penales, debe encargarse del despacho.

— Con los antecedentes mencionados en los incisos que preceden, el Fiscal deberá preparar la minuta de escrito de acusación si procediere, y en otro caso adoptar la decisión que corresponda.

— Especial atención deberá prestarse a la situación personal del presunto responsable, solicitando la prisión, cuando, siendo proce-

dente, no fuere acordada, y la libertad cuando así resulte de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Recibidas por el Ministerio Fiscal las diligencias que forman el contenido del procedimiento, cuenta con un plazo de tres días para adoptar, necesariamente, una de estas tres soluciones (artículo 6.1, inciso inicial): solicitar el archivo de las actuaciones, instar la transformación del procedimiento o formular escrito de acusación. No hay más opciones posibles, cualesquiera fueran su naturaleza. No procede, por consiguiente, la petición de practicar diligencias de prueba para mejor precisar cuál de las soluciones alternativas que se ofrecen en la Ley es la más ajustada a los hechos. La práctica de las pruebas se deja para el juicio oral.

— La solicitud de transformación del procedimiento vendrá dada por el resultado de las diligencias. Tal petición deberá ser acogida por el Juez mediante el oportuno auto. Mas puede suceder que el Ministerio Fiscal pida el cambio de procedimiento en tanto que la acusación particular formula escrito de acusación; en tal caso el instructor puede decidir, en la línea del artículo 780, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la inadecuación del procedimiento (artículo 791.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), dictando la oportuna resolución. En un plano teórico, si la acusación particular, discrepando del Ministerio Fiscal, presenta escrito de acusación, el Juez puede «señalar la fecha de celebración del juicio» (artículo 7.1.1). La eventualidad de la opción por esta alternativa, aunque pueda contar con un apoyo literal, no está en consonancia con los principios de un proceso totalmente alejados de las garantías que ofrece el procesamiento y supondría una expresa quiebra del principio del monopolio de la acusación del Ministerio Fiscal, pues queda en manos de la acusación particular la procedencia del trámite que en lo sucesivo deba darse al proceso.

— Tampoco, a falta de acusación particular, ofrece problemas el archivo. Si hay acusador particular que, frente al archivo del Ministerio Fiscal, presenta escrito de acusación también a tenor del artículo 7.1, el Juez debe fijar fecha para la celebración del juicio, pues estando prevista esta solución, no cabrá acudir al artículo 791, 3.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estas actitudes procesales antitéticas pueden no ser definitivas, pues como el Fiscal debe asistir al Juicio, eventualmente y ante un posible resultado de las pruebas favorable a la tesis acusatoria, deberá formular calificación acusatoria.

— No existe para el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras escrito de calificación provisional, pero sí para las defensas (artículo 7, 2.º párrafo último); se ha sustituido por el escrito de acusación,

cuyo contenido obligatorio es el reflejado en el artículo 6.1, que difiera del artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La calificación propia la reserva la Ley para el juicio oral. Llama la atención que el escrito de acusación no contenga unos hechos de los que poder extraer una concreta imputación; pero tanto ésta como las circunstancias, no son imaginables sin un relato fáctico. Parece, pues, indispensable que el escrito de acusación deba contener un resumido relato de hechos, único modo de dar sentido lógico a los artículos 7.2 y 10.2 que prevén la conformidad en dos momentos procesales distintos, pues no se comprende cómo el acusado y la defensa podrán llegar a conformarse si desconocen el hecho imputado. Además, la descripción de unos hechos es el único medio de fijar y deslindar el objeto procesal y el antecedente indispensable para que las conclusiones de la defensa puedan resultar eficaces.

Para dar una mayor agilidad a este trámite, las Fiscalías prepararán un formato de escrito, impreso, en el que se hagan constar los extremos que señala el artículo 6.1 —incluido un espacio para los hechos— así como los pormenores relativos a la proposición de pruebas. Señalemos que está prevista no sólo la proposición de pruebas, sino también la práctica anticipada de las que no puedan llevarse a cabo en el juicio oral (artículo 6.1, regla quinta) que se realizarán ante el Juez (artículo 8) después de haber señalado fecha de celebración del juicio oral (artículo 7.1) y antes de que transcurra el plazo de 15 días (artículo 9) y si no fuere posible, cuando se trate de diligencias esenciales, se suspenderá el juicio.

Cuando el *quantum* de la responsabilidad civil no pueda establecerse en este trámite por falta de elementos probatorios, se señalarán en el escrito las bases que hayan de servir para determinarla, complementando este extremo en la calificación oral, en el acto del juicio.

La calificación de la defensa en caso de disconformidad, deberá unirse mediante copia a la carpeta de Fiscalía, y de igual modo, en su caso, el escrito de acusación particular.

El Fiscal deberá asistir a la práctica de las pruebas a que se refieren los artículos 8 y 9 si las considera esenciales, y de cualquier forma parece conveniente que de las pruebas practicadas anticipadamente se envíe copia al Ministerio Fiscal para que pueda conocer lo actuado.

B) Juicio oral

La confirmación del principio de oralidad, característica del nuevo procedimiento, tiene su máxima expresión en el acto del juicio

oral. De esta naturaleza participan la calificación que se haga de los hechos, la decisión de las partes de no impugnar la sentencia, el fallo, la firmeza e incluso la resolución sobre condena condicional. Y dado que es posible llegar a esta fase final del procedimiento tras un simple escrito de acusación construido sólo sobre los actos de investigación practicados por la Policía Judicial, bien puede decirse que las pruebas de carácter propiamente judicial pueden serlo únicamente las del juicio oral. Así, se presenta este acto como el culminante del nuevo proceso, lo que le otorga una singular significación y una importancia extraordinaria. Como todas las pruebas se concentran en él, éstas proyectarán una influencia más decisiva que en los demás procesos sobre la alternativa condena-absolución.

Destacamos algunos puntos que pueden dar lugar a apreciaciones diversas.

— A tenor de la regla 2.ª, inciso segundo, del artículo 10, la ausencia injustificada del responsable civil no será causa de suspensión del juicio oral siempre que hubiere sido citado personalmente y el Juez estime que existen elementos suficientes para juzgarle. Por su parte el artículo 7.1.1 dispone que al señalar la fecha de celebración del juicio será citado personalmente. Está situado en la Ley en la misma postura procesal que el inculcado o acusado, lo que le da a entender que ostenta la cualidad de parte. Mas a pesar de ello el responsable civil comparece al acto del juicio en una situación irregular. En efecto, como señala el artículo 6.1, norma quinta, el escrito de acusación del Ministerio Fiscal deberá contener «la cantidad en que se aprecian los daños y perjuicios, o, en su caso, las bases para su determinación, así como la persona o personas que considere responsables civiles». A pesar de ello no está previsto el traslado al responsable civil de los escritos de acusación. Entendemos que esta omisión debe resolverse atendiendo a la naturaleza supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (disposición final primera) y proceder como determinan los artículos 652 y 791.7 de la norma supletoria.

La conformidad del acusado para ser eficaz precisa de la ratificación de su defensor, pero, aun con estas garantías, el Fiscal debe vigilar que tal manifestación se preste con un conocimiento perfecto del hecho de que se le acusa, que, en ocasiones, será difícil de deducir de la simple lectura del escrito de acusación.

— Las pruebas a practicar en el acto del juicio (artículo 10, regla 3.ª) pueden ser de cualquiera de los tipos reconocidos, y temporalmente diversas: las propuestas en el escrito de acusación, aquellas cuya práctica anticipada se haya solicitado en este mismo escrito y las solicitadas en el acto del juicio oral; el momento del juicio

en que pueden proponerse estas nuevas pruebas será, indudablemente, el que ahora rige. Por lo demás, el Fiscal se opondrá, si lo solicitan otras partes, a las nuevas pruebas que no puedan practicarse en el acto del juicio.

— El principio de la conservación de los actos procesales ya concluidos o del *favor negotii*, está plasmado en el artículo 10.4, al establecer que si se suspendiere el juicio oral para la práctica de una prueba, los actos ya realizados conservarán plena validez. El nuevo juicio continuará con la práctica de nuevas pruebas. Por supuesto que la validez de los actos ya realizados no está condicionada a que al nuevo señalamiento haya de acudir el mismo representante del Ministerio Fiscal. Sin embargo, la solución no debe ser la misma si el Juez que suspendió el juicio no es el mismo que el que actúa en la continuación, pues faltaría la intermediación total y elementos para juzgar. El juicio deberá reproducirse.

— El estricto contenido de la regla 5.ª del artículo 10 adquiere gran importancia. Es el momento de la concentración de la prueba en un solo sentido tras su análisis y el de la concreción de la calificación; ésta se formulará oralmente pero sujetándose a los términos del artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Aun cuando no se diga de modo expreso existen dos momentos separados en el tiempo. Uno es el de la formalización oral de las calificaciones. Y otro, el del informe en defensa de las pretensiones. No hay duda de que el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras formulan una calificación oral. Pero éste no es el régimen a que deberán someterse necesariamente las defensas, porque frente al escrito de acusación, que no se identifica con una calificación provisional, han presentado ya un «escrito de calificación provisional» (artículo 7.2, párrafo último) y a la vista de las pruebas que se hayan practicado puede modificarlas oralmente o elevarlas a definitivas.

Es notorio que el escrito de acusación se construirá sobre elementos probatorios a veces muy provisionales. Y que el resultado de la prueba, con mucha mayor frecuencia que en las demás modalidades de procesos, no confirmará plenamente la imputación provisoria. Habrá, así, notables diferencias entre los juicios orales celebrados bajo el imperio de esta Ley y los restantes juicios orales por delito. En aquéllos, las pruebas verdaderas se practican quizás por primera vez y pueden desnaturalizar el contenido del escrito de acusación. De otro lado, si es cierto que existe un normal paralelismo o correlación entre conclusiones provisionales y conclusiones definitivas, la ecuación jurídica no es exacta cuando se trate de hallar una total congruencia entre escrito de acusación y calificación oral, ya que los antecedentes probatorios en un caso y otro son distintos.

El resultado de la prueba hace posibles estas soluciones:

— Que el hecho constituya delito que no se halle en el ámbito del nuevo procedimiento. En este caso en armonía con el artículo 791.8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se suspenderá el juicio interesándose la transformación del procedimiento. El Juez se declarará incompetente por medio de auto. No obstante, si es la acusación particular la que solicite pena que exceda de la competencia del Juez se continuará el juicio resolviéndose en sentencia definitiva.

— Que los hechos integren delitos conexos sujetos por razón de su naturaleza o penalidad al procedimiento de esta ley y a alguno de los otros comprendidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La petición será la misma que la del anterior apartado.

— Que el hecho resulte una falta. A tenor del artículo 800.4 en relación con el artículo 791.8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al que se remite explícitamente el párrafo inicial del artículo 10, el Fiscal mantendrá la acusación por falta.

— Y, en fin, que el hecho no sea constitutivo de delito ni de falta. ¿Debe exigirse menos formalismo y más flexibilidad en las retiradas de acusación? No deben plantearse con nuevos criterios formales las retiradas de acusación. Una mayor flexibilidad no resultará inconveniente si se valora la naturaleza de este procedimiento. En cualquier caso, si el Fiscal actúa siempre bajo los principios de legalidad e imparcialidad y sólo acusa justificadamente no debe acusar injustificadamente, mas cuando los confines entre las situaciones de responsabilidad-irresponsabilidad sean tenues es procedente consultar con el Fiscal-Jefe tras solicitar la suspensión del juicio.

— La regla 6.ª del artículo 10 modifica las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el punto concreto de la apreciación de las pruebas en la sentencia. Con la expresión de que el Juez «...dictará sentencia en la que se recogerán de manera expresa las pruebas practicadas y su resultado», ha desaparecido virtualmente la sentencia basada en el juicio de conciencia del juzgador, sustituido por el sistema de la prueba valorada razonablemente. El interés de esta norma no es puramente teórico, pues su infracción puede ser causa que legitime la interposición del recurso de apelación.

— Al terminar el juicio oral, el Juez podrá anticipar oralmente el fallo (artículo 10.6, párrafo segundo) y si el Fiscal y las otras partes expresan su decisión de no recurrir, el Juez en el mismo acto decretará la firmeza de la sentencia (artículo 10.7). En estos supuestos de «notificación» oral del fallo, el Fiscal no debe expresar su decisión de no recurrir. Ello, evidentemente, implica un riesgo, porque aun coincidiendo el fallo con las penas solicitadas, la sentencia puede adolecer de incongruencia o de defectos de fondo o de forma,

capaces de desencadenar un recurso; es en el acto de la notificación formal a las partes cuando realmente se conocen y pueden ponderarse los argumentos jurídicos utilizados y la interpretación de las pruebas.

También aquí se desconoce al responsable civil subsidiario a pesar de su condición de parte. Se omite su conformidad para no recurrir.

C) Recurso de apelación

El Fiscal que actuó en el juicio oral cuidará del estudio de la sentencia dictada. Serán recurridas aquellas disconformes con las conclusiones fiscales que, por los hechos declarados probados (que deben estar razonados a tenor de la regla 6.ª del artículo 10) o por la calificación jurídica efectuada por el Juzgador, hayan conducido a un fallo que sea necesario modificar por el pertinente recurso ante la Audiencia Provincial.

El Fiscal recurrente cuidará del cumplimiento de las normas señaladas en el artículo 11 de la nueva Ley y en el artículo 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la interposición del recurso.

Especial atención, sobre todo en los recursos instados por los Fiscales de Distrito ante los Juzgados de la Provincia, deberá ponerse en la remisión, con la mayor urgencia, del emplazamiento ante la Audiencia Provincial para que la Fiscalía de la Audiencia pueda proceder a la oportuna personación en plazo.

D) Ejecución de sentencias

Tan pronto como la sentencia sea firme se procederá a su ejecución en la forma establecida en el artículo 803 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 11.3). Aunque la norma remitida es incompleta incluso en el orden penal, la ejecución estrictamente penal de las sentencias (privaciones de libertad, privaciones de derechos, sanciones pecuniarias, etc.) no se apartará de las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la responsabilidad civil en algún caso no será siempre de fácil práctica. Deriva esta cuestión del artículo 6.1, norma quinta, cuando declara que el escrito de acusación deberá contener el extremo relativo a la «cantidad en que se aprecian los daños y perjuicios, o en su caso las bases para su determinación». Si persisten las mismas circunstancias, la calificación formulada oralmente en el acto del juicio oral tendrá un contenido idéntico y la sentencia que recaiga si es conforme en ese punto, forzosamente deberá resolver todas las cuestiones referentes a la responsabilidad

civil (artículo 742, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), mas si ésta todavía no se ha individualizado, también la sentencia se limitará a señalar las «bases para su determinación». El procedimiento para liquidar la responsabilidad civil así perfilada será aquel a que se remite el artículo 984, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; en particular, estaríamos en el caso del artículo 928 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que prevé los trámites para la ejecución de sentencias que hubieren condenado al pago de daños y perjuicios sin fijar su importe en cantidad líquida, háyanse establecido o no en ella las bases para la liquidación.

4. INTERVENCIÓN DE LOS FISCALES DE DISTRITO EN EL PROCESO

Con fundamento en los breves plazos y en la ineludible inmediatez, puede ser necesario, pero de modo excepcional, delegar en los Fiscales de Distrito las funciones que la Ley encomienda al Ministerio Fiscal; de esta manera se reforzaría la actividad de los Fiscales de Distrito para actuar como eficaces auxiliares del Fiscal. Mas lo cierto es que no todas las provincias están regidas por las mismas necesidades. La intensidad del trabajo, la distribución geográfica y las comunicaciones, así como el número de funcionarios, serán índices esenciales para determinar la amplitud de su intervención, que contará siempre con el control directo e inmediato del Fiscal de la Audiencia respectiva, a quien se confieren la iniciativa y las directrices generales, sin perjuicio de observar estos principios:

— No podrán actuar en el procedimiento los Fiscales de Distrito sustitutos que no sean Letrados.

— Los escritos de acusación deberán formularse por los Fiscales de la Audiencia a la vista del contenido de las diligencias correspondientes.

En los casos de delegación, los Fiscales-Jefes de las Audiencias, procurarán, siempre que la plantilla de la Fiscalía lo haga posible, que por uno de los Abogados Fiscales se realicen visitas periódicas a los Juzgados de Instrucción de la provincia, orientando la actividad de los Fiscales de Distrito e incluso asistiendo a los juicios orales que considere oportuno, principalmente en los Juzgados de ciudades importantes que no sean capitales de provincia.

— La calificación al hacerse *in voce* en el acto del juicio oral escapa, por supuesto, al posible trámite del «visado» por el Fiscal de la Audiencia, dato importante si se tiene en cuenta la posibilidad de solicitar penas de hasta seis años.

En el supuesto de estimarse procedente la modificación de la pena solicitada en el escrito de acusación y sobre todo en el caso extremo de reiteradas de acusación, los Fiscales de Distrito actuantes deberán atenerse a las instrucciones que el Fiscal Jefe de la Audiencia les haya dado para tales hipótesis excepcionales, solicitando, en su caso, la suspensión del juicio oral a fin de evacuar rápida consulta con el Fiscal de la Audiencia.

Madrid, 19 de diciembre de 1980.

El Sr. Fiscal Jefe de la Audiencia de Madrid, Sr. D. Juan de Dios Rodríguez de la Cruz, ha acordado en el Pleno de la Audiencia de Madrid, de fecha 19 de diciembre de 1980, lo siguiente:

1.º En el supuesto de reiteradas de acusación, los Fiscales de Distrito actuantes deberán atenerse a las instrucciones que el Fiscal Jefe de la Audiencia les haya dado para tales hipótesis excepcionales, solicitando, en su caso, la suspensión del juicio oral a fin de evacuar rápida consulta con el Fiscal de la Audiencia.

2.º En el supuesto de modificación de la pena solicitada en el escrito de acusación, los Fiscales de Distrito actuantes deberán atenerse a las instrucciones que el Fiscal Jefe de la Audiencia les haya dado para tales hipótesis excepcionales, solicitando, en su caso, la suspensión del juicio oral a fin de evacuar rápida consulta con el Fiscal de la Audiencia.

3.º En el supuesto de modificación de la pena solicitada en el escrito de acusación, los Fiscales de Distrito actuantes deberán atenerse a las instrucciones que el Fiscal Jefe de la Audiencia les haya dado para tales hipótesis excepcionales, solicitando, en su caso, la suspensión del juicio oral a fin de evacuar rápida consulta con el Fiscal de la Audiencia.

4.º En el supuesto de modificación de la pena solicitada en el escrito de acusación, los Fiscales de Distrito actuantes deberán atenerse a las instrucciones que el Fiscal Jefe de la Audiencia les haya dado para tales hipótesis excepcionales, solicitando, en su caso, la suspensión del juicio oral a fin de evacuar rápida consulta con el Fiscal de la Audiencia.

5.º En el supuesto de modificación de la pena solicitada en el escrito de acusación, los Fiscales de Distrito actuantes deberán atenerse a las instrucciones que el Fiscal Jefe de la Audiencia les haya dado para tales hipótesis excepcionales, solicitando, en su caso, la suspensión del juicio oral a fin de evacuar rápida consulta con el Fiscal de la Audiencia.

6.º En el supuesto de modificación de la pena solicitada en el escrito de acusación, los Fiscales de Distrito actuantes deberán atenerse a las instrucciones que el Fiscal Jefe de la Audiencia les haya dado para tales hipótesis excepcionales, solicitando, en su caso, la suspensión del juicio oral a fin de evacuar rápida consulta con el Fiscal de la Audiencia.

7.º En el supuesto de modificación de la pena solicitada en el escrito de acusación, los Fiscales de Distrito actuantes deberán atenerse a las instrucciones que el Fiscal Jefe de la Audiencia les haya dado para tales hipótesis excepcionales, solicitando, en su caso, la suspensión del juicio oral a fin de evacuar rápida consulta con el Fiscal de la Audiencia.

8.º En el supuesto de modificación de la pena solicitada en el escrito de acusación, los Fiscales de Distrito actuantes deberán atenerse a las instrucciones que el Fiscal Jefe de la Audiencia les haya dado para tales hipótesis excepcionales, solicitando, en su caso, la suspensión del juicio oral a fin de evacuar rápida consulta con el Fiscal de la Audiencia.

9.º En el supuesto de modificación de la pena solicitada en el escrito de acusación, los Fiscales de Distrito actuantes deberán atenerse a las instrucciones que el Fiscal Jefe de la Audiencia les haya dado para tales hipótesis excepcionales, solicitando, en su caso, la suspensión del juicio oral a fin de evacuar rápida consulta con el Fiscal de la Audiencia.

10.º En el supuesto de modificación de la pena solicitada en el escrito de acusación, los Fiscales de Distrito actuantes deberán atenerse a las instrucciones que el Fiscal Jefe de la Audiencia les haya dado para tales hipótesis excepcionales, solicitando, en su caso, la suspensión del juicio oral a fin de evacuar rápida consulta con el Fiscal de la Audiencia.