

# JUSTICIA

## 85

1985, número III

Director:

JUAN MONTERO AROCA

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

JOSÉ V. GIMENO SENDRA

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI

JOSÉ S. MARTÍN OSTOS

VÍCTOR M. MORENO CATENA

MANUEL P. ORTELLS RAMOS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ

JOSÉ L. VÁZQUEZ SOTELO



## INDICE

|                                                                                                                                               | <i>Pág.</i> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| Editorial ... ..                                                                                                                              | 517         |
| <b>ARTICULOS</b>                                                                                                                              |             |
| <i>José Almagro Nosete</i> , El juicio de menor cuantía reformado (Ley 34/1984) ... ..                                                        | 519         |
| <b>NOTAS</b>                                                                                                                                  |             |
| <i>Manuel Cachón Cadenas</i> , Embargo de bienes litigiosos ... ..                                                                            | 553         |
| <i>Antonio M.ª Lorca Navarrete</i> , Sobre el contenido de la legitimación del responsable civil en el proceso penal ... ..                   | 565         |
| <i>Manuel Lozano-Higuero Pinto</i> , La disposición derogatoria de la Ley 34/1984 de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento civil ... .. | 572         |
| <i>Juan-Fermín Prado Arditto</i> , La notificación de la sentencia al litigante rebelde ... ..                                                | 591         |
| <i>Antonio Renato Briguglio</i> , La nueva Ley italiana sobre la competencia del «conciliatore» y del «pretore» ... ..                        | 597         |
| <b>JURISPRUDENCIA</b>                                                                                                                         |             |
| Procesal administrativa (por <i>Julio García Casas</i> ) ... ..                                                                               | 609         |
| Procesal civil (por <i>Manuel Ortells Ramos</i> ) ... ..                                                                                      | 637         |
| Procesal constitucional (por <i>Pablo Saavedra Gallo</i> ) ... ..                                                                             | 673         |
| Procesal internacional (por <i>Francisco Ramos Méndez</i> ) ... ..                                                                            | 691         |
| <b>LEGISLACION</b>                                                                                                                            |             |
| Reseña legislativa procesal (1-VII de 1984 al 30-IV de 1985) (por <i>Manuel Lozano-Higuero Pinto</i> ) ... ..                                 | 723         |
| <b>BIBLIOGRAFIA</b>                                                                                                                           |             |
| Recensiones ... ..                                                                                                                            | 749         |
| <b>INFORMACION</b>                                                                                                                            |             |
| IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (por <i>Juan-Luis Gómez Colomer</i> ) ... ..                                                  | 759         |

EDITORIAL

# JUSTICIA 85

NUMERO III

Director:

JUAN MONTERO AROCA

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

JOSÉ V. GIMENO SENDRA

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI

JOSÉ S. MARTÍN OSTOS

VÍCTOR M. MORENO CATENA

MANUEL P. ORTELLS RAMOS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ

JOSÉ L. VÁZQUEZ SOTELO

«JUSTICIA 85» se publica trimestralmente.

ADMINISTRACION (suscripciones), Librería Bosch, Ronda Universidad, 11,  
Barcelona 08007, Teléf. (93) 3.17.53.08.

DIRECCION (originales, libros para recensiones), Prof. Juan Montero Aroca,  
Facultad de Derecho, Paseo Blasco Ibáñez, 24, 46071 Valencia, España.



1985

LIBRERIA BOSCH - Ronda Universidad, 11 - BARCELONA

# JUSTICIA 85

NUMERO III

Director:  
JUAN MONTEAGRO ARZOB  
Consejo de Redacción:  
JOSE ALVARO NOBLET  
VICENTE GARCIA DOMESTINI  
JOSE V. GARCIA SERRA  
EMUSTINO GUTIERREZ ALTAZ COMARCA  
JOSE S. MARTIN OSTOS  
VICENTE M. MORENO CATALAN  
MANUEL P. OXBILLA RAMOS  
FRANCISCO RAMON MONTES  
MANUEL SERRA DOMESTINI  
JOSE L. VAYONER SUTTO

Depósito Legal: Z. 1.271-81

ISSN: 0211-7754

Cometa, S. A. — Carretera Castellón, km. 3,400 — Zaragoza

## EDITORIAL

### YA TENEMOS LOPJ

En el Boletín Oficial del Estado del 2 de julio se publicó la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. La vieja Ley de 1870 se quedó a las puertas de cumplir 115 años. ¡No está nada mal para una Ley que nació provisional!

Como tantas otras veces la nueva Ley será criticada, positiva y negativamente, desde distintas posiciones ideológicas, esto es y como decía Satta, desde la más típica fuente de falsa experiencia, siendo sustituida la aspiración científica de verdad por lo que viejos y caducos textos dice respecto de lo que es la verdad en cada caso. Por nuestra parte intentaremos que la visión no esté deformada por preconceptos pseudofilosóficos e iremos, en estos editoriales, realizando críticas de sus distintos aspectos.

De momento hay ya dos aspectos que nos parecen criticables negativamente; dos aspectos técnicos que están condicionando su aplicación.

El primero de ellos es la falta de vacatio legis. Una ley que tiene 508 artículos, 13 disposiciones adicionales y 34 transitorias, no «puede» entrar en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial. La disposición que ordena lo contrario desconoce la práctica más elemental y lo hace por razones interesadas, pues lo que se pretendió es que entrara en vigor inmediatamente el Título II del Libro II, el relativo al Consejo General del Poder Judicial.

En todo caso podría haberse dispuesto que el Título dicho entrara en vigor inmediatamente y al resto de la Ley concederle una vacatio legis que alcanzara, por lo menos, al 1 de enero de 1986. No se ha hecho así y lo cierto es que los primeros pasos de la Ley han desacreditado ya la seriedad del legislador por ordenar algo imposible. La Ley no se ha aplicado en el mes de julio por razones prácticas obvias y está por ver si se aplicará o no en el inicio del año judicial.

El segundo aspecto se refiere a que se trata, en buena medida, de una ley hueca, que no tiene contenido por sí misma sino que está en función de lo que dispongan otras normas. Hasta extremos tan trascendentales como el «de la composición y atribuciones de los órganos jurisdiccionales» queda de hecho diferido. La legislación orgánica se va a realizar así a plazos; el primero es la Ley ya promulgada, pero quedan bastantes plazos, y algunos de gran importancia, para completar el pago del instrumento de la reforma judicial.

Por último, por ahora, una reflexión evidente. Esta Ley no es el final de nada, sino el inicio de algo. En España estamos incurriendo en el error de medir la actividad política de un gobierno por el número de páginas emborronadas en el Boletín Oficial del Estado. Cuando a un ministro se le pregunta públicamente por los logros de su departamento, suele hacer referencia a las normas que ha conseguido «sacar» en el diario oficial. Se incurre así en la grave equivocación de pensar que un grave problema nacional —el que fuere, no sólo el de la justicia— no se soluciona con la actividad diaria, sino con la publicación de leyes, decretos, órdenes... Este es el origen de la inflación normativa que padecemos.

La LOPJ era, sin duda, necesaria, pero no supone por sí la reforma de la justicia; es sólo un instrumento para esa reforma. El verdadero trabajo empieza ahora.

## EL JUICIO DE MENOR CUANTIA REFORMADO (Ley 34/1984)

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

### SUMARIO:

I. Indicaciones generales sobre la reforma de los juicios declarativos ordinarios: A) Carácter asistemático de la reforma; B) El «desplazamiento» del juicio de mayor cuantía; C) Las «contradicciones internas» de la reforma. — II. Modificación y específica significación del juicio de menor cuantía: A) Explicación «oficial». Clasificación de las modificaciones; B) Competencia objetiva; C) Fase de alegaciones; D) Fase de formalización del objeto litigioso: a) Consideraciones generales; b) La influencia doctrinal de la «audiencia preliminar»: 1. Fairén; 2. Guasp; 3. «Corrección y actualización de la L.E.C.»; 4. La reunión de Barcelona conmemorativa del Centenario; c) Carácter y contenido de la «comparecencia». Valoración y crítica: 1. Sobre el carácter obligatorio de la comparecencia; 2. Sobre los requisitos para la celebración de la comparecencia: 2.1. En cuanto a los sujetos; 2.2. En cuanto al tiempo y forma de la citación; 2.3. En cuanto a la celebración 2.4. En cuanto a la documentación de la comparecencia; 3. Sobre el contenido de la comparecencia: 3.1. Conciliación; 3.2. Inadecuación de procedimiento; 3.3. Determinación del objeto litigioso; 3.4. Subsanción de faltas o defectos; 3.5. Solicitud de recibimiento a prueba; E) Fase de prueba: a) Recibimiento a prueba; b) Proposición de prueba; c) Práctica de la prueba; F) Fase de conclusiones; G) Fase de decisión.

### I. INDICACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA DE LOS JUICIOS DECLARATIVOS ORDINARIOS

#### A) Carácter asistemático de la reforma

La trascendencia de la Novela 34/1984, en la ordenación general de los juicios declarativos ordinarios, incide sobre el sistema (?) resultante, en atención a la función que cumple el nuevo juicio de

menor cuantía. El producto final no es halagüeño pues del examen pormenorizado de la Ley, se infiere que no se han tenido en cuenta criterios superiores válidos de inspiración general. A pesar de ser esta la reforma, de mayor calado (1) habida desde la promulgación del cuerpo legal centenario, los análisis conducen a una conclusión negativa sobre el alcance sistemático de la reforma. Puede afirmarse que la reforma no sólo no mejora el viejo sistema de la Ley que, aunque fruto de yuxtaposiciones históricas (2), obedece a unos criterios que guardan cierta coherencia interna, sino que ahonda las diferencias existentes entre los juicios declarativos ordinarios de manera que —como veremos más adelante— ha de reputarse arbitraria y en pugna con las exigencias de «racionalidad» de la Ley.

Sería injusto, sin embargo, negar que la reforma contiene numerosos aciertos «puntuales», (como ahora es moda decir), o concretos.

Lo que le falta a la reforma es una inspiración sintética de altos vuelos; le falta, sencillamente, empaque doctrinal al tiempo que pragmatismo. Como reforma urgente, llega más allá de donde debía haber llegado y como reforma en profundidad le falta coherencia y, en consecuencia, sistemática.

(1) La reforma más importante de la L.E.C. de 1881 es, sin duda, la producida por la Ley 34/1984 de 6 de agosto (entró en vigor el día 1.º de septiembre de 1984). Fueron afectados por la nueva Ley, el beneficio de justicia gratuita (reconocimiento del derecho, procedimiento y efectos de la justicia gratuita) (art. 1.º); las «cuestiones de competencia» (art. 2.º); los actos procesales de comunicación (art. 3.º); los actos procesales de auxilio judicial (art. 4.º); los principios y el carácter de los plazos (art. 5.º); la publicidad de los actos judiciales y los actos de «vista» (art. 6.º); los recursos contra las resoluciones de los Jueces de Primera Instancia y ejecución provisional de las mismas (art. 7.º); el acto de conciliación (art. 8.º); la competencia objetiva y la clase de juicios (art. 9.º); la presentación de documentos (art. 10); las copias de los escritos y documentos (art. 11); la condena en costas (art. 12); la personación en el juicio de mayor cuantía (art. 13); el juicio de mayor cuantía (art. 14); la prueba de testigos (art. 15); el juicio de menor cuantía (art. 16); los juicios verbales (art. 17); los incidentes (art. 18); la «segunda instancia» (art. 19); la ejecución de sentencias (art. 20); las medidas cautelares (art. 21); el juicio ejecutivo (art. 22); el juicio de desahucio (art. 23); los interdictos (art. 24); el recurso de casación (art. 25) y las medidas provisionales en relación con la mujer casada (art. 26); además de otras materias reguladas fuera de la ley.

(2) FAIRÉN. *La Ley de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, 1985. «...en España subsistió la coexistencia pacífica —e injustificada— entre un descendiente del antiguo *solemnis ordo iudiciarius*— y otros juicios plenarios rápidos... Ello debía abocar a una conclusión: a la extinción del *solemnis ordo iudiciarius*, en favor de un tipo de juicio plenario rápido. Pero esta solución, ni se halló en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, ni en la de 1881 vigente». Pág. 12.

## B) El «desplazamiento» del juicio de mayor cuantía

La reforma en lo atinente, a los juicios declarativos, pivota sobre el desplazamiento del juicio de mayor cuantía, antaño «rey», y relegado hogaño a un discreto «segundo plano», sustituido por la «nueva estrella» del juicio de menor cuantía, que pasa a desempeñar, en palabras de la «exposición de motivos» de la Ley, las funciones que antes cumplía aquél, como proceso «prototipo» o «predominante».

Pero este desplazamiento no se opera sin más. Los órganos legislativos nos ofrecen, también, una nueva regulación del juicio de menor cuantía que contiene «algunas variaciones» respecto de la anterior, «entre las que destaca la comparecencia obligatoria ante el Juez, con el fin de que una vez formulados los correspondientes escritos de alegaciones y explicitados, por tanto, los términos del debate pueda lograrse un acuerdo que reemplaza a la sentencia, sometiéndose a las reglas de ejecución de esta. De no lograrse el acuerdo la comparecencia tiene la finalidad de corregir posibles defectos o faltas en los escritos o en los presupuestos y, en todo caso —tiende a esclarecer la posición de las partes, a delimitar las cuestiones de hecho en las que exista conformidad o discrepancia y a hacer posible, con vistas a la prueba, que estén claramente definidas las posiciones en conflicto».

Esta es, pues, la «quintaesencia» de la reforma en lo referente a los procesos declarativos: Confinamiento atenuado del juicio declarativo de mayor cuantía, reemplazo, en gran parte, por el juicio de menor cuantía, que «estrena», como máxima novedad, una comparecencia obligatoria de las partes ante el juez, cuyas finalidades recuerdan su semejanza con la denominada «audiencia primera» o «audiencia preliminar» que regulan otros ordenamientos procesales y cuyo origen más directo se halla en la ordenanza procesal austriaca inspirada por Franz Klein.

Aparentemente, estos objetivos de la reforma merecerían, al menos, la benevolencia de los estudiosos. ¿Quién ahorró comentarios desfavorables al juicio de mayor cuantía? ¿Acaso no son varios y cualificados los procesalistas que han ensalzado las virtudes del juicio de menor cuantía frente al de mayor cuantía? Ahí están, entre otros, los nombres de Alcalá-Zamora, Fairén y Sentis Melendo. Y qué decir de la comparación obligatoria, ¿no eran un conjunto de procesalistas dirigidos por Prieto-Castro, los que para obviar las penosidades del régimen de «excepciones dilatorias», típico del juicio de mayor cuantía, proponían en los años 1972 y 1974, la introducción de una «comparecencia previa» cuyos fines, en algún sen-

tido están recogidos en la actual «comparecencia obligatoria»? ¿No era el profesor Fairén quien desde el año 1950, alababa las excelencias de la «audiencia preliminar»? (3).

En mi opinión, estas interrogantes, cuya respuesta afirmativa, vendría a conferir cierto respaldo de autoridad doctrinal a la reforma, carecen de fuerza para explicar o justificar más allá de las apariencias lo que ha ocurrido, porque lo cierto es que cualquier intento de profundización sobre lo fenomenológico, conduce a resultados de valoración negativa acerca del alcance de la reforma introducida por la Novela 34/1984, desde el punto de vista del sistema, que es tanto, como decir, de la «racionalidad» de la ley.

### C) Las «contradicciones internas» de la reforma

En efecto, si la tarea crítica se asume a partir de la propia reforma, esto es, a partir de las razones que motivan esta y las modificaciones concretas que introduce, difícilmente, se puede encontrar la última razón de coherencia que sintetice el alcance y la explicación de la reforma, pues, inmediatamente surgen las que pudiéramos llamar con un lenguaje, muy del gusto actual, «contradicciones internas» de la reforma.

Así, no se entiende, que si el juicio de mayor cuantía tiene «un ritmo demasiado lento», no se reduzca la primera instancia a un proceso único, so pretexto de que «ello significaría un cambio profundo con reflejo en diversas partes del sistema». ¿En qué las pretensiones de superior entidad económica o las que versan sobre derechos honoríficos, merecen un trato de desfavor? ¿Es que no es mucho más acusado el cambio que se introduce en el sistema con la nueva ordenación del juicio de menor cuantía y el mantenimiento del juicio de mayor cuantía, radicalmente diferente? Más bien parece que bajo el eufemismo, de evitar un «cambio profundo», lo que se nos ocultan son las «dificultades» técnicas que han encontrado los redactores del proyecto para liberarse de la omnipre-

(3) FAIRÉN. *El principio de autoridad del Juez en el proceso civil y sus límites* (Sobre los presupuestos procesales y la audiencia preliminar), en «Estudios de Derecho Procesal». Madrid, 1955, pág. 223 (este trabajo contiene la Ponencia que redactó para el I Congreso de Derecho Procesal). Del mismo autor, *El proyecto de la ordenanza procesal civil austriaca, visto por Franz Klein*. Ob. cit., n.º 301.

Vide, la crítica que realiza MONTERO AROCA, sobre las opiniones citadas en SENTIS MELENDO, ALCALÁ-ZAMORA y sobre todo de FAIRÉN en cuanto a la postura común de sostener «que el actual juicio de menor cuantía está llamado a ser el juicio tipo sobre el que se centre el sistema de enjuiciamiento civil, en «Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario». Madrid, 1982. Pág. 62.

sencia legal del juicio de mayor cuantía, a cuya regulación se reconduce gran parte del texto legal. Sin embargo, estas «dificultades» técnicas perfectamente superables con el bagaje científico necesario, no constituyen causa suficiente para haber dejado a medias la reforma y, sobre todo, para ahondar, las diferencias de sistema que rige ahora cada tipo de proceso.

Aún sin cuestionar hipotéticamente la conveniencia de que subsistieron dos tipos de grandes juicios ordinarios, se imponía como razonable, al menos, la necesidad de unificar el tratamiento procesal de las «excepciones dilatorias», en ambas clases de juicio, haciendo extensivo el principio saneador que contiene la nueva regulación del juicio de menor cuantía, a aquel otro por ineludibles exigencias de equidad.

Otro nuevo atentado sistemático comete la reforma. La L.E.C., menciona, a partir de la Novela 34/1984, cuatro tipos de procesos que pertenecen a la clase de los declarativos ordinarios: el juicio de mayor cuantía, el juicio de menor cuantía, el juicio de cognición y el juicio verbal. Pero insólitamente, regula sólo tres de los cuatro tipos que enumera. El llamado —tomando la parte por el todo— «juicio de cognición» sigue regulado en el Decreto de 21 de noviembre de 1952, cuyos artículos han sido, también, extrañamente modificados con rango legal, por la Novela citada.

Esta grave anomalía no tiene explicación razonable —y únicamente se debe a la inercia del legislador— pues, aunque la regulación del «juicio de cognición» es muy posterior a la L.E.C., un criterio de elemental coherencia obligaba bien a recoger dentro del cuerpo legal reformado el tipo extravagante, bien a dejarlo en su sitio, con las modificaciones aconsejables de su texto, en la ley nueva, sin necesidad de incluir sólo su mención en el artículo correspondiente de la L.E.C. A la inconsecuencia señalada se sigue sumando —ahora con mayor evidencia por decirlo, un mismo texto legal, la absurda impropiedad del lenguaje jurídico empleado para continuar denominando juicio de cognición al que no es más que un tipo, como la propia L.E.C. establece entre los varios de cognición, conocimiento o declarativos.

Como si se quisiera adrede —lo cual es verdaderamente impensable, contribuir a aumentar las diferencias de regulación interna, entre cada uno de los variados juicios declarativos que componen el nutrido elenco, la conducta del demandado rebelde, recibe un trato singular en el juicio de cognición, pues atribuye al juez unas posibles valoraciones que están vedadas en los demás juicios (4).

(4) ALMAGRO. *Constitución y Proceso*. Barcelona, 1984. Pág. 255.

En resumen, si se analizan los tipos procedimentales en particular, antes y después de la reforma, el resultado para el conjunto sistemático de los procesos declarativos es desolador. Se ha consolidado una diferencia de tratamiento de los presupuestos o requisitos procesales en el juicio de mayor cuantía, en relación con el de menor cuantía. Subsiste la posible subsanación de defectos procesales, en el juicio de cognición, y se introduce la subsanación también de defectos procesales en el juicio de menor cuantía, pero no en el de mayor cuantía. Se entiende, suprimido el carácter obligatorio previo del acto de conciliación, no obstante, que es necesario intentar un acuerdo, agotada la fase de alegaciones, en el juicio de menor cuantía, pero tal exigencia es innecesaria en los demás tipos de juicio. Se considera que la conducta del demandado en especial, la del rebelde, admite distintas posibles valoraciones, según la clase de juicio ordinario declarativo... Todos sabemos que estas diferencias son consecuencia de las distintas políticas legislativas superpuestas, que inspiran los dispositivos legales. Pero es conveniente que se aperciba el legislador —y el último es siempre en casos de acumulación el más responsable— de la necesidad de unificar criterios legislativos que, en materias como la presente no justifican discriminaciones legales, por lo que se puede perjudicar a los justiciables que están amparados por el principio de igualdad ante la ley y, en último extremo por las exigencias de «racionalidad» de la ley, exigencias que han motivado en otros países una abundante y significativa doctrina constitucional anulatoria de las leyes que incurren en tal vicio.

## II. MODIFICACIÓN Y ESPECÍFICA SIGNIFICACIÓN DEL JUICIO DE MENOR CUANTÍA

### A) Explicación «oficial». Clasificación de las modificaciones

Dentro del cuadro descrito en el apartado anterior, deben interpretarse, a mi juicio, las palabras que consigna el legislador en la «exposición de motivos», sobre la significación actual del juicio de menor cuantía: «cuando se lleve a cabo una remodelación completa del ordenamiento procesal habrá que ir posiblemente a un solo proceso, considerado como prototipo, para sustanciar en él todas las cuestiones contenciosas de orden civil y de carácter general, atribuidas a los jueces de primera instancia. Este es el cometido desempeñado hoy —quiere decir, antes de la Ley 34/1984— por el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, pero a ritmo demasiado lento y sin exclusividad, por cuanto comparte sus dominios con el

juicio de menor cuantía. Como en lo ahora realizado la reforma no tiene un alcance total, la reducción de la primera instancia a un proceso único significaría un cambio y profundo, con reflejos en diversas partes del sistema, y de ahí que haya parecido preferible llevar al juicio de menor cuantía, de ritmo más rápido y sin mermas para la seguridad jurídica el contingente más nutrido de temas litigiosos».

Es decir, que se aduce una explicación «oficial» sobre un significado «general» del cambio, que no responde a la realidad, como veladamente apunta la propia «exposición de motivos». Concebida la L.E.C. en función del juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, hubiera necesitado modificaciones y correcciones, más profundas y de mejores exigencias técnicas, la eliminación del juicio de mayor cuantía. Su vitalidad legal, sin embargo, le salvó, pues, a semejanza de esos árboles centenarios que extienden sus raíces, por todas partes, arrancarlo hubiera supuesto llevarse, también, otras cosas por delante o lo que es igual, hubiera requerido otra de mayor envergadura que la acometida.

Las modificaciones legales que configuran la nueva regulación del juicio de menor cuantía pueden clasificarse así: modificaciones básicas o fundamentales en razón a su importancia. Son estas las relativas a las reglas sobre competencia objetiva y las que establecen la nueva comparecencia obligatoria. Las primeras son modificaciones fundamentales, de carácter mecánico o cuantitativo por cuanto que se limitan a establecer reglas que no alteran propiamente la tramitación; las segundas son medidas fundamentales de carácter cualitativo, pues, cambian la ordenación del proceso. Junto a estas modificaciones básicas, deben contemplarse, también, las medidas de menor entidad o complementarias que a su vez son: específicas de menor cuantía y generales o referentes a la reforma procesal en general, con su lógica incidencia en todos los procesos y por supuesto, también en el juicio de menor cuantía.

Como criterio expositivo, no obstante, seguiremos el que resulta de las propias secuencias legales del proceso que en cuanto tal supone, en sí mismo, un método.

### B) Competencia objetiva

Ya la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que reformó el sistema de tutela del Código Civil (volviendo en gran parte al criterio judicialista de Las Partidas, e introduciendo, de nuevo, la figura de la curatela) anticipó en una «disposición adicional», la sustitución del juicio de mayor cuantía por el de menor cuantía, con otras consideraciones que no son del caso examinar, al establecer como cauce

procesal concreto para los juicios de declaración de incapacidad y de prodigalidad, entre tanto no se proceda a regular de otra manera, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el tipo procedimental del juicio de menor cuantía, con algunas modificaciones relativas a la naturaleza de la pretensión (5).

Con carácter general establece ahora, el art. 484 de la Novela 34/1984:

«Se decidirán en el juicio de menor cuantía:

1.º Las demandas ordinarias cuyo interés económico pase de 500.000 pesetas y no exceda de cien millones de pesetas.»

La modificación de las cifras de las cuantías, antes situadas en 50.000 y 500.000 pesetas, respectivamente, no se justifica sólo, ni principalmente, por razones de depreciación del valor adquisitivo de la peseta o por causa de la inflación económica. Con ser importantes las tasas de inflación acumuladas, ni las cifras que sirven para el cómputo, ni la amplitud de la banda comprendida entre cantidad mínima y cantidad máxima, están en función de aquellos índices, pues como reconoce la «exposición de motivos», «aún teniendo en cuenta la devaluación monetaria», el contenido económico actual del juicio de menor cuantía, «sobrepasa con mucho a las mil y veinte mil pesetas, a que se atuvo en su momento la Ley de Enjuiciamiento Civil».

No sirve, sin embargo, esta explicación del legislador para no considerar —como dice— «objeción suficientemente atendible que siga denominándose o predominante, pues olvida que, con independencia de que exista un juicio para cuestiones de superior entidad económica, las competencias que asignan los números siguientes del artículo, antes atribuidas al juicio de mayor cuantía, no sólo no justifican la nomenclatura, sino que hacen más patente la impropiedad de referir los juicios a la cuantía, pues resulta sumamente peyorativo, designar como competencias propias del juicio de menor cuantía (me refiero exclusivamente al nombre, no a la necesidad de una tramitación abreviada) las que se incluyen en el apartado siguiente.

2.º «Las relativas a filiación, paternidad, maternidad, capacidad y estado civil de las personas.»

En la atribución de este núcleo de competencias al juicio de menor cuantía, se observa, mejor, sin duda, la intención de los legisla-

(5) CASTRO GARCÍA. *Procesos de incapacidad introducidos por la reforma del Código Civil en materia de tutela*, en Jornadas de Derecho Procesal (Consejo General del Poder Judicial). Madrid, 1984. Pág. 43 y ss.

dores de desplazar al juicio de mayor cuantía. Lo único que hace en este sentido el precepto es incluir la referencia a la «maternidad», antes omitida, y más concorde con la reforma del Código Civil, operada por Ley 11/1981 (de 13 de mayo); excluir la referencia a la «interdicción», expresión que carece de contenido jurídico en el Derecho actual, en cuanto pena accesoria; e introducir el término «capacidad» que estaba implícito en el concepto genérico de «estado civil y condición de las personas», criterio, como indiqué, presente en la reforma de la incapacitación, regulada en el Código Civil.

Desgraciadamente, la Ley 34/1984, no aprovecha la ocasión para desarrollar con referencia a estos juicios las reglas características de los procesos civiles inquisitivos que están brevemente apuntados en la Ley 13/1983, respecto del «allanamiento» y la «transacción».

3.º «Las demandas cuya cuantía sea inestimable o no pueda determinarse ni aún de forma relativa por las reglas que se establecen en el art. 489.»

Item más. En este supuesto se produce simplemente una traslación del núm. 2 del antiguo art. 483 (que se fija las competencias sobre los asuntos que deben ventilarse en juicio de mayor cuantía) al núm. 3 del nuevo art. 484.

4.º «Cualquier tipo de demanda para la que no se disponga otra cosa.»

Y, para rematar, se incluye esta fórmula amplia, no prevista ni siquiera respecto del juicio de mayor cuantía por la legislación anterior a efectos de significar la naturaleza de proceso tipo y residual que se atribuye al juicio de menor cuantía.

Este número, además de esta función, cumple otra que puede tener una gran trascendencia práctica. A saber, debe cohonestarse esta declaración legal con la «Disposición derogatoria» que contiene, aparte menciones específicas de normas derogadas, la cláusula general que se refiere, según es usual, a «cuantas otras disposiciones se opongan a lo establecido en la presente ley». Consecuentemente, la Novela 34/1984 ha de contrastarse, desde esta perspectiva, con las leyes que fuera de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contienen procesos especiales, sin caer en el cómodo efugio —típico ejemplo de comportamiento rutinario— de escudarse en el simple argumento de que la Novela 34/1984, reforma a la Ley de Enjuiciamiento Civil, y uno a las demás normas procesales extravagantes, pues, esta premisa es notoriamente falsa.

La Ley 34/1984, no sólo modifica la L.E.C., sino otras normas netamente procesales como el Decreto de 21 de noviembre de 1952

e incluso normas que no son procesales, pero que tienen algún contenido procesal, como el Real Decreto 172/1978 de 2 de junio.

Cuando el legislador quiere «salvar» determinadas leyes que contienen normas procesales especiales se refiere a ellas expresamente y señala las modificaciones que introduce, tal como ocurre con la Ley de arbitrajes de 22 de diciembre de 1953 (art. 27.3) o con la Ley de arrendamientos rústicos (Ley 83/1980 de 31 de diciembre, artículo 21.1 y 2) o con la Ley de arrendamientos urbanos (art. 28).

Finalmente, en la cláusula derogatoria, teniendo en cuenta sin duda, la fuerza legal de la declaración contenida en este número del precepto que examinamos, el legislador se considera obligado, pese al efecto derogatorio que como regla establece el párrafo 1.º de la disposición en cuestión, que «no obstante» quedan vigentes algunos «procedimientos especiales» que expresamente determina. Son estos los procedimientos especiales que regulan las leyes 11/1981, de 13 de mayo y 30/1981, de 7 de julio. Esta declaración manifiesta la intención del legislador, al menos, es la interpretación a que conduce la literalidad de la ley, de derogar todos los demás procedimientos especiales que no están expresamente («no obstante») exceptuados como vigentes.

En este sentido el juicio de menor cuantía vendría a ser el cauce procesal adecuado para tramitar las pretensiones fundadas en leyes que tengan asignados procedimientos especiales, siempre que no sean susceptibles de una valoración económica, conforme a las reglas establecidas en la L.E.C.

A mi juicio, ni el proceso especial en materia de propiedad industrial, ni desde luego, el proceso especial sobre impugnación de acuerdos sociales de la Ley de sociedades anónimas, ni su derivado, deben considerarse subsistentes.

También, el juicio de menor cuantía es el cauce apropiado para ventilar las pretensiones sobre censos o en materia de seguros. Ni los Tribunales catalanes de censos, ni el Tribunal Arbitral de Seguros, en cuanto jurisdicción impuesta, son constitucionales. Similares preocupaciones derogatorias, aunque con matizaciones que no son ahora del caso, suscita el procedimiento del art. 41 de la Ley Hipotecaria (6).

### C) Fase de alegaciones

Las modificaciones que se introducen en la fase de alegaciones son de las que hemos llamado complementarias y específicas por

(6) El reconocimiento implícito de esta irregularidad constitucional se contiene en los anteproyectos y proyectos elaborados de la Ley orgánica del Poder Judicial.

cuanto refuerzan el nuevo carácter que se quiere imprimir al juicio de menor cuantía al tiempo que concilian la regulación con la nueva estructura del juicio y son, además, privativas de este tipo procedimental:

1.º Se amplía a veinte días el plazo que se concede al demandado o demandados para contestar a la demanda (art. 681 antes de nueve días).

2.º Igual tónica ampliatoria se mantiene, cuando por desconocerse el domicilio del demandado deba ser notificado y emplazo por edictos, pues en este caso se conceden diez días para comparecer (art. 683 —antes nueve—) y otros diez días para comparecer (antes seis).

3.º En cambio, desaparece la ampliación sucesiva del plazo que comportaba, cuando fueran dos o más los demandados, la aportación de la demanda de documentos que excedieran de 25 pliegos, por aplicación lógica de la modificación general que establece el nuevo art. 5.8. De inútil y reiterativo ha de calificarse el nuevo segundo párrafo que se incorpora al nuevo art. 684.

4.º En relación con la actitud del demandado no compareciente, el legislador adopta unas precisiones técnicas que, desde luego, no sigue en otros puntos del articulado, al eliminar la «ficción» de dar por contestada la demanda, y, en su lugar, emplear la expresión más adecuada de «dar por precluido el trámite de contestación a la demanda, al tiempo que su suprime la frase que confiere a la instancia del actor, la declaración en rebeldía, de acuerdo con el principio de impulso oficial, que obliga a seguir el curso del pleito, circunstancia, ahora recogida en el nuevo texto del art. 685, aunque tal prevención estuviera ya en vigor, desde 1924 (R.D.L. de 2 de abril de 1924 que expresamente se deroga por la Ley 34/1984), tras eliminar la innecesariedad de los acuses de rebeldía del texto legal.

Contiene, además, el citado precepto de la L.E.C. reformada, criterios legales sobre el recibimiento a prueba que, en su momento, comentaremos.

5.º Coordina el momento procesal de hacer valer la inadecuación del procedimiento, prescribiendo que tal alegación se consigne en el escrito de contestación a la demanda, para que sea objeto de debate y de prueba en la comparecencia nueva que introduce la Novela 34/1984, con la cual esta forma de sustanciación, sustituye al antiguo incidente, en lo que se refiere al juicio de menor cuantía.

6.º El contenido de la contestación a la demanda, típica del juicio de menor cuantía, se reproduce, pues el demandado tiene que proponer en el escrito según la antigua fórmula legal «las excepciones que tenga a su favor, así dilatorias como perentorias».

pero se introduce una precisión importante que guarda conexión con la mencionada nueva comparecencia: «si se mantienen», lo cual arguye que la función sanatoria que cumple aquélla, puede evitar el mantenimiento de la alegación (art. 687).

7.º En cuanto a la reconvencción, se sostiene, también el criterio de ampliar el plazo de contestación del demandante que se eleva a diez días (art. 688, antes cuatro).

8.º El valor del silencio o de las respuestas evasivas, en los escritos de alegaciones, se atempera en la reforma a las facultades que se conceden al Juez en la nueva comparecencia para la fijación del objeto litigioso pues sólo pueden estimarse en la sentencia como admisión de los hechos a que se refieran si no se aclaran suficientemente en la misma (art. 690).

#### D) Fase de formalización del objeto litigioso

##### a) Consideraciones generales:

Llamo así a esta fase, característica de la nueva regulación del «juicio de menor cuantía», puesto que, con independencia de otras funciones que eventualmente cumple, también, con el fin de depurar la pretensión, purgándola de defectos o vicios obstativos, destacan las encaminadas a conseguir, en primer lugar, un acuerdo que evite la continuidad de la contienda, o caso negativo, en segundo lugar, la de precisar, con intervención del Juez definitivamente, los términos del debate.

Esta fase se desarrolla mediante la comparecencia obligatoria, una de las novedades —junto con la reforma del recurso de casación— más importantes, introducidas por la Novela 34/1984.

El injerto de esta novedosa comparecencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil y, más concretamente en la regulación del juicio de menor cuantía, se produce a costa de la antigua comparecencia que regulaba el art. 691, en su redacción antigua, para el caso de que las partes estuvieran conformes con los hechos y dejaran reducida la cuestión a un punto de derecho; comparecencia que cuando existía disconformidad en los hechos y, después, del recibimiento a prueba, bien si transcurría el plazo de proposición, sin actividad de las partes; bien concluido el plazo de práctica de las pruebas, también se ordenaba mediante mandato judicial, al efecto, convocando a las partes. Pero es preciso recordar que esta antigua comparecencia (aparte de ser un acto oral, pervertido en la práctica por la entrega de nota escrita), en ninguna otra cosa se parece a la nueva comparecencia, pues tenía por finalidad el informe oral de los Abogados de las partes, para valorar, en su caso, las pruebas practicadas y mantener los puntos de Derecho controvertidos.

Nada en común, más que el nombre y la naturaleza oral del acto, tienen sendas comparecencias, la nueva y la antigua. Esperemos que la vigente no sufra la misma perversión que la derogada.

La «comparecencia obligatoria» tiene su antecedente directo en la «audiencia preliminar» que regula la Z.P.O. austríaca, sin tener en cuenta las modificaciones legales producidas con posterioridad en aquel cuerpo legal, que corrigen las deficiencias observadas en su práctica.

El legislador español incide en el error de trasladar a nuestro ordenamiento sin los necesarios arreglos de adaptación y con mala información, instituciones foráneas que deberían ser al menos, previamente estudiadas a la luz de la experiencia acumulada en sus países de origen para evitar sus efectos perjudiciales.

Desde su regulación en la Z.P.O. austríaca, la «audiencia preliminar» se propagó a otras leyes procesales. Algunos códigos suizos, el Código procesal italiano y el Código de procedimiento civil de la ciudad del Vaticano, regulan actos similares. En otra línea, se encuentra, aunque, también, cumpliendo funciones depuradoras en muchos aspectos semejantes, el «despacho saneador» del Código procesal civil brasileño.

En España las tendencias saneadoras y de aumento de los poderes de dirección del juez, están representadas, básicamente, en la regulación del «juicio de cognición». Mención aparte merecen también los mecanismos saneatorios que contempla la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y el texto refundido de procedimiento laboral.

La importancia de esta comparecencia obliga a su estudio por menorizado según distintos epígrafes.

##### b) La influencia doctrinal de la «audiencia preliminar»:

###### 1. Fairén (7)

En el año 1950, con ocasión del I Congreso de Derecho Procesal, Fairén Guillén en la Ponencia que presentó al mismo, se aplica a denunciar la situación legal del ordenamiento procesal español en lo referente al ineficaz tratamiento de los presupuestos procesales como «excepciones dilatorias» tanto en el juicio de mayor como de menor cuantía y tras recabar para el juez la posibilidad de consi-

(7) FAIRÉN manifiesta en las «palabras preliminares» del libro sobre la L. 34/1984: «yo no sé cuando comencé este libro; probablemente fue como consecuencia de estudios efectuados en la Biblioteca Nacional de Firenze, en 1950 y 1951, en *La Ley de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ob. cit., pág. 11.

derar de oficio la concurrencia o no concurrencia de presupuestos procesales, y considerar como «uno de los males que aquejan el proceso civil español... el de las exuberantes posibilidades de promover incidentes», propugna la introducción en nuestro ordenamiento de la «audiencia preliminar», instituida por la Z.P.O. austríaca, «para concentrar el debate y resolución de toda clase de incidentes hasta entonces planteados que puedan influir sobre el fondo del asunto sin pertenecer propiamente a él», y continúa diciendo: «la audiencia preliminar... sigue cumpliendo sus funciones viva y fresca, como puede verse a través de las noticias que nos llegan de la práctica forense austríaca actual». Pero Fairén piensa en la posibilidad siempre abierta para el juez de prescindir de su celebración cuando no resulta necesaria. El contenido según el referido autor, debe ser múltiple: Examen de desistimiento y transformaciones de la demanda, examen de los presupuestos procesales; examen de posibles allanamientos, renunciaciones y transacciones, intento de conciliación de las partes, examen de los impedimentos procesales a petición de parte, examen de toda suerte de incidentes y cuestiones de previo pronunciamiento e incluso examen y resolución sobre actividades probatorias (8).

## 2. Guasp

La preocupación por el tratamiento que debe darse a la acumulación de defensas del demandado que no afecten al fondo del asunto y las que se refieren al fondo del asunto, llevó también a Guasp a proponer en el año 1955 una comparecencia de las partes con objetivos muy similares a los de la actual comparecencia obligatoria, insertada después de la demanda y de la contestación: «algo así como el despacho saneador del derecho portugués, o como la «concordia dubiorum» del Derecho canónico, si bien todavía más simplificada» (9).

(8) FAIRÉN. *La comparecencia en el juicio de menor cuantía*, en «Estudios de Derecho Procesal, Penal y Constitucional. T. II, Madrid, 1984, págs. 307 y ss.

(9) GUASP. *Informe Primero. El sistema de una Ley procesal civil hispanoamericana*, en «Actas del I Congreso de Derecho Procesal hispanoamericano. Madrid, 1984, pág. 73.

Sobre la institución del despacho saneador, vide, SENTIS MELENDO. *El proceso Civil. Estudio de la reforma procesal argentina*. Buenos Aires, 1957, págs. 150 y ss. En relación con el Derecho brasileño, BARBOSA, *O Novo processo civil brasileiro*. Río de Janeiro, 1984, págs. 25 y ss. Pendiente de publicación del mismo autor, *Saneamiento do processo e audiência preliminar*. Ponencia para las IX Jornadas de Derecho Procesal del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (se celebrarán estas Jornadas en Madrid —Universidad Nacional de Educación a Distancia— durante los días 17 a 21 de junio de 1985).

## 3. «Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento civil»:

Durante los años setenta, un grupo de profesores de Derecho Procesal (entre los que tuve la satisfacción de encontrarme) bajo la coordinación del profesor Prieto-Castro, acometió la tarea de corregir y actualizar la Ley de Enjuiciamiento Civil. En lo concerniente a las cuestiones que nos ocupan, la Exposición de Motivos del Tomo I, estimaba indispensable, «la eliminación en la ley del sistema de excepciones dilatorias». La solución propuesta «como utilísimo remedio consistía en el examen de los llamados presupuestos y requisitos procesales en una «comparecencia previa» aunque, lógicamente, cuando, después de la contestación a la demanda se conozcan cuáles sean las faltas de unos y otros que se denuncien y las que el órgano jurisdiccional pueda advertir...».

En el Tomo II de la misma obra, aparece ya regulada la «comparecencia previa», que pese a lo dicho, se introdujo, antes de contestar a la demanda, quizás por tener un alcance exclusivamente saneador y en atención a que la «personación» del demandado permite ya contemplar la totalidad de las «excepciones dilatorias» del art. 533 y siguientes. La «comparecencia» procedía, según este proyecto, «siempre que a la vista de la demanda presentada por el actor o de la personación verificada por el demandado, el Tribunal o las partes entiendan que se da alguna circunstancia que pudiera obstar a la continuación válida y eficaz del asunto o impedir en su día una resolución sobre el fondo». Pormenoriza el proyecto privado, los distintos efectos de las resoluciones según los diferentes supuestos: falta de jurisdicción, falta de competencia objetiva, procedimiento inadecuado, falta de competencia territorial, litispendencia, cosa juzgada, defecto de las capacidades de los sujetos, de legitimación, de representación y de intervención de abogados, de no haberse agotado la vía gubernativa, de no prestación de cauciones, de defecto legal en el modo de proponer la demanda, de constitución del juicio e incluso una norma general para los casos no previstos (10).

## 4. La reunión de Barcelona conmemorativa del Centenario:

En esta línea, con motivo de la reunión celebrada en Barcelona en abril de 1981 (en la que intervenimos prácticamente la totalidad de los profesores que hoy publican la Revista «Justicia...»), para estudiar

(10) Profesores de Derecho Procesal. *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. I, Madrid, 1972, pág. 25, y T. II, Madrid, 1974, pág. 37.

en el centenario de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el norte de la «eficacia del proceso civil», las reformas necesarias, propuse en torno a esta cuestión, que debiera establecerse «una regulación procesal que impide las 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» (11).

En el curso de la misma reunión, el profesor Serra Domínguez, mantuvo como «reforma básica» a propugnar, «la supresión radical de las excepciones dilatorias» y añadía, «la doctrina española está de acuerdo unánimemente, con el establecimiento de una audiencia preliminar previa en todos los procedimientos en los que se discutieran y resolvieran los problemas procesales» (12).

### c) *Carácter y contenido de la «comparecencia». Valoración y crítica*

#### 1. *Sobre el carácter obligatorio de la comparecencia:*

Con independencia de la falta de sentido general de la reforma, que debía, al menos, haberse hecho extensiva al juicio de mayor cuantía, uno de los puntos más criticables, es precisamente, este carácter obligatorio que se atribuye a la comparecencia, siempre que «estuviese algún demandado personado en el procedimiento, una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvencción o transcurrido el plazo para hacerla».

¿A qué perder el tiempo cuyo acortamiento es meta ideal de cualquier ordenación recta del proceso, cuando ni el órgano jurisdiccional, ni las partes consideren necesaria la misma? La práctica, todavía incipiente de la aplicación de la ley reformadora, ya ha encontrado la fórmula de cumplimentar el trámite, cuando, realmente, la «comparecencia» carece de objeto: se dan los litigantes por ratificados en sus respectivos escritos de alegaciones; se hace constar que no se ponen de acuerdo, y se solicita el recibimiento a prueba.

Obsérvese que la mayoría de los autores españoles, según lo expuesto, cuando pensaban en una «audiencia preliminar» (al me-

nos constan los testimonios escritos de varios) no propugnaban una comparecencia obligatoria, sino facultativa.

El mismo Fairén que recientemente reafirmó las tesis que ha venido manteniendo, una, que «la base de una reforma del enjuiciamiento civil español, debería hallarse en el actual juicio de menor cuantía»; y otra, «que podría ser de gran utilidad la audiencia preliminar», no oculta su preocupación al analizar, todavía en proyecto el carácter obligatorio que se da a la comparecencia: «al cabo de los años de estudiar las «audiencias preliminares», llegué a la conclusión de que si exagerábamos en su recepción, podríamos crear un acto o serie de actos procesales inútiles en el sentido del propio Klein, por ser impracticables o inadecuados; esto es, debería preverse la posibilidad, fuere mejor dar al juez, facultades para eliminarla. Este ha sido el camino seguido, en Austria, por la Novela que entró en vigor el 1.º de mayo de 1983» (13).

El resultado lo tenemos ya convertido en ley. Nuestro legislador se empecina en recibir un Derecho extranjero, inadaptado a la realidad procesal española, no sólo contra la advertencia previa de un gran sector doctrinal patrio, partidario, desde años, de la inclusión de una comparecencia de estas características sin que fuere necesariamente obligatoria, sino también, contra lo que acredita la experiencia de su aplicación en el país de origen, que ha llevado al legislador extranjero a modificar su propia obra, en sentido análogo al que los autores españoles propugnaban.

Y es que el afán de mimetismo, sin la suficiente «digestión» de las instituciones jurídicas que se importan, sin tener en cuenta las reflexiones doctrinales, conducen a resultados prácticos ineficaces. Tal aconteció en Italia, cuya regulación de la audiencia preliminar, a pesar del carácter doctrinal del Código Procesal civil de 1942 no encontró el favor de la práctica por estar distantes de las costumbres forenses de aquella nación, lo que condujo a la reforma de 1950 que hizo perder a la primera audiencia gran parte de su significado originario (14).

No me parece, pues, que haya sido oportuno, elegir el camino de una reforma de urgencia de la ley. Ley, además, con una «vacatio legis», prácticamente inexistente y, desde luego, en contradicción con lo que es, usual en materia de reformas procesales, para introducir sin la suficiente decantación esta «comparecencia».

(13) FAIRÉN. *La comparecencia en el nuevo juicio de menor cuantía*, cit. pág. 314.

(14) MICHEL. *Derecho Procesal Civil* (Trad. Sentis Melendo). Volumen II, Buenos Aires, 1970, págs. 50 y ss.

## 2. Sobre los requisitos para la celebración de la comparecencia:

### 2.1. En cuanto a los sujetos que deben intervenir:

«A la comparecencia —dice el segundo párrafo del art. 691— serán citados los propios litigantes que habrán de estar presentes por sí mismos o representados por su Procurador para que la comparecencia se tenga por celebrada. La incomparecencia de los Abogados no determinará la suspensión del acto».

Tanto en este precepto como en sus antecedentes legislativos, late una profunda desconfianza —a todas luces injustificada— contra los Abogados.

El proyecto del artículo cuestionado que también exigía «poder especial» para que el Procurador pudiera sustituir al litigante en la comparecencia, consideraba potestativa la asistencia de Abogado, situación verdaderamente inadmisibles si se tiene en cuenta el consentimiento que significa estimar por un lado preceptiva la intervención del Abogado, conforme al art. 10 y, por otro, justo en un momento en que los conocimientos técnicos requeridos parecen más precisos para entender el alcance y contenido del acto, considerar aquella presencia profesional como no necesaria. Al mismo resultado conduce el precepto, en su versión definitiva, pues el acto según la ley debe celebrarse, caso de incomparecencia, sin los Abogados.

Mayor razón de ser —dentro de la lógica del legislador— tendría la previsión de que el Procurador que fuera a asistir sin ir acompañado del litigante fuese con apoderamiento especial, dado que la fórmula para llegar a un acuerdo conciliatorio, suele ser casi siempre una transacción y para transigir se requiere este poder especial, lo que llevará, en muchas ocasiones o bien a que el acto se convierta en un mero trámite o bien a que se tenga que suspender la comparecencia.

Lo que no se puede tolerar es que se confundan problemas de carácter disciplinario, como pueden ser las ausencias injustificadas del Abogado, con sanciones contra el propio litigante que puede quedar en indefensión. Me pregunto, si no hay tras esta formulación, una inconstitucionalidad de la ley en relación con el art. 24 de la Constitución.

### 2.2. En cuanto al tiempo y forma de la citación:

El Juez —dice el párrafo 1.º del art. 691— dentro del tercer día, convocará a una comparecencia que habrá de tener lugar antes de transcurrir seis. Como señala en sus anotaciones comentadas a la reforma, Vázquez Iruzubieta, «los plazos para dictar la providen-

cia y para fijar la fecha de la comparecencia son meramente ordenatorios, por lo cual su incumplimiento no acarrea nulidad procesal (habría que añadir, ni preclusión) y, a lo sumo pueden provocar una medida disciplinaria para el órgano jurisdiccional. Estos plazos —agrega— será imposible cumplirlos y se echará mano —lamentablemente— a prácticas deleznable, como la antedatación de la providencia para que el órgano jurisdiccional no aparezca en falta» (15).

Mas, a mi juicio, lo más importante, no es tanto la premura para que inmediatamente se celebre la comparecencia, como que a dicha comparecencia concurren el Juez y los defensores de las partes con la preparación y estudio suficiente de los temas a debatir, en orden a la efectividad de la «audiencia». No se puede olvidar que el éxito de cualquier reforma procesal que preconice la inmediación y la oralidad, se basa para no convertir en hueca y vacía la oportunidad del trámite, en la «preparación» de los intervinientes. Tal y no otro, es el fundamento del modelo de Stugartt, que tanto eco levantó desde su implantación a título experimental (16). Y, es, en este punto donde no parece que la reforma quiera innovar nada. Al menos, no dota a la citación de los elementos necesarios para que pueda ser fructífera la comparecencia. El laconismo y «abstraccionismo» de la ley, no se compagina con la exigible concreción de los puntos determinados sobre los que deba de versar la audiencia —todas las audiencias se configuran iguales, sin necesidad de especificar en cada citación el «traje a medida» que cada litigio demanda—, ni con la necesaria advertencia de que las partes comparezcan con todos los medios de prueba disponibles o pidan con la antelación necesaria las citaciones judiciales que procedan o hagan las designaciones documentales pertinentes.

Estas previsiones habían sido tenidas en cuenta en el proyecto privado de los profesores que al regular el señalamiento de la comparecencia y la citación, ordenaba la determinación en la citación de los puntos propuestos por las partes y la ampliación del objeto de la comparecencia si así la estimaba aconsejable el órgano jurisdiccional, al tiempo que se advertía a las partes que comparecieran con las pruebas de que intentaran valerse (17).

(15) VÁSQUEZ IRUZUBIETA. *Doctrina y jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, 1984, pág. 745.

(16) GRUNSKY. *Il cosiddetto «moello di stoccarda» e l'accelerazione del processo civile tedesco*, en «Riv. di dir. proc.», n.º 3, págs. 354 y ss.; y *Reflexiones sobre la eficacia del proceso civil en Alemania*, en la obra colectiva «Para un proceso civil eficaz», cit. pág. 150.

(17) Profesores de Derecho Procesal. *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, cit. pág. 224.

El olvido de estos extremos será un nuevo factor de ineficacia de la nueva comparecencia.

### 2.3. En cuanto a la celebración:

Condición inexcusable para que el Juez declare «abierto el acto», o sea para celebrar la comparecencia, es que comparezcan «todas las partes», según establece el art. 682. La expresión «todas las partes» es, cuando menos, equívoca, pues plantea una cuestión acerca de si bastaría la presencia de un demandante, entre varios, o de un demandado, si son asimismo varios, para que pueda celebrarse la comparecencia. El factor de duda respecto a los fenómenos de pluralidad de partes lo introduce el adjetivo «todos». El problema habrá que resolverlo teniendo en cuenta la naturaleza del litisconsorcio ya sea necesario o facultativo según los efectos del acto. Entiendo que, en general, bastará la presencia de un demandante y de un demandado, en casos de pluralidad, para que deba celebrarse, aunque los efectos del acto no puedan perjudicar a los no comparecidos, sino sólo en cuanto a la preclusión de oportunidades procesales.

«Si no concurren todas las partes se oír a las que asiste y continuará la tramitación del juicio», según establece el párrafo 4.º del art. 691.

En este caso, en realidad, no se celebra la comparecencia; básicamente se oye a la que asista, según preceptivamente se establece. Mas debe entenderse que la parte será oída en cuanto sea menester o sea necesario, lo que por regla general se traducirá en una innecesaria ratificación del escrito inicial y en la petición de recibimiento a prueba, que, también, resulta innecesaria si ya se había instado con las alegaciones escritas.

Finalmente, si no concurren a la comparecencia, ninguna de las partes, el juez sin más trámite dictará auto de sobreseimiento del proceso ordenado el archivo de los autos.

El precepto pese a su simplicidad encierra una gran ambigüedad. No se puede introducir en materia procesal civil un nuevo concepto como es el de sobreseimiento sin precisar sus efectos principales y saliéndose «por la tangente» con la orden de archivo de los autos. ¿Qué alcance tiene este sobreseimiento? Supone una causa de extinción de la pretensión o simplemente equivale a un desistimiento? ¿Es un sobreseimiento (por emplear un lenguaje similar al Derecho Procesal Penal) que equivale a una absolución en la instancia como el provisional o a una sentencia absolutoria, como el libre? La verdad es que estas cuestiones no se pueden dejar indeterminadas y exclusivamente, dependientes del buen sentido judicial.

En realidad un problema como este se relaciona con un criterio legar de teoría general (que no existe en nuestra ley) sobre la acti-

vidad del demandante que debe tener distinta sanción según que la demanda sea escrita o según que la demanda sea sólo un escrito preparatorio de las alegaciones principales a formular verbalmente. Y, desde luego, requerían una mejor definición legal de las preclusiones que se operan y de las subsanaciones «opes legis» que se producirían.

En suma, también este aspecto de la comparecencia aparece poco diágano.

### 2.4. En cuanto a la documentación de la comparecencia:

«De la comparecencia se extenderá acta en la que se hará constar sucintamente el contenido de lo actuado y la firmarán el Juez, las partes y el Secretario» (párrafo 3.º, regla 4.ª, art. 493).

La documentación por medio de acta —resumen puede ser peligrosa, para reflejar con exactitud lo acontecido, si no va acompañada de determinadas cautelas. Sin incurrir en posiciones maximistas, aunque justificadas, como la del profesor Fairén, que propugna un acta protocolar, debe permitirse a las partes, y así habría de haberse establecido, de manera expresa, en el precepto, que hagan constar cuantos extremos literales sean oportunos a los efectos de no incurrir posteriormente en indefensión (18).

## 3. Sobre el contenido de la comparecencia

La comparecencia concentra los siguientes objetos: conciliación, posible inadecuación del procedimiento, fijación del objeto litigioso y posible subsanación de defectos procesales y motiva o bien el sobreseimiento o bien la continuidad del procedimiento con recibimiento a prueba si procede.

### 3.1. Conciliación:

Declarado abierto el acto de la comparecencia por el Juez, debe exhortar a las partes para que lleguen a un acuerdo. El acuerdo tiene unas lógicas limitaciones que son las derivadas de la naturaleza de la renuncia y de la transacción para su validez, las normas reguladoras de cada una en cada caso. Y, en general, siempre estos acuerdos deberán ajustarse a las normas generales sobre la validez de los contratos. Lo acordado por las partes en el acto de la comparecencia se lleva a efecto, si no hubiera cumplimiento voluntario, por el procedimiento de ejecución de sentencia.

(18) FAIRÉN. *La comparecencia en el juicio de menor cuantía*. Cit. pág. 345.

Si se consigue el acuerdo, obviamente, concluye la comparecencia. Si no se logra continúa.

Nada dice el precepto del desistimiento del actor, ni del allanamiento del demandado, situaciones procesales que se pueden presentar en el curso del debate sobre el acuerdo, ni mucho menos de la transacción o del allanamiento parcial que obligaría a la reducción del objeto litigioso.

Tampoco alude la ley a la cuestión de las costas procesales causadas hasta el momento de producirse el acuerdo. El art. 523 sólo puede servir de criterio orientativo, pues, en realidad, como el asunto no concluye por resolución judicial sino mediante un negocio jurídico es preciso que entre los temas del acuerdo se incluye el acuerdo sobre las costas. La omisión de este extremo ya ha originado algunos problemas en la práctica de la aplicación judicial de la Ley.

Mas lo importante, desde un punto de vista crítico es, si resulta oportuna la introducción de este intento obligatorio de conciliación a cargo del propio órgano judicial que debe decidir, fórmula que como todos sabemos es la establecida para el procedimiento laboral y que viene practicándose desde hace muchos años, por las Magistraturas de trabajo con desigual valoración según las características personales del funcionario judicial interviniente, aunque se diferencie, no obstante, de la conciliación laboral en que esta conciliación civil, todavía supone una posible mayor inmisión del órgano judicial puesto que se produce una vez contestada la demanda.

Personalmente no somos partidarios de la conciliación, con carácter obligatorio y, mucho menos, de la conciliación intraprosesal. La experiencia demuestra que los más interesados en evitar el proceso son las partes que siempre tienen a su alcance la posibilidad de transar, también, el demandado la de allanarse y el actor la de desistir.

En los sistemas que admiten la conciliación intraprosesal, el acto se celebra, con anterioridad, a la fijación definitiva de las posiciones de las partes, pues los escritos iniciales tienen carácter preparatorio y cabe la «mutatio libellis». También —como se señaló— el ejemplo de Derecho interno que nos proporciona la legislación procesal laboral, se refiere a un momento procedimental previo a la contestación de la demanda. En otros casos, además, la función conciliatoria intraprosesal se produce en la fase de instrucción, que se diferencia, también, de la fase de decisión en cuanto al órgano jurisdiccional, con lo cual desaparece el riesgo de la formación de prejuicios.

En la regulación actual, tras la reforma del juicio de menor cuan-

tía, el intento obligatorio de conciliación encierra varios contrasentidos:

1) No se entiende por qué si la conciliación en la mente del legislador es un bien, cuya consecución debe ser fomentada, se suprime el carácter obligatorio del intento de conciliación preprocesal.

2) No se entiende por qué, supuesta la bondad del intento de conciliación intraprosesal, quedan excluidas de sus ventajas los juicios de mayor cuantía, «cognición» y verbal.

3) No se entiende por qué, la misma regulación, adolece de dispositivos que aseguren su eficacia. Tal ocurre, si comparecen, por las partes, en vez de los litigantes, sus representantes procesales, los Procuradores, que no tienen que ir provistos de «poder especial». Como generalmente, la conciliación supone el ejercicio de una capacidad de disposición que exige apoderamiento especial, la «exhortación» judicial se convierte en una nueva formalidad.

En algunos casos, también, la práctica enseña que algunos jueces, llevados de un celo conciliatorio, a mi juicio, impropio de su función, si observan en los litigantes comparecidos un espíritu conciliatorio, suspenden la celebración de la comparecencia, para que vuelvan a comparecer en la nueva fecha que se señale, con igual objeto de proseguir el acto de conciliación.

En resumen la conciliación que como instrumento de pacificación siempre debe estar al alcance de las partes como medio de evitación o de prosecución del proceso, en mi opinión, está indebidamente incluida entre los objetos de la comparecencia.

Si la comparecencia, como sostengo, no debe tener (para no convertirse tantas veces en un acto vacío que contribuye a erigirla en un factor más de dilación del proceso) carácter obligatorio, sino que sólo debe acordarse su celebración cuando realmente sea necesaria, mal se puede mantener que, entre sus objetos figure el intento obligatorio de conciliación, pues ello conduciría al absurdo de que el acto de conciliación fuera sólo obligatorio en los casos en que se acordara la celebración de la comparecencia (19).

Ni qué decir tiene, finalmente, en relación con lo regulado, que es capital, a los efectos, no del resultado del acto, sino de la ilicitud de la intervención judicial que su función se limita a «exhortar», sin que sea práctica permisible que se coarte el uso de la palabra de los abogados, conminables a que permanezcan en silencio, pues su obligación es asesorar a sus clientes fuera del Juzgado y en el acto mismo de la conciliación.

(19) FAIRÉN, *La Ley de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ob. cit. págs. 181 y ss.

### 3.2. *Inadecuación del procedimiento:*

Como aspecto propio del contenido de la «audiencia preliminar» incluye la regla 1.ª del art. 693, como objeto eventual, el debate sobre la clase de juicio que corresponda si hubiera sido suscitado en la contestación a la demanda, la inadecuación del juicio de menor cuantía.

La inadecuación a que se refiere es a la producida por razón de la cuantía litigiosa, según resulta del texto completo de la expresada regla primera y de los antecedentes del precepto. El tratamiento procesal de la competencia objetiva determinante, dentro de los límites que establece las atribuciones de los Juzgados de Primera Instancia, de la clase de juicio (juicio de mayor cuantía o de menor cuantía) por razón de la cuantía, motivaba una incidencia peculiar, distinta de la alegación de «excepciones dilatorias» (con un régimen diferenciado en los dos grandes juicios declarativos), en ambos casos oponible, antes de la reforma, con carácter previo a la contestación a la demanda.

En efecto, la oposición, con anterioridad a la reforma debía formularse, según las previsiones del antiguo art. 686 —que remitía al art. 492— antes de contestar a la demanda, por escrito, y dentro de los primeros cuatro días del término concedido para contestar a la demanda. La incidencia originada abocaba a una comparecencia, cuyo contenido, ahora se trae al actual párrafo 1.º del art. 693.

La reforma mantiene esta especial comparecencia para la resolución de la incidencia sobre la determinación de la clase de juicio, por razón de la cuantía, en la regulación del juicio de mayor cuantía, pero cambia el momento de la alegación, en el juicio de menor cuantía retrasándole el acto procesal de contestación a la demanda y hace desaparecer, para esta última clase de juicio aquella especial comparecencia que queda incorporada al posible contenido de la nueva comparecencia.

Lo que ocurre es que toda la regulación anterior está pensada en función de un juicio tipo, que es el juicio de mayor cuantía, y de un juicio subordinado, que es el de menor cuantía, ambos, dentro de las atribuciones de los Juzgados de Primera Instancia, y en razón de las diferencias que puedan suscitarse no ya por razón de inidoneidad procedimental a causa de criterios fundados en reglas de competencia objetiva cualitativa (vg. cuestiones sobre el estado civil de las personas) sino por inadecuación del procedimiento a la cuantía, bien porque estén mal aplicadas las reglas de valoración, bien porque estas reglas sean insuficientes, bien porque no se considere susceptible, por alguna de las partes, mensurar la cuantía,

en cuyo caso, al incidirse en un supuesto de cuantía inestimada, habría que acudir, conforme al Derecho anterior, al cauce procedimental del juicio de mayor cuantía.

En la actualidad, sin embargo, acontece, por obra de la reforma, que el juicio de menor cuantía, pasa a convertirse en la intención del legislador en juicio-prototipo y por su tramitación se ventilan tanto las pretensiones de cuantía indeterminada, como las que por razones de competencia objetiva cualitativa, correspondían antes al juicio de mayor cuantía, aunque todo ello, dentro de subordinación que todavía comporta el art. 680 que manda acomodar el juicio de menor cuantía a las reglas establecidas para el ordinario de mayor cuantía, en cuanto a ello no se oponga la tramitación especial de aquél, lo que puede originar algunas discordancias.

En lo básico el contenido de la impugnación dentro de la comparecencia no difiere del sistema anterior: oídas las partes sin que sea posible un acuerdo sobre la clase de juicio puede ocurrir: 1) que la diferencia consista en que no existan los datos expresados en las reglas del art. 489 de manera que cada parte estime de distinto modo el valor de la demanda; 2) que la diferencia fuera otra.

En el primer caso, las partes elegirán en el mismo acto un perito que aprecie el valor de la demanda o cada parte designará uno y el Juez un tercero que dirima la discordia si la hubiere. La comparecencia se suspende hasta que se sustancie la cuestión dentro de los dos días siguientes al de la declaración de los peritos.

En el segundo caso, el Juez resolverá en el acto.

Los efectos que produce la resolución de la incidencia varían: 1.º) «contra el auto declarando la pertinencia del juicio de menor cuantía, que ordenará, además la reanudación de la comparecencia... sólo se dará el recurso de nulidad». Para interponer este recurso que será conjunto con el de apelación contra la sentencia que decida el asunto, deberá hacerse la oportuna protesta (se entiende, verbal) al reanudarse la comparecencia. Esta protesta sustituye al trámite de preparación de este especialísimo recurso de nulidad, cuyo nombre evoca una arcaica reminiscencia de la «querella nullitatis» fundida, posteriormente, con la «querella iniquitatis» en el recurso de apelación.

Pero con independencia de lo inadecuado que resulta la ratificación de estos términos y conceptos que son algo así como fósiles incrustados en alguno de los estratos históricos de formación de la ley, lo que no parece concorde con la función de prototipo que se asigna al juicio de menor cuantía, es que quepa la posibilidad de un recurso, al contrario de lo que establece la ley (después de la reforma) respecto del juicio ordinario de mayor cuantía, pues el

art. 495 prescribe que «contra el auto declarando que corresponde el juicio de mayor cuantía no se dará recurso alguno». ¿Cuál es el juicio prototipo?

2.º) «Contra el auto declarando la improcedencia del juicio de menor cuantía se dará el recurso de apelación en ambos efectos. La solución en este caso parece concorde con lo establecido en el artículo 495, pero no deja de producir distorsión la duplicidad de efectos que se atribuye a una resolución judicial de la misma significación. Si el Juez de Primera Instancia, conociendo de un juicio de mayor cuantía estima en la incidencia que el juicio que procede es el de menor cuantía, su resolución es recurrible en apelación y en ambos efectos. Si conociendo de un juicio de menor cuantía, declara en análogo incidente su procedencia, el recurso contra la resolución no produce efectos suspensivos.

Consideramos, finalmente, que, pese a la posibilidad, que tiene el órgano judicial de revelar de oficio en la comparecencia, la falta de algún presupuesto procesal, continúa, también, siendo de aplicación, el art. 497, según el cual el juez de primera instancia dará al juicio la tramitación que corresponda conforme a lo solicitado por el actor, a no ser que se crea incompetente por razón de la cuantía litigiosa. Cabe, pues, que «in limine litis» el Juez por medio de resolución fundada se declare incompetente porque el conocimiento del asunto, en atención a la cuantía sea de la competencia de los Juzgados de Distrito (o de los Juzgados de Paz).

### 3.3. Determinación del objeto litigioso:

Constituye, contenido necesario de la nueva comparecencia la determinación del objeto litigioso recogida en la regla 2.ª del artículo 693. La nueva regulación que mantiene la prohibición de la «mutatio libellis», característica de nuestro Derecho Procesal, esto es, que no se altere «lo sustentado (por las partes) en sus escritos (de demanda y contestación a la demanda)» según, también, la jurisprudencia que se inclina por la teoría de la sustanciación frente a la de la individualización, establece el deber del juez de oír a demandante y demandado «e invitarlos para que... concreten los hechos, fijen aquellos en que no exista disconformidad y puntualicen, aclaren y rectifiquen cuanto sea preciso para delimitar los términos del debate».

Concede la ley poderes de dirección al juez en lo referente a la fijación exacta de las pretensiones. Facultades de esta naturaleza requieren un estudio previo del órgano jurisdiccional de los respectivos escritos de alegaciones de las partes, y todos sabemos cuán alejada está la práctica (por zonas e incluso explicables) de este

ideal, cuya consecución llevaría a obtener de este precepto el desenvolvimiento de todas sus potencialidades.

Esta regulación se inserta dentro de la corriente de un gran sector doctrinal que reclamaba mayores poderes del juez en especial en relación con esta materia, criterios doctrinales que motivaron la introducción de estos poderes en el «juicio de cognición». Así, el art. 52 del D. de 21 de noviembre de 1952 permite al Juez invitar a las partes a que concreten aquellos extremos de la demanda o contestación o reconvencción que considere que no han sido expuestos con la debida claridad y puntualicen los pedimentos oscuros o poco precisos.

No estará, sin embargo, de más indicar, en prevención de cualquier posible autoritarismo judicial que en ningún caso estas facultades puedan significar el trastoeque del principio de aportación de parte en cuanto al material fáctico, reflejo del principio dispositivo, ni expresar un ánimo inquisitivo que quiera ir más allá de las voluntades realmente manifestadas por las partes.

### 3.4. Subsanación de faltas o defectos:

Entramos en el examen de una de las funciones primordiales que cumple la nueva comparecencia. Esta función subsanadora o correctora de defectos procesales, con una finalidad saneadora de los vicios que obstan al conocimiento del fondo del asunto o evitadora de la continuidad de procesos, definitivamente, viciados es la causa principal del empeño de la doctrina en la regulación de la «audiencia preliminar». Esta función, sin embargo, es eventual, pues no siempre aparece como necesaria.

Las consecuencias a que conduce la rigidez del sistema de «excepciones dilatorias», que si son alegadas con carácter previo, como permite el juicio de mayor cuantía, conducen a una paralización exasperante del pleito (20) y, si son alegadas, conjuntamente con las llamadas «perentorias» como ocurre con el juicio de menor cuantía, para ser resueltas al tiempo que ha de dictarse la sentencia de fondo, pueden conducir al cabo del litigio y de sus recursos a un replanteamiento de la cuestión principal al haber quedado imprejuizado el fondo del asunto, habían motivado una sólida corriente doctrinal —según se explicó contraria a la regulación del viejo «solemnis ordo iudiciarius» y, desde luego, contraria al excesivo dominio del principio de autorresponsabilidad de las partes que impide toda corrección o rectificación posterior o la intervención subsanatoria del juez

(20) Profesores de Derecho Procesal. *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. I, pág. 25.

y favorecedora de la actuación «ex officio» en materia de presupuestos procesales.

La reforma actual, interpretando esta aspiración tan unánimemente sentida establece como objeto de la comparecencia: «subsana o corregir, si fuere posible, los defectos de que pudieran adolecer los correspondientes escritos expositivos, o salvar la falta de algún presupuesto o requisito del proceso que se haya aducido por las partes o se aprecie de oficio por el Juez; y cuando la subsanación no pudiere llevarse a efecto en el propio acto, conceder un plazo no superior a diez días, suspendiéndose, entretanto la comparecencia».

El precepto tiene una redacción desordenada, incurre en ambigüedad y se muestra insuficiente. Es desordenada la redacción, porque antepone los defectos de la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción (escritos expositivos, aunque deba extenderse lógicamente al escrito de personación, cuando se produce con independencia de aquellos) a los presupuestos o requisitos del proceso. Incurre, en ambigüedad, porque habla de presupuestos o requisitos que son términos y conceptos que no contempla la ley, sin relacionarlos con las «excepciones» y sin establecer «pistas» que permitan colegir si para el legislador son lo mismo los presupuestos que los requisitos o si los presupuestos, como requisitos previos constituyen una clase dentro de los requisitos (21) y se muestra insuficiente, porque al no establecer una relación de distintos supuestos concretos, en función de diferentes efectos, deja un amplio margen a la interpretación judicial en materia que por ser extraña a la propia ley no favorece la labor recreadora y complementaria del juez (22). Es plausible que el legislador haya huído de una enumeración casuística, con pretensiones de exhaustividad, necesariamente limitativa. Pero sí debía haber regulado los principales supuestos que pudieran presentarse sin perjuicio de incluir una cláusula general.

Establece la nueva regulación una doble vía de revelación de faltas o defectos: apreciación de oficio y denuncia de la parte.

La apreciación de oficio que supone poner de manifiesto en el acto de la comparecencia (nada dice la ley de una comunicación previa a las partes para que estén advertidas y sea útil la compare-

cencia) por el juez de la existencia del defecto o de la falta, no significa que haya de esperarse a este momento para hacer uso de las facultades que la ley confiere al Juez para resolver, en algunos casos, liminarmente. Así acontece con la aplicación del art. 74 que autoriza al órgano jurisdicción o de incompetencia objetiva por razón de la materia y con el art. 491, que comentamos anteriormente. Ahora bien, si el Juez no hiciera uso de estas facultades, puede, desde luego, plantear estas cuestiones en la comparecencia.

Para determinar qué son presupuestos y qué requisitos, tendrá necesariamente que acudir a criterios doctrinales. No dice la ley si esta apreciación de oficio se concreta exclusivamente en los presupuestos o se extiende a cualquier requisito. Es decir, si el juez puede suplir en todo caso, la falta de diligencia de las partes al no denunciar en el acto de la comparecencia los defectos o faltas. Entendemos, sin embargo, que estas facultades deben interpretarse en sentido amplio, es decir, comprendiendo tanto los presupuestos como los requisitos, o sea, todas «las circunstancias que pudieran obstar a la continuación válida y eficaz del asunto o impedir en su día una resolución sobre el fondo».

La denuncia de las partes se habrá formalizado en el escrito de contestación a la demanda en forma de alegaciones de «excepciones dilatorias», o procesales principalmente que comprenden: las «excepciones» referentes al presupuesto procesal de jurisdicción y de competencia del órgano judicial; la litispendencia; las excepciones referentes a las partes; la excepción relativa a las faltas del poder procesal; reclamación previa en la vía gubernativa, defectos en los escritos expositivos y arraigo del juicio. Pero la lista no tiene carácter exhaustivo en virtud de la redacción amplia del precepto, así que, todo defecto o falta que se erija en óbice de admisibilidad, puede ser tratado con carácter previo al fondo.

Nada se dice sobre la «excepción perentoria» de cosa juzgada que, a mi juicio, podrá ser ahora apreciada de oficio por el órgano judicial, bien por conocimiento propio que conste acreditado, bien por revelación de las partes en el acto de la comparecencia. No obstante, si ofreciera dudas su apreciación, deberá seguirse la tramitación incidental prevista por la ley y que consideramos aplicable al juicio de menor cuantía.

En orden a los efectos que produce la alegación o revelación del defecto o de la falta distingue la norma entre defectos o faltas insubsanables se equiparan los subsanables o corregibles si no hubieran sido subsanados o corregidos.

Los primeros, si efectivamente son declarados insubsanables provocan el sobreseimiento del proceso. (El Juez dará por terminado el acto y en el mismo día o al siguiente se dictará auto de sobresei-

(21) Sobre esta distinción, vide, PRIETO-CASTRO. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. T. I. Madrid, 1985, pág. 830.

(22) Dice FAIRÉN, en este orden «las cláusulas generales utilizadas en el proyecto español de 1983 —se refiere a la hoy Ley— temo que den lugar a vacilaciones y a diversas interpretaciones, dado lo complejo de lo que en la comparecencia de su art. 693 se puede tratar y resolver». Ob. cit. en nota 18, pág. 325.

miento del proceso, ordenando el archivo del mismo con imposición de costas), salvo que el defecto o la falta afectare a la personación del demandado o a su contestación, en cuyo caso se declarará en rebeldía o se tendrá por no formulada aquélla.

El concepto de sobreseimiento del proceso civil, formulado con este carácter general y sin regulación propia en la Ley de Enjuiciamiento Civil, requerirá, no obstante, grandes precisiones, en relación con los efectos que, sin duda, producirá literatura monográfica y titubeos doctrinales y jurisprudenciales sobre su alcance. Lo que no parece aceptable es que con el efugio del archivo de las actuaciones se pretendan acallar los problemas que subyacen, que en definitiva, hacen referencia a similares equiparaciones con la legislación procesal penal. ¿Se podrá hablar de un sobreseimiento libre, es decir, con valor equivalente al de una sentencia absolutoria, que impida, so pena de la prosperabilidad de la cosa juzgada, un replanteamiento del asunto? ¿Se podrá, paralelamente, hablar de un sobreseimiento provisional que no impida superado el óbice procedimental, un nuevo planteamiento porque el sobreseimiento simplemente equivalga a una absolución en la instancia?

Entiendo que el proceder del legislador ha sido muy ligero, al ocultar la cabeza bajo el ala, y no entrar en los problemas de distinción técnica que plantean los diferentes supuestos. ¿Pueden ser «iguales los efectos que produzca la apreciación de una litispendencia que los asignados a una falta de reclamación gubernativa»? (23).

Los segundos, inicialmente provocan la suspensión de la comparecencia, por plazo no superior a diez días, para que se produzca la subsanación. Si se produce la corrección, continúa el curso del proceso.

Tampoco la ley regula efectos preclusivos en relación con esta comparecencia. Tanto el órgano jurisdiccional como las partes, tienen oportunidad procesal de alegar o revelar defectos subsanables. No parece lógico que perdida la oportunidad, el órgano o la parte puedan invocar en resoluciones o recursos los óbices procedimentales que no se hayan acusado. Parecería razonable considerar que en estos casos la subsanación se produce por convalidación. Nada, sin embargo, dice la ley al respecto (24).

(23) Recordemos en este sentido las diferencias de tratamiento que proponían los profesores de Derecho Procesal en la obra colectiva «Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil», t. II, como puede comprobarse leyendo los arts. del proyecto dedicados a distintos supuestos dentro de la regulación de la «comparecencia previa».

(24) Sobre la necesidad de arbitrar criterios generales y generosos sobre la subsanación, vide PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil* cit., t. I, págs. 583 y ss.

### 3.5. *Solicitud de recibimiento a prueba:*

Por último, establece la regla 4.ª del art. 693, que «si interesa al derecho de las partes el recibimiento a prueba del pleito habrán de solicitarlo en el acto de la comparecencia.

#### E) *Fase de prueba*

##### a) *Recibimiento a prueba*

El recibimiento a prueba se puede solicitar, caso de que no haya lugar a la convocatoria de comparecencia, por declaración en rebeldía de todos los demandados, dentro de los tres días siguientes al en que se le notifique la providencia en cuestión. Si la parte actora solicita el recibimiento a prueba, así debe acordarse.

En el caso de que la comparecencia tenga lugar ya hemos visto cuál es el momento idóneo.

Como es sabido nuestra L.E.C. mantenía una absurda dualidad de sistemas legales para ordenar el recibimiento a prueba, según que se tratara del juicio de mayor cuantía, que obliga al juez si hubiera algún litigante que se opusiera al recibimiento a prueba a celebrar una vista sobre tal objeto e incluso a pasar por el convenio de los litigantes si estos deciden que se falle definitivamente el pleito sin necesidad de prueba (art. 552), o, del juicio de menor cuantía, de corte y factura histórica más moderno, que permitía que fuera el juez quien dispusiera sobre el recibimiento del pleito a prueba (art. 693). La ley reformada suprime esta dualidad, pero la modificación del sistema opera al revés, es decir, que justamente se elige el sistema más antiguo, el menos explicable según la concepción moderna de la función jurisdiccional, pues no se puede aceptar, de acuerdo con el común de la doctrina procesal actual (25), que se confiere un derecho de disposición a las partes para decidir acerca de la conveniencia de recibir el pleito a prueba. El juez no puede aparecer «como espectador de una discusión sobre partes acerca de la conveniencia de recibir el pleito a prueba, como si no fuere el personaje principal y el destinatario único de los resultados probatorios. De aquí, que se haya reputado como uno de los artícu-

(25) Esta inconveniencia lleva a un penegirista moderado de la Novela 34/84—como FAIRÉN: «el hacer casi coincidir en el epicentro de la Ley a dos procesos, en el fondo tan diferentes por su origen, evolución y sistemas de principios comparemos, por ejemplo, los arts. 550 y 552, de un lado, y el 693 (antiguo) de la L.E.C. sobre iniciativa para abrir el estadio probatorio del proceso; su fundamental diferencia es sintomáticamente grave— nos lleva también a «momentos peligrosos». Pág. 14.

los menos aceptables del Derecho procesal común, el art. 552 que se mantiene y que vincula al juez al convenio de las partes en cuanto a prescindir del recibimiento a prueba, criterio que, desgraciadamente, se introduce en el párrafo cuarto del núm. 4 del actual artículo 693, al establecer que el juez dictará sentencia «si ninguna de las partes hubiera solicitado el recibimiento a prueba».

Veamos cómo funciona el precepto:

— Si ninguna de ellas hubiera solicitado el recibimiento a prueba, el juez dictará sentencia dentro de los cinco días a partir del siguiente al de la terminación de la comparecencia.

— Al mismo resultado se llega si las partes están conformes con los hechos y la discrepancia queda reducida estrictamente a una cuestión de derecho.

— Si las partes no estuvieran conformes con los hechos y al menos una de ellas hubiera instado el recibimiento a prueba, así lo acordará el juez.

#### b) *Proposición de prueba*

Acordado el recibimiento a prueba se prevendrá a las partes (arts. 685 y 693) para que proponga a cada una, toda la que interese en el plazo de ocho días. Se amplía, pues, el antiguo plazo de seis días a ocho con prevenciones y limitaciones iguales a la del Derecho anterior sobre imposibilidad de proponer prueba transcurrido dicho plazo, ni adicionar la propuesta, con la salvedad de lo que ahora expresamente se consigna, respecto de la prueba pericial y reproducción: —ocn alteraciones nimias— de la disposición que, por excepción, rige para los documentos que se hallen en alguno de los casos del art. 506 (art. 694).

#### c) *Práctica de la prueba*

Se mantiene el plazo de veinte días para la ejecución de la prueba, ampliable a diez como máximo, pero se hace depender esta ampliación que deberá otorgarse por los días indispensables, sólo de la imposibilidad racional de practicarla dentro del plazo inicial, sin exigir —como antes—, que las pruebas que determinan la ampliación, tengan que practicarse fuera del lugar del juicio (arts. 696 y 697).

En realidad esta materia únicamente experimenta las modificaciones complementarias que son consecuencia de la aplicación de las generales, producidas en el juicio de mayor cuantía, tales como la remisión que efectúa el art. 698 a los arts. 556 y 561 en cuanto al otorgamiento del término extraordinario de prueba en los casos

y con los requisitos que determinan estos artículos. El nuevo art. 556 reduce y simplifica el término extraordinario de prueba que será de tres meses si el medio de prueba hubiera de efectuarse en Europa y de cuatro meses, en cualquier parte del mundo.

También son de tener en cuenta las modificaciones producidas respecto a los documentos redactados en cualquier idioma que no sea el castellano en relación con las copias (art. 601) y las reglas sobre exhibición de documentos privados que no sean propiedad exclusiva de quienes litigan (art. 603), así como la «revolución» que puede operarse en la práctica de la prueba testifical con las nuevas posibilidades del interrogatorio que confiere al nuevo art. 652.

#### F) *Fase de conclusiones*

La Novela 34/1984, incide en otra muestra de carácter regresivo al regular, sustituyendo el contenido de la vieja comparecencia, un trámite de conclusiones equivalente al previsto para el juicio de mayor cuantía (art. 701) que permite, tras la convocatoria de las partes para ponerles de manifiesto las pruebas en Secretaría que éstas presenten, dentro de un plazo no superior a diez días, un escrito con el resumen de las pruebas. A solicitud de todas las partes el escrito se puede sustituir por una vista pública.

Este trámite, explicable en procesos donde no rige el principio de inmediación y cuyo valor o eficacia resulta muy dudoso, podría perfectamente suprimirse, si no se regulara como exposición oral al término de la última audiencia probatoria que se practicara. El menoscabo de la oralidad que sufre la regulación con la nueva configuración del trámite no es, a mi juicio, constitucional.

#### G) *Fase de decisión*

Transcurrido el plazo de diez días otorgado para conclusiones, el Juez dictará sentencia dentro de los diez días siguientes. La sentencia resolverá todas las cuestiones propuestas. En su caso, se decidirán en primer lugar las que puedan obstar al pronunciamiento sobre el fondo si no hubieren sido ya resueltas. Las sentencias son apelables en ambos efectos.

No se conceden recursos independientes del que se otorga contra la sentencia de fondo para impugnar las decisiones incidentales (principio de concentración de impugnaciones).

## EMBARGO DE BIENES LITIGIOSOS

MANUEL CACHÓN CADENAS

Profesor Colaborador de Derecho Procesal  
Universidad Autónoma de Barcelona

1. Los problemas que plantea el tema enunciado en el título de esta nota son numerosos y de difícil solución. Las líneas que siguen no constituyen un estudio sistemático y exhaustivo de aquellas cuestiones; por el contrario, se limitan a analizar un caso real, cuyos hitos más importantes se exponen a continuación:

A) Con fecha de 15 de noviembre de 1978, A y B vendieron a C, D y E la empresa «X». Una vez iniciada por los compradores la explotación económica de la empresa, surgieron entre las partes determinadas desavenencias relativas a la ejecución del contrato. A raíz de tales discordias, A y B formularon demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra C, D y E; los vendedores instaban la resolución de la compraventa y pedían que los compradores fueran condenados a restituir a aquéllos los bienes integrantes de la empresa vendida.

B) En el curso del proceso indicado, se decretó, como medida cautelar, la administración judicial de la empresa objeto del litigio, formándose la correspondiente pieza separada. Posteriormente, se procedió a la venta de uno de los locales comerciales que componían el patrimonio de la empresa. El precio obtenido en la compraventa (dos millones cien mil pesetas) quedó en poder del Administrador Judicial. Por otra parte, la sentencia recaída en primera instancia acogió la demanda presentada por A y B. Los demandados interpusieron recurso de apelación contra esa sentencia.

C) Así las cosas, don L. M., Procurador de los demandados (apelantes), promovió, ante el Juzgado que había conocido del asunto en primera instancia, procedimiento de habilitación de fondos con-

tra sus dos poderdantes por la cantidad de dos millones de pesetas. Conviene advertir que don L. M. dedujo la pretensión anterior en la pieza separada de administración judicial. El Juzgado (número 6 de los de Primera Instancia de Barcelona) dictó providencia de 16 de diciembre de 1982 acordando que C, D y E fuesen requeridos a fin de que entregaran a su Procurador, en concepto de provisión de fondos, la cantidad reclamada por aquél, bajo apercibimiento de apremio, ordenando asimismo la formación de piezas separada para la tramitación de la habilitación de fondos instada por don L. M.

D) Dado el incumplimiento de los demandados, don L. M. solicitó al Juzgado que se procediera a requerir al Administrador Judicial para que hiciese entrega a aquél (el Procurador de los demandados) de la suma de dos millones de pesetas a cuenta de la que obraba en su poder como consecuencia de la compraventa mencionada anteriormente. El Juzgado dictó providencia de 5 de abril de 1983 accediendo a la petición del Procurador. Esta resolución se notificó a A y B (demandantes en el proceso principal), quienes formularon recurso de reposición contra la misma, solicitando que el Juzgado la dejara sin efecto. Con fecha de 28 de abril de 1983, recayó auto por el que se estimaba el recurso de reposición a que se ha hecho referencia y se decretaba el ingreso en la Caja General de Depósitos de la suma obrante en poder del Administrador Judicial. El razonamiento contenido en el único considerando de dicho auto era el siguiente:

«Que, sin pretender siquiera prejuzgar la prelación, en la supuesta concurrencia del presunto crédito de los demandantes o de su Procurador, con o frente al del Procurador de la parte demandada, lo cierto es que a éste lo respalda el título ejecutivo nacido en la pieza separada de provisión de fondos en la que, como bien dice el impugnante del recurso, ni siquiera debe ser parte el recurrente, no obstante habersele notificado las resoluciones dictadas en dicha pieza por dimanar ésta de los autos principales, lo que condujo a la admisibilidad del recurso y frente a dicho título ejecutorio tal vez pudiera la parte actora esgrimir otro similar, pero con la particularidad de que ni siquiera ha iniciado su pretensión de provisión de fondos o de jura de cuentas, y por otra parte la sentencia dictada en los autos principales no es firme por estar pendiente de apelación, lo que equivale a tener que considerar tales bienes como litigiosos y por tanto no susceptibles de ser adjudicados o su importe entregado en beneficio de una de las partes como representaría abonar lo que se reclama por la parte demandada, y esto obliga a estimar el recurso, y, por contrario imperio, reponer la providencia recurrida sin que proceda hacer una especial declaración sobre las costas procesales».

E) Don L. M. interpuso recurso de apelación contra la resolución precedente. Además, el citado Procurador pidió al Juzgado, en

un escrito posterior, que procediera al embargo de las sumas obrantes en poder del Administrador Judicial, y ello «sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva». El Juzgado denegó el embargo mediante providencia de 17 de mayo de 1983, limitándose a declarar que «una vez exista constancia de que la suma que se pretende embargar corresponde a los demandados, se acordará».

F) Casi un año después, don L. M., aprovechando la circunstancia de que aún estaba pendiente de resolución el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en el proceso principal, volvió a promover, esta vez en la segunda instancia de dicho proceso, procedimiento de habilitación de fondos contra sus mandantes. Resulta necesario señalar que, a pesar del tiempo transcurrido desde la formulación del recurso de apelación contra el auto de 28 de abril de 1983, ese recurso tampoco había sido resuelto.

G) Tras la formación de pieza separada de habilitación de fondos, la Audiencia Territorial de Barcelona (Sala 1.ª de lo Civil), a instancia de don L. M., acordó, mediante providencia de 7 de mayo de 1984, el embargo y la retención de la cantidad de dos millones de pesetas obrante en poder del Administrador Judicial. A y B (demandantes en el proceso principal), al igual que ya había ocurrido en la primera instancia, formularon recurso contra aquella resolución; hay que tener en cuenta que los demandantes solicitaban, en el correspondiente escrito, que se tuviera por interpuesto «recurso de reposición» e invocaban el art. 376 LEC. La Sala admitió el recurso declarando expresamente que «se le tiene por interpuesto recurso de súplica». Con fecha de 28 de mayo de 1984, la Audiencia dictó auto por el que, estimando el recurso presentado por A y B, revocaba la providencia de 7 de mayo y, en consecuencia, dejaba sin efecto el embargo decretado en aquella fecha. Se transcribe el considerando incluido en el auto mencionado:

«Que cualquiera que sea el valor que quepa atribuir al escrito presentado por el Procurador Sr. J... en la representación de los actores del proceso de que se trata, ya sea de recurso o de simple denuncia a la Sala del hecho a que se contrae, es lo cierto que examinados los autos aparece claro que no cabe atribuir en esta fase procesal a sus poderdantes (1), la pertenencia de la suma cuyo embargo en esta pieza de habilitación de fondos solicita, suma que, en el mejor de los casos, habría de calificarse, cual en su momento se hizo en la

(1) El error de dición es manifiesto, ya que el auto alude a los poderdantes del Procurador Sr. J... (los demandantes en el proceso principal), cuando, con arreglo al contexto, debería hacer referencia a los mandantes del Procurador Sr. L. M., esto es, a los demandados en el proceso principal.

sentencia, como «bien litigioso» (2), sometida incluso de oficio, a dejar sin efecto el proveído de la Sala de 7 de mayo de 1984, que ordenó esta provisión y acordó el embargo referido».

2. La exposición de antecedentes realizada hasta aquí resulta ciertamente prolija, pero es necesaria para comprender el planteamiento de las cuestiones que van a ser abordadas, y que se refieren, directa o indirectamente, al embargo de la suma de dinero que se hallaba en poder del Administrador Judicial, prescindiendo, por tanto, de aquellos aspectos concernientes al procedimiento de habilitación de fondos previsto en el art. 7 LEC que no estén relacionados con el tema mencionado (3).

En este sentido, el problema fundamental que surge de la relación fáctica anterior consiste en determinar si aquella suma monetaria era o no embargable en los procedimientos de habilitación de fondos entablados por el Procurador de los demandados (C, D y E).

Ahora bien, la formulación de esa pregunta carecería de interés si, previamente, no se resuelve una duda provocada por la forma en que se desarrolló el procedimiento de provisión de fondos incoado ante el Juzgado de Primera Instancia. En términos de derecho positivo, la cuestión estriba en concretar el alcance de la remisión al «apremio» que efectúa el art. 7, II LEC, a fin de dilucidar si, en

(2) Es obvio que la calificación de «bien litigioso» asignada a la suma cuyo embargo pretendía el Procurador de los demandados no había sido efectuada por el Juzgado de Primera Instancia en la «sentencia», sino en el auto (de 28 de abril de 1983) por el que se estimó el recurso de reposición deducido por los demandantes contra la providencia recaída anteriormente (5 de abril de 1983).

(3) Uno de los problemas que, entre otros, serán eludidos es el que atañe a la competencia para conocer de este procedimiento cuando esté pendiente de resolución el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en el proceso para cuya prosecución se pida la habilitación de fondos. En síntesis, se trata de interpretar adecuadamente el precepto contenido en el artículo 7, II LEC, conforme al cual «esta pretensión se deducirá en el Juzgado o Tribunal que conozca del pleito...». Adviértase la habilidad con que actuó, en el presente caso, el Procurador de los demandados, al instar la habilitación de fondos en la pieza separada de administración judicial, en vez de proponerla en los propios autos del proceso principal; en efecto, la regla general establecida en el art. 389 LEC («También quedará mientras tanto en suspenso la jurisdicción del Juez para seguir conociendo de los autos principales y de las incidencias a que puedan dar lugar, desde el momento en que admita en ellos una apelación en ambos efectos»), está sometida a algunas excepciones, señaladas en el art. 390 LEC, de las que cabe destacar las incluidas en los dos primeros números del precepto citado: «...podrá el Juez seguir conociendo: 1.º De los incidentes que se sustancien en *pieza separada, formada antes de admitir la apelación*; 2.º De todo lo que se refiere a la *administración, custodia y conservación de bienes embargados o intervenidos judicialmente, siempre que la apelación no verse sobre alguno de estos puntos*...».

este supuesto, se podía adjudicar directamente al Procurador la cantidad pecuniaria pretendida por éste, o si, por el contrario, debía tener lugar, antes de esa entrega, la práctica del embargo.

La solución que se impone es clara: a falta de otro medio de afectación de bienes a la ejecución, la traba era indispensable. Tal conclusión se obtiene fácilmente si se considera que el término «apremio» comprendido en el art. 7, II LEC designa el proceso de ejecución singular pecuniaria en su totalidad (4). Pero se llega a idéntico resultado si se estima que dicha expresión denota solamente una parte de aquel proceso, la regulada, bajo la rúbrica «Del procedimiento de apremio», en la Sección 2.ª del Título XV del Libro II LEC (arts. 1481 y ss.), ya que la remisión a ese conjunto de normas es global, y entre ellas figuran diversas disposiciones que exigen, como presupuesto general para iniciar el «procedimiento de apremio», la previa verificación del embargo (5), sin que aparezca excluido el supuesto en que el apremio recaiga sobre dinero. Como se ve, son consecuencias que se desprenden de una interpretación meramente gramatical de la Ley, sin necesidad de un análisis más profundo.

En consecuencia, también en este supuesto rige el principio general que impide, en ausencia de otro medio de adscripción de bienes a la ejecución singular pecuniaria, utilizar bienes del ejecutado para someterlos a realización forzosa o para llevar a cabo con ellos el pago al ejecutante sin que, con anterioridad, se haya practicado el embargo sobre los mismos (6).

El Juzgado acordó el requerimiento del Administrador Judicial a fin de que entregara al Procurador don L. M. la cantidad de dinero reclamada por éste (providencia de 5 de abril de 1983), y ello sin decretar, previa y expresamente, el embargo de la mencionada suma. A pesar de todo, no se ha producido infracción procesal alguna. A mi juicio, el embargo, entendido en sentido estricto como afectación de bienes a la ejecución, está ya incluido en aquella resolución judicial; al ordenar que el Administrador Judicial entregue

(4) Vid. sobre esta acepción del término «apremio» y la ambigüedad de dicho vocablo PRIETO-CASTRO, *Tratado de derecho procesal civil*, Pamplona, 1982, II, p. 666; MONTERO, *El proceso laboral*, Barcelona, 1981, II, pp. 327-328.

(5) Así, los arts. 1481 («...si lo embargado fuera dinero...»), 1483 («Si fueren muebles los bienes embargados...») o el 1489 («Cuando los bienes embargados pertenezcan a la clase de los inmuebles...»). Tras la reforma introducida en la LEC por la Ley de 6 de agosto de 1984, el pfo. III del art. 1481, en su actual redacción, reitera la misma idea con referencia, precisamente, al dinero («Cuando, entre los bienes embargados, no hubiere moneda suficiente...»).

(6) Vid. RAMOS, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1980 pp. 1006 y 1015; FERNÁNDEZ, *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1982, p. 146.

al Procurador la suma en metálico que se encuentra en su poder, el Juez manifiesta, innegablemente, la voluntad de sujetar ese bien concreto, a la ejecución, sin que, por otra parte, se pueda sostener que, en virtud de esa resolución, ya se ha realizado el «pago» (artículo 1481 LEC) al ejecutante. El ordenamiento no somete al embargo a especiales requisitos de forma, ni exige que la declaración de voluntad mediante la que se afectan determinados bienes a la ejecución se lleve a efecto con palabras rituales absolutamente fijadas de antemano. De ahí que no exista obstáculo alguno para que esa declaración se efectúe, implícitamente, a través de la resolución que decreta la adopción de alguna medida de aseguramiento de la traba, o, incluso, en una resolución de contenido distinto que no forme parte de los actos constitutivos del «procedimiento de apremio» tal y como figura regulado en los arts. 1481 y ss., LEC (7).

Acaso por no percatarse de los diversos extremos a que se ha hecho alusión, el Juez no logró plantear de manera idónea la cuestión suscitada (auto de 28 de abril de 1983), que era, en primer lugar, el problema de la embargabilidad de la suma pecuniaria, y, sólo subsidiariamente, el relativo a la adjudicación de dicha suma.

3. Estamos ante un tema en el que la nitidez conceptual es imprescindible. Así pues, conviene precisar que, cuando se hable del embargo de la suma monetaria, se ha de entender, en rigor, que se está haciendo referencia al embargo del derecho de propiedad que recae sobre esa suma, con exclusión, por tanto, de otras situaciones jurídicas subjetivas más o menos ligadas al expresado derecho de propiedad. Este es el sentido usual de aquella locución, y, desde luego, el que le asignan tanto el Juzgado como la Audiencia en sus respectivas resoluciones.

¿Cabía el embargo de ese bien en los procedimientos de habilitación de fondos promovidos por don L. M.? La tesis propugnada por A y B (demandantes en el proceso principal) fue la que, en definitiva, prevaleció en los dos procedimientos: la suma de dinero que se halla en poder del Administrador Judicial no puede ser embargada, porque se trata de un bien litigioso, de manera que no es posible atribuir la pertenencia del mismo a los demandados (sujetos pasivos de los procedimientos de habilitación de fondos) en tanto no recaiga sentencia firme en el proceso principal. Si se examina con algún detenimiento la doctrina establecida por ambos órganos jurisdiccionales, se observa que falta en ella cualquier mención de una norma que, expresamente, declara inembargables los bienes

(7) Vid. para otras hipótesis en que la afección puede tener carácter implícito CARRERAS, *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, pp. 272 y 289.

litigiosos; y es que una disposición de esa clase no existe en nuestro derecho. La suma dineraria no es susceptible de traba porque no aparece acreditada la concurrencia de un requisito de embargabilidad distinto del anterior: la pertenencia del bien al ejecutado. Esta es la doctrina.

Con todo, ese no es un planteamiento apropiado. Una vez más el lenguaje puede jugar una mala pasada. El bien litigioso puede ser identificado con el derecho discutido en el proceso, pero también es posible entender por bien litigioso la mera expectativa jurídica que tiene el litigante, por el hecho de serlo, con relación al derecho controvertido (8). El Juzgado y la Audiencia se refieren al bien litigioso en el primero de los sentidos apuntados. Pero, concebido así el bien litigioso, éste nada tiene que ver con el problema que estriba en acreditar la pertenencia del bien al ejecutado, tal y como se presenta esa cuestión en el proceso de ejecución.

El carácter litigioso de un derecho es un dato puramente objetivo y externo. La existencia del mismo no depende de su conocimiento por una o unas determinadas personas. Si alguien, por ignorar la litigiosidad de un derecho, celebra un negocio jurídico en el que tal derecho aparece exento de aquella nota, otorga, en realidad, un negocio jurídico sobre algo que no tiene existencia. Al fin y al cabo, lo propio ocurre cuando no se toma en consideración otra cualidad esencial del derecho o del bien; quien compra una finca como libre de cargas, cuando realmente está gravada con una servidumbre o pesa sobre ella una hipoteca, estipula una compraventa sobre algo que, si bien se mira, no existe: lo único que hay es una finca dotada de algunas características iguales a las de la finca descrita en el contrato, pero provista también de otros rasgos fundamentales totalmente distintos. Problema diverso es el concerniente a las consecuencias jurídicas que el ordenamiento anuda a un negocio jurídico de esa naturaleza. La Ley, atendiendo a circunstancias específicas (buena o mala fe de las partes, publicidad registral, posibilidad de haber conocido la cualidad ignorada, etc.), puede establecer la nulidad del negocio, su anulabilidad, la facultad de rescindirle, la adquisición de un derecho distinto del que existía, la imposición de sanciones penales u otros efectos jurídicos.

Eso quiere decir que, si el ejecutor, por causa del desconocimiento de la pendencia de un proceso que enfrente al ejecutado y a un tercero y que versa sobre la titularidad de un concreto derecho, embarga y adjudica ese derecho como propio del ejecutado, y sin tener

(8) Sobre la ardua cuestión de la cosa litigiosa, vid. RAMOS, *La sucesión procesal. Estudio de los cambios de parte en el proceso*, Barcelona, 1974, especialmente pp. 66-100, y bibliografía allí citada.

en cuenta su carácter litigioso, traba y enajena un derecho ficticio, con independencia de que, en el futuro, cobre realidad por resultar vencedor el ejecutado en el proceso de que se trate. Si en tal procedimiento triunfa la parte contraria, surgirán múltiples y complejos conflictos de intereses. Pero una cosa es segura: en estas contiendas, ninguno de los sujetos involucrados puede quedar protegido, única y exclusivamente, en virtud del embargo y de la adjudicación mencionadas, porque han recaído sobre algo que no existía. Otro asunto es que el ordenamiento, por razones diversas (buena fe, inscripción registral, etc.), otorgue amparo a los intereses de algunas de aquellas personas.

La litigiosidad del derecho puede constar, por el medio que sea, en el propio proceso de ejecución. Si esto es así, el ejecutor debe tomarla en cuenta, so pena de proceder contra un derecho inexistente.

Que la suma de dinero, o, más precisamente, la propiedad de la misma, fuera, en el caso que nos ocupa, un bien litigioso parece claro. Es cierto que, en el proceso entablado por A y B contra C, D y E, la controversia no recaía, de modo inmediato, sobre la titularidad de aquella suma. No obstante, la contienda alcanzaba, indirectamente, a esa titularidad. Los demandantes pedían la resolución de la compraventa, lo que implicaba postular la ineficacia del contrato y, por tanto, la desaparición del efecto transmisivo de la propiedad sobre la empresa vendida a los demandados. Y la suma monetaria que estaba en poder del Administrador Judicial era, por su origen, uno de los bienes integrantes del patrimonio de la empresa.

Los órganos jurisdiccionales ante los que se tramitaron los correspondientes procedimientos de habilitación de fondos no podían afectar la suma pecuniaria omitiendo su carácter litigioso. Ello hubiera equivalido a embargar algo que aún no existía y que, por lo demás, ni siquiera se sabía si existiría en el futuro: un bien no litigioso. La traba verificada en esas condiciones habría sido inexistente o, si se prefiere, radicalmente nula por carecer de objeto. Desde este punto de vista, la postura adoptada por el Juzgado y por la Audiencia resulta adecuada.

Ahora bien, para llegar a esa consecuencia, hubiera bastado la referencia a la naturaleza litigiosa del bien cuyo embargo pretendía el Procurador don L. M. No era necesaria la alusión al tema de la pertenencia de la suma de dinero a los sujetos pasivos del procedimiento de habilitación de fondos. El embargo del bien que prescindiera de su naturaleza litigiosa no era posible porque, sencillamente, un bien de esa clase no existía.

El camino trazado conduce al verdadero nudo de la cuestión. El ejecutor ha de tener en cuenta la litigiosidad del bien. ¿Significa eso

que, cumpliendo dicho requisito, cabe el embargo del bien litigioso entendido en el primero de los sentidos indicados anteriormente, esto es, como el derecho controvertido en el proceso? La respuesta tiene que ser negativa: ese embargo no es viable. No se trata de que el ordenamiento declare expresamente inembargables los bienes litigiosos, sino de algo más simple: un embargo de esa clase no es posible por la misma naturaleza de las cosas. Para comprobarlo, son suficientes las siguientes observaciones: a) el ejecutor que afirma la litigiosidad de un bien reconoce, sin más, la posibilidad objetiva de que el bien pertenezca a una persona o, por el contrario, corresponda a otra distinta; pero una incertidumbre como la señalada no puede tener entrada en el acto del embargo, que necesariamente ha de practicarse sobre bienes que se reputen pertenecientes al ejecutado; en consecuencia, un embargo en el que se atribuyera un bien a una persona determinada y, a la vez, se admitiera la posibilidad de que eso no sea así, resultaría absurdo; b) por otra parte, una traba de semejantes características recaería, alternativamente, sobre un doble objeto: el bien litigioso y la mera expectativa que el ejecutado tiene respecto de dicho bien; el embargo no cumpliría su función esencial: concretar los bienes sobre los que debe versar la restante actividad ejecutiva.

La posibilidad de embargar los bienes litigiosos, concedidos en el sentido indicado, es un problema previo y distinto al de determinar si ha sido acreditada la pertenencia del bien al ejecutado. El ejecutor no puede afectar el bien litigioso porque esto es objetivamente imposible e independiente del valor subjetivo que se asigne a la litigiosidad del bien a efectos de descartar su pertenencia al ejecutado. Por ello, era innecesario y, a la postre, perturbador ligar la cuestión de la litigiosidad de la suma monetaria con el problema de la justificación de la titularidad de esa suma, que fue lo que hicieron el Juzgado y la Audiencia.

4. Ninguno de los dos órganos jurisdiccionales tomó en consideración la posibilidad de concebir el bien litigioso en un sentido diferente del que lo identifica con el derecho controvertido en el proceso. Si lo hubieran hecho, se habrían dado cuenta de que el bien litigioso puede ser entendido como la expectativa o posibilidad jurídica que tiene el litigante con relación al derecho discutido (9). En el caso presente, C, D y E, sujetos pasivos en los procedimientos de habilitación de fondos, tenían el carácter de demandados en el proceso del que derivaba la litigiosidad de la suma de dinero que se encontraba en poder del Administrador Judicial. Por ese solo hecho,

(9) Vid. RAMOS, *La sucesión procesal...*, cit., p. 93,

les correspondía una expectativa jurídica: la de mantener, al término del proceso, la propiedad sobre la empresa que habían adquirido de los demandantes. Al ser la suma monetaria uno de los bienes constitutivos del patrimonio de la empresa, aquella expectativa se extendía también a dicha suma.

El problema, entonces, consiste en saber si una expectativa de ese tipo es o no susceptible de embargo (10). A mi entender, la contestación ha de ser afirmativa. Así se desprende del análisis conjunto de los requisitos a cuya concurrencia subordina nuestro derecho la embargabilidad y de las alusiones a la cosa litigiosa efectuadas en diversos preceptos positivos.

a) El carácter patrimonial de esas situaciones jurídicas viene avalado por los datos de la experiencia. En ésta, se atribuye valor económico, mayor o menor según los casos, a los derechos litigiosos. Y la ley corrobora esa idea; así resulta, por ejemplo, de los arts. 1535 y 1536 del Código Civil (CC.). Cuestión distinta es que tal valor no coincida con el derecho a que se refiere la expectativa. Pero una comparación de esa especie es, incluso, improcedente, porque se estaría confrontado algo real (la expectativa) con una entidad ficticia (el derecho no litigioso, que aún no existe).

b) No hay una norma que declare la inalienabilidad de los bienes litigiosos. Además, y es lo importante a nuestros fines, el ordenamiento reconoce implícitamente no sólo la transmisibilidad, en general, de los derechos litigiosos (v. gr., los arts. 1291, 4.º, 1535 y 1536 CC. o el art. 9, 4.º y 7.º LEC), sino también la posibilidad de enajenarlos en un procedimiento ejecutivo. En este sentido, son harto significativos los arts. 1239, I LEC, relativo al concurso de acreedores, y 1495 CC. Dice el primero de esos preceptos que «también podrán enajenarse en pública subasta los créditos, derechos y acciones, cuando por ser litigiosos... hubiera de dilatarse indefinidamente la terminación del concurso para realizarlos». Con arreglo al art. 1495, 5.º, I CC, «no podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia: ...5.º Los Magistrados, Jueces, individuos del Ministerio fiscal, Secretarios de Tribunales y Juzgados y Oficiales de justicia, los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el Tribunal...»; y el propio art. 1495, 5.º, in fine CC extiende esa prohibición «a los Abogados y Procuradores respecto a los bienes y derechos que fueren objeto de un litigio en que intervengan por su profesión y oficio».

(10) Sobre otros supuestos de embargo de expectativas jurídicas, vid., por ejemplo, JIMÉNEZ ASEÑO, voz *Embargo*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», Barcelona, 1956, T. VIII, p. 260; CARRERAS, *El embargo...*, cit., pp. 155 y 227-228.

La ley prohíbe a determinadas categorías de personas la compra de unos bienes litigiosos dotados de específicas características; entre las formas de adquisición que aparecen vedadas, se alude expresamente a la compra por subasta pública o judicial, y no se olvide que la LEC configura la adjudicación mediante pública subasta como una «venta». Es esa una disposición de carácter excepcional, según señala el art. 1457 CC («... salvo las modificaciones contenidas en los artículos siguientes»). Como tal exención, estaría privada de sentido y utilidad si no diera por supuesta una regla general, que, en la parte que ahora nos interesa, no puede ser otra que la de estimar enajenables mediante subasta judicial (cualquier clase de subasta judicial) los bienes y derechos litigiosos (cualesquiera bienes y derechos litigiosos).

c) Tampoco existe un precepto que califique expresamente como inembargables los bienes litigiosos. Dado que se admite la posibilidad de enajenarlos en pública subasta y ésta, cuando forma parte de un proceso de ejecución singular pecuniaria, presupone la realización del embargo, hay que entender que la traba está permitida, aunque sea de forma implícita.

d) El problema de la pertenencia del bien al ejecutado no ofrece dificultad alguna si se trata de un bien litigioso. Este viene concedido como la expectativa jurídica que corresponde al litigante respecto del derecho controvertido. Por consiguiente, la pertenencia del bien al ejecutado está ligada inescindiblemente, en esos supuestos, a dos simples datos: existe un proceso que versa sobre aquel derecho y el ejecutado es parte en dicho proceso.

e) En cuanto al lugar en que ha de ser colocado el bien litigioso dentro del orden de prelación de bienes embargables establecido por la ley, parece que la solución más adecuada es la de considerar que se halla comprendido en esa especie de cajón de sastre constituida por el art. 1447, II, 9.º LEC (número 10 en la anterior redacción), que se refiere a los «créditos y derechos no realizables en el acto». Por lo demás, esta cuestión no se planteaba en el caso que estamos examinando, puesto que no constaba la existencia de bienes preferentes.

En conclusión, no había obstáculos de ningún tipo para embargar, en los procedimientos de habilitación de fondos, el bien litigioso correspondiente a los demandados en el proceso promovido contra ellos por A y B, a condición de entender por bien litigioso la expectativa que tenían los demandados con relación al derecho de propiedad sobre la suma pecuniaria que estaba en poder del Administrador Judicial.

El embargo, practicado dentro de los límites expresados, no habría ocasionado perjuicios a los demandantes, porque se respetaba escrupulosamente su propia expectativa jurídica sobre la suma monetaria. Como en cualquier otro procedimiento ejecutivo en que se persiga la entrega de una determinada cantidad de dinero, la actividad de apremio sólo hubiera podido recaer sobre el bien embargado, que sería una simple expectativa, y no la suma en metálico. Por ello, la adjudicación directa de esa suma no hubiese sido posible.

Con un embargo como el descrito, el Procurador don L. M. habría conseguido una doble oportunidad procesal: a) instar, de manera inmediata, la realización del bien litigioso embargado; b) esperar a que el proceso en el que había surgido la litigiosidad del derecho concluyera por sentencia firme; en este caso, hubiera tenido lugar la consolidación de la expectativa o su definitiva extinción, de suerte que el embargo se transformaría, pasando de ser embargo de una expectativa a ser embargo de un derecho perfecto, o, por el contrario, desaparecería totalmente; téngase en cuenta que, si bien el procedimiento de habilitación de fondos previsto en el art. 7 LEC tiene como función proporcionar al Procurador los recursos económicos necesarios para la prosecución del proceso, también con posterioridad a la firmeza de la sentencia puede ser necesaria la realización de algunas actuaciones, máxime si, como sucedía en el presente caso, se había adoptado una medida cautelar.

En lo que se refiere a la fórmula apropiada para llevar a cabo el embargo del bien litigioso, el único criterio general que cabe señalar es el de que debe quedar absolutamente claro que los efectos de la traba permanecerán subordinados al resultado del proceso. La fórmula propuesta por el Procurador don L. M. («sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva») era perfectamente idónea.

A modo de resumen de cuanto precede, pueden ser enunciadas las dos siguientes afirmaciones: a) la suma de dinero que se hallaba en poder del Administrador Judicial no podía ser embargada en los procedimientos de habilitación de fondos incoados por el Procurador don L. M.; b) por el contrario, sí resultaba embargable la expectativa jurídica que correspondía a los de mandados (C, D y E) con relación a dicha suma.

## NOTAS

## SOBRE EL CONTENIDO DE LA LEGITIMACION DEL RESPONSABLE CIVIL EN EL PROCESO PENAL

ANTONIO M.<sup>a</sup> LORCA NAVARRETE

Titular Numerario de Derecho Procesal  
San Sebastián

### SUMARIO:

I. Preliminar. — II. La postura de la doctrina sobre el tema. — III. La condición de parte civil del demandado responsable civil en el enjuiciamiento criminal *clave* para comprender el contenido de su legitimación. — IV. La legitimación del responsable civil en la jurisprudencia del T.S.

### I. PRELIMINAR

Cuando el profesor Muñoz Rojas escribía en el año 1965 (1) una oportuna anotación a una sentencia del T.S. (2) y planteaba expresamente el tema de la legitimación del responsable civil («subsidiario») (3) en el proceso penal, hasta el momento en que ahora me

(1) MUÑOZ ROJAS, T., *Legitimación del responsable civil subsidiario en el proceso penal*, en Rev. Der. Proc. 1965 (1.<sup>a</sup> época), abril-junio, pp. 145 y ss.

(2) Se trataba de la sentencia de 29 de mayo de 1963 en MUÑOZ ROJAS, T., *Legitimación del responsable civil...*, op. cit., p. 145.

(3) Debo señalar mi absoluta discrepancia con el sector de la doctrina que utiliza el término «subsidiario» para adjetivizar al responsable civil, resultando que lo «subsidiario», fíjese bien el lector, no es *adjetivo* o *procesal*, sino meramente sustantivo, sin incidencia alguna sobre la condición de parte civil del demandado como responsable civil. Véase LORCA NAVARRETE, A. M.<sup>a</sup>, *Aproximación al estudio del responsable civil como parte civil en el proceso penal*, en Rev. Der. Proc. Iber., n.º 1, 1983, pp. 149 y ss, y nota n.º 19, y también LORCA NAVARRETE, A. M.<sup>a</sup>, *Es inconstitucional por producir indefensión (art. 24.1 C.) e ir contra la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 C.) la exigencia al responsable civil en el proceso penal de responsabilidad civil subsidiaria «in re ipsa»*, en Justicia 84, IV.

ocupo de nuevo sobre el tema, las posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre el mismo no son pacíficas. Por consiguiente no estaría de más que el lector pudiera retomar el hilo conductor de las cuestiones que entraña la legitimación del responsable civil en el proceso penal. Por ello, quiero poner de relieve cómo la legitimación del responsable civil en el enjuiciamiento criminal tiene como presupuesto una determinada relación con el objeto material del proceso penal (precisamente el civil) que le proporciona la facultad o titularidad para realizar actos procesales con relación al mismo. Legitimado, por tanto, en el enjuiciamiento criminal, lo está el responsable civil en la medida en que éste se encuentra afectado por el objeto material (civil) deducido en el proceso penal. Y ello es consecuencia, fíjese el lector, de que normalmente la facultad o titularidad para realizar actos procesales se encuentra fundada o ínsita en el derecho subjetivo mismo, de donde se infiere que el que puede comparecer en juicio (capacidad), podrá ostentar en definitiva la facultad o titularidad para disponer del objeto material (en este caso civil) en el proceso penal. De modo que, si existe o no la legitimación del responsable civil o más exactamente el objeto material (civil) en el proceso penal por el cual aquél se encuentra afectado, es porque se sigue el enjuiciamiento ante *parte legítima*. Lo que se toma en cuenta, pues, para la legitimación del responsable civil es el objeto material del proceso penal en cuanto *deducido*. Si dicho objeto no existe o si no nace de él la facultad o titularidad del responsable civil para realizar con relación a él actos procesales (plena capacidad procesal civil) no será posible hablar de legitimación.

En consecuencia y en principio quien *aparezca* como parte demandada civil resulta sin más de la demanda (esto es, del ejercicio de la pretensión de resarcimiento), de modo que la parte del proceso penal que es el responsable civil *podrá serlo* (personalidad procesal) y *comparecer* en juicio (capacidad procesal) porque así se establezca conforme a las *normas procesales civiles*. Problema distinto es si el responsable civil como parte, supuesta su personalidad y su capacidad, es *la legítima*, es decir, aquella parte que atendiendo al objeto *civil* del proceso penal, puede conducir eficazmente como demandado responsable civil el proceso penal en la concreta parcela que le atañe. Y así como la personalidad y la capacidad del demandado como responsable civil son presupuestos del proceso y de la validez de los diferentes actos procesales en el enjuiciamiento criminal, su legitimidad no es una condición de la validez de los diferentes actos procesales penales, sino, fíjese el lector, de la eficacia de la sentencia; de modo que la sentencia dictada en el proceso penal entre partes civiles no legítimas, no es que sea nula entre las mismas partes,

sino *ineficaz* por falta precisamente de la legitimación. Pero conviene advertir al lector que dado el ámbito civil en el que actúa el responsable del mismo orden dentro del enjuiciamiento criminal no hay duda que su legitimación, ya responda subsidiariamente o no (por imposición de la norma sustantiva penal) vendrá determinada no de conformidad con el hecho punible objeto del proceso penal, sino con arreglo a criterios de orden procesal civil. Y ello es así, aunque pudiera parecer que el carácter subsidiario que en su caso podría informar la legitimación del responsable civil viene determinada por la existencia de la efectiva responsabilidad penal del imputado. No es así, y por tanto su legitimación no se fija con arreglo a ese criterio porque simplemente *la responsabilidad que afecta al demandado como responsable civil* (con independencia de que responda subsidiariamente o no) *no proviene*, fíjese el lector atento, *de la infracción punible, ni de la responsabilidad penal* sino del ilícito que con independencia de ser penal es además y ante todo civil (4).

## II. LA POSTURA DE LA DOCTRINA SOBRE EL TEMA

Los posicionamientos doctrinales que sobre la legitimación del demandado como responsable civil han ido haciéndose operativos, no son del todo coincidentes. En tal sentido se puede partir de la postura ya clásica y tradicional sobre el tema que ahora examino, del profesor Muñoz Rojas, cuando señalaba que «las actuaciones del responsable civil subsidiario en el proceso penal no atañen a la procedencia o improcedencia de la acción penal en sí misma, ni a la existencia o inexistencia de la responsabilidad criminal sobre las cuales carece de legitimación procesal» (5).

(4) En tal sentido FENECH, M., *El proceso penal*, Madrid, 1982, que señala ya cómo «un hecho injusto lo es esencialmente en su aspecto civil y sólo accesoriamente en el aspecto penal, por lo que la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo es anterior —fíjese el lector— a la responsabilidad penal», p. 165, parágr. 138.

(5) MUÑOZ ROJAS, T., *Legitimación del responsable civil...*, op. cit., pp. 149 y 150. Y en igual sentido SÁEZ JIMÉNEZ, J., *Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, referidos a la ley de urgencia Madrid 1962, cuando señala que el responsable civil «ni puede ni debe calificar más que con respecto a los pedimentos que se refieren a la responsabilidad civil de terceros y a los hechos sobre que se fundamente y establece tal responsabilidad, ya sea directa o bien subsidiaria, y que por consiguiente también las pruebas que ofrezca y su intervención en el Juicio Oral y en el informe final, debe concretarse exclusivamente a la responsabilidad civil, con exclusión radical y absoluta de todo lo relativo a la responsabilidad penal, que no le incumbe», pp. 707 y 708.

Ese posicionamiento clásico y tradicional que comparte mayoritariamente la jurisprudencia del T.S. (Sala 2.<sup>a</sup>) pronto fue contestado en una postura de alcance *intermedio* por Alonso Zato (6), para quien el defensor del responsable civil tiene el derecho y el deber profesional de abordar en sus intervenciones no todos los aspectos de la responsabilidad penal que se susciten en el proceso, pero sí, desde luego, todos, absolutamente todos, los «relativos» a dicha responsabilidad, con toda la extensión que sea necesaria, y hasta la medida en que tales aspectos penales de hecho o de derecho puedan condicionar, posibilitar o simplemente graduar la tan aludida responsabilidad civil. Por último, y en una línea francamente progresista y sobre todo crítica pero sin apoyatura jurisprudencial y por tanto muy distante de la postura ya clásica y tradicional que mantuviera Muñoz Rojas, es preciso aludir al profesor Serra Domínguez. Con él se cierra, por ahora, la evolución doctrinal en el tema de la legitimación del demandado como responsable civil, aunque su posicionamiento difícilmente podrá ser superado por su acusado contenido crítico. El profesor (7) señala en tal sentido que el responsable civil posee legitimación, o mejor está legitimado para excepcionar, fíjese el lector, *la inexistencia de la infracción punible, por ser ésta determinante de la responsabilidad civil*, pues, como el profesor señala, no existen limitaciones algunas en las facultades del responsable civil para concluir provisionalmente en el art. 652 L.E.Crim. y concordantes, aun cuando esa legitimación plena no limitada luego se restrinja por obra de la jurisprudencia del T.S., momento en que el responsable civil interpone recurso de casación.

(6) ALONSO ZATO, *Sobre la defensa del responsable civil subsidiario*, en Foro Gallego, n.º 149, p. 26. Y también en esa línea SOTO NIETO, F., *El seguro voluntario y el procedimiento penal*, Madrid, 1984, cuando señala que «la culpabilidad penal del imputado constituye el presupuesto de todo pronunciamiento de condena que se haga recaer sobre responsable civil subsidiario o tercero responsable civil. Cercenarle la defensa basada en la quiebra de tan determinante circunstancia no parece lógico ni razonable» (p. 70).

(7) SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Intervención de las Compañías aseguradoras en el proceso penal (Estudio crítico jurisprudencial)*, en Justicia 82, IV, pp. 43 y 44. También, y en igual sentido, *El juicio oral*, en Estudios de Derecho Procesal, Barcelona, 1969, cuando señala que conviene advertir «que el legislador no limita la intervención en el proceso del responsable civil a la simple pretensión de resarcimiento sino que puede impugnar también la pretensión punitiva...», p. 779, y añade que «la responsabilidad civil deriva del delito, y sin impugnar éste el responsable civil podría ser condenado sin ser oído infringiéndose así el principio esencial del proceso penal» (p. 779).

### III. LA CONDICIÓN DE PARTE CIVIL DEL DEMANDADO RESPONSABLE CIVIL EN EL ENJUICIAMIENTO CRIMINAL «CLAVE» PARA COMPRENDER EL CONTENIDO DE SU LEGITIMACIÓN

Cuando por mi parte señalaba en nota (8) que la legitimación del responsable civil en el proceso penal se circunscribía sólo y exclusivamente a la discusión de la responsabilidad civil y contrastaba mi opinión con la del profesor Serra, lo hacía desde la perspectiva, para mí fundamental para comprender la razón de ser en el proceso penal del responsable civil demandado, de su condición, fíjese bien el lector, de *parte civil* que por lo demás tiene apoyatura legal (9).

Si se afirma, como lo hago, que el responsable civil demandado es una *parte civil* difícilmente puedo sostener un maximalismo tal

(8) Nota n.º 18 de mi estudio doctrinal *Aproximación al estudio del responsable civil...*, op. cit., p. 149.

(9) En tal sentido el art. 19 L.E.Crim. y en LORCA NAVARRETE, A. M.<sup>a</sup>, *Aproximación al estudio del responsable civil...*, op. cit., señalaba que «sin lugar a dudas que el responsable civil es una parte procesal del enjuiciamiento. Es parte procesal porque hace el proceso, está en el proceso penal, con independencia de quien haya de sufrir las consecuencias y el resultado del mismo. Pero no sólo eso, sino que además es una parte procesal civil. En este caso la ley ha facilitado enormemente la labor del procesalista que trata de reivindicar plenamente para el responsable civil su calidad de parte acusada civil del enjuiciamiento criminal. Y la ha facilitado porque es la propia L.E.Crim. la que con un criterio, sin lugar a dudas técnicamente correcto, la que califica, no ya el responsable civil, sino también el actor civil, como partes civiles del proceso penal. En efecto, el estudio o al menos la lectura de la L.E.Crim., artículo tras artículo rinde su fruto precisamente en uno de ellos; el art. 19 L.E.Crim. en donde se dice expresamente que «podrán promover y sostener competencia: 6.º el procesado y la parte civil, ya figure como actora, ya aparezca como responsable, dentro de los tres días siguientes en los que se les comunique la causa para calificación».

Este artículo es realmente importante y enormemente clarificador en la materia que estoy examinando. Se dice en él, nada menos que el responsable civil (no el tercero civilmente responsable, ni el responsable civil subsidiario) es una parte —civil— y que no sólo él es una parte civil, sino que también lo es el actor civil.

Sin temor a exagerar, este artículo casi vale por una teoría general de las partes civiles en el proceso penal y hay que estarle agradecido, dado el escaso tratamiento adjetivo que las mismas tienen en la ley. Pero además, no sólo eso, sino que sin lugar a dudas ese art. 19 de la L.E.Crim. es un punto de arranque perfectamente válido para hablar (con la legalidad que ofrece la L.E.Crim.) de la circunstancia no menos grata de que en el proceso penal español existen verdaderas partes civiles, porque simplemente la propia ley es quien lo dice. Nuestra L.E.Crim., con mejor criterio, por tanto, que el Codice di Procedura Penale italiano, no contrapone la parte civil en el proceso penal al responsable civil...» (p. 146).

que le permita en los escritos de conclusiones debatir cuestiones, fíjese bien el lector, *puramente penales*. Su legitimación en cambio opino, fíjese el lector atento, es *principaliter* civil, básicamente, por su condición de parte civil, pues no afirmar así sería incongruente; esto es afirmar de un lado cómo es pacífico la condición de *parte civil* del demandado responsable civil y de otro lado sostener la invasión del mismo en esferas ajenas para él, como es la mera imputación punitiva. Muy distinto es, por el contrario, fíjese el lector, que los límites *legítimos* de la actuación del demandado responsable civil se *acomoden a las conclusiones penales* para plantear ante el órgano jurisdiccional la defensa de sus intereses, y reclamo la atención del lector, exclusivamente civiles. Por ello le es lícito al demandado responsable civil apoyarse en *la norma penal* para impugnar la responsabilidad civil que se le trata de imputar, pero fíjese el lector, a los solos efectos de que *no sea demandado*, no de que *no sea penado*, porque al responsable civil no se le impone pena alguna y porque debo recordárselo una vez más al lector el responsable civil demandado es una *parte civil*. Por ello la disquisición sobre la legitimación del responsable civil me parece desde esa perspectiva fácilmente desmontable y de meridiana comprensión y no significa como pueda pensarse que el responsable civil demandado pueda concluir sobre cuestiones *principaliter* estrictamente penales, porque fíjese el lector, si la conclusión la hiciera sobre tales cuestiones, esto es, sobre la existencia o no del hecho punible, no se estaría en presencia de una parte civil. Sería otro tipo de parte, pero no civil.

#### IV. LA LEGITIMACIÓN DEL RESPONSABLE CIVIL EN LA JURISPRUDENCIA DEL T.S.

Cierta jurisprudencia (mayoritariamente) es básicamente tradicional y hay que denunciarlo también es escasamente progresista. Cuando yo aportaba (10) las sentencias de 23 de junio de 1953, R.A. 1537, y de 6 de noviembre de 1974, R.A. 4158, quería poner entonces de relieve la ortodoxia jurisprudencial sobre el tema a través de una conceptualización de parte civil de perfiles estrechos y encorsetados. Pero creo que no debe ser así. La condición de parte civil del demandado como responsable civil en el proceso penal debe ser proveída de la *laxitud* suficiente, como para que su condición de parte civil, fíjese bien el lector, no le sea causa o motivo curiosamente de inde-

fensión. Por ello su actuación en el proceso penal deberá de acomodarse y debe ser acomodada por la jurisprudencia del T.S. a la norma constitucional que destierra la indefensión (art. 24.1 C.). De aquí que si afirmar que el demandado como responsable civil es una parte civil y afirmar esto tal cual, supone coartar sus garantías constitucionales en orden a que no se produzca indefensión, el concepto de parte civil no me sirve, ni lo quiero. Pero, fíjese el lector, si la jurisprudencia del T.S. se eleva sobre un concepto de parte *civil* real y progresista que no coarte sus defensas civiles *lato sensu*, entonces de acuerdo con ella.

(10) Nota 18 de mi estudio doctrinal *Aproximación al estudio del responsable civil...*, op. cit., p. 149.

## LA DISPOSICION DEROGATORIA DE LA LEY 34/1984 DE REFORMA URGENTE DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

MANUEL LOZANO-HIGUERO PINTO  
Profesor Titular Contratado de Derecho Procesal  
Universidad de León

### SUMARIO:

1. Preliminar. — 2. Reformas procesales y principios técnico-políticos. — 3. El sistema procesal civil de la Constitución de 1978. — 4. La Exposición de Motivos de la Novela del 84 y la inspiración constitucional de la Reforma. — 5. Alcance y expansividad de la Disposición Derogatoria. — 6. Disposiciones procesales extravagantes a la LEC mantenidas vigentes. — 7. Idem derogadas nominativamente. — 8. Idem innominadamente por la Cláusula General. — 9. Conclusión.

1.— En la teoría de la aplicación de las normas jurídicas y, particularmente, las procesales, ocupa lugar destacado lo referente al desenvolvimiento temporal de las mismas, estudiándose por los procesalistas en esta perspectiva con mayor o menor detenimiento, bien para enmarcarlo en instituciones o supraconceptos como el de retroactividad, derechos adquiridos o incluso en la dialéctica Derecho-Proceso (pretensión material-pretensión procesal) que da nacimiento a la ciencia del Derecho Procesal (1), bien para remontarse, a través de aspectos de filosofía jurídica, a la tensión norma-hecho (2). Empero, se suelen obviar generalmente, al aproximarse a esta ma-

(1) Vgr. WACH, A., *Manual de Derecho procesal Civil*, Buenos Aires, 1977, trad. Banzhaf, Tomo I, 18, Ambito de validez, especialmente págs. 298 y 295.

(2) CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. Alcalá-Zamora y Sentís, n.º 32, Tomo I, Aplicación de las Normas Procesales, Buenos Aires, pág. 104.

teria, y juzgar su alcance, las motivaciones político-jurídicas subyacentes a la pura concreción formal de la norma, los aspectos de política jurídica y de política de Derecho (3) que, aun mínimamente, y con mayor o menor intensidad según los casos, e inferior o superior proclamación formal (4), toda modificación legislativa procesal integra. Estimamos importante ponderar la vis derogatoria de la Ley 34/1984 a la luz de estas consideraciones de política procesal, sobre todo en tanto en cuanto que es la primera modificación de envergadura surgida en nuestro sistema procesal civil después de plasmados los principios de Derecho Constitucional Procesal por nuestra Constitución de 1978, reglamentando así la garantía de justicia contenida en la Norma Suprema (5), como correlato lógico a que las reformas políticas han de traducirse en reformas de las leyes procesales (6). Dedicaremos especial atención a esos relieves procesal-constitucionales, sin examinar, a efectos meramente convencionales de este trabajo, empero su importancia teórica y práctica, los aspectos de Derecho Procesal transitorio o intertemporal.

2.— Las fluctuaciones legislativas sobre el proceso civil que se han ido sucediendo en los distintos países del derecho común obedieron a un deseo de huir del *solemnis ordo iudicarios*, como proceso modelo, en cuanto éste se condensaba en unas características estimadas inconciliables, no sólo con las mutables exigencias del tráfico en cada momento histórico concreto, sino con los dictados de la justicia material, con las que no se compadecían los resultados de lentitud y derivación anejos a aquel tipo de juicio.

(3) Sobre la relevancia y significado de los conceptos política jurídica y política de Derecho, vid. DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, Madrid, 1955, I, págs. 48-49.

(4) Ejemplo de la máxima expresión lo constituye la Relación Grandi de 28 de octubre de 1940, preliminar al Codice de Procedura Civile, posiblemente debida a la pluma de Calamandrei, con sus 34 epígrafes. También la magnífica Exposición de Motivos de nuestra LECr. atribuida corrientemente a la pluma de Alonso Martínez, pero quizás debida a Moreno Nieto. Paradigma de la entraña política de las reformas, puede suponer la literatura surgida al calor de la Novela de 27 de octubre de 1933 sobre la Z.P.O. alemana; a. ex. VOLKMAR, E., «La nuova legge tedesca sul processo civile del 27 ottobre 1933 e la sua importanza dal lato della politica legislativa», en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1934, especialmente págs. 279 y 280.

(5) Siguiendo la acertada y plástica imagen de COUTURE, «Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil», en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 3.ª ed., 1979, I, pág. 19.

(6) Lo apunta agudamente CHIOVENDA en 1906 en «Reformas Procesales y corrientes del pensamiento moderno», especialmente 2. Influencia de las Reformas Políticas sobre las modernas Leyes Procesales, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, trad. Sentís, Buenos Aires, 1944, II, págs. 159-160.

Las notas que delineaban esta especie procesal, *solemnis ordo iudiciarius*, vigente en la Europa continental, con unas u otras singularidades que no alteraban la estructura básica de la institución (7), formada en Italia y extendida por el resto de Europa a partir del siglo XII, pueden resumirse, en la línea desarrollada por Capelletti (8): 1) predominio de la escritura —entronizado de modo absoluto con la proclamación del principio «quod non est in actis non est in mundo»—; 2) ausencia de intermediación, o sea, relación directa y sin interposición entre el Juez y los restantes elementos del proceso subjetivos —partes, testigos, peritos— y objetivos, especialmente de la instrucción probatoria —lugares, cosas—, lo cual produjo el surgimiento de terceros sujetos —interrogadores— que asumían la función del juzgador en el interrogatorio de testigos, situación que, aun no formalmente, continúa perviviendo en nuestra Administración de Justicia, donde no sólo la testifical, sino incluso la confesión se efectúan frecuentemente ante oficiales de aquélla, como corruptela obligada por la ausencia de medios humanos y la sobrecarga de trabajo en el juzgador; 3) ausencia de publicidad; 4) duplicación excesiva, rigidez, e incluso multiplicidad de las etapas o fases del procedimiento de carácter preclusivo, en suma, dispersión y ausencia de concentración (9); 5) señorío del proceso por las

(7) En España se consagró el modelo en la Partida III (años 1256 a 1620 aproximadamente) —vid. FAIRÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, pág. 71 y sigs.; también MONTERO, *Análisis Crítico de la LEC. en su centenario*, Madrid, 1982, págs. 23 y ss. Por influencia de la Península se extendió a Iberoamérica, la de habla hispana principalmente mediante la onda legislativa de la Ley de 1855 en que la Partida III se proyectó, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, «La LEC de 1881 en Blanco y Negro», *Rev. Der. Proc.*, 1981, pág. 288. CUENCA, H., *Derecho Procesal Civil*, Caracas, 1981, 4.ª ed., pág. 225. La lusa, iniciada en las Ordenanças do Reino en Portugal y extendida a Brasil. Ambas, claras manifestaciones del proceso común europeo continental, o romano-canónico, en su variedad ibérica, caracterizado por ser un proceso escrito y secreto, dividido rígidamente en fases separadas, con riguroso dominio del principio definitivo, del impulso de parte y la eventualidad, así como la formalidad de la prueba; cfr. LIEBMAN, «Sobre el juicio ejecutivo», en *Estudios en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1946, págs. 388-389, también en «Il nuovo Codice di processo civil brasiliano», en *Problemi del processo civile*, Milano, 1962, pág. 483. En general VESCOVI, E., *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, México, 1978, págs. 78 para el origen, y 12-14 para los principios informadores.

(8) CAPPELLETTI, M., *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. Sentis, Buenos Aires, 1972, págs. 35 y ss.

(9) El proceso hispanoamericano sigue conservando un evidente paralelismo, en este punto, con el romano-canónico del siglo XIII, de suerte que, como ha demostrado COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1977, pág. 166, se pueden equiparar once etapas en ambos, perfectamente individualizables.

partes, no sólo del objeto del proceso, por tanto de la tutela y de la técnica; 6) impugnabilidad inmediata, y con alcance suspensivo respecto al proceso principal, de toda resolución judicial, ya sea interlocutoria, instructoria o parcial; 7) sistema de prueba legal, con su apriorística, extensa y prolija serie de reglas vinculantes acerca de la admisión y valoración de las pruebas.

El decurso histórico nos muestra dos líneas, frecuentemente entrecruzadas, incluso con tramos conexos, tendentes a evitar los males del proceso tipo del sistema romano-canónico o común: el *solemnis ordo iudiciarius*. De un lado, y obedeciendo a razones de brevedad, o simplificación, esto es, girando en torno al principio de economía procesal: la sumarización de los juicios (10), que arranca de la Clementina *Saepe Contingit* de 1306. No tratándose, pues, más que de variantes que intentaban, más que abolir, atenuar los más destacados defectos del proceso ordinario (11), se manifestó más tarde otro modo de acometer el problema acudiendo de otro lado, a una reforma estructural del proceso que basculase sobre el principio, y sus consecuentes, opuesto al que modelaba el tipo procesal rechazado, nos referimos al de la oralidad (12).

El movimiento a favor de la oralidad como piedra miliar del procedimiento trae causa de una corriente doctrinal determinada y tiene su efecto en unas singulares reformas legislativo-procesales, obedientes, en todo caso, a una dirección de pensamiento de corte intervencionista; ya de raíz autoritario-conservadora, ora de índole socialista, frente a otra juzgada excesivamente individualista, abstencionista o liberal. En suma, publicización frente a privatización del proceso.

Es cierto que las primeras batallas por la oralidad tuvieron carácter predominantemente político y se agitaron en el campo del proceso penal (13), pero es en el civil creado por inspiración de la Revolución Francesa y consagrado en el Code de Procedure Civile de 24 de abril de 1806, en vigor en Francia desde el 1 de enero de 1807, que entroniza la oralidad, donde se halla el hontanar en que han bebido los ulteriores textos legales que acogieron la oralidad como eje rector de su sistema en Europa durante los últimos 150 años, desde la Ordenanza de Hannover, obra de G. A. W. Leonhardt,

(10) Cfr. FAIRÉN, *El juicio ordinario...*, cit. pág. 42.

(11) CAPPELLETTI, *La oralidad...*, cit. pág. 34, nota 84.

(12) No obstante, el juicio de la Clementina trataba de centrarse, aunque indeliberadamente sobre el principio de la oralidad; vid. FAIRÉN, cit. en nota 10, págs. 45 y 44.

(13) CHIOVENDA, «Relación sobre el proyecto de reforma del procedimiento elaborado por la Comisión de la postguerra», en *Ensayos*, op. cit., II, pág. 222.

en 1850, continuando con la ZPO Alemana de 1877 y la ZPO Austriaca de 1895, vigente desde 1898.

Este movimiento a favor de la oralidad, cuya raíz publicista ya indicamos y no puede ponerse en duda (14), se condensa en una publicidad, concentración, identidad física del juzgador y libre valoración de la prueba, que a veces absorben o dominan el aspecto meramente formal de la exteriorización del acto: oralidad. Ya que «por oralidad se entiende, tal como la vemos aplicada en los procesos germánico, austriaco, inglés, relación inmediata entre los jueces y las personas cuyas declaraciones los mismos están llamados a apreciar» (15).

De la oralidad, así entendida como intermediación, deriva la identidad física del juez, y, consecuentemente, la concentración en una o varias audiencias próximas.

Ahora bien, estas ventajas que podrían derivarse de la mayor brevedad, eficacia (Prieto-Castro), economía o utilidad social (Klein) no se ciñen al elemento oral del proceso, sino más bien dimanar del principio de concentración (16) y del de inmediatividad, en rigor elementos más relevantes que el de la oralidad aisladamente considerado, como lo muestra la observación de que el proceso del Code de 1806, fue en cierto modo fallido, pues no obstante su carácter oral, carecía de la concentración de las actividades procesales y, en particular, de los medios instructorios en una o en pocas audiencias próximas (17).

En resumen, oralidad como medio técnico procesal más adecuado

(14) Recientemente se ha puesto de relieve el magisterio que ha influido en la formación del pensamiento de Klein: Anton Menger, cfr. SPRUNG RAINER, «Le basi del diritto processuale civile austriaco», *Riv. dir. proc.*, 1979, pág. 39. A ello se refiere también CHIOVENDA: «En estos últimos años hemos visto un florecimiento de escritos propugnando la reforma social del proceso, siguiendo el tono dado por aquel Antonio Menger, que recientemente ha desaparecido en Roma para la ciencia, a la cual hacía honor», en *Ensayos*, op. cit., II, página 169. Sobre las ideas socialistas acerca del proceso que sustentaba Menger, vid. su obra *El Derecho Civil y los pobres*, trad. Posada, Madrid, 1898, págs. 126 a 128. En el extremo opuesto, ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos de Teoría General e Historia del Proceso*, México, 1974, II, «Liberalismo y autoritarismo en el proceso», pág. 261, nota 58, ha situado al Marqués de Gerona, autor de un texto avanzadísimo para su época. Idem. Prólogo a la obra de José RODRÍGUEZ U. *Autoridad del juez y principio dispositivo*, Valencia Venezuela, 1968, página XXXVI, nota 43.

(15) CHIOVENDA, «Estado actual del proceso civil en Italia y el proyecto Orlando de Reformas Procesales», *Ensayos*, II, op. cit., pág. 200.

(16) ALCALÁ-ZAMORA, «Proceso oral y Abogacía», en *Estudios de Teoría...*, op. cit., II, pág. 19.

(17) CHIOVENDA, «Proyecto de Reforma...», *Ensayos*, II, op. cit., pág. 225.

para conseguir la publicidad, intermediación, y, en suma, la economía y eficacia o utilidad social del proceso.

3. — Nuestra Constitución ha adoptado una posición respecto al movimiento reformador y su cristalización, de que venimos hablando; esto es, ha diseñado o establecido las líneas generales de su modelo de proceso. En los artículos 120, 24-1 y 2 y 10-2, en relación con el artículo 6-1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, se encuentran las normas de Derecho Constitucional Procesal que disciplinan el proceso civil. Ello implica, pues, la aceptación de la relevancia del componente político que subyace a toda regulación procesal y al que nos hemos referido supra. Dicho se está, que no sólo por su constitucionalización, sino por sus antecedente sociológicos-normativos, todo precepto procesal, y más si tiene alcance fundamentador, cual sucede en grado extremo con los constitucionales, entraña una carga política (19), pues, como se ha señalado nítidamente «la serie de principios oralidad-concentración-inmediación-publicidad-única instancia integran un sistema político: el de la eficacia pronta del proceso, el de su accesibilidad a las personas menos acomodadas económicamente, en fin el de la adecuación y la practicabilidad que resumía Klein en la utilidad social del proceso» (20), mostrándonos, por tanto, «la inescindible conexión que tiene lugar entre los institutos judiciales y los principios fundamentales del ordenamiento constitucional» (21).

El alcance político de esta regulación constitucional aparece incrementado porque el legislador no se ha contentado con la referencia al debido proceso, artículo 24-2 C, que quizá hubiera sido suficiente (22), e incluso tácticamente más «política», en cuanto más permeable a la situación e interpretación que, en cada momento histórico, interesara según la realidad social del tiempo en que

(18) Tal como propugnara PRIETO-CASTRO, «Informe general sobre principios políticos y técnicos de una Ley Procesal Civil Uniforme en la Comunidad Hispánica de Naciones», en *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1964, págs. 665 y ss.; igualmente COUTURE, *Fundamentos*, op. cit., páginas 189-190.

(19) Una síntesis de la discusión sobre el carácter técnico o político de las normas y los principios procesales en Montero, «Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución», en *Justicia* 82, IV, especialmente págs. 9 a 12. Los sistematiza ALCALÁ ZAMORA en «Principios técnicos y políticos de una reforma procesal», en *Estudios*, op. cit., II, págs. 86 y ss.

(20) Cfr. FAIRÉN, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso —oralidad, concentración, rapidez y economía*, Valencia, 1975, págs. 365-366.

(21) CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. Sentis, Buenos Aires, 1962, I, pág. 253.

(22) De acuerdo con ALMAGRO, «El Derecho Procesal en la Nueva Constitución», en *Constitución y Proceso*, Madrid, 1984, pág. 101.

hubiera de ser aplicada (art. 3-1 Cód. Civ.). Sin embargo, el legislador constitucional, aun con el carácter de orientaciones o directivas básicas, ha optado por expresar nominativamente dos principios matrices: oralidad y publicidad, más o menos temperados, pero que configuran un modelo de proceso, por sí y por los principios que le son de consecuencia o inherentes: concentración, intermediación, libre valoración de la prueba, que desbordan un mero objetivo de aceleración del proceso para dirigirse hacia aspectos de mayor entidad como la economización (*Ökonomisierung*) y eficacia social, que más explícitamente se contenían en el art. 110 apdo. 1, del anteproyecto de la Constitución de 1978: «la legislación procesal se inspirará en los principios de eficacia, rapidez y economía»; quizá para entender este último, en el marco de los poderes instrumentales del juez, como condición técnica de la apertura social de la jurisdicción (23). Así lo ha indicado el T.C. en su reciente sentencia núm. 51/1985, de 10 de abril, Sala 2.ª, Rec. Amparo núm. 781/1983 (publicada en el B.O.E. de 18 de mayo de 1985), cuando en su fundamento jurídico 9.º, párf. IX, afirma: «Por último, debemos señalar, para dejar cerrado este punto, que la limitación del derecho consagrado por el art. 24-2 del C., a servirse de las pruebas pertinentes como un derecho constitucional, no justifica su sacrificio a intereses dignos de tutela, pero de rango subordinado, como pueden ser la economía del proceso, la mayor celeridad de éste o la eficacia en la Administración de Justicia» (24).

De esta regulación constitucional resulta, por tanto, que cualquier modificación que con posterioridad al texto máximo de nuestro ordenamiento se efectúe relativa a los tipos procesales civiles, se ha de adaptar a esos principios funcionales del proceso por los que se ha decidido el constituyente: oralidad y publicidad, adecuándolos a nuestra realidad social (25), adaptación entendida meliorativa-

(23) Cfr. COMOGLIO, L. P., *Il principio di economia processuale*, Padova, 1980, I, págs. 39-40. En contra de la entronización de estos principios, DE LA OLIVA, «La demolición de la Administración de Justicia en la futura Constitución de 1978», *Rev. Der. Proc.*, 1978, pág. 408.

(24) Resulta evidente la gradación jerárquica que establece el T.S., pues el derecho a la prueba se reconoce, al menos nominativamente, en el art. 24, y la garantía de estos principios más bien en el 120 —no tutelable por vía de amparo constitucional, al menos aisladamente, aunque podría serlo combinándolo con el art. 24: proceso público con todas las garantías—.

(25) Los propios textos establecen temperamento: predominantemente oral (120-2), publicidad con excepciones (120-1). En este sentido la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 1983, caso Pretto y otros, puntos 21, 22 y 26-II y la de la misma fecha, caso Axen, 26: «Si bien todos los Estados miembros del Consejo de Europa suscriben el principio de publicidad, sus sistemas legislativos y prácticas judiciales presentan indu-

mente, sin que, en definitiva, tal menester suponga desvirtuación sino tendencia a la consecución de los fines de eficacia y economía, utilidad social, en resumen, que enmarca tales principios directivos. Objetivo éste que envuelve el modelo procesal querido por el legislador constitucional como expresión de su voluntad técnico-política al respecto (26).

4. — La Exposición de Motivos de la Novela expresa en sus distintos apartados la inspiración que ha seguido el legislador en la reforma. Destacaremos aquellos aspectos en que entronca explícitamente, o por lo menos realiza alguna referencia apreciable, a los indicadores constitucionales o a determinaciones de política de Derecho, o adecuación a la realidad social postconstitucional.

El párrafo tercero de la Exposición, se refiere a esa necesidad de adecuación de nuestra LEC a los condicionamientos de la nueva realidad social —en todo caso informada por los nuevos valores y principios constitucionales—, y así dice: «La renovación de nuestro ordenamiento procesal civil, sin suponer un enfrentamiento con los principios informadores de la Ley centenaria, debe significar en buena medida dotarlos de una instrumentación suficiente dentro de las exigencias de la realidad social presente».

El párrafo cuarto efectúa expresiones inequívocas de sujeción a la regulación constitucional y a los principios que la configuran, con los temperamentos que presenta la realidad de nuestra Administración de Justicia, que impiden la adecuación total a esos postulados constitucionales. Al respecto señala: «Como anticipación del

dables diferencias en cuanto al ámbito de aplicación y al modo de desarrollo tanto de la celebración de vistas orales como del pronunciamiento».

Sobre el distinto valor y aplicación del principio de oralidad puede verse la fundamental obra de KIP, H. G., *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip: Geschichte einer Episode des Deutschen Zivilprozesses*, Köln-Berlin, 1952, singularmente págs. 74 y ss., en sentido crítico del principio. Una visión más ajustada, por CAPPELLETTI, «Valor actual del principio de oralidad», en *La oralidad y las pruebas...*, op. cit., especialmente pág. 87 y ss.

(26) Aquí reiteramos lo advertido supra en la nota 14. Efectivamente, como pone de relieve ALMAGRO, op. cit. en nota 22, pág. 102, alguna dirección doctrinal (CAPPELLETTI), ha vinculado el principio de oralidad a una concepción política de orientación socialista en la ordenación del proceso; sin embargo tenemos por contra el ejemplo del Marqués de Gerona; en fin, el principio de publicidad, tan ligado al de oralidad, se considera como consustancial a la idea de responsabilidad política desde la ideología liberal: cfr. «Garanzie Processuali o Responsabilità del Giudice, critica liberale», a cura de V. FERRARI, *Convegno de Bologna del 15 al 16 de marzo de 1980*, organizado por la Fundación Neumann, Milano, 1981, pág. 78 y ss. Ya con anterioridad un gran procesalista liberal, COUTURE, se refería a este principio como el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores, *Fundamentos*, op. cit., pág. 192.

que, en su día, podría ser el nuevo ordenamiento procesal, cuya culminación no parece realizable a corto plazo por la dependencia en que se encuentra respecto a la organización de los Tribunales, también pendiente de reforma, y por el cuidadoso tacto que requiere el tratamiento de la ordenación del proceso —medio indispensable para dotar a las personas de una tutela que la Constitución consagra con el rango de derecho fundamental— parece aconsejable la puesta en marcha desde ahora, de algunas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil para atender a las necesidades más apremiantes».

El párrafo sexto también atiende a este norte constitucional, ligado a la eficacia o utilidad social del proceso, con las referencias que efectúa al beneficio de justicia gratuita reconocido en el artículo 119 C.

El párrafo séptimo se expresa sobre el proceso modelo a que tiende el legislador y nos dice: «Cuando se lleve a cabo una remodelación completa del ordenamiento procesal, habrá que ir posiblemente a un solo proceso, considerado como prototipo, para sustanciar en él todas las cuestiones contenciosas de orden civil y de carácter general atribuidas al conocimiento de los Jueces de Primera Instancia. Este es el cometido desempeñado hoy por el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, pero a ritmo demasiado lento y sin exclusividad, por cuanto comparte sus dominios con el juicio de menor cuantía. Como en lo ahora realizado, la reforma no tiene un alcance total, la reducción de la primera instancia a un proceso único significaría un cambio muy profundo con reflejo en diversas partes del sistema, y de ahí que haya parecido preferible llevar al juicio de mejor cuantía, de ritmo más rápido y sin mermas para la seguridad jurídica, el contingente previsiblemente más surtido de temas litigiosos, manteniendo el juicio de mayor cuantía sólo para las demandas de superior entidad económica y sobre derechos honoríficos».

El párrafo octavo, explica la opción por el juicio de menor cuantía y las reformas de este para su adaptación, a través del principio de intermediación consagrado o buscado por la institución de la comparecencia se celebre ante el Juez permitirá a éste darse cabal cuenta de la dimensión jurídica del problema, así como de sus aspectos psicológicos y éticos, esto es, del fondo humano y social de la contienda, a la vez que, ordinariamente, permitirá la sustitución de la vista por un escrito dedicado a resumir las pruebas como antecedente inmediato de la sentencia».

El párrafo veinte, se refiere de modo específico a la consagración de la oralidad como principio rector del proceso, sus condicio-

nantes y, en fin, sus ventajas, aunque en cierto sentido trata también de justificar la traición a este postulado en determinados extremos de la nueva regulación: «desde hace algún tiempo se ha tratado de evitar las dilaciones, así en la práctica como en la legislación, sustituyendo el informe oral por las alegaciones escritas. Aunque esta tendencia no ha pasado desapercibida, es obligado tener en cuenta que, en razón de lo establecido en el artículo 120 de la Constitución, las actuaciones judiciales habrán de ser públicas y el procedimiento predominantemente oral salvo excepciones, por lo que sólo muy limitadamente cabe sustituir la oralidad por la escritura, aparte de que son ostensibles las ventajas del informe «in voce», sobre todo ante los Tribunales colegiados».

Por último el párrafo veintidós y final de la Exposición, parece querer referirse a la eficacia social del proceso, cuando se refiere «al interés objetivo de la justicia contemplado en la realidad de los hechos encarnada en las personas que han de servirse del proceso para el ejercicio y la dilucidación de sus derechos», no obstante el párrafo es en extremo confuso, pedante y gramaticalmente pésimo.

5. Para apreciar el alcance y amplitud de los efectos jurídicos derogatorios de la Disposición basta con confrontarla con las que contenían los textos precedentes.

Efectivamente, el art. 1.415 de la Ley de 1844 tenía una fórmula más sencilla pero que expresaba el verdadero alcance de su carácter disponiendo «Quedan derogadas todas las leyes, Reales decretos, reglamentos, órdenes y fueros en que hayan dictado reglas para el enjuiciamiento civil». En virtud del mismo se reputaban derogadas todas las leyes, Reales decretos, reglamentos, órdenes y fueros a que se refiere el texto, sino también las reglas de esta clase que habían sido adoptadas por la práctica y la jurisprudencia de los tribunales, tanto para la jurisdicción ordinaria como para las especiales, con la salvedad que establecía el art. 1.414 (27).

La Disposición Final, art. 2.182 de la vigente LEC, precepto de carácter derogatorio, disponía: «Quedan derogadas todas las Leyes, Reales decretos, Reglamentos, Ordenes y Fueros en que se hayan dictado reglas para el Enjuiciamiento civil. Se exceptúan de esta disposición las reglas de procedimiento civil establecidas por la Ley Hipotecaria y demás Leyes especiales».

La jurisprudencia ha tenido ocasión de ocuparse de este precepto, mas su intervención se ha limitado a apreciaciones de escasa profundidad, generalmente circunscritas a la vigencia de las Parti-

(27) Cfr. MANRESA Y REUS, *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada*, V, Madrid, 1861, pág. 575.

das, específicamente respecto al problema de las acciones declarativas y la pervivencia de la acción de jactancia (28).

El hecho de tan limitada expansividad de los preceptos derogatorios comentados de ambas leyes, obedece, tal como hemos indicado anteriormente, a que no eran más que la perpetuación de un sistema, el romano-canónico del proceso común consagrado en la Partida III, en fin, el proceso tipo era el recipiente liberal del siglo XIX en el que se había vaciado el vino antiguo del proceso común de los siglos pasados, a que se refiera la bella metáfora de Goldschmidt, al compararla con el proceso alemán, vestido liberal del siglo XIX, al que se habían cosido muchos remiendos redivivos de los tiempos pasados (29).

La enjundia de la disposición derogatoria de la ley 34/1984, deriva, por oposición, de los aspectos constitucional-procesales de que hemos hablado en apartados anteriores, que suponen una censura con la tradición centenaria consagrada en las Leyes de Enjuiciamiento del siglo pasado, y la voluntad política resuelta de opción por el modelo contrario, antitético, el de la oralidad predominante, al del proceso común. Como veremos, un resultado que obedece, en cierto modo, a esos remiendos a que se refería el ilustre procesalista alemán, cuando comparaba el proceso de su país con el de nuestra LEC.

Para ponderar estos extremos vamos a reflejar las distintas vicisitudes del texto de la disposición en su desenvolvimiento legislativo.

El Anteproyecto de Reforma de la LEC, que en forma de Borrador se publicó en la Revista *Justicia* 82, número III, en su página 254 contenía la Octava de las disposiciones finales y transitorias que decía: «Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en esta Ley».

Este mismo texto se mantenía por el Proyecto de Ley, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, 7 de junio de 1983, número 30-1, pág. 319, con el solo cambio de una palabra: «Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley».

El cambio cualitativo se produce por la vía de la enmienda número 570 del grupo socialista que señala: Se propone una nueva redacción: «Quedan derogados los artículos 19 a 25, del Decreto de 21 de noviembre de 1952, y los artículos 2.º, a); 3.º, 2; 5.º y 6.º,

(28) Vid. FENECH, *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, Madrid, 1968, VI, pág. 11.146 a 11.149.

(29) J. GOLDSCHMIDT, Prólogo a la traducción por Prieto-Castro de su *Derecho Procesal Civil*, pág. XVI, Madrid, 1936.

así como la frase inicial «intentada la conciliación sin avenencia» del artículo 7.º, 1, todos ellos del Real Decreto 1721/1978, de 2 de junio («B.O.E.» de 20 de julio de 1978), y cuantas otras disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley. No obstante, quedan vigentes los procedimientos especiales regulados en las Leyes 11/1981 (de 13 de mayo) y 30/1981 (de 7 de julio) para las pretensiones que se formulan al amparo de los preceptos contenidos en los Títulos IV y V del Libro I del Código Civil». La justificación de este cambio venía dada, con poca fortuna, por la motivación de la enmienda: «La reciente introducción de estos procedimientos, muy conectados a las materias de Derecho de familia a que atienden, les dota de gran especialidad». En esta enmienda comienza ya el camino de los remiendos a que nos hemos referido anteriormente.

El Informe de la Ponencia, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, 9 de diciembre de 1983, núm. 30-I-3, págs. 320/60, asume esta enmienda del grupo socialista.

El Pleno del Congreso, en su sesión de 5 de abril de 1984, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, 14 de abril de 1984, núm. 30-III, contiene el texto definitivo, comprendiendo, pues, el párrafo tercero de la disposición que reza: «Los procesos sobre separación, divorcio y nulidad del matrimonio continuarán rigiéndose por las Disposiciones adicionales de la Ley 30/81, de 7 de julio».

En todo este iter parlamentario parece subyacente el intento de evitar antinomias o repeticiones y, en todo caso, salvar la existencia de modificaciones recientes, aun contenidas en leyes extravagantes, de carácter transitorio a veces, difícilmente conciliables con la estructura general de nuestro sistema procesal civil; particularmente es demostrativo de ello ese párrafo tercero de la Disposición.

6. — El precepto derogatorio deja en vigor ciertas disposiciones contenidas en leyes extravagantes.

En primer lugar los aspectos procesales de la ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó el Código civil, Título V, arts. 108 a 141 en lo relativo a la filiación, a fin de adaptar el texto sustantivo a los preceptos constitucionales, pero las disposiciones de interés procesal, tienen más bien alcance procedimental, excesivo casuismo y discrecionalidad al juzgador (30).

Lo sorprendente es que se siga manteniendo la vigencia de este texto cuando la 10.ª de las transitorias del mismo, señalaba la aplicación de las normas de jurisdicción voluntaria, *mientras no se mo-*

(30) Vid. PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, segunda ed., Pamplona, 1985, pág. 1895.

difique la Ley de Enjuiciamiento Civil, a las actuaciones que se sigan: 1.º Para otorgar las autorizaciones judiciales previstas en la presente Ley. 2.º Para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente. En el indicado procedimiento, los recursos se admitirán, en todo caso, en un solo efecto. Quedarán siempre a salvo el ejercicio de las acciones correspondientes en la vía judicial ordinaria».

Una regulación provisional en sus vertientes procesales se torna definitiva por gracia de la disposición que habría de expulsarla del ordenamiento jurídico, según anticipaba la propia regulación mantenida, para el caso de modificación ulterior de la ley procesal básica.

Igualmente se declara vigente lo relativo a la ley 30/1981 de 7 de julio, que modificó el Título IV, arts. 42 a 107 del Cód. civil, Libro I.

El último párrafo de la Disposición se refiere a los procesos sobre separación, divorcio y nulidad del matrimonio que continuarán rigiéndose por las disposiciones adicionales de la Ley 30/1981. Hay que hacer aquí la misma observación que respecto a la hipótesis de la ley 11/1981 mencionábamos precedentemente, pues la regulación de referencia, Disposiciones Adicionales, además de contenerse en una ley extravagante, revela la defectuosa técnica utilizada por el legislador, aunado a que el inicio de las mismas señala: «En tanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil, se observarán las siguientes normas procesales». Así pues, también regulación provisional a la espera de la más próxima modificación de la LEC que, como vemos, perpetua el error. Pues no otra calificación merece la defectuosa técnica utilizada por el legislador en esta Ley 30/1981, en sus aspectos procesales, como ha puesto de relieve la doctrina señalando el manifiesto desacuerdo de la regulación de los procesos matrimoniales (31). Por otra parte, en dichas disposiciones adicionales, el legislador opta preferentemente por el proceso incidental que ofrece notorios inconvenientes y mal se compadece con la elección en la Novela a favor del juicio de menor cuantía, contradiciéndose así con el postulado a que se refiere el párrafo séptimo de la Exposición de Motivos. Se ha desaprovechado la ocasión de introducir un proceso declarativo en su variante inquisitoria (32).

(31) Cfr. SERRA, «El objeto del proceso matrimonial», *Justicia* 83, I, páginas 41-47.

(32) Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Prólogo a la 2.ª ed. de la LEC, preparada por Víctor MORENO CATENA, Madrid, 1984, pág. 31.

7.— Hemos estudiado en el número precedente los procesos que la Disposición declara vigentes, nos cabe aquí considerar aquellos que deroga.

La derogación puede ser, como sabemos, de diverso tenor, bien expresa, nominatim, bien tácita o implícita, innominatim.

Respecto a la primera hipótesis podemos acotar, según el texto de la Disposición, cuatro supuestos. A saber:

Los artículos 20 al 25 y el artículo 60 del Decreto de 21 de noviembre de 1952. La referencia a los arts. 20 a 25 se explica por la reforma que hace la Novela de los arts. 715 y siguientes de la LEC, relativos a los juicios verbales. La del art. 60, referida a las costas, en virtud de la nueva redacción del art. 523, que establece el sistema objetivo del vencimiento atenuado.

El segundo supuesto, arts. 2.º a); 3.º, 2; 5.º y 6.º así como la frase inicial «intentada la conciliación sin avenencia» del artículo 7.º, 1, todos ellos del Real Decreto 1721/1978, de 2 de junio, que se refiere a las Juntas de Conciliación e Información del Transporte Terrestre, que subrogaba a estas instituciones en la función de los Juzgados de Distrito para conocer de los actos de conciliación previos a la interposición de las demandas por las que se promovieran los juicios declarativos en relación con el contrato de transporte por ferrocarril o carretera y sean demandantes la entidad porteadora, las agencias de transporte o los usuarios.

La derogación resulta por incompatibilidad con la nueva regulación del art. 463 de la LEC y el carácter facultativo que según el art. 460 tiene esta institución, desde la Reforma.

El tercer supuesto es el Real Decreto-Ley de 2 de abril de 1924, que tuvo indudables y beneficiosos efectos en nuestro procedimiento, fundamentalmente al introducir el impulso oficial, pero que queda ventajosamente sustituido por la nueva redacción de los artículos 306, 407 y 308 de la LEC.

El cuarto es el de la Disposición Adicional de la ley 81/63, de 8 de julio, que señalaba: «No obstante lo dispuesto en el último párrafo del art. 710 de la LEC, la sentencia que sea meramente confirmativa de la de la Primera Instancia podrá no contener condena en costas al apelante, debiendo motivarse esta resolución». Aquí también se explica en virtud de la nueva redacción que en materia de costas, con carácter general, contiene el art. 523 de la LEC.

La Disposición derogatoria contiene una cláusula general en el último inciso de su párrafo, prescribiendo: «Cuanto otras disposiciones se opongan a lo establecido en la presente ley».

Esta cláusula general debe interpretarse en dos direcciones, la primera de carácter inmediato, por conjugación con lo dispuesto en

el art. 484-4.º, que se refiere a que se decidirá en el juicio de menor cuantía «cualquier tipo de demanda para la que no se disponga de otra cosa», interpretada como opción prototípica por el legislador, tal como se infiere de este número del precepto citado y de la intención expresada en el párrafo séptimo de la Exposición de Motivos. La segunda, de carácter mediato, por remisión a las garantías, que reglamenta el derecho procesal codificado —LEC—, y que se establecen genéricamente en la Constitución.

8.— De la combinación de estos criterios interpretativos a que hacíamos mención en el número anterior, resulta prima facie, que, fuera de nuestra ley procesal, con carácter extravagante por tanto, con la quiebra de seguridad jurídica que supone la existencia de normas procesales, y, singularmente, de procesos especiales, ya denunciado desde la perspectiva constitucional (33), se encuentran y desarrollan tipos procedimentales cuya ubicación se justifica, más por la huida de los males del proceso declarativo modelo, ahora sin base en virtud de la reforma y la opción por la menor cuantía modificado, que por razones aceptables de una tutela jurisdiccional diferenciada (34).

Acerca de esta hipótesis resultan como más evidentes incursos en ella dos casos que, a su vez, colisionan con tres aspectos destacables de nuestro sistema procesal: el principio de doble grado o doble instancia; el principio de inmediación; el modelo procesal tipo sustituido ahora por el juicio de menor cuantía. Los dos casos que vamos a citar atentan todos y cada uno contra esas tres garantías expresadas.

Es cierto que nuestra Constitución, a diferencia de la explicitud con que se expresa el art. 111 de la italiana (35), no ha contenido la garantía del doble grado, e incluso se ha producido una jurisprudencia constitucional que ha mantenido que el derecho de acceso no comprende, con carácter general, la existencia de una doble instancia en materia civil, pero cuando la ley la establece el derecho fundamental se extiende a la misma (S.T.C. 4/1984, de 23 de enero y 102/1984, de 12 de noviembre). No obstante no parece aventu-

(33) Vid. «Dónde está el cambio», editorial de *Justicia* 82, II, pág. 5; y LOZANO-HIGUERO, «La nueva legislación procesal sobre arrendamientos rústicos», en igual revista, año y número en su pág. 82.

(34) Vid. PROTO PISANI, A., «Sulla tutela giurisdizionale differenziata», *Riv. Dir. Proc.*, 1979, pág. 537.

(35) Aunque la Corte Costituzionale ha excluido que dicho principio de la apelabilidad haya sido constitucionalizado, vld. al respecto CERINO-CANOVA, A., «Sul principio del doppio grado di giurisdizione. Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali», *Riv. Dir. Proc.*, 1978, pág. 37.

rado afirmar que supone mayores garantías para el justiciable la configuración de un doble grado en materia civil, en tanto en cuanto el modelo procesal no esté dominado de modo pleno y absoluto por el principio de la oralidad, que haga no recomendable la segunda instancia; mientras así no suceda parece conveniente sostener la doble instancia como un prius garantizador del justiciable en materia civil, tal como fue la intención histórica de su establecimiento desde la ley francesa de 24-VIII-1790 (36).

El primer caso viene dado por las normas procesales contenidas en el Real Decreto-Ley sobre Propiedad Industrial de 10 de abril de 1930, de dichas normas, arts. 267 a 274, destacamos el proceso sobre nulidad de registro a que se refiere el art. 270 que introdujo por primera vez en nuestro sistema la escisión procesal en dos fases, dentro del proceso civil, una para la instrucción, atribuida al Juzgado de Primera Instancia, y otra para la decisión, conferida a la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial respectiva. Es de resaltar cómo la regla trece y última de este art. 270 señala que: «En todo lo no previsto en las reglas anteriores, el procedimiento se ajustará a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento civil».

Este sistema fue seguido por la Ley de Divorcio de 1932. Pero fue la Ley de Sociedades Anónimas de 18 de julio de 1951, en su art. 70, la que instituyó, con mayor intensidad, un tipo procedimental en que se consagraba la escisión en las dos fases, manteniendo la atribución instructora al Juez de Primera Instancia y la decisoria a la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial. La Exposición de Motivos de la propia ley en el párrafo quinto de su apartado 3.º, señalaba literalmente: «Pieza esencial del mecanismo impugnatorio había de ser la regulación del correspondiente procedimiento judicial, si se quería evitar que la impugnación de los acuerdos de las Juntas generales como medio de garantizar los derechos de las minorías quedase reducida a una reforma platónica, como necesariamente tenía que ser, subsistiendo la necesidad de acudir a un juicio declarativo de mayor cuantía con sus dos instancias y un recurso de casación, para conseguir la anulación de los acuerdos de la Junta. A tal fin, se articula un procedimiento especial de tramitación abreviada, que será el aplicable mientras la reforma de nuestras leyes de procedimiento no haga innecesario el que ahora se insta para estos concretos fines». Esta solución se justifica por los más autorizados comentaristas de la ley, estimándola como loable

(36) Cfr. D'ONOFRIO, P., voz *Appello (Diritto processuale Civile)*, *Novissimo Digesto Italiano*, pág. 727.

(37), por la rapidez que implica, sin percatarse de que se sacrifican el principio de inmediación de la máxima relevancia mucho más importante que el de la oralidad, ya que este es un recurso técnico, que permite la realización de este otro principio superior (38) y contribuyendo, así, a una mayor rapidez y eficacia.

El sistema procesal establecido con carácter extravagante por la L.S.A., al igual que el del art. 270 de la Propiedad Industrial, ha sido criticado duramente por la doctrina (39), por atentar, fundamentalmente contra ese principio de inmediación, además de la consagración del sistema de única instancia, la escisión en dos fases de instrucción y decisión, así como la particularidad práctica de que estando en controversia en esos procesos problemas de carácter esencialmente técnico las Audiencias Territoriales, acuden al refugio de la apreciación conjunta de la prueba, favorecido por la ausencia de inmediación; se puede decir, en suma, que tal sistema viola la garantía constitucional del art. 24, del debido proceso (40).

Otro caso antitético con el nuevo sistema procesal es el que supone la existencia de los Tribunales Arbitrales de Censos de Cataluña, respecto a los procesos civiles en materia de censos regulados por la Ley de 31 de diciembre de 1945, que contraría lo prevenido en el art. 117-3 en relación con el 24 de la Constitución.

Hemos indicado tres cuestiones referentes a tres tipos procesales que podrían entenderse derogados innominadamente, no obstante el alcance del inciso final del párrafo primero de la Disposición derogatoria. Respecto de uno de ellos, el relativo a la Propiedad Industrial, el Anteproyecto de Ley de Patentes, contiene un título, el trece, Jurisdicción y normas procesales, Capítulo I, Disposiciones generales, del que nos interesa destacar los arts. 132 y 134.

Art. 132. — Aplicación de la normativa general del derecho procesal.

1. El conocimiento de todos los litigios que se susciten como consecuencia del ejercicio de acciones civiles, de cualquier clase y

(37) Cfr. GARRIGUES Y URÍA, *Comentario a la LSA*, I, 3.ª ed., al cuidado de MENÉNDEZ Y OLIVENCIA, Madrid, 1976, págs. 778-779.

(38) Cfr. EISNER, I., *La inmediación en el proceso*, Buenos Aires, 1963, pág. 71.

(39) Vid. FAIRÉN, «Introducción a un estudio del proceso del artículo 70 de la LSA», *Rev. Der. Priv.*, 1953, especialmente pág. 606 y ss. También GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, II, Madrid, 1976, pág. 144; y DE PAULA PÉREZ, A., «El Principio de Inmediación y el Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Civil», *Rev. Der. Proc.*, 1969, págs. 498-499.

(40) Breve, pero agudamente, resalta estos aspectos SERRA en «El juicio oral», dentro de sus *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, págs. 763 y 764, nota 48.

naturaleza que sean, derivadas de la aplicación de los preceptos de la presente ley, corresponde a los órganos de la Jurisdicción ordinaria civil.

2. Se aplicarán las normas de derecho procesal común en lo no previsto en el presente título.

Art. 134. — Competencia en los litigios civiles.

1. Todos los litigios civiles que puedan surgir al amparo de la presente ley y para los que no se haya previsto un procedimiento especial, se tramitarán por el procedimiento ordinario de menor cuantía.

2. Cuando deba conocer del litigio un Juez de Primera Instancia, será competente el de la capital sede de la Audiencia Territorial, correspondiente al del domicilio del demandado, y donde hubiese varios el que designe con carácter permanente para este cometido la Sala de Gobierno de la Audiencia.

Posteriormente, y a pesar de que nada se decía al respecto en el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial (cfr. Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial, año IV, número Extraordinario, Madrid, marzo 1984), ni en sus disposiciones adicionales ni en las transitorias, la Ley Orgánica del Poder Judicial ha aclarado lo relativo a estas tres cuestiones de que venimos hablando, en el sentido de la derogación sostenida, modificándolas en lo preciso.

La Disposición Adicional sexta señala: «1. Quedan suprimidos los Tribunales Arbitrales de Censos de las provincias de Barcelona, Tarragona, Lérida y Gerona. — 2. La competencia para tramitar y decidir en primera instancia los procesos civiles en materia de censos en Catalunya regulados por la Ley de 31 de diciembre de 1945, queda atribuida a los Jueces de Primera Instancia competentes en razón del lugar en que esté situada la finca, que conocerá de esta materia por los trámites del juicio declarativo ordinario de menor cuantía. — 3. Los Tribunales Arbitrales de Censos de Cataluña, sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, continuarán la tramitación de los procedimientos en curso, incoados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley hasta su terminación, incluida la ejecución de sentencias».

Por su parte, la octava establece: «1. La competencia para tramitar y decidir, en primera instancia, los procesos civiles sobre impugnación de acuerdos sociales, establecidos en la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, y en la Ley de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974, así como los que versen sobre nulidad de registro de cualesquiera de las modalidades de la propiedad industrial, regulados en el Real Decreto-Ley sobre Propiedad Industrial de 10

de abril de 1930, quedará atribuida a los Jueces de Primera Instancia que resulten competentes con arreglo a las mismas Disposiciones. Sus resoluciones serán apelables para ante la Sala competente, cuyas sentencias serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuando ello proceda conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.—2. El Gobierno, en el plazo de tres meses, remitirá a las Cortes Generales los correspondientes Proyectos de ley, para acomodar el procedimiento establecido, en las leyes de 17 de julio de 1951 y de 19 de diciembre de 1974, y en el Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1930, a lo dispuesto en el párrafo anterior, manteniéndose mientras tanto vigente la ordenación procesal actual».

9.— Concluyendo, vemos cómo el legislador actúa en este ámbito derogatorio con una injustificada discrecionalidad. Por una parte, no obstante el carácter provisional, y en todo caso con una fundamentación explícita en los males del juicio declarativo de mayor cuantía para todos los casos que comentamos de regulaciones extravagantes, mantiene la vigencia de regulaciones procesales como la de los procesos de filiación, separación, divorcio y nulidad del matrimonio. Por otro, aprovecha un texto posterior, Ley Orgánica del Poder Judicial, para derogar y salvar la regulación en materia de Propiedad Industrial, Sociedades Anónimas y, con motivaciones diferentes, la de los procesos civiles sobre censos en Cataluña.

Habrà que esperar a la aplicación que de dicha Disposición Derogatoria de la Ley 34/84 realice la jurisprudencia y, particularmente, las interpretaciones que, en su caso, desde la nueva óptica constitucional realice el Tribunal Constitucional.

## NOTAS

## LA NOTIFICACION DE LA SENTENCIA AL LITIGANTE REBELDE

JUAN-FERMÍN PRADO ARDITTO

Juez excedente  
Secretario de Sala de la Audiencia  
Territorial de Valencia

Dos autos de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, ambos de fecha 13 de abril de 1984, dictados en sendas apelaciones en que fue ponente el Ilmo. Sr. Presidente de la misma, D. Pedro Alvarez-Castellano y Larrosa, interpretando lo dispuesto en el art. 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a la notificación personal de la sentencia al litigante rebelde, a los efectos de evitar el recurso extraordinario de audiencia en justicia, previsto en el art. 773 de dicho texto legal, sientan la doctrina de que por notificación personal hay que entender no sólo aquella que se realiza teniendo el funcionario notificador a su presencia al destinatario del acto de comunicación, en este caso al propio rebelde, sino de que dentro de dicho concepto hay que entender también la notificación domiciliaria realizada por cédula entregada al pariente más cercano, familiar o criado, mayor de catorce años, que se hallare en la habitación del que hubiere de ser notificado y si no se encontrare a nadie en ella, al vecino más próximo que fuera habido, a que se refiere el art. 268 de la propia ley procesal.

Los supuestos de hechos que dieron origen a ambas resoluciones son análogos, si bien los procedimientos en que se produjeron eran distintos, en uno se trataba de un juicio ejecutivo, en otro de un mayor cuantía. En ambos casos existían unos litigantes, en uno de ellos el demandante-apelado y, en el otro, varios demandados-apelados, que habían permanecido en rebeldía en la segunda instancia. Interesada por los procuradores de los apelantes la notificación personal de la sentencia dictada en la alzada, en base a lo dispuesto

en el art. 770 L.E.C., la Sala lo acordó así ordenando, para su actividad, librar cartas órdenes que se entregaron al procurador de la parte solicitante para su curso y gestión, de acuerdo a lo establecido en el art. 291 de la propia ley, en su redacción anterior a la reforma de 6 de agosto de 1984. Devueltas éstas resultó, en ambos casos, que las notificaciones se habían realizado, al no encontrarse a los destinatarios en sus domicilios, por cédulas entregadas en unos a un familiar y, en otros, a un vecino, por lo cual la Sala acordó, en sendas providencias, que se practicaran las notificaciones por edictos ordenando su publicación en el Boletín Oficial de la provincia, de conformidad a lo previsto en el párrafo 2.º del antes citado art. 769 L.E.C. Contra ambas providencias se interpusieron recursos de súplica por los procuradores de los apelantes, que admitidos a trámite por la Sala, fueron resueltos, dando la razón a los recurrentes, dejando sin efecto las providencias impugnadas y teniendo por válidas tales notificaciones, basándose para ello en la doctrina antes consignada.

Dejando a un lado el problema ciertamente interesante, de si las providencias recurridas eran de mera tramitación o no de mera tramitación y, por consiguiente, si la Sala actuó o no correctamente al admitir a trámite los recursos de súplica, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 401 L.E.C., problema éste que escapa al objeto del comentario que nos ocupa, vamos a examinar la cuestión abordada por la Sala y los argumentos que la misma sostiene.

El art. 769, en su párrafo 1.º, dispone que «la sentencia que se pronuncie en el juicio seguido en rebeldía será notificada personalmente al litigante rebelde, cuando pueda ser habido, si así lo solicitare la parte contraria. En otro caso se hará la notificación en la forma prevista en los artículos 282 y 283», es decir, en estrados y por edictos, añadiendo en su párrafo 2.º, que en éstos «se insertará solamente el encabezamiento y la parte dispositiva de la sentencia, con la firma del Juez que la hubiera dictado, y se publicarán en el Boletín Oficial de la provincia y en el Diario Oficial de Avisos, si lo hubiere, en el lugar del juicio» y, en su párrafo 3.º, que «también se publicarán dichos edictos en la Gaceta de Madrid cuando las circunstancias del caso lo exigieren, a juicio del Juez». Disposiciones estas aplicables, asimismo, a la segunda instancia en virtud de lo establecido en el art. 770 L.E.C.

El problema estriba en ¿qué ha de entenderse por notificación personal a estos efectos? o, dicho de otra forma, ¿en qué sentido debe interpretarse la frase del párrafo 1.º del art. 769, según la cual la sentencia será notificada personalmente al litigante rebelde, cuando pueda ser habido?

Una primera interpretación, que creemos es la que expresa el sentido que quiso darle el legislador, es la de considerar que la notificación personal es aquella que se realiza entendiéndose la diligencia directamente con el destinatario, es decir, teniendo presente el funcionario notificador al litigante rebelde, en la forma establecida en los arts. 262 y 263 L.E.C. Avala esta interpretación el significado literal de la frase ya que, en otro caso no tendría sentido el adjetivo «personalmente» y, sobre todo, la expresión «cuando pueda ser habido», ya que, en los supuestos ordinarios de las notificaciones la realizada por cédula tiene lugar precisamente cuando el que deba ser notificado «no fuere hallado en su habitación» (art. 266 L.E.C.). Si el legislador hubiese querido otra cosa entendemos que no hubiera previsto este supuesto especial de la notificación al rebelde sino que o nada hubiera dicho, o simplemente se hubiera remitido a la forma ordinaria de realizar las notificaciones. Si ha previsto este supuesto especial, es precisamente por eso, porque se trata de un caso distinto del ordinario. Así parece entenderlo Manresa en sus «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», Madrid, 1887, Imprenta de la Revista de Legislación, T. III, págs. 587 y 588, y así lo mantiene Guasp en sus también «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», M. Aguilar, Madrid, 1948, T. I, págs. 744 y ss. y, sobre todo, en T. II, volumen 1.º, 3.ª parte, págs. 1078 y ss. y Prieto-Castro, en su «Tratado de Derecho Procesal Civil», Pamplona, 1982, T. I, pág. 815; T. II, pág. 359.

Esta interpretación que, repetimos, creemos la más correcta, presenta, en la práctica, bastante problemas para su realización. Así basta con que el litigante rebelde quiera rehuirla, ocultándose de la presencia del funcionario notificador, con objeto de que la notificación personal exigida por el repetido art. 769, sea irrealizable, para que se tenga que acudir a la notificación en estrados y edictal con las dilaciones y gastos que éstas traen consigo. De aquí que en la práctica numerosos órganos jurisdiccionales, intentada infructuosamente la notificación entendiéndose directamente con el litigante rebelde, la realizan, en el mismo acto, por cédula en la forma establecida en los arts. 266 y 268 sobre las notificaciones en general, entendiéndose que ésta es simplemente una prolongación o aspecto de la notificación personal.

En este segundo sentido se pronuncian Brocá y Majada, en su «Práctica Procesal Civil», Bosch, Barcelona, 1975, T. I, pág. 290, al decir que «las disposiciones generales sobre notificaciones deben inspirar la forma efectiva de la diligencia, y aunque la Ley emplea el término personalmente, entendemos que no es preciso que se efectúe la notificación con la propia persona del rebelde, pudiendo

hacerse por cédula entregada a las personas determinadas en el texto legal, comprendiendo la misma los particulares pertinentes y siempre que conste fehacientemente el domicilio o residencia habitual o accidental del rebelde», añadiendo «interpretar este punto de otra manera sería conceder al rebelde la oportunidad de no hacer acto de presencia en la diligencia y frustrar el espíritu de la Ley en la materia».

Esta es también, como ya adelantábamos, la doctrina de los dos autos que comentamos, que tiene un antecedente en el también auto de 16 de marzo de 1972, de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, publicado en el R.G.D. pág. 1187 y recogido ampliamente por Brocá y Majada en su obra antes citada, T. II, págs. 1321 y 1322.

Entrando ya en el examen de los autos objeto de este comentario, ambos de contenido prácticamente idéntico, centran estos, en el primero de sus considerandos, el problema que nos ocupa al consignar que «la cuestión que plantea el presente recurso de Súplica sustancialmente gira en torno a la interpretación que ha de dársele al artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a la notificación al rebelde y, concretamente, a las expresiones contenidas en el primer párrafo de dicho precepto al decir que la sentencia que se pronuncie en el juicio seguido en rebeldía será notificada *personalmente* al litigante rebelde, cuando pueda ser habido, si así lo solicitare la parte contraria. En otro caso se hará la notificación en la forma prevenida en los artículos 282 y 283; en definitiva, y acotando todavía más el tema planteado, sobre qué debe entenderse por notificación personal y en qué situaciones opera la notificación con publicidad documental e impersonal, es decir, en Estrados o por Edictos».

Centrado así el problema, interpretan en el segundo de sus considerandos qué debe entenderse, a los efectos previstos en el art. 769, por notificación personal, al decir que ésta «tal como se expresa en dicho artículo o en el precedente 262, enmarcado en el epígrafe general de la Sección 3.ª, Título sexto, Libro primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refiere a las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos, es, por su esencia ontológica, y más genuina, aquella comunicación que se hace por el funcionario judicial ante la presencia física e inmediata del destinatario de tal comunicación; ahora bien, según el orden de estadios o secuencias que sigue el texto normativo sobre las notificaciones, dicha comunicación personal e inmediata realizada por el actuario o el funcionario judicial idóneo no se agota porque ese propósito de comunicación personal no se realice al estar ausente en ese momento el destinatario, ya que la Ley a continuación, y en el artículo 266 esta-

blece un acto de mediación para que, partiendo del supuesto fundamental de ser conocido el domicilio del que deba ser notificado no resulte frustrada la comunicación efectiva con el destinatario del acto judicial sino que para evitar una reiterativa o exhaustiva búsqueda del destinatario de la notificación arbitra un acto de mediación cual es la notificación por cédula que dicho artículo y siguientes establecen, que no debe ser considerado como otro procedimiento sin relación con lo dispuesto en el art. 262 de realización ante la presencia física del notificado, sino como un trasunto de esa situación cuando conocido el domicilio del interesado por cualquier motivo no se encuentre en ese momento presente ante el notificante. Y la prueba de ello es que el medio subsidiario y distinto de notificación, o sea el que llamamos de comunicación publicitaria y documental por edictos sólo se establece por la Ley procesal en su artículo 269 cuando concurre la circunstancia, que actúa como presupuesto legal, de que no conste el domicilio de la persona que deba ser notificada o que se encuentre en ignorado paradero».

Por último, aclarando aún más esta doctrina y aplicándole a los supuestos concretos que los han originado, dicen ambos en su tercer considerando que «nos encontramos que, aunque aparentemente, la dicción empleada por la Ley en el artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no admite otra interpretación que la estrictamente ceñida a sus términos, no cabe duda que sentados los principios rectores de las formas de comunicación al litigante a que antes nos hemos referido, y que en todo caso, la notificación por cédula no es más que una continuación de la personal interviniendo un acto de mediación y que en uno y otro caso, cuando el artículo 769 exige que el litigante rebelde «pueda ser habido», tales términos no pueden tener otra significación que por la circunstancia de hecho de ser conocido el domicilio del destinatario y no encontrarse en ignorado paradero esa forma publicitaria de notificación por edictos sólo debe actuar cuando potencialmente y por ignorarse el domicilio del interesado existe la posibilidad de un fracaso en el intento de entrar inmediata o mediatamente en contacto con él acudiendo a ese último remedio por mera seguridad jurídica, de la notificación por edictos. Piénsese que en un supuesto verdaderamente trascendente por su carácter coercitivo o coactivo, el reconocimiento de deuda como pase a un proceso privilegiado sobre el patrimonio del presunto deudor, nos estamos refiriendo al caso contemplado en el artículo 1432 de la Ley, la citación para el reconocimiento de la deuda, establece la ley que sea personal, pero si en la primera diligencia en su búsqueda no es hallada la persona que deba ser citada, se hace por cédula si bien con la restricción que establece el párrafo

tercero de dicho precepto. Por tanto, hay que concluir que existe una omisión no querida por la ley en cuanto a la función mediadora de la notificación por cédula, pero que el juzgador ha de interpretar cuando el rebelde tenga domicilio conocido en el sentido propugnado en el recurso de súplica, de acuerdo con los principios generales y la razón de ser de los distintos actos de comunicación y sobre todo, asentado en la realidad social y en la finalidad más efectiva y práctica para que el litigante tenga conocimiento de un acto judicial».

Creemos interesante la doctrina sentada por ambos autos que, aun forzando el tenor literal del art. 769, resuelve con un sentido práctico un problema que suele presentarse a diario en la práctica de los Tribunales.

Quizás hubiera sido interesante que el legislador, al afrontar la reforma de los actos de comunicación llevada a cabo por la Ley 34/1984 de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hubiera aclarado esta cuestión, dando nueva redacción al tan repetido art. 769. No ha sido así, y creemos que hay que lamentarlo.

Por último, cabría pensar que introducida por la citada Ley 34/1984, en la nueva redacción dada al art. 161 L.E.C., la comunicación postal para las notificaciones a practicar «fuera de la sede del Juzgado o Tribunal», sería ésta aplicable a las notificaciones de la sentencia a los litigantes rebeldes, pero esto no es así ya que, el mismo precepto excluye la notificación postal entre otros supuestos, en su párrafo 4.º, «en aquellos casos en que lo disponga la Ley». Por lo cual dado el contenido del art. 769 creemos que queda excluida la notificación por correo a los litigantes rebeldes. Admitir lo contrario creemos que sería forzar demasiado el sistema de los actos de comunicación contenidos en nuestra ley procesal.

## LA NUEVA LEY ITALIANA SOBRE LA COMPETENCIA DEL «CONCILIATORE» Y DEL «PRETORE»

ANTONIO RENATO BRIGUGLIO  
(IIº Universidad de Roma)

### § I

1) En el lapso de poco más de veinticuatro horas (30-31 de julio de 1984) se promulgaron en Italia dos leyes (núm. 399 y núm. 400) que conciernen sobre todo (aunque no solamente) a la competencia de los órganos jurisdiccionales unipersonales, respectivamente en materia civil y penal.

Fijaremos, de una manera sintética, la atención sobre la primera de las dos leyes (núm. 399 del 30 de julio de 1984) (1) y en particular sobre las más significativas innovaciones que ella aportó en el ámbito del juicio civil (2).

Sin embargo, hay preliminarmente que recordar cómo esta ley, después de la reforma del arbitraje del 9 de febrero de 1983, número 28 (3), representa una ulterior «medida cautelar», que anticipa, aunque en un sector limitado y sólo mínimamente, una iniciativa más amplia de revisión del entero sistema del proceso civil italiano (última etapa de esta iniciativa, cuya concreta realización apa-

(1) La Ley n. 399 del 30 de julio de 1984 lleva el título «*Aumento dei limiti di competenza del conciliatore e del pretore*» y está publicada en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* del 1 de agosto de 1984; la otra, n. 400 del 31 de julio de 1984 lleva el título «*Nuove norme sulla competenza penale e sull'appello contro le sentenze del pretore*» y está publicada en el mismo fascículo de la *Gazzetta Ufficiale*.

(2) Organos jurisdiccionales civiles de primera instancia son en Italia el *conciliatore* (juez no profesional), el *pretore* (juez profesional) y el *tribunale* (órgano colegiado compuesto por magistrados profesionales).

(3) La ley está publicada en la *Gazzetta Ufficiale* del 15 de febrero de 1983.

rece, de todos modos, confiada en un futuro bastante incierto, ha sido la transformación del Proyecto de reforma del «Codice di procedura civile», redactado por la Commissione-Liebman, en *Disegno di legge-delega* aprobado, con unas modificaciones, por el *Consiglio dei Ministri* el día 8 de mayo de 1981 (4).

## § II. LA NUEVA COMPETENCIA CIVIL DEL «CONCILIATORE» Y DEL «PRETORE».

2) En primer lugar resulta elevado el límite de competencia por razón de cuantía («per valore») de los jueces civiles «menores»: desde el originario de 50.000 hasta 1.000.000 de liras por el *conciliatore*, desde el originario de 750.000 hasta 5.000.000 de liras por el *pretore* (arts. 1 y 2 de la ley que modifican los arts. 7 y 8 c.p.c.).

Hasta el nuevo límite mencionado el *conciliatore* será, como antes, juez competente sólo para conocer de «los pleitos relativos a bienes muebles» (cuando la ley no establezca la competencia de otro juez) (art. 7 c.p.c.). Por razón de materia («per materia») el *conciliatore* va a tener, en cambio, nueva competencia para todos los «pleitos relativos a la modalidad de utilización de los servicios de condominio» (art. 1, II c., de la ley núm. 399) y ya no será competente para conocer de los «pleitos relativos a los contratos de locación de inmuebles» y en particular de las demandas de «*sfratto per finita locazione*» (5). Estas últimas pertenecen ahora, cualquiera sea su interés, a la competencia del *pretore* (art. 2 de la ley número 399).

Al contrario, a este juez, antes competente para todos los pleitos en materia de condominio de edificios, le quedarán ahora sólo las demandas «relativas a la medida de servicio de condominio» (art. 2 de la ley núm. 399), siendo las relativas a la modalidad de utilización de esos servicios atribuidas —como ya vimos— a la competencia del *conciliatore* (6).

Hasta el nuevo límite de 5.000.000 de liras el *pretore* será competente «también para los pleitos relativos a bienes inmuebles» (el art. 8 c.p.c., modificado por el art. 2 de la ley núm. 399, menciona ahora expresamente los bienes inmuebles).

(4) Aun para una comparación con el originario Proyecto de la Commissione-Liebman, cfr. El *Disegno di legge-delega* publicado en *Giustizia Civile*, 1981, II, p. 315 y ss.

(5) El *conciliatore* era antes competente para conocer de estos conflictos hasta un interés de 50.000 liras.

(6) A pesar de su suficiente precisión, la distinción va seguramente a originar un gran número de excepciones de incompetencia.

Resumiendo el nuevo encuadre normativo se puede constatar, junto al a) aumento de la competencia por razón de cuantía b) una tentativa de racionalizar el repartimiento de la competencia por razón de materia entre los tribunales unipersonales de primera instancia:

3) El primer resultado no parece merecer las críticas formuladas por unos exponentes del celo judicial y forense con respecto al previsto incremento de trabajo para las *preture* ya atascadas y caracterizadas por una situación de graves dificultades de funcionamiento (las críticas podrían evidentemente referirse también a la nueva «competencia exclusiva» del *pretore* para las demandas de «*sfratto per finita locazione*», competencia que quizás no resultará «compensada» por el hecho de que el mismo juez no conocerá más que una parte de los conflictos de condominio; sin embargo, igualmente puede dudarse que las demandas, cuyo interés no exceda de 1.000.000 de liras —juez competente el *conciliatore*— serán numéricamente inferiores a las de interés comprendido entre 1.000.000 y 5.000.000 de liras —juez competente el *pretore*— (7).

Demasiado fácil sería, de todos modos, e incluso sin la ayuda de datos estadísticos, objetar que la situación de exceso de trabajo en los *tribunali* (8) italianos parece igualmente dramática, y que precisamente la ley núm. 399 podrá contribuir a mejorarla, además rindiendo más adecuada, en consideración de la mayor simplificación y rapidez del procedimiento en frente al *pretore*, la proporción entre la importancia económico-social del conflicto y la duración del juicio de primera instancia (9).

Pero, sobre todo, la tendencia hacia una revaluación «moderata» (10) del juez unipersonal, honorario y profesional, constituye un maduro y meditado «arreglo», entre opuestas extremas hipótesis (11), ahora ya desde hace tiempo compartido también en Italia (12). En

(7) Véase aun la nota (9).

(8) Que —lo repetimos— es en Italia el juzgado de primera instancia de competencia superior a la del *pretore*.

(9) Estas las previsibles variaciones del repartimiento de los nuevos pleitos entre los juzgados de primera instancia: *conciliatori*, desde el 3,7 / hasta el 33,7; *pretori*, desde el 59,1 / hasta el 138,2; *tribunali*, desde el 37,2 / hasta el 28,1. (Datos amablemente comunicados por el Dr. R. Rossi de la IIª Universidad de Roma, autor de un estudio de próxima publicación sobre la ley n. 399).

(10) Véase en esta dirección el mencionado *Disegno di legge-delega* para un nuevo *codice di procedura civile* (en *Giustizia Civile*, cit., p. 345). Hay que advertir que la solución del *Disegno di legge-delega* aparece todavía más «moderata» respecto a la del precedente, y también ya mencionado, Proyecto de la Commissione-Liebman.

esta dirección la ley núm. 399 representaría un paso adelante, ciertamente no trascendental, sino más que previsible, aun cuando no considerásemos, como, al contrario, hay evidentemente que hacer, el avanzar de la inflación.

Además, estamos convencidos de que las disfuncionalidades organizativas del servicio de la justicia (más o menos fácilmente resolubles precisamente con apropiadas medidas de organización) no deban impedir ni las grandes ni las pequeñas reformas procesales, a menos que ellas no aparezcan absolutamente excesivas en relación a las concretas posibilidades de la máquina judicial. Absolutamente excesiva en este sentido la ley núm. 399 por cierto no se puede decir, y a lo más las eventuales ulteriores dificultades que ella va a ocasionar en las *preture* servirán (por lo menos así esperamos) a acelerar las providencias para alcanzar la siempre recomendada nueva distribución del personal judicial según las exigencias efectivas de las diferentes circunscripciones (13).

Que finalmente la ley en cuestión no puede ser enfáticamente presentada como una decisiva realización de la tendencia antes recordada y que por eso no puede exagerarse (y criticarse) la nueva función que la misma ley otorga al *pretore* y al *conciliatore*, resulta más claro considerando que el aumento de competencia, aun cuando no completamente justificado en relación a la inflación —así es se-

(11) Dentro de una bibliografía muy extensa citamos sólo: AA.VV., *Giudice onorario e giudice di prima istanza. Atti del convegno della Unione Magistrati italiani e dell'ISLE*, Roma, 1977; DENTI, *Giudice onorario e giudice monocratico nella riforma del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1978, p. 609 y ss.; GIACOBBE, *Giudice monocratico e giudice onorario: prospettive e problemi di una riforma*, in *Critica Giudiziaria*, 1977, p. 75 y ss.; GIARDA, *Giudice onorario e giudice monocratico in prima istanza: due proposte di riforma poco convincenti*, in *Critica Giudiziaria*, 1977, p. 51 y ss.; PIZZORUSSO, *Giudice onorario e giudice monocratico*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1977, p. 256 y ss.; TARZIA, *Giudice professionale e giudice laico*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1980, p. 430 y ss. (cfr. sobre todo pp. 443-446). Por lo que se refiere al proceso penal véase TAORMINA, *Giudice onorario e giudice unico: una riforma da meditare attentamente*, in *Giustizia Penale*, 1978, I, p. 51 y ss.

(12) La tendencia no parece ser sólo «italiana». Hay que recordar, por ejemplo, las nuevas competencias del *Amtsgericht* previstas en BRD por la *EheRG* de 1976/77 y por la *SorgeRG* de 1979, y el aumento de la importancia del juez unipersonal en Francia (cfr. PERRON, *Giudice collegiale e giudice unico nel diritto processuale francese*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1982, p. 327 y ss.).

(13) Sobre este problema y otros parecidos véase, antes de la ley n. 339, el ensayo de LUPO, *la revisione delle circoscrizioni giudiziarie*, in *L'ordinamento giudiziario*, cit., III, p. 281 y ss. Las análisis de este Autor llevan sin embargo a deducir que en Italia los jueces profesionales «sottoutilizzati» son desde hace tiempo sobre todo precisamente los *pretori*.

guramente en el caso del *conciliatore* (14)—, hay que reevaluarlo en relación al relevante parámetro del incremento del nivel de vida medio (15). Y verdaderamente la ley n. 399 simple y sencillamente atribuyó al *conciliatore* aquel mínimo de contencioso suficiente a sacarlo fuera del reino de las sombras (16) y a justificar su misma existencia (17).

4) Por lo que concierne a la racionalización del repartimiento de la competencia por razón de materia, todavía tenemos que considerar unas opiniones siempre más acreditadas en la cultura jurídica italiana, esta vez con específica referencia a la figura del *conciliatore*.

Está firme, por ejemplo, la convicción que la reevaluación del *conciliatore* debe ser la de un juez típicamente honorario, de formación no técnica y «cercano» a las partes; y esta convicción justifica la sustracción al ámbito de competencia del *conciliatore* de pleitos caracterizados por un evidente tecnicismo como los de locación de inmuebles.

(14) En relación a la sola inflación la competencia por razón de cuantía del *conciliatore* tenía en efecto que aumentarse aproximadamente hasta 300.000 liras. Y muy fácil es constatar cómo el último aumento de la competencia por razón de cuantía del *conciliatore* es proporcionalmente superior al aumento de la misma competencia del *pretore* (éstos son los respectivos y progresivos aumentos):

| <i>conciliatore</i> | —    | <i>pretore</i> |
|---------------------|------|----------------|
| 1 1.000             | 1942 | 1 10.000       |
| 1 25.000            | 1956 | 1 250.000      |
| 1 50.000            | 1966 | 1 750.000      |
| 1 1.000.000         |      | 1 5.000.000    |

(15) Sobre la importancia de este parámetro cfr. PICARDI, *Il giudice conciliatore. Costruzione e crisi di un modello*, in *Giustizia Civile*, 1980, II, p. 56 y ss., y también *Il conciliatore*, in *L'ordinamento giudiziario*, Rimini, 1985, III, p. 128.

(16) El límite de 1.000.000 de liras para la competencia por razón de cuantía del *conciliatore* estaba ya previsto en el disegno di legge n. 524 de 1976, así como en el n. 962 de 1980.

(17) En efecto, sobre todo en los años 1940/70 se verificó en Italia (y no solamente en Italia) una vertiginosa disminución de las demandas interpuestas ante el juez honorario. Para los relativos datos estadísticos véase PICARDI, *Il conciliatore*, cit., p. 115-121. Este Autor significativamente anota «oggi in Italia abbiamo (...) quasi 16.000 giudici minori con relativi ausiliari e strutture organizzative, ma non esiste più la giustizia minore!» (*ob. cit.*, p. 123). Desde el punto de vista comparativo cfr. la síntesis de DENTI-VIGORITI, *Le rôle de la conciliatio comme moyen d'éviter le procès et de résoudre le conflit*, in *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung* (Ed. W. J. HABSCHMID), Bielefeld, 1983, 554-555.

No tan firme, y sin embargo defendida por una doctrina prestigiosa (18), hay otra convicción que se refiere a la existencia de un contencioso muy particular, implicando ello exigencias fundamentales de convivencia y por lo tanto de «composición» y de «continuación» (también desde el punto de vista social) más que decisión (en el sentido del verbo francés «trancher») de la relación entre las partes; un contencioso, pues, que exige «por naturaleza» los métodos de solución extra-judicial de las controversias o la misma conciliación durante el proceso, o, si no se quiera abandonar el camino jurisdiccional propiamente dicho, la mentalidad y la experiencia (y la equidad) (11) de un juez no profesional. Esta convicción justifica la atribución a la competencia del *conciliatore* de aquellos conflictos en materia de condominio que sin duda pertenecen a la categoría ahora descrita (20).

El legislador quiso, luego, conformarse, en plena coherencia con las convicciones e innovaciones que arriba mencionamos, a otra idea notablemente compartida en Italia: es decir, que característica absolutamente esencial, para la figura del *conciliatore*, sea la posibilidad de juzgar según equidad (21). La práctica realización de esta idea, en la ley núm. 399, parece, sin embargo, informada por temores y contradicciones.

### § III. EL NUEVO JUICIO DE EQUIDAD DEL «CONCILIATORE».

5) El art. 3 de la ley núm. 399 modifica el II c. del art. 113 c.p.c., que preveía el juicio de equidad del *conciliatore* en relación a las demandas cuyo interés no excediese de 20.000 liras (este juez, repetimos, siendo entonces competente hasta un interés de 50.000 liras). La nueva norma al contrario establece que el *conciliatore* va a juzgar siempre según equidad.

Contemporáneamente resulta eliminada la posibilidad de interponer recurso de apelación contra las sentencias del *conciliatore*

(18) Cfr. sobre todo CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1981, p. 53, que habla de «forme (...) coesistenziali di giustizia», sin embargo considerando especialmente los métodos de conciliación no contenciosa.

(19) Véase en efecto el § III.

(20) Todos los conflictos de condominio estaban atribuidos a la competencia del *conciliatore* en el mencionado *diseño di legge* n. 524 de 1976; con la más apropiada distinción ahora introducida, ya en el *diseño di legge* n. 962 de 1980.

(21) Recientemente véase, por ejemplo, aun por lo que se refiere a las desventajas de una aplicación del derecho *strictu sensu* por el juez honorario, la síntesis de PICARDI, *Il conciliatore*, cit., p. 154 y ss.

(arts. 5 y 6 de la ley núm. 399, que modifican los arts. 399 u.c. y 341 c.p.c.) (22) e introducida, en cambio, la de interponer recurso de casación contra las mismas sentencias (art. 5 de la ley núm. 399).

Pero como el control en casación del juicio de equidad (también en la otra hipótesis en que el legislador italiano permite al juez [profesional] juzgar según equidad cuando en este sentido sea solicitado por las partes y la demanda se refiera a derechos disponibles; cfr. artículo 114), ha sido en la práctica excluido casi siempre sin discutir (23), contra los fallos del *conciliatore* el recurso ante la *Corte di Cassazione*, es decir, hoy la única impugnación admisible, podría —parece— interponerse sólo en caso de vicios de procedimiento (o sea de los «errores impropcedendo» que están reunidos en España bajo la expresión legal de quebrantamiento de forma) y nunca por «violación o interpretación errónea de ley» («error in iudicando»).

No obstante el art. 111 de la Constitución italiana, garantizando contra todas las sentencias judiciales el recurso de casación precisamente por violación de ley, generó y todavía continúa generando la sospecha de inconstitucionalidad respecto al juicio de equidad del *conciliatore* (24), aun en relación con el principio de legalidad previsto por el art. 101, II c. de la misma Constitución. Nosotros retenemos esta sospecha seguramente infundada, por razones cuya exposición sería aquí demasiado larga (y que, de todos modos, pueden sintetizarse en el carácter radicalmente alternativo de los dos juicios, de equidad y de derecho). Además consideramos no demasiado segura y, de todos modos, inexacta la convicción que hasta ahora no pudiese interponerse recurso de casación por violación de ley contra el juicio de equidad ni siquiera en la hipótesis que el mismo juicio fuera evidentemente inicu. Sin embargo, el legislador de la reciente reforma quizás temió que, como consecuencia de la ampliación del ámbito de la equidad del *conciliatore*, se intensificasen las protestas y se hiciese más probable la eventualidad de un recurso ante la Corte Constitucional.

(22) Según el sistema ahora modificado podía siempre interponerse recurso de apelación contra las sentencias del *conciliatore* relativas a demandas cuyo interés no excediese de 20.000 liras, y sólo «per difetto di giurisdizione o per incompetenza» contra las relativas a demandas de interés superior.

(23) Cfr., por ejemplo, SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1966, I, pp. 447 y 450, que se refiere a la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione*. El recurso de casación estaba expresamente excluido por el Código procesal. Además se retenía ya *per definitionem* imposible la aplicación al juicio de equidad del recurso de casación así llamado «extraordinario» previsto por el art. 111 de la Constitución en caso de violación de ley material.

(24) En este sentido GIACOBBE, *Giudice monocratico e giudice onorario*, cit., p. 83.

Así el nuevo art. 113, II c., c.p.c. limita la libertad de decisión del juez honorario, y en efecto, después de la fórmula amplia «el conciliador decide según equidad», restrictivamente prosigue: «*observando los principios reguladores de la materia*» (25).

El control de la observancia de los *principios reguladores de la materia* va a ser precisamente ejercitado por el único órgano de impugnación contra la sentencia del *conciliatore*, es decir, la Corte de Casación, que entenderá extensivamente la expresión «violación de ley» (art. 360, n. 3, c.p.c.), incluyendo en ella la violación de los sobredichos *principios reguladores*. Esto no se puede discutir; sino, si la Suprema Corte considerase inadmisibles los correspondientes recursos, el *conciliatore* estaría autorizado a interpretar de manera abrogativa la segunda parte del art. 113, II c., c.p.c. como... un simple consejo.

Sin embargo, hay que reconocer que ni siquiera es fácil determinar exactamente hasta dónde deba llegar la observancia de los *principios reguladores* y que todas las otras interpretaciones teóricamente posibles plantean, ya después de una mirada superficial, dificultades y obscuridades.

A) Puede ser en efecto que la disposición introducida por la ley núm. 399 se refiera solamente a los principios generales del ordenamiento y a los principios de orden público y de buenas costumbres, en cuanto implícita o explícitamente implicados en la reglamentación jurídica de la materia en cuestión. Pero podemos preguntarnos si una decisión de equidad contraria de manera evidente a estos principios no debiese ya otrora, y no deba retenerse absolutamente inícuo, y por eso impugnado en casación por violación de la norma que permite al juez la equidad cuando la alternativa se tome en consideración el juicio de derecho, y pero se la impone cuando como alternativa se tome en consideración la iniquidad.

B) Puede ser que la disposición se refiera solamente a los principios constitucionales implicados o actuados en la reglamentación jurídica de la materia en cuestión. Sin embargo, prescindiendo de unas dudas secundarias, la expresión «principios constitucionales» parece demasiado técnica, importante y definida porque una referencia a los mismos principios y sólo a ellos pueda fácilmente reputarse sobrentendida en el texto de la nueva norma introducida.

(25) El segundo de tres *disegni di legge preliminari* presentados en el año 1977 por el *Guardasigilli* Bonifacio preveía expresamente y con fórmula más amplia (y quizás mejor) de la ahora introducida: «*nelle materie di sua competenza il conciliatore decide secondo equità nel rispetto della costituzione e dei principi fondamentali dell'ordinamento*» (art. 17 u.c.).

C) Hay finalmente el enfoque interpretativo más rigurosamente literal, según el cual, en primer y genérica aproximación, el *conciliatore* no podría violar ninguno de los *principios reguladores*, aun específicos, en los cuales el legislador se inspiró al regular la materia en cuestión. Principios que, conectados o no con la Constitución o con el orden público o las buenas costumbres, aparecerían evidentes después de un análisis de la misma reglamentación, formando el *nervus* de ella.

Naturalmente este enfoque, junto al difícil problema de descifrar a nivel teórico-sistemático fundamentos y consecuencias de una tal confusión de equidad y derecho, plantea, de una manera más complicada de lo que sería siguiendo otras orientaciones interpretativas, la tarea práctica de detallar los mismos principios.

aa) Tendría que hacerlo, con precisión y claridad, la Corte de Casación, pero, ¿de qué manera? Porque existe el riesgo de que la línea de distinción entre equidad y derecho sea más o menos totalmente borrada y que la continua determinación de *principios reguladores* pueda provocar la desaparición de la equidad, o sea de la característica esencial que la ley núm. 399 quiso en apariencia restituir al *conciliatore*, o la reducción de ella, a una simple «*equità determinativa*» (del *quantum* de una prestación) (mientras el *conciliatore* sería incitado, aun sólo por razones de... comodidad, a decidir casi siempre según las normas de derecho).

Desde luego no es esto el objetivo que los reformadores se fijaron.

bb) Objetivo opuesto sería aquél de la determinación restrictiva de eventuales *principios reguladores de la materia* totalmente arraigados, por su racionalidad o por su tradición, en la conciencia social que una decisión a ellos contraria sería de todos modos y sin duda contraria al sentido común y no conforme a la equidad (si por ejemplo la decisión está fundada sobre la consideración que «X, conduciendo su coche, podía pretender la precedencia porque procedía... de la izquierda», aquella puede ser censurada no sólo porque viola el *principio regulador de la materia* que por caso atribuye la precedencia a quien procede de la derecha, sino ya simplemente porque esta regla, aun prescindiendo de su origen jurídico, está ahora ya tan tradicionalmente arraigada en la conciencia, y en la posibilidad de previsión, de los ciudadanos que es imposible ignorarla ni siquiera en un juicio de pura equidad).

En tal caso el contenido de innovación del nuevo art. 113, II c., c.p.c. sería reducido cuanto o casi cuanto, *mutatis mutandis*, ya vimos sub A): se trataría simple y sencillamente de una matización de lo que, según nuestra opinión, ya estaba implícito antecedentemente al sobrevenir la ley núm. 399.

No es, naturalmente, seguro que la Corte de Casación italiana no se oriente en esta dirección, antes bien lo contrario: así lo prevemos, si podemos permitirnos una previsión. Pero no es nuestra intención, al menos aquí, estimar definitivamente las soluciones interpretativas hasta ahora presentadas y efectuar una elección entre ellas; más bien nos limitamos al firme rechazo de la expuesta sub C) aa) (26).

cc) Sin embargo tenemos que respetar una presunción metodológicamente esencial en relación a la primera aproximación a una nueva norma, es decir, que a la misma norma debe atribuirse, hasta cuando lógica y sistemáticamente sea posible, todo su significado y no sólo una parte de ello. Esta presunción nos induce a completar el cuadro con una hipótesis de concreta determinación de los *principios reguladores de la materia* (más allá de los generales de orden público y de buenas costumbres y constitucionales) menos restrictiva que aquélla señalada sub C) bb) pero no extensiva como la precedente señalada sub C) aa).

Se trataría, en fin, de considerar las finalidades del legislador correspondientes no simplemente a la intención temerosa, parcialmente contradictoria y genérica de prevenir sospechas y críticas limitando desde el punto de vista cualitativo la equidad del *conciliatore* ampliada desde el punto de vista cuantitativo, sino también a la más motivada intención de guiar la equidad sobre los rasgos de la *promoción social* que las legislaciones de los modernos Estados cada vez más frecuentemente buscan y alcanzan, más allá de la pura recepción de lo *status quo* en el juego de intereses.

En esta perspectiva los *principios reguladores* nunca podrían llegar prácticamente a coincidir con todas, o casi todas, las *regulae*

(26) Y ello no solamente porque la equidad está arraigada en la tradición, y en la tradición del juez honorario sobre todo, y no merece ser cancelada ni oficialmente ni *de facto*, sino también porque no parece oportuno imponer a la actividad de juicio del *conciliatore* complicaciones excesivas, como la de conocer prácticamente de manera detallada la ley o incluso la jurisprudencia de la Corte de Casación. Si no la duración media del procedimiento ante el *conciliatore*, que ya es paradójicamente casi igual a la del procedimiento ante el pretore, podría todavía aumentar, mientras exigencia básica es claramente la de disminuirla para favorecer la eficacia de la «giustizia minore». Por este motivo creemos también que, cualquiera sea la opinión en relación al significado de la observancia de los «principios reguladores de la materia», no se puede imponer al *conciliatore* el deber de especificar a nivel de motivación del fallo los «principios reguladores» que consideró en el decidir. El *conciliatore* redactará la sentencia según su razonamiento «de equidad», limitándose a añadir la fórmula genérica «visti i principi regolatori della materia» u otra parecida. Será después tarea de la Casación la de controlar concretamente la eventual violación de uno de aquellos principios.

*iuris* de la materia en cuestión, sino serían solamente aquellos en que el legislador manifieste con absoluta evidencia una elección a nivel de la *promoción social*, una tentativa de dirigir a los ciudadanos hacia determinados objetivos sociales (27).

Todo el mundo puede —claro está— darse cuenta que este último criterio es el de más difícil y ardua aplicación, y que más que los otros se revela fuente de incertidumbre. El mismo criterio tendría, sin embargo, la provechosa característica de una justificación no genérica, sino especificada y bien motivada.

## § VI.

7) Otras innovaciones que la ley núm. 399 introdujo nos parecen menos relevantes desde el punto de vista comparativo.

Vamos rápidamente a recordar: la posibilidad de interponer la demanda en forma oral, en todo caso ante el *conciliatore* y cuando el interés no exceda de 600.000 liras también ante el *pretore* (art. 4 de la ley núm. 399 que modifica el art. 312, II c., c.p.c.); las modificaciones del procedimiento de «*convalida di sfratto*» y del otro, también en materia de locación, regulado por la ley núm. 392 del 27 de julio de 1978 (art. 6, núms. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, de la ley núm. 399 en relación a los arts. 658, I c., 661, 667, I y II c., 668, III c., c.p.c. y 30, II c., 45, II y V c., y 51, I c., de la ley núm. 392 del 27 de julio de 1978); la exención de impuestos y la reducción de honorarios de abogados y procuradores en caso de los pleitos de locación, cuyo interés no exceda de 600.000 liras, y de los pronunciamientos judiciales previstos en el art. 44 de la ley del 27 de julio de 1978 (art. 6, núm. 10, de la ley núm. 399, que modifica el art. 57 de la ley del 27 de julio de 1978); el nuevo sistema de determinación de las cuantías de demandas relativas a bienes inmuebles (art. 7 de la ley núm. 399, que modifica el art. 15 c.p.c.).

(27) La defensa del medio ambiente o la protección de la salud humana son, por ejemplo, objetivos sociales, incluso demasiado notorios, que los legisladores de la mayoría de países intentan alcanzar con siempre más activa participación, así que en los mismos objetivos se fundan varias normas jurídicas en las materias más diversas. Estas normas precisamente habrían que considerarse, según el criterio ahora expuesto, como límites a la equidad del *conciliatore*.

**PROCESAL ADMINISTRATIVA**

**JULIO GARCÍA CASAS**  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Sevilla

**SUMARIO:**

1. Naturaleza, extensión y límites de la jurisdicción contencioso-administrativa: 1.0. Naturaleza revisora. — 2. La Jurisdicción Contencioso Administrativa: 2.0. Organos y competencia de las Salas. — 3. Las partes: 3.0. Interés directo para recurrir. — 4. Procedimiento de primera o única instancia: 4.0. Plazo de interposición del recurso; 4.1. Demanda y contestación; 4.2. Alegaciones previas. Inadmisibilidad; 4.3. Sentencia; 4.4. Nulidad de actuaciones; 4.5. Otros modos de terminación del procedimiento. — 5. Recursos ordinarios contra sentencias: 5.0. Recurso de apelación. — 6. Recursos extraordinarios contra sentencias: 6.0. Recurso extraordinario de apelación «en interés de ley»; 6.1. Recurso de revisión. — 7. Ejecución de sentencias. — 8. Procedimientos especiales: 8.0. Procedimiento especial en los casos de suspensión de acuerdos de las Corporaciones Locales por infracción manifiesta de las leyes; 8.1. Procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona reconocidos en la Constitución (Ley de 26 de diciembre de 1978).

**I. NATURALEZA, EXTENSION Y LÍMITES DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

**1.0. Naturaleza revisora**

**DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS. — LÍMITES AL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES. — PRINCIPIO DE LIBERTAD INDUSTRIAL.**

**S 21 enero 1982 (Sala 4.ª) (RA 198)**

*Concedida por la Comisión Municipal Permanente de un Ayuntamiento, licencia de obras para la construcción*

*de una Estación de Servicio a un particular, el agraviado por la licencia interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por el Ayuntamiento. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala de la Audiencia Territorial dictó sentencia, en que declara "no ajustados a derecho y sin ningún efecto los acuerdos municipales impugnados". Promovido recurso de apelación contra la misma por el Abogado del Estado, el Ayuntamiento y el concesionario de la licencia de obras, el TS lo estima, revocando la sentencia apelada y declarando la validez y eficacia de la licencia impugnada.*

**CONSIDERANDOS:** Que el rechazo de la causa de inadmisibilidad del recurso, razonado en el primer considerando de la sentencia apelada, no necesita para su confirmación, del despliegue de mayores esfuerzos de los ya hechos por la Sala de la Territorial, puesto que el demandante tiene un evidente interés directo en el asunto de que se trata, lo que motivó su personación en el expediente administrativo, no obstante lo cual, el acuerdo dictado en el mismo no le fue notificado, causa suficiente para que el recurso de reposición por él interpuesto el 18 agosto siguiente tenga que ser considerado temporáneo, dada la fecha en que el interesado manifiesta que tuvo conocimiento de tal resolución, y la doctrina jurisprudencial existente respecto de supuestos análogos; siendo por este motivo, sin duda alguna, por lo que, de los tres escritos de alegaciones formulados en esta alzada, sólo uno de ellos se hace cuestión de este tema, y muy de pasada, incluso sin llevarlo a la parte fundamental del mismo, que, como se sabe, es el suplico.

Que en todo contencioso, si importante es la determinación del derecho aplicable al caso controvertido, más importante aún es la clarificación del supuesto de hecho de que se trate, la determinación de sus singularidades, y la captación del conjunto de circunstancias en él concurrentes, ya que las características del supuesto de hecho serán las que determinen la normativa aplicable, puesto que aquéllos son un *príus* lógico de ésta, y no al contrario.

Que no debe olvidarse, por otra parte, que una presunción racional y fundada, permite pensar, que el único móvil que impulsa al demandante, al defender tan arduosamente el cumplimiento de las previsiones del Plan Parcial del referido Polígono Industrial, a base de una interpretación unilateral y literalista de un precepto aislado del mismo, no es otro que el de eliminar la competencia que inevitablemente le hará el establecimiento de un nuevo negocio

similar al suyo, lo cual implica la defensa de un interés particular, de igual condición que el de los que pretenden montar la Estación en controversia; conflicto de intereses individuales, que, en principio, no puede regirse sino por el principio de igualdad de oportunidades, a no ser que uno de esos intereses tenga que ser sacrificado por imperativos de un interés superior o general, que en este caso no existe, ya que, como hemos visto, es compatible la instalación de la Estación de Servicio litigiosa en el Polígono Industrial, en la forma en que viene proyectada, y con los condicionamientos impuestos por la Administración, con la exigencia del cruce de la Carretera tan aludida por un paso a distinto nivel, pensada para satisfacer otro tipo de problemas, relacionados precisamente con la necesidad de ese cruce; circunstancias que no sólo permiten mantener ese principio de igualdad, sino igualmente otro de la misma importancia: el de libertad industrial, como una manifestación más del de libertad general, consagrado en el art. 6.2.º del Regl. Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 junio 1955; elevado al rango de norma constitucional en el art. 38 de nuestra Ley Fundamental de 27 diciembre 1978.

**PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL. — RESOLUCIÓN QUE DECLARA INDEBIDAMENTE LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE ALZADA.**

S 4 febrero 1982 (Sala 4.ª) (RA 834)

*La Sala de la Audiencia dictó sentencia en la que, estimando parcialmente el recurso deducido por un particular contra el Acuerdo de la Dirección General de Tráfico que declaró inadmisiblemente, por falta de depósito previo de la multa impuesta, el recurso de alzada interpuesto por el actor contra Resolución del Gobierno Civil correspondiente, confirma en todas sus partes esta Resolución del Gobierno Civil que sancionó al particular con una multa*

*por infracción de preceptos del Código de la Circulación. Promovida apelación por el recurrente, el TS desestima tal apelación y confirma la sentencia apelada.*

**Considerando de la sentencia apelada:**

«4.º: Que procede el estudio de la adecuación a la normativa legal de la Resolución del Gobierno Civil de Zaragoza de 13 enero 1978, en base a la doctrina contenida en las SS. del T. S. de 5 diciembre 1975 y 27 febrero y 3 marzo 1976 —recogida en las de esta Sala de 13 diciembre 1976 y 29 junio 1978—, según la que el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa no quiebra si rechazada la motivación formal única del acto resolutorio de alzada se pasa a enjuiciar el acto originario en toda su extensión, porque si bien el tema de la legalidad del acto no ha sido contemplado en vía de recurso —al declararse la inadmisibilidad—, no falta el acto administrativo decisivo, puesto que tal tema fue contemplado en la primera de las resoluciones sometidas a alzada, ya que la acción ejercitada se dirige tanto contra el decisivo del recurso, como contra el acto originario; criterio que se refuerza acudiendo al principio de economía, inspirador de un buen sistema de procedimiento, que implica ahorro de tiempo, actividad y gasto, y que quedaría conculcado si, respecto de un mismo acuerdo —de tan exigua trascendencia económica como el sometido a conocimiento de esta Sala—, tuviera que acudir en más de una ocasión a la vía jurisdiccional para dilucidar, separadamente, las eventuales objeciones formales opuestas en alzada, de las de fondo.»

**Considerando del Tribunal Supremo:**

**CONSIDERANDO:** Que tal como ha sido planteada la pretensión de apelación queda fuera del debate en esta segunda instancia, el tema de la admisibilidad del recurso —por consentido— aparte de ofrecer la sentencia apelada

una correcta solución de la temática litigiosa en relación con el «previo pago» de conformidad a una reiterada jurisprudencia y de la que puede ser expresiva la doctrina contenida en la citada sentencia de este Tribunal de 5 abril 1978; por otro lado son asumibles aquí y ahora las razones contenidas en los considerandos de la sentencia impugnada que se aceptan, en cuanto se declara ajustada a Derecho la resolución del Gobierno Civil de Zaragoza de 21 diciembre 1977 que como remate de un expediente corrector, por infracción de las normas de tráfico, sancionó al actor con multa de 500 ptas., por vulneración de las reglas de circulación.

**CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. — PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN. — CADUCIDAD DE LAS ACCIONES LEGALES.**

S 5 marzo 1982 (Sala 4.ª) (RA 1.667)

*En un expediente administrativo municipal relativo a licencias y autorizaciones de obras de un edificio, un particular, como Director de una Sucursal bancaria solicita del Ayuntamiento la correspondiente autorización, concluidas las obras, para el traslado de sus oficinas al edificio correspondiente. El Ayuntamiento concedió licencia de apertura, pero sin legalizar las obras correspondientes al cambio de fachada, no legalizando el color de los materiales y ordenando su sustitución por otros, con las sanciones correspondientes. Recurrido el acuerdo municipal en reposición fue desestimado. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala de la Audiencia, estimando el recurso, declara la nulidad de todos los actos impugnados, y, en consecuencia, la procedencia de la legalización de la fachada ejecutada en el edificio. Promovido recurso de apelación por el Ayuntamiento vencido, el TS, aceptando los considerandos de la sentencia apelada, lo desestima, confirmando aquella en todos sus pronunciamientos.*

**Considerando de la sentencia apelada:**

**CONSIDERANDO:** Que debe examinarse previamente la posible caducidad de la acción municipal para exigir el cumplimiento de las condiciones establecidas en el proyecto, ante las alusiones que la actora (fundamento de Derecho V de la demanda) y el propio Ayuntamiento demandado (Hecho 7.º y Fundamento 8.º de la contestación) hacen a tal problema, que deberá resolverse en la medida negativa ya que tanto de aplicar la letra estricta de la Ley —art. 185 Ley del Suelo— de que el transcurso del plazo de un año habrá de contarse «desde la total terminación de las obras», lo que parece debe identificarse con la finalización y puesta total del edificio en situación de servir al destino previsto; como de entender que la expresión «terminación de las obras», se refiere en un sentido restringido exclusivamente, a las obras realizadas con infracción de la licencia, es decir al revestimiento indebido de la fachada, debe estimarse que no había transcurrido el aludido plazo de un año.

**Considerando del Tribunal Supremo:**

**CONSIDERANDO:** Que abundando en la línea temática ya expuesta en la sentencia apelada, debe señalarse que, aunque este Tribunal no puede, ni debe, dar su opinión sobre la conveniencia o no del color dado a la fachada de la edificación objeto de este litigio, al igual que tampoco lo hizo el Tribunal «a quo», por cuanto la misión específica de los Tribunales de este orden jurisdiccional, es la de revisar los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo, para determinar si los mismos se ajustan o no al ordenamiento jurídico —art. 1.º de la Ley Jurisdiccional—, pues como ya se ha declarado por este Tribunal —SS. de 11 mayo 1968—, esta Jurisdicción no está montada para sustituir criterios sociológicos, económicos y políticos adoptados por la Administración o por el Gobierno, sino para revisar la lega-

lidad de los actos administrativos recurribles conforme a su misión específica.

**2. ORGANOS DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA****2.0. Competencia de la Audiencia Nacional. Providencia consentida**

S 23 febrero 1982 (Sala 3.ª) (RA 1.436)

*El TS desestima el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 4.ª), que estimando parcialmente el recurso interpuesto por una Sociedad, anuló las resoluciones del Ministerio de Comercio y del CAT, y declaró el derecho de la recurrente a recibir la cantidad de X ptas., importe de los gastos bancarios causados a la misma por CAT.*

**CONSIDERANDO:** Que frente a la sentencia dictada en los autos estimatoria en parte del recurso, se alza al representante legal de la Administración General del Estado en cuanto es adversa a sus intereses y como la parte demandante que sólo obtuvo satisfacción parcial de sus pretensiones se ha aquietado a los pronunciamientos de aquella manteniéndose ausente del presente recurso de apelación, queda marginado del ámbito de éste la cuestión de la mayor cantidad pedida en la demanda sobre la reconocida en el fallo, con la limitación consiguiente de las facultades de la Sala para la revisión del asunto sobre el tema indicado y dada su naturaleza, se ha de abordar en primer término el argumento esgrimido por la parte apelante en su escrito de alegaciones formulado en esta segunda instancia, relativo a la incompetencia de la Sala que falló en el primer grado jurisdiccional, para señalar que la misma parte que esgrime tal argumento, consintió la providencia de la Sala 4.ª de este Tribunal en la que se declaró la competencia de la Audien-

cia Nacional para conocer del asunto que oportunamente le fue notificada y por consiguiente no puede ahora ejercitar tardíamente un derecho del que hizo dejación en su momento, ocasionando la firmeza de aquella resolución que la convierte en inatacable, aparte del que el acceso del pleito a esta Sala por la vía de la apelación, supone conferir a las partes contendientes todas las garantías que puedan derivar de la mayor jerarquía jurisdiccional y orgánica del Tribunal Supremo.

**2.1. Competencia de la Jurisdicción**

**COMPETENCIA DE LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO. — EL REPARTO DE ASUNTOS ENTRE ELLAS, NO AFECTA A LA COMPETENCIA DE LAS SALAS.**

S 23 marzo 1982 (Sala 4.ª) (RA 2.325)

*La Sala de la Audiencia Nacional dictó sentencia, en la que estima, parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular contra resoluciones de la Dirección General de la Seguridad Social y del Ministerio de Trabajo, dejándolas sin efecto, en cuanto imponen al recurrente la sanción de separación definitiva del servicio; y en su lugar, dispone que se deben imponer las sanciones de pérdida de haberes y suspensión de empleo y sueldo, etc. Promovido recurso de apelación por el Abogado del Estado, el TS lo desestima, confirmando la sentencia apelada, cuyos considerandos acepta.*

**Considerandos del Tribunal Supremo:**

**CONSIDERANDOS:** Que obviando la inevitable demora que para la resolución del presente recurso necesariamente supondría el que el mismo en el actual estado procesal fuera atribuido al conocimiento de la Sala Quinta de este Tribunal, la Sala que sentencia, por razones de economía procesal, decide resolver sobre el fondo del asunto que en él se debate, habida cuenta de que la distribución de asuntos entre las diferentes Salas de lo Contencioso-

Administrativo no afecta a su competencia.

Que de rechazar es la alegación formulada por la representación de la viuda de don Wenceslao V. R. de inadmisibilidad del recurso de apelación interpuesto por el señor Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 octubre 1978, no ya sólo porque el momento en que la representación de la parte apelada puede hacer constar que la apelación está indebidamente admitida es en el escrito de personación y no en el de alegaciones, sino, y fundamentalmente, porque en el rollo de Sala aparece que mandados pasar los autos al señor Abogado del Estado a los fines previstos en el art. 99 de la Ley Jurisdiccional, por providencia de 9 mayo 1979, notificada el 18 de dicho mes y año, en escrito de fecha 20 junio 1979, es decir, dentro del plazo de 30 días, por el señor Abogado del Estado, se manifiesta sostener la apelación suplicando se le tenga por parte.

Que la sentencia apelada con exquisito talante en la aplicación de las sanciones contenidas en el Estado Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, logra ajustar a Derecho el acto que la misma enjuicia manejando con acierto en esa especie de precipitado lógico que se realiza siempre que se aplica una norma jurídica, factores de proporcionalidad y congruencia en relación con criterios de igualdad de reglamentaciones afines, razones todas ellas que conducen a entender en base a los principios integradores del Ordenamiento sancionador, con acierto invocados por la sentencia apelada, conforme a Derecho la sanción que la misma decreta.

**3. LAS PARTES. LEGITIMACION****3.0. Doctrina general sobre el concepto de «Interés director»**

S 25 enero 1982 (Sala 5.ª) (RA 64)

*En un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular-*

funcionario contra Acuerdos de un Ayuntamiento (Comisión Municipal Permanente) sobre determinación de «incompatibilidad», la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia dictó sentencia aceptando la causa de inadmisibilidad alegada por el Ayuntamiento demandado, y declarando inadmisibile el recurso interpuesto por el funcionario. Recurrída la sentencia en apelación, el TS desestima el recurso, confirmando la sentencia apelada.

**CONSIDERANDOS:** ...que 6.º Contra ambos acuerdos formuló recurso contencioso-administrativo, el cual fue declarado inadmisibile por la sentencia ahora apelada fundándose en carecer el actor del interés directo propio de la legitimación activa; y 7.º En el escrito de alegaciones insiste el apelante en poseer legitimación activa con base en estos dos argumentos: a) por razón de vecindad y en razón a la situación económica de una forma social (el Municipio) en la que él está integrado; y b) por actuar en sustitución procesal del Ayuntamiento ejercitando acción en interés de la Corporación Local, la cual —añade— tiene interés en averiguar las incompatibilidades que afectan a sus funcionarios.

Que la legitimación activa se fundamenta en tenor del art. 28-1-a) de la Ley reguladora de 27 diciembre 1956, en ostentar el recurrente interés directo para pretender del Tribunal Contencioso-Administrativo la anulación de actos y disposiciones de la Administración; interés directo que según la Jurisprudencia consiste, sin admitirse restricciones opuestas al antiformalismo proclamado por la Ley reguladora ni tampoco amplitud significativa de acción popular, en que si prosperase su pretensión el actor obtendría siempre una utilidad, bien por recibir un beneficio bien por dejar de sufrir un perjuicio, de carácter material o jurídico efectivo, como derivado inmediatamente del acto recurrido —SS. de 7 junio 1978 y 24 noviembre 1980—, por lo cual difícil es entender que don X,

antes demandante y hoy apelante, se encuentre en posesión de la imprescindible tutela legítima para promover la actividad jurisdiccional en litigio cuya decisión no le afectaría en ninguno de sus efectos, fueren de naturaleza personal fueren de naturaleza patrimonial; y tan es así que, aparte de recordarse como ha sido satisfecho su único pedimento del escrito iniciador del expediente, el de cese de la incompatibilidad de funcionario municipal con cargo de sociedad mercantil, realizado aún antes del plazo previsto por el art. 39-3 del Reglamento de funcionarios locales, fecha 30 mayo 1952, lo verdaderamente pretendido por el recurrente es la imposición a don Juan José B. de la sanción disciplinaria de separación y baja en el cargo de funcionario del Ayuntamiento, lo que a él no le produciría beneficios ni perjuicios, posibles de ser conocidos en este proceso.

Que asimismo resultan inaceptables los argumentos del apelante en defensa de su legitimación activa aducidos con base en el carácter de vecino del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y de actuar en sustitución de esta Corporación Local, porque, primero, la condición de vecindad no confiere por sí misma el carácter de parte procesal para defender derechos y bienes del Ayuntamiento, pues éste dispone de los mecanismos jurídicos necesarios a tales efectos, según establecen los arts. 370 de la Ley de Régimen Local Texto Refundido de 24 junio 1955 y 338 del Regl. de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales fecha 17 mayo 1952; segundo, porque tal como insta su pretensión el actor y apelante supone ejercitar acción popular, lo cual está permitido en el orden administrativo, al menos por el art. 235 de la Ley del Suelo vigente de 9 abril 1976 (antes por el 223 de la de 12 mayo 1956), respecto a materia urbanística; tercero, porque si la ejercita al amparo del art. 371 de la Ley de Régimen Local han de cumplirse —previamente— y no

están cumplidos los requisitos de requerimiento al Ayuntamiento, negativa de éste a ejercitarla por sí, y autorización del Gobernador Civil oído el Abogado del Estado, de exigencia tan imprescindible como correspondiente a supuesto de legitimación indirecta mediante sustitución procesal que, al faltar, impone la inadmisibilidat del recurso, declarándolo así las sentencias de la Sala 4.ª de este T. S. de 13 enero 1959, 28 diciembre 1961, 10 octubre 1963 y 17 enero 1973; cuarto, porque en cuestión de sanciones disciplinarias a funcionario público, afectante de manera primordial a la organización y régimen de la propia entidad, la actuación de particular no perjudicado promoviendo el expediente tiene la calificación de denunciante, la cual así aparece en algún informe del que aquí fue tramitado, y siendo el denunciante equivalente al agente de la Administración, como declaró la sentencia de la Sala 3.ª del T. S. fecha 2 abril 1959, sin duda alguna está excluido de la legitimación activa conforme al artículo 28-4-b) de la Ley de 27 diciembre 1956, habiendo negado esta Sala 5.ª, en S. de 19 noviembre 1975, legitimación activa al denunciante por carencia del interés previsto en el ap. 1-a) de igual precepto, en ambos casos, pues, por el carácter de directo.

#### 4. PROCEDIMIENTO DE PRIMERA O UNICA INSTANCIA

##### 4.0. Plazo de Interposición del recurso

DOCTRINA LEGAL SOBRE EL PLAZO DE INTERPOSICIÓN, EN LOS CASOS DE DESESTIMACIÓN TÁCITA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN Y DE ALZADA.

S 15 marzo 1982 (Sala 4.ª) (RA 1.703)

*El Ministerio de Trabajo, a través de la Delegación Nacional del Instituto Nacional de Previsión, convocó Concurso de Méritos para proveer plazas de Médicos Internos, etc., en Residencias e Instituciones de la Seguridad*

*Social, declarando en la Base 2.ª que para las especialidades de Análisis Clínicos y Bacteriología podrían concurrir Farmacéuticos con estudios terminados de Licenciatura. El Colegio de Doctores y Licenciados de Ciencias Químicas y Físico-Químicas interpuso recurso de reposición alegando la inexistencia de razones para excluir a los Químicos de las plazas convocadas. Recurso de reposición denegado por silencio administrativo. Interpuesto recurso contencioso-administrativo la Sala de la Audiencia Nacional dictó sentencia en la que estima parcialmente el recurso interpuesto, anulando por no ser conforme a Derecho la Base 2.ª de la convocatoria de la Delegación Nacional del Instituto Nacional de Previsión, en cuanto desconoce la igualdad de derechos de los Doctores y Licenciados en Ciencias Químicas y Bacteriología. Promovida apelación, el T. S. aceptando los considerandos de la apelada (excepto el sexto), la desestima, confirmando la sentencia recurrida.*

*Considerandos de la sentencia apelada que se aceptan:*

**CONSIDERANDOS:** Las causas de inadmisibilidat opuestas por los demandados, es preciso examinarlas por su orden lógico, aun dentro del carácter prioritario que todas ellas tienen sobre el tema de fondo; y ese orden exige que se dilucide ante todo si el presente recurso, interpuesto el 10 septiembre 1975, lo fue dentro del plazo de caducidad establecido en el art. 58 de la Ley Jurisdiccional, cuestión que guarda relación con la que atañe a la naturaleza del recurso administrativo promovido el 24 septiembre 1974 para la obtención de la resolución recurrible jurisdiccionalmente conforme al art. 37.1 del propio texto legal, pero que puede ser examinada con cierta independencia, toda vez que sea de reposición o de alzada dicho recurso, es lo cierto que no ha sido resuelto expresamente por el órgano destinatario del

mismo, por lo que el plazo para iniciar la vía jurisdiccional, será de un año, a contar desde la fecha de su interposición, si se trata de recurso de reposición (art. 58.2); y, de un año desde el día siguiente a aquel en que se entienda desestimada la petición, que deberá serlo, por imperativo del art. 125.1 de la L. Pro. Adm., una vez transcurridos tres meses desde la presentación formal de la impugnación. Así pues, conforme a la primera perspectiva, el plazo para promover la acción judicial finalizaría el 24 septiembre 1975; y conforme a la segunda, el 24 diciembre del mismo año. Conviene resaltar, respecto a esta última hipótesis, que la Sala se atiene a la doctrina jurisprudencial que la establece así, entendiéndose que el juego conjunto de los arts. 53.c) y 38, los dos de la Ley Jurisdiccional, es también aplicable al régimen de los recursos de alzada, aunque, para los efectos del problema que ahora nos ocupa, sería indiferente aplicar el régimen del recurso de reposición, pues en cualquier evento, queda patente que el 10 septiembre 1975, no había precluido el plazo para interponer el presente recurso. Queda, pues, abierta la posibilidad —liminar— de atender la acción ejercitada por la Corporación actora.

Que, inmediatamente y siguiendo el mismo orden lógico, la Sala debe investigar si está o no investida de jurisdicción para dar respuesta a tal acción, sobre cuyo tema hay que comenzar indicando que el contenido de ésta no afecta a las relaciones suscitadas entre las entidades gestoras de la Seguridad Social y su personal, sino al cumplimiento por parte del Instituto Nacional de Previsión de una norma general —como es el Regl. de 7 julio 1972— en el acto administrativo, de destinatario general o indeterminado, por el que se convoca concurso para proveer determinadas plazas de la Seguridad Social, al término de cuyo procedimiento, con el subsiguiente cumplimiento de otros trámites, es cuando se establecerá la precitada relación entre el funcionario recibido y

el Instituto; inútil es, pues, insistir sobre el carácter estrictamente administrativo que tiene el tema sometido ahora a fiscalización jurisdiccional; fiscalización que debe ejercerse con plena potestad para comprobar de inmediato —y también en vía previa de admisión— la concurrencia de los restantes presupuestos procesales de la acción, contestados por el demandado y el coadyuvante.

(Los considerandos del T. S. se refieren sólo al «fondo».)

#### 4.1. Demanda y contestación

**DEFECTOS EN EL MODO DE FORMULAR LA DEMANDA. — INEXISTENCIA DE INCONGRUENCIA ENTRE LO PEDIDO EN VÍA ADMINISTRATIVA Y EN EL SUPPLICO DE LA DEMANDA.**

S 2 marzo 1982 (Sala 4.ª) (RA 1.653)

*En un expediente administrativo relativo a la concesión de licencia de obra para la construcción de un edificio, el Ayuntamiento dictó acuerdo revocando la licencia concedida al particular. Contra dicho acuerdo éste interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por el mismo Ayuntamiento. Interpuso recurso contencioso-administrativo, la Sala de la Audiencia dictó sentencia en la que «estimando el recurso interpuesto por el particular contra el acuerdo plenario del Ayuntamiento, revocatorio de la licencia de obras concedida, y contra la resolución del mismo Ayuntamiento resolutorio del recurso de reposición interpuesto, declara tales actos administrativos contrarios al Ordenamiento Jurídico en cuanto no reconocen al recurrente el derecho a la indemnización de daños y perjuicios, anulándolos en consecuencia; y declarando además el derecho del recurrente a la indemnización de daños y perjuicios, quedando deferida a la ejecución de la sentencia la determinación de los mismos.*

*Promovida apelación por el Ayuntamiento, el T. S. aceptando los considerandos de la sentencia impugnada, lo desestima, confirmando la sentencia.*

Considerando de la sentencia apelada:

**CONSIDERANDO:** Que en el presente recurso contencioso-administrativo sobre esta pretensión, que comprende plenamente el contenido del art. 42 de la Ley de esta Jurisdicción en cuanto se pide el resarcimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, es preciso sentar, en primer lugar, en contra de la petición de inadmisibilidad insinuada en el párrf. 8.º del escrito de contestación, en base a una supuesta discordancia entre lo pedido en la vía administrativa y lo pretendido ahora en vía judicial, que el acto impugnado, la resolución de 23 diciembre 1977 desestimatoria de recurso de reposición, lo es en lo que se refiere a la desestimación de la petición de otorgamiento del derecho a daños y perjuicios que, alternativamente con la petición de validez de la licencia —dejando sin efecto el acto que la revocó— formuló ante la Administración local el demandante, por lo que es evidente que tal pretensión es admisible en la vía judicial a tenor del art. 37-1 de la Ley Jurisdiccional, pues este acto administrativo de desestimación de la petición del resarcimiento de daños y perjuicios no es susceptible de ulterior recurso en vía administrativa.

**IMPROCEDENCIA DEL RECURSO INTERPUESTO CONTRA DISPOSICIÓN DE CARÁCTER GENERAL. — DEFECTOS EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA.**

S 8 marzo 1982 (Sala 5.ª) (RA 1.021)

*Se trata de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por una Universidad contra el R. D. de 4 de abril de 1979, por el que se regulan los concursos-oposiciones, en turno res-*

*tringido, para ingreso en el Cuerpo de Profesores Agregados de Universidad. El T. S., tras rechazar las causas de inadmisibilidad alegadas por el Abogado del Estado, desestima el recurso interpuesto.*

**CONSIDERANDOS:** Que la primera causa de inadmisibilidad opuesta por el Abogado del Estado ha de rechazarse, pues el conjunto del plazo bimensual de interposición del recurso en vía jurisdiccional adopta el sistema, a partir de la reforma introducida en el Título Preliminar del C. Civ. por Decreto legislativo de 31 mayo 1974, art. 5.º-1, de fecha a fecha, y por ello, si el D. de 4 abril 1979, objeto de impugnación se publicó en el Boletín Oficial del Estado del 10 mayo siguiente, y el recurso se interpuso, sin necesidad de previa reposición, en 10 julio 1979, la acción jurisdiccional se ejercitó en el último día del referido plazo debidamente computado por tal sistema por lo que el recurso no puede ser tachado de extemporáneo.

Que igual suerte desestimatoria ha de correr la causa de inadmisibilidad esgrimida con base en el art. 82-g) en relación con el art. 69 de la Ley Jurisdiccional, de defecto legal en la formalización de la demanda, pues este escrito presenta la adecuada estructuración formal de hechos, fundamentos jurídicos y suplico, sin que la circunstancia de que se involucren conceptos fácticos y jurídicos sea bastante a producir la alegada inadmisión, pues es suficiente con que dicho escrito ofrezca una base fáctica y jurídica que constituya el soporte de la pretensión ejercitada, sin que tampoco el que el petitum, solicite la nulidad de todo el Decreto sin matización alguna dé lugar al defecto denunciado, habida cuenta de que la nulidad pretendida ha de ponerse en relación, de modo lógico, con los motivos impugnatorios aducidos por la Universidad demandante y referida a concretos preceptos de la norma reglamentaria impugnada, lo que obliga a rechazar este motivo de

inadmisibilidad con el consiguiente examen del fondo del asunto.

#### 4.2. Alegaciones previas. Inadmisibilidad

##### COMPETENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL.

S 2 enero 1982 (Sala 3.ª) (RA 1)

*La Dirección General de Correos y Telecomunicación adjudicó a un particular obras a realizar en un edificio de comunicaciones; la resolución fue recurrida en reposición. Más tarde el particular beneficiado interpuso recurso contencioso-administrativo. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional estimó en parte el recurso, declarando haber lugar al derecho del recurrente a la indemnización de daños y perjuicios irrogados. Promovida apelación, el T. S. la desestima, confirmando la sentencia apelada.*

CONSIDERANDO: Que es en efecto rechazable la causa de inadmisibilidad de la demanda alegada por la representación del Estado, en cuanto que, la remisión que hace el párr. 2.º del art. 6 del R. D. Ley de 4 enero 1977 por el que se crea la Audiencia Nacional, el art. 14-1.º A d) de la Ley Jurisdiccional, al atribuir a las Salas de lo Contencioso-Administrativo del T. S. los asuntos: «De la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, cuando proceda, conforme a la regla del ap. b) de este artículo», queda interferida a los fines de sustraer la competencia a la Audiencia Nacional y el otorgamiento al T. S. por el párrafo expresado que atribuye asimismo ese conocimiento al Alto Tribunal respecto de los actos emanados del Consejo de Ministros, Comisiones Delegadas y de los Ministros, circunstancia que no concurre en el supuesto que se contempla, motivo suficiente para rechazar la causa de inadmisibilidad si no lo fuera, la naturaleza de la acción que se ejercita que ciertamente como se razona en la sentencia apelada se sustrae a la exigen-

cia directamente de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

##### ACTOS DICTADOS EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA.

S 10 febrero 1982 (Sala 4.ª) (RA 951)

*Adjudicada una vivienda a un particular por Acuerdo del Ayuntamiento, el adjudicatario procedió a su ocupación, después de depositar como pago del precio de la misma una determinada cantidad. Con posterioridad el Ayuntamiento requirió al particular para que en el plazo de 15 días procediera al desalojo; cuyo acuerdo fue recurrido en reposición y desestimado por el Ayuntamiento. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala dictó sentencia, declarando la inadmisibilidad del recurso. Promovida apelación por el recurrente, el T. S. aceptando en lo sustancial los considerandos de la sentencia apelada, desestima la apelación y confirma dicha sentencia de instancia.*

##### Considerando de la sentencia apelada:

CONSIDERANDO: Que como tiene declarado esta Sala en sus SS. de 9 y 12 noviembre 1970, doctrina ratificada en la más reciente de 7 mayo último, al resolver el recurso 272/70, idéntico al ahora formulado, por igual causa, motivo y fundamentación, los acuerdos del Ayuntamiento, impugnados en el actual recurso, son meros actos de ejecución de la sentencia dictada por esta Sala en 20 diciembre 1968 —recurso 295 de 1967— que anuló el de la misma Corporación de 12 mayo 1966, del que derivaban los derechos del recurrente, y declaró subsistente la adjudicación realizada por los anteriores acuerdos de idéntico Organismo, fechas 24 junio y 11 julio 1960, para cuyo debido cumplimiento el recurrente ha de entregar tal vivienda, objeto de los mismos, y el Ayuntamiento reintegrarle las cantidades abonadas en concepto de amortización del precio de compraventa,

según dispusieron los impugnados, siguiendo el tenor del art. 104 de la Ley Jurisdiccional, y por lo tanto son decisiones carentes de entidad objetiva suficiente a efectos de servir de soporte o base a una nueva pretensión procesal, lo cual produce la causa de inadmisibilidad del recurso, al amparo del art. 32 e) de la citada Ley.

##### Considerando del Tribunal Supremo:

CONSIDERANDO: Que las alegaciones formuladas en el recurso de apelación promovido por el mismo, no desvirtúan los razonamientos recogidos en los considerandos de la sentencia apelada —aceptados, en lo sustancial, por esta Sala— en los que se llega con acierto a la conclusión de ser pertinente declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto, atendido lo preceptuado en el art. 82 ap. c) de la Ley Jurisdiccional en relación con el art. 40 ap. a) de la propia Ley, ya que los actos ahora impugnados implican tan sólo la ejecución de la sentencia dictada por esta Sala el 27 diciembre 1969, en la que, confirmando la pronunciada por la Sala 2.ª de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial, se declaraba la nulidad de los Acuerdos municipales allí recurridos y se disponía la entrega de la expresada vivienda, extendiéndose los efectos de la aludida sentencia estimatoria —a tenor de lo preceptuado en el art. 86 núm. 2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción— a las personas (como el actual recurrente) afectadas por los Acuerdos cuya nulidad fue entonces decretada.

DOCTRINA GENERAL SOBRE «LITIS PENDENTIA». — REQUISITOS. — NOTIFICACIONES DEFECTUOSAS. — CONVALIDACIÓN POR EL TRANSCURSO DEL TIEMPO. — EFICACIA.

S 9 marzo 1982 (Sala 4.ª) (RA 1.696)

*Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra Acuerdo del Ayun-*

*tamiento (en que se revocaba un permiso otorgado para la instalación de una red metálica), y contra resolución del Tribunal Administrativo de Navarra, en que se declaraba la inadmisibilidad del recurso de alzada, confirmando así todos los acuerdos recurridos, la Sala de la Audiencia Territorial dictó sentencia estimándolo, declarando no ser conformes a Derecho la resolución del Tribunal Administrativo de Navarra en cuanto declara la inadmisión del recurso de alzada interpuesto contra los acuerdos del Ayuntamiento, y estos mismos acuerdos, en cuanto revocan por su carácter precario el permiso otorgado para la instalación de la red metálica, disponiendo su retirada. Promovida apelación por el Abogado del Estado, el T. S. desestima la apelación interpuesta, aceptando los considerandos de la sentencia recurrida que confirma.*

##### Considerando de la sentencia apelada:

CONSIDERANDO: Que la resolución del Tribunal Administrativo de Navarra declara la inadmisión del recurso de alzada, quedando confirmados los acuerdos recurridos de de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento, decisión adoptada por dicho Tribunal con apoyo en los arts. 643 y 670 ap. e) del Regl. para la Administración Municipal de Navarra, al apreciar que el recurso de alzada se interpuso fuera del plazo de 30 días naturales, a contar desde el siguiente a la fecha de notificación del acuerdo resolviendo el recurso de reposición, al haberse notificado éste el 11 agosto 1976 y tenido entrada en el Registro General el recurso de alzada el 17 septiembre del mismo año; inadmisión por tal causa que hay que estimar improcedente, ya que, a tenor del art. 627 del Reglamento citado, la notificación carecía de efectos legales al no contener el requisito esencial de la expresión de los recursos procedentes, Autoridad ante la que se tenían que promover y término para interponerlos, y si bien el indicado precepto dispone que si dentro de

treinta días naturales, a contar desde el siguiente a la fecha de la notificación defectuosa, no solicitase el interesado que se le haga nuevamente en forma, se entenderá que aquella es válida, una vez transcurrido dicho plazo, hay que entender que, dando por buena la fecha de la notificación de 11 agosto 1976, que aparece estampillada, el 10 septiembre del mismo año adquirió eficacia la notificación, por lo que el 17 del mismo mes de septiembre el recurso de alzada quedó interpuesto dentro de plazo, pues el precepto es claro, en el sentido de que la notificación adquiere validez y eficacia una vez transcurrido el plazo de treinta días, pero es que, además, no puede interpretarse de forma que mientras transcurre el plazo de treinta días para que la notificación adquiere eficacia, está también transcurriendo el otro plazo de 30 días para interponer recurso de alzada contra la resolución notificada, produciéndose de tal modo la anomalía de que al mismo tiempo que adquiere eficacia la notificación, adquiere también firmeza la resolución notificada.

#### Considerando del Tribunal Supremo:

**CONSIDERANDO:** Que así planteada la temática de esta segunda instancia, la ineffectividad del alegado motivo de litis pendencia viene dada de inmediato, en primer lugar, porque preciso es distinguir entre ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo objeto de la revisión jurisdiccional, diferenciación conceptual que, desplazada a la vía contenciosa y en orden a evitar «ex ante» efectos contradictorios en la cosa juzgada, ha promovido en la jurisprudencia de este Tribunal —SS. de 21 marzo 1973, 16 marzo 1977 y Auto de la Sala 5.ª de 19 junio 1976— la construcción dogmática de la litis pendencia como causa atípica de inadmisibilidad del recurso, de alegación ciertamente posible en la segunda instancia, pero que vinculada por su alcance y finalidad al susodicho efecto de «res judicial» exige perfecta identidad de la ma-

teria afectada por el acto o actos administrativos que, dictados dentro de una misma competencia orgánica, puedan producir sentencias contradictorias en los respectivos procesos donde aquel o aquellos actos se encuentran sometidos a revisión contenciosa; identidad de materia, la referida, que no cabe confundir con, ni asimilar a, la posibilidad de que resulten fundamentadas las respectivas sentencias en doctrina discordante o contradictoria, suceso «ex post» cuyo tratamiento fundado en el principio de unidad de jurisprudencia (art. 102 ap. 1 letra «b» de la Ley).

#### 4.3. Sentencias

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROCESAL. — INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA. — EJECUCIÓN.

S 27 enero 1982 (Sala 4.ª) (RA 360)

*En un expediente administrativo relativo a un contrato de opción de compra por la Administración de excedentes de vino, ésta impone a un particular una determinada cantidad (como percibida por aquél); resolución que recurrida en alzada es desestimada por el Ministerio de Agricultura. Interpuesto recurso contencioso-administrativo por el particular, la Sala de la Audiencia Nacional «anula por ser contrario a Derecho la resolución del Ministro, sin que sea exigible cantidad alguna por aquel concepto». Promovida apelación por el Abogado del Estado, el T. S. lo desestima, aceptando los considerandos de la sentencia apelada, que confirma en todos sus pronunciamientos.*

#### Considerandos de la sentencia apelada:

**CONSIDERANDOS:** Que, efectivamente, el primero de los problemas que plantea el recurso consiste en determinar si los actos recurridos son o no, actos dictados en ejecución o cumplimiento de la sentencia dictada por la Sala 3.ª del T. S. el 18 abril 1973; problema al que debe darse respuesta

negativa, ya que, confrontando el fallo con las pretensiones articuladas por el que entonces fuera recurrente, se advierte con toda claridad que el alcance anulatorio de dicha sentencia se limita a privar la efectividad al acto administrativo que, dictado en el ejercicio de unas potestades públicas, requirió al señor T. al pago de una determinada suma de dinero; pronunciamiento y alcance plenamente congruente con la súplica de la demanda, limitada a postular la declaración de radical nulidad, o, en su caso, de anulabilidad, de aquel acto; es decir, en ambos supuestos, a obtener la eliminación de sus efectos, en cuanto le imponían una obligación de dar, etc.

Que, sin embargo, los actos del presente recurso se fundan explícita y exclusivamente (como se refleja paladinamente en los «Considerandos» quinto y sexto de la resolución del Ministerio Agricultura) en el inciso final del fallo de la referida sentencia. Pero innecesario es insistir que este inciso no entra a formar parte de lo que es auténtica decisión del Tribunal y, consiguientemente, no alcanza los efectos de la cosa juzgada material, ni aun teniendo en cuenta que el hoy recurrente tomó parte en aquel proceso, puesto que según el art. 29.1 b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción, y aun cuando de la sentencia no se deduce si compareció como condenado, hipótesis más acorde con la expresión «recurrido», que es la que se emplea, su legitimación venía ceñida a obtener el mantenimiento del acto impugnado por el señor T., ya que el interés personal que pudiera tener en evitar que, por su retirada, pudiera ser objeto, a su vez, de un requerimiento similar, quedaba totalmente fuera del proceso, cuya efectividad de conformidad con el art. 86 de la Ley de Jurisdicción y el 359 de la de Enjuiciamiento Civil, viene precisada por la congruencia entre la pretensión y la respuesta judicial.

Que según lo convenido el 30 enero 1967, en la relación con la oferta formulada por don Máximo J. I., éste se obligaba a entregar, en las fechas que la Comisión le indicara, «sobre razón, estación o fábrica de alcoholes más próxima a la bodega de compra que se me señale» el vino ofrecido y que, a partir de la aceptación, quedaba en poder del ofertante, en calidad de depósito gratuito, concepto que, indiscutiblemente hay que asumir en el sentido que se desprende del art. 1.766 y concordantes del C. Civ., porque así lo exige el art. 18 de la Ley de Contratos del Estado, redacción del D. de 8 abril 1965; estamos pues, ante una compraventa perfecta y también consumada, puesto que la cosa vendida ha salido del poder y posesión del vendedor que la retiene y detenta como mero depositario, a disposición del comprador: quien se reserva la facultad de indicar a qué personas y en qué lugar han de verificarse las entregas del vino depositado. En esta ordenación convenida de la ejecución de las prestaciones de contrato, es evidente que, por razón de las sucesivas entregas al fabricante, no se establece ninguna relación jurídica entre ambas personas, sino que mediante su realización, queda liberado de su obligación de vendedor, de ahí que es ante la Administración compradora ante quien haya de acreditar el cumplimiento; y como lo ha acreditado plenamente y la propia Administración lo ha reconocido así, es evidente que, con independencia de cuanto exige el D. Ley de 11 agosto 1953, para acreditar esa circunstancia, a través de determinados requisitos formales, como es la presencia del Inspector o Veedor y el levantamiento de un acta; con independencia de ello, repetimos, y máxime cuando la Comisión de Compras reconoció de forma paladina que fue ella la que incumplió tales exigencias, es claro y terminante que no puede ahora volver a exigir el cumplimiento de una obligación previamente cumplida. Lo que determina, naturalmente, la procedencia del recurso interpuesto por el señor J. I.

## 4.4. Nulidad de actuaciones

INDEFENSIÓN INEXISTENTE. — TRÁMITE DE AUDIENCIA AL INTERESADO; NO NECESIDAD.

S 19 febrero 1982 (Sala 4.ª) (RA 1.512)

*En un expediente administrativo de solicitud de licencia municipal para la instalación de un taller de carpintería mecánica, previos los informes pertinentes el Ayuntamiento resolvió denegar la licencia solicitada. Contra tal acuerdo, el particular interpuso recurso de reposición, que fue igualmente desestimado por el Ayuntamiento. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala de la Audiencia Territorial dictó sentencia desestimatoria del recurso interpuesto. Y promovida apelación, el T. S. desestima la apelación interpuesta, confirmando íntegramente la sentencia de instancia recurrida.*

*Considerando de la sentencia apelada:*

CONSIDERANDO: Que aunque es cierto que la audiencia al interesado es un trámite esencial en el procedimiento administrativo, no lo es menos, por una parte, que a tenor del art. 91-3 de la L. Pro. Adm. de 17 julio 1958, se puede prescindir de dicho trámite cuando no sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, supuesto que es el de litis, dado que el art. 30 del Regl. Actividades de 30 noviembre 1961 faculta a la Alcaldía para, a la vista de la solicitud de licencia, del proyecto técnico y de la memoria, es decir, sin otros datos que los aportados por el interesado, denegar la licencia, y ello porque la disconformidad jurídica de la petición, a entender de la autoridad municipal, resulte de la simple confrontación de los hechos invocados con la norma aplicable, sin perjuicio, claro es, de que en esta vía jurisdiccional se pueda revisar la legalidad del acto administrativo de denegación; y por otra parte, que la omisión de dicho trámite

sólo ocasiona la nulidad de actuaciones al amparo del art. 46-2, cuando se haya producido indefensión, indefensión que en el presente caso no existe porque además de que no hay en el expediente elemento alguno cuyo desconocimiento impidiese o limitase su defensa —los informes emitidos, aparte de no ser necesarios a tenor del art. 30 para adoptar la resolución recurrida, no significan otra cosa que meros asesoramientos— también se interpuso el correspondiente recurso de reposición en el que pudo alegar cuanto a su derecho convenía, por lo que la nulidad pretendida no sería otra cosa que una vulneración del principio de economía procesal al ser lógicamente presumible que si se decretase tal nulidad se volvería a dictar otro acto igual al anulado, por todo lo cual procede, en consecuencia, rechazar la pretensión actuada en base a la falta del trámite de audiencia.

*Considerandos del Tribunal Supremo:*

CONSIDERANDOS: Que el presente recurso de apelación se fundamenta por la parte actora en los siguientes tres motivos: 1.º) Que los actos impugnados se dictaron prescindiendo del trámite de audiencia; 2.º) Que tales actos implicaban de hecho una calificación de la actividad, materia ésta de la exclusiva competencia de la Comisión Provincial de Saneamiento; y 3.º) Que, en último extremo y con carácter subsidiario, el taller de carpintería de que se trata es perfectamente legalizable por cumplir con las exigencias de la ordenación urbanística aplicable al caso.

Que, por lo que se refiere al primero de los motivos expuestos, esta Sala comparte plenamente el criterio de la Sentencia apelada, en el sentido de que, a tenor de lo dispuesto en el art. 91-3 de la L. Pro. Adm., el trámite de audiencia previa del interesado puede ser omitido siempre que no se tenga en cuenta en la resolución «otros hechos ni otras alegaciones y pruebas

que las aducidas por el interesado», circunstancia que notoriamente concurre en el procedimiento de autos, según se razona en el primero de los Considerandos de la Sentencia de instancia.

Que el segundo de los motivos alegados es asimismo irrelevante para el enjuiciamiento del recurso, por cuanto se limita a denunciar una extralimitación en el pronunciamiento de la Corporación Municipal, que no constituye obstáculo para que el mismo pueda ser confirmado, en tanto en cuanto se haya producido, en términos resolutivos, dentro del ámbito de su competencia y de acuerdo con las normas sustantivas aplicables, según se razona con similar acierto en el segundo de los Considerandos de la Sentencia apelada.

Finalmente, y por lo que se refiere al tercero de los motivos dichos, que de las actuaciones practicadas y, singularmente, de las ordenadas por esta Sala para mejor proveer, se deduce inequívocamente la aplicabilidad al caso de las Ordenanzas de Edificación de 1950-1955, por cuanto el Plan General de 1966, invocado por la parte apelante, no contiene norma alguna que contradiga o derogue lo dispuesto en aquellas Ordenanzas en cuanto a limitación de la potencia instalada permitida a las industrias toleradas en zona de viviendas, lo que necesariamente conduce a reputar subsistente la referida limitación, que impide radicalmente que pueda ser estimada la pretensión del recurrente; sin que sean de apreciar circunstancias que justifiquen condena en costas.

## 4.5. Otros modos de terminación del procedimiento

CADUCIDAD, DESISTIMIENTO Y RENUNCIA.

S 20 febrero 1982 (Sala 4.ª) (RA 1.517)

*En un procedimiento administrativo en que el Ministerio de la Vivienda*

*dictó Orden mediante la cual se acordó la descalificación de la planta principal de un edificio, en régimen de protección oficial, los particulares afectados impugnaron la referida Orden, solicitando su rectificación. El Ministerio resolvió negativamente tal petición a través de la Dirección General de la Vivienda. Contra esta resolución se interpuso recurso de alzada en tiempo y forma, que fue asimismo desestimado. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala de la Audiencia Nacional dictó sentencia en la que «estimaba el recurso contencioso interpuesto por los particulares contra las Resoluciones del Ministerio de la Vivienda, anulándolas por no ser ajustadas a Derecho». Promovido recurso de apelación por el Abogado del Estado, el T. S. lo desestima, confirmando la sentencia apelada, cuyos considerandos acepta.*

*Considerando de la sentencia apelada:*

CONSIDERANDO: Que las figuras de la caducidad, o del desistimiento, o de la renuncia, como modalidades extintivas del Procedimiento, de las que la primera presupone una inactividad total voluntaria generadora oper legis, salvo lo que dispone el art. 98.2) de la Ley citada en los Vistos, del fin del procedimiento, art. 99, y las otras una renuncia al procedimiento en curso en el caso del desistimiento, y una renuncia al derecho, en la otra figura (artículo 96), también con los efectos extintivos que hemos dicho, no son las que aquí puedan invocarse para sostener que el acto descalificador de viviendas comprendidas en el expediente, debió ceñirse a la de la planta tercera derecha, con exclusión por tanto, de la «planta principal», porque lo ocurrido aquí no ha sido una inactividad procedimental total, subsumible en el art. 99, o actos que por modo expreso, con la libertad formal que admite el art. 97 y con significado inequívoco, muestren la voluntad de abandonar el procedimiento de descalificación o, si estuviéramos en el ámbito de los derechos, el de abdicar de un derecho, pues, propia-

mente, lo que aquí ha ocurrido es que el actor por convenir a sus intereses dejó de cumplir, respecto de la «planta principal» la carga que establece el art. 148 del Reglamento citado en los Vistos, y a la que se condiciona la descalificación con el efecto decadente de la petición de descalificación de indicada planta, que es figura distinta de la caducidad que invoca el actor; incumplimiento de carga que al no ser tomada en consideración por la resolución originaria, entrañó, a la vez, una vulneración de los arts. 148 y 149 del Reglamento citado, y una desnaturalización de lo que, propiamente, constituye una carga, a la que se condiciona la descalificación, convirtiéndola en una obligación, que es figura bien distinta.

*Considerando del Tribunal Supremo:*

**CONSIDERANDO:** Que la sentencia apelada está perfectamente ajustada a Derecho y debe confirmarse por sus propios fundamentos, pues el art. 149 del Regl. de Viviendas de Protección Oficial de 24 julio 1968 impide a la Administración conceder la descalificación solicitada por los interesados mientras en el expediente tramitado al efecto no conste acreditado haberse cumplido por éstos el reintegro que impone el anterior art. 148 del mismo Reglamento y siendo que en el caso de autos este reintegro previo al acto de descalificación no fue cumplido de manera voluntaria y consciente por los demandantes en relación con la finca, resulta incuestionable que la Administración debió denegar su descalificación y si, como ocurrió en el supuesto contemplado, la concedió en la creencia errónea de que dicho requisito había sido cumplido, debió dejarla sin efecto utilizando como vía idónea de reparación del error la petición formulada en tal sentido por los propios interesados, tal y como razona con todo acierto la sentencia apelada, cuyos considerandos se aceptan íntegramente.

## 5. RECURSOS ORDINARIOS CONTRA SENTENCIAS

### 5.0. Recurso de apelación

**IMPROCEDENCIA. — CUESTIONES NUEVAS. — INEXISTENCIA DE SATISFACCIÓN EXTRAPROCESAL.**

S 21 enero 1982 (Sala 4.ª) (RA 200)

*En un recurso contencioso-administrativo, la Sala de la Audiencia Territorial dictó sentencia en la que se dice «que estimando parcialmente el recurso interpuesto por un particular contra la resolución de la Dirección General de la Vivienda, confirmatoria en alzada de la dictada por la correspondiente Delegación Provincial, por la que se imponía al recurrente la realización de obras reparatorias del ascensor y de las paredes de los patios y escaleras de un inmueble, debemos declarar y declaramos conformes a Derecho las indicadas resoluciones en cuanto al primer pronunciamiento, y respecto al segundo, en la medida en que las paredes se hallen afectas de humedad, lo que se determinará en periodo de ejecución de sentencia...». Promovido recurso de apelación por la Abogacía del Estado, el T. S. lo desestima, confirmando la sentencia apelada, tras aceptar todos sus considerandos.*

*Considerandos del Tribunal Supremo:*

**CONSIDERANDOS:** Que antes de abordar el problema sustantivo de esta apelación, es preciso hacer referencia a una cuestión que por el Abogado del Estado, única parte apelante, se suscita en primer lugar en su escrito de alegaciones, y que en rasgos esenciales, consiste en la afirmación, que dice acreditada por el expediente administrativo de que este proceso trae causa, de que la sentencia apelada no ha apreciado la circunstancia de que la Resolución Administrativa objeto del recurso, por la que se ordenaba la realización de determinadas obras en el inmueble, había sido modificado esen-

cialmente por la propia Administración, como consecuencia del escrito que suscrito por dicha propietaria había tenido entrada en la Delegación Provincial, participando haber vendido los pisos de dicha casa a sus inquilinos, dictándose Ac. de 30 junio 1977, en mérito del cual, la obligación de efectuar las reparaciones anteriormente ordenadas, fue aplicada a la Comunidad de Propietarios, a quien le fue legalmente notificado dicho Ac. en 2 julio 1977, con lo que entiende que producida dicha transmisión de la obligación de reparar la citada casa con anterioridad a que se formalizase la demanda, se le había dado satisfacción extraprocesal a la recurrente, manifestación que hacía a los efectos del artículo 90 de la Ley Jurisdiccional, por lo que estimaba procedente que esta Sala debía declarar la improcedencia de la sentencia dictada, ordenando el archivo de las actuaciones y devolución del expediente administrativo al Ministerio correspondiente.

Que expuesto lo anterior se trata ahora de analizar la eficacia de esta circunstancia, que la Abogacía del Estado reconoce que no puso de manifiesto en la primera instancia, sobre el presente recurso; y por de pronto ha de descartarse la que determina el precepto citado de la Ley rectora de esta jurisdicción, no sólo porque la misma, empleada en primer lugar para combatir la sentencia dictada no es un argumento jurídico, sino meramente fáctico y mediante el cual se introduce en esta apelación una cuestión nueva que incluso va contra lo que por la propia Abogacía se tiene alegado en la primera instancia, sino, fundamentalmente, porque del examen de lo que aparece actuado en el expediente administrativo lo único que con certeza se desprende es que la antigua propiedad del inmueble vendió parte de los pisos de la casa a los inquilinos, no la totalidad del inmueble, y que la Resolución de la Dir. Gral. de la Vivienda, directa-

mente impugnada, en momento alguno fue dejada sin efecto por Resolución contraria, sino que a lo sumo, lo que el expediente acredita, es que la obligación impuesta de llevar a efecto las obras en la misma ordenadas, por Acuerdo del Delegado Provincial, que ni siquiera aparece notificado a la propietaria, se hizo extensiva a la Comunidad de Propietarios, a quien sí aparece notificado, en la persona del portero, el día 2 julio siguiente; por lo que la circunstancia alegada queda muy lejos de la claridad precisa y necesaria para que esa satisfacción extraprocesal pueda estimarse producida, y por ende, incidir en la apelación que se halla sometida a esta Sala.

Que los restantes argumentos del escrito de alegaciones de esta apelación para combatir la sentencia dictada como no ajustada a derecho, no son sino reiteración de los empleados en el escrito de contestación de la demanda y que fueron acertadamente rechazados en la sentencia apelada, en la que se hace una adecuada aplicación de la moderna jurisprudencia de este Tribunal, distinguiendo las facultades que a las Delegaciones Provinciales de la Vivienda confiere la normativa en los vistos citada en orden a la policía sanitaria de las viviendas, para ordenar aquellas obras que afecten a las condiciones de salubridad e higiene de las destinadas a morada humana, confirmando la Resolución recurrida en cuanto ordenaba reparar bien o instalar un nuevo ascensor y la supresión de las humedades que tenían su origen en la filtración de aguas, estimando, por el contrario, el recurso interpuesto, en cuanto que imponía la reparación del resto de las paredes del patio y escaleras no alcanzadas por dichas filtraciones, por entender, acertadamente, que dichas reparaciones que no afectan a la salubridad de la casa, y sí a su ornato y seguridad es a la Autoridad municipal a la que corresponde ordenarlas.

FACULTADES DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CIENCIA EN LA SELECCIÓN Y ADSCRIPCIÓN DE PROFESORES ADJUNTOS DE UNIVERSIDAD.

S 15 febrero 1982 (Sala 3.ª) (RA 507)

*La Universidad de Barcelona interpone recurso contencioso-administrativo contra una Orden del Ministerio de Educación y Ciencia, recurso que es desestimado por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Recurrida en apelación la sentencia, el T. S. estima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado y otros, revocando la de la Sala de la Audiencia Nacional.*

**CONSIDERANDOS:** Que el Abogado del Estado, parte apelante, alega en primer lugar la causa de inadmisibilidad del recurso interpuesto por la representación de la Universidad de Barcelona ante la Audiencia Nacional, establecida por el art. 82, c) en correlación con el art. 40, a) ambos de la Ley Jurisdiccional, al ser la O. de 1 junio 1978 reproducción o confirmación de lo establecido en los Decretos del M.º Educación y Ciencia 2211/75 y 2212/75 de 23 agosto, que son definitivos y firmes y fueron consentidos por el Rector Magnífico de dicha Universidad, pues no consta recurriese de ellos en su momento, sin que sea obstáculo procesal el hecho de no haberla formulado ante la Audiencia Nacional, pues considera aplicable por analogía lo dispuesto en el art. 43-2 de la Ley Jurisdiccional en cuanto excepción al principio general recogido en párr. 1 de dicho precepto; causa de inadmisibilidad que procede rechazar, porque la Orden impugnada es en su parte esencial un acto administrativo, puesto que se refiere a una actuación singular y concreta —SS. del T. S. de 21 junio 1976 y 10 noviembre 1979, entre otras— en aplicación de los DD. de 23 agosto 1975, y Orden del M.º Educación y Ciencia de 19 mayo 1978, y aun cuando tiene destinatarios plurales no se trata de una norma que forma parte del Ordenamiento Jurídico

ni supone confirmación o reproducción de anterior disposición general consentida y firme, siendo, por tanto, impugnabile ante la jurisdicción y según lo dispuesto en el art. 39, núms. 2 y 4, de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción.

Que también se formula por esa parte apelante la causa de inadmisibilidad del art. 82-c) en relación con el art. 37, ambos de la Ley Jurisdiccional, al ser la O. de 1 junio 1978 un mero acto de trámite de la Administración que no decide directa o indirectamente el fondo del asunto, por cuanto se limita a establecer la relación de plazas vacantes, y se producirá el acto que abra el acceso a la vía contencioso-administrativa cuando finalice sus actuaciones la Administración y lleve a cabo la adjudicación de plazas; pretensión que carece de fuerza jurídica por las razones procesales del citado artículo 43-1 y por la material de ser la Orden Ministerial impugnada un acto decisorio y definitivo en cuanto a su finalidad concreta.

Que los apelantes representados por el Procurador señor V. G. formulan como excepción previa la falta de personalidad de la Universidad recurrente, al amparo del art. 82-b) de la Ley Jurisdiccional, al carecer de legitimación ad procesum pues el Rector otorgante de los poderes para pleitos no representa legítimamente a la Universidad de Barcelona, al no haber sido nombrado de acuerdo con las formalidades previstas en el art. 55 de sus Estatutos, y ser ilegal la composición de la Junta de Gobierno de dicha Universidad por no adaptarse en absoluto a lo previsto en el art. 59 de ese Estatuto, ya que está compuesta por más personas que las indicadas en la ley; alegación que no estimamos, toda vez que el Rector fue oportunamente objeto de nombramiento por acuerdo del Consejo de Ministros en D. 75/1978 de 13 enero, y porque lo dicho sobre la Junta de Gobierno no supone, en principio, vicio esencial capaz de proyección en el campo de la legitimación procesal.

Que por esta última representación también se pide la nulidad de todas las actuaciones practicadas desde la fecha de interposición del recurso de reposición previo al contencioso, en base a lo dispuesto en el art. 117-3.º de la L. Pro. Adm., al no haberse dado a terceros interesados traslado del escrito del recurso para que en el plazo establecido en el art. 91-1 de esa Ley aleguen cuanto estimen procedente en defensa de sus intereses legítimos; pretensión ausente de toda razón jurídica, ya que como el recurso de reposición entablado por la Universidad de Barcelona no fue estimado es evidente que no hubo indefensión para los interesados, que no vieron desconocidos sus derechos sin que previamente fueran oídos, etc.

**PRINCIPIO DE LA REFORMATIO «IN PEIUS».**  
NACIONALIDAD Y DOMICILIO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

S 2 marzo 1982 (Sala 4.ª) (RA 1.657)

*Creada una entidad, al amparo de la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964, bajo la denominación de Indagatoria Popular y con domicilio en Madrid, presenta sus documentos en solicitud de reconocimiento por la Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior, que fue denegada por silencio administrativo; si bien y con posterioridad la propia Dirección General la desestimó expresamente. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala de la Audiencia Nacional dictó sentencia desestimando el recurso. Promovida apelación por la entidad peticionaria, el T. S. aceptando los considerandos de la sentencia recurrida, desestima la apelación y confirma en consecuencia la sentencia apelada.*

**Considerandos de la sentencia apelada:**

**CONSIDERANDOS:** Que la «asociación» promovida por los recurrentes, y a la que la Administración no ha dado

acceso al Registro de Asociaciones, en el marco legal de la Ley 191/1964, que es el texto bajo el que se enjuicia el caso de autos, se configura como un supuesto organizativo que en otros sistemas, distintos del que rige en España, y atendiendo a modalidades de monopolio de la acción penal del ciudadano (como es el caso inglés), han dado lugar a la constitución de asociaciones (o de ligas) con el exclusivo objeto de promover la persecución de conductas antijurídicas —pues, en su análisis atento de lo que señalan como fines de la asociación—, se distinguen los que son, propiamente, fines (la lucha contra la corrupción detectando las conductas antijurídicas) y los mecanismos procesales al servicio de ese objetivo (el ejercicio de las acciones), de modo que tal asociación persigue una actividad (la de investigación y persecución de las conductas que hemos dicho) y configura como instrumentos al servicio de la misma el ejercicio de la acción penal (o las de otro orden), pretendiendo, en definitiva, asumir una función pública.

Que nuestro sistema jurídico penal si bien no responde al de acusación pública monopolizada por el M.º Fiscal, pero tampoco al otro extremo del monopolio de la acción penal del ciudadano, y tampoco al que, excluyendo el monopolio del M.º Fiscal, autoriza la participación de los particulares, pero legitimados en razón a tener el carácter de ofendidos por el delito, pues admite la llamada acción popular, tal como resulta de los arts. 101 y 270 de la L. E. Crim., si bien la condiciona, en los que ahora interesa, al ejercicio de la acción por las personas individuales, como han venido a precisar tanto la jurisprudencia como la doctrina, esto es, se restringe el ejercicio de la acción popular «stricto sensu» a las personas individuales, pues ciudadano significa persona individual, no social o jurídica, lo que no cierra —y esto es obvio— que las personas jurídicas titulares de intereses ofendidos, es decir, lesionados o puestos en peligro, pue-

dan ejercitar la acción penal (lo que corresponde al perjudicado), para la tutela de los intereses encuadrados en el área definida por su ámbito de fines; y siendo esto así, también en otras áreas distintas de las penales, la acción vendrá condicionada a la titularidad de derechos o intereses legítimos (en los casos de legitimación por el interés), o por el de los fines de la Asociación, en aquellos excepcionales supuestos en que nuestro derecho admite la acción pública; de modo que lo articulado como fines en los arts. B), C) y D); o viene determinado por la Ley (los arts. 101 y 270 de la L. E. Crim.) o es consecuencia de unos derechos o intereses, dentro del marco de fines de la asociación, condicionada a exigencias de capacidad y legitimación.

Que esto dicho, y recordando que la excepción de inadmisibilidad fundada en que quien acciona no es la Asociación carece de consistencia pues actúan sus promotores, terminamos con la invocación de los arts. 80, 81, 82 y 131 de la Ley Jurisdiccional.

**Considerandos del Tribunal Supremo:**

**CONSIDERANDOS:** Que el tema de la inadmisibilidad, rechazado por la sentencia apelada ha de ser confirmado también procesalmente ya que constituye un pronunciamiento favorable a la parte apelante y debe ser mantenido por principio procesal de la reformatio «in peius».

Que la facultad que pretende arrogarse la parte recurrente, Indagatoria Popular, para ejercitar toda clase de acciones penales, no puede compartirse, porque la propia dicción del art. 270 de la L. E. Crim., atribuyendo esta facultad a todos los ciudadanos españoles, demuestra con bastante evidencia, como entiende la sentencia recurrida, que únicamente las personas naturales pueden tener atribuida dicha facultad, toda vez que las personas jurídicas no tienen ciudadanía sino nacionalidad y domicilio, como se desprende de la lectura del capítulo II del Tít. II y Tít. III del C. Civ., Libro primero.

Que a mayor abundamiento, la Ley de 24 diciembre 1964 tampoco regula ciudadanía como una cualidad de las asociaciones que, por otra parte, carecen de la plenitud de los derechos civiles, como exige el art. 102 de la L. E. Crim. para poder ejercitar la acción pública penal a tenor de lo establecido en el 101 del propio cuerpo legal, toda vez que no tienen derechos de familia atribuidos exclusivamente a las personas naturales.

Que por último, el art. 117.1 de la Constitución en que pretende fundamentar su pretensión la parte apelante, tampoco es argumento que defienda su postura, por cuanto que aunque la Justicia emane del Pueblo no significa que la facultad de ejercitar la acción pública penal pueda profesionalizarse por una entidad privada, sino que, contrariamente, no puede estar atribuida a nadie en particular, sino por los Organos Legales encargados de tal misión pública.

**6. RECURSOS EXTRAORDINARIOS CONTRA LAS SENTENCIAS**

**6.0. Recurso extraordinario de apelación «en interés de Ley»**

SENTENCIA DAÑOSA Y ERRÓNEA. — ESTIMACIÓN PROCEDENTE.

S 2 febrero 1982 (Sala 5.ª) (RA 384)

*En un expediente de señalamiento de haberes pasivos a un funcionario, el Abogado del Estado interpone recurso extraordinario de apelación en interés de Ley contra la sentencia de la Audiencia Territorial. El T. S. lo estima, declarando errónea y gravemente dañosa para la Administración Local la sentencia apelada y respetando la situación jurídica particular del fallo recurrido.*

**CONSIDERANDOS:** Que planteándose en el presente proceso un recurso extraordinario de apelación en interés

de la Ley, un rigor de orden lógico formal exige que hayan de examinarse previamente si se cumplen todos los requisitos establecidos para su admisión por el art. 101 de la Ley reguladora de la Jurisdicción, llegándose tras este examen a la conclusión de que el recurso fue interpuesto antes de transcurrir el plazo de 3 meses indicado en el núm. 2 del citado art. 101, contra una Sentencia que tiene el carácter de firme porque versa sobre una cuestión de personal en la que por no discutirse la separación de empleados públicos inamovibles, la desviación de poder, ni la impugnación de disposiciones de carácter general, no es susceptible de apelación ordinaria según lo dispuesto por el art. 94 de la misma Ley, estimándose que su doctrina, si se declarase errónea puede ser gravemente dañosa para la Administración Local, al ser aplicable a una amplia serie de supuestos de previsible repetición que incrementaría las cargas económicas de la misma.

Que cumplidos los requisitos formales que autorizan la interposición del recurso, es procedente resolver el particular relativo a si es errónea la Sentencia impugnada, y a este fin estudiar la cuestión discutida que se concreta en resolver sobre la aplicación que dicha resolución judicial hace de la Disposición final 5.ª de los Estatutos de la Mutuality Nacional de Previsión de la Administración Local, en adelante MUNPAL, de 9 diciembre 1975, etcétera.

Que interpretando este precepto en relación con sus antecedentes históricos y legislativos y con su contexto, como prevé el art. 3.º del C. Civil, se observa que coincide en su redacción con el art. 32 núm. 4 de los derogados Estatutos de la Munpal de 12 agosto 1960, que fue interpretado por las Sentencias de esta Sala de 10 febrero y 1 diciembre 1976, en el sentido de que la antigüedad referida en el mismo lo es sólo a efectos pasivos que son irrelevantes en relación con el reconocimiento

to de trienios, pues a efectos de los mismos sólo se computan los servicios efectivamente prestados.

Que de cuanto queda expuesto se deduce que en toda la legislación precedente como en la legislación paralela sobre los funcionarios de la Administración Civil del Estado, la materia retributiva referente a los servicios prestados por los funcionarios a la Administración, en el particular relativo a los trienios exige que sean efectivamente prestados y que el concepto de antigüedad se estima como la computación del tiempo que ha de tenerse en cuenta a efectos de reunir las condiciones necesarias para causar pensión de jubilación, que puede coincidir o no con el tiempo computable a efectos de trienios, pero que éstos solamente tendrán trascendencia económica cuando estén efectivamente completados, sin que se admita su fraccionamiento ni la posibilidad de completarlos, porque únicamente producen efectos económicos si se han perfeccionado y solamente se perfeccionan si el periodo de tiempo está efectivamente completado.

Que en virtud de los anteriores razonamientos se estima errónea la declaración de la Sentencia recurrida y, en consecuencia, al concurrir los demás requisitos exigidos por el art. 101-1 y 2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción, procede dar lugar al recurso extraordinario de apelación interpuesto por el Abogado del Estado y fijar la doctrina legal en el sentido expuesto, respetando la situación creada por la Sentencia recurrida de conformidad con lo dispuesto en el art. 101 párr. 4 de la citada Ley Jurisdiccional.

**6.1. Recurso extraordinario de Revisión**

SENTENCIA EN QUE NO SE RESOLVIERA ALGUNA DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS. — INADMISIBILIDAD POR EXTEMPORANEIDAD DEL RECURSO (VENCIMIENTO DEL PLAZO). IMPROCEDENCIA EN LA IMPOSICIÓN DE COSTAS.

S 2 febrero 1982 (Sala 4.ª) (RA 610)

*La Sala de lo Contencioso-Administrativo dictó sentencia desestimando un recurso interpuesto por un particular contra acuerdo del Ayuntamiento, sobre provisión de plazas de guardia municipal, por concurso. Interpuesto recurso extraordinario de revisión, el T. S. lo declara inadmisibile, sin imposición de costas.*

**CONSIDERANDOS:** Que el recurso de revisión, medio de impugnación de carácter excepcional y extraordinario en cuanto ataca la seguridad jurídica que la institución de la cosa juzgada supone, exige para su éxito, como primer requisito procesal, la interposición del mismo dentro del plazo señalado al efecto por la Ley, plazo que, como regla general, es de tres meses a contar desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos, o el fraude, o desde el día del reconocimiento o declaración de la falsedad —art. 102-2 de la Ley de esta Jurisdicción, en relación con el art. 1.798 de la L. E. Civ.—, y que, como excepción, para los casos previstos en los aps. a), b) y g) del mencionado art. 102 es el de un mes «contado desde la notificación de la sentencia» (art. 102-3).

Que en el presente caso se invoca como fundamento del recurso de revisión, según los términos literales del suplico «... no haber juzgado la Sentencia recurrida dentro del límite de las alegaciones deducidas para fundamentar el Recurso Contencioso-Administrativo, y también por no haber resuelto la Sentencia recurrida (una de las dos) cuestiones planteadas en la demanda...», es decir, se alega el motivo contenido en el ap. g) del mencionado art. 102; según también, se dice expresamente, y en tal supuesto el plazo para interponerlo, como se expuso en el anterior considerando, es el de un mes contado desde la notificación de la sentencia, no desde su firmeza, y como quiera que la sentencia cuya revisión se pretende le fue notificada al

actor el 9 junio 1979, como se acredita en la diligencia obrante en autos y, además, se reconoce expresamente en el encabezamiento del escrito inicial, v el recurso se interpuso el día 18 julio, según se constata por la diligencia de presentación, es manifiesto que en esta última fecha había transcurrido con exceso el imperativo plazo del mes que señala el mencionado precepto y que por tanto había precluido la posibilidad legal de formularlo, debiendo, en consecuencia, declarar su inadmisibilidad.

Que como no se declara la improcedencia del recurso de revisión, sino su inadmisibilidad, es inaplicable el artículo 1.809 de la L. E. Civ., según el criterio mantenido en SS. de 21 abril 1980 y 3 febrero 1981, y al no apreciarse temeridad o mala fe no debe hacerse una especial condena en costas.

## 7. EJECUCION DE SENTENCIAS

**EJECUCIÓN DE SENTENCIA Y COSA JUZGADA: DISTINCIÓN. — NATURALEZA JURÍDICA: ACTOS DICTADOS EN EJECUCIÓN DE SENTENCIAS. — SU IMPUGNACIÓN. — DOCTRINA GENERAL SOBRE LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO.**

S 8 febrero 1982 (Sala 4.ª) (RA 922)

*La Sala de la Audiencia Territorial dictó sentencia, en la que decretaba la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por una Sociedad contra el Acuerdo de la Comisión Permanente de un Ayuntamiento, acuerdo que había rechazado el recurso de reposición formulado, y relativo a la ejecución de la sentencia firme dictada por la misma Sala en fecha anterior. Promovido recurso de apelación por la sociedad recurrente, el T. S. lo desestima, confirmando la sentencia apelada.*

**CONSIDERANDOS:** Que en su intento de conseguir la revocación de la sentencia apelada de la Sala 1.ª de la Juris-

dicción, de la Audiencia Territorial, y la anulación de los acuerdos impugnados en este proceso por la empresa accionante, dictados por el Ayuntamiento, la dirección procesal de la misma se ha visto sin duda forzada a tener que tergiversar la fundamentación jurídica de dicha sentencia, atribuyéndole que su pronunciamiento de inadmisibilidad del recurso está basado en la existencia de cosa juzgada (cosa juzgada material), e invocando al efecto la causa prevista en el ap. d) del art. 82 de nuestra Ley Jurisdiccional, cuando, en realidad, la que ha sido tenida en cuenta, aunque expresamente no se recoja en sus considerandos, es la del ap. c) del mismo artículo y texto legal, en cuanto por el Tribunal «a quo» se razona que los acuerdos municipales recurridos pertenecen a la fase de ejecución de sentencia de la que la misma Sala dictó.

Que la diferencia entre una y otra causa consiste en que, en la de cosa juzgada, lo que se trata de impedir es que se abra un proceso nuevo, en base a una pretensión idéntica, que ya fue resuelta definitivamente, y ganado firmeza, mediante sentencia anterior —SS. 24 noviembre 1976, 27 enero, 5 mayo, 3, 15 y 16 junio 1977—; mientras que, en el supuesto de autos lo que ocurre es que los actos en cuestión no reúnen los requisitos exigidos para ser impugnados en un nuevo recurso jurisdiccional —SS. 2 febrero, 5, 11, 12 y 16 marzo y 9 abril 1977—; y no reúnen tales requisitos porque forman parte de un proceso anterior en el que la fase cognitiva quedó concluida, pero no así la de ejecución, en la que, mientras las actuaciones no se salgan de su ámbito propio, no es posible que generen actos susceptibles de residenciamiento ante los Tribunales de lo Contencioso, y en un proceso independiente del que traen causa.

Que el hecho de que, entre los privilegios de la Administración, instrumentalizados para el más idóneo funcionamiento de la misma, cuya meta final

es el servicio a la comunidad, se cuente con el de que sea ella misma quien proceda a la ejecución de las sentencias, en los procesos en que haya sido parte, esto es, en los de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, provoca el que en el procedimiento de ejecución, tenga que adoptar medidas, bien de puro hecho, pero muchas veces —las más— de carácter jurídico, o lo que es lo mismo, verdaderos actos administrativos, caracterizados por la nota de su especialidad: la de ser actos de ejecución lo que, normalmente, les priva de sustantividad propia, por ser puros medios o instrumentos, para la efectividad del fallo judicial, cuya razón de ser (la de la institución procesal) no es otra que la consecución de una paz justa, y con ello, una situación de seguridad jurídica, imposible de conseguir si las controversias o conflictos se prolongaran indefinidamente, cosa que ocurriría si bastara con disenter de cualquier acto de ejecución y cupiera la posibilidad de impugnarlo, abriendo una nueva vía procesal, independiente de la anterior.

¡Muy importante!  
¡Ejemplo de sabiduría jurídica!

**SUSPENSIÓN O INEJECUCIÓN DEL FALLO. — DOCTRINA GENERAL SOBRE RESARCIMIENTO E INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.**

A. 26 febrero 1982 (Sala 4.ª) (RA 1.687)

*Dictada sentencia por la Sala de la Audiencia, en un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra acuerdo del Ayuntamiento sobre licencias para edificar, la Sala dictó Auto en ejecución de aquella, desestimatorio del incidente promovido por los recurrentes sobre indemnización de daños y perjuicios. Promovida apelación, el T. S. aceptando en parte los considerandos del Auto apelado, estima parcialmente la apelación, y en consecuencia, revoca en parte el Auto de la Audiencia, declarando el derecho de*

los recurrentes a la indemnización de los daños y perjuicios que se les irrogaron por la inyección parcial del fallo (sentencia de la Sala), condenando a la Administración municipal al pago de la indemnización que se fije en periodo de ejecución.

#### Considerandos del auto recurrido:

**CONSIDERANDOS:** Que prescindiendo de otros antecedentes que constan en el presente proceso, es lo cierto que por Auto firme, declaramos —resolviendo el incidente especial previsto en el art. 107 de la Ley Jurisdiccional, planteado por el señor Abogado del Estado—, que el Ayuntamiento debía otorgar, en forma inmediata, licencia de construcción, a la mencionada Comunidad, si bien respetando el retranqueo de cuatro metros, exigido por el Plan General de Ordenación Urbana, incidente especial en que si bien es cierto que la Comunidad Religiosa reclamante no formuló pedimento alguno sobre indemnización de daños y perjuicios, ello no justifica la oposición de extemporaneidad que ahora se invoca y alega por la Corporación Local demandada, ya que la posibilidad de iniciar y plantear el incidente que ahora se resuelve —de ejecución de la imposibilidad parcial de ejecución de la sentencia—, es indiscutible, reconocida por la doctrina especializada y por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Que con abstracción de que el pronunciamiento decretado al amparo del art. 107 de la Ley Jurisdiccional, sólo establece la imposibilidad, en parte, de inexecutar el fallo, por imperativo de la actual vigencia de un Plan General de Ordenación Urbana, sin que ello suponga, por no demostrado, disminución del volumen urbanístico, es lo cierto que la súplica esgrimida en este incidente plantea una pretensión genérica e inconcreta que por lo mismo no puede acogerse, siendo de destacar que en el periodo probatorio al efecto acordado, la parte recurrente se limitó a la aportación de la documental obran-

te a los folios 296 a 300 de los autos, impugnada de contrario que, bajo ningún aspecto, puede servir de base o fundamento técnico de la pretensión actuada.

Que no existen méritos suficientes para hacer una expresa declaración de condena en costas.

#### Considerandos del Tribunal Supremo:

**CONSIDERANDOS:** Que carece de aptitud legal a dicho fin ese primer argumento, toda vez que la imposibilidad parcial de ejecución de lo jurisdiccionalmente resuelto se producía porque, entrado en vigor un nuevo ordenamiento urbanístico, la Sala de instancia ordenó, en fase de ejecución, que se concediera la licencia respetando el retranqueo impuesto por él, lo que, en definitiva, comporta una limitación del derecho a edificar que no tiene por qué derivar exclusivamente de esa alteración volumétrica, con tal de que implique prácticamente —como aquí sucede— una restricción o merma en el ejercicio de un derecho ya adquirido conforme a la normativa anterior, efectivo cambio de ella redundante en perjuicio del titular de la licencia que ha de engendrar el correlativo derecho a una indemnización, que directamente deriva de esa inexecución parcial que se prevé en los arts. 106 y 107 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción.

Que, en este sentido, el único argumento válido para denegar la pretensión, podría ser el segundo referente a la inconcreción de la pretensión o causa determinante de ella, y, siendo cierto que, en general, cuando del ejercicio de aquélla se trata, el Ordenamiento jurídico exige, no sólo la especificación de tal causa, sino, conjuntamente, la realidad del perjuicio y el nexo entre la misma y el efecto o resultado, y siéndolo también que en la esfera del Derecho Administrativo la responsabilidad de la Administración ha de dimanar de un anormal funcionamiento de los servicios públicos, no

es menos verdad que, en casos como el de autos, ha de tenerse en cuenta una normativa dispar, dimanante del distinto origen de la obligación de responder, que se constituye por los expresados artículos de la Ley, aplicables al supuesto de que, quien obtenga una sentencia totalmente favorable a sus legítimos derechos y a pesar de que la materialización de éstos haya sido ordenada jurisdiccionalmente, no vea lograda su íntegra satisfacción por causas que, lejos de serles personalmente imputables, dimanen de modo exclusivo de la necesidad de posponer aquéllos en aras de un interés general y público prevalente.

## 8. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

### 8.1. Procedimiento especial en los casos de suspensión de acuerdos de las Corporaciones Locales, por infracción manifiesta de las leyes

DOCTRINA LEGAL SOBRE EL «SILENCIO ADMINISTRATIVO». — DENUNCIA DE LA MORA. — PLAZOS.

S 18 marzo 1982 (Sala 4.ª) (RA 2.310)

*La Sala de lo Contencioso-Administrativo dictó sentencia, en la que rechazando la inadmisibilidad opuesta por el Ayuntamiento demandado, con estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular contra «presunta denegación por silencio administrativo, del escrito en que había denunciado la mora, declara dichos actos presuntos nulos por ser contrarios al Ordenamiento Jurídico... etcétera». Promovido recurso de apelación por el particular, el T. S. lo desestima, aceptando los considerandos de la sentencia apelada, que confirma.*

#### 2.º Considerando de la sentencia apelada:

**CONSIDERANDO:** Que antes de entrar a resolver sobre lo que constituye materia de fondo del recurso, se ha

de hacer, sobre lo excepcionado por el Ayuntamiento recurrido, en el sentido de que existe defecto legal en el modo de proponer la demanda, por cuanto no se establece la fecha en que se produjo la desestimación tácita y, por consiguiente, falta la referencia para computar los plazos de interposición, e incluso, para la determinación del acto administrativo contra el que se interpone, lo que haría, claro está, se estuviese en presencia de una causa de inadmisibilidad; ahora bien, frente a tal excepción, es de significar que el recurrente presentó su escrito denunciando la ilegalidad de las obras en 8 abril 1975, y más tarde, por escrito de 12 agosto 1975 y entrada en el Ayuntamiento en 3 septiembre 1975, denuncia la mora, mediando entre ambos escritos paralización de la obra denunciada, de lo que se sigue que el último de los escritos cumple perfectamente con los plazos legales, ya que la Ley, ciertamente, no señala plazo para la denuncia de la mora y, de ahí, que transcurridos los tres meses, se puede denunciar la mora en cualquier momento y así lo entiende la jurisprudencia —S. del T. S. de 28 octubre 1963 y 14 diciembre 1966, entre otras—, y sin que se pueda argüir en contra que el precepto concretamente aplicable es el art. 374 de la Ley de Régimen Local, que señala el plazo de un mes a partir de la denuncia de la mora para que se entienda desestimada la petición por silencio administrativo, ya que el mismo ha de estimarse derogado conforme a la Disposición Final segunda de la Ley de 27 diciembre 1956, y, siendo ello así es obvio, que el plazo de interposición del recurso, conforme al artículo 58.4.º de la Ley Jurisdiccional, será el de un año desde el día siguiente a aquel en que se entienda desestimada la petición, lo que, conforme al artículo 38 de la propia Ley se produce a los tres meses de la denuncia de la mora, por lo que el plazo del año se contará a partir del 3 diciembre 1975, y el escrito de interposición es de 3 septiembre 1976, por lo que no puede decirse que su formulación sea extem-

poránea, ni que tampoco se deje de saber cual sea el momento en que se produce el acto tácito y, de otra parte, si bien la demanda contiene en su suplico una serie de peticiones que en principio pudieran pensarse contradictorias, ello no obstante, responde a una correlación con el escrito inicial de denuncia de ilegalidad, y a la ignorancia en que estaba el ahora demandante, al no habersele notificado por el Ayuntamiento resolución alguna de las que figuran en el expediente, ni siquiera las de trámite y porque no se ha dictado acto expreso, todo lo cual, en cualquier aspecto, obvia la existencia de inadmisibilidad del recurso.

#### Considerandos del Tribunal Supremo:

CONSIDERANDOS: Que el recurso de apelación enjuiciado se pretende basar por la parte actora en dos motivos fundamentales, uno de forma (inadmisibilidad del recurso de instancia por haberse interpuesto extemporáneamente), y otro de fondo, que se apoya fundamentalmente en la consideración de que el terreno de autos debe ser calificado como suelo urbano y que, en consecuencia, la construcción realizada no contradice la normativa urbanística aplicable.

Que por lo que se refiere a la alegación de inadmisibilidad del recurso de instancia, deben ser confirmados los acertados razonamientos de la sentencia apelada, en el 2.º de sus Considerandos, que queda reproducido más arriba.

#### 8.2. Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona reconocidos en la Constitución

##### LEGITIMACIÓN. — MOTIVOS DE INADMISIBILIDAD.

S 15 enero 1982 (Sala 3.ª) (RA 5)

*El T. S. declara la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo*

*interpuesto contra Decretos de 23 de octubre de 1981, sobre cese y nombramiento de Director de Radio Televisión Española.*

CONSIDERANDOS: Que los recurrentes impugnan los RR. DD. 2387/81 y 2388/81 de 23 octubre, ambos de cese y nombramiento respectivamente del Director General del Ente Público Radio Televisión Española, así como de la denominada en la demanda «exigencia de dimisión» manifestada de forma verbal por el Presidente del Gobierno al Director General cesado, por ilegalidad de tales actos e infracción de los derechos fundamentales de expresión contenidos en el art. 20 núm. 1, a) y d), y núm. 3 de la Constitución y Ley de 10 enero 1980 de garantía de estos derechos, a cuya pretensión se opone el Fiscal alegando previamente la causa de inadmisión del recurso de falta de legitimación activa prevista en el artículo 82-b) de la Ley Jurisdiccional de lo contencioso-administrativo de 27 diciembre 1956, así como el Abogado del Estado en nombre de la Administración General oponiendo también previamente las causas de inadmisión del recurso de incompetencia de jurisdicción y falta de legitimación activa del art. 82 a) y b) de la citada Ley Jurisdiccional, alegaciones que obligan a resolver previamente sobre ellas por su función obstativa o habilitante, según se resuelvan en un sentido o en otro, del conocimiento del fondo del recurso.

Que el proceso judicial tutelar de las Libertades Públicas y Derechos Fundamentales de la persona previsto en la Ley 62/78 de 26 diciembre por lo que afecta a los actos de la Administración Pública que contempla la Sección II, se rige según su art. 6 por las reglas que establece dicha Sección, y a falta de previsión especial por las generales de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa que será supletoria, lo que comporta examinar la procedencia de aplicar, y en qué medida, las normas sobre inadmisibilidad del recurso de la Ley General de esta jurisdicción,

al proceso especial de tutela judicial de las Libertades públicas y derechos fundamentales contemplado en el art. 53,2 de la Constitución que, mientras no tenga su previsto desarrollo legislativo, tiene su cauce procesal en la expresada Ley 62/78 conforme dispone la Ley Orgánica 2/79 de 3 octubre del Tribunal Constitucional, en su Disp. Transit. 2.ª, 2.

Que la referida cuestión debe resolverse desde la perspectiva de la finalidad especial que el proceso tutelar judicial de los derechos fundamentales de la persona ha de servir que es la garantía de los derechos reconocidos en la Constitución en los arts. 14 a 29, conforme a su art. 53,2 al prever un proceso de garantía judicial que según la Ley Orgánica 2/79 del Tribunal Constitucional, en su art. 43,1 es previo al recurso de amparo constitucional, finalidad que implica un ámbito material de control judicial más reducido que el general de la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública, que contempla el art. 1.º de la Ley Jurisdiccional de lo contencioso-administrativo, con la forzosa consecuencia de que un mismo acto de la Administración podrá ser enjuiciado bajo dos prismas diversos, el general de su legalidad y el especial de la violación de los derechos fundamentales de la persona humana que garantiza la Constitución, como ya se declaró en la Sentencia de este T. S., pronunciada en Sala de vacaciones, de 14 agosto 1979, por lo que este ámbito dual del control judicial a que están sometidos los actos de la Administración Pública debe servir para inspirar un criterio restringido en la aplicabilidad de causas de inadmisión al recurso judicial tutelar de los derechos fundamentales en cuanto impliquen omisiones formales pues este recurso se establece para la más rápida garantía de los derechos fundamentales de la persona humana, patrimonio espiritual del pueblo español, que celosamente han de tutelar, dentro de su propia competencia, los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, apli-

cando solamente las causas de inadmisibilidad previstas en la Ley Jurisdiccional ordinaria en cuanto sirvan a encauzar este proceso específico de tutela judicial de los derechos fundamentales para evitar que por desviación procesal se trata de impugnar en el mismo, actos que están sujetos sólo al control jurisdiccional del recurso ordinario con verdadera subversión de ambos procesos que deben deslindarse por exigencia aplicativa de normas imperativas o de orden público y para el más exacto cumplimiento del ordenamiento jurídico constitucional.

Que los recurrentes también ejercen su acción como ciudadanos apoyando esta legitimación en las reglas generales de Ley Jurisdiccional de lo contencioso-administrativo, al no exigirse ningún requisito específico en la Ley 62/78 de tutela de los derechos fundamentales, sustentando la tesis de poder invocar la tutela especial de esta Ley cualquier persona que invoque la violación de derechos fundamentales propios o ajenos, tesis que no cabe aceptar pues siguiendo su argumentación sería preciso que la Ley Jurisdiccional admitiese una legitimación general, lo que no ocurre, pues reserva la legitimación para impugnar actos de la Administración a quien tenga «interés directo» en la impugnación según exige su art. 28, 1, b), interés que no puede afirmarse exista en ninguno de los recurrentes en relación con los actos que impugnan, que afectan a personas distintas, según doctrina jurisprudencial reiterada, ni tampoco pueda apreciarse la existencia de una legitimación general en este proceso especial, pues la Ley 62/78 en que se apoya su acción el recurso no establece esa acción ciudadana y por el contrario refiere el plazo de interposición del recurso en caso de silencio administrativo al tiempo transcurrido desde la solicitud del interesado notificándose la remisión del expediente a todos los interesados en el mismo (art. 8, núms. 1 y 2), normas que descartan un ofrecimiento general de acciones a quien no haya sido

lesionado personalmente, por lo que la acción ejercida por los recurrentes tendría que fundarse en la violación de un derecho fundamental propio y no en la existencia o inexistencia de defectos del acto impugnado que no sean relevantes para dicha violación.

Que en virtud de los fundamentos jurídicos que anteceden debe apreciarse la causa de inadmisión de falta de legitimación prevista en el art. 82 b) de la Ley Jurisdiccional Ordinaria de aplicación supletoria al proceso especial judicial de la Ley 62/78 previsto en su Sección II, causa de inadmisibilidad alegada por el M.º Fiscal y por el Abogado del Estado, sin que proceda examinar la otra causa de inadmisión alegada por éste, pues la apreciación de la que se declara obsta ya para el conocimiento del fondo del recurso, por lo que procede declarar su inadmisibilidad.

**SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO. — IMPROCEDENCIA.**

A 18 enero 1982 (Sala 3.ª) (RA 12)

*El T. S. confirma el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, denegatorio de la suspensión de la ejecución de un acuerdo administrativo del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, recurrido en vía contencioso-administrativa por la C.N.T.*

**CONSIDERANDO:** Que de una correcta exégesis de la norma contenida en el núm. 4 del art. 7.º de la Ley de

26 diciembre 1978, sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de las Personas, cuya norma dispone con carácter preceptivo que la Sala que entienda de esta clase de procesos especiales, acordará la suspensión del cumplimiento del acto o acuerdo impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general; es de señalar que la regla establecida con carácter general es la de suspensión de efectos, constituyendo la excepción, la no suspensión de los efectos ejecutivos del acto impugnado, por lo que deben entenderse comprendidos dentro de esta excepción aquellos actos que su ejecución afecte o repercuta directamente a derechos de terceros, por el interés general de evitar los perjuicios que se les irrogaría; por lo que aun siendo cierto que la Declaración Oficial de Resultados de las Elecciones Sindicales deba contener, entre otros datos, el número de electores y el de votantes, y la ausencia de este último dato la hace defectuosa, mas no afecta a las garantías de la libertad sindical amparada por el art. 28-1 del Texto Constitucional, y, por otra parte, de acordarse la suspensión, se derivarían perjuicios graves a las otras Centrales Sindicales cuyos resultados electorales globales fueron proclamados, lo que, unido al efecto meramente declarativo que tiene el acuerdo de publicación de los resultados globales, que una vez hechos públicos, ya no surten más efectos, por carecer de repercusión ejecutiva que vaya en perjuicio de la libertad sindical, procede llevar a la misma conclusión a que llegó la Sala de Instancia, confirmando consiguientemente el Auto apelado, sin expresa imposición de costas.

## PROCESAL CIVIL

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Extremadura (Cáceres)

### SUMARIO:

1. Ley procesal. — 2. Competencia. — 3. Partes. — 4. Acto de conciliación. — 5. Demanda. — 6. Acción. Objeto del proceso. — 7. Prueba. — 8. Sentencia. — 9. Recurso de súplica. — 10. Recurso de apelación y segunda instancia. — 11. Recurso de casación. — 12. Cosa juzgada. — 13. Proceso de revisión. — 14. Ejecución.

### 1. LEY PROCESAL

VIGENCIA EN EL TIEMPO.

S 8 abril 1983 (RA 2106)

*En pleito iniciado estando en vigor la antigua normativa de arrendamientos rústicos se interpone recurso de revisión cuando la nueva ley ya habla entrado en vigor, siendo inadmitido por la Audiencia por no alcanzar el límite mínimo de cuantía.*

**CONSIDERANDOS:** Que la resolución de Audiencia contra la que se interpone el presente recurso fundó su negativa a la formalización que la parte instó ante aquella en la única consideración de que, conforme a la L. de 31 diciembre 1980, sobre arrendamientos rústicos, aquel recurso no era admisible, según lo dispuesto en el art. 132, 3.º de dicha Ley, es decir, por ser la cuantía del proceso y tema debatido inferior al tope de las 200.000

pesetas que fija dicho precepto como cifra límite para tener acceso a este recurso extraordinario, hoy de casación, antes de revisión conforme al Reglamento de 1959.

Que es preciso tener en cuenta que el proceso de retracto origen de este recurso, que tenía señalado una cuantía de 40.000 pesetas, se inició el 12 febrero 1979, ante el Juzgado de Berja, cuya sentencia, dictada en 5 junio 1979, fue apelada y confirmada por la Audiencia de Granada el 9 mayo 1981.

Que en el primer motivo del recurso, que se ampara en el mismo ordinal del art. 1692 de la L. E. Civ., se acusa la violación por inaplicación del art. 2.º, párr. 3.º, del C. Civ., reprochándose a la Sala de instancia el error «in iudicando» consistente en haber otorgado carácter retroactivo a la L. A. R. de 31 diciembre 1980, aplicándola a una situación anterior, cuando la propia Ley no contiene disposi-

ción transitoria al efecto y sin tener en cuenta, debiendo hacerlo, la Ley rectamente aplicable, es decir, la vigente al inicio del proceso, en seguimiento del mandato terminante del art. 2.º del C. Civ., que fija el carácter irretroactivo de las Leyes, si no se dispusiera lo contrario.

Que es ciertamente atendible el motivo, en cuanto que el escueto razonamiento de la Audiencia —y, consiguientemente, su fallo— incide en el error que se denuncia, ya que no constituye fundamento correcto sostener que «la irretroactividad no tiene cabida en esta esfera procesal», pues si bien en tiempos pasados se llegó a sostener (SS. de 26 junio 1888 y 29 septiembre 1924) «que las leyes de competencia y de procedimiento son de interés público y tienen efecto retroactivo», después se corrigió ese criterio —SS. de 10 junio 1927 y 19 noviembre 1949— al aplicar a las normas procesales el mismo principio general de irretroactividad de todas las normas que preceptúa el art. 2.º del C. Civ., y en concreto, en cuanto a los procesos pendientes, es doctrina mayoritaria que sigan sometidos a la Ley en vigor cuando se iniciaron, incluidos los recursos, por ser más razonable y menos perturbador que lo contrario, a menos, claro está, que las partes hicieran uso de la facultad que les concede la disposición transitoria 4.ª del C. Civ., es decir, el de optar, pendiente el proceso, por uno u otro procedimiento, el de la nueva o el de la vieja Ley.

Que estimando este fundamental motivo del recurso es forzoso el acogimiento de los dos restantes, por ser su natural y lógica consecuencia, es decir, la inaplicación del art. 52, 4.º, 3.ª del Reglamento para la aplicación de la legislación de Arrendamientos rústicos de 29 abril 1959, que fija como tope para el acceso a la revisión (hoy casación) la cuantía de 20.000 pesetas, pues que la cuantía del presente es de 40.000 pesetas, y la aplicación indebida del art. 132, 3, de la Ley nueva de 1980.

## 2. COMPETENCIA

### TERRITORIAL: SUMISIÓN TÁCITA.

S 9 mayo 1983 (RA 2677)

*En la demanda se interpusieron una pluralidad de pretensiones, oponiendo el demandado, tras pedir prórroga para contestar, la dilatoria de incompetencia de jurisdicción por indebida fijación del fuero en cuanto a una de las pretensiones y porque la acumulación indebida alteraba también la correcta determinación de la competencia territorial.*

CONSIDERANDO: ...existiendo sumisión tácita de la parte demandada, art. 58 de la L. E. Civ., cuando, después de personada en el juicio, hiciera cualquier gestión que no sea la de proponer en forma declinatoria: considerándose bastante al efecto de producirla y por constituir o implicar una gestión a esos efectos, el mero hecho de solicitar la prórroga para contestar a la demanda —SS. varias, hasta las de 11 febrero y 10 junio 1981—; siguiéndose, que aun no siendo en principio territorialmente competente el Juzgado de Madrid, ya por la cláusula de sumisión expresa de la escritura de constitución de hipoteca de 31 enero 1974 (que, por cierto, reduce su alcance a las partes contratantes y al objeto del contrato) ya por ser Toledo el lugar del domicilio de la Caja demandada y en que se otorgaron los contratos, perdió la misma su fuero al someterse del modo indicado a la competencia del Juzgado en que radica el juicio de que el presente recurso dimana; B) porque, de otra parte y aun cuando se prescindiera de la sumisión tácita que abarca y comprende, por su misma naturaleza todas las pretensiones de la demanda, es visto que la alegación de incompetencia que se dedujo en el escrito de contestación o sea en momento en que ya se había operado la sumisión, fue únicamente en referencia a la pretensión de nulidad del Procedimiento judicial suma-

rio del art. 131 de la L. H. pero no en cuanto a las demás pretensiones —sobre las cuales sobrevino sumisión, por nueva gestión— que ofrecen los escritos de demanda y réplica; C) porque la doctrina de que la nulidad de un juicio debe solicitarse precisamente del órgano jurisdiccional en que radique, según las SS. de 8 enero 1929 y 21 febrero 1945, invocadas en el motivo 2.º, sobre hallarse destituida de efecto por la notada sumisión total, debe referirse a aquellos supuestos en que la nulidad se proponga con base en infracción de normas de naturaleza procesal y durante el curso del proceso afectado por los vicios que la determinen o como dice la L. E. Civ., cuando se funde en la nulidad de actuaciones o de alguna providencia, pero no cuando la nulidad que se persigue es, fuera del procedimiento, la del título que sirvió para la ejecución por el cauce del procedimiento judicial sumario del art. 131 de la L. H., que es el caso del juicio, según resulta del conjunto de las pretensiones ejercitadas, determinándose entonces la competencia para conocer del juicio declarativo con dicho objeto de anular el título, por las reglas ordinarias, como específicamente y para la hipoteca dispone el párr. 11.º del art. 132 de dicha ley; y D) porque, finalmente, cualquiera que sea el criterio de esta Sala acerca de la corrección de la acumulación de acciones que efectúa la demanda —tema ajeno al recurso, en principio— y de los efectos que podrían haberse seguido dado el régimen de los arts. 153 a 179 de la L. E. Civ. —tema éste de la acumulación, en los términos denotados por los antecedentes reseñados antes, ya planteado en el escrito de demanda— y aun consciente de que, a través de una indebida acumulación puede perseguirse, y lograrse si no se acude a remediarla, la pérdida del fuero de quienes sean indebidamente demandados, es lo cierto que, en el caso de que aquí se trata de competencia territorial —único tema del recurso según el precepto de amparo escogido, que excluye el de acumula-

ción— permanecería inatacable por reposar, como se ha notado repetidamente, en la sumisión, criterio prioritario para atribuir la competencia territorial que es la cuestionada y a falta de un fuero necesario, conforme al citado art. 56 de la L. E. Civ.

### TERRITORIAL: SUMISIÓN EXPRESA.

S 24 marzo 1983 (RA 1611)

*Se pretende que constituye sumisión expresa que en la aceptación de la letra de cambio se incluyera la del «domicilio del librador».*

CONSIDERANDO: Que, como consecuencia de unas relaciones comerciales habidas entre las partes litigantes, el demandado quedó adeudando la cantidad de 108.000 ptas., para cuyo saldo aceptó 4 letras de cambio, a cuyo vencimiento fueron protestadas por falta de pago, tras de lo cual y después de fracasar múltiples requerimientos amistosos, el acreedor inició ante el Juzgado de 1.ª Instancia de su domicilio que era la localidad de CAMBADOS, un procedimiento ejecutivo con base en las cambiales, frente a lo que reaccionó el deudor suscitando cuestión de competencia en el Juzgado de igual clase núm. 2 de los de SAN SEBASTIAN que accedió a su planteamiento, requiriendo de inhibición al Juzgado de CAMBADOS, para conocer de los autos de referencia; siendo de observar que la acción ejercitada es cambiaria, que las letras en que se basa estaban domiciliadas en SAN SEBASTIAN, que fue donde se pasaron al cobro y donde fueron protestadas, lo que no puede quedar enervado por el hecho en que se apoya el demandante-creedor, de que en las letras se diga por el deudor-librado que «acepto cantidad, vancimiento, fecha y domicilio del librador» que no puede interpretarse como sumisión expresa pues ésta, según el art. 57 de la ley de Enjuiciamiento es «la fecha por los interesados renunciando clara

y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el Juez a quien se sometieren»; y si bien es cierto que la Jurisprudencia de este T. S. tiene declarado que «no es preciso emplear las mismas palabras de este artículo, bastando se deduzca de su expresión que se atribuye la competencia a un Juez determinado», no es menos cierto que el término aquí empleado de «acepto el domicilio del librador» es insuficiente, por su vaguedad e imprecisión, para poder ver en él el carácter expreso que la sumisión requiere.

**TERRITORIAL: SUMISIÓN EXPRESA EN LETRA DE CAMBIO.**

S 2 marzo 1983 (RA 1416)

*En el acepto había cláusula de sumisión a los Juzgados de Alicante; el aceptante estaba domiciliado en Cartagena, de cuyos juzgados instó la inhibitoria; las letras estaban domiciliadas para pago en Ibi (partido de Alcoy).*

**CONSIDERANDO:** Que la cláusula de la aceptación de los cambiales y que aparece en todas y cada una de ellas (folios 6, 9, 12, 15, 18, 21, 24, 27, 30 y 33) en idénticos términos (ya que se empleó para estamparla un sello de caucho) contiene una sumisión expresa a la «jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Alicante» que apareja inescindiblemente la renuncia al fuero propio y al efecto de determinar y atribuir la competencia territorial al Juzgado de Alicante por el preferente concepto de sumisión expresa, conforme a lo dispuesto en los arts. 56 y 57 de la L. E. Civ., cual en supuestos análogos entendieron las sentencias de esta Sala (entre las últimas) la de 16 abril 1973, 3 marzo 1981 y 20 abril 1982 y sin que a lo apreciado pueda oponerse con éxito el haberse convenido efectuar el pago en la cuenta corriente abierta en Ibi, ya que el Juzgado de Primera Instancia de Alcoy al que co-

rresponde dicha plaza no es competente en esta cuestión de competencia, y de otra parte, nada se opone a que el librado acepte un domicilio para el pago y se someta expresamente a los Juzgados y Tribunales de otra localidad distinta a la fijada para el pago.

### 3. PARTES

**CAPACIDAD PARA SER PARTE: SOCIEDAD MERCANTIL IRREGULAR.**

S 30 abril 1983 (RA 2200)

*Debiendo demandar el actor a una sociedad mercantil irregular, dirige su demanda frente a los socios gestores pretendiendo su condena solidaria.*

**CONSIDERANDO:** Que según terminante afirmación de las sentencias de uno y otro grado, los demandados don Serapio S. T. y su hijo don Tomás S. T. (relación paterno filial proclamada en el hecho octavo de la dúplica), son «titulares y propietarios del negocio para el que se adquirieron las mercancías cuyo valor se reclama, en circunstancias fácticas que permiten entender que existe entre ambos una sociedad irregular, mercantil por su objeto, antecedentes que les lleva a estimar la pretensión de condena entablada por la vendedora y recurrida «Acerías y Forjas de Azcoitia, S. A.», basándose en lo dispuesto en el art. 120 del C. Com. respecto a la responsabilidad solidaria de los gestores frente a tercero, pronunciamiento contra el que se alza el motivo primero del recurso, que denuncia violación de dicha norma y la de los arts. 1091 y 1257 del C. Civ., referentes a la relatividad de la fuerza obligatoria del contrato, así como de la doctrina mantenida en las sentencias de 11 marzo 1961, 6 julio 1977, 24 enero 1969 y 10 abril 1970, impugnación que ha de ser rechazada, pues prescindiendo del tema general, no contemplado de manera pacífica por la doctrina y la jurisprudencia, del régimen

jurídico aplicable a las sociedades mercantiles inobservantes de las formalidades constitutivas, aquella responsabilidad «in solidum» de los encargados de la gestión social les alcanza a los interesados por cuanto vienen contratando para la Compañía y actuando como tales en el tráfico comercial, y si bien ni el Juez ni la Sala sentenciadora hacen declaración explícita de que don Serapio S. T. intervino personalmente en la celebración de las operaciones que son base de la demanda —lo que tampoco descartan—, no puede desconocerse que a los efectos que se propugnan la significación del término «gestor» ha de ser entendida con amplitud, como indica la sentencia de 6 abril 1961, que engloba en el concepto «cuantos intervinieron por sí o por delegación aunque sea verbal», conclusión que viene determinada por el principio de buena fe esencial a la contratación y sobre todo a la mercantil (arts. 1258 del C. Civ. y 57 del C. Com.), y en lo actuado hay elementos demostrativos reveladores de la preponderante actuación del citado recurrente en la marcha de las actividades negociales, por cuanto: a) la razón social de la empresa es la de «Aceros Soler Tosal» (folios 60, 61, 62 y 92), formada por lo tanto con los apellidos de quien sostiene en el litigio que es extraño a la dinámica del establecimiento; b) con posterioridad a su declaración de baja en el impuesto industrial operada por fecha 31 diciembre 1974 (folio 93), don Serapio S. T. atiende giros cambiarios de la sociedad vendedora en los años 1975 y 1976 (folios 95 a 106); c) las partidas de barras de acero cuyo precio es objeto de reclamación corresponden a pedidos que van del 13 octubre 1977 al 3 febrero 1978 (folios 10 a 23), y por consiguiente se trata de operaciones concertadas con anterioridad al alta fiscal de don Ramón S. T., producida el 9 mayo de ese último año, a todo lo cual ha de añadirse como fundamento de la sentencia condenatoria, que de aplicar el régimen de la sociedad colectiva a la irregular de que se trata,

como ha sostenido en ocasiones la doctrina legal —SS. de 2 enero 1940, 21 diciembre 1965 y 15 octubre 1974— la protección del tercero se acentuaría con arreglo al rigor previsto en los arts. 126, último párrafo, y 127 del mismo Código.

**LEGITIMACIÓN PASIVA: LITISCONSORCIO NECESARIO.**

S 16 marzo 1983 (RA 1479)

*La acción por responsabilidad civil extracontractual se dirige sólo frente al dueño de la obra y no frente al constructor.*

**CONSIDERANDO:** Que no mejor destino merece el tercer motivo instrumentado sobre idéntico ordinal y precepto que los anteriores, por cuanto alegándose en él violación por inaplicación del art. 1909 del C. Civ., lo que en realidad plantea es un problema litisconsorcial pasivo necesario que no puede prosperar: A) En cuanto ejercitada contra el recurrente una acción derivada de responsabilidad extracontractual como consecuencia de los daños producidos al actor por filtraciones provenientes del inmueble propiedad de aquél, y acreditado que las obras realizadas en dicho edificio lo fueron en exclusivo beneficio de quien impugna, es éste el directa e inmediatamente obligado a indemnizar sin perjuicio de las acciones que estime le corresponden contra quien realizase referidas obras —S. 13 octubre 1981—; B) Porque, además, existe aun cuando una constante doctrina de esta Sala en orden a la posibilidad de estimar «ex officio» las situaciones de litisconsorcio pasivo necesario, no puede olvidarse que como en el presente caso tal alegación ha sido ofrecida por vez primera en este motivo, ello como ya indicó la sentencia de 15 noviembre 1982, da lugar a que los supuestos fácticos constitutivos de dicha figura hayan quedado sustraídos al principio de contradicción informador de todo

proceso civil, impidiendo así a la contraparte pronunciarse sobre los mismos para admitirlos o rechazarlos: especialmente cuando como en este supuesto acontece, tales hechos no han sido admitidos por el recurrido ni aparecen palmariamente.

**CAPACIDAD DE POSTULACIÓN: NO INTEGRACIÓN DE LA MISMA.**

**S 10 mayo 1983 (RA 2682)**

*Se recurre en casación por quebrantamiento de forma por no haber atendido la Sala la defensa por escrito presentada personalmente por la parte en recurso de apelación contra sentencia desestimatoria de beneficio de pobreza.*

**CONSIDERANDOS:** Que la inconsistencia del recurso en cuestión, por alegado quebrantamiento de forma, surge en lo que se contrae a dicho aspecto de la negativa a que el citado recurrente don Vivente M. Datienda a su propia defensa, aparte de no ser ninguno de los supuestos que contemplan los motivos 3.º y 5.º en que aquél se ampara, surge de que si ciertamente el art. 24.1 de la Constitución Española consagra el principio de libre acceso del justiciable a los Tribunales, al disponer que «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», ello no quiere decir que tal precepto constitucional establece que ese derecho de tutela, cuando es puesto en ejercicio ante los Jueces y Tribunales se pueda ejercitar personalmente por el justiciable cuando por ley viene establecido la obligatoriedad de hacerlo por medio de Abogado, y en su caso por designación en turno de oficio, como sucede en el caso de recurso de casación siguiendo la normativa de los arts. 3 y 10 de la L. E. Civ., al no estarse comprendido en los casos de excepción que precon-

zan los arts. 4 y el propio citado 10 de la referida Ley de Trámites civil, y así lo revela el propio texto constitucional cuando dispone, en su art. 53, 1, que los derechos y libertades reconocidas en el cap. 2.º, en el que viene comprendido el indicado 24, 1, de libre acceso a Jueces y Tribunales que «sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161, 1, b)», que es precisamente lo ocurrido en el presente caso, desde el momento que viene sometido a la normativa procesal, sancionada por ley en vigor de como tal derecho de libre acceso a los órganos jurisdiccionales ha de producirse, ya que una cosa es la regla constitucional genérica de que a ninguna persona puede vedarse el reconocimiento judicial de sus derechos, y otra la forma de ponerlos en ejercicio, y siempre sobre la indeclinable base de que no se produzca indefensión, que en ningún momento se revela producida en el supuesto ahora contemplado, sino por el contrario, adecuadamente cumplido, al haberse nombrado al tan citado recurrente don Vicente M. D. Procurador de los Tribunales y Abogado, con base en lo establecido en el art. 27 de la L. E. Civ., para que, respectivamente, le represente y defienda, como así ha sucedido, cumpliendo con una normativa que refuerza aquella garantía constitucional ante el carácter iletrado del meritado recurrente.

Que a lo expuesto en nada obsta, en contra de lo apreciado por don Vicente M. D., el contenido de los artículos 1.º, 1, y 9.º, 1, de la Constitución Española, ya que si estos preceptos, respectivamente, establecen como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia y la igualdad, de tal manera que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico, determina precisamente el acatamiento a esa norma-

tiva constitucional, sobre la base de hacerlo en su exacto alcance, así como la regla del art. 24, uno de la Constitución, y en consecuencia en orden de prevalencia jerárquica de fuentes del Derecho que proclaman el art. 9, 1, de aquel fundamental y básico ordenamiento jurídico y 1.º, 7, del C. Civ., puesto que las normas que en aquellos preceptos constitucionales se contienen es en esencia, la manifestación a que en ningún caso pueda producirse denegación de justicia, pero no la forma de poner en ejercicio las correspondientes acciones, derechos y recursos ante los jueces y Tribunales, que, como ya ha quedado indicado en el precedente Considerando, tienen su marco adecuado en los correspondientes ordenamientos jurídicos que concreta y específicamente los regulan, establecidos por Ley en vigor —en este caso la L. E. Civ.—, conforme precisamente a la regla de remisión que a tal fin hace el art. 53, 1.º, de la Constitución, significativo en su virtud de su adecuado acatamiento a ésta.

Que lo referente al aspecto del motivo en que se apoya el recurso de no haberse acordado por la Sala sentenciadora de instancia el recibimiento a prueba expuesto en la postdata de la relación circunstanciada de hechos en que el recurrente fundamenta su derecho, su inconsistencia, a efectos de general quebrantamiento de forma, emana, de una parte de que ninguna pretensión ha sido formulada por el apelante, en escrito formulado con firma de Letrado, diligenciando el trámite de instrucción, mediante correspondiente otrosí, de recibimiento a prueba, como exige el art. 893, en relación con el 870, de la L. E. Civ., al ser inoperante al respecto la mera invocación a ello en postdata formulada, sin la preceptiva firma de Letrado, en la relación circunstanciada de los bienes que quien haya obtenido declaración de pobreza ha de presentar, conforme al art. 41 de dicha Ley de Trámite Civil, a efectos de la aceptación de defensa por el Abogado designado

en turno de oficio, ya que la finalidad de uno y otro escrito son absolutamente independientes y respondiendo a distinta finalidad; y de otra parte, debido a que la invocación que hace el recurrente a los núms. 1.º y 4.º del art. 340 de la precitada L. E. Civ., es inoperante a efectos de pretendido quebrantamiento de forma, dado que el acuerdo de práctica de prueba para mejor proveer, que tal precepto sanciona, no es preceptivo, sino potestativo, y como tal susceptible de ser discrecionalmente acordado por el juzgador según lo estime o no preciso, por lo que en manera alguna puede crear su no acuerdo quebrantamiento de forma, porque ésta, por su propia esencia y carácter, no puede producirse, en el supuesto en que se ampara el recurrente de los núms. 3.º y 5.º del artículo 1693 de la Ley de Enjuiciamiento tan citada, mas que cuando se trata de pruebas cuya práctica no venga sometida a la libre y discrecional apreciación del correspondiente órgano jurisdiccional.

#### 4. ACTO DE CONCILIACION

**EFFECTO DE INTERRUMPIR LA PRESCRIPCIÓN.**

**S 13 abril 1983 (RA 2110)**

*Una demanda sobre responsabilidad civil extracontractual no fue admitida a trámite por falta de intento previo de conciliación. Cuando la certificación del último se aportó y la demanda fue admitida, ya había transcurrido el plazo de prescripción.*

**CONSIDERANDO:** Que en los motivos tercero y cuarto se plantea el tema de la prescripción de la acción ejercitada por el perjudicado demandante señor G., desde la perspectiva de los arts. 1968 párr. 2.º, supuestamente inaplicable por la Sala de instancia, y 1973 indebidamente aplicado, éste, según el recurrente, por dicho Tribunal, tesis, que, en su doble vertiente, no resiste el análisis desapasionado de la reali-

dad, con el consiguiente decaimiento de los motivos en que se sustenta. Porque, en efecto, aun sin tener en cuenta la cuestión, que resalta, entre otras, la sentencia de este Tribunal de 5 noviembre 1981, de si es o no aplicable, a la exigencia de responsabilidad civil, por las obligaciones derivadas de culpa o negligencia, el plazo prescriptivo de un año que establece el núm. 2.º del art. 1968 del C. Civ. o el más amplio de la extinción de las acciones de resarcimiento e, incluso, dando de lado al tema, también objeto de reiteradas decisiones jurisprudenciales, entre las que son de citar los recientes de 1 y 8 marzo, 22 y 31 octubre y 15 noviembre 1982 todas, de si el cómputo del año a que el precepto civil del art. 1968 del Código se contrae ha de serlo, a contar, no desde el auto de sobreseimiento y archivo de las diligencias penales, sino desde la firmeza del auto ejecutivo, a que se refiere, como última actuación penal dentro del proceso de esta naturaleza, el art. 10 del Texto refundido de 21 marzo 1968, aun sin tomar en consideración, repetimos, la doctrina expuesta, es insoslayable, que, en el presente caso, si ciertamente se dictó el auto de sobreseimiento y archivo de las correspondientes diligencias penales el día 5 mayo 1976 —sin constancia, por lo demás, de cuando se produjo el preceptivo «visto» del Fiscal— habiéndose presentado la demanda dentro del año que establece el art. 1978 del Código, pero sin que fuese admitida a trámite por falta del requisito de la conciliación, admisión que se produjo una vez cumplida esta exigencia legal, el 20 mayo 1977, cuando ya había transcurrido aquella anualidad, también lo es que dentro del riguroso plazo del año que va desde el repetido 5 mayo 1976 a igual fecha de 1977, se intentó la conciliación por el demandante, acto que tuvo lugar el 4 de mayo de este año 1977 y cuya papeleta normalmente hubo de presentarse, al menos, con 24 horas de anticipación (art. 466 de la L. E. Civ.) con el efecto interruptor que consagra el art. 1973 del C. Civ., cuya aplicación

por la Sala de instancia no puede objetarse de incorrecta —aparte las reservas de toda clase más atrás hechas— una vez que la certificación del acto conciliatorio obró en autos el 20 mayo 1976, esto es, dentro de los dos meses que para la eficacia interruptora de la conciliación ordena el art. 479 de la L. E. Civ. y, por tanto, cuando todavía obraba la interrupción del plazo indicada en la presentación en el Juzgado de la papeleta de conciliación por el interesado antes del año del sobreseimiento de las actuaciones penales en que tan tenazmente apoya su tesis el recurrente.

## 5. DEMANDA

### LITISPENDENCIA.

S 2 mayo 1983 (RA 2620)

*Se presenta una segunda demanda con variaciones únicamente en cuanto a los demandados —en los términos que se indican en los considerandos— y, al negarse la acumulación solicitada por el actor, sigue su tramitación separada con resolución en cuanto al fondo en ambas instancias.*

CONSIDERANDIS: Que el primer motivo del recurso se formula al amparo del ordinal 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ. y denuncia la infracción, por interpretación errónea del artículo 533-5.º de la propia Ley en relación con el art. 1252 del C. Civ., y la doctrina recogida por las SS. de 13 mayo 1964, 27 abril 1965 y 5 octubre 1970, en cuanto se argumenta, la sentencia recurrida no estimó la concurrencia de la excepción de litis pendencia alegada en base a un procedimiento anterior, en el que se daban en relación con el posterior, la perfecta identidad de personas, objeto y causa que exige la Ley; y a los efectos de estudio de la procedencia o improcedencia de tal motivo deben consignarse como antecedentes fácticos de trascendental importancia: 1.º, que en el Juzgado de 1.º

Instancia núm. 3 de Bilbao se siguió juicio declarativo de mayor cuantía en el que figuraban como actores doña Carmen, don Isaias y don Pablo G. Z. y como demandados, entre otros, don Vicente C. U. y su esposa y en el que se suplicaba se condenase solidariamente a los demandados a la retirada de los escombros, basuras y materiales de deshecho de todas clases procedentes de la escombrera de los demandados del terreno propiedad de los actores y a que llevasen a la práctica las medidas necesarias para evitar que ulteriormente se produjesen nuevos daños y perjuicios del indicado origen y a abonar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios; 2.º, que posteriormente se inició, por los mismos actores, nueva demanda de mayor cuantía que se tramitó en el Juzgado núm. 2 de Bilbao, en la que se demandó a los mismos que lo fueron en el anterior juicio, con la única diferencia de que en el primero fue demandado don Vicente C. U. y su esposa y en este último, y por fallecimiento de don Vicente —hecho sucedido con anterioridad a aquel juicio, pero conocido después— a su dicha esposa y a los hijos de ambos don Carlos y don José Luis C. M., aparte de haber sido también demandados «todas aquellas personas que tengan, hayan tenido o tuvieren participación e intervención en la propiedad y explotación del vertedero de basuras procedentes del Servicio Municipal de Limpiezas de Bilbao, de Archanta y Escombrera contigua», habiéndose ejercitado la misma pretensión actuada en el ejercicio anterior; 3.º, que los actores solicitaron en el primer pleito, seguido en el Juzgado núm. 3, la acumulación del seguido en el Juzgado núm. 2, por versar este 2.º sobre lo mismo que es objeto del primero «...con identidad de acciones, de causa de las mismas y de cosas, y que se dan contra varias personas cuya identidad puede aquí también afirmarse, en uno y en otro pleito...», acumulación que fue denegada por haberse solicitado después de la citación para sentencia; 4.º, que en el

juicio que se siguió en el Juzgado número 3 se dictó sentencia en 26 mayo 1979 condenando a los demandados a que solidariamente retirasen del terreno propiedad de los actores los escombros, basuras y materiales de desecho procedentes de la escombrera de los demandados y llevasen a la práctica las medidas necesarias para evitar que ulteriormente se produjesen nuevos daños y perjuicios del citado origen y a abonar a los actores la indemnización de daños y perjuicios que corresponda, cifrándose el total de la condena en el pago de 4.137.375 ptas. por vía de equivalencia, sentencia que fue recurrida ante la Audiencia Territorial de Burgos sin que conte se haya resuelto la apelación; 5.º, que en el juicio que se siguió en el Juzgado núm. 2 se dictó sentencia en 9 abril 1980, condenando, también, solidariamente a los demandados a retirar del terreno de los demandantes los escombros, basuras y materiales de desecho de toda clase procedentes del vertedero explotado en su día por tales demandados, así como a dejar dicho terreno en la misma situación fáctica que poseía antes de que dichos desechos fueran arrojados al mismo; sentencia que apelada fue confirmada por la de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, de nueva creación, y que es objeto del presente recurso de casación; la diferencia entre los pronunciamientos de ambos procesos radica en que la recaída en el primer proceso sustituye la obligación de devolver el terreno a su estado anterior por la indemnización de 4.137.735 ptas. en atención a que el cumplimiento de tal obligación supone un coste económico notablemente superior al valor del terreno invadido por los escombros.

Que la excepción de litis pendencia, que por razones de economía procesal y para evitar el riesgo de sentencias contradictorias —riesgo que se ha materializado en el supuesto de litis— tiende a impedir la existencia de otro proceso sobre el mismo asunto some-

tido a otro anterior, exige, por su propia naturaleza, que entre los dos procesos de que se trate exista identidad de personas, objeto y causa de pedir, debiendo entenderse que concurre la identidad de personas, a tenor del artículo 1252-3.º, entre otros supuestos, cuando los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el anterior o estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad, normativa que aplicada al caso de litis conduce a estimar el motivo de casación invocado, en cuanto la sentencia recurrida rechazó la excepción de litis pendencia, pese a concurrir los citados requisitos entre el pleito seguido en el Juzgado núm. 3 y el que se tramitaba en el Juzgado núm. 2, pues si la identidad de objeto y causa de pedir resulta con toda evidencia de los antecedentes consignados en el anterior considerando y, además, es admitida por los actores, y no cuestionada por la sentencia recurrida, a la misma conclusión debe llegarse respecto a la identidad de personas dado que los demandantes son los mismos y entre los demandados del primer pleito y los del segundo no hay más diferencia que en aquél se llama al proceso a don Vicente C. U. y en éste, por haber llegado a conocimiento de los actores su fallecimiento, se demanda en su lugar, a sus hijos don Carlos y don José Luis C. M., es decir, a sus causahabientes, cualidad ésta reconocida por los actores, al final del hecho 4.º de la demanda, cuando literalmente dicen «...pero la prudencia ha aconsejado que, incluso ad cautelam, es conveniente la formalización de esta nueva demanda, sobre el mismo tema anterior, convocando a todos los que fueron demandados y emplazados en el pleito anterior, dirigiendo esta nueva demanda también contra don José Luis y don Carlos C. M., sucesores y herederos de don Vicente C. U. e hijos del mismo», conclusión la expuesta de identidad de personas que no puede quedar desvirtuada por la circunstancia de que también fueran demandados «todas aquellas personas que ten-

gan, hayan tenido o tuvieren participación o intervención en la propiedad y explotación del vertedero...», pues ni aparece acreditada la existencia de tales desconocidas personas, ni aún en caso afirmativo se llegaría a resolución distinta, pues dado que la pretensión que se actúa se dirige solidariamente contra todos los demandados y en tal calidad de obligados solidariamente sean condenados en ambas sentencias, es indudable que los desconocidos demandados del segundo pleito estarían unidos a los conocidos demandados del primero por vínculos de solidaridad, lo que lleva consigo la identidad de personas que reconoce el mencionado art. 1252-3.º del C. Civ.

#### TRANSFORMACIÓN.

S 28 febrero 1983 (RA 1082)

*Pretendiéndose por los actores condena a devolver cantidades pagadas en exceso por la compra de unas viviendas, añaden en la réplica la pretensión relativa a los gastos de declaración de obra nueva, también a cargo del demandado.*

**CONSIDERANDO:** Que el cuarto de los motivos, último a examinar, con apoyo en el núm. 3.º del art. 1692 de la L. E. Civ., denuncia la incongruencia de la sentencia recurrida «al otorgar el fallo más de lo pedido, siendo incongruente con las pretensiones o peticiones oportunamente deducidas por los litigantes, con infracción del art. 548 de la L. E. Civ. y 359 de la misma Ley Procesal»; motivo igualmente rechazable, puesto que el fallo no ha otorgado más de lo pedido, sino que la suma de 36.000 ptas. que se concede a los demandantes se añadió en el escrito de réplica al amparo de la norma contenida en el art. 548 de la L. Pro. Civ., en cuyo escrito los actores fijaron concreta y definitivamente los puntos de hecho objeto de debate añadiendo los ya consignados en la demanda, con lo que se atuvieron

a esa norma al adicionar una suma como la expresada tan íntimamente relacionado con las peticiones principales del pleito, relativas a cantidades a entregar con motivo de la venta de unos pisos, como es la referente al concepto de derechos de Registro de obra nueva, cuyo pago, según la estipulación octava del contrato de 1972, incumbiría expresamente al demandado, con lo que evidentemente no se alteraron las peticiones principales del pleito, ni al tenerla en cuenta el fallo incidió en género alguno de incongruencia.

#### ADMISIBILIDAD DE SU TRANSFORMACIÓN.

S 10 marzo 1983 (RA 1468)

*El actor pretendió condena a restitución del capital de unos títulos de inversión más intereses al 10 %. En réplica pidió que los intereses se liquidaran al 20 % a partir de una fecha determinada.*

**CONSIDERANDO:** Que lo expuesto en el precedente claramente conduce a la desestimación del primero de los motivos en que se apoya el recurso, fundamentado, al amparo del núm. 3.º del art. 1692 de la L. E. Civ., en pretendida violación del art. 359 de la misma ley, por entender el recurrente que el fallo de la sentencia recurrida otorga más de lo pedido, al declarar la obligación de pagar los intereses al 20 % del principal de 614.000 ptas. desde julio de 1977 hasta el completo pago, a determinar en ejecución de sentencia, cuando esa pretensión no había sido solicitada en la súplica de la demanda iniciadora de la litis de que se trata, porque si esa apreciación es cierta también lo es que tal pretensión fue formulada en la súplica del escrito de réplica conforme faculta el párr. 2.º del art. 548 de la L. E. Civ., en actividad del demandante de ampliación y modificación de pretensiones de la expresada demanda que en cuanto no significan alteración de las

que son objeto principal del pleito, posibilitan efectuarlo, según tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 8 febrero 1955, 30 abril 1960, 30 marzo 1962 y 22 junio 1963, con la consiguiente precisión, a efecto de la congruencia exigida en el precitado art. 359 de la Ley de Trámites Civil, de hacer las correspondientes declaraciones en orden a dichas pretensiones formuladas en réplica, complementarias y adicionadoras de las consignadas en la demanda, al haber sido deducidas oportunamente, cual llevó a cabo la resolución impugnada, por lo que ninguna violación se ha cometido por la Sala sentenciadora de instancia del repetido art. 359, sino adecuada aplicación de él.

#### 6. ACCION. OBJETO DEL PROCESO

NECESIDAD DE IMPUGNAR LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL PARA EL ÉXITO DE UNA DECLARATIVA DE DOMINIO.

S 22 abril 1983 (RA 2117)

*El actor pretendió una declaración de dominio por usucapión de una finca inscrita en el Registro a nombre del causante de los demandados, sin impugnar simultáneamente la inscripción.*

**CONSIDERANDOS:** Que el art. 38 de la L. H., que consagra en nuestro ordenamiento jurídico positivo el llamado principio de «legitimación registral», establece en su párr. 1.º la presunción «iuris tantum» de exactitud del Registro, al consignar que a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo prescribiendo, además, en su párr. 2.º, habida cuenta de que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud —párr. 3.º del art. 1.º de la propia L. H.—, que no

podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o, a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, es decir, que para que prospere pretensión que contradiga la exactitud del asiento registral se requiere que, conjuntamente, se ejercite bien la de nulidad o bien la de cancelación de dicho asiento, única forma hábil de evitar que coexistan un pronunciamiento de los Tribunales declarando un derecho real a favor de determinada persona o proclamando su extinción y un asiento del Registro de la Propiedad, bajo la salvaguardia de los propios Tribunales que incluso puede originar equívocas situaciones a tercero que se crea protegido por el principio de «fe pública registral» consagrado en el art. 34 de la Ley Hipotecaria.

Que la acción declarativa de dominio que en el caso de la litis se esgrime con fundamento por completo ajeno a situación jurídica que signifique la no pervivencia del asiento registral que proclama la titularidad de dicho dominio a favor de otra persona, cual acaecería con pretensión que por su alcance aparejara no la cancelación de un asiento sino la extensión de otro nuevo derivado del preexistente, es contradictoria del dominio escrito a favor del causante de los demandados, aquí recurrentes, por lo que de conformidad a lo que ha sancionado con reiteración la Jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en sus sentencias de 6 mayo 1955, 16 noviembre 1960, 14 diciembre 1961, 22 septiembre 1965, 2 octubre 1971, 18 noviembre 1975 y 16 octubre 1978, para supuestos análogos al aquí contemplado, procede la estimación del primer motivo del recurso en que, por la vía del ordinal primero del art. 1692 de la L. E. Civ., se acusa a la sentencia recurrida de violación por inaplicación del art. 38 en relación con el párr. 3.º del art. 1.º de la L. H., ya que la meritada senten-

cia al estimar la demanda no tuvo en cuenta que, por contradecir las pretensiones de la misma una inscripción de dominio vigente a favor del causante de los demandados, se debía haber ejercitado conjuntamente con la misma la acción de nulidad o cancelación del asiento registral que tal titularidad dominical proclamaba; procediendo, en su consecuencia, la casación de la resolución impugnada, sin necesidad de decidir sobre el segundo y último motivo del recurso cuyo análisis deviene inoperante.

## 7. PRUEBA

### CARGA.

S 26 febrero 1983 (RA 1077)

*Se pretende condena a devolver exceso de precio pagado por una vivienda. El demandado se defiende alegando que si bien se pagaron las cantidades afirmadas por los actores, parte de ellas eran debidas y fueron pagadas por causa distinta.*

CONSIDERANDOS: Que en el primer motivo del recurso, que se ampara en el mismo ordinal del art. 1692 de la L. E. Civ., se acusa a la sentencia recurrida de «inaplicación del artículo 1214 del C. Civ.» por inversión del «onus probandi», es decir, por atribuir a la demandada, recurrente, la carga de probar su negativa al hecho de formar parte del precio satisfecho al abono realizado por el cedente y asumido por los compradores subrogados, cuando tal prueba correspondía a éstos según tal precepto y doctrina legal concordante establecen, en el sentido de que la simple negativa de un hecho no impone al que lo hace la carga de su prueba —SS., que cita, de 18 octubre 1941, 28 noviembre 1953 y 7 mayo 1980.

Que si hay que atenerse, como es obligado, a las alegaciones de las partes como expresión de su conducta y situación procesal, de consumo con la

apreciación probatoria del Tribunal de instancia, forzoso es rechazar el motivo y sus consecuencias porque de todo ello resulta que la demandada no se limitó a una mera y simple negación del hecho aludido, es decir, en concreto, el relativo al abono de 1.000.000 ptas. como parte del precio realizado por el cedente de los actores, sino que introduce un elemento o dato nuevo, relativo al origen, causa o concepto de ese pago (más bien introduciendo la duda), o sea, así ese dinero respondía al pago del piso u obedecía a otro concepto, y esto es, ciertamente, una objeción de naturaleza extintiva o al menos obstativa a la obligación que se le exige cumplir, en cuanto introduce en la litis un dato que intenta invalidar el hecho que en principio prueban los actores, o séase, que el repetido abono fue hecho por el cedente a cuenta del precio del piso, acompañando a tal efecto las certificaciones bancarias del ingreso, según terminante apreciación probatoria de la sentencia impugnada, que por eso no infringe el precepto aludido, pues que se limitó, según reiteradísima doctrina, a estimar probados los hechos constitutivos del derecho de los actores, es decir, los diversos pagos y su imputación, de acuerdo con los documentos aportados por aquéllos, es decir, de los que reclaman el cumplimiento, pero sin haber atribuido a la demandada su prueba, pues que lo hace la adversa, y sin más que añadir que la demandada no prueba lo contrario y que, preciso es añadirlo, a ella le correspondería por ser hecho extintivo —arts. 1214 del C. Civ. y SS. 5 enero 1981, 10 marzo 1981, 27 junio 1981, 4 junio 1981, 17 octubre 1981, 6 marzo 1982, etcétera.

### CARGA.

S 7 marzo 1983 (RA 1424)

*El actor pretende lo necesario para hacer efectiva una opción de compra de acciones de la que era titular en*

*virtud de convenio que se estima probado. La pretensión se desestima en segunda instancia por no haber probado el actor un segundo convenio, que afectaba a aquella opción y la relacionaba con otras prestaciones en favor del demandado.*

CONSIDERANDO: Que la premisa inicial del razonamiento básico de la sentencia impugnada, contenido en su considerando 3.º, relativa a que entre la opción de compra para la adquisición de acciones de la mercantil Espectáculos Capitol, S. A., concedida por los demandados y actuada por el demandante en el proceso, y las opciones otorgadas por éste a aquéllos, para la compra de parte del capital de las empresas «Daellos, S. A.» y «Elem, S. A.», existió una evidente interdependencia, como elementos de una compleja relación que ligaba obligacionalmente a las partes, premisa, de la que la sentencia combatida parte para concluir en que esa patente conexión —plasmada en contrato de 22 julio 1972— debió ser puesta de manifiesto y probado su alcance, en relación con su propio derecho, por el demandante, como requisito inexcusable para la viabilidad de su acción, es cuestionada en el primer motivo del recurso, por el recurrente, que niega que, aquella inicial situación de hecho, cuyo indiscutible acreditamiento exige, para el juego de la presuntio hominis el artículo 1249 del C. Civ., haya quedado demostrada, ya que ni aquel documento de julio de 1972, figura en autos, ni los razonamientos hechos en el acto de la vista de apelación ofrecen otro carácter que el de ser meras hipótesis, argumentos negatorios éstos, de todo punto inestimables, por cuanto tienen de interesada subestimación de los que hace la Sala, resaltando, como acredita circunstancia a tener en cuenta, a efectos de la opción de compra actuada por el demandante, la valoración y trascendencia constitutiva del contrato de 22 julio 1972, trascendencia que deriva no sólo de la existencia misma de dicho contrato —cuya aportación a los

autos fue rechazada por motivos fiscales— sino también de la ostensible reciprocidad de las opciones concedidas por cada parte a la otra según el texto literal de la adversada carta de 8 septiembre 1972, obrante en el proceso y de la admisión, en el acto de la vista de apelación, de la correlación obligacional contenida en aquel documento de julio 1972, razones todas cuya fuerza hace decaer el motivo que, en vano, intenta poner en entredicho la corrección de la Sala sentenciadora en la apreciación del hecho en que asienta la presunción de transcendentalidad del tan repetido documento de 22 julio 1972, cuya aportación debió hacerse por el propio actor, con arreglo a las normas que gobiernan la carga de la prueba, a los fines de enjuiciar y, sobre todo, de acceder a la opción reclamada en el proceso por el recurrente, ya que tal documento, como se ha dicho, al delimitar esta opción, en relación con las concedidas a los demandados, viene a ser elemento constitutivo del derecho puesto en juego.

Que el segundo motivo de casación que denuncia una supuesta aplicación indebida del párr. 1.º del art. 1.124 del C. Civ., precepto referido a la implícita facultad resolutoria en las obligaciones recíprocas, a la que la Sala sentenciadora hace, indirectamente, una ligera e insustancial alusión al decir, refiriéndose al convenio de julio 1972 que, según el demandante, había sido parcialmente incumplido por su parte, afirmación que no pasa de ser un detalle insuficiente para fundar un motivo de casación, ya que en nada afecta al fallo ni a la tesis central motivadora del mismo, consistente, como se ha expuesto, en que siendo patente la existencia de un convenio, no aportado a los autos, en el que los interesados puntualizaron el alcance y condicionamiento de las opciones concedidas entre ellos, no puede accederse al ejercicio aislado de una de ellas, en los términos resultantes de un acuerdo que precedió a aquel otro, sin conocer este posterior por ser decisivo

en cuanto al derecho postulado, ya que otra cosa supondría ir contra la regla básica en materia de prueba que —al hilo del art. 1214 del C. Civ.— obliga al actor a acreditar los hechos normalmente constitutivos de su derecho.

#### CONFESIÓN. VALOR PROBATORIO LEGAL.

S 13 junio 1983 (RA 3521)

*Los juzgadores de instancia desconocieron completamente la confesión del actor sobre que conocía que el pienso cuyo suministro contrató era especial para terneros de cría, lo que directamente obstaba a su reclamación de cantidad.*

CONSIDERANDO: Que por el contrario, procede acoger el motivo segundo, que el recurrente formula, al amparo del núm. 7.º del art. 1692 de la L. E. Civ., por entender que en la sentencia recurrida se ha incurrido en error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión, con violación en cuanto a la misma del art. 1232, párr. 1.º, del C. Civ., y documental, con violación en cuanto a esta última del art. 1228 del mismo Cuerpo legal sustantivo, con relación al albarán de fecha 26 mayo 1978 aportado por el vendedor demandante como documento núm. 2 de los unidos a la demanda inicial; de una parte, porque si bien, por modo general, la prueba de confesión, no es eficiente para viabilizar recurso de casación, no obstante sí lo es cuando, como en el presente caso ocurre, se ha producido omisión del resultado de tal medio probatorio por el juzgador de instancia en la enumeración de los medios de prueba tenidos en cuenta para el fallo, sin apreciación de prueba en conjunto y en dicha confesión, como consta en la rendida por el citado vendedor demandante, ahora recurrida, a los folios 99 y 100 de los autos, expresamente se reconoce, en coincidencia con lo alegado por el comprador, ahora recurrente, que fue a ver los terneros de

cría a que se refiere el juicio de que se trata, cuando los trajo a Cadreira don José María J. C., y desde luego los vio pidiéndole éste pienso concentrado para dichos terneros de cría (posición segunda y tercera); y, de otra parte, que el precitado albarán, en cuanto ha sido aceptado sin protesta por el indicado comprador, demandado y ahora recurrente, y se amparó en él dicho vendedor, demandante y ahora recurrido, hace prueba contra éste, aunque no lo haya suscrito en aquella parte que favorezca a la contraria, revelando expresamente el suministro para «cría de terneros», todo lo cual está poniendo claramente de manifiesto que lo realmente convenido entre los referidos don José María J. C. y don Angel P. R. fue el suministro por éste a aquél de pienso con específico destino para terneros de «cría», y no del que hubiese de serlo para «cría-cebo», que es el en definitiva suministrado; y al no entenderlo así la sentencia recurrida incide en el error de derecho denunciado como base del motivo ahora examinado, dado que con las afirmaciones en contrario establecidas por la Sala sentenciadora de instancia, sin apoyo en concreta prueba, sino por mera apreciación genérica, se produce la violación de los invocados arts. 1232 y 1228 del C. Civ., revisores, respectivamente, de que la confesión hace prueba contra su autor y que los papeles privados hacen prueba contra el que les ha escrito en todo aquello que conste con claridad.

#### DOCUMENTAL: CONSTATAciones PERSONALES DEL NOTARIO EN ACTA DE PRESENCIA.

S 16 mayo 1983 (RA 2824)

*La Sala —tras desestimar la excepción de litisconsorcio, fundada en no haberse demandado a unos terceros que hicieron obras en el inmueble en cuestión— desestimó la pretensión de indemnización por no haberse probado la causa de los daños, a pesar de existir en autos acta notarial en que el*

*notario daba fe de haber visto las filtraciones de las tuberías. En segunda sentencia el T. S. no entra en el fondo por el litisconsorcio.*

CONSIDERANDO: Que el error de hecho en que incitó el juzgador de instancia, es manifiesto si se observa, que, con independencia del contenido de la pericia que la propia acta notarial citada recoge, el notario autorizante hace expresa constancia de la comprobación que «personalmente» realiza de la existencia de conducciones de agua adosadas al techo del almacén del demandante, con numerosas filtraciones «que al dejar caer el agua sobre parte de las mercancías allí depositadas han afectado a las mismas, así como formado charcos de considerables dimensiones en el piso, estando dichas filtraciones manando abundantemente agua en el momento de mi visita» observaciones rotundas, ignoradas por la sentencia impugnada, no obstante la autenticidad derivada de un hecho que, el fedatario público, ha constatado de presencia dentro de su específico cometido, de modo que a su vista, ya no es aceptable —al margen de si el agua caída de las tuberías manaba del interior de estas o simplemente seguía el curso de las mismas pero procediendo de otro lugar— la afirmación hecha en la sentencia impugnada, de que «no puede reputarse probada cuál sea la causa de los daños», una vez que tal causación física de los mismos en el sentido inmediato, al menos, de la expresión, sí que aparece auténticamente acreditada, sin perjuicio de que alcance o no a la totalidad de los reclamados y de la reprochabilidad que haya de hacerse a los demandados o a terceros o al propio actor, por su originaria causación.

#### PERICIAL: APRECIACIÓN SEGÚN LA SANA CRÍTICA.

S 25 enero 1983 (RA 387)

*Se impugna, por entenderlo contrario a las reglas de la sana crítica, que*

se haya atendido al dictamen pericial emitido por un contratista de obra acerca del valor de la obra proyectada por un doctor arquitecto —también valorada por éste para fijar sus honorarios—.

**CONSIDERANDO:** Que, finalmente, no es posible acoger el motivo sexto, que amparado en el núm.1.º del artículo 1692 de la L. Pro. Civ., tan citado, se soporta en alegada violación de los arts. 1243 del C. Civ. en relación con el 632 de la mencionada Ley Rituaria, y cuya infracción pretende el recurrente haber sido sometida en cuanto al valor dado en la sentencia a una prueba pericial practicada por un contratista de obras en relación con el dictamen que el mismo emite respecto a la corrección de los datos fijados, en un presupuesto de Doctor Arquitecto y en cuanto el contratista informante entiende que los precios están notoriamente aumentados, no produciéndose, en criterio del mencionado recurrente, según las reglas de la sana crítica, pues aparte que lo en esencia pretendido a medio del motivo que se examina no es un supuesto de posible infracción de ley o de doctrina legal, sino de alterar la valoración probatoria, a que llegó la Sala sentenciadora de instancia, lo que no es procedente realizar en casación según viene dicho en anteriores considerandos, es lo cierto que, en todo caso, la sentencia recurrida en modo alguno produce violación de lo normado en los precitados arts. 1243, en relación con el 632, de la L. E. Civ., a que aquél se remite, en primer lugar porque las reglas de la sana crítica que expresa el segundo de dichos preceptos, al no constar en precepto legal alguno que pueda infringirse en casación en cuanto vienen sometidos a la discrecional apreciación del juzgador, no pueden invocarse como infringidos en casación, según tiene declarado esta Sala en SS. entre otras, de 11 noviembre 1957 y 30 septiembre 1966; en segundo lugar, debido a que siendo la esencia de la prueba pericial, según previene el art. 610 del C. Civ., el afec-

tar a hechos que siendo de influencia en el pleito sea necesario o conveniente su determinación a medio de conocimientos científicos, artísticos o prácticos, y en la que deben dictaminar peritos que tengan el título de tales en la ciencia o arte a que pertenezca el supuesto sobre el que se ha de dar el dictamen, si su profesión está reglamentada por las Leyes o por el Gobierno, o que no estándolo sean personas, entendidas o prácticas, aun cuando no tengan título, como dispone el art. 615 de la tan citada Ley Procesal, claro es que la emisión de dictamen sobre el valor de las obras a realizar con relación a lo proyectado por Arquitecto, y a construir por contratista de obras, por persona perteneciente a este ramo, no es anómalo, sino por el contrato adecuado, al contraerse a conocimientos que le depara precisamente su actividad de contratista sobre que la materia a determinar afecta, cual es el normal valor de las obras a construir según lo proyectado; en tercer lugar a causa de que la Sala sentenciadora de instancia, para llegar a la apreciación crítica del informe emitido por el contratista de obra designado al efecto, lo pone en objetiva conexión con las propias afirmaciones del Arquitecto que suscribe el proyecto fijando, al hacer un estudio previo, la inicial cantidad de 20 millones de pesetas, inferior incluso a la apreciada en la sentencia recurrida con base en el meritado informe pericial emitido en las actuaciones; y finalmente, en todo caso, por resultar inadecuado el impugnar en el presente momento procesal el informe emitido por Constructor de obras, designado en la comparecencia alegada en los autos en cuestión el 29 noviembre 1978 —aunque no se haya consignado en ella el año, un orden lógico revela que es el indicado— por considerar «que un Contratista de obras no tiene capacidad para informar sobre los honorarios de Arquitectos ni sobre proyectos ni obras realizadas por estos», dado que, aparte de resultar inconsistente ese aserto por las razones expresadas,

propuesto tal medio de prueba pericial a practicar por Constructor matriculado y admitido por providencia de 31 octubre 1978, con notificación a las partes del mismo día, sin que se hubiese ejercitado recurso alguno dentro del período de tiempo adecuado a tal fin contra ese proveído, imposibilita la controversia posterior sobre esa designación al haber adquirido firmeza procesal el acuerdo que emitió en tal modalidad de emisión de dictamen por Constructor de obras la mencionada prueba pericial propuesta.

## 8. SENTENCIA

### CONGRUENCIA.

S 25 febrero 1983 (RA 1076)

*Se había pretendido condena e indemnización de daños y perjuicios aunque sin cuantificarla, no obstante lo cual las sentencias de instancia condenan a cantidad líquida.*

**CONSIDERANDOS:** Que por las razones anteriormente expuestas debe igualmente ser rechazado el motivo cuarto, amparado también en el ordinal 1.º y fundado en la «infracción por violación al no haber aplicado el artículo 1156 del C. Civ.», ya que si, como en el anterior considerando se razona, con apoyo en los hechos que la resolución recurrida reputa probados, se ha producido por parte del contratista recurrente un «incumplimiento parcial del contrato de obras», al haber ejecutado una obra «no apta para la ocupación», en forma alguna puede entenderse que, como pretende el recurrente, tal ejecución haya producido la extinción de las obligaciones que, a consecuencia del contrato de arrendamiento de obras, incumbían al contratista, señor M. B., no cabiendo, por tanto, estimar infringido por inaplicación el art. 1156 del C. Civ., al no haberse producido un verdadero y propio cumplimiento por parte del mismo y procediendo, por consiguiente, el rechazo del motivo que nos ocupa.

Que no mejor suerte habrá de merecer el motivo 5.º, articulado al amparo del ordinal 2.º del art. 1692 de la L. E. Civ., y que se formula por «incongruencia de la sentencia, con infracción del art. 359 de la L. E. Civ., por violación» concretándose por el recurrente la denunciada incongruencia en el hecho de que el actor solicita en la demanda «que se condene al demandado a abonar la cantidad que se determine y justifique en el período de ejecución de sentencia» en tanto que la resolución recurrida, anticipando ya en su parte dispositiva la concreción de dicha suma, condena al demandado al abono de la «Cantidad de 425.000 pesetas, más el beneficio industrial y los gastos complementarios...», motivo que tampoco habrá de alcanzar éxito, ya que «el principio de congruencia obliga a que exista concordancia entre lo pretendido y lo resuelto; pero no exige que el juzgador tenga que pronunciar su fallo ajustándose rigurosamente a los términos literales en que están redactadas las pretensiones de las partes, sino que, por el contrario, el fallo ha de acatar la esencia de lo solicitado, en conexión con los antecedentes del hecho y razonamientos jurídicos expuestos por los contendientes en los escritos iniciales del pleito» —S. de 28 noviembre 1968—, y «el ajuste del fallo a las pretensiones y a los hechos discutidos no ha de ser literal sino sustancial y razonable y siempre sobre la base del respeto absoluto a los hechos pueden los Jueces aplicar la norma que estimen adecuada, como respuesta jurídica correcta, entendiéndose que esto es extensivo a las naturales, lógicas y necesarias derivaciones del tema planteado que conduzcan a la más fácil efectividad del fallo» —S. de 12 junio 1891—, por lo que, al limitarse la Sala sentenciadora a anticipar, en aras de una mayor economía procesal, la concreción de la cantidad indemnizatoria a cuyo abono condena al demandado, partiendo de la base de los hechos fijados en las actuaciones, a través de las pruebas contradictorias practicadas en la correspondiente fase pro-

cesal, no puede entenderse que se haya producido incongruencia alguna, sin que, finalmente, quepa estimar la alegación del recurrente de que la cuantificación anticipada de la indemnización haya producido indefensión al demandado, quien, en vista de lo pedido por el actor, no estimó oportuno formular prueba alguna para determinar el importe de las obras, ya que, hallándose personado en las actuaciones, y notificado la prueba pericial solicitada a tal efecto, nada le impidió participar en la misma, razones todas ellas por las que procede la desestimación de este quinto motivo.

## CONGRUENCIA.

S 28 febrero 1983 (RA 1083)

*Los actores pretendieron condena e indemnización por responsabilidad extracontractual frente a varios demandados. Las sentencias condenaron con carácter solidario.*

**CONSIDERANDO:** Que tampoco es viable, y así hay que declararlo, el motivo quinto, que denuncia, con la violación del art. 359 de la Ley Procesal, excepto en la concesión de lo pedido por la actora e hijos perjudicados, en cuanto la sentencia condena solidariamente al pago de la indemnización a todos los demandados, cuando el suplico de la demanda no lo pedía en esa forma; negativa de estimación que tiene su fundamento en la reiterada doctrina de que la acomodación del fallo al «petitum» no ha de ser literal, sino sustancial —SS. de 20 junio, 12 junio, 19 octubre 1981, etcétera—, y en que, por tanto, la sentencia no hace más que seguir esa doctrina a la vista de la otra ya reiterada por esta Sala relativamente al carácter solidario de la responsabilidad extracontractual en el supuesto de concurrencia de varios responsables con participación no especificada o no susceptible de cualificación y cuantificación —SS. de 24 diciembre 1941, 25

marzo 1957, 14 febrero 1964, 20 febrero 1790, etc.

## CONGRUENCIA.

S 22 marzo 1983 (RA 1606)

*Las partes —unas actoras, otras reconvinentes— pretendieron la nulidad de determinados negocios jurídicos y condenas a prestación derivadas de ello. La sentencia de segunda instancia falla no entrar en el fondo del asunto por la falta de acción de ambas partes.*

**CONSIDERANDOS:** Que siendo la acción civil el derecho a exigir de otro una prestación activa, o una omisión o abstención, configurando una figura autónoma respecto del derecho subjetivo e incluso de la acción procesal, y entendiéndose por ésta el derecho público potestativo, en virtud del cual una persona puede dirigirse a los Tribunales de instancia para obtener una decisión jurisdiccional que implique, generalmente respecto de otra persona, constitución, declaración o condena sobre relaciones jurídicas, o como tiene declarado esta Sala, en sentencia de 24 diciembre 1934, un derecho de puro poder jurídico, de naturaleza potestativa, dirigido a obtener una decisión jurisdiccional mediante la actuación de la ley, claramente determina, en cuanto a la primera, que es una actividad trascendente al sujeto en exigencia de un determinado derecho, y en orden a la segunda es significativo de la posibilidad e incluso necesidad de litigar para el reconocimiento judicial del derecho pretendido como consecuencia de tal acción civil, y por virtud de ello que cuando se hable de falta de acción intuitivamente se está haciendo referencia al fondo del proceso, es decir a algo que está más allá de la acción, cual es a un resultado que no se puede saber si no es después de la sentencia que decide el correspondiente proceso entablado, puesto que mal puede negarse acción, tanto de índole sustantiva como procesal,

sin entrar previamente en el examen y estudio de la cuestión de fondo que la misma plantea.

Que atendido lo precedentemente expuesto, unido a que la resolución impugnada, en sus pronunciamientos, sin entrar a conocer de la demanda y reconvención, con absolución en la instancia, estime falta de acción en la demandante, doña Francisca S. O., con relación a las pretensiones formuladas en el escrito de demanda, como en el demandado don José L. H., por lo que afecta a las pretensiones formuladas, en el escrito de reconvención, es de llegar a la estimación del quinto de los motivos en que se apoya el recurso de casación interpuesto por la citada doña Francisca S. O., al amparo del núm. 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ., por violación de la doctrina legal recogida en las sentencias de esta Sala de 7 noviembre 1879, 19 febrero 1894, 18 enero 1904, 3 enero 1947 y 16 marzo 1956, con claras repercusiones también acogedoras de los motivos 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 6.º, asimismo amparadores de tal recurso, así como a igual solución estimatoria del motivo 1.º en que se basa el recurso ejercitado por el meritado don José L. H., amparado en el núm. 2.º del art. 1692 de la referida Ley Procesal, por violación, a causa de inaplicación, del art. 359 del mismo Cuerpo legal adjetivo, en cuanto exige que las sentencias han de ser congruentes con las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate, porque planteado al órgano judicial, en las pretensiones respectivamente formuladas en la demanda y reconvención que rigen los autos de que se trata, la declaración de inexistencia y radical nulidad del contrato fechado en 15 abril 1970, a que se refiere el hecho segundo de dicha demanda y de nulidad de derecho del testamento «in articulo mortis» que se dice otorgado por don José Ismael L. G., con las también declaraciones complementarias solicitadas por su causa, y pronunciándose la sentencia recurri-

da en el sentido de «sin entrar a conocer de las mencionadas demanda y reconvención, se absuelve en la instancia a ambas partes, y a los demandados rebeldes don José R. R. y don Antonio C. O.», por estimar «falta de acción a la actora doña Francisca S. O.» y «falta de acción en el demandado don José L. H.», claramente está poniendo de manifiesto, de una parte, violación de la doctrina legal en que, al amparo del núm. 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ., se fundamenta el 5.º de los motivos del recurso formulado por doña Francisca S. O., y de otra parte violación del principio de congruencia que sanciona el art. 359 de la referida Ley Procesal, en la que, al amparo del núm. 2.º del precitado art. 1692 del mismo Cuerpo legal adjetivo, se fundamenta el motivo primero del recurso formulada a nombre de don José L. H., toda vez no afectando la falta de acción a la capacidad procesal, sino al derecho subjetivo pretendido, tanto significa que para apreciarla se requiere decidir sobre el aspecto de fondo a que la acción se contraiga, dado que sin declarar la validez o invalidez, y consiguiente eficacia o ineficacia, del derecho con base en el que se pretenda dar vida a la acción ejercitada, no puede ciertamente decirse que esta falta, lo que tanto quiere decir, en relación con el supuesto ahora contemplado, que mientras el correspondiente órgano judicial no declare expresamente la pretensión de validez o ineficacia del testamento en que apoya sus pretensiones doña Francisca S. O., y se pronuncie en igual sentido sobre el contrato de compraventa en que se ampara don José L. H., aquélla por vía principal y éste por cauce reconvencional, en manera alguna puede establecerse la carencia de las acciones que pudieran dar vida jurídica a aquellas pretensiones, y el hacerlo como ha hecho la Sala sentenciadora de instancia crea una situación, en el orden jurídico, que contraviene la doctrina jurisprudencial reconocedora del esencial principio en la materia de que mientras un acto jurídico creado no se declare ineficaz, no puede

establecerse que se halle carente de acción quien emane de él sus pretendidos derechos, y, además, produce evidente situación de incongruencia, al dejar de hacer unos pronunciamientos sobre los que los interesados han instado al órgano judicial que se pronunciasen, vulnerando la clara norma de que la sentencia debe decidir todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

Que la estimación del 5.º de los motivos en que se basa el recurso de casación ejercitado a nombre de doña Francisca S. O., repercute en la implícita acogida de los motivos 1.º, 3.º, 4.º y 6.º en que el mismo recurso también se ampara; en primer lugar, porque la apreciación de falta de acción, sin previamente declararse sobre la eficacia o ineficacia del acto jurídico que le dio vida, conduce, además de a violar la doctrina legal que en el mentado motivo 5.º se cita, a hacerlo también del art. 359 de la L. E. Civ., cual se expresa, al amparo del núm. 4.º y 2.º del art. 1692 de dicha Ley procesal, en los citados motivos 1.º y 6.º, por ser contradictorio reconocer falta de acción para ejercitar derecho con fundamento en un determinado contrato, cuando previamente no se hace pronunciamiento de carencia de eficacia de él, ya que, como viene precedentemente expuesto, no puede negarse existencia de acción cuando, al menos aparentemente, se encuentra vivo el acto jurídico de que emana; y en segundo lugar, porque la falta de acción proveniente de que pudiera apreciarse con inexistencia el testamento en que se apoya la precitada doña Francisca S. O., no impide el atacar por parte de ésta la ineficacia del convenio de compraventa en que ampara sus derechos sobre la finca en cuestión don José L. H., como consecuencia de los derechos que pudiere o pretendiere aquélla tener sobre ellos, como puede ser el que pudiera tener su causa en la posesión de bienes comprendidos en tal contrato, como reconoce la doctrina legal en que se basan los relacionados motivos

tercero y cuarto, formulados al amparo del núm. 1.º del art. 1692 de la repetida Ley de trámites civil.

**CONGRUENCIA: PRONUNCIAMIENTOS NO PEDIDOS SOBRE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL.**

S 2 mayo 1983 (RA 2619)

*La demandada recurre en casación por el motivo de incongruencia por haberse pronunciado el juez y la Sala, sin petición del actor, sobre las consecuencias de la separación matrimonial.*

**CONSIDERANDO:** Los motivos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, se amparan invariablemente en el núm. 3.º de dicho art. 1692 y reprochan a la Sala de instancia infracción por violación del art. 359 de la misma Ley Procesal, alegando que incurre en incongruencia «ultra petita» por cuanto a pesar de que en la demanda se ha guardado silencio sobre tales extremos, otorga la patria potestad al padre, con exclusión de la madre, a la que no se dispensa de la prestación de alimentos —en su caso— respecto de los hijos menores, señala un régimen de visitas sin haber sido solicitado, condena a la mujer culpable a la pérdida del derecho a los alimentos respecto del marido declarado cónyuge inocente, y confiere al esposo la administración de los bienes de conquista, incluido el uso exclusivo del domicilio conyugal, motivos que por la identidad de fundamentación requieren análisis conjunto y que han de ser desestimados, por las siguientes razones: 1.º) Si ya en principio el tema formal de la congruencia no se concilia plenamente con los superiores intereses que juegan en materia de separación conyugal, máxime habiendo hijos menores y como tales necesitados de protección, no cabe desconocer que basta señalar en la demanda la causa determinante y el «petitum», con la consiguiente apreciación de culpabilidad, para que

la ejecutoria lleve aparejada «ope legis» la práctica de las medidas previstas en el art. 73 (derogado y aplicable al conflicto) del C. Civ., en relación con el 104 del mismo Cuerpo legal tanto en lo referente a los efectos personales como a la patria potestad y al orden económico, y es suficiente confrontar la parte dispositiva de la confirmada resolución del Juez de 1.ª Instancia con ese precepto sustantivo para advertir que los pronunciamientos se ajustan fielmente a las pautas normativas, entre ellas la pérdida de la patria potestad de la mujer por causa (adulterio y vida ignominiosa) que tan innegablemente pone en peligro la formación moral de sus hijos, grave decisión que también contempla la preceptiva vigente (art. 92, párr. 3.º). 2.ª La discrecional actuación del Juez en pro de los superiores intereses de los hijos, ya destacada por la legislación precedente (arts. 68, reglas segunda y tercera, y 73), cobra todavía mayor relevancia en el texto actual, informado para todas las situaciones de separación «divorcio y nulidad del matrimonio por el criterio primordial del «favor filii» (arts. 92, 93 y 94). 3.ª) No ha incurrido en exceso el sentenciador al prever las consecuencias de la separación conyugal respecto al régimen económico del consorcio, pues así lo establece la regla cuarta del anterior artículo 73 como también e Ivigente 91, y al conferirle «por ahora» al marido la administración exclusiva de los bienes de conquista, con lo que no hizo más que atenerse a lo dispuesto en la L. 86 del Fuero Nuevo de Navarra. 4.ª) El señalamiento de un régimen de vistas supone acatamiento y observancia de lo dispuesto en la regla 3.ª del derogado art. 68 y sería asimismo fijación obligada a la luz del vigente artículo 94. 5.ª) Claro está que el hipotético desacuerdo del sentenciador sobre cualesquiera de los puntos expuestos, sólo podría ser denunciado mediante la cita del precepto material vulnerado y no acudiendo a una aducida incongruencia, carente de toda base.

**CONGRUENCIA.**

S 3 junio 1983 (RA 3288)

*El actor había pretendido condena a indemnización en cantidad determinada o la que se fijara en ejecución de sentencia, tras dictamen pericial. Las sentencias condenan a lo segundo pero determinando quiénes deben ser peritos y subordinando la condena a la opción del actor sobre la restauración del cuadro dañado.*

**CONSIDERANDO:** Que decaído, por cuanto se ha dicho, el primero de los motivos del recurso, es obligado el examen del articulado como ordinal 3.º, ya que en él se pretende la incidencia de la sentencia atacada, en vicio de incongruencia y éste es tema de lógica preferencia, también, sobre el que le precede, relativo a la infracción del art. 1101 del C. Civ., en el orden de los expuestos en el recurso, incongruencia que, efectivamente, se patentiza sin más que la lectura de la concreta suplicación de la demanda, inalterada en el resto del período de alegaciones, en la que, el actor, interpela al Órgano Judicial para que condene a la Administración demandada «a que pague a mi mandante la suma de 16.666.666,67 pesetas, a que asciende el importe del daño y perjuicio sufrido o los daños y perjuicios que se determinen en ejecución de sentencia más sus intereses legales», pedimento, sensiblemente dispar del fallo de primera instancia, ratificado íntegramente por la sentencia impugnada, cuyo texto, acogiendo la pretensión condenatoria subsidiariamente formulada por el demandante, defiere la cuantificación de los daños y perjuicios sufridos a la fase de ejecución de sentencia y si bien, con igual corrección se remite, a tal efecto, a la pericial que habrá de practicarse a dicho fin, la cual disposición cae, asimismo, sin mengua de la congruencia, dentro del cometido del juzgador, ya que con ello no se altera la adecuación entre lo pedido y lo otorgado, puesto que la pericia ordenada es una, simple

y necesaria, puntualización para determinar el alcance preciso de tales daños, sí que, por el contrario, existe sustancial alteración del petitum, al señalar quiénes han de ser los concretos peritos llamados a intervenir, mandato que, además de no postulado, incide en la facultad de concordancia que, en este punto, ostentan los litigantes para decidir quiénes han de ser los llamados a dictaminar, acerca del alcance de sus intereses privativos, provocando una incongruencia que se acentúa al otorgarse, en la misma sentencia, al demandante, la potestad —tampoco pedida— de optar por la restauración de la obra a cargo de la Administración demandada y al acordar, por último, que, en función de ésta, unilateral decisión, sea fijada la indemnización procedente, todo lo cual establece una zona de ultra y extra peticiones, en la que, claramente, se infringe el principio de congruencia que amparado por el art. 359 de la L. E. Civ. limita los poderes del órgano jurisdiccional, cuya extralimitación provoca la estimación del motivo de casación examinado, en el que se denuncia la infracción de aquel precepto con la consiguiente anulación de la sentencia recurrida, en el parcial pronunciamiento en que la incongruencia se manifiesta, pero manteniendo el resto de lo decidido en la instancia, toda vez que el otro motivo, último de los articulados, acusa, al amparo del núm. 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ. una supuesta violación del art. 1101 del C. Civ. a todas luces inexistente dado el reconocimiento e incombatida declaración de acreditamiento del daño —por demás notorio—, y la igualmente aceptada existencia de un contrato de comodato entre las partes, que obliga al comodatario —con responsabilidad más rigurosa que la de los deudores ordinarios— a responder del deterioro causado por motivo distinto del uso para el que se prestó la cosa (arts. 1744 y 1745 del C. Civ.) máxime cuando la sentencia en que así se declara, parte de la existencia de una previa tasación de la obra entregada, llevada a cabo

al contratar el seguro que la Administración concertó con un tercero, conforme se afirma en los considerandos 4.º y 5.º de la sentencia de 1.ª Instancia cuyo contenido ha permanecido intacto en el recurso.

#### INCONGRUENCIA.

S 6 junio 1983 (RA 3449)

*Se pretendió la resolución de la compraventa de un piso con pérdida de las cantidades abonadas. La sentencia estimó la demanda, precisando en cuanto a lo último pedido que dicha pérdida se calcularía a razón de 5.000 pesetas mensuales desde la fecha de la resolución hasta la desocupación del piso.*

**CONSIDERANDO:** Que en el motivo quinto, al amparo del núm. 3.º del artículo 1692 de la tan citada Ley procesal, se denuncia la incongruencia en la que la resolución recurrida ha incidido al dar más de lo solicitado en la demanda, con la consiguiente violación del art. 359 de dicha Ley, y aquí sí que hay que estimar el motivo, porque si en la demanda se pide la resolución del contrato con la pérdida de las cantidades entregadas por los compradores, evidente aparece que la sentencia se extralimita «ultra petitum» al establecer, tal como se ha indicado, un sistema de liquidación de cantidades incompatible con las consecuencias jurídicas y económicas de la resolución de la compraventa del piso en cuestión o más allá de sus fines y efectos prácticos, no instados por ninguna de las partes, puesto que de seguirse los términos del fallo recurrido habría que seguir o continuar el cumplimiento de un contrato ya resuelto en cuanto los compradores se verían forzados al abono de más cantidades o pesetas de las ya entregadas y declaradas perdidas en beneficio de la vendedora, dado que desde la fecha de la resolución (que opera «ex tunc», en 27 mayo 1977, acto de conciliación) hasta que la sentencia se cumpla habrán transcurrido más de

seis años, que aun con el límite de 60.000 por año (a 5.000 por mes que fija la sentencia) equivaldrían por lo menos a 360.000 ptas. exigibles, con el exceso que supone de las 221.000 ptas. entregadas y perdidas a favor de la vendedora, todo ello sobre la base a la que hay que estar de que por los compradores prestatarios del Monte de Piedad no se han satisfecho a éste más que el primer plazo de amortización, como se ha indicado.

#### INCONGRUENCIA.

S 11 junio 1983 (RA 3522)

*En la demanda se pretendió condena a cantidad determinada como liquidación de cuentas de una relación de comisión mercantil. En la sentencia se condenó a lo que resultara de la liquidación en ejecución.*

**CONSIDERANDOS:** Que en el primero de los motivos del recurso, amparado en el núm. 2.º del art. 1692 de la L. E. Civ., alega la infracción por la sentencia impugnada del art. 360 de dicha Ley, «con relación con el 359; aquél por indebida aplicación y éste por interpretación errónea, entendiéndose que lo pedido en la demanda no fue una liquidación de cuentas sino una condena al pago de cantidad líquida; pero el fallo condena al demandado, ahora recurrente, a abonar la cantidad que se determinará en ejecución de sentencia; a cuyo efecto es preciso partir de que el suplico de la demanda pide se condene al demandado a pagar al actor «la cantidad de 853.877 petas. más los intereses legales, en concepto de ventas realizadas en comisión» y la sentencia recurrida, revocando la apelada que había absuelto al demandado de la demanda y desestimado la misma, condena al referido demandado «a que abone al actor la cantidad que se determinará en ejecución de sentencia en concepto de ventas realizadas a comisión, cantidad que no podrá superar en modo alguno la solicitada en el suplico de la deman-

da, y con arreglo a las bases suministradas en el tercer Considerando de esta resolución».

Que el expresado motivo tiene su ámbito de aplicación, como basado en el núm. 2.2.º del art. 1692 de la L. Pro. Civ., «cuando la sentencia no sea congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes», y ha de ser estimado por esta Sala en virtud de las siguientes razones: a) hay una patente desviación, entre solicitar condena a pago de cantidad líquida y condenar a verificar una liquidación de cuentas en ejecución de sentencia, y así lo declaró ya esta Sala en sentencia de 24 abril 1929; desviación que no puede obviarse acudiendo a una razón de analogía, ya que el art. 360 de la L. E. Civ., en que se basa la Sala «a quo», es solamente aplicable cuando hubiere condena de gastos, intereses, daños o perjuicios, según expresa su párr. 1.º, y no a supuesto totalmente distinto, como es el debatido, versante sobre pago de suma líquida resultante de una relación contractual de comisión mercantil, en la que para nada se menciona la solicitud de condena al pago de gastos, intereses, daños o perjuicios; y siendo así no puede aplicarse el párr. 2.º del citado artículo 360 que sólo es procedente bajo el presupuesto de lo dispuesto en el primero, y no en hipótesis como la litigiosa; b) la amplitud del concepto de congruencia en relación con el principio dispositivo, básico en el proceso civil, no autoriza a los Tribunales para imponer una solución que los litigantes no demandaron, pugnando con los términos en que se desarrolló la discusión en la instancia, ya que el pronunciamiento recurrido no es en modo alguno obligada secuela y lógica consecuencia de las declaraciones fundamentales que se pidieron en la demanda, y no respeta en definitiva las pretensiones de las partes; por lo que es evidente que ha sido infringido por interpretación errónea el art. 359, invocado en el motivo, toda vez que la sentencia no ha sido congruente con

la demanda al aplicar indebidamente el art. 360, dictado para supuestos distintos del debatido.

## 9. RECURSO DE SUPLICA

CONTRA PROVIDENCIAS DE NO MERA TRAMITACIÓN.

S. 18 marzo 1983 (RA 1568)

*La Sala cuestiona la posibilidad de admitir el remedio de súplica contra las providencias de no mera tramitación dictadas por las Audiencias.*

CONSIDERANDO: Que, como cuestiones previas para decidir el recurso de casación de que se trata, es de tener en cuenta, de una parte, que el acuerdo para mejor proveer a que se contrae dicho recurso ha sido adoptado en fase procesal de segunda instancia, o sea en trámite de apelación; y, de otra parte, que en nuestro ordenamiento jurídico procesal civil es de distinguir, en materia de recurso de reposición, entre providencias de mero trámite, que son aquellas resoluciones que tienden solamente al impulso del procedimiento, esto es dar a éste el curso marcado por la Ley, y providencias que se propongan una finalidad más importante, consistente en disponer, mediante un acto de dirección, el establecimiento de algún elemento que no encaje en dicho estricto ámbito de impulso, así como que aun tratándose de recursos contra resoluciones de las Audiencias no se hace referencia expresa a providencias de no mera tramitación, sin embargo no puede por menos de reconocerse, dada la similitud finalista que se da entre el recurso de reposición, regulado en los artículos 376 y siguientes de la L. E. Civ., y el recurso de súplica, que contemplan los arts. 401 y siguientes de la mencionada Ley Procesal, que debe considerarse procedente el segundo de ellos contra las providencias de no mera tramitación dictadas por las Audiencias, que si ha sido omitido «nomina-

tim» por el legislador tampoco rechaza su procedencia, en evidentemente lógica como resolución de aspecto y naturaleza intermedia entre las providencias de mera tramitación a que alude el art. 401 y siguientes de la mencionada Ley Procesal y las sentencias o autos resolutorios de incidentes a que se contrae el art. 402 de la misma Ley Procesal.

## 10. RECURSO DE APELACION

SEGUNDA INSTANCIA: REFORMATIO IN PEIUS.

S 20 junio 1983 (RA 3634)

*El Juzgado absolvió de la instancia al demandado por apreciar infracción de litisconsorcio. La Sala, sobre la única apelación del actor, desestimó la demanda en cuanto al fondo.*

CONSIDERANDOS: Que el primero de los motivos, con amparo en el número 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ., denuncia la infracción por el concepto de violación por no aplicación de la doctrina de sta Sala que veda la «reformatio in peius» y a ese designio señala que, en la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia se absolvió de la demanda al demandado por apreciarse la concurrencia de la «exceptio plurium litisconsortium» y habiéndola recurrido en vía de apelación únicamente el demandante y aquí también recurrente, la Sala de instancia, sobre aceptar los considerandos de la de primer grado, que confirma por sus propios fundamentos, la revoca en cuanto limita el rechazo a la absolución en la instancia, entrando a resolver sobre las pretensiones y desestimándolas; entendiendo este motivo que al transmutarse la simple cosa juzgada formal de la sentencia de primer grado en la cosa juzgada material que veda a la parte actora reproducir la demanda dirigiéndola contra todos los que hubieron de ser demandados conforme a la primera de las sentencias ya que se le opondría con éxito la

excepción de cosa juzgada, efecto que no se sigue de la mera absolución en la instancia pronunciada por el Juzgado, se ha agravado el fallo en perjuicio del recurrente.

Que este motivo debe ser desestimado porque la «reformatio in peius» pertenece al derecho procesal, consistiendo en la prohibición basada en la firmeza de lo consentido impuesta al órgano jurisdiccional «ad quem» de que, en referencia a la resolución combatida, agrave a la parte recurrente; en cuya perspectiva es obvio que aquel demandante que no obtiene respuesta a las pretensiones deducidas, por ser estimada una excepción con meros efectos dilatorios, se halla cualitativamente en peor posición procesal que aquél que obtiene esa respuesta si quiera sea negativa, y así lo entendió en caso análogo la S. de 30 diciembre 1959, desprendiéndose de esta consideración que el haberse obtenido en el caso, en la segunda instancia un pronunciamiento denegatorio es ello congruente con las pretensiones de la demanda y con la que el propio recurso significa y no puede decirse que agrave la situación de partida creada por la sentencia del Juzgado, la que se tuvo liminarmente en la absolución en la instancia, por entender que no se hallaba regular e íntegramente establecida la relación procesal; y, desde otro aspecto, tampoco puede decirse que la Audiencia haya contradicho el principio de rogación, concediendo fuera de lo que, por el propio ruego del recurrente pasa a constituir el objeto del recurso.

## 11. RECURSO DE CASACION

ADMISIBILIDAD. CARÁCTER IMPERATIVO DE LAS NORMAS PROCESALES.

S 7 junio 1983 (RA 3452)

*Se pretendió la resolución de arrendamiento de local de negocio por tras-paso ilegal en un procedimiento de*

*mayor cuantía, sin que en ambas instancias se suscitara la cuestión de la inadecuación del procedimiento. Se interpuso en su momento recurso de casación.*

CONSIDERANDOS: Que el art. 135 de la L. A. U. —modificado por Ley de 27 junio 1974— dispone que contra las Sentencias que dice la Audiencia Territorial resolviendo apelación interpuesta, según el art. 131, no se dará ulterior recurso, con la salvedad de los contratos de arrendamiento de local de negocio, cuya renta contractual anual exceda de 300.000 ptas., en los que procederá el recurso de casación por las causas y trámites establecidos en la L. E. Civ., lo que en el caso aquí enjuiciado plantea el problema de si, no obstante haberse sustanciado el litigio por las normas procesales del declarativo de mayor cuantía, puede tener acceso a la casación pese a que: a) la acción ejercitada se fundamentó en derechos reconocidos en la referida Ley Especial de Arrendamientos Urbanos, y b) la cuantía de la renta de los 3 locales de negocio a que se contrae el ap. 4.º del Suplico de la demanda es inferior con mucho a la señalada cantidad de 300.000 ptas. anuales.

Que la «exclusión voluntaria de la Ley aplicable» admitida por la preceptiva contenida en el ap. 2 del art. 6.º de nuestro C. Civ., con la restricción de que no contrarie el interés o el orden público, ni perjudique a tercero, al significar por su alcance la trascendente consecuencia, que señala autorizada doctrina científica, de una renuncia a la adquisición de derechos que por la normal aplicación de la Ley se tendrían o llegarían a tener, ha de ser interpretada restrictivamente, adoptando como criterio para ello el que radica en la distinción entre leyes de carácter imperativo o necesario y leyes de carácter dispositivo o permisivo, no pudiendo excluirse por voluntad de los particulares interesados la aplicación de las primeras, razón por la que en el caso del recurso es nece-

sario determinar si el art. 135 de la L. A. U. que veda el acceso a la casación de litigios de la naturaleza del que aquí nos ocupa, tiene carácter imperativo y, por tanto, imposible de obviar en su pertinente aplicación por la renuncia a la normativa procesal que según el art. 151 de la propia Ley era de aplicación a su trámite, imponiéndose la conclusión afirmativa, por cuanto: a) son inderogables por la voluntad de los particulares las normas del ordenamiento jurídico que establecen el sistema de recursos que pueden darse contra las resoluciones judiciales; b) el art. 135 de la L. A. U. en su actual redacción contiene una prescripción de carácter imperativo que concreta la posibilidad de que tengan acceso a la casación determinados litigios en razón a la naturaleza de lo que es su objeto con especifica regulación, recogida respecto al contenido del mismo, en la citada Ley especial de locaciones urbanas; c) según lo preceptuado en el art. 151 de la Ley especial arrendaticia sólo es permisible el trámite ordenado por las leyes procesales comunes cuando el litigio aunque propio de la relación arrendaticia urbana no se fundamente en derechos reconocidos por la misma, y d) así lo entendió la Sentencia de esta Sala de 26 noviembre 1963, al sancionar que, dada la naturaleza de «orden público» propia de normas procesales, el hecho de que la parte, en segunda instancia, no reprodujera la excepción de inadecuación del procedimiento, fundada en que la materia litigiosa no podía ventilarse por los trámites del juicio declarativo ordinario en que se habla planteado y sustanciado el proceso, sino en el especial establecido en la L. A. U., no liberaba al Tribunal de segunda instancia de examinar el problema dando como razón el aquietamiento de las partes, razón que subsiste y perdura al presente y obliga al Tribunal de casación a examinarlo de oficio.

Que a tenor de lo dispuesto en el núm. 3.º del art. 1729 de la L. E. Civ.

no habrá lugar a la admisión del recurso de casación por infracción de Ley o de doctrina legal cuando la Sentencia no sea susceptible de tal recurso por la naturaleza o cuantía del juicio en que hubiere recaído, siendo obvio por lo razonado en las anteriores consideraciones que en el supuesto que nos ocupa el litigio, dada su naturaleza y cuantía no puede tener acceso a la casación al estar claramente incurso en la mencionada causa de inadmisión, que, según la teñidera jurisprudencia de esta Sala, lo es de desestimación en este trámite decisorio, procediendo a declararlo así, con las consecuencias que determina el art. 1748 de la L. Pro. Civ. de imposición al recurrente de las costas aquí causadas y condena a la pérdida de depósito que constituyó al que se dará el destino legal.

#### LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR.

S 31 mayo 1983 (RA 2956)

*La sentencia de segunda instancia absolvió —por aquietamiento del actor en la vista de la apelación con el pronunciamiento absolutorio de la primera instancia— a uno de los demandados para indemnizar solidariamente los daños derivados de un ilícito extracontractual. Los restantes codemandados intentan, mediante el recurso de casación, que se condene al demandado absuelto.*

**CONSIDERANDO:** Que para enjuiciar el primero de los motivos del recurso, amparado por el núm. 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ. y en que se denuncia la infracción por el concepto de falta de aplicación al Constructor demandado don Francisco C. E. del art. 1902 del C. Civ., deben establecerse las siguientes puntualizaciones: A) la demanda se dirigió contra dicho Constructor, y contra el Arquitecto aquí recurrente y dos Aparejadores, en el concepto todos ellos de responsables solidarios de la ruina; B) la sentencia recaída en el Juzgado de 1.ª Instancia

(18 enero 1979), absolvió a dicho constructor al tiempo que condenaba a los otros tres demandados, según se pedía, como responsables solidarios; C) la sentencia de la Audiencia, mantiene la absolución del Constructor fundándose para ello en que ha de afirmarse la firmeza del pronunciamiento absolutorio «toda vez que la defensa de los actores manifestó expresamente, en la vista del presente recurso (dice el primero de sus considerandos, en referencia —claro está— al recurso de apelación), su aquietamiento con aquel particular del fallo emitido»; D) y, sin poner en duda que la parte demandante consintió el pronunciamiento absolutorio del Constructor, emitido en la primera instancia, el motivo de casación en estudio pretende que se anule la sentencia de la Audiencia para que se declare la responsabilidad del Constructor junto con el Arquitecto y los Aparejadores, ya condenados los tres y se les condene así a todos los cuatro solidariamente, al pago de las sumas especificadas en la sentencia, argumentando a ese designio que el Arquitecto y los Aparejadores se hallan legitimados para deducir esa pretensión y que no existe cosa juzgada resultante del aquietamiento de la parte demandante a la absolución pronunciada en la sentencia del Juzgado.

Que este primer motivo debe examinarse: A) atendiendo primordialmente a que la obligación de resarcimiento cuestionada es de carácter solidario para todos aquellos a quienes se considere causantes de los daños y perjuicios producidos por la ruina, según corriente doctrina de esta Sala, por cuanto todos ellos (como dice el 9.º considerando de la audiencia), forman «subjetivamente un solo y único foco causal pluripersonalmente engendrado por la función directiva que les incumbía» pues, en efecto, el carácter de solidaria de la obligación así nacida y que rige el art. 1902, citado como infringido, contiene, no sólo la relación externa o vínculo de todos los codeu-

dores frente al acreedor y que es sin duda el aspecto preeminente, sino que también y por no agotarse en el aspecto dicho el contenido propio de la solidaridad por ser ésta una relación compleja abarcadora de ese vínculo externo en el que suele detenerse la observación, encierra «ad intra» otro orden de relaciones pues si el «ad extra» aparece cada eventual deudor debiendo la totalidad de la prestación, lo real es que cada uno es deudor de sólo una parte, en los términos del negocio jurídico de que nazca la obligación solidaria o del pronunciamiento procesal que la declare con efectos entre los codeudores si tiene origen extracontractual, faceta interna de la obligación solidaria a que es ajeno el o los acreedores y que es manifiesta dentro y fuera del proceso y en éste eliminando claramente la necesidad de un litisconsorcio pasivo necesario de los deudores, quienes, a elección de la parte acreedora, pueden ser demandados todos o alguno o algunos y (lo que ahora importa) quedando fuera del juicio cuyo objeto sea el pago de la deuda aquellas cuestiones a que puede dar lugar (incluida acaso la de su misma existencia) el derecho de regreso o de nivelación de la relación interna; y así lo dice la sentencia de la Audiencia al razonar queda fuera de la obligación reparatoria la «mutua relación interna» dentro de la cual «pueden repetir, en su caso, los unos contra los otros, por la cuota de que se estimen respectivamente responsables, cuestión que entre sí habrán de dilucidar, como ajena que es a los demandantes»; B) que, desde la perspectiva del juicio, basta recordar con igual designio, que el Constructor demandado fue absuelto por la sentencia dictada por el Juzgado y que ésta no fue impugnada en la vía del recurso de apelación y en cuanto a ese pronunciamiento absolutorio, por la parte demandante, que era la única legitimada para hacerlo, quedando limitada la pretensión impugnativa de esta parte a la cuantía de la indemnización y con expresa ex-

clusión de la absolución por el Juzgado del constructor y, paralelamente a los términos de esta pretensión impugnatoria, limitada en idénticos confines la competencia de la Audiencia, por ser el ámbito de su posible conocimiento el exacto correlato de aquella pretensión (esto, si se entiende que el recurso obsta la producción de cosa juzgada parcial sobre los puntos comprendidos en el aquietamiento); aparte que reducida la pretensión del Arquitecto aquí recurrente, a su mera absolución (folio 471 vuelto), aparece procesalmente inviable el utilizar la vía de los recursos para ampliarla a la condena del codemandado Constructor que pasaría así a formar un litisconsorcio pasivo con la parte demandante anuente a su absolución; siendo, en definitiva, patente la falta de legitimación para recurrir contra ese pronunciamiento que ofrece el Arquitecto aquí recurrente, como acertadamente entendió la sentencia dictada por la Audiencia y contra lo que de contrario se afirma por el motivo en estudio, si bien lo haga sólo a modo de preámbulo del desarrollo sustancial, en el cual —hábilmente salvado punto tan determinante— se pasa pronto a argumentar por extenso la culpabilidad y consiguiente responsabilidad del demandado Constructor de la obra siniestrada, a lo que se dedica la mayor extensión del motivo.

#### CONSTITUCIÓN DE DEPÓSITO EN PROCEDIMIENTOS DE ÚNICA INSTANCIA.

S 16 marzo 1983 (RA 1478)

*En procedimiento de nulidad de modalidades de la propiedad industrial, el vencido en la instancia constituyó depósito para interponer recurso de casación.*

**CONSIDERANDO:** Que la desestimación de los motivos del recurso y la del mismo en su totalidad eleva aneja, por imperativo de lo preceptuado en el art. 1748 de la L. E. Civ., la imposi-

ción de costas al recurrente, y habida cuenta de que fallado el pleito en única instancia por la Audiencia Territorial, no se da el supuesto previsto en el art. 1698 de la L. Pro. Civ., sobre conformidad de Sentencias dictadas en dos instancias, procede ordenar la devolución al referido recurrente del depósito que innecesariamente constituyó.

#### CONTROL DE LA CONSTRUCCIÓN DE PRESUNCIONES.

S 3 mayo 1983 (RA 2621)

*Se recurre en casación por infracción de ley por entenderse que, al no hallarse el hecho-base de la presunción completamente acreditado, los juzgadores de instancia incurrieron en infracción del art. 1249 CC.*

**CONSIDERANDO:** Que igual suerte desestimatoria corresponde al 2.º motivo en que, por el cauce del núm. 1.º del art. 1692, se denuncia la violación del art. 1249 del C. Civ., razonando que si las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse está completamente acreditado y no lo está el de la entrega de la mercancía por la Agencia de Transportes, al admitirse como probada dicha entrega se ha violado el precepto invocado y debe anularse el fallo; y el rechazo de este motivo 2.º, así fundamentado, se impone porque: primeramente no es cierto que el hecho de la entrega se tenga por probado en la instancia en base únicamente a la prueba de presunciones ya que se apoya principalmente en las directas, de confesión y documental, según el análisis efectuado al examinarse el motivo 1.º; también porque, en la medida en que se ha utilizado la prueba de presunciones, se ha arrancado para efectuarla de datos admitidos o plenamente probados por prueba directa, por lo cual no se está en el supuesto del art. 1249 citado como infringido y que es el opuesto al de acreditamien-

to, que aquí se da, y finalmente por ser corriente doctrina de esta Sala (aparte otras muchas de fechas anteriores, sentencias de 26 marzo, 28 mayo, 3 julio, 18 octubre y 20 diciembre 1982, y, últimamente, 5 febrero 1983, que si son dos los elementos que juegan en la prueba de presunciones, a saber, el del hecho demostrado y el de la inferencia —hecho base el primero y hecho consecuencia el segundo— es claro que el ataque a la prueba de presunciones ha de ser dual y diferenciado en este extraordinario recurso de casación: por una vía demostrando que el hecho de que se partió no estaba suficientemente acreditado (núm. 7.º del art. 1692 de la L. E. Civ., por infracción del art. 1249 del C. Civ.), y por la otra, con la demostración de que el razonamiento que sirvió de puente a la presunción no cumplió el mandato legal de ajustarse a las reglas del criterio humano (núm. 1.º del mismo artículo 1692, por infracción del art. 1253 del C. Civ.); siguiéndose de la doctrina recordada que el motivo en estudio, fundado como viene en que los hechos-base de la presunción no han sido probados, debió acogerse al núm. 7.º y no al 1.º del repetidamente citado art. 1692 de la L. E. Civ.; todo ello amén de que en el desarrollo del motivo se toma como hecho-base de la presunción el de la entrega de la mercancía a la Sociedad recurrente por la Agencia de Transportes a que había sido confiada por la recurrida, siendo que la entrega es el hecho-consecuencia, determinante «per se» de la obligación de pagar su precio; luciendo el propósito del recurso que no es el otro sino el de eludir durante el mayor tiempo posible el abono de dicho precio.

#### 12. COSA JUZGADA

##### IDENTIDAD DE LA CAUSA DE PEDIR.

S 11 mayo 1983 (RA 2684)

*En la sentencia del primer proceso se reconoció la servidumbre de media-*

*nería respecto a una chimenea de los actores a quienes se reconoció el derecho a apoyar en el tejado de la finca de los demandados para la limpieza de la chimenea. En el segundo proceso los vencidos en el anterior pretenden que se declare, entre otras cosas, que no tienen la obligación de soportar el paso por su casa y propiedades al objeto de facilitar aquellas labores de limpieza.*

**CONSIDERANDO:** Que el segundo motivo del recurso se formula «con amparo en el art. 1692 núm. 1.º de la L. E. Civ.», estimándose por los recurrentes que «la sentencia recurrida ha incidido en aplicación indebida del artículo 1252, párrs. 1.º y 3.º del C. Civ., así como las sentencias de esa Excelentísima Sala de fecha 9 y 27 mayo 1980» y alegándose que entre el litigio resuelto en vía de apelación por el Juez de Primera Instancia de Castro-Urdianes y la acción ejercitada en los autos que han dado lugar al presente recurso no existía una completa identidad en cuanto a la causa de pedir, motivo éste que, contrariamente al anterior, deberá ser objeto de estimación, pues si es cierto que la apreciación de las identidades a que se refiere el art. 1252 del C. Civ. constituye muchas veces una mera cuestión fáctica, tan sólo combatible en casación al amparo del ordinal 7.º del art. 1692 de la L. E. Civ. y así lo reconoce esta Sala en S. de 20 marzo de 1956 al decir que «si bien en algunos casos la excepción de cosa juzgada, según la base en que se apoye, puede constituir «cuestio facti», no sucede así cuando los problemas de la posición jurídica de los demandantes ante el contrato y la similitud o disparidad de su derecho o interés en los pleitos, la sustantividad propia o dependencia del objeto del segundo pleito, en relación con las peticiones del primero, constituyen los problemas planteados en el segundo pleito, siendo evidentemente cuestiones, no de hecho, sino netamente de derecho y que pueden discutirse al amparo del núm. 1.º del art. 1692», lo

que aplicado al caso que nos ocupa se traduce en que, aun cuando el rechazo del anterior motivo, formulado por el ordinal 7.º, mantiene, como ya dijimos, inatacables los fundamentos meramente fácticos sentados por la resolución recurrida y no discutibles ni discutidos en este segundo motivo, como son los que se refieren a las cosas y a los causahabientes de los litigantes y cualidad con que lo fueron, no sucede otro tanto con lo relativo a la causa de pedir, que, por constituir una cuestión jurídica sometida a la apreciación de la Sala Sentenciadora, puede ser objeto de revisión en vía de casación, al amparo del ordinal 1.º del repetido art. 1692 de la L. E. Civ., y si tenemos en cuenta que la resolución definitiva que puso fin al primero de los litigios condenó en su parte positiva a los hoy actores «a que permitan y no impidan a la actora realizar u ordenar la limpieza de la chimenea y subida de humos correspondiente a su finca, aun cuando para ello tenga que apoyarse en el tejado de los demandados, e igualmente en el futuro cuantas veces sea necesario», y que en la demanda originadora de la actual litis, tras de pretenderse de nuevo el planteamiento de cuestiones referentes a la condición de medianera de la pared en que se apoya la chimenea y el derecho de los demandados a practicar su limpieza, que ya fueron resueltas en aquélla, se solicita por los hoy actores recurrentes y entonces condenados, que se declare «que en ningún caso mis representantes están afectos a la obligación de permitir el paso por su domicilio ni por su propiedad para que se lleve a cabo trámite alguno, bien sea de arreglo o cualquier otro, para referida chimenea», no puede estimarse que la petición de la demanda transcrita, cuya desestimación implícita o explícita comportaría una evidente e injusta agravación de la servidumbre de medianería que reconoce la primitiva sentencia firme del Juzgado de Castro-Urdiales, coincida en cuanto a la causa de pedir, con lo resuelto por el mismo, por lo que, en

modo alguno cabe apreciar, en cuanto a este repetido pedimento, la excepción de cosa juzgada que estima la resolución de apelación, que, en lo que afecte a este extremo, debe ser objeto de casación.

#### EFICACIA DE LA SENTENCIA PENAL EN EL PROCESO CIVIL.

S 25 febrero 1983 (RA 1074)

*A pesar de no condenar por violación, estupro o raptó la sentencia penal declaró hecho probado el acceso carnal del demandado, frente al que se pretende el reconocimiento del hijo.*

CONSIDERANDO: Que en sentencia penal pronunciada por la Audiencia Provincial de Zamora, aun sin reconocer la existencia de delito de estupro por el que fue acusado el ahora recurrente don Antonio Martín C. B., al no apreciarse situación de engaño pretendida con causa de promesa matrimonial encaminada a conseguir la entrega, establece no obstante como probado que el citado «Antonio M. C. B., que simpatizó desde joven con su vecina María Antonia L. F., a quien trataba desde la niñez, sin que tales simpatías recíprocas hubieran adquirido el carácter de relaciones amorosas serias, formales, públicas ni obtuvieran el beneplácito de los padres del precitado recurrente, el día 21 octubre 1976, en las cercanías del lugar de Sarracín de Aliste, y en ocasión de hallarse la María Antonia apacentando el ganado, apareció el mencionado y previa conversación, galanteo y pertinaz asedio, terminó por hacerla suya, acto que repitió en fechas posteriores y por tres veces; y resultando de ello el embarazo de la chica y consiguiente alumbramiento de un niño nacido el 16 julio 1977 y que con el nombre y apellidos de Francisco Javier L. F. fue inscrito en el Registro Civil de Riofrío de Aliste al tomo 43, pág. 73», y cuya afirmación fáctica conduce a dicha Sala sentenciadora de instancia a re-

conocer, con evidente acierto, que es vinculante a los fines pretendidos con los pronunciamientos instados en la súplica del escrito inicial de demanda por la tan aludida doña María Antonia L. F., actuando por sí y en nombre de su menor hijo Francisco Javier L. F., porque salvo en el supuesto de declaración de inexistencia del hecho o de su falta de prueba, expresamente regulado en el párr. 1.º del art. 116 de la L. E. Civ., o de declaración de no participación material del inculpado, que no son los aspectos que se han dado en el presente caso, cuando se trata, conforme en el caso enjuiciado ha ocurrido, de hechos realmente existentes, pero que no constituyan delito, por no darse alguno de los requisitos del tipo legal —en el supuesto que se examina de engaño mediante promesa de matrimonio pretendido—, la declaración contenida en la sentencia penal en expresión de hechos probados, de la circunstancia concurrente y la participación, el criterio favorable a la vinculación a efectos civiles se deduce de la regla expresa contenida en el párr. 1.º del art. 116 de la L. E. Civ., dado que si la ley no ha querido que pueda ser ejercitada, y en último término articulada, una acción civil fundada en el hecho declarado en sentencia firme por inexistente del hecho, no cabe interpretar que consienta, allí donde el ejercicio de la acción civil viene expresamente reconocido, que la acción pueda ser negada por inexistencia del hecho que fue declarado existente, y así lo ha venido entendiendo esta Sala en SS. de 25 febrero 1928, 30 mayo 1972 y 28 marzo 1974, al proclamar que en aquellos supuestos en que se declara probado en vía penal que el inculpado tuvo acceso con la ofendida con fruto de filiación, pero sin emplear engaño para lograrlo —que es el supuesto ahora examinado—, excluyendo por esa causa la configuración de los hechos reconocidos probados como delito de estupro, evidentemente queda establecida una filiación en la sentencia penal, que es lo único que importa para el ejercicio de la

acción civil, pues ésta ha de basarse siempre, en definitiva, con base en la existencia del hecho, háyase o no castigado, según las modernas orientaciones doctrinales y de Derecho comparado tendentes al reconocimiento de que deba sancionarse la declaración de paternidad hecha por la jurisdicción penal.

#### VINCULACIÓN DE LOS TRIBUNALES CIVILES A LAS RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES.

S 10 junio 1983 (RA 3517)

*Se trata de una acción de condena por responsabilidad civil extracontractual dirigida frente al padre por daños causados por un hijo menor, cuya autoría y culpabilidad resultaba de los hechos afirmados en la resolución del Tribunal tutelar de menores.*

CONSIDERANDO: Que en el motivo primero a) con base en el párr. 1.º del art. 192 de la L. E. Civ. se acusa «infracción por interpretación errónea del art. 14 del Reglamento de Tribunales Tutelares de Menores de 11 junio 1948», motivo desestimable, en primer lugar porque la norma invocada carece de carácter sustantivo, material o privado, y no es definidora de derechos civiles, pues se halla comprendida en un Reglamento, es decir, en una disposición administrativa, y estas disposiciones, según doctrina reiterada de esta Sala no sirven para fundar un recurso de casación —SS., entre otras, de 6 abril 1973, 29 abril y 15 noviembre 1974; aparte de ello, se observa en el desarrollo del motivo en estudio que el recurrente más que impugnar la aplicación por la Sala «a quo» del art. 14 del Reglamento mencionado, hace una crítica del sistema legislativo vigente en esta materia para tachar implícitamente de anacrónica tal normativa, olvidando que se trata de una jurisdicción especial para enjuiciar los actos de los menores de 16 años que actúa con finalidad protectora de re-

forma y corrección de la infancia y de la adolescencia, teniendo muchas veces sus medidas un carácter preventivo, en cuyas funciones dicta acuerdos e imponer sanciones; con el presupuesto institucional de que el menor no posee el mínimo de condiciones sobre las que se apoya la imputabilidad penal y que está situado fuera del ámbito del Derecho penal, ya que se busca un sistema tutelar y reformador y no meramente expiatorio o punitivo; todo lo cual explica que, como ya ha admitido esta Sala —SS. de 8 febrero 1983 y 29 diciembre 1962— la responsabilidad del padre del menor denunciado se funde en el art. 1903 del C. Civ. sobre la base del valor vinculante de los «hechos probados» que el Tribunal Tutelar de Menores declaró; habiendo previamente fijado con precisión, en el caso ahora contemplado, las circunstancias esenciales del hecho, que han servido de base a la pretensión civil sustanciada en el litigio de que dimana este recurso extraordinario; acorde con el principio, que acoge nuestra legislación en términos claros y categóricos, de prevalencia de la jurisdicción penal sobre la civil (art. 114 de la L. E. Crim.), sin distinguir cuál sea la jurisdicción ordinaria o especial que conozca del hecho delictivo dentro de sus privativas atribuciones y sin comprender ninguna excepción; razones que traen consigo la desestimación del motivo examinado, en cuanto el Tribunal de apelación no infringió norma alguna al admitir como hechos probados los considerados tales por la jurisdicción penal especial de menores.

### 13. PROCESO DE REVISION

**EPICACIA INTERRUPTIVA DE LA PRESCRIPCIÓN DEL PROCESO CUYA SENTENCIA SE RESCINDIÓ.**

**S 4 marzo 1983 (RA 1422)**

*En un primer proceso se pretendió condenar a indemnización por respon-*

*sabilidad extracontractual, dirigiéndose la demanda contra los desconocidos herederos o la herencia yacente, lo que se estimó maquinación fraudulenta que dio lugar a la revisión. Después, el actor reitera su demanda.*

**CONSIDERANDOS:** Que el primer motivo del recurso, amparado en el núm. 7.º del art. 1692 de la L. E. Civ., alega error de hecho en la apreciación de las pruebas evidenciado por documentos auténticos, que hace consistir en la particularidad de que ciertos extremos de la primera demanda relativos a la nominación del sujeto pasivo no han sido tomados en cuenta por el Juez ni por la Sala, impugnación claramente improsperable, pues además de que según doctrina legal harto reiterada y conocida, carecen de la nota de autenticidad a los efectos de la casación las actuaciones componentes del proceso, el Tribunal «a quo» no desconoce que en aquel escrito la actora señaló como domicilio de la Comunidad de herederos y de la Herencia yacente de don Ramón R. M. «el núm. 43 de la calle San Andrés», de Zamora, sino que le reprocha una conducta cautelosa a fin de impedir el conocimiento de la reclamación judicial por los herederos del empresario, quienes ciertamente no la tuvieron «por causa imputable a la demandante, que en definitiva consistió la providencia que mandó el emplazamiento por edictos» (considerando segundo), pero sobre todo se olvida que rotundamente afirmada en el recurso de revisión, como razón determinante de los efectos rescisorios y de la total anulación de la sentencia injustamente ganada, la existencia de fraude por interpelación deliberadamente irregular de los demandados, que a la postre provocó su citación defectuosa para el debate, en modo alguno es permitiendo un nuevo examen de los antecedentes del primer litigio en el afán de eludir las terminantes ponderaciones efectuadas por este Tribunal en el recurso de revisión, proceso especial y autónomo, del cual las declaraciones

hechas al rescindir la sentencia combatida por concurrencia de vicio legal «no podrán ser ya discutidas», según rotunda prohibición del art. 1807, párr. 2.º, de la Ley Rituaria, lo que significa que los hechos tenidos comprobados en la sentencia revisoria, constitutivos del motivo de rescisión han de ser establecidos como ciertos en el nuevo proceso.

Que incontestable el dato de la total rescisión de la sentencia precedente, basada en maquinación fraudulenta de la actora encaminada a lograr la indefensión de la parte contraria y la correcta formación del contradictorio, tal evidencia ya indiscutible lleva aparejada la repulsa del motivo segundo, que por el cauce del ordinal primero del art. 1962 aduce violación del artículo 1973 del C. Civ., en relación con los arts. 1968, núm. 2.º, y 1969 del propio Cuerpo legal, vulneración que se entiende producida al negar alcance interruptivo de la prescripción extintiva al proceso terminado por la sentencia luego rescindida; pues por la consideración obvia de que para que pueda interrumpirse el transcurso del plazo prescriptivo la acción o la reclamación han de ser dirigidas precisamente contra el sujeto pasivo, la jurisprudencia ha puntualizado que «tal interrupción sólo puede tener efectividad contra aquél que de modo procesal es interpelado» —SS. de 22 marzo 1971 y 8 marzo 1972, precedidas por las de 21 abril 1958, 26 diciembre 1981 y 6 diciembre 1968, entre otras—, exigiéndose, además, la regularidad del acto por cuanto que ha de reunir los requisitos de eficacia y validez formal —SS. de 30 junio 1941, 19 febrero 1945 y 15 febrero 1961), presupuestos que en manera alguna concurren en el caso examinado, pues cabalmente porque los ahora recurridos no fueron interpelados con validez las actuaciones procesales quedaron anuladas en su integridad y la rescisión «producirá todos sus efectos legales», como dispone el art. 1808 de la L. E. Civ., lo que impide que un comportamiento

contrario a la buena fe e incluso teñido de dolo en el ejercicio de un derecho pueda ser protegido por el ordenamiento (art. 7 del Código sustantivo), atribuyéndole consecuencias beneficiosas para el sujeto activo de la conducta ilícita, conclusiones a las que también llevaría la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 1946, núm. 1.º, para la usucapión que tampoco pueden valer como reclamación extrajudicial, porque no ha sido verdaderamente dirigida a los deudores y con el propósito de llevar a su conocimiento el efectivo ejercicio del derecho.

### 14. EJECUCION

**EMBARGO: DE GANANCIALES SIN DIRIGIR LA DEMANDA FRENTE A AMBOS CÓNYUGES.**

**RDGR 28 marzo 1983 (RA 1662)**

*Dirigiéndose la demanda sólo frente al marido, el embargo se causa sobre bienes gananciales, denegándose la anotación por el Registrador.*

**CONSIDERANDOS:** Que planteada la cuestión, según se observa, ya en vigor la Ley de 13 de mayo de 1981, que ha modificado el régimen de la sociedad de gananciales, habrán de ser tenidos en cuenta los principios en que se ha inspirado la reforma, y especialmente el principio de igualdad jurídica de los cónyuges sancionado con carácter general en el art. 66 del C. Civ. y en relación a los regímenes matrimoniales en el art. 1328 del mismo Cuerpo Legal, y que se traduce en materia de administración y disposición de bienes gananciales en una actuación conjunta de los dos esposos según establecen los arts. 1367 y 1375 del referido texto legal.

Que no obstante lo anterior, al tener que cohonestarse esta norma general con el respeto a la significación de la personalidad de cada esposo en la sociedad conyugal, el C. Civ. ha tenido que admitir supuestos de válida

actuación unipersonal de uno solo de los cónyuges en los que resultan obligados los bienes gananciales, sin necesidad de una actuación conjunta de los dos cónyuges, como sucede entre otros, en los supuestos del art. 1365 de dicho Cuerpo Legal.

Que al estar, pues, autorizado en determinados casos, uno de los cónyuges a obligar por sí solo a los bienes de la sociedad conyugal, cuando esto suceda, en las relaciones entre el cónyuge contratante y los terceros aparecerá interesado también el esposo no contratante debido a su coparticipación en la comunidad de gananciales y habrá que tratar igualmente de cohesionar los derechos que el tercero como acreedor pueda sostener sobre el patrimonio ganancial con los del otro cónyuge no interviniente.

Que el C. Civ. ha pretendido solucionar la cuestión distinguiendo de una parte el aspecto externo de la relación, en donde en base a la protección del tráfico el art. 1339 engloba, en el mismo plano, frente al acreedor, la masa de bienes privativa del cónyuge deudor y la de gananciales como objeto de responsabilidad, sobre el que pueda hacer efectiva la acción nacida de su crédito, y de otra parte el aspecto interno de relación de los dos esposos a fin de que mediante el reintegro entre las diferentes masas patrimoniales, pueda realizarse la liquidación atribuyendo la deuda a que realmente corresponda, según se expresa fundamentalmente en los arts. 1319, párrafo último, y 1364 del C. Civ.

Que a la vista de lo expuesto y dentro de la casuística con que el C. Civ. regula esta materia, cabe distinguir la obligación contraída por ambos cónyuges en el ejercicio de la potestad compartida, caso en que para practicar la anotación de embargo será necesario que la demanda haya sido dirigida contra los dos esposos, solución con la que está de acuerdo el artículo 144-1.º del Regl. H., b) obligación

puramente personal contraída por uno solo de los cónyuges de la que responde solamente el esposo deudor, con la posibilidad que al otro cónyuge le ofrece el art. 1373 del C. Civ., y en donde la anotación de embargo se practicará de acuerdo con este precepto, si además se ha notificado la demanda al cónyuge no deudor (confróntese artículo 144-2.º del mismo Reglamento); c) obligación contraída por uno solo de los cónyuges en el ejercicio de los poderes individuales que sobre la sociedad de gananciales le reconoce la Ley, y que es el supuesto que ofrece mayores dificultades y se pasa a examinar.

Que la necesidad de la demanda conjunta por parte del acreedor en el caso c) antes visto podría tener su fundamento en que el cónyuge no deudor como cotitular de los bienes sociales se encuentra afectado por las obligaciones que legalmente contraiga el otro esposo, y que su intervención es necesaria al objeto de determinar precisamente si la deuda existe o se encuentra comprendida en uno de los supuestos legales de ejercicio de poder individual de cada cónyuge sobre la sociedad de gananciales.

Por el contrario, que un examen más detenido de la cuestión, permite observar que la exigencia de demanda conjunta a ambos cónyuges no guardaría armonía con el carácter individual de la calidad de deudor, cualquiera que sean las masas patrimoniales que tal actuación individual haya podido sujetar a responsabilidad, ya que cuando la Ley establece que uno de los cónyuges como órgano social puede obligar los bienes gananciales hay que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la responsabilidad aneja de unos bienes, en este caso, los gananciales, si hay incumplimiento, y sin que pueda atribuirse al acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente ha

contratado con uno solo de ellos, así como tampoco obligar al cónyuge no deudor a que sea parte en el proceso, cuando, aunque se vea afectado, no está obligado ni directamente ni como fiador.

Por último que en una sociedad tan singular como es la de gananciales, en que históricamente ha correspondido sólo al marido la facultad de obligarla dado su carácter de administrador único, lo que se traducía en que igualmente era sólo a él a quien se podía demandar caso de que hubiera incumplido la obligación contraída, situación que ha seguido manteniéndose tras la reforma en 1958 del C. Civ., si bien con el añadido de ser necesaria la notificación de la demanda a la mujer, según reiterada jurisprudencia de este Centro, y este mismo criterio permanece después de la nueva regulación introducida por el C. Civ. en donde en base al principio constitucional de igualdad se ha extendido a los dos cónyuges las facultades que antes sólo ostentaba el marido.

Que en el supuesto concreto de este expediente y siempre dentro del estrecho cauce en que se mueve el recurso gubernativo, de los antecedentes tenidos a examen por el Registrador aparece que la obligación no fue contraída conjuntamente por los dos esposos, y aunque no resulta con claridad en cuál de los otros dos supuestos puede incluirse, dado que en ambos se hace necesaria la notificación al cónyuge no deudor, y tal notificación ha tenido lugar según consta en el mandamiento calificado, no hay obstáculo que impida la práctica de la anotación de embargo solicitada.

RECURSO DE CASACIÓN: CONTRADICCIÓN CON LO EJECUTORIADO.

S 22 marzo 1983 (RA 1608)

La sentencia ejecutiva condenaba —estimando la demanda— al pago de

clertas cantidades, subordinando el de una parte de ellas a la realización por el actor de unas obras, a lo que condenaba también —estimando la reconvencción—.

CONSIDERANDOS: Que formulado el presente recurso de casación al amparo del art. 1695 de la L. E. Civ., por entender que el auto de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, dictada en grado de apelación, proveyó en contra de lo ejecutoriado, es obligado proceder al examen de la resolución recurrida a la luz de la sentencia de cuya ejecución se trata para determinar si hay sustancial coincidencia entre ambas resoluciones, en el sentido de que aquélla se mantiene dentro de los límites de la condena de ésta, en cuyo supuesto debe rechazarse el recurso, o por el contrario se apartó de lo ordenado en el fallo, acordando algo en pugna con su contenido y cometiendo, en consecuencia, el abuso de poder denunciado al decidir en contradicción con lo resuelto; y a tal efecto debe consignarse para mayor claridad de la exposición, primero, que la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia condenó a la demandada —«Inmobiliaria Palautordera, S. A.»— a pagar al actor —Don Amadeo V. N.— la cantidad de 1.664.601,67 ptas., más los intereses legales de dicha suma desde la interpelación judicial, así como al pago de 72.625 ptas., «si bien, en cuanto a esta última cantidad —dice literalmente el fallo, será preciso previamente que el actor realice los trabajos de reparación de las pistas de tenis de la entidad demandada en la forma descrita en el ap. B) del informe emitido por el perito Sr. B. N. condenando como condenó a dicho demandante, con estimación de la demanda reconvenicional, a la realización de dichos trabajos a cargo y cuenta del mismo dentro del plazo que al efecto se señale...», sentencia que apelada fue revocada por la Audiencia tan sólo en el sentido de reducir la condena de 1.664.601,67 ptas., en la de 1.465.956 ptas., manteniendo el resto

de los pronunciamientos y por tanto el relativo a la condena a la pretensión reconvenicional; y, segundo, que en fase de ejecución de dicha sentencia, la referida Sala de la Audiencia Territorial revocando el auto dictado por el Juzgado, y en el particular que aquí interesa, acordó «se fija en 15 días el plazo para que el demandante realice a su cargo y cuenta, los trabajos de reparación de las pistas de tenis de la demandada reconviniente consignados en el fallo de la sentencia de estos autos, previéndole que, de no hacerlas, perderá el derecho a percibir de la repetida demandada 72.625 ptas.», auto que es objeto del presente recurso de casación.

Que el examen comparativo de las dos resoluciones pone de manifiesto que el auto aquí recurrido proveyó en contra de lo mandado por la sentencia de cuya ejecución se trataba, pues si ésta, estimando la reconvenición deducida, condenaba al actor a la realización de los trabajos de reparación de las pistas de tenis a su cuenta y cargo, no puede después en fase de ejecución convertirse dicha obligación única o simple, con un solo objeto constitutivo de la prestación, e impuesta imperativamente en el fallo, no puede convertirse, repetimos, en una especie de obligación facultativa en la que el condenado pueda liberarse renunciando al cobro de las 72.625 ptas., puesto que dicha cantidad no es el precio o valor de las obras pendientes de realización por el actor empresario, sino el resto del total precio de construcción de tales pistas, construcción convenida entre ambas partes por un precio alzado, según se dice en el hecho 5.º de la demanda —su principal construyó para la demandada unas pistas de tenis, de

cuyo total importe de 798.000 ptas.... le adeuda la suma de 72.625 ptas.— y se recoge en el penúltimo considerando de la sentencia del Juzgado, íntegramente aceptada por la dictada por la Audiencia, considerando al que debería acudir, si hubiera alguna duda, para desvanecerla, por ser fuente de interpretación auténtica del fallo al constituir la sentencia un todo armónico y en tal considerando se afirma que «la entidad demandada reconoce adeudar la cantidad reclamada por este concepto construcción de unas pistas de tenis, de 72.625 ptas.», que «el actor asimismo reconoce implícitamente que las pistas no reúnen las condiciones técnicas pactadas y de modo expreso su obligación de repararla», que «las partes convinieron libremente la cláusula de garantía contenida en el contrato de 30 junio 1972, por la que en el precio fijado en el contrato «va incluido 10 años de garantía... a todo defecto de construcción», por lo que encontrándonos en el supuesto de un contrato de empresa, la obligación principal del contratista es entregar la obra en el plazo y condiciones pactadas y la del dueño de la obra a pagar el precio estipulado en los términos convenidos, y al no entenderlo así el auto recurrido, y establecer una reciprocidad o equivalencia de prestaciones entre la citada cantidad y la obra pendiente de realización ha vulnerado la sentencia que se ejecuta al haber proveído en contra de lo ejecutoriado, procediendo, en consecuencia, acoger el motivo de casación formulado al amparo del art. 1695 de la L. E. Civ., en cuanto deja al actor la opción entre la realización de las obras a las que fue condenado al acogerse la reconvenición, o perder las 72.625 ptas. adeudadas por la demanda.

## PROCESAL CONSTITUCIONAL

PABLO SAAVEDRA GALLO

Profesor Titular Contratado de Derecho Procesal  
U. N. E. D.

### SUMARIO:

1. Recurso de Amparo: objeto; naturaleza; requisitos previos: 1) agotamiento de la vía judicial procedente (art. 43.1 LOTC); 2) la violación del derecho o libertad debe ser imputable de modo inmediato y directo a una acción y omisión del órgano judicial (art. 44.1.b LOTC); 3) invocación formal del derecho constitucional vulnerado y 4) agotamiento de los recursos utilizables dentro de la vía judicial (art. 44.1.a LOTC); plazo de presentación. — 2. Recurso de Inconstitucionalidad: objeto. — 3. Cuestión de Inconstitucionalidad: objeto; requisitos de admisión. — 4. Conflictos de Competencia: objeto; requisitos de admisión; efectos.

### 1. RECURSO DE AMPARO

#### Objeto

S 29 noviembre 1983 (Sala 1.ª)  
(RA 293/82)

*Los errores de procedimiento o las faltas de carácter formal sólo pueden servir de fundamento de un recurso de amparo cuando de ellos derive una vulneración de un derecho fundamental.*

*En el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Hospitalet de Llobregat, que condenó al recurrente como autor de una falta de imprudencia simple, se debatió si el haber sido emplazado (el solicitante del amparo), asis-*

*tiendo a juicio de faltas y a la apelación como representante legal de una persona jurídica, resultando condenado como persona física en la apelación, sin que tuviera conocimiento de la acusación dirigida contra él como persona física, era o no un supuesto de indefensión. Al comprobar la Sala que el recurrente en amparo estuvo en condiciones de conocer el objeto de la acusación reitero la doctrina sobre el objeto del recurso de amparo.*

**CONSIDERANDO:** «La solución de la cuestión planteada no puede basarse en el simple hecho de que se hayan cometido errores de procedimiento o de que se aprecien faltas de carácter formal, pues, como ha declarado reiteradas veces la doctrina de este Tribunal, tales errores y faltas no pueden

fundamentar un recurso de amparo más que cuando de ellas resulte que en la práctica se ha vulnerado un derecho fundamental, ya que la verificación de esta posible vulneración es el único objeto del recurso de amparo.»

S 29 noviembre 1983 (Sala 1.ª)  
(RA 21/83)

Según reiterada doctrina del T. C., sólo al juez ordinario corresponde apreciar y valorar las pruebas, con arreglo a su conciencia o convencimiento íntimo y personal (art. 741 LECrim.), sin que pueda ese Alto Tribunal subrogarse en la valoración efectuada de dicha prueba, de acuerdo con lo prescrito en el art. 44.1.b de la LOTC.

Apoyándose en esa reiteradísima doctrina, la Sala desestima el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño de 1 de diciembre de 1982 (por la que se condena al solicitante del amparo como autor de una falta de imprudencia penal), el cual se basó en la presunta vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al verificar que existió una mínima actividad probatoria.

S 26 diciembre 1983 (Sala 1.ª)  
(RA 379/81)

Es posible considerar por la Sala como objeto del recurso de amparo además de la resolución administrativa contra la que se interpuso, la sentencia judicial que resolvió el recurso contencioso-administrativo planteado frente a dicha resolución, pues dicha sentencia, cuando estima parcialmente o desestima el recurso y agota la vía judicial, es un acto independiente y susceptible de impugnación en amparo.

De esta forma en el recurso de amparo contra la resolución del Consejo de Ministros de 17 de diciembre de 1977, por imponer una sanción de orden pú-

blico sin observar las formalidades del art. 24 CE, la Sala considera también como objeto del recurso la sentencia del T. S. de 23 de septiembre de 1981 en la que se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo contra la citada resolución, apoyándose en el razonamiento que a continuación reproducimos, lo que sirvió para desestimar el amparo solicitado, pues, aunque las garantías contempladas en el art. 24 no fueron observadas en cuanto a la resolución administrativa si se cumplieron en el procedimiento seguido ante el T. S.

CONSIDERANDO: «Entrando ya en la cuestión de fondo planteada en el recurso de amparo que nos ocupa debemos, ante todo, poner de relieve que, si se tiene en cuenta tanto el contenido del «suplico» de la demanda como la misma fundamentación de ésta, cabe considerar como objeto del recurso no sólo la resolución del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 1977, por la que se impuso al ahora demandante de amparo la sanción a que se ha hecho mención en los antecedentes, sino también la sentencia del T. S. de 23 de septiembre de 1981, que vino a resolver el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra dicha resolución, y ello porque dicha sentencia, en la medida en que estimó parcialmente el citado recurso reduciendo la cuantía de la sanción pecuniaria impuesta y anulando la posibilidad de imponer prórrogas en el cierre de la cantera por encima del plazo inicial de treinta días, no sólo viene, a los efectos del presente recurso de amparo, a agotar la vía judicial procedente y que se refiere el art. 43.1, «in fine», de la LOTC, sino que constituye un acto en cierto modo independiente y susceptible en sí mismo de impugnación ante este T. C., bien que acumulativamente con el anterior acto administrativo, por la vía, en este caso, del art. 44 de la LOTC.

Es cierto que este Tribunal ha declarado en diversas ocasiones que cuando se impugna un acto de los incluí-

dos en el art. 43 de la LOTC no es preciso impugnar también los actos posteriores de los órganos judiciales que lo hayan confirmado, pues, aunque es preceptivo provocar tales resoluciones para agotar la vía judicial procedente, tal como prevé dicho precepto, el acto judicial confirmatorio no puede ser objeto de impugnación autónoma en la vía de amparo constitucional; pero constituye una excepción, también señalada por este Tribunal y que precisamente concurre en este caso, el que el acto judicial haya podido vulnerar de modo inmediato y directo alguno de los derechos o libertades susceptible de amparo (sentencias 6/1981, 7/1982, 67/1982, 21/1983 y 33/1983, así como los autos recientes de 12 de enero y 16 de febrero de 1983 en asuntos 413/1982 y 439/1982).»

S 7 febrero 1984 (Sala 1.ª) (RA 475/82)

Los supuestos «actos administrativos» de las Cajas de Ahorros, al no ser éstas entes públicos sino de carácter social, carecer las decisiones del Consejo de Administración de autorización que pudiera considerar que se adoptan en delegación del Estado y no tener los miembros, elegidos, de ese Consejo la consideración de cargos públicos a los efectos del art. 23 de la C. E., no pueden ser objeto de recurso de amparo.

En una amplia fundamentación la Sala examina, desde varias perspectivas, si el «acto administrativo» dictado por el Consejo de Administración de la Caja de Ahorros de Asturias de 5 de junio de 1982, desestimatorio del recurso de alzada formulado contra la anterior decisión de la Junta Electoral Interna sobre elecciones de representantes del personal en los órganos de gobierno es susceptible de ser recurrido en amparo y, por tanto, incluíble entre los previstos en el art. 41-2 de la LOTC por dos razones: 1.ª) el carácter de ente público de la Caja de Ahorros, y 2.ª) la Constitución permite el recurso de amparo también frente a actos de los particulares.

En lo que se refiere al primero de esos argumentos la Sala entiende que deben ser rechazados por lo siguiente: el reconocimiento constitucional que tienen esos entes de carácter social y su «relevancia pública» no implican su naturaleza pública; la estructura del Estado Social de Derecho contempla la existencia de entes de carácter social no público que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general.

La intervención del Estado o las Corporaciones Locales en la fundación de las Cajas de Ahorro no supone que puedan intervenir en sus Estatutos, organización y actividad, al menos en lo que se refiere a las fundadas por Corporaciones Locales, rigiendo sobre esos aspectos el R. D. de 27 de agosto de 1977.

CONSIDERANDO: «En virtud de lo expuesto, y a los solos efectos de la resolución del presente recurso, llegamos a la afirmación de que el acto impugnado no se encuentra entre los susceptibles de recurso de amparo de acuerdo con el art. 41.2 de la LOTC, al no provenir de un ente público ni ser imputable a la Administración del Estado, por no haberse dictado por delegación de la misma.

El Ministerio Fiscal plantea, sin embargo, la cuestión de que la Constitución no circunscribe el recurso de amparo a los actos emanados de los poderes o entes públicos en sus arts. 53.2 y 161.2, con lo que viene a sostener la posibilidad del mismo frente a actos emanados de entes que no poseen tal naturaleza.

En relación con este punto, hemos de señalar que el art. 161.1.b de la Constitución establece la competencia del T. C. para conocer del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 de la misma «en los casos y formas que la Ley establezca». La LOTC (art. 41.2) viene, pues, en este punto, a desarrollar la Constitución, estableciendo la posibilidad del recurso de amparo contra disposiciones, actos o simple vía de

hecho, de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás Entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes, ámbito subjetivo que concreta en cuanto a las decisiones o actos sin valor de Ley del legislativo (art. 42) de los emanados del ejecutivo (art. 43) y de los actos u omisiones de órganos judiciales (art. 44).

Esta concretización de la Ley suprema no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de derecho como el que consagra el art. 1.º de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social, tal y como evidencia la Ley 62/1978, de Protección de los Derechos Fundamentales, la cual prevé la vía penal —aplicable cualquiera que sea el autor de la vulneración cuando cae dentro del ámbito penal—, la contencioso-administrativa —ampliada por la disposición transitoria segunda, 2, de la LOTC— y la civil, no limitada por razón del sujeto autor de la lesión. Lo que sucede, de una parte, es que existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos (como los del art. 24) y, de otra, que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los Tribunales en el ámbito de sus funciones respectivas. De donde resulta que el recurso de amparo se configura como un remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales, cuando los poderes políticos han violado tal deber. Esta violación puede producirse respecto de las relaciones entre particulares cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos, que normalmente corresponde a los Jueces y Tribunales, a los que el Ordenamiento encomienda la tutela ge-

neral de tales libertades y derechos (art. 41.1 de la LOTC). En este sentido, debe recordarse que el Tribunal ha dictado ya sentencias en que ha admitido y fallado recursos de amparo contra resoluciones de órganos judiciales, cuando los actos sujetos al enjuiciamiento de los mismos provenían de particulares, debiendo ahora remitirnos a la doctrina sentada en nuestra sentencia de 29 de enero de 1982, número 2/1982, acerca de las peculiaridades que presenta la competencia del T. C. cuando se impugna ante el mismo, en vía de amparo, resoluciones de órganos judiciales.

En el presente caso, sin embargo, lo impugnado no es una resolución de un órgano judicial, sino un acto del Consejo de Administración de la Caja de Ahorros de Asturias, entidad que no tiene la condición de ente público, no siendo imputable tampoco a la Administración tal acto, según hemos visto. En consecuencia, no se trata de un acto encuadrable en los supuestos del artículo 41.2 de la LOTC.»

#### Naturaleza

S 23 noviembre 1983 (Sala 2.ª)  
(RA 107/83)

*El recurso de amparo constitucional carece de naturaleza revisoria o casacional.*

*La Sala en el recurso de amparo interpuesto por D. Francisco Javier Vínader Sánchez, contra la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 17 de noviembre de 1981, ante las pretensiones del recurrente se ve obligada a recordar la naturaleza de esa vía impugnativa.*

**CONSIDERANDO:** «Interpuesto recurso de amparo constitucional contra resoluciones de los Tribunales de cualquiera de los órdenes judiciales, pero posiblemente con preferencia cuando de lo penal se trata, es frecuente observar no ya en medios ajenos, sino

incluso dentro del planteamiento de aquella última vía, la constante pretensión de que mediante ella se ponga en revisión prácticamente en su integridad el proceso penal, penetrando en el examen, resultado y valoración de las pruebas practicadas y justeza o error del derecho aplicado y de las conclusiones alcanzadas en las sentencias allí dictadas, erigiendo esta vía del amparo constitucional en una auténtica superinstancia, si no en una nueva casación o revisión, incluso planteando cuestiones que exceden de las posibilidades de esas vías, y todo ello a pesar de la claridad de la normativa aplicable al proceso de amparo y de haberse puesto de relieve por la doctrina de este Tribunal que, de conformidad con lo establecido en el art. 117.3 de la C. E., 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, y dispuesto en el art. 123.1 que solamente la materia de garantías constitucionales exceptúa del carácter de órgano jurisdiccional superior, en todos los órdenes, que se atribuye al T. S., en consonancia con todo lo cual, a la hora de articular el recurso de amparo contra actos u omisiones de un órgano judicial, se establece que en ningún caso entrará a conocer el T. C. de los hechos que dieron lugar al proceso en que se hayan producido las invocadas violaciones de derechos o libertades [art. 44.1.b), LOTC], y, todavía más precisamente si cabe, que en esta clase de recursos la función del T. C. se limitará a concretar si se han violado o no los derechos o libertades del demandante, preservándolos o restableciéndolos, mas absteniéndose de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales (art. 54 de la LOTC), porque, como dice el art. 41.3, en el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso.

Por ello, a tales premisas habrá de atenderse el enjuiciamiento de las cuestiones que plantea el presente recurso.»

*En el mismo sentido se expresa el T. C. en la S. 12 junio 1984 (Sala 2.ª) (RA 336/83) dictada en el recurso de amparo promovido frente a la resolución del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Las Palmas, relativo a inadmisión de querrela por coacciones en diligencias previas, la cual fue promovida por el recurrente con motivo de su expulsión de la Junta Directiva de la Confederación Canaria de Empresarios por haberse afiliado a un partido político.*

**CONSIDERANDO:** «La segunda vulneración de derecho fundamental que se imputa a las resoluciones judiciales de la que se hace deducir por el actor el otorgamiento del amparo para la continuación del procedimiento penal, es la falta de tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), que se habría producido por negarse inicialmente de forma no razonable la condición delictiva a los hechos objeto de la querrela. Pero esta lesión, que de haber existido sí sería atribuible de modo inmediato y directo a actos judiciales [art. 44.1.b) de la LOTC], no resulta apreciable, pues, como ha señalado este Tribunal, el archivo anticipado de actuaciones penales en fase instructora, concretamente el adoptado conforme «a sensu contrario» al art. 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (S. 108/1983, de 29 de noviembre, «Boletín Oficial del Estado» de 14 de diciembre), e incluso la misma desestimación de la querrela según el art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no constituye por sí un desconocimiento del derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 de la C. E., si se obtiene decisión judicial fundada en derecho. En el presente caso ésta se produce, aunque sin fundamentación en el auto del Juez y en el de la Audiencia, subsanándose en éste la ausencia de dicha fundamentación, que viene exigida, al menos para el proceso en su totalidad, desde la perspectiva del art. 24.1 de la C. E.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha puesto reiteradamente de relieve que corresponde a los Tribunales penales la subsunción de las conductas en los tipos, y que tratándose de la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria el criterio sustentado por los órganos judiciales no puede ser sustituido por el T. C., lo cual convertiría el amparo en una revisión que no es propia de su específica naturaleza. Sólo cuando los razonamientos fundamentadores de la decisión judicial constituyen en sí mismos violación de un derecho constitucionalmente amparable cabe la estimación de la pretensión que en este ámbito se formule.»

S 16 noviembre 1983 (Sala 2.ª)  
(RA 251/82)

*Existe siempre legitimación para interponer recurso de amparo contra actos que afecten a la esfera de los intereses jurídicamente protegidos del recurrente.*

*En el recurso de amparo interpuesto por la Confederación Nacional del Trabajo contra resoluciones presuntas del Ministerio de Trabajo y sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo relativa a las cesiones de bienes de la desaparecida Organización Sindical, la Sala estimó que la cesión de locales en sí no atenta contra la libertad sindical, pero crea una situación en que resultan favorecidas unas centrales en detrimento de otras; correspondiendo a la Administración Pública demostrar que el trato no ha sido discriminatorio.*

**CONSIDERANDO:** «La existencia de la situación antes descrita trae consigo el que no se pueda admitir la excepción de falta de legitimación activa de la recurrente, suscitada por las otras partes, y de un modo más expreso por la UGT. Tal excepción se hace sobre la base de que no fue denegada a la CNT ninguna petición concreta de uti-

lización de locales. Hemos visto en el antecedente primero que, efectivamente, la CNT no recabó para sí el derecho a usar locales de la extinguida Organización Sindical, pero que había actuado de este modo por entender que su petición habría desembocado en unas resoluciones desestimatorias en la línea de las recaídas en el anterior proceso instado por el SU. La lesión de que el sindicato recurrente se queja no consiste tanto en que se le prive del derecho a usar los mencionados locales (siendo así que ha creído no poder lícitamente solicitar tal derecho, concedido por la Administración a otros sindicatos), sino que se favorece una forma de sindicalismo desigual en el que la recurrente es una organización discriminada junto con otras, y por ende legitimada para la impugnación, por estar afectada su esfera de intereses jurídicamente protegidos.»

#### Requisitos previos

- 1) AGOTAMIENTO DE LA VÍA JUDICIAL PROCEDENTE (Art. 43.1 LOTC).

S 10 octubre 1983 (Sala 2.ª)  
(RA 42/1983)

*No puede ser interpretado ese requisito en el sentido de que se deben utilizar todos los medios de impugnación previstos en el ordenamiento, basta para su cumplimiento con emplear «aquellos que razonablemente convengan».*

**CONSIDERANDO:** «El hoy recurrente en amparo quiso apelar contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo «al amparo de lo dispuesto por el art. 94.2, a)», y concordantes de la Ley de la Jurisdicción, pero la Sala de la Audiencia de Zaragoza, en su providencia de 16 de diciembre de 1980, al declarar la inadmisión de la apelación expuso una some- ra motivación de su decisión, al decir que no había lugar a la admisión de la apelación interpuesta «dada tanto la

naturaleza del procedimiento como la cuantía que la propia parte actora ha fijado en 43.657 pesetas», lo que equivalía a reconducir el caso al supuesto del art. 94.1, a), de la misma Ley, que regula, como es bien sabido, las sentencias no susceptibles de recurso de apelación. Al notificársele la anterior providencia y otra fechada a 27 de diciembre por la que se declaraba firme la sentencia del día 9 del mismo mes, el recurrente no intentó ejercitar nuevos recursos en la vía judicial, de cuya conducta se infiere que aceptó como conforme a Derecho el criterio de la Sala en orden a que la sentencia de 9 de diciembre no versaba sobre desviación de poder y a que no era, por tanto, susceptible de apelación. Obligar en este supuesto al litigante a que, antes de deducir su recurso de amparo constitucional, hubiera de acudir forzosamente a la vía de la súplica del art. 92 LJ y, después, a la del art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que sólo entonces se habría cumplido con el requisito del art. 43.1, «in fine», de la LOTC, implicaría un rigorismo formalista contrario a la jurisprudencia de este Tribunal, a la economía procesal y a la racionalidad exigible en el uso de los medios de impugnación. En efecto, el requisito del agotamiento de la vía judicial no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación existentes en el ordenamiento, sino aquellos que razonablemente convengan, y, por consiguiente, en casos como el presente, es legítimo el comportamiento del litigante, que se aquieta en el aspecto procesal con la providencia de la Audiencia, y dando por buenas sus razones y su declaración de que la sentencia de 9 de diciembre es firme, considera agotada la vía de la jurisdicción ordinaria y abierta la del amparo constitucional, sin creer que deba utilizar otros recursos cuya admisión al propio litigante le parece infundada.»

S 5 diciembre 1983 (Sala 2.ª)  
(RA 154/1983)

*Si la vía judicial procedente se frustra al inadmitir el órgano jurisdiccional ordinario el recurso, el requisito exigido en el art. 43.1 LOTC se incumple y, por tanto, tampoco el T. C. puede admitir el recurso de amparo.*

**CONSIDERANDO:** «La exigencia que impone el art. 43.1 de la LOTC para llegar al recurso constitucional de amparo de agotar antes la vía judicial procedente no puede ser considerada en modo alguno como una formalidad vacía, cuya eficacia real puede ser debilitada por una interpretación decididamente antiformalista del precepto que la contiene. Se trata evidentemente de un elemento esencial en el sistema de articulación de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción ordinaria, cuyo exacto cumplimiento resulta indispensable para preservar el ámbito que al Poder Judicial reserva la Constitución (art. 117 de la CE), como ya dijimos en nuestra sentencia núm. 67 de 1982 («Boletín Oficial del Estado» de 10 de diciembre), para no obstaculizar la labor que al T. S. compete, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en lo que toca a las garantías constitucionales (art. 123.1 de la CE), y para no desnaturalizar la función jurisdiccional propia de este mismo Tribunal como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC).

Se sigue de ello que quienes se consideran lesionados en los derechos fundamentales que la Constitución garantiza por un acto de los poderes públicos han de actuar con diligencia para buscar el remedio de esta lesión de los jueces y tribunales integrados en el Poder Judicial a los que se ha de ofrecer la posibilidad de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión. Cuando la vía judicial procedente se frustra porque el recurso intentado no resulta admisible, ha de entenderse en principio incumplido, por tanto, el requisito que el art. 43.1 LOTC impone, e impracticable, por tanto, la vía del amparo ante este Tribunal.

No implica lo que antes se dice, claro está, que los autos o sentencias que declaran la inadmisión de un recurso ante los órganos del Poder Judicial no sean en sí mismos susceptibles de ser impugnados a través del amparo constitucional cuando a tales autos o sentencias se imputa, de modo inmediato y directo, la violación de un derecho constitucional garantizado (sentencia 11/1982, de 29 de marzo, «Boletín Oficial del Estado» de 21 de abril), o que no pueden darse supuestos en los que la sentencia de inadmisión agota efectivamente la vía judicial procedente porque contiene implícitamente un pronunciamiento sobre la naturaleza misma del derecho debatido (sentencia 12/1982, de 31 de marzo, «Boletín Oficial del Estado» de 21 de abril), pero ni una ni otra circunstancia se dan en el presente asunto. La sentencia de la Sala Tercera del T. S. se limita a declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo porque, en virtud de una interpretación de los arts. 7 y 8 de la Ley 62/1978, cuya corrección el recurrente critica, pero cuya constitucionalidad no cuestiona, lo considera interpuesto fuera de plazo, es decir, por una causa que sólo al propio recurrente es imputable. Es claro que, siendo esto así, es forzoso concluir que quien ante nosotros acude en amparo no agotó la vía judicial procedente y que, en consecuencia, no puede pretender de este Tribunal un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión deducida.»

**2) LA VIOLACIÓN DEL DERECHO O LIBERTAD DEBE SER IMPUTABLE DE MODO INMEDIATO Y DIRECTO A UNA ACCIÓN U OMISIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL (Art. 44.1, b, LOTC).**

S 14 noviembre 1983 (Sala 1.ª)  
(RA 70/1982)

*Cuando la presunta violación del derecho de defensa se origine por las circunstancias concurrentes en el Letrado designado de oficio, es posible estimar cumplido el requisito.*

**CONSIDERANDO:** «En el presente caso, si la presunta infracción del derecho de defensa hubiera sido originada por las circunstancias concurrentes en el Letrado designado de oficio, tal vez habría cabido establecer un nexo causal entre la violación denunciada y la actuación de los Tribunales, de modo que pudiera entenderse cumplido el requisito exigido; mas lo cierto es que, si bien, a petición del recurrente, se procedió a designar al Letrado en turno de oficio, éste no llegó a actuar, siendo el Letrado al que luego se imputa la violación el que de hecho se hizo cargo de la defensa en virtud de un ofrecimiento aceptado por el recurrente, como se desprende de sus propias manifestaciones escritas (folio 31 vuelto del rollo de Sala).

En definitiva, la presunta violación, de existir, no podría ser imputada, y menos imputada directa e inmediatamente, a una acción u omisión judicial, ya que deriva de la propia actuación del demandante, háyase visto o no éste posteriormente defraudado.»

**3) INVOCACIÓN FORMAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL VULNERADO.**

S 14 noviembre 1983 (Sala 1.ª)  
(RA 70/82)

*Obviamente, el cumplimiento del requisito enunciado depende del momento en que pueda estimarse conocida la violación de un derecho fundamental.*

**CONSIDERANDO:** «Por otra parte, la existencia del motivo de inadmisión consistente en la falta de invocación del derecho constitucional vulnerado tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello, depende, como es obvio, del momento en que pueda estimarse conocida ésta. En el presente caso no es posible averiguar cuándo pudo llegar a conocimiento del recurrente la presunta violación y, dado que no existe base para poner en duda sus manifestaciones según las cuales la invocación se produjo en

tiempo y forma, habremos de atenernos a ellas.»

S 14 noviembre 1983 (Sala 1.ª)  
(RA 145/83)

*Reitera la Sala el criterio mantenido en anteriores resoluciones sobre la necesidad de ofrecer la base suficiente para que en la vía judicial pueda conocerse la vulneración aducida.*

**CONSIDERANDO:** «Y la segunda, porque siendo conocida doctrina de este Tribunal la de que el cumplimiento del supuesto exigido en el art. 44.1, b), de la LOTC no requiere la invocación concreta de un artículo de la Constitución, ni siquiera la de su «nomen iuris», pero sí la de ofrecer base suficiente para que en la vía judicial pueda conocerse la vulneración aducida, lo que requiere al menos la delimitación del contenido del derecho que se dice violado —sentencias de 26 de enero y 30 de marzo de 1981 y auto de 13 de abril de 1983—, ha de tenerse en el caso concreto por cumplido este último y subsidiario remedio, que daba oportunidad al Tribunal ordinario de reparar la vulneración de un derecho por él causada, toda vez que el recurso de súplica entablado contra el auto de 8 de febrero de 1983, causante de la posible indefensión al rechazar por defectuosa la consignación en el recurso de casación preparado, expresa en el número quinto hallarse el actor en situación de indefensión, que se generaba por no admitirse el depósito, lo que representa que aun no citando expresamente el art. 24.1 de la Constitución, se nominó un derecho fundamental reconocido en él, como derecho a la tutela judicial efectiva, que no debe originar tal indefensión, por lo que ha de entenderse que esta, cierta, aunque breve, referencia supone la mínima invocación formal exigida en dicho art. 44.1, b), según la interpretación derivada de la doctrina jurisprudencial expuesta.»

**4) AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS UTILIZABLES DENTRO DE LA VÍA JUDICIAL (Art. 44.1.a LOTC).**

S 6 marzo 1984 (Sala 1.ª) (RA 452/83)

*Siguiendo la doctrina mantenida en anteriores resoluciones, la Sala manifiesta que el requisito citado se refiere a los medios procesales que razonablemente pueden ser conocidos y ejercidos por los litigantes.*

**CONSIDERANDO:** «No cabe alegar contra lo que se acaba de exponer, que el solicitante del amparo hubiese podido o puede recurrir a otras vías procesales para obtener la tutela judicial de su derecho. Esta tutela, para ser «efectiva» como exige el art. 24.1 de la Constitución, ha de ser expedita y fácilmente determinable, y no se puede obligar a un litigante a que averigüe y casi adivine en el conjunto del complejo ordenamiento procesal qué medios tiene para obtener la protección de sus derechos e intereses legítimos.

Basta con recordar brevemente los diversos caminos que para tal protección sugiere la Audiencia Provincial, el Ministerio Fiscal en este proceso y PROIISA para darse cuenta de la incertidumbre que existe a la hora de precisar que tenía o tiene que hacer el solicitante del amparo para hacer valer el derecho que alega.

La Audiencia entiende que procedía plantear demanda de menor cuantía, pidiendo la nulidad del contrato causal ante el Tribunal competente, a cuyo juicio hubiese debido pedirse la acumulación de autos del pleito de cognición. El Ministerio Fiscal considera dudosa esa solución y dice que el solicitante del amparo debió instar la nulidad del contrato ante el Tribunal competente, pero que prescindiendo de la acumulación de autos, hubiese podido solicitar el embargo preventivo de la cantidad a cuyo pago fuese condenado, y que incluso en el futuro puede entablar el juicio de nulidad, ya que la sentencia del Juzgado de

Distrito no tendría por qué producir efecto de cosa juzgada en el nuevo pleito. La representación de PROIISA afirma también que el recurrente puede pedir la nulidad del contrato causal ante el Tribunal competente y que pudo asimismo ejercitar en su momento otras defensas contra la acción entablada ante el Juez de Distrito, como la excepción de incompetencia de jurisdicción, por lo que, sostiene PROIISA, el recurrente no agotó la vía judicial como requiere el art. 44.1, a), de la LOTC. No puede hablarse ante esa variedad de autorizadas opiniones que existiese o exista un medio razonablemente exigible para que el solicitante del amparo satisfaga su derecho a la tutela judicial efectiva. Por la misma razón no puede estimarse el motivo de inadmisión consistente en no haber agotado el recurrente la vía judicial [art. 44.1, a)] que se acaba de citar y al que se aludió en un principio, pues este requisito para acceder al recurso de amparo se refiere a los medios procesales que razonablemente pueden ser conocidos y ejercidos por los litigantes, no a cualquiera que sea imaginable o posible, como ya ha dicho este Tribunal Constitucional (SS. 73/1982, de 2 de diciembre; R. A. 197, y 29/1983, de 26 de abril, R. A. 198/1982).

#### Plazo de presentación

S 26 diciembre 1983 (Sala 1.ª)  
(RA 379/81)

*Además de reiterar que los veinte días previstos para interponer el recurso de amparo son días hábiles, la Sala estima como posibles cauces de presentación, además de los normales, Registro del T. C. o Juzgado de Guardia de Madrid, el servicio de correos.*

**CONSIDERANDO:** «El Ministerio Fiscal, en su escrito de alegaciones, plantea con carácter previo la posible inadmisión del recurso de amparo derivada del incumplimiento del plazo fijado en el art. 43.2 de la LOTC. Las

fechas que figuran en el escrito de demanda ponen de manifiesto, sin embargo, que no concurre tal causa de inadmisión en el presente caso. En efecto, debe estimarse que el recurso se interpuso dentro del plazo de veinte días establecido en el mencionado precepto, si se tiene en cuenta que tales días han de conseguirse hábiles, como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en varias resoluciones (sentencias 14/1982, 50/1982 y 5/1983), y no naturales, como, por el contrario, sostiene el Ministerio Fiscal.

Bien es verdad que haciendo el cómputo con días hábiles el recurso tuvo entrada en el Registro de este T. C. el día siguiente al vigésimo hábil, pero también lo es que, como acredita el correspondiente cajetín del Servicio de Correos, en el día vigésimo fue presentado el escrito de demanda en una Estafeta de Madrid para su remisión a este Tribunal. A este respecto es de señalar que, si bien el cauce normal de presentación de los escritos a él dirigidos es el directo, en el Registro del mismo o el del Juzgado de Guardia de la capital donde tiene su sede no cabe, de acuerdo con el principio de interpretación más favorable al acceso jurisdiccional para la defensa de los derechos y libertades, al que este Tribunal se ha referido en varias ocasiones (sentencias 20/1981, 23/1981, 14/1982 y 21/1982), excluir otros cauces, como el del Servicio de Correos, que permitan tener constancia de la fecha en que es presentado el escrito en cuestión. Solución ésta que no es incompatible con la remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil, establecida en el art. 80 de la LOTC, ya que entre las materias reguladas en aquella Ley a las que ésta se remite no figura expresamente la que es objeto de nuestra consideración.»

## 2. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

### Objeto

S 5 abril 1984 (Pleno) (RI 189/82)

*No están excluidas del control abstracto de la constitucionalidad las normas legales que afectan a la delimitación de competencias.*

*A raíz de un recurso de inconstitucionalidad planteado por la Generalidad de Cataluña frente a la disposición adicional segunda y los arts. 1 y 7 de la Ley 1/1982 de 24 de febrero, por estimarlos contrarios al art. 148 (reglas 1, 17 y 1, 19) CE y a las competencias asumidas en los apartados 4.º y 31 del art. 9 del Estatuto, el Pleno del T. C. entra a examinar si la pretensión hecha valer por la Generalidad tiene encaje en un proceso de inconstitucionalidad en la modalidad de control abstracto.*

*Aunque el T. C. ha examinado anteriormente la delimitación de las conexiones existentes entre los objetos de los procesos constitucionales implicados en este caso, el recurso de inconstitucionalidad y el conflicto positivo de competencia, es la primera vez que lo hace desde la perspectiva de un recurso de inconstitucionalidad planteado contra una Ley de Estado. Resulta de interés, por tanto, reproducir aquí el razonamiento seguido por ese alto Tribunal.*

**CONSIDERANDO:** «En alguna de nuestras sentencias (puede citarse la de 28 de julio de 1981, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 13 de agosto) se ha dicho que el recurso de inconstitucionalidad es un medio de impugnación de una Ley, disposición normativa o acto con fuerza de Ley, que tiene por objeto inmediato la determinación de su inconstitucionalidad, sin que queden excluidas de su ámbito las normas que afectan a la delimitación de competencias [arts. 161.1, a), de la CE, y 31 de la LOTC], mientras que la finalidad del conflicto positivo de competencias es determinar el titular de éstas cuando con motivo de una disposición, resolución o acto se entiende que uno de sus titulares invade el ámbito competencial de otro. Podrá decirse que esta declaración y otras en la misma línea de pensamiento se re-

coge en sentencias que han puesto fin a recurso de inconstitucionalidad contra Leyes autonómicas y que respecto a ellas por la misma realidad de tratarse de ordenamientos particulares, o en otros términos vigentes tan sólo en una parte del territorio, el supuesto no es equiparable al caso de Leyes del Estado, emanadas, por tanto, de una competencia legislativa que es de carácter general, en la que propiamente no opera el límite territorial, y respecto de la cual, en el caso de competencias autonómicas, la norma estatal actuará como norma supletoria, y fuera de las competencias legislativas autonómicas, en aquellos territorios en los que no se hayan previsto tales competencias o no se hayan asumido como norma directa. Puede decirse que los supuestos son distintos, mas esto no puede llevar al proceso de conflicto las discrepancias con fondo competencial dirigidas contra Leyes estatales y al recurso de inconstitucionalidad las pretensiones que incorporando como fundamento sustancial un problema de competencias se promueven contra Leyes autonómicas. La distinción operará en el tratamiento de unas y otras Leyes; unas (las estatales), sin ámbitos limitados materialmente; las otras (las autonómicas), limitadas a determinadas materias, con lo que esto supone en orden a la validez en caso de excesos competenciales y comportará, respecto de aquéllas, particularidades con reflejo en las pretensiones a hacer valer y acaso en el contenido de la sentencia, mas no en el cauce procesal. No será legítimo la utilización del recurso de inconstitucionalidad con la finalidad de obtener declaraciones preventivas o previsoras ante eventuales agravios competenciales o interpretativos que pongan a cubierto de aplicaciones contrarias al orden de competencias establecido en la CE y, dentro del marco constitucional, en los Estatutos de Autonomía. Si la Ley estatal, por modo directo, entraña una violación de norma definidora de competencia, y esto ocurrirá junto a otros imaginables supuestos cuando se crea en

la Ley órganos a los que se asigna una competencia exclusiva y de ámbito estatal que desconoce de modo inmediato y directo competencias autonómicas, no podrá decirse que se utiliza indebidamente el instrumento procesal puesto a disposición de los legitimados para ello, con la pretensión de eliminar de la fórmula legal las proposiciones normativas vulneradoras de las reglas que integran también el bloque de constitucionalidad. Esto es lo que denuncia la Generalidad en el presente proceso, pues alega que la creación de un órgano colegiado encargado con carácter exclusivo y ámbito nacional de emitir informes acerca de las películas y consideradas «X» o de «arte y ensayo» (disposición adicional segunda de la Ley 1/1982) es contrario a las reglas definidoras de la competencia estatal y de la competencia autonómica. El proceso se contrae a esta disposición, y en lo que la Generalidad enlaza a través de las ideas de conexión o consecuencia, a los arts. 1.º y 7.º sólo en este extremo de calificación de películas, esto es, en el competencial de ejecución. Las reglas materiales de la Ley y otras que teniendo un carácter organizativo no se comprenden en el concreto ámbito de la calificación de películas, no son objeto de impugnación.»

S 2 diciembre 1983 (Pleno) (RI 116/83)

*El control parlamentario previsto para los Decretos leyes, no excluye el control jurídico por el T. C. (en su doble perspectiva de «confrontación del contenido del Decreto-Ley con la norma constitucional» y de «confrontación en orden a su regularidad dentro del marco de las limitaciones que dice el art. 86.1» de la CE), pero ello no significa que ese alto tribunal pueda «inmiscuirse en la decisión del gobierno», traspasando los límites que le impone su función y responsabilidad, y alterando, en consecuencia, el orden constitucional democrático.*

*La sentencia señalada, resolutoria del recurso de Inconstitucionalidad inter-*

*puesto contra el R. D. L. 2/1983, sobre expropiación de los bancos y otras sociedades del Grupo «Rumasa, S. A.», obliga al T. C. a aplicar su doctrina, sentada en anteriores resoluciones, en relación con el control de la constitucionalidad de los Decretos leyes, la cual queda sintetizada en los siguientes párrafos.*

**CONSIDERANDO:** «Al Decreto-ley no podrá ciertamente acudirse fuera de las previsiones del art. 86.1, y si se hiciera, quebrando con ello los supuestos del orden constitucional democrático, corresponderá al Congreso en la vía del art. 86.2 velar porque esto no sea así, sin perjuicio de que dentro de las coordinadas constitucionales y como control jurídico pueda residenciarse ante este Tribunal, tanto en una confrontación del contenido del Decreto-ley con la norma constitucional como —y aun con prioridad— en una confrontación en orden a su regularidad dentro del marco de limitaciones que dice el art. 86.1. Esta es la definición del Decreto-ley que este Tribunal ha hecho en otras sentencias anteriores, como son las de 31 de mayo de 1982 (que fue publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 28 de junio) y la de 4 de febrero de 1983 (publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 9 de marzo). Decíamos en la primera de las sentencias que acabamos de recordar que «el Gobierno podrá también dictar normas con rango de Ley en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad, pero esta posibilidad se configura, no obstante, como una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las Leyes y, en consecuencia, está sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de determinados requisitos que lo legitiman» (fdo. 1.º). Estos requisitos, añadía la sentencia, están recogidos en la CE (art. 86.1), configurando tres bloques definidos, que son el que se dicten exclusivamente para afrontar una situación de extraordinaria y urgente necesidad, el que no incidan en la materia vedada al Decreto-ley y el

que se sometan inmediatamente al Congreso. Sobre los dos primeros bloques se centra —en lo más importante de la impugnación— el debate y a ellos vamos a dedicar las consideraciones que siguen.»

*Dicha doctrina adquiere relieve en el caso de expropiación de Rumasa, en lo que se refiere a los límites de la fiscalización realizada por el T. C. En el presente caso la medida expropiatoria del gobierno responde a la necesidad de intervenir en una situación excepcional que, siguiendo la valoración de autoridades financieras, suponía un riesgo en potencia de desestabilización del sistema financiero.*

**CONSIDERANDO:** «Es, a esta situación, a la que el Gobierno dentro de los remedios sobre los que discurre el informe de la autoridad financiera, responde con la medida expropiatoria que el Decreto-ley acoge, sin que pueda pedirse a este Tribunal —en la hipótesis de la legitimidad constitucional de las alternativas consideradas— que invalidando la expropiatoria por una consideración apoyada en la bondad de cualquiera de las otras y de su carácter de menos incisivas o restrictivas de la propiedad o de más convenientes para el interés público excluye aquella, porque si a esto atendiera el Tribunal se trasladaría a él una responsabilidad que no corresponde a su función y entrañaría una injerencia en una decisión política que sólo al Gobierno —con el control parlamentario— corresponde.

### 3. CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD

**Objeto**

S 24 enero 1984 (Pleno) (CI 515/82)

*No corresponde al T. C. revisar la legalidad del trámite previo seguido ante el juez «a quo» con el fin de declarar el planteamiento de la cuestión.*

**CONSIDERANDO:** «La presente cuestión de inconstitucionalidad se plantea por el Magistrado de Trabajo en un litigio laboral por despido, al entender que la desigualdad de trato que establece el art. 56.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET) entre los trabajadores de Empresas con un número inferior y superior a 25, y entre tales Empresas puede ser contraria a la Constitución. Este es el fondo de la cuestión, para cuyo estudio es necesario examinar, con carácter previo, si ha sido o no bien planteada.

El Fiscal general del Estado sostiene, en relación con tal extremo, que el planteamiento no se ha ajustado al art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), el cual exige que el órgano judicial oiga a las partes antes de adoptar mediante auto su decisión al respecto. En este caso la parte a la que no se ha oído sería el Fondo de Garantía Salarial, el cual ha de ser llamado a juicio como parte en los procesos por despido ocurridos en Empresas de menos de 25 trabajadores, de acuerdo con el art. 143, último párrafo, de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL).

Para resolver este punto ha de tenerse en cuenta que el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad no permite hacer una revisión de la legalidad del procedimiento seguida, para determinar si las partes en el proceso son las que realmente debieron serlo de acuerdo con la legalidad vigente y las consecuencias a que conduciría una respuesta negativa. El Tribunal sólo puede rechazar la cuestión si no se cumplen las condiciones procesales, o es notoriamente infundada (art. 37.1 de la LOTIC), y en el presente caso la condición procesal de oír a las partes en el proceso se ha cumplido (art. 35.2 de la LOTIC), ya que el testimonio de las actuaciones recibidas no resulta que el Fondo de Garantía Salarial haya sido parte en el proceso, sin que corresponda a este Tribunal, en el seno de una cuestión de inconstitucionalidad, determinar si debió o no ser llamado como parte, y, en caso afirmati-

vo, las consecuencias a que puede conducir esta omisión.»

#### Requisitos de admisión

1) LA LEY OBJETO DE LA CUESTIÓN DEBE SER APLICABLE AL CASO (Art. 35.1 LOTC)

S 21 octubre 1983 (Pleno) (CI 174/82)

*Aunque generalmente el T. C. acepta la interpretación de la Ley, en virtud de la cual el juez «a quo» ha determinado los preceptos aplicables al caso, esto no ocurre cuando la misma resulta irrazonable.*

CONSIDERANDO: «Si la interpretación de la Ley que lleva al órgano proponente de la cuestión a determinar cuáles son los preceptos aplicables al caso ha de ser aceptada por este Tribunal, como ya dijimos, en cuanto no resulte irrazonable, no ocurre lo mismo con la que ya referida a éstos sirve de fundamento al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Esta, como juicio de inconstitucionalidad, lleva a un contraste entre normas y, como es evidente, es competencia de este Tribunal determinar si la norma legal que se le somete es la que efectivamente resulta de la interpretación necesaria del texto de la Ley.»

S 22 noviembre 1983 (Pleno) (CI 301/82)

*Son requisitos de admisión de la cuestión de inconstitucionalidad: 1) Aplicabilidad de la Ley a caso; 2) Relación de dependencia entre el fallo donde resulta aplicable la ley y su validez; 3) En la formulación de la cuestión el juez «a quo» debe fundamentar la posible inconstitucionalidad de la Ley y la relación de dependencia que mantiene con el fallo.*

RESULTANDO: «Para lo que aquí interesa, aparte las mentadas condiciones procesales —en las que no es pre-

ciso profundizar ahora—, son indudables requisitos de admisión de una cuestión de constitucionalidad los siguientes: 1) que la ley, cuya constitucionalidad se cuestione, sea aplicable al caso que deba decidir el Juez o el Tribunal proponente de la cuestión; 2) que el fallo que haya de dictarse en el proceso «a quo» dependa de la validez o falta de la norma cuestionada o, lo que es lo mismo, que exista una directa relación entre validez o invalidez de la norma y fallo a dictar; 3) que al plantearse o proponerse la cuestión se ofrezca una fundamentación suficiente de la inconstitucionalidad y de la relación entre la norma cuestionada y el fallo, fundamentación que no ha de estar constituida por una exposición exhaustiva de la totalidad de las razones que en el asunto puedan jugar, sino por aquellos argumentos que deban considerarse racionalmente suficientes para que la cuestión pueda ser tomada en cuenta o, como en otra sede dice la Ley de este Tribunal, que se justifique una decisión del Tribunal por poseer la materia un contenido constitucional. La norma seleccionada por el Juez, de la cual se cuestiona la constitucionalidad, ha de ser aplicable al caso que ante dicho Juez pende, y la estructura del razonamiento que conduce al fallo debe ser idónea en relación con el caso enjuiciado. No se exige, en cambio, que la norma cuestionada sea la única posible para resolver el caso, ni tampoco que el caso no pudiera resolverse por otras vías, con otras normas o con otros razonamientos, porque no compete a este Tribunal enjuiciar la fundamentación que el Juez «a quo» haya hecho más que en aquellos casos en que resulte notoriamente inadecuada en relación con lo que es generalmente admitido en derecho.»

S 24 febrero 1984 (Pleno) (CI 415/82)

*A los requisitos de admisión indicados en la sentencia anterior a esta que reseñamos el T. C. añade otro: la norma aplicable debe tener rango de Ley.*

CONSIDERANDO: «Conviene aquí recordar que, de acuerdo con las previsiones del art. 35.1 de la LOTC, para que el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad suscitada por un Juez o tribunal conduzca finalmente a un pronunciamiento en cuya virtud nuestro Tribunal proclame que una norma es o no contraria a la Constitución, es menester la concurrencia de un triple condicionamiento, a saber: a) que se trate de una Ley; b) que sea aplicable al caso, y c) que de su validez dependa el fallo.»

#### 4. CONFLICTOS DE COMPETENCIA Objeto

S 27 octubre 1983 (Pleno) (CC 178/83)

*La suspensión de la norma generadora del conflicto no equivale a su derogación, ni, por tanto, a la inexistencia del mismo.*

*En el conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno Vasco en relación con el Real Decreto 3087/1982, de la de noviembre, basándose en que en el mencionado texto normativo se invaden las competencias que corresponden a la Comunidad autónoma vasca en materia de enseñanza, el abogado del Estado alegó la inexistencia del conflicto planteado, «por haber sido dejado en suspenso indefinidamente el R. D. origen de conflicto». Dicha alegación mereció las siguientes apreciaciones del Tribunal.*

CONSIDERANDO: «La alegación del Abogado del Estado no puede ser tomada en consideración por este Tribunal. El Gobierno ha ejercido las competencias que estima le corresponden en el Real Decreto 3087/1982, origen del conflicto, cuya validez no ha sido puesta en cuestión por el de 16 de marzo de 1983, que viene a dejarlo en suspenso indefinidamente, sin que jurídicamente pueda equipararse tal suspensión a la derogación. Sin entrar a considerar las razones de la suspensión

que expone el Abogado del Estado y el propio Real Decreto, por ser de carácter pedagógico esencialmente, y, por tanto, ajenas al problema jurídico planteado, es lo cierto que en el momento actual el Real Decreto 3087/1982 forma parte del Ordenamiento Jurídico y, en consecuencia, que el Gobierno Vasco puede plantear legítimamente el conflicto para obtener que este Tribunal —de acuerdo con el art. 67 de su Ley Orgánica— declare la titularidad de la competencia controvertida y acuerde, en su caso, la anulación del mismo.»

S 29 noviembre 1983 (Pleno) (CC 171/83)

*El enjuiciamiento de un conflicto positivo de competencia presenta una doble dimensión: 1.º Examen de la constitucionalidad de «la disposición o resolución de que se trate»; 2.º Interpretar y fijar el orden competencial determinando las competencias que correspondan a uno y otros sujetos.*

*Al plantear el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña un conflicto positivo de competencia en relación con la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 12 de noviembre de 1982, aspecto sobre el que ya existía pronunciamiento, según verificaremos posteriormente, el Tribunal estimó conveniente realizar algunas consideraciones sobre el contenido y objeto de los conflictos de competencia cuyo interés aconseja reproducir el fundamento primero de la sentencia reseñada.*

CONSIDERANDO: «Los conflictos positivos de competencia suponen la existencia de una controversia entre el Estado y una Comunidad Autónoma (o bien entre varias de estas últimas) relativa al orden de competencias establecido en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía o en las leyes correspondientes, como indican los arts. 62 y 63.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal. Esta controversia puede plan-

tearse ante este Tribunal si el Gobierno considera que una disposición o resolución de una Comunidad Autónoma no respeta ese orden de competencias o si el órgano ejecutivo superior de una Comunidad Autónoma estima que tal orden se ve vulnerado por una disposición, resolución o acto emanado de la autoridad de otra Comunidad o del Estado.

Son dos, pues, los aspectos de un conflicto positivo de competencia. Por un lado, consiste en la determinación de la legalidad o ilegitimidad constitucional de la disposición o resolución concreta de que se trate; por otro, consiste en la interpretación y fijación del orden competencial y en la determinación de qué competencias pertenecen a qué sujetos, yéndose así más allá de la mera solución del caso concreto origen del conflicto o controversia. Por este motivo, el art. 66 de la LOTC prevé una doble dimensión de la sentencia constitucional en caso de conflicto. Esta sentencia debe «acordar, su caso, la anulación de la disposición, resolución o actos que originaron el conflicto en cuanto estuvieren viciados de su competencia»; y, además, debe efectuar un pronunciamiento más general, relativo al orden competencial, ya que, como señala el mismo artículo, en su primer inciso, «la sentencia declarará la titularidad de la competencia controvertida». Se trata así de la resolución de una controversia mediante la determinación del titular de una competencia, determinación que precisará la legitimación constitucional de su ejercicio más allá del caso concreto que dio lugar al conflicto.»

#### Requisitos de admisión

S 2 febrero 1984 (Pleno) (CC 241/82)

*En ningún momento el no reaccionar ante un acto vulnerador del orden competencial contemplado en la Constitución o en los Estatutos de Autonomía equivale a la renuncia por parte del titular de las competencias.*

*En el conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno Vasco, en relación con el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autoriza a la Comunidad Autónoma del País Vasco para emitir deuda pública por un importe de 5.250 millones de pesetas, el Abogado del Estado suscitó tres obstáculos jurídicos sobre la admisibilidad de ese conflicto, que dieron ocasión al T. C. a pronunciarse sobre cuestiones relativas al ámbito y objeto de los conflictos de competencia, como la señalada en el enunciado. Al respecto el T. C., reiterando la doctrina mantenida en otras resoluciones, señaló lo siguiente.*

**CONSIDERANDO:** «Pero también es cierto que, según la reiterada doctrina de este Tribunal citada por la Abogacía del Estado, la indisponibilidad de las competencias hace imposible entender que la tácita aquiescencia de su titular a un acto ajeno que las desconozca o vulnera pueda ser entendida como renuncia, de manera que esa misma competencia puede ser por tanto reivindicada en el futuro, en los plazos y en la forma que la LOTC establece, con ocasión de cualquier otro acto que implique su ejercicio, aunque este nuevo acto no sea sino derivación o consecuencia de aquél frente al que no se reaccionó oportunamente.

La misma razón de la indisponibilidad de las competencias derivadas de preceptos constitucionales o de los dictados dentro del marco constitucional para su delimitación impide que sea atendible la segunda objeción apuntada por el Abogado del Estado, referente a si el silencio e incluso el voto conforme del Consejero de Economía y Hacienda del Gobierno Vasco al sometimiento a la autorización del Gobierno del Estado de la emisión de deuda de la Comunidad Autónoma Vasca pudieron representar un acto propio imputable al Gobierno Vasco contra el que éste no podría venir.»

*En un conflicto entre entes no resulta indispensable que el ente que plantea el conflicto recabe para sí la competencia ejercida por otro.*

**CONSIDERANDO:** «Pero en el conflicto entre entes no resulta indispensable que el ente que plantea el conflicto recabe para sí la competencia ejercida por otro; basta con que entienda que una disposición, resolución o acto emanados de otro ente no respeta el orden de competencias establecido por la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las Leyes Orgánicas correspondientes, y, en el caso de las Comunidades Autónomas, además, que tal disposición, resolución o acto afecten a su propio ámbito de autonomía (arts. 62 y 63 de la LOTC), condicionando o configurando de forma que juzga inadecuada las competencias que en virtud de esa autonomía ostenta.»

*De acuerdo con la Constitución y la LOTC, el T. C. sólo podrá conocer de los conflictos surgidos entre el Estado y las Comunidades, pero no de los que puedan suscitarse entre el Estado y los territorios históricos del País Vasco u otra entidad local, al ser distintas las fuentes de las que nacen las competencias de unos y otros.*

**CONSIDERANDO:** «Si fuera lícito, como pretende el representante del Gobierno Vasco, deducir el contenido y límites de las competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de emisión de deuda pública a partir de las atribuciones que en tal materia corresponden a sus territorios históricos, sería preciso que este T. C. se pronunciase sobre las segundas, a efectos de resolver sobre los primeros. La delimitación de las competencias de los territorios históricos en dicha materia constituiría una cuestión prejudicial con respecto al conflicto de competencia, por lo que el T. C. sería competente para conocer de ella, a tenor del art. 3.º de su Ley Orgánica.

Pero, como se verá más adelante, no existe la pretendida conexión lógica

entre las competencias de los territorios históricos en materia de endeudamiento público y las que puedan corresponder a la Comunidad Autónoma Vasca en lo referente a la emisión de su propia deuda pública. Por lo que no corresponde al T. C. en el presente conflicto de competencia pronunciarse sobre la pretendida exoneración de autorización estatal de los territorios históricos para emitir deuda pública. A tenor de los arts. 161.1.c) y 59 y siguientes de la LOTC, el T. C. debe entender de conflictos de competencia que puedan suscitarse entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pero en modo alguno de los que puedan surgir entre el Estado y territorios históricos del País Vasco o cualesquiera otras entidades locales.»

#### Efectos

S 29 noviembre 1983 (Pleno) (CC 171/83)

*Desaparece de manera sobrevenida la controversia competencial, cuando el Tribunal fija en una resolución la titularidad discutida, en relación con otros conflictos promovidos sobre las mismas disposiciones o actos dictados en el ejercicio de la competencia cuya titularidad ha sido resuelta.*

*Según hemos indicado, la sentencia arriba señalada tiene origen en un conflicto positivo planteado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, cuya «controversia competencial ya había merecido un pronunciamiento del Tribunal». El Pleno en el fundamento segundo, aún sin entrar en el caso concreto, efectúa la siguiente reflexión sobre los efectos de las sentencias resolutorias de conflictos positivos de competencias.*

**CONSIDERANDO:** «Segundo. La decisión al respecto del Tribunal, como indica el art. 61.3 de su Ley Orgánica, vinculará a todos los poderes públicos y tendrá plenos efectos frente a todos. Como consecuencia, una vez declarada

la titularidad de la competencia de que se trate, desaparece su carácter controvertido, por lo que el ejercicio de esa competencia quedará, tanto respecto a la disposición que dio lugar al conflicto como en ulteriores ocasiones en que tal competencia pueda ejercerse, atribuido y reservado al titular que la sentencia señale en virtud de la interpretación que el Tribunal lleve a cabo de las normas reguladoras del reparto competencial.

El ejercicio de una competencia por el Estado o por las Comunidades Autónomas puede traducirse en una pluralidad de actuaciones concretas cuya legitimidad o ilegitimidad, a los efectos que tratamos, dependerá de si efectivamente quien las lleva a cabo es el titular de esa competencia. De esta suerte, una vez declarada por el Tribunal tal titularidad, desaparece la controversia a ella relativa, y como consecuencia la controversia respecto a la legitimidad competencial de las disposiciones dictadas, o que pueden dictarse, en su ejercicio. Por ello, si se hubieran planteado diversos conflictos en relación con disposiciones o actos dictados con ocasión del ejercicio de una misma competencia cuya titularidad se discute, la fijación de la titularidad en la resolución de uno de estos conflictos representa la desaparición sobrevenida de la controversia competencial en los demás casos planteados sobre idéntico tema entre los mismos sujetos, pues la eficacia de las sentencias del T. C. resolutorias de conflictos de competencia se extiende, más allá del caso concreto planteado, a todos aquellos en que se hubiera planteado idéntica diferencia sobre el orden competencial.»

S 23 mayo 1984 (Pleno) (CC 74 y 653/83)

*Aplicación del art. 66 de la LOTC en cuanto a las situaciones de hecho o de derecho creadas al amparo de la disposición, resolución o acto anulados.*

*En los conflictos positivos de competencias contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del notariado de 18 de octubre de 1982 y de 6 de mayo de 1983, por las que se nombra Registradores de la Propiedad en resolución de concurso ordinario, el T. C. decidió declarar que dicho nombramiento corresponde a la Comunidad Autónoma de Cataluña, por lo que anuló las resoluciones anteriormente citadas, disponiendo, de acuerdo con el art. 66 de la LOTC, en relación con los Registradores nombrados, lo siguiente.*

**CONSIDERANDO:** «En el presente caso, el equilibrio de los intereses en juego aconseja que las situaciones creadas no se destruyan en mayor medida de lo que exija la competencia reconocida a la Generalidad. Por lo que se refiere a la situación jurídica de los Registradores afectados, dicho equilibrio, dado el carácter de la competencia estatutaria y el régimen de provisión de vacantes, se logra manteniendo dicha situación, condicionada a la ulterior decisión que la Generalidad de Cataluña adopte en el ejercicio de su competencia. En cualquier caso, las incidencias derivadas de la ejecución de esta sentencia podrán plantearse ante este T. C., quien resolverá, en su caso, de conformidad con el art. 92 de la LOTC.»

## PROCESAL INTERNACIONAL

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ  
Abogado

### SUMARIO:

1. Competencia internacional: AT Palma de Mallorca S 18 de enero de 1984. — 2. Arraigo en juicio: AT Burgos S 14 de febrero de 1983. AT Barcelona A 29 de diciembre de 1983. — 3. Comisiones rogatorias: AT Barcelona A 20 de febrero de 1984. — 4. Documentos públicos extranjeros: TS (Sala Primera) S 4 de octubre de 1982. — 5. Arbitraje internacional: TS (Sala Primera) A 10 de febrero de 1984. TS (Sala Primera) A 26 de abril de 1984. — 6. Exequatur de sentencias extranjeras: TS (Sala Primera) A 26 de enero de 1983. TS (Sala Primera) A 24 de mayo de 1983. — Contravalor en pesetas: Deuda en moneda extranjera: AT Barcelona S 13 de octubre de 1983. — 8. Exequatur de sentencia matrimonial canónica: TC S 83/1983, de 8 de noviembre.

### 1. COMPETENCIA INTERNACIONAL

AT Palma de Mallorca S 18 enero 1984

**CONSIDERANDOS:** Que por el apelante se propugna el conocimiento y resolución de la cuestión conflictiva por parte de los Tribunales españoles, apoyando su pretensión bien en la condición de nacional español del recurrente (demandante originario en el juicio declarativo de mayor cuantía en cuyo seno se suscitó la cuestión incidental sobre declinatoria de jurisdicción que ahora se resuelve en grado de apelación), bien en la sumisión tácita del recurrido, como consecuencia de ciertos actos que luego se examinarán. Es de advertir, ante todo, que el principio genérico contenido en el art. 51

de la Ley de Enjuiciamiento Civil no cabe entenderlo en términos absolutos o ilimitados, sino que disponiéndose que la jurisdicción «ordinaria» es la única competente (con exclusión, por consiguiente, de cualesquiera otros órganos españoles, jurisdiccionales o no) para conocer de cualquier controversia civil suscitada en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros, debe ser integrada por cuantas disposiciones la complementan; y así reviste particular importancia lo establecido en el art. 70 de esa misma Ley, en el que se condiciona la aplicación y eficacia de las prescripciones que en materia de competencia se regulan con anterioridad a ese mismo precepto (arts. 51 a 69 de la mencionada Ley) a lo regla-

mentado en «las Leyes del Reino o en los Tratados con otras potencias», y ello desde luego cuando el litigio afecte a extranjeros que sean demandantes y demandados. Por consiguiente, se hace necesario acudir a la normativa reguladora de estas cuestiones, constituida por el Real Decreto de extranjería, de 17 noviembre 1852, en cuyos artículos tercero a quinto se determina la condición de extranjero domiciliado o transeúnte en su capítulo III (en especial, los arts. 29 a 33) se regulan sus derechos y obligaciones procesales. Por tanto, es presupuesto necesario —antes de determinar los derechos y obligaciones procesales concretas a que se hallan sujetos los extranjeros— de limar su condición de «domiciliado» o de «transeúnte»; y así se considera domiciliado a aquel extranjero que se halle establecido en España con casa abierta o residencia fija o prolongada por tres años, y bienes propios o industria y modo de vivir conocido en el territorio de la Monarquía (art. 4), mientras que será reputado transeúnte a todo aquél que no tenga una residencia fija en tales condiciones. En el presente caso, y por lo que concierne al actor originario, José, se autoconsidera de nacionalidad francesa en la demanda que inició el litigio, señalando como su domicilio el de una ciudad francesa, cosa que reitera al otorgar el poder general para pleitos, en el que además consta haber exhibido un documento de identidad expedido por órganos administrativos franceses, sin que con posterioridad, a lo largo de la sustanciación del incidente, haya acreditado en manera alguna su condición de español: consiguientemente, ante esa falta de demostración, debe seguirse la conclusión de que es extranjero no domiciliado en España; en cuanto al inicialmente demandado, promotor de este incidente, es indudable su condición de extranjero y, debido a no constar ninguno de los casos normativamente previstos para otorgarle la condición de domiciliado, debe ser reputado transeúnte al ser propietario de un apartamento en zona turística y

veranlega; así queda confirmado tanto en virtud de las manifestaciones de su oponente al instar un cautelar embargo preventivo cuanto de su imposible localización en dicha vivienda fuera de la temporada estival (tal y como ocurrió al tiempo de su emplazamiento, durante el mes de marzo). Prefijada así la condición de extranjeros de ambos contendientes, debe acudirse a las disposiciones reguladoras de sus derechos y obligaciones procesales. Se preceptúa, de un lado, la sujeción de los extranjeros domiciliados o transeúntes a las leyes y Tribunales españoles —caso en que indudablemente se encuentra el originariamente demandado, por ser extranjero transeúnte— «para el cumplimiento de las obligaciones que contraigan en España, o fuera de España, siempre que sean a favor de súbditos españoles» (art. 29 del Real Decreto antes citado): ninguno de estos supuestos es el aquí contemplado, puesto que la trama litigiosa viene estructurada en base a un préstamo concedido en Francia por el actor al demandado y, por tanto, ostentando el crédito derivado de dicha relación contractual un acreedor que no tiene la condición de súbdito español, es imposible subsumir tales hechos en aquella norma. De otro lado, se otorga derecho a los extranjeros domiciliados y transeúntes a recabar tutela de los Tribunales españoles para exigir el cumplimiento de obligaciones contraídas en España o que deban cumplirse en España o cuando versan sobre bienes sitos en territorio español (art. 32 del mencionado Real Decreto): tampoco cabe hacer aplicación de esta disposición en tanto que ni de la narración fáctica del actor ni de la documentación acompañatoria resulta el más mínimo indicio de que el préstamo fuese concertado o debiese ser cumplido en España, sino que muy al contrario. Así pues, la conjugación de aquellos presupuestos sobre nacionalidad y de estas disposiciones sobre derechos y obligaciones procesales de los extranjeros domiciliados o transeúntes en España imposibilita atender las reclamaciones

formuladas ante los Tribunales españoles: no existe ningún punto de conexión que autorice, de acuerdo con la normativa española, a conocer, resolver y ejecutar, en su caso, lo que es objeto de litigio (S. del T. S. de 11 julio 1970). Aunque es principio del ordenamiento jurídico español —reconocido incluso en el art. 13 de la Constitución— el de la igualdad de derechos entre españoles y extranjeros (art. 27 del Código Civil), ello siempre está condicionado a lo dispuesto en leyes especiales y en los Tratados, por lo que excluyéndose el presente supuesto —reclamación de un francés a otro francés en virtud de una relación jurídica contraída en su país y cuyo cumplimiento debe exigirse en éste— de las hipótesis previstas en el Real Decreto de extranjería, ninguna intervención pueden tener los Tribunales españoles.

Que habiéndose aducido también, como efecto vinculador de los Tribunales españoles, un acto de sumisión tácita del originariamente demandado (art. 58, núm. 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), como consecuencia de una comparecencia que efectuó personalmente ante el órgano judicial tramitador del litigio, debe ser igualmente desatendida tal alegación. En efecto, las prescripciones contenidas en los arts. 51 y siguientes de la Ley procesal son únicamente aplicables cuando así lo autoricen las leyes españolas o los tratados internacionales (art. 70 de dicha Ley procesal): por consiguiente, la eficacia de esos preceptos procesales está siempre condicionada, según ya se ha dicho, a lo dispuesto en las prevalentes y excluyentes disposiciones sobre extranjería. No cabe, pues, la sumisión tácita ni, en general, la aplicación de ninguna otra norma procesal en materia de competencia si previamente no se cumplen los requisitos necesarios para que puedan ser actadas: las normas procesales españolas tienen, desde luego, eficacia a efectos meramente internos y sólo pueden trascender al extranjero cuando se den aquellos presupuestos legales en mate-

ria de extranjería. No obstante, aun cuando se desconocieran estos razonamientos, no podría llegarse tampoco a una solución diferente, pues el tenor del número segundo del aludido art. 58 constriñe la eficacia de la sumisión tácita a la realización de cualquier gestión que, siendo distinta de la interposición de la declinatoria, se efectúe «después de personado en el juicio». La comparecencia que a título personal, sin intervención de Letrado ni de procurador, efectuó el inicialmente demandado, además de revestir unos caracteres anómalos y procesales —ajenos por tanto, a la ordenación procesal del juicio de mayor cuantía y como tal ineficaz—, tuvo lugar antes de haberse personado en debida forma, por lo que en manera alguna se dan cuantos requisitos son necesarios para que esa sumisión tácita pueda producirse, con lo que decae la cuestión suscitada por el apelante.

*La resolución aborda el tema de la competencia internacional de los Tribunales españoles cuando el litigio se plantea entre dos extranjeros. De su lectura se confirma una vez más la insuficiencia del art. 51 LEC como regla de competencia internacional de los Tribunales españoles. En efecto, conviene recordar que este artículo fue una consecuencia directa del Decreto de Unificación de Fueros de 6 diciembre 1868, que suprimió, entre otros, el fuero de extranjería y en consecuencia encomendó a los Tribunales ordinarios el conocimiento de los litigios con elemento extranjero. Al no existir en nuestras leyes procesales otra norma que regule la competencia internacional de los Tribunales españoles, no es extraño que los arts. 51 y 70 LEC se hayan utilizado con esa finalidad. Dada la redacción de dichos artículos, las lecturas que de ellos se han hecho son de lo más dispar y de ahí que no exista una línea jurisprudencial unitaria sobre la materia.*

*La sentencia aclerta en cuanto a que no es posible entender el art. 51 LEC como autorizando una competencia in-*

ternacional ilimitada de los Tribunales españoles. Pero, en mi opinión, yerra cuando va a buscar los argumentos al derogado Real Decreto de Extranjería de 17 noviembre 1952. La verdad es que la tentación no es nueva y a ello ha contribuido la propia jurisprudencia del T. S. (Vid. por todos GUASP, Comentarios..., I, págs. 290 y ss.; CORTÉS, Derecho Procesal Civil Internacional, Madrid, 1981, págs. 9 y ss.) Pero tal vía de fundamentación creo que debe abandonarse definitivamente. Es mucho más sensato y más clarificador, mientras no exista una norma expresa que regule la competencia internacional, acudir, como lo hace la propia resolución a la búsqueda de elementos de conexión que justifiquen la intervención de los Tribunales españoles. Son estos elementos de conexión los que en definitiva justifican la competencia de los Tribunales españoles. En el caso concreto, por analogía, hubieran podido servir de catálogo de criterios de competencia internacional los previstos en el Convenio hispano-francés de 28 mayo 1969, art. 7.

Por la misma razón tampoco considero acertados la primera parte de los razonamientos sobre el alcance de la sumisión tácita para fijar la competencia internacional de los Tribunales españoles. La sumisión, si existe, es algo que indudablemente no debe permitir cuestionar la competencia internacional. Otra cosa es que, como parece en el caso de autos, no haya habido verdadera sumisión tácita.

## 2. ARRAIGO EN JUICIO

AT Burgos S 15 febrero 1983

**CONSIDERANDOS:** Que paladinamente manifestada por la misma demanda la nacionalidad estadounidense de todos los actores, resulta vano el actual intento de éstos para desvirtuar una calidad tan estrictamente personal mediante la incongruente referencia a una circunstancia de índole real, cual la ubicación en España de las fincas reivindicadas —sólo operante, acaso, en

el ámbito jurídico material de la acción ejercitada— o la nacionalidad española de su hereditario causante dominical, obviamente ajena al contenido de su invocada herencia y no transmitida a sus sucesores que siguen ostentando la extranjería a que efectivamente se atienden, como queda dicho, cuando, en la demanda, concretan sus respectivas menciones identificatorias.

Que sentado así, en su aspecto subjetivo, el presupuesto fáctico de la norma formulada por el art. 534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conviene precisar, en cuanto atañe a sus elementos objetivos, que por entrañar la norma una patente excepción al principio de igualdad entre españoles y extranjeros, proclamado con carácter general en el art. 27 del Código Civil, ha de merecer, en su aplicación, un tratamiento restrictivo más acorde, por otra parte, con el devenir, en el ámbito de las relaciones internacionales, de la realidad social a que se remite, con fundamental relevancia interpretativa, el art. 3 del propio código, por donde sólo habrá de reputarse oportuna la desfavorable discriminación procesal del extranjero si el ordenamiento jurídico imperante en su propia nación previene otra equivalente para los españoles, en hipótesis que avalará la equitativa operatividad de un estricto principio de reciprocidad a que, en definitiva, se remite expresamente la glosada norma cuya textual literalidad únicamente impone el arraigo del juicio al extranjero «en los casos y en la forma que en la nación a que pertenezca se exigiere a los españoles», con lo cual dicho se está que la comprobada propiedad de los actuales demandantes sobre bienes inmuebles radicados en territorio español no bastaría —como viene alegando su defensa— para eximirles, sin más, de la adecuada caución si, pese a ello, la correspondiente normativa foránea la exigiera en igual circunstancia a los ciudadanos españoles.

Que aun desechadas, en los razonados términos, las objeciones opuestas

por los demandantes, la efectiva virtualidad de la excepción dilatoria alegada por los demandados, aquí apelantes, requiere una positiva demostración de sus aludidos componentes objetivos y, por tanto, de la existencia y contenido de la norma extranjera invocada en su apoyo, cuya probanza incumbe a los mismos alegantes, según opinión doctrinal y jurisprudencial que, unánimemente establecida de antaño, viene corroborada ahora por expresa disposición del art. 12 del Código Civil, siendo lo cierto que, en el presente caso, no ha llegado a alcanzarse semejante demostración ni siquiera con los esfuerzos averiguatorios que, de oficio y ateniéndose al mencionado artículo, puso en juego el Juzgado *a quo*, cuyos fallidos intentos han de redundar en procesal detrimento de los demandados sobre quienes pesaba —ha de insistirse— la carga probatoria al respecto; ello, amén de que el propio planteamiento de la excepción, en los escritos interpositivos del incidente, aquejaba, ya de principio, una radical inconsistencia por cuanto, a tenor de lo dicho, la discriminación procesal de los extranjeros sólo es operante cuando el ordenamiento jurídico de su país la establezca para los españoles y si, en aquellos escritos, se argüía que la legislación estadounidense impone la caución de arraigo incluso a los propios súbditos de los Estados Unidos es claro que, lejos de todo distingo —por razón de nacionalidad—, profesaría un criterio enteramente igualitario, en cuya virtud la exigencia que, en su caso, hayan de soportar los españoles no implicaría excepción alguna obediente a su calidad de tales o de extranjeros, sino al imperio de una regla general absoluta que clamaría por la correlativa aplicación en España, aun tratándose de ciudadanos estadounidenses, de la correspondiente regla general no exigente de la caución aquí pretendida.

Que, por lo demás, resulta improcedente —a los efectos de este incidente— involucrar, en el caso, los eventuales perjuicios que la acordada anotación

preventiva de la demanda pudiera ocasionar a los demandados, quienes al invocarlos vienen a confundir un presupuesto procesal de admisibilidad de la demanda, como es la caución de arraigo en juicio, con un requisito, judicialmente potestativo, de viabilidad de la misma anotación, cual es la caución prevista para ella en el art. 139 del Reglamento Hipotecario y cuya ausencia —caso de haberla reputado oportuna el juzgador— sólo determinaría la denegación de la propia anotación o, a lo sumo, su extintiva cancelación, siendo, en cambio, irrelevante respecto a la admisión a trámite de la demanda cuyo curso siempre podría continuar, abstracción hecha de que mediara o no su preventiva anotación o de que se cumplieran u omitieran los requisitos a ésta concernientes.

Finalmente, que la falta de práctica, en la primera instancia del incidente, de alguna de las pruebas propuestas y admitidas, no pudo engendrar otro efecto que el previsto en los arts. 893 y 861 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero, en modo alguno, la nulidad de actuaciones tímidamente insinuada por los apelantes en la vista de este recurso que, por último, tampoco resulta atendible en cuanto al acuerdo que la resolución apelada contiene sobre la inmediata persecución de las actuaciones principales, pues si el art. 539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone —como así se alega por los apelantes— que ello sólo ha de acordarse a instancia del actor, esta norma debe entenderse derogada por el Real Decreto de 2 abril 1924 en cuanto consagra el principio de impulsión de oficio.

*La aplicación de la regla de la carga de la prueba en perjuicio de excepcionante, a falta de demostración del derecho extranjero vigente en Estados Unidos respecto del arraigo, aunque no es justificable (Vid. mi estudio La prueba del derecho extranjero, RJCat., 1980, pág. 673), queda en este caso atenuada por la investigación de oficio que el*

*Tribunal afirma haber realizado con resultados igualmente infructuosos. A destacar el tenor de la resolución favorable a la no exigencia de arraigo.*

*Tampoco constituye la caución de arraigo un presupuesto de admisibilidad de la demanda, como es obvio.*

*Ref. bibliográfica: MONFORT, La caución de arraigo en los Estados Unidos, RT 1983, pág. 641.*

AT Barcelona A 29 diciembre 1983

**CONSIDERANDOS:** Que como preludio al planteamiento de la concreta cuestión que es objeto de este recurso, se han puesto en tela de juicio otras más generales que por afectar también a la mencionada, deben ser objeto de examen, aunque sólo sea para situar en su debido puesto aquello que debe resolverse aquí; y es por ello que no resulta ocioso plantearse ahora, en primer lugar si caben o no las excepciones dilatorias en este proceso especial de nulidad de propiedades industriales; en segundo, cuál es el tratamiento procesal que debe darse en su caso a dichas excepciones; en tercero, si la llamada caución de arraigo tiene o no cabida en esta clase de procedimientos, y en último extremo si se dan en el caso presente los supuestos necesarios para poder exigir al actor la fianza previa prevista por el art. 534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil;

Que las respuestas a este múltiple cuestionario deben partir de la base inicial de que el procedimiento de anterior cita, tuvo su entrada en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo con el fin de cohesionar en cierto modo los aspectos administrativos y civiles de este tipo de propiedades especiales, sino con la idea, tan buscada en los proyectos de reforma de Ruiz Capdepon y de 1918 para la Ley de Enjuiciamiento Civil, de conseguir a través del sistema de la instancia única, un procedimiento ordinario más breve y dinámico que fuese orillando los incon-

venientes de nuestros clásicos procedimientos declarativos pues no hay que olvidar, que, pese a pequeñas innovaciones procesales introducidas por la Ley de Propiedad Industrial de 1902, el procedimiento a seguir en casos de reclamaciones de cualquier clase respecto de dicha propiedad especial, era el ordinario de mayor cuantía, que sigue actuándose aún hoy cuando a las cuestiones de nulidad se agregan otras de contenido más marcadamente económico como son las que se refieren a indemnizaciones de daños y perjuicios, u otras más complejas aún, a pesar de lo adelantado por las dos importantes sentencias del T. S. de 23 septiembre 1932 y 22 junio 1961;

Que bueno será también dejar constancia de que el procedimiento previsto por el art. 270 del vigente Estatuto de la Propiedad Industrial, resulta fragmentario e incompleto, con clara remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil, para la solución de las lagunas que se puedan apreciar, pues así lo expresa la regla 13.<sup>a</sup> del indicado art. 270 de dicha Ley especial, pero que un elemental criterio interpretativo que, parte de la idea de agilización de trámites aquí perseguida y de la mayor brevedad del procedimiento ordinario que quiso ensayarse como sistema piloto a experimentar para el futuro, obligan a seleccionar las normas a adoptar para caso de laguna legal, de entre las más adecuadas a esos principios, sin olvidar la estructura de instancia única adoptada, que presupone que el Juez, a quien podría calificarse de instructor, no tiene atribuidas facultades decisorias más que a lo sumo para cuestiones de trámite y que es la Audiencia la que está llamada a resolver las pretensiones trascendentes del proceso;

Que dentro ya de los temas planteados, cabe observar que ninguna norma especial de las contenidas en el art. 270 de constante cita, se opone al planteamiento de excepciones dilatorias, dentro de este procedimiento, pero que sí

se recuerda que el Juez de instancia no es el llamado a decidir las cuestiones que planteen las partes en terreno que puede ser trascendente para el objeto del proceso, habrá que pensar que el sistema adecuado para solventarlas debe ser el que tiene previsto a tal efecto el ordinario de menor cuantía, de tal suerte que las partes demandadas podrán plantear en sus escritos de contestación, todas las excepciones tanto dilatorias como perentorias que les acomode, pero la admisión o rechazo de las mismas no deberá seguirse a través de un trámite incidental sino de la consideración final que de todas las cuestiones debe hacerse en la sentencia que ponga fin al litigio;

Que ciertamente no existe en la Ley norma alguna concreta de tipo procesal que sugiera ese concreto camino, pero aparte cuanto se ha dicho, y aunque sea a título casi anecdótico, cabe mencionar que el párrafo segundo del art. 272 del Estatuto, después de hablar en el primero del papel sellado a utilizar en esta clase de procesos, indica concretamente que los derechos de los Secretarios judiciales, Secretarios de Audiencia, Oficiales de Sala, y demás Auxiliares y Subalternos de la Administración de Justicia, serán los que los Aranceles respectivos señalen para los juicios de menor cuantía, precepto que, aun superado en todo su contenido por disposiciones que le han dejado sin efecto para la finalidad impositiva y recaudatoria a que se refería, constituye un claro exponente del concepto que a tales fines merecía el legislador;

Que este criterio, no estabilizado aún en doctrina jurisprudencial suficiente, no debe impedir mientras tanto la tolerancia de las situaciones creadas bajo otros pareceres utilizados por distintos Juzgados y Tribunales, tanto en procedimientos de esta clase, como en los homólogos de instancia única de impugnación de acuerdos sociales, creado con posterioridad de suerte que no puede hablarse hoy en día de vicio de nu-

lidad, apreciable de oficio en actuaciones que no han seguido el primero, aunque sea deseable vaya unificándose la doctrina y la jurisprudencia en torno a éste o a otro criterio que resulte más adecuado; y ello obliga, aunque represente una contradicción con lo que va por delante, a enfrentarse con el problema concreto a que este recurso se refiere, aunque venga a conocimiento de la Sala después de haberse pronunciado el Juzgado acerca de la cuestión planteada;

Que a tal respecto es de observar que la llamada excepción de arraigo en juicio constituye en el fondo una medida cautelar impropia que, contrariamente a las demás previstas con tal carácter por la Ley, no protege al actor frente a la posible ineficacia de su pretensión si el deudor resulta insolvente, sino que se reconoce en favor del demandado en previsión de que su interlocutor, extranjero respecto del país y sin solvencia acreditada aquí, sea condenado en las costas del juicio siempre de acuerdo con el principio de reciprocidad de lo que la nación a que pertenezca exija a los españoles;

Que de la escasa aplicación de dicho supuesto previsto por el art. 534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, da idea la circunstancia de que el T. S. sólo se ha pronunciado sobre el mismo en cuatro ocasiones: Sentencia de 5 mayo 1882, Auto de 10 junio 1893, Auto de 8 junio 1904 y Sentencia de 13 mayo 1965, aparte la de 13 octubre 1881, que se refería a la Ley procesal de 1855, ninguna de cuyas resoluciones se refiere a casos de propiedad industrial pero que coinciden en rechazar los correspondientes recursos de casación interpuestos ante la desestimación de dicha dilatoria;

Que asimismo es de observar, de acuerdo con lo anticipado en el Considerando séptimo de esta resolución que el arraigo del juicio puede ser hoy considerado como una caución o fianza que ante la realización de determinados actos procesales, tienda a garan-

tizar los posibles perjuicios materiales derivados del acto concreto, en cuyo sentido es de observar que el art. 273 del Estatuto de la Propiedad Industrial prevé paralelamente una serie de cautelas protectoras de la patente más antigua, tanto respecto del demandante como del demandado, que incluyen un párrafo tercero de bastante amplitud en el que se faculta además al Tribunal para adoptar aquellas medidas que estime convenientes para no perder los elementos de investigación y responsabilidad sumarial, con la adición de un cuarto apartado en el que se dice que las disposiciones de todo el referido artículo son de aplicación a todas las modalidades de la propiedad industrial;

Que ante tales principios revalidados en la Sentencia del T. S. de 13 mayo 1965 antes citada, expresivos todos ellos de la amplitud de criterio en que pueden desenvolverse los Tribunales en torno a esta solicitada caución, es de estimar improcedente en este caso la exigencia de un afianzamiento distinto al ofrecido por la parte actora en el proceso principal, con especial desestimación de la excepción al efecto planteada.

*En esta interesante resolución se plantea el problema general de la posibilidad de esgrimir excepciones dilatorias en los juicios del art. 270 del Estatuto de la Propiedad Industrial de 26 julio 1929, que, como se sabe, es uno de los pocos juicios de instancia única en nuestro derecho. En particular, la excepción alegada era la de arraigo en juicio. La solución de la sentencia es correcta, pero seguramente podría discutirse la argumentación de que no es posible solicitar una caución de arraigo cuando ya hay otras cautelas exigibles, como la que fija el art. 273 EPI. Cada cautela responde a una finalidad y presupuestos distintos y a priori no puede decirse que sean incompatibles.*

### 3. COMISIONES ROGATORIAS

AT Barcelona A 20 febrero 1984

**CONSIDERANDOS:** Que el recurso de reposición que se interpuso contra la Providencia que dictó el Juzgado el 24 noviembre 1982, al basarse esencialmente en lo dispuesto en el art. 562 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no tuvo en cuenta que el supuesto que allí se contemplaba no era el del «litigante a quien se hubiere concedido el término extraordinario y no ejecutare la prueba que haya propuesto» que es el único que se prevé en dicho precepto para sancionar de algún modo la posible conducta maliciosa o dilatoria de quien pide un término extraordinario de prueba y omite la práctica de la que ha propuesto, como es interpretado por el Auto del T. S. de 11 junio 1924, sino el completamente distinto de una parte que solicitó un término extraordinario de prueba para diligenciarla en San José de Costa Rica, realizándola en tiempo oportuno, según consta en las diligencias del testimonio, sin que fuera devuelta oficialmente al Juzgado a través de la Presidencia de la Audiencia Territorial, hasta el 12 noviembre 1982, es decir, diez días después de finido el término que se le concedió para diligenciarla, según consta también de fotocopia obrante en el testimonio;

Que no se trata por tanto de sancionar una conducta maliciosa o dilatoria sino de calificar las consecuencias de un retraso en orden a la validez de la prueba y a la oportunidad de su aportación, supuesto no previsto por el artículo 562 aquí invocado, que se limita a considerar la primera situación citada; pero aún en el caso de que se entendiera que no era ello así, resulta asimismo claro de cuanto se dice en el expresado precepto, que la declaración de procedencia o improcedencia de la multa o indemnización a que allí se alude habrá de hacerse, no en el momento en que quiere acusarse dentro del período probatorio, sino en la sentencia definitiva;

Que tampoco es momento hábil para decidir si la unión a la pieza de pruebas de la comisión rogatoria ligeramente retrasada en el plazo, es impugnabile o no y debe en su caso dejarse sin efecto, pues además de no estar previsto en los preceptos legales invocados, representaría una intervención extemporánea en torno a un tema que no debe plantearse en este momento y forma.

*La resolución deja en su justo punto el alcance del art. 562 LEC y corrige la actuación expeditiva del Juzgado. De todas formas no estaría de más actualizar las cuantías previstas en dicho artículo y aplicarlo en sus justos límites.*

### 4. DOCUMENTOS PUBLICOS EXTRANJEROS

TS (Sala Primera) S 4 octubre 1982

**RESULTANDO:** Qué por el Procurador don Ramón Moreno Peña, luego sustituido por su compañero don Carlos Ibáñez de la Cadiniere, se ha interpuesto, contra la anterior sentencia, recurso de casación por infracción de ley, a nombre de doña María, en el que se invocan los siguientes Motivos:

**Primero:** Se alega por el núm. 1.º art. 1.692 LEC, porque al estar consagrado el principio «locus regit actum», por el art. 11, párr. 1.º CC, y reconocer la sentencia recurrida, en sus Considerandos 1.º, 2.º y 3.º, la presencia en autos de la escritura pública formalizada ante el Notario de Etaples, Pas de Calais (Francia), por don Pedro, nombrando única y universal heredera a su esposa doña María-Anne, pero negando la mencionada sentencia, validez a dicha escritura, sirviéndose de apoyo para tal negociación, el art. 156, núm. 2, del Reg. del Notariado español de 2 junio 1944, tal sentencia, infringe, con su fallo y por violación, aquél art. 11, primer párr. CC, al que igualmente infringe, por aplicación indebida, el aludido art. 156, núm. 2 del Regl. del Notario, pues la referida escritura públi-

ca está otorgada en Francia, ante Notario de dicha nacionalidad y lo que le opondría el Tribunal a quo es la omisión en ella de la expresión del año de su otorgamiento, por ser, esa indicación, dice, requisito que requiere el meritado e indebidamente aplicado precepto reglamentario del Notario español, mas sin que concrete la sentencia, cual es la disposición legal del aludido país vecino que exige también el mismo requisito, a pesar de que manifiesta en su 4.º Considerando, que la legislación francesa es a la que deben acomodarse las formalidades extrínsecas de la escritura de referencia y procediendo, consiguientemente, la casación, anulación y sustitución de dicha sentencia, por otra ajustada a derecho y revocatoria de la misma y de la de primer grado. **Segundo:** Se ajusta en el mismo núm. 1.º art. 1.692 LEC. La sentencia impugnada dice, Considerandos 3.º y 4.º, que la falta de la expresión del año del otorgamiento, en la escritura pública francesa a que se remite el anterior motivo y la cual se rige en sus formalidades extrínsecas, como añade el 4.º Considerando, por la propia legislación de dicho país, pero no determina cuál es en tal legislación el precepto referente de dicha omitida expresión, infringiendo así y por violación, esa recurrida sentencia, la doctrina legal que consagra el principio general *da mihi factum, ego dabo tibi ius*, según sentencias de esta Sala 1.ª T. S. fechas 26 abril 1948, 4 junio 1951, 3 mayo 1961, 27 septiembre y 26 octubre 1967 y 21 marzo 1970. **Tercero:** Esgrimido por el núm. 7.º art. 1.692 LEC, infringe por violación el art. 1.218, en su dos párr., CC, ya que el mismo y con ese primer párr., le confiere eficacia probatoria *erga omnes*, respecto del motivo de su otorgamiento y con el párr. 2.º, la concede igualmente contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto al contenido declarado por los otorgantes y siendo precisamente causahabientes del otorgante y difunto don Pedro, los demandados hermanos del mismo y herederos de la madre común, precisamente tales y causahabientes, los de-

mandados don Jaime y doña Catalina, mas muy concretamente y respecto de la finca urbana a que se refieren los hechos, no negado e indiscutido del litigio, lo es de dicha demandada por su disfrute de tal finca desde hace más de 25 años, ya que el aducido art. 1.218 CC afecta a todos los documentos públicos, otorgados dentro o fuera de España. **Cuarto:** Se encauza por el mismo núm. 7.º art. 1.692 LEC. **Quinto:** Descansa en el argüido núm. 7.º artículo 1.692 LEC, porque la sentencia, al no reconocer a los tres documentos referidos en el motivo tercero, la eficacia probatoria que les concede el art. 1.218, la sentencia de instancia incide en patente error de derechos, con infracción, por violación, de los expresados artículos 1.218, primer párr. CC y concordante 1.216 del mismo. **Sexto:** Se opone por el núm. 1.º art. 1.692 LEC, al entender se infringe, con el fallo y por violación, el art. 6.º del Compilación de Derecho de Baleares (aprobado por L. 19 abril 1961), Libro 1.º (Mallorca), ya que autoriza el contrato sucesorio, con donación universal de todos los bienes presentes y futuros y el difunto don Pedro (otorgante en Francia de dicho contrato sucesorio, a favor de su esposa María-Anne) había nacido en Campanet (Mallorca) como lo admite en principio el 5.º Considerando de dicha sentencia, aunque haga luego reparos a ese hecho, pero reconociendo que así resulta también de la certificación de defunción y la del Registro Central de Últimas Voluntades. **Séptimo:** Gravita en el núm. 1.º art. 1.692 LEC, pues la sentencia combatida, infringe, por violación, el art. 1.214 CC, regulador de la carga de la prueba.

**VISTO:** Siendo Ponente el Magistrado señor Fernández Rodríguez.

**CONSIDERANDOS:** Que procede desestimar el primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata, fundamentado, al amparo del núm. 1.º art. 1.692 LEC, en violación del principio *locus regit actum*, consagrado por el núm. 1.º art. 2.º CC, y aplicación indebida del núm. 2.º art. 156

del Regl. del Notariado, en cuanto que, en criterio de la recurrente, es consecuencia de que si bien la sentencia recurrida hace referencia a la omisión de la expresión del año de la escritura pública formalizada ante el Notario de Etaples, Pas de Calais (Francia), por don Pedro, sin embargo la resolución no concreta cuál es la disposición legal del aludido país vecino que exige dicho requisito, porque aún reconociendo que la íntima relación que mantiene el indicado principio de derecho con la mencionada norma reglamentaria, en contra de lo apreciado por la dirección técnica de dicha recurrente en el acto de la vista del presente recurso; posibilita su planteamiento unitario en un solo motivo, si es cierto que el indicado núm. 1.º del referido art. 2 CC determina que «la forma y solemnidades de los contratos y testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen», tampoco cabe desconocer que el núm. 2 del mismo precepto legal previene que «si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en caso de otorgarse aquéllos en el extranjero, que es precisamente el supuesto contemplado en el juicio de que este recurso dimana, y concretamente en la resolución recurrida, desde el momento que el aspecto de la expresión del año en la escritura pública en cuestión determina una esencial solemnidad requerida en España por la ley, a que alude el art. 1.216 CC e implícitamente demanda el art. 1.218 CC, en cuanto que afectando a la posesión y propiedad de bienes inmuebles, y singularmente a un vínculo jurídico que produce su donación, se rige por la ley española, al ser el lugar en donde los bienes objeto de controversia se hallan y regirse por la ley nacional del donante, que se manifiesta ser la española en la escritura correspondiente, conforme a la normativa contenida en los núms. 1 y 7 del art. 10 CC, con lo que la Sala sentenciadora de instancia ni ha violado el indicado núm. 1.º art. 2.º CC, sino que

lo aplicó con acierto, ni ha efectuado aplicación indebida del núm. 2.º art. 156 del Regl. Notarial, que impone la preceptiva y obligada expresión del año del otorgamiento en toda escritura pública para conducir a su eficacia; siendo intrascendente al respecto la referencia que se hace como base fundamentadora del motivo que se examina a que se contrae la sentencia recurrida «cual es la disposición legal del aludido país vecino —refiérese a Francia— que exige también el mismo requisito» —se alude a la expresión del año del otorgamiento en la escritura tan citada—, ya que tal aspecto, en el ámbito probatorio, no corresponde precisarlo al órgano jurisdiccional, sino acreditarlo ante él la parte que pretenda establecer su derecho según la normativa de determinado derecho extranjero —en este caso el francés—, dado que, según tiene declarado el T. S., Sala 1.ª, en sentencias 26 mayo 1887, 9 julio 1895, 19 noviembre 1904, 30 enero 1930 y 1 febrero 1934, la cuestión relativa al derecho extranjero, y concretamente a su vigencia, es cuestión de hecho, y como tal precisa acreditación por la parte que lo alegue, siempre que ambas partes no estén conformes con la vigencia y contenido de la norma extranjera aplicable, y prueba de tal naturaleza referida a la exigencia de consignación en la escritura del año de su otorgamiento niega la sentencia recurrida que se haya producido.

Que los mismos fundamentos consignados en el precedente también conduce a la solución desestimatoria del motivo segundo, construido al amparo del núm. 1.º art. 1.692 LEC, con base en pretendida violación del principio general *da mihi factum, ego dabo tibi ius*, consagrado en la doctrina jurisprudencial que se cita, puesto que si la observancia de los requisitos de la referida escritura pública han de venir acomodados a las exigencias del ordenamiento jurídico español, claro es que resulta intrascendente la prueba de lo que al respecto venga exigido en la legislación francesa.

Que a igual solución desestimatoria es de llegar en orden al motivo 3.º, formulado, con amparo en el núm. 7.º art. 1.692 LEC, por entender la recurrente que en la sentencia objeto de recurso se produce violación del art. 1.218 en sus dos párrs. CC, que confiere eficacia probatoria *erga omnes* respecto del motivo de su otorgamiento, así como contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto al contenido declarado por los primeros, pues si bien el invocado art. 1.218 previene que los documentos públicos hacen prueba, aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, haciendo también prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que hubiesen hecho los primeros, es sobre la indeclinable base de que se esté en presencia de un documento que tenga eficacia conforme al ordenamiento jurídico español, lo que no consta suceda en el presente caso, según viene razonado en el 1.º de los Considerandos de esta resolución, examinando el 1.º de los motivos ejercitados como soporte del recurso de casación de que se trata.

Que tampoco puede servir de base para llegar a la solución de casar la sentencia recurrida, el motivo 4.º, que se plantea por el cauce del núm. 7.º art. 1.692 LEC, por pretendido error de hecho que la recurrente trata de deducir de la existencia en autos de documentos, cuya existencia no fue reconocida por la Sala sentenciadora de instancia, consistentes en certificación extendida por el Notario francés encargado al tiempo de su exposición del protocolo de Etaples acreditativa de figurar en el mismo correspondiente al año 1935 la escritura a que se refieren los tres motivos precedentemente examinados, recibo, legalizado, librado el 4 octubre 1935, acreditando que el otorgante de la meritada escritura, don Pedro, abonó 41 francos a cuenta del importe de la misma, y certificación, también legalizada, suscrita por tres notarios franceses, asegurando que la tan aludida escritura es totalmente vá-

lida y eficaz en Francia, motivando que la viuda de don Pedro sea en dicha nación la única heredera del mismo, porque si tales documentos pueden efectivamente conducir al reconocimiento de que la tan repetida escritura pública, a que el debate jurídico planteado se contrae, fue otorgada el 4 octubre 1935, conforme la demandante recurrente alega, ello no quiere decir que en España pueda producir los efectos que se postulan en la súplica del escrito inicial de demanda, desde el momento que las expresadas afirmaciones de validez y eficacia en Francia de la relacionada escritura y su alcance sucesorio en ella son inoperantes en España, desde el momento que, a tenor de lo normado en los núms. 1 y 8 art. 9 CC y núm. 7 art. 10 CC, la ley personal, en este caso la española que la propia demandante recurrente dice que corresponde por su nacionalidad al causante don Pedro, es la que rige su sucesión por causa de muerte, cualquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren, al igual que sucede con respecto a las donaciones que, en todo caso, se regirán por la ley mencionada del donante.

Que tampoco cabe acoger el motivo 5.º, también amparado en el núm. 7.º art. 1.692 LEC, por ser del parecer la recurrente que en la sentencia de instancia se produce violación de los arts. 1.218 y concordante, 1.216 CC, toda vez que la Sala sentenciadora de instancia en manera alguna niega el carácter de documentos públicos a los que vienen relacionados en el precedente. Considerando, sino que simplemente no los ha tenido en cuenta, por indudablemente apreciar, certeramente, que lo en ellos consignado no destruye la realidad reconocida en la mencionada resolución recurrida de que la escritura pública tan citada, referida en el 1.º de los Considerandos en esta resolución, carece de eficacia en España a los fines y efectos pretendidos por la demandante.

Que la inconsistencia del motivo 6.º que, con amparo en el núm. 1.º art. 1.692 LEC, se trata de fundamentar en violación del art. 6 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares, aprobada por L. 19 abril 1961 que establece la posibilidad de que la herencia se defiera por contrato sucesorio, mediante las donaciones universales de todos los bienes presentes y futuros, y núms. 2 y 5 art. 14 CC, afectantes a la vecindad civil común y foral, aparte de tratarse dicho art. 6 de un precepto legal de vigencia con posterioridad al año 1935 en que se dice por la recurrente otorgada la escritura de donación con efecto *mortis causa*, surge con simplemente tener en cuenta que el motivo ahora examinado parte del supuesto de no considerar a don Pedro el carácter de aforado balear (Mallorquín), bien por *ius sanguinis*, o a consecuencia de haber adquirido tal regionalidad civil por permanencia suficiente, ya por lugar de nacimiento, situaciones que la sentencia recurrida no reconoce probadas, como nítida y claramente revela la simple lectura del 5.º Considerando de la resolución impugnada, sin destruir este aserto negativo la entidad recurrente por la vía o cauce del error de hecho que autoriza el núm. 7.º art. 1.692 LEC, que es el único precedente para desvirtuar esa apreciación negativa; y más en cuanto que, aún en el supuesto de entender acreditado el nacimiento de don Pedro en Campanet (Mallorca), la circunstancia de alegar por la recurrente, como fundamento de sus pretensiones, derechos provenientes de un heredamiento universal, configurado mediante donación que se alega producido el 4 octubre 1935, o sea con antelación a su reconocimiento en la vigente Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares aprobada por L. 19 abril 1961, en todo caso, se habría precisado que la mencionada recurrente hubiese acreditado, cual no ha efectuado, que la práctica de tal institución sucesoria existiese de la referida época que se aduce como de otorgamiento, de la tan aludida escritura de donación, como se deduce

del contenido de la sentencia de este T. S. de 14 noviembre 1887, que sí reconoce la posibilidad de la constitución de tal heredamiento en las Islas Baleares en época anterior a la Compilación aludida que lo regula, es sobre la base de que, antes de reconocerse compiladamente, se acreditase su práctica en el pueblo a que afectase formalmente, puesto que sólo así podría entrar en juego la presencia ordenadora que sanciona el núm. 2 art. 13 CC, en su actual redacción por L. 17 marzo 1973 y D. 31 mayo 1974, esencialmente coincidente con el párr. 2.º art. 12 del mismo Cuerpo legal sustantivo vigente al tiempo del expresado heredamiento universal configurado mediante donación, toda vez que siendo la costumbre una cuestión de hecho para poder apreciar su existencia, en tanto no venga reconocida por ley la institución a que afecta, se precisa que se alegue y pruebe por la parte que sostenga un derecho, con relación de sus circunstancias, alcances y demás preciso para deducir las consecuencias pretendidas, según tiene declarado el T. S., Sala 1.ª, en sentencias, entre otras, de 25 junio 1920, 5 diciembre 1925, 26 febrero 1926, 14 enero 1928, 23 diciembre 1943, 24 marzo 1947, 8 febrero 1951 y 21 febrero 1957, lo que tanto quiere decir que en el supuesto ahora contemplado se habría precisado que la tan aludida demandante recurrente hubiese alegado y probado, cual no consta haya efectuado, que en el 4 octubre 1935, en que alega haberse producido a medio de donación heredamiento universal por don Pedro en favor de su esposa doña Marie-Anne, de quien la demandante recurrente doña María pretende derivar el derecho que reclama a medio de lo instado en la súplica del escrito inicial de demanda, existía en Campanet (Mallorca) la costumbre de vigencia consuetudinaria, esto es la existencia de situaciones fácticas constantes dimanantes de actos uniformes a través de un período de tiempo suficiente para calificar su permanencia, con convicción de que la observancia reiterada de una determinada norma en esos

actos obedece a una razón de Derecho (*opinio iuris*), o sea con alcance de racionalidad jurídica, y no que pudiera provenir de meros usos, que solamente pueden ser generadores de eficacia jurídica cuando por vía de ley son consolidados al respecto, y que con relación al supuesto en cuestión únicamente es susceptible de generar tal eficacia jurídica el precitado heredamiento universal mediante donación a partir de la vigencia de la Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares aprobada por L. 19 abril 1961, que la reconoce y regula, pero no con relación a situaciones anteriores basadas simplemente en una costumbre que para ser reconocida como existente en 4 octubre 1935 habría de ser acreditada y probada, lo que no consta hubiese sido llevado a cabo, en virtud de la ortodoxa aplicación del principio jurídico de que los derechos tan sólo son susceptibles de reconocimiento cuando se revela su existencia legal, bien a modo de costumbre admisible o de ley proclamada.

Que en modo alguno procede estimar que la sentencia recurrida produce violación del art. 1.214 CC, en que se sustenta el motivo 7.º, con base en el núm. 7.º, del tan citado art. 1.692 LEC, porque lo que establece dicha resolución recurrida no es que la escritura tan mencionada otorgada en Francia sea inválida, sino únicamente que carece de eficacia en España.

Que, por lo expuesto, es de declarar no haber lugar al recurso, condenando al recurrente al pago de todas las costas y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará la aplicación señalada por la Ley.

**FALLAMOS:** Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto a nombre de doña María, contra la sentencia que, con fecha 8 octubre 1980, dictó la Sala de lo Civil de la AT Palma de Mallorca, condenamos a dicha parte recurrente, al pago

de las costas, y a la pérdida de la cantidad que por razón de depósito, ha constituido a la que se dará el destino que previene la Ley; y librese al Presidente de la mencionada Audiencia, la certificación correspondiente con devolución de los autos originales y rollo de Sala que remitió.

*La solución adoptada por esta sentencia viola, en mi opinión, claramente, la regla locus regit actum, consagrada por el art. 11,1 del CC. Por lo tanto debió prosperar el recurso de casación por el primer motivo. Una cosa es el derecho aplicable a las formalidades de un documento y otra el derecho aplicable al contenido de dicho documento. No puede, pues, desautorizarse una escritura pública otorgada en Francia por inobservancia de formalidades propias de la legislación española. Máxime, si como parece resultar del caso, la discusión se centraba sobre la fecha de la escritura y ésta pudo acreditarse de una forma indirecta por documentos y hechos coetáneos.*

*Otra cosa distinta es el alcance de dicha escritura desde el punto de vista de la sucesión de un súbdito español regida por la ley española. De los antecedentes consignados en la sentencia no resultan los argumentos que condujeron a la desestimación de la demanda.*

*También va siendo hora de que la jurisprudencia abandone la errónea doctrina de que el derecho extranjero es una cuestión de hecho sujeta a las reglas de la carga de la prueba. ¿Para qué servirá el art. 12,6 del CC y los Convenios internacionales suscritos por España?*

## 5. ARBITRAJE INTERNACIONAL

TS (Sala Primera)

A 10 febrero 1984 (Laudos inglés)

**RESULTANDOS:** Que el Procurador Don Juan Antonio García San Miguel y Orueta en nombre y representación de la Sociedad «GILL AND DUFFUS

LIMITED», se interesó la ejecución en España del Laudo arbitral emitido en la ciudad de Macclesfield, el 1 de abril de 1982 por el arbitraje único Don Roger Ward Tolson, dirimiendo las diferencias surgidas con motivo del suministro de polvo de cobalto con la demandada «Cía. Europea y Aleaciones, S. A.» (Euroballoys), acompañando con su escrito los documentos que citaba; así como el poder acreditativo de su personalidad.

Que citada en debida y legal forma la entidad Cía. Europea y Aleaciones, S. A. (Euroalloys), contra la que se dirige la ejecutoria, compareció en autos por medio del Procurador Don Felipe Ramos Cea, quien evacuó el traslado que previene el art. 956 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, oponiéndose a la solicitud de «exequatur», en base a cuantas consideraciones exponía en su escrito y que aquí se dan por reproducidas en honor a la brevedad.

Que oído el Ministerio Fiscal, se opuso a la solicitud de reconocimiento del Laudo Arbitral a que se contraen las actuaciones por no concurrir todos los presupuestos necesarios para ello, en base a los antecedentes y fundamentos que a continuación exponía y que aquí igualmente se dan por reproducidos.

Siendo Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno.

**CONSIDERANDOS:** Que solicitado por el Procurador Don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, en nombre de la sociedad inglesa «Gill And Duffus Limited», y al amparo de la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958, ratificada por España el año 1977, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, el reconocimiento y ejecución por los Tribunales españoles del Laudo arbitral dictado en Macclesfield (Inglaterra) el 1 de abril de 1982. por el árbitro Roger Martin Ward Tolson, en el que se condena a la entidad es-

pañola, Compañía Europea de Metales y Aleaciones, S. A., Euroalloys, al pago de ciertas cantidades, Laudo arbitral dictado al amparo de la cláusula compromisoria contenida en la condición 12 del contrato de compraventa de polvo de cobalto; se oponen a dicha petición, por una parte, la referida sociedad española articulando, al efecto, siete motivos de oposición que se examinarán seguidamente y, por otra, el Ministerio Fiscal por entender, no haberse seguido el procedimiento específico establecido por las partes para la designación de los árbitros; debiendo tenerse en cuenta, a los efectos que aquí interesan, en primer lugar, que la indicada Convención de Nueva York, ratificada por España y Gran Bretaña, dispone su aplicación al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide tal reconocimiento y ejecución y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas que hayan surgido o puedan surgir entre ellos respecto a una determinada relación jurídica contractual o extracontractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje, obligándose los Estados que lo ratificaron o se adhirieron a él a reconocer la autoridad de la sentencia arbitral y a concederle su ejecución de conformidad con las normas de procedimientos vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada; y, en segundo término, que la presunción de legalidad del arbitraje y de veracidad del laudo o sentencia arbitral, que se deriva de lo dispuesto en los arts. II y V del Convenio produce como consecuencia, no solamente una limitación o restricción de las causas de oposición a las consignadas específicamente en el art. V, sino además, una inversión de la carga de la prueba en el sentido de que la concurrencia de las citadas objeciones a la ejecución debe acreditarlas la parte contra la que se invoca la sentencia.

Que examinados a la luz de la anterior normativa los motivos o causas de oposición a la concesión del solicitado «exequatur», debe rechazarse el primero de ellos en el que se invoca el defecto en la representación procesal de la sociedad demandante, porque, como dice el Ministerio Fiscal, la mera equivocación sufrida al consignarse en el poder como segundo apellido del Procurador el de «Orutea», en vez de «Orueta», supone un simple error material intrascendente que no impide la perfecta identificación del Procurador compareciente como el designado en el referido poder de representación procesal.

Que el segundo y el tercer motivo invocan, respectivamente, la nulidad del arbitraje inglés por falta de sumisión al mismo, y por falta de renuncia expresa al fuero correspondiente a la economía española vendedora, y la misma nulidad del laudo por haber sido impugnado expresa y previamente el procedimiento de arbitraje y la Ley inglesa con remisión de las diferencias a las leyes españolas, pero tal planteamiento ignora que a partir de 1977 en que España ratificó el Convenio de Nueva York —y con tal ratificación quedó integrado su contenido en nuestro ordenamiento interno— no sólo deben los Estados contratantes otorgar el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide su reconocimiento y ejecución, sino que, además, los Tribunales de uno de tales Estados al que se someta un litigio respecto del cual las partes constituyeron un «acuerdo por escrito», o cláusula compromisoria, debe remitir a las partes, a instancia de una de ellas, el arbitraje convenido a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable (art. II), normativa que aplicada al presente caso, lleva al rechazo de tales motivos de oposición, pues partiendo de que a tenor del artículo V-1-a) del repetido convenio sólo puede atacarse la validez de la cláusula

la de la Ley a que las partes se hayan sometido o en su defecto, con apoyo en la ley del país en que se haya dictado la sentencia, y con independencia de que las resoluciones de esta Sala que cita en apoyo de su tesis se dictaron antes de la referida ratificación del Convenio por España y por tanto sus declaraciones no se acomodan a la nueva normativa, aun en el hipotético supuesto de que se pudiera entrar a resolver las nulidades planteadas, no puede desconocerse que en el anverso del documento de compraventa firmado por las partes se «acepta comprar de acuerdo con las condiciones del dorso», condiciones impresas respecto de las que no existe dato alguno que permita afirmar que no fueron aceptadas en el momento de la firma del referido contrato; sin que, por otra parte, tenga virtualidad alguna frente a la nueva regulación del arbitraje internacional, la simple manifestación de que impugna el procedimiento de arbitraje y la ley inglesa y de que se pretende que las diferencias entre las partes se resuelvan según las leyes españolas, cuando no se ha acreditado que a nuestra legislación se sometieran las partes, pues, en defecto de tal remisión, la nulidad debería declararse, en su caso, según la ley del país en que se haya dictado la sentencia (art. V-1-a), en este caso según la ley inglesa.

Que el cuarto motivo de oposición apoya la pretendida nulidad del laudo en la ilicitud en la constitución del Tribunal arbitral, motivo que no puede prosperar, pues, si a tenor del artículo V-1-d) del Convenio tal ilicitud sólo puede proceder por no haberse ajustado la Constitución del Tribunal al acuerdo celebrado entre las partes o en su defecto a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje, y si en el caso aquí contemplado la falta de acuerdo en la designación de árbitros debida a la abstención, obstrucción o pasividad de la sociedad española se suplió aplicando lo que sobre el particular dispone la legislación inglesa,

lugar del arbitraje, es visto que se cumplieron las exigencias legales y que, por tanto, debe rechazarse el indicado motivo, como, igualmente, debe rechazarse el sexto que propugna la nulidad del procedimiento arbitral y del laudo dictado por haberse aplicado una ley inglesa ya derogada con anterioridad a la iniciación del procedimiento, pues frente a la afirmación contenida en el documento n.º 9 de los unidos al escrito inicial, en el que se afirma que la ley inglesa de arbitrajes de 1950 era aplicable al contrato de compraventa celebrado entre las partes, ningún elemento de convicción nuevo se ha aportado en contra de dicha afirmación, o en contra de que la forma en que se llevó a cabo la designación de los árbitros no era la legal, elementos de convicción cuya aportación pesaba sobre la compañía española como consecuencia de la presunción de legalidad y de veracidad que acompañan al procedimiento arbitral y al laudo o sentencia que le ponen fin.

Que también debe rechazarse el quinto motivo que, con fundamento en el artículo 954, 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o pone al reconocimiento la circunstancia de haberse dictado la resolución arbitral en rebeldía del demandado, olvidando con ello que entre las causas por las cuales puede denegarse tal reconocimiento de sentencias arbitrales regidas por el repetido Convenio de Nueva York, no es la presencia o ausencia del demandado en el procedimiento, sino la falta de notificación de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o, en general, cualquier otra causa que le haya impedido hacer uso de sus medios de defensa y tales notificaciones y posibilidad de defensa han concurrido en el caso que se examina como lo acredita las comunicaciones a la compañía española: a) en solicitud de que se aviniera a la constitución del Tribunal arbitral, haciéndosele saber que, en caso de no contestar, el árbitro nombrado por la compañía inglesa estaría facultado para sustanciar el

procedimiento y dictar el correspondiente laudo; b) notificándole que la compañía inglesa había designado árbitro a R. M. W. Tolson, insistiendo en la facultad de fallar que tenía dicho árbitro caso de pasividad de la parte notificada, insistencia que se reitera de nuevo con posterioridad; c) la notificación que realiza el indicado árbitro de su designación, y de la facultad que tiene conforme a la ley inglesa para dirimir, como árbitro único, la controversia surgida entre ambos contratantes; d) notificándole el texto de la demanda; e) requiriéndole para que presentara su defensa o contestación; y f) notificándole el laudo arbitral dictado.

Que, finalmente, igual suerte debe correr el séptimo y último motivo de impugnación en el que se atribuyen determinados defectos formales a los documentos acompañados a la solicitud de «exequatur», tales como la falta de localización de la firma del funcionario que expidió las apostillas unidas a las mismas, olvidando con tal argumentación que el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, ratificado por España el 10 de abril de 1978 y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 25 de septiembre de igual año, dispone en su artículo 2.º que «Cada Estado contratante eximirá de legalización a los documentos a los que se aplique tal Convenio» a los que «La única formalidad que pueda exigirse para certificar la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello, o timbre del que el documento esté revestido, será la fijación de la apostilla descrita en el artículo 4, expedida por la autoridad competente del Estado del que dimana el documento», apostilla que acompaña a los documentos unidos a la solicitud inicial de estas actuaciones y que se estima suficiente para acreditar la autenticidad de los mismos.

Que por todo lo expuesto, y al ser el objeto de la controversia suscepti-

ble de solución por vía arbitral, y no contradecir el reconocimiento y ejecución solicitados al orden público de este país (art. V-2) procede acceder al exequatur interesado, a cuyo efecto se comunicara la presente resolución mediante certificación a la Audiencia de Madrid para que ésta dé la orden correspondiente al Juez de Primera Instancia correspondiente, a fin de que tenga efecto lo acordado, empleando los medios de ejecución procedentes (art. 958-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

LA SALA DIJO: Que debía reconocer y darse cumplimiento en España al laudo arbitral dictado en Macclesfield, Condado de Cheshire, el 25 de mayo de 1982, por el árbitro Roger Martin Ward Tolson, comunicando la presente resolución mediante certificación a la Audiencia Territorial de Madrid a fin de que tenga efecto lo acordado según el artículo 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y publíquese en el Boletín Oficial del Estado e insértese en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias. — Madrid, a diez de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro. — Entre líneas. — en. — Vale.

TS (Sala Primera)  
A 26 abril 1984 (Laudo inglés)

RESULTANDOS: Que el Procurador Don Enrique de Antonio Morales en nombre y representación de la Sociedad MONDIAL GRAIN DISTRIBUTOR COMPANY INC. solicitó la ejecución en España del laudo arbitral dictado por los árbitros de la Federation of Oild, Bued And Associatione Limited «FOSFA», de fecha veinte de marzo de 1981, por el que se condenaba a la entidad hoy demandada ATLANTICA CANARIAS, S. A., a satisfacer a la vendedora, hoy solicitante, la suma de 33.225,80 Dólares USA, que es el resto debido a los vendedores y retenido por los compradores, junto con los intereses sobre dicho importe al

tipo del 16 por ciento anual, desde 21 de marzo de 1980 a la fecha de este laudo y se condenase además a la compradora a pagar a la vendedora la cantidad de 50 libras esterlinas, que son los honorarios pagados a FONFA para el nombramiento del árbitro en nombre de los compradores.

Que tramitado el exequatur conforme a derecho fue emplazada la ejecutada Atlántica Canarias, S. A., la que compareció en autos representada por el Procurador D. José Granados Voil, al cual se le dio traslado por término de nueve días para que evacuase el trámite establecido en el art. 956 de la Ley de Enjuiciamiento civil, lo que verificó dentro de término oponiéndose, por las razones que alegaba, a la ejecución en España del Laudo arbitral de fecha 21 de marzo de 1981, pasándose a continuación los Autos al Ministerio Fiscal para ser oído, el cual informó en el sentido de considerar que procedía la ejecución en España del laudo referenciado.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García.

CONSIDERANDOS: Que para decidir sobre la pretendida ejecución del laudo arbitral extranjero, al que las actuaciones hacen referencia, importa destacar los siguientes datos: 1.º) En el contrato de compraventa de aceite de soja a granel, fechado el 13 de enero de 1980, en el que figuran como vendedora la entidad MONDIAL GRAIN DISTRIBUTORS COMPANY INC. y en calidad de compradora ATLANTICA CANARIAS, S. A., fue estipulado que las condiciones de la operación serían las aplicables «según el contrato FOSFA 54», a tenor de cuya cláusula 25 cualquier controversia que surja en relación con lo convenido habría de someterse a un arbitraje en Londres conforme a las reglas sobre la materia de la FEDERATION OF OIL BUEY AND FATA ASSOCIATIONS LIMITED (FOSFA). 2.º) Producidas diferencias

en torno al pago del precio y seguido el oportuno proceso arbitral, según lo pactado, en el que intervino la compradora, quien designó Juez y efectuó las alegaciones que estimó conducentes incluso instando la condena de la antagonista, los árbitros pronunciaron su laudo condenando a la Compañía ATLANTICA CANARIAS, S. A., a satisfacer a la vendedora la cantidad de treinta y tres mil doscientos veinticinco dólares con ochenta centavos (moneda USA), así como el interés del dieciséis por ciento de dicha suma desde el 21 de marzo de 1980, fecha en que se origina el incumplimiento, el 20 de marzo de 1981, data de la decisión arbitral. 3.º) Según aparece de los antecedentes aportados por la solicitante acreedora, el procedimiento se acomodó estrictamente a los requisitos señalados por FOSFA y la legislación inglesa, y el laudo no ha sido objeto de recurso, por lo que ha de conceptuarse «final y vinculante para las partes».

Que el primer motivo de oposición en que se basa la parte condenada el pago hace referencia a que en el contrato de compraventa, cuya realidad no se niega por más que el ejemplar aportado aparezca firmado únicamente por la vendedora, no contiene el «original del presunto acuerdo o convenio arbitral o copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad» y eficacia: objeción claramente improsperable, pues el art. II del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, con Instrumento de Adhesión de España el 29 de abril de 1977, después de establecer que «cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o pueden surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda

ser resuelto por arbitraje», puntualiza que «la expresión *acuerdo por escrito* denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas», y por su parte el Convenio europeo sobre el arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, con Instrumento de Notificación español de 5 de marzo de 1975 utiliza vocablos prácticamente idénticos al precisar el alcance de la locución «convenio de arbitraje» (artículo I, párrafo 2, c), otorgando a los interesados las más amplias facultades en lo que atañe a la organización procedimental, autorizándoles a nominar libremente los árbitros y señalar su número, determinar el lugar de arbitraje y «fijar las reglas de procedimiento a observar», por lo que no se oculta que tiene plena eficacia obligacional como compromisoria la cláusula negocial previendo la intervención de los árbitros «según el contrato FOSFA 54» (condición 3 en relación con la estipulación 25 del modelo), como así lo entendió la propia compradora con actos inequívocos y vinculantes, acudiendo al procedimiento arbitral, designando árbitro y formulando alegaciones, incluso tomando una posición activa frente a la vendedora.

Que, manifiestamente, no cabe sostener, como hace ATLANTICA CANARIAS, S. A., que habiendo incumplido el contrato la vendedora «en cuanto a la entrega del objeto del mismo en las condiciones y plazos estipulados», se está en la hipótesis prevista en el art. V, apartado c), del Convenio de Nueva York citado, pues amén de que nada consta en lo actuado sobre tal extremo, la conducta observada por los sujetos del negocio en cuanto al cumplimiento de lo pactado constituyó precisamente el tema del compromiso y por lo tanto los árbitros no se apartaron de sus términos al dilucidar el comportamiento de una y otra parte en punto a la observancia de las respectivas obligaciones, entendiendo en

definitiva que la compradora adeuda parte del precio de una mercancía que recibió; y asimismo resulta inoperante sostener que «la reclamación fue extemporánea, fuera de plazo, con lo que se incumplió una norma esencial de procedimiento», porque para denegar el reconocimiento y la ejecución pretendida sería menester que la actuación arbitral no se hubiera ajustado a la legislación inglesa, como vigente en el país donde se ha realizado el arbitraje (art. V, d), defecto capital que no se desprende de los antecedentes aportados y que tampoco consta que fuera uno de los argumentos utilizados por la compradora al exponer su tesis de oposición ante los árbitros.

Que, por último, ATLANTICA CANARIAS, S. A. basa su discrepancia en las dificultades que habrían de aparecer a la hora de efectuar el pago, ya que ha sido ordenado en moneda extranjera y por otro lado el contravalor en moneda española ha de ser referido a la fecha en que se produjo el impago y no a la de la ejecución del laudo arbitral; argumentación que no puede ser acogida, por cuanto lo único que se postula y ahora importa es la «ejecutividad» de la resolución de los árbitros, sin más, y es cierto que no le viene permitido a este Tribunal afrontar cuestiones que pudieran presentarse en trance de dar efectividad a lo decidido respecto a la entrega de la «especie pactada» (dólares USA) o a su computación en pesetas según el artículo 1170 del Código civil, referida ora a la fecha en que debió procederse al pago por la compradora, bien al momento en que se realiza la efectiva entrega del numerario, extremos todos que habrá de analizar y resolver, en su caso, el órgano judicial de la ejecución.

Que por lo expuesto y cumplidas todas las exigencias formales, de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal procede dictar resolución acordando dar cumplimiento al laudo arbitral de que se trata.

SE ACUERDA DAR CUMPLIMIENTO al laudo arbitral pronunciado en Londres el 20 de marzo de 1981 para decidir el conflicto surgido entre las Sociedades MONDIAL GRAIN DISTRIBUTORS COMPANY INC. y ATLANTICA CANARIAS, S. A., en la actualidad con domicilio social en Sevilla, sobre condena al pago de cantidad. Y al efecto librese certificación con los insertos necesarios a la Audiencia Territorial con sede en dicha ciudad a fin de que por el Magistrado Juez de 1.ª Instancia al que corresponda se proceda a la ejecución de lo resuelto.

*Las dos resoluciones se inscriben en la línea de aplicación progresista del Convenio de New York de 10 de junio de 1958, afianzando una interpretación jurisprudencial que ha permitido dar al arbitraje internacional carta de naturaleza en nuestra práctica comercial. A resaltar cómo el Tribunal Supremo sigue un criterio antiformalista respecto de la eficacia de cláusulas arbitrales impresas o escuetas. ¿Por qué no extender dicho criterio a otros temas, vgr., por no citar más que uno, a las cuestiones de competencia?*

Ref. bibliográficas: RAMOS, *Primeras aplicaciones del Convenio de New York de 10 de junio de 1958 al exequatur de sentencias arbitrales extranjeras por el Tribunal Supremo*, JUSTICIA 1982, pág. 107 y ss. y *Arbitraje internacional: confirmación de la doctrina jurisprudencial*, JUSTICIA 1984, pág. 375 y ss.

#### 6. EXEQUATUR DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

TS (Sala Primera)  
A 26 enero 1983 (Siria)

**RESULTANDOS:** Que por el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén, actuando en nombre de Hajjar Trading Co. se interesa la ejecución en España de la sentencia dictada por la Corte de Casación de Damasco, Cámara Civil número cuatro, el catorce de diciembre

de mil novecientos ochenta y uno, por la que se rechaza el recurso de casación interpuesto por la sociedad Motor Ibérica, S. A.

Que por la Procuradora Doña María Luisa Ubera de los Cobos, en nombre de la entidad mercantil Motor Ibérica, S. A., se contestó a la ejecutoria suplicando se denegase la concesión de «exequatur» interesada por la parte contraria; y oído el Ministerio Fiscal, emitió dictamen manifestando que se subsanen las exigencias legales para que pueda acordarse la ejecución pretendida.

SIENDO Ponente el Magistrado Don Jaime Santos Briz.

**CONSIDERANDOS:** Que la Sociedad denominada Hajjar Trading Company, con domicilio en Beirut (Líbano), debidamente representada, solicita ante esta Sala la ejecución en España de la sentencia de catorce de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por la Corte de Casación —Cámara Civil núm. cuatro— de Damasco (Siria), en la que se desestima el recurso de casación interpuesto por la Sociedad Motor Ibérica, S. A., domiciliada en Barcelona, a cuya ejecución se opuso dicha sociedad española alegando sustancialmente que la sentencia de que se trata no es firme, que no existe régimen de reciprocidad con Siria, y que el pleito en que recayó presenta sendas identidades de cosas, personas litigantes, y calidad con que lo fueron en otros litigios seguidos en el Juzgado de Primera Instancia que indica de Barcelona; pero sin que el Ministerio Fiscal haya formulado oposición a la solicitud inicial.

Que no existiendo tratado en esta materia entre España y Siria, habría de regirse la ejecución pretendida por el criterio de reciprocidad a que se refieren los artículos novecientos cincuenta y uno y novecientos cincuenta y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto de lo cual ha sido la enti-

dad condenada Motor Ibérica, S. A., la que al oponerse a la ejecución alegó que no se ha acreditado el principio de reciprocidad, olvidando que como segundo criterio a aplicar, en defecto de tratado, su prueba incumbe a la parte que lo alegó, y nada aportó con la finalidad de demostrar que este supuesto sería el aplicable a virtud de la no ejecución en Siria de las sentencias dictadas por Tribunales españoles, y siendo así esta Sala ha de atenerse a lo dispuesto en el artículo novecientos cincuenta y cuatro de la referida Ley Procesal civil, dictado para el caso de que las ejecutorias no estuvieren comprendidas en los tres artículos anteriores.

Que centrado así el tema litigioso, y atendidas las actuaciones promovidas para la ejecución solicitada, se observa que la ejecutoria fue dictada a consecuencia del ejercicio ante los Tribunales sirios de una acción personal, consistente en el pago de unas comisiones por la venta de cierto número de tractores, por cuenta de la entidad vendedora Motor Ibérica, S. A., a la que se reclamó una cantidad por dicho concepto ante los Tribunales de Siria, dando lugar a la demanda, habiendo comparecido previamente la demandada; por otra parte, es indudable la litigiosidad de la obligación para cuyo cumplimiento se procedió, y que la carta ejecutoria reúne los requisitos necesarios en Siria para ser considerada como firme y auténtica; todo lo que implica reunir los requisitos de ejecutoriedad en España contenidos en el referido artículo novecientos cincuenta y cuatro, sin que sea procedente, como dictaminó el Ministerio Fiscal, la exigencia de otros requisitos, sin tener en cuenta otras circunstancias, como las aducidas por la parte condenada, no tenidas en cuenta por las normas legales aplicables a este supuesto.

**DESE CUMPLIMIENTO** en España a la ejecutoria presentada, para lo cual comuníquese este auto por certificación a la Audiencia Territorial de Bar-

celona para que ésta dé la orden correspondiente al Juez de Primera Instancia de la misma ciudad a que por turno corresponda, por ser allí donde está domiciliada la Sociedad condenada en la sentencia, a fin de que tenga efecto lo en ella mandado empleando los medios de ejecución establecido en la sección primera, del Título octavo, libro segundo, de la Ley de Enjuiciamiento civil. — MADRID, veintiséis de enero de mil novecientos ochenta y tres.

*Esta resolución confirma el criterio de que el que reclama la aplicación del régimen de reciprocidad debe preocuparse de acreditar tal extremo respecto del país en cuestión.*

*Por lo demás, el auto se limita a aplicar el art. 954 LEC, señalando que en el procedimiento de exequatur sólo deben considerarse los presupuestos establecidos en dicho artículo «sin tener en cuenta otras circunstancias, como las aducidas por la parte condenada, no tenidas en cuenta por normas legales aplicables a este supuesto». Dicha opinión, fundamentalmente válida, debe ser matizada, pues pueden existir motivos de oposición al exequatur relevantes para su admisibilidad o decisión. Por no citar más que un ejemplo, piénsese en el socorrido defecto de postulación alegado machaconamente en la mayoría de los procedimientos de exequatur. En concreto, en el caso de autos, la alegación de la litispendencia hubiera merecido un examen por parte de la Sala, pues, de existir, hubiera podido relegar o excluir la decisión sobre el exequatur de la sentencia extranjera.*

TS (Sala Primera)  
A 24 mayo 1983 (Francia)

**RESULTANDOS:** Que el Procurador Don Enrique Sorribes Torra, en nombre y representación de DON JEAN MICHEL GEORGES FRENSKEL, conocido por FRANCK, solicitó la ejecución en España de la Sentencia dicta-

dapor el Tribunal de Comercio de París, de fecha 30 de septiembre de 1980, por la que se condenaba a la demandada, la entidad TRES, SIETE, OCHO, S. A., a que abonase al hoy solicitante la cantidad de 119.179,55 francos, más 5.000 francos en concepto de daños y perjuicios más las costas.

Que emplazada la entidad TRES SIETE OCHO, S. A., por término de treinta días para que compareciese ante esta Sala 1.ª del Tribunal Supremo, ésta lo verificó por medio del Procurador Don Eduardo Jesús Sánchez Alvarez, al que se le confirió traslado del exequatur por término de nueve días para ser oído, lo que verificó, oponiéndose por las razones que alegó a la concesión de la ejecutoria que se interesaba, y oído igualmente el Ministerio Fiscal, éste se opuso a la concesión del exequatur por las razones que alegó.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. Don José Beltrán de Heredia y Castaño.

CONSIDERANDOS: Que la presente solicitud de «exequatur», se refiere a una Sentencia dictada por la Sala quinta del Tribunal de Comercio de PARIS, de 30 de septiembre de 1980, por la que se condena a la sociedad española «Tres Siete Ocho, S. A.» a pagar al solicitante, súbdito francés Jean-Michel FRENKEL, conocido por FRANK, la suma de 119.179,55 francos franceses, más 5.000 por daños y perjuicios y las costas del procedimiento que ascienden a 85,30, como consecuencia del procedimiento seguido a instancia del solicitante, contra la indicada sociedad española, que no compareció en las actuaciones, pese a haber sido emplazado en forma y notificada regularmente de la iniciación de aquél; siendo de tener en cuenta, para la solución, la normativa del Convenio hispano-francés de 28 de mayo de 1969 (B. O. del Estado de 14 de mayo de 1970), cuyo artículo tercero establece que las resoluciones dictadas por los Tribuna-

les de una de las partes contratantes serán reconocidos en el territorio de la otra: 1) si el Tribunal de origen es competente, conforme a lo dispuesto en el artículo séptimo del presente Convenio; 2) si en el Estado de origen la decisión no puede ser objeto de un recurso ordinario y es susceptible de ejecución; lo segundo, no ha sido cuestionado, ni por el Ministerio Fiscal, ni por la parte contra la que se pide la cumplimentación, habida cuenta que consta debidamente acreditado el carácter ejecutorio de la resolución presentada.

Que, por el contrario, tanto el Ministerio fiscal, como la parte afectada, han negado la competencia del Tribunal francés, con base en el artículo siete del Convenio, al que, como se acaba de indicar, se remite el número primero del artículo tres, entendiéndose que no concurren los supuestos que allí se enumeran para poder declarar competente a dicho Tribunal. Y, en efecto, no concurren, pues en el momento de presentarse la demanda, la sociedad contra la que se dirige, no tenía su domicilio, ni sucursal de ningún tipo en el Estado de origen (FRANCIA), habiendo sido citada en su sede de la calle de Muntaner, número 378, de BARCELONA; no existió hecho dañoso alguno en que se funde la acción, que tampoco tiene por objeto una controversia relativa a un bien inmueble, ni se refiere a una sucesión inmobiliaria; no hubo sometimiento expreso de ninguna clase a la competencia del Tribunal de origen y la demandada no compareció en el procedimiento en el que, por tanto, no formuló oposición a la competencia, que aduce, en cambio, en su primer actuación ante este Tribunal Supremo, con el escrito de alegaciones; ni, finalmente, tratándose de una compraventa mercantil, consta que hubiese acuerdo expreso, ni tácito, que, por otra parte no menciona el solicitante, respecto del lugar de ejecución de la obligación contractual objeto del litigio.

Que asimismo es de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo octavo del Convenio, a cuyo tenor «el Tribunal requerido podrá no reconocer la competencia del Tribunal de origen cuando con arreglo a su propia legislación, la competencia por razón de la materia, está atribuida, exclusivamente, a la Jurisdicción de su propio Estado» que es, justo, el caso que se contempla, porque tratándose de una compraventa mercantil, con ejercicio de una acción personal, reclamando el pago de determinada cantidad y no existiendo sumisión expresa ni tácita, el art. 62 de la Ley de Enjuiciamiento, en su regla primera, determina que la competencia corresponde al Juez del lugar en que deba cumplirse la obligación y no constando, tampoco, la existencia de pacto alguno relativo a éste, habida cuenta que lo reclamado es el pago de las mercancías suministradas, tendrá que ser de aplicación la norma del párrafo tercero del artículo 1171 del Código Civil (en virtud de la remisión del artículo 50 del Código de Comercio), según el que «en cualquier otro caso, el lugar del pago será el domicilio del deudor»; sin que pueda entrar en juego la facultad de elección que concede al demandante la citada regla primera del art. 62 de la Ley procesal, por no saberse con exactitud cuál es lugar del contrato y porque, aun conociéndose y suponiendo que fuese en territorio francés, no consta que la demandada se encontrase en él, ni siquiera accidentalmente, para hacer allí el emplazamiento.

Que, como consecuencia de cuanto antecede y de acuerdo con lo dictaminado por el Ministerio fiscal, procede denegar la cumplimentación solicitada de la Sentencia de la Sala V del Tribunal de Comercio de PARIS de 30 de septiembre de 1980 por la que se condena a la sociedad española «TRES, SIETE, OCHO, S. A.» a pagar al súbdito francés Jean-Michel FRENKEL, conocido por FRANK, la suma de 119.179,55 francos franceses de princí-

pal, más 5.000 por daños y perjuicios, y a satisfacer 85,30 por las costas causadas, debiéndose devolver la ejecutoria a la parte que la presentó, según lo establecido en el párrafo primero del artículo 958 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

NO HA LUGAR a la cumplimentación en ESPAÑA de la Sentencia de la Sala V del Tribunal de Comercio de PARIS de 30 de septiembre de 1980, por la que se condena a la sociedad española «TRES, SIETE, OCHO, S. A.» a pagar al súbdito francés Jean-Michel FRENKEL, conocido por FRANK, la suma de 119.179,55 francos franceses de principal, más 5.000 por daños y perjuicios y a satisfacer la suma de 85,30 importe de las costas causadas, devolviéndose la ejecutoria a la parte que la presentó.

ASI lo acordaron y firman los Excelentísimos Sres. del margen, en Madrid, a veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y tres, de lo que yo el Secretario, doy fe.

La resolución denegatoria se basa en la aplicación del Convenio bilateral con Francia de 28 de mayo de 1969, ratificado por Instrumento de 15 de enero de 1970 (BOE de 14 de marzo de 1970). Efectivamente, la competencia del Tribunal de origen es uno de los presupuestos del exequatur y, a primera vista, la exégesis que efectúa el Tribunal Supremo del art. 7 del Convenio en el segundo considerando parece demostrar que los Tribunales franceses no gozaban de ningún elemento de conexión que justificase su intervención. Se podría suscitar la duda de si sería aplicable el núm. 7.º de dicho artículo que atribuye competencia al Tribunal de origen «cuando en materia mercantil, por acuerdo expreso o tácito del demandante y demandado, la obligación contractual objeto del litigio ha sido o debía ser ejecutada en el territorio del Estado de origen», extremo que la resolución resuelve negativamente.

En cambio, los razonamientos con-

tenidos en el tercer considerando no son afortunados e incluso llegan a poner en duda la solución final del Auto de denegar el exequatur. En materia de compraventa internacional no parece adecuado invocar competencia exclusiva alguna, por definición. Al hacer jugar los criterios de competencia interna como justificantes de una competencia internacional, el Tribunal Supremo olvida su propia doctrina. Según reiteradamente nos tiene recordado, en las compraventas mercantiles, no habiendo lugar fijado para la entrega, la cosa se presume entregada en el lugar del establecimiento mercantil del vendedor, que determina la competencia. Con lo cual podría ponerse en entredicho el sentido final del auto de exequatur.

#### 7. CONTRAVALOR EN PESETAS: DEUDA EN MONEDA EXTRANJERA

AT BARCELONA S 13 octubre 1983

**CONSIDERANDO:** Que si correcta habría de reputarse la sentencia impugnada que, en atención a la prueba que le fue suministrada en el proceso, desestimó la demanda en la que F. C. de V. F. & C. SAS, ejercita acción reclamando a E., S. A., el pago de contravalor en pesetas de 14.160.900 liras italianas, cantidad en que cifra el importe de los suministros de pescado y marisco a que se refiere, toda vez que de la valoración de esas pruebas no aparece debidamente acreditado, en esencia, la realidad de la entrega o recepción de tales géneros por la demandada, es lo cierto que la practicada en este rollo de apelación, consistente en la documental pública, apartado a) que, propuesta en la instancia por la actora (folio 198), fue admitida y no pudo llevarse a cabo, apreciando en sí misma y conjuntamente con las demás aportadas, demuestra claramente la realidad y certeza de los hechos alegados por esta parte, constitutivos del derecho reclamado, con la obligada consecuencia de acoger la acción

deducida, dado que: 1.º La certificación de aduanas a que esa documental se contrae demuestra inequívocamente que las nueve expediciones que la integran y por las que se reclama, procedían de G. y fueron despachadas a consumo por la Administración de Aduanas de B., remitidas por la actora con destino a la demandada, expidiéndose certificación sanitaria por la Jefatura Provincial de esta ciudad (Sanidad Exterior) expresiva de que tales partidas reunían las condiciones sanitarias debidas para su importación y eran aptas para el consumo humano; 2.º Que esas partidas, siguiendo el orden con que aparecen en dicha certificación, se corresponden a los documentos y facturas, folios 21, 31, 17, 68, 71 (31), 74 (49), 77 (26), 80 (44), 83 (40); 3.º Que de todo ello resulta el importe de lo suministrado que asciende, efectivamente, a los 14.160.900 liras italianas cuyo pago se postula; y ello sentado, no habiendo acreditado la demandada, cuyas alegaciones adolecen de cierta vaguedad e inconcreción cuando no son contradictorias en algún punto, ningún hecho obstativo, impeditivo o extintivo, de la acción entablada, siendo de significar que los pagos a que se refiere —aceptados por la actora— y los decomisos de mercancías por mal estado realizados a consecuencia de inspecciones sanitarias interiores, no resultan identificados, apareciendo ajenos, además, a las ya mencionadas partidas cuyo importe se reclama en autos, ha de concluirse en el sentido de acoger el presente recurso con revocación de la sentencia de instancia, estimando la demanda origen del proceso, si bien el contravalor en pesetas de la suma que en ella se solicita habrá de determinarse en período de ejecución de esta resolución, referido a las fechas de las operaciones en que se originó la deuda, al no hallarse acreditado en debida forma cuál fuera ese contravalor en tales fechas, sin que en ningún caso pueda exceder de la cantidad de 1.354.773 pesetas que fija la actora en el hecho segundo de la demanda y sin

que, por ende, proceda acceder a la petición de intereses de demora, habida cuenta además, que es a partir de esta sentencia que se señala, con caracteres de liquidez, determinación y exigibilidad, dicha suma.

*El momento de conversión de las liras a pesetas hubiera debido postergarse a la fecha efectiva del pago, según reiterada jurisprudencia. La solución adoptada por la sentencia seguramente viene condicionada por la petición contenida en la demanda y por la precisión de una cantidad máxima en pesetas, que el demandante se hubiera podido ahorrar de señalar.*

*La solución dada a los intereses de demora es injusta y olvida el art. 63 del Cco.*

#### 8. EXEQUATUR DE SENTENCIA MATRIMONIAL CANONICA

TC S 93/1983, de 8 noviembre.  
Recurso de amparo núm. 497/1982  
(BOE de 2 diciembre 1983)

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel García Pelayo y Alonso, Presidente, y don Angel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco Vallejo, doña Gloria Buegué Cantón, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Angel Escudero del Corral, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo número 497/1982 formulado por don Julián del Olmo Pastor, Procurador de los Tribunales, en nombre de don José Jiménez Guerrero, bajo la dirección del Letrado don Ignacio José Ferrer Millet, contra el auto de 25 de noviembre de 1982, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Tudela, sobre reconocimiento de eficacia civil de una de-

cisión pontificia de dispensa de matrimonio rato y no consumado. En el proceso han comparecido el Ministerio Fiscal y doña María Adoración Pérez Delgado, representada por el Procurador don Manuel de Ayuso Tejerizo, bajo la dirección del Letrado don José Angel Pérez-Nievas Abascal. Ha sido ponente el Magistrado don Rafael Gómez-Ferrer Morant, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. ANTECEDENTES

Primero.— En 21 de diciembre de 1982 el Procurador de los Tribunales don Julián del Olmo Pastor, en nombre y representación de don José Jiménez Guerrero, formula recurso de amparo contra el auto de 25 de noviembre de 1982, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Tudela, por el que se acordó archivar las actuaciones en el procedimiento a que puso fin sobre dispensa de matrimonio rato y no consumado, con la súplica de que se declare su nulidad y se acuerde devolver los autos al mencionado Juzgado a fin de que proceda a otorgar eficacia civil a la resolución canónica firme, una vez examinado efectivamente que dicha resolución canónica es auténtica y ajustada al derecho español. Por otro sí, la representación del recurrente manifiesta que, a su juicio, no es constitucional la disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio, solicitando de este Tribunal Constitucional que proceda, en su caso, conforme al artículo 55.2 de la Ley Orgánica.

Segundo.— Los hechos que se exponen en la demanda son los siguientes: a) Don José Jiménez Guerrero y doña Adoración Pérez Delgado contrajeron matrimonio canónico el 6 de mayo de 1972. b) En el mes de junio de 1981 el actor solicitó del Pontífice la dispensa del matrimonio rato y no consumado. c) En 26 de agosto de 1982 se dictó resolución pontificia de disolución del matrimonio canónico, mediante dispensa de matrimonio rato y no consumado. d) En el procedimien-

to de dispensa, iniciado en Pamplona el día 1 de junio de 1981, la esposa del actor fue citada formalmente por dos veces, compareciendo a la primera citación, y pudo hacer valer en dicho procedimiento su mejor derecho, teniéndosele por comparecida a los efectos jurídicos y procesales pertinentes. e) Mediante escrito de 4 de octubre de 1982 el recurrente solicitó ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tudela la eficacia civil de la referida resolución canónica, acompañando la documentación pertinente. f) Tramitado dicho escrito conforme a las normas previstas en la disposición final segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio, y conferido traslado al Ministerio Fiscal y a la esposa, ésta presentó escrito oponiéndose a la solicitud del actor. g) Mediante auto de 15 de diciembre de 1982, el Juzgado puso fin a las actuaciones, ordenando el archivo de las mismas, sin entrar a considerar el fundamento de la oposición formulada por la esposa, ni la resolución canónica, cuya eficacia civil se solicitaba, se ajustaba al derecho español. h) En el mencionado auto, acompañado por el actor, se decreta el archivo de las actuaciones, «sin perjuicio del derecho que asiste a las partes y al Ministerio Fiscal para formular su pretensión en el juicio correspondiente», sobre la base de la oposición de la esposa y de lo prevenido en la disposición adicional segunda, 3, de la Ley 30/1981.

Tercero.— En cuanto a la fundamentación jurídica de la demanda, la representación del actor considera vulnerados los artículos 14, 16, 1 y 3, 24 y 96 de la Constitución. En primer lugar, se ha producido la vulneración de los artículos 14 y 16.1 —igualdad y libertad religiosa—, en cuanto es contrario a la Constitución otorgar al actor el mismo trato que a doña Adoración Pérez Delgado, pues ambos han utilizado de forma diferente el mismo derecho de libertad religiosa, al no haber ejercido su derecho la esposa por omisión, de donde no puede derivarse que quien los ejerció se vea privado

de los mismos. Ante esta actuación diferente, es contrario a la Constitución uniformar su trato, debiendo prevalecer el principio de trato específico, que ampara el pluralismo religioso, pudiendo afirmarse que en el terreno del obrar religioso, que es diferente y dispar en las personas y confesiones, no cabe la igualdad como uniformidad (dar a todos lo mismo), sino como justicia (dar a cada uno lo suyo). El actor, a consecuencia de una omisión del Juzgado de Primera Instancia de Tudela, que le priva de sus garantías procesales constitucionales, es tratado desigualmente respecto de su esposa. No tiene igual amparo el derecho de libertad religiosa de uno y otro. La omisión o no ejercicio de doña Adoración Pérez Delgado nunca puede suponer que el legítimo ejercicio de ese derecho de libertad religiosa sea coartado hasta ser anulado como le ocurre al demandante.

Asimismo la representación del actor considera vulnerado el art. 16.3 de la Constitución en cuanto no se ha otorgado, por el auto impugnado, la cooperación precisa a la Iglesia Católica y sus órganos, y no se observa el orden y validez de los tratados internacionales (Convenio de 3 de enero de 1979 entre la Santa Sede y el Estado español, sobre asuntos jurídicos, artículo VI, que forma parte, del derecho interno de acuerdo con los artículos 96 y 94 de la Constitución y no pueden ser modificados sino de acuerdo con lo dispuesto en el art.96). En todo caso, si la aplicación de la disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio, ha sido correcta, debe afirmarse que tal disposición es inconstitucional, porque de exigir que la solicitud de eficacia civil de tales resoluciones canónicas firmes deban pedirla ambos cónyuges, bastando la mera oposición sin más para no entrar en el fondo del asunto, nos encontraríamos ante una modificación de los acuerdos entre la Santa Sede y el Gobierno español de 3 de enero de 1979, que no ha sido adoptada conforme al art. 96 de la Constitución.

Por último, la representación del actor considera vulnerado el art. 24 de la Constitución por el auto impugnado, ya que la negativa a conceder la eficacia civil a la resolución canónica se ha producido sin entrar a considerar el fondo de la oposición de la esposa. Además, al acordar el archivo de las actuaciones, el órgano jurisdiccional vulnera por partida doble el artículo 24 de la Constitución: En primer lugar, se produce indefensión del actor, que ni siquiera puede hacer valer en juicio y utilizar los medios de prueba previstos en las leyes para acreditar que la resolución canónica firme es auténtica y ajustada a derecho; en segundo término, se produce también la indefensión, pues sin entrar a considerar el fondo, el fundamento y prueba de la oposición de la esposa y, por consiguiente, sin ser oído al respecto el solicitante del amparo, se accede «de facto» a la petición de la esposa demandada, no concediendo la eficacia civil que se solicita, por lo que, en definitiva, la esposa no aporta nada y logra sus objetivos mientras el recurrente aporta prueba y queda en indefensión.

Cuarto.— Por providencia de 9 de febrero de 1983 la Sección acordó admitir a trámite la demanda y, una vez recibidas las actuaciones, por providencia de 9 de marzo de 1983 tuvo por personado y parte al Procurador don Manuel Ayuso Tejerizo, en representación de doña María Adoración Pérez Delgado, y, asimismo, acordó dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes:

a) El Ministerio Fiscal interesó se dicte sentencia estimando en parte el amparo, concretado en la declaración de nulidad del auto impugnado, con reposición de las actuaciones al momento en que se produjo oposición, a fin de que, tramitada ésta en forma, se adopte la decisión judicial que en derecho proceda. Se basó para ello el Ministerio Fiscal, aparte de en la exposición de hechos que formula, en los Fundamentos de Derecho siguientes: 1) La eficacia civil de la decisión

pontificia queda condicionada por el art. VI.2 del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979 y por el art. 80 del Código Civil, según reforma de la Ley 30/1981, a la solicitud de cualquiera de las partes y a que sea declarada ajustada al Derecho del Estado, siendo evidente el desajuste entre la decisión canónica y el Derecho del Estado en caso de inaplicación en el procedimiento canónico de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Española, y debiéndose interpretar en sentido estricto la referencia del art. 80 del Código Civil al artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2) La disposición adicional segunda de la Ley 30/1981 arbitra un mecanismo procesal provisional, habiendo de entenderse la oposición prevista en dicha norma como referida al ajuste de la decisión eclesiástica al Derecho del Estado español, y no como mera alegación de disconformidad, debiendo señalarse que oposición supone también tramitación encaminada a constatar si, efectivamente, las razones o fundamentos de ella son reales y no meras fórmulas dilatorias que obliguen al actor, en este caso, a acudir al «procedimiento correspondiente». 3) Parece que, ante la petición de reconocimiento de eficacia civil de la decisión eclesiástica, el Juez debe pronunciarse expresamente acordándola o denegándola, sin perjuicio de que la parte o, en su caso, el Ministerio Fiscal, a quien perjudique la decisión, pueda acudir «al juicio correspondiente»; de no ser así, la mera alegación de disconformidad llevaría a estimar que estamos ante un derecho sin protección jurídica. 4) La alegación de los derechos reconocidos en los arts. 14 y 16 de la Constitución española carece a su juicio de relevancia, si bien parece tener mayor consistencia la del art. 24 de la Constitución española, pues la decisión judicial no ha acordado ni denegado la petición, sin que al Tribunal Constitucional compete pronunciarse acerca de si la decisión eclesiástica se ajustaba al Derecho del Estado, pues ello supondría invadir la

esfera de competencias atribuida a los Tribunales ordinarios por el art. 117.3 de la Constitución. Por lo cual no puede estimarse totalmente la pretensión de amparo, pues lo único a que puede accederse es acordar que el Juzgado tramite el procedimiento a partir de la oposición de la esposa y que posteriormente adopte la resolución que en derecho proceda. Todo ello siempre y cuando que por el Tribunal Constitucional no se entienda que ante el acuerdo de archivo por parte del Juzgado la vía a seguir viene constituida no por el proceso de amparo, sino por el «procedimiento correspondiente» de carácter civil y que, sólo agotado éste, proceda ejercitar la acción de amparo.

b) El demandante reiteró su petición de amparo formulada en la demanda y suplicó del Tribunal Constitucional que, «alternativa y subsidiariamente», proceda conforme al artículo 55.2 de la LOTC respecto de la disposición adicional segunda de la Ley 30/1981. Rogó para ello que se tuviesen por reproducidos los fundamentos de derecho contenidos en la demanda, limitándose a insistir y matizar ciertos aspectos de aquéllos.

c) La representación de doña Adoración Pérez Delgado suplicó en su escrito de alegaciones que se denegase el amparo solicitado. En cuanto a los hechos, negó o puso en duda determinados extremos de los formulados por el recurrente en relación con la tramitación del expediente de dispensa canónica y con la solicitud de reconocimiento de eficacia civil de aquélla. Y en cuanto a los fundamentos de derecho, se opuso a los alegados por el recurrente, negando que se hayan infringido los arts. 14, 16.1, y 3, 24 y 96 de la Constitución española.

Quinto.—Entre las actuaciones recibidas figura el escrito de oposición formulado por el Procurador don Victoriano Huarte Callejas, en representación de doña Adoración Pérez Delgado, oposición que se fundamenta sustancialmente en que:

— Es la primera noticia que ha obtenido de la pretendida resolución ca-

nónica, pues se aporta como documento número 2 un texto redactado en latín y otro no numerado, que suponemos —dice— que quiere ser una traducción, sin garantía ninguna de autenticidad, pues únicamente tiene estampado un sello del Arzobispado de Pamplona, lo que nos hace ignorar o no conocer de la forma que las Leyes establecen, el contenido de un documento no redactado en castellano, dándose la misma circunstancia en otros dos documentos aportados por la representación del esposo.

— Niega que fuera oída en el procedimiento canónico y hubiera podido ser oída en dicho procedimiento, al menos espontáneamente y sin coacciones, afirmando que su marido subordinaba el cumplimiento de sus obligaciones impuestas por el Juzgado, a que compareciese y se aviniera a las pretensiones que tenía formuladas ante el Tribunal Eclesiástico.

— Niega que su representada se negara a prestar el débito conyugal a su esposo.

— Niega que la resolución canónica esté plenamente ajustada al Derecho civil español, no procediendo en su consecuencia decretar su eficacia civil.

— Admite los fundamentos jurídicos señalados de adverso (arts. 89 y concordantes del Código Civil, art. 1392, 10, del mismo cuerpo legal y la disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio), añadiendo el art. 80 del Código Civil y la primera parte del art. 956 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y muy especialmente el párrafo 3.º de la disposición adicional segunda de la Ley de 7 de julio de 1981.

— Finaliza su escrito suplicando al Juzgado que tenga por formulada oposición a la pretensión formulada de adverso denegando lo solicitado por la parte contraria, dejando a salvo el derecho a formular tal pretensión en el procedimiento correspondiente.

Sexto.—Por auto de 22 de abril de 1983, previa la correspondiente tramitación, la Sala acordó inadmitir la cuestión de prejudicialidad constitucional

planteada por el actor con respecto a la causa civil de separación conyugal instada ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tudela por la esposa, solicitando su suspensión, que asimismo fue denegada.

Séptimo.—Por providencia de 2 de noviembre de 1983 la Sala acordó señalar para deliberación y fallo el día 9 de noviembre siguiente. En tal día se deliberó y votó.

## II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.—En el presente recurso se alegan por el actor como vulnerados por el auto recurrido los derechos fundamentales, susceptibles de amparo, reconocidos en los artículos 14 (igualdad), 16 (libertad religiosa) y 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva).

Segundo.—Para determinar si se ha producido tal violación de los derechos fundamentales mencionados, hemos de partir del Acuerdo con la Iglesia Católica de 3 de enero de 1979, sobre asuntos jurídicos, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre («Boletín Oficial del Estado» de 15 de diciembre de 1979), cuyo artículo VI, número 2, establece que:

«Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho canónico, podrán acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil y se declararán ajustadas al derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente.»

En conexión con lo anterior, la Ley de 7 de julio de 1981 determinó el procedimiento a seguir en los supuestos de solicitud de eficacia civil de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, estableciendo en su disposición adicional segunda, número 1, la competencia del Juez de Primera Instancia, y en los números 2 y 3, el procedimiento a seguir, en los siguientes términos:

«2. Presentada la demanda por cualquiera de las partes, el Juez dará audiencia en el plazo de nueve días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal; y si, no habiéndose formulado oposición, aprecia que la resolución es auténtica y ajustada al derecho del Estado, acordará por auto la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica, procediendo a su ejecución con arreglo a las disposiciones del Código Civil sobre las causas de nulidad y disolución.

3. Contra el auto que dice el Juez no se dará recurso alguno, pero si fuera denegatorio o se hubiera formulado oposición, quedará a salvo el derecho de las partes y el del Fiscal para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente.»

En aplicación de esta disposición adicional, el auto recurrido acordó decretar el archivo del procedimiento, sin perjuicio del derecho que asiste a las partes y al Ministerio Fiscal para formular su pretensión en el juicio correspondiente. Por lo que procede determinar si la resolución recurrida viola alguno de los derechos fundamentales que se alegan como vulnerados.

Tercero.—En primer lugar nos referimos al art. 24.1 de la Constitución, el cual establece que «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». El alcance de este derecho, según hemos declarado reiteradamente, es el de obtener una resolución fundada en Derecho, sea o no favorable a las pretensiones del actor, que podrá ser de inadmisión cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de una causa legal.

En desarrollo de este derecho fundamental, las Leyes procesales han de prever un cauce procedimental para que todas las personas puedan obtener una resolución de fondo, fundada en derecho, de acuerdo con las ideas expuestas, en el ejercicio de sus dere-

chos e intereses legítimos. La Constitución no impone un tipo de procedimiento determinado, pudiendo valorar el legislador cuál sea el más adecuado, siempre que no se produzca indefensión.

En el caso planteado, el legislador ha decidido instrumentar el cauce procedimental al modo de la jurisdicción voluntaria, por lo que aquí se interesa, previendo una primera intervención judicial para el supuesto en que no se formule oposición (disposición adicional segunda, 2), dejando a salvo el derecho de las partes, en caso de oposición, para formular su pretensión en el proceso correspondiente. Esta regulación, a nuestro juicio, no afecta al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que en el correspondiente proceso el actor puede obtener una resolución de fondo, fundada en derecho, sea o no favorable a sus pretensiones, con todas las garantías procesales, por lo que en ningún caso se ha producido indefensión.

En definitiva, el procedimiento previsto por la disposición adicional segunda responde a una actividad de constatación encomendada al Juez civil y no puede calificarse como un verdadero proceso en cuanto no está previsto como cauce procedimental para el supuesto en que se formule una pretensión contrapuesta a la solitud del actor. Cuando ésta se formula se hace contencioso el expediente y hay que acudir al proceso previsto por el Ordenamiento.

De esta forma, la regulación legal no desconoce el derecho fundamental del art. 24.1 de la Constitución, ya que el legislador ha establecido un cauce procedimental, al modo de la jurisdicción voluntaria, y otro procesal, para el supuesto de oposición, que permita la efectividad del mencionado derecho fundamental.

Queda por hacer una referencia a si el Juez debía haber dictado en todo caso una resolución de fondo acerca de la eficacia en el orden civil de la decisión pontificia sobre el matrimonio rato y no consumado, en cuanto

ello puede afectar al derecho fundamental alegado. Aun cuando la respuesta a tal cuestión resulta de las consideraciones anteriores, debemos precisar ahora que la función encomendada al Juez, en este caso, no es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino que, al ser concebida al modo de la jurisdicción voluntaria, ha de incluirse entre las funciones que, de acuerdo con el art. 117.4 de la Constitución, puede atribuir la Ley expresamente al Juez en garantía de cualquier derecho. Por eso, al hacerse contencioso el expediente, queda a salvo el derecho de las partes para formular su pretensión en el fondo correspondiente y obtener la tutela judicial de fondo que reconoce, en los términos vistos, el art. 24 de la Constitución. Por otra parte, tampoco podría fundarse la vulneración del art. 24.1 en el sentido de entender que no se formuló una oposición con el alcance que cabe atribuir a la disposición adicional 2.ª, 2, y que por tanto procedía dictar una resolución de fondo, porque es lo cierto que corresponde al Juez, por tratarse de un tema de legalidad, valorar si tal oposición puede calificarse o no de formularia y si se traduce en una pretensión razonada, apreciación de legalidad en cuyo examen no puede entrar este Tribunal salvo en los casos en que por ser manifiestamente irrazonada incida en el ámbito del artículo 24.1 de la Constitución; debiendo señalarse que el auto impugnado, al entender que se había producido oposición y que procedía decretar el archivo de las actuaciones, dejando a salvo el derecho de las partes para formular su pretensión en el proceso correspondiente, se mueve dentro del ámbito de la competencia del Juez para interpretar la legalidad aplicable, sin que tal apreciación, a la vista de las actuaciones, pueda calificarse por este Tribunal de manifiestamente irrazonada de forma que viole el art. 24.1 de la Constitución.

Cuarto.—La parte actora sostiene que el auto impugnado ha vulnerado también sus derechos fundamentales

a la igualdad y libertad religiosa (artículos 14 y 16.1 de la Constitución).

En relación con tal alegación, la Sala no encuentra el menor indicio de que tal violación haya podido producirse, pues la resolución objeto del recurso no ha decidido sobre el fondo y ha reservado a las partes su derecho para formular sus pretensiones en el procedimiento correspondiente, por lo que será en este procedimiento, en su caso, en el que, hipotéticamente, al dictarse una resolución de fondo podría producirse una violación de los derechos aludidos.

Quinto.—Por último, la representación del recurrente afirma también que se ha producido una violación del artículo 16.3 en conexión con el 96 de la Constitución, en cuanto establece que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

En cuanto a esta pretendida vulneración, debemos señalar que el recurso de amparo se circunscribe a la tutela de los derechos fundamentales comprendidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, además de la objeción de conciencia de su art. 30, según determinan los artículos 53.2 y 161.b) de la Constitución y el art. 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT); por lo que, en consecuencia, la violación alegada no puede encuadrarse dentro de tales derechos, ya que, como es obvio, el art. 16.3 regula un deber de cooperación del Estado con la Iglesia Católica y demás confesiones y no un derecho fundamental de los ciudadanos del que sea titular el actor.

Pero en todo caso, y aunque pretendiera deducirse este deber de cooperación de la libertad religiosa que reconoce el art. 16.1 de la Constitución, es lo cierto que tampoco podríamos afirmar que la resolución impugnada hubiera afectado al mismo, dado que se dicta en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, que a su vez fija un pro-

cedimiento para hacer efectivo lo convenido entre el Estado español y la Santa Sede en el Acuerdo sobre asuntos jurídicos firmado el 3 de enero de 1979 (art. VI), que por ello no puede entenderse modificado; por lo demás, como antes hemos señalado, el Juez ha actuado siguiendo el cauce establecido en el ordenamiento interno para el reconocimiento de la eficacia civil de la decisión pontificia de matrimonio rato y no consumado.

Sexto.—En virtud de las consideraciones anteriores, resulta claro que procede desestimar el recurso de amparo, al no haberse producido violación alguna de los derechos fundamentales aducidos por la representación del actor. Por lo que, al no darse el supuesto previsto en el art. 55.2 de la Ley Orgánica de este Tribunal, no procede aplicar lo dispuesto en el mismo para el caso de estimación del recurso.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Desestimar el recurso de amparo.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 8 de noviembre de 1983. — Manuel García Pelayo y Alonso. — Angel Latorre Segura. — Manuel Díez de Velasco Vallejo. — Gloria Begué Cantón. — Rafael Gómez Ferrer Morant. — Angel Escudero del Corral. — Firmados y rubricados.

*En mi opinión, la tesis correcta es la del Ministerio Fiscal y por ello el amparo debió prosperar.*

*El Tribunal Constitucional atribuye una naturaleza errónea al procedimien-*

to previsto en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio. No se trata de actuaciones de jurisdicción voluntaria, sino un verdadero procedimiento de exequatur de resoluciones canónicas. Aun situados en la perspectiva que se pone el Tribunal Constitucional, la interpretación del término «oposición» para convertir en contencioso el expediente es simplista. También hay expedientes de jurisdicción voluntaria en que hay «oposición», pero hay que concluirlos con una resolución sobre el problema planteado y no simplemente convertirlos en contenciosos. Que la mera «oposición» al exequatur de la resolución canónica sirva para archivar el asunto es algo que infringe abiertamente el art. 24,1 de la Constitución.

También el recurrente ha atisbado algo raro en el procedimiento de dicha Disposición Adicional Segunda que lo lleva a tacharlo de inconstitucional. Tal vez no llegue a tanto, pero lo que sí puede decirse es que dicha norma es un gran gol que el Estado español le ha atizado a la Santa Sede. ¡Se establece un procedimiento de exequatur de resoluciones canónicas en el que se acepta la revisión del fondo del asunto, aunque sólo sea para declararlo conforme al derecho del Estado. Hasta ese extremo ningún Estado soberano había aceptado la revisión de las decisiones de sus Tribunales. Baste recordar la ya antigua jurisprudencia de exequatur en las relaciones entre España y Francia antes de la firma del Convenio de 1969.

## LEGISLACION

## RESEÑA LEGISLATIVA PROCESAL (1-VII de 1984 al 30-IV de 1985)

MANUEL LOZANO-HIGUERO PINTO  
Profesor Titular Contratado de Derecho Procesal  
Universidad de León

- 1) LEY 31/1984 DE 2 DE AGOSTO (BOE DE 4 DE AGOSTO), DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO POR LO QUE SE MODIFICA EL TÍTULO II DE LA LEY 5/1980, DE 8 DE OCTUBRE.

### Artículo trigésimo primero.

Las decisiones del INEM relativas al reconocimiento, denegación, suspensión o extinción de cualquiera de las prestaciones por desempleo, serán recurribles ante la Jurisdicción laboral.

*(Esta ley no contiene disposición de relevancia procesal más que la comentada y no queremos dejar de hacer constar el desastroso léxico que utiliza: nivel contributivo, nivel asistencial, etc., cuando no el pretencioso «dinámica del derecho» [art. 15]).*

- 2) LEY 32/1984, DE 2 DE AGOSTO (BOE DE 4 DE AGOSTO), SOBRE MODIFICACIÓN DE DETERMINADOS ARTÍCULOS DE LA LEY 8/1980, DE 10 DE MARZO, DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

### Artículo 33-3.

En los procedimientos concursales desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presume la posibilidad de su existencia, el juez, de oficio o a instancia de parte, citará al Fondo de Garantía Salarial, sin cuyo requisito no asumirá éste las obligaciones señaladas en los números anteriores,

El Fondo se personará en el expediente como responsable legal subsidiario del pago de los citados créditos, pudiendo instar lo que a su derecho convenga y sin perjuicio de que, una vez realizado, continúe como acreedor en el expediente.

3) LEY 33/1984, DE 2 DE AGOSTO (BOE DE 4 DE AGOSTO), SOBRE ORDENACIÓN DEL SEGURO PRIVADO.

**Artículo 32.**

1. «Si no se hubiere producido declaración judicial de quiebra y la liquidación de la Entidad fuera intervenida por el Ministerio de Economía y Hacienda, las acciones individuales que hubieran ejercitado los asegurados, antes del comienzo de la liquidación o durante ésta, podrán continuar hasta obtener sentencia firme, pero su ejecución quedará suspendida y el crédito a su favor se liquidará juntamente con los de los demás asegurados. Igual norma se aplicará a los restantes créditos que se deriven de contratos de seguros.

2. No obstante al término de un año desde que la sentencia hubiera adquirido el carácter de firme, se alzarán automáticamente la suspensión, sin necesidad de declaración ni resolución alguna al respecto, cualquiera que fuere el estado en que se encontrase la liquidación.

3. Cuando se produzca la declaración judicial de quiebra o de concurso, el Ministerio de Economía y Hacienda continuará la liquidación al sólo efecto de distribuir entre los asegurados el importe de los bienes al que se refiere el artículo 33 de esta Ley, cesando la intervención del mismo en cuanto al resto de la liquidación y prestará a la autoridad judicial la asistencia prevista en los artículos 1333 y 1334 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables; todo ello sin perjuicio del derecho de los asegurados en el procedimiento de quiebra o concurso.»

**Artículo 34. Comisiones de conciliación.**

«1. Las divergencias que puedan plantearse entre terceros perjudicados o sus derecho-habientes, asegurados y beneficiarios con las entidades aseguradoras, sobre interpretación y cumplimiento de los contratos de seguro, se resolverán en la forma prevista en la legislación ordinaria, salvo que las partes acuerden expresamente someterse a la conciliación o al arbitraje previstos en este artículo.

2. Al producirse las divergencias, las partes podrán someterse voluntariamente a la decisión de Comisiones de conciliación que

serán regidas por el Gobierno, determinándose su competencia, ámbito territorial y composición, que en todo caso será tripartita, con representantes de la Administración, de los asegurados y de las entidades aseguradoras. El procedimiento de las Comisiones de conciliación se ajustará al principio de sumariedad, y en él las partes tendrán derecho a ser oídas y a presentar las pruebas que estimen convenientes.

Las Comisiones resolverán el conflicto según su leal saber y entender y su laudo será firme y ejecutivo.

3. En todo caso, los aseguradores y asegurados, los aseguradores entre sí y éstos con los reaseguradores podrán establecer la correspondiente cláusula compromisaria para resolver mediante arbitraje privado las divergencias que se susciten en la interpretación, aplicación y ejecución de los contratos de seguros que tengan suscritos. La tramitación del arbitraje se ajustará en lo prevenido en la vigente Ley de Arbitrajes Privados y el laudo será firme y ejecutivo.

4. Las normas vigentes sobre arbitraje de equidad tendrán carácter supletorio para el arbitraje establecido en este artículo.»

*Este precepto nos sugiere varias precisiones. La relativa a la impropiedad de la denominación «Comisiones de Conciliación», cuando se trata de Comisiones de Arbitraje —como indica el último inciso del precepto—; términos e instituciones de naturaleza, presupuestos y efectos diferentes; en fin, manifestación el arbitraje de heterocomposición y la conciliación de autocomposición, característicamente, procedimiento preliminar preventivo y de jurisdicción voluntaria. Es loable el intento de introducir con carácter voluntario en materia como esta, de seguro, ámbito de intereses difusos, equivalentes jurisdiccionales, aunque la solución ofrecida no sea la más idónea y eficaz y podía haberse pensado, mutatis mutandis, en la que suponen las Comisiones de Reclamaciones del Derecho Sueco, tal como anticipamos en su día —cfr. Lozano-Higuero, M., La Protección procesal de los intereses difusos, Madrid, 1983, pág. 224—. Por lo demás esta equivocidad terminológica se manifiesta en algún otro texto, como el Estatuto de Autonomía para el País Vasco, Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, en cuyo artículo 39 se prevé la creación de una Comisión Arbitral, pero resolver cuestiones de Derecho Público —conflictos de competencia que se puedan suscitar entre las Instituciones de la Comunidad Autónoma y las de cada uno de sus Territorios Históricos— (sin embargo el previsto desarrollo legislativo de este precepto, Anteproyecto de Ley de Comisiones Arbitrales del País Vasco, configura a las Comisiones Arbitrales como de naturaleza jurisdiccional, art. 19, integrando una verdadera Ju-*

*jurisdicción Especial; cfr. Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial, núm. 28, septiembre 1984, págs. 21 y ss.).*

**Artículo treinta y seis. — Inembargabilidad de determinados bienes.**

«1. No podrán embargarse los bienes afectados a que se refiere el artículo 42, 2, e) aun cuando la entidad se halle en período de liquidación.

2. Sin embargo, cuando no existan otros bienes libres con los que hacer frente a las obligaciones derivadas de contratos de seguros, el órgano de control correspondiente determinará los bienes sobre los que podrá ejecutarse la resolución judicial, salvo que decreta la disolución y liquidación intervenida de la entidad. Si la autoridad judicial declarase la quiebra será de aplicación lo establecido en el artículo 32.3.»

**Artículo cuarenta y cinco. — Procedimiento y competencia para sancionar.**

«3. El Ministerio de Economía y Hacienda tendrá competencia para ejecutar las resoluciones recaídas en los expedientes sancionadores y podrá llegarse a la compulsión directa para la toma de posesión de oficinas, libros y documentos para su entrega a los administradores, liquidadores o interventores designados al efecto, sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales de Justicia y ejercitar las acciones que corresponda.»

- 4) REAL DECRETO-LEY 10/1984, DE 11 DE JULIO (BOE DE 14 DE JULIO), POR EL QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS URGENTES PARA EL REFORZAMIENTO DEL ORGANISMO DE CONTROL.

**Artículo cuatro-6-I.**

No será obligatoria la solicitud por la Comisión Liquidadora de la suspensión de pagos o quiebras de la Entidad en liquidación, aun cuando presente insolvencia. La Comisión elaborará un plan de liquidación ordenada y ágil, que será sometido a aprobación en convenio de acreedores con los requisitos y formalidades establecidos en la Ley de Suspensión de pagos de 26 de julio de 1922 o, en su caso, en el Código de Comercio, salvo en la intervención del juez, que será sustituida por la Comisión Liquidadora, sin perjuicio de las garantías jurisdiccionales derivadas de los artículos 16 de la citada Ley y 902 y 903 del mencionado Código, entendiéndose referida a

dicha Comisión la mención de los Sindicatos contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Artículo seis.**

«1. Cuando una Entidad aseguradora se presente en suspensión de pagos con arreglo a la Ley de 26 de julio de 1922, las funciones de los Interventores serán asumidas por la Comisión Liquidadora. Cuando se den los supuestos del primer párrafo del artículo 6.º de la citada Ley y se proceda a la suspensión y sustitución de los órganos de administración de la Entidad suspensa, el Administrador será la propia Comisión.

2. Cuando una Entidad aseguradora se declare formalmente en estado de quiebra, de conformidad con las normas del Código de Comercio y la Ley de Enjuiciamiento Civil, las funciones del Comisario, Depositario y de los Síndicos serán asumidas por la Comisión Liquidadora.»

- 5) LEY 24/1984 (BOE DE 3 DE JULIO) SOBRE LA MODIFICACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS DEL DINERO.

*No obstante el carácter material de esta disposición, es objeto de glosa por el relieve procesal de la misma.*

**Artículo primero.**

«El interés legal se determinará aplicando el tipo básico del Banco de España vigente al día en que comience el devengo de aquel salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca uno diferente.»

*Esta disposición afectó en su momento al artículo 921 bis de la LEC, hoy 921, tras la Novela de 1984.*

**Disposición Transitoria.**

«La presente Ley será de aplicación a las obligaciones nacidas de hechos producidos o relaciones constituidas tras su entrada en vigor, y a todas aquellas en las que el derecho a exigir el interés, en defecto de convenio, nazca o devengue con posterioridad a su vigencia.»

- 6) LEY 50/1984 DE 30 DE DICIEMBRE (BOE DE 31 DE DICIEMBRE DE 1984), DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO.

*Disposición Transitoria Novena.*

«De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 22/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero, éste queda establecido en el 11 por 100 hasta el 31 de diciembre de 1985.»

*En consecuencia, el interés legal que operará en virtud del artículo 921-IV de la LEC será del 13 %.*

- 7) LEY 26/1984 DE 19 DE JULIO (BOE DE 24 DE JULIO) PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.

*Esta es una legislación novedosa en el ordenamiento respecto a todo el Estado, no en cuanto a las Comunidades Autónomas en particular, p. ej., «el Estatuto del Consumidor», Ley 10/1981 de 18 de noviembre, de Euskadi, y que dio ocasión al recurso de inconstitucional núm. 86/1982, sentencia de 30 de noviembre de 1982; cristalización en nuestro país de un movimiento que arranca en Occidente del Mensaje sobre el estado de la Nación, 15 de marzo de 1982, del Presidente de USA, John F. Kennedy.*

*Llega con retraso respecto al movimiento legislativo del Derecho Comparado: Ley Royer de 27-12-73 y Ley Scrivener de 10-1-78, ambas francesas; Unfair Contract Arms Act, de 1977, del Reino Unido; Ley 29/1981 de 22 de agosto de Defensa del Consumidor, portuguesa. Esto en cuanto a las legislaciones nacionales respecto a supranacional, la Resolución del Consejo de la CEE de 14 de abril de 1975 en que, basándose en la cobertura flexible de la redacción del artículo 2 del Tratado, proyecta un «Programa preliminar de la CEE para una política de protección e información de los consumidores», así como el Informe Hilken (Documento núm. 93/1979, Bruselas, 24-1-79), titulado «El uso y la armonización judicial y parajudicial para la protección de los consumidores en la Comunidad Europea».*

*Esta voluntad innovadora se traduce en el articulado de la nueva Ley, v. gr.*

**Artículo 2.2.**

«Los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordenado y generalizado...»

*En el texto se delimita como elemento esencial de la tutela de los intereses difusos, como son característicamente los de los consumidores, su índole genérica o fungible (conforme a lo que habíamos postulado, Lozano-Higuero, «La poteción procesal de los intereses difusos», Madrid, 1983, pp. 158-159).*

*Otros textos destacables son los siguientes:*

**Artículo 8-3.**

«La oferta y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, será perseguida y sancionada como fraude. Las asociaciones de consumidores y usuarios, constituidas de acuerdo con lo establecido en esta Ley, estarán legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendentes a hacerla cesar.»

*Aquí se admite una legitimación categorial, colectiva, uti universi, en fin, de las asociaciones de consumidores.*

*Artículo diez, que en las cláusulas, condiciones o estipulaciones contractuales exige:*

«c) Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que, entre otras cosas, excluye:

8.º La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.»

**Artículo 20.1.**

«Las Asociaciones de consumidores y usuarios se constituirán con arreglo a la Ley de Asociaciones y tendrán como finalidad la defensa de los intereses, incluyendo la información y educación de los consumidores y usuarios, bien sea con carácter general, bien con relación con productos o servicios determinados; podrán ser declaradas de utilidad pública, integrarse en agrupaciones y federaciones de idénticos fines, percibir ayudas y subvenciones, representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios, y disfrutarán del beneficio de justicia gratuita en los casos a que se refiere el artículo 2.º, 2. Su organización y funcionamiento deberán ser democráticos.»

*Se reconoce también en este artículo la legitimación colectiva o categorial y exoneración de los gastos de la Administración de Justicia.*

**Artículo 29.**

«1. El consumidor o usuario tiene derecho a una compensación, sobre la cuantía de la indemnización, por los daños contractuales y extracontractuales durante el tiempo que transcurra desde la declaración judicial de responsabilidad hasta su pago efectivo.

2. Dicha compensación se determinará según lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

**Artículo 31.**

«1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de consumidores y usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurre intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución.

2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.

3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias.»

*Valga aquí lo dicho más arriba al comentar la Disposición número 3, Ley 33/1984 de 2 de agosto, sobre Ordenación del seguro privado, artículo 34, relativo a las Comisiones de Conciliación, en que optábamos por las Comisiones de Reclamaciones del Derecho sueco, solución que nos parece preferible a estos evanescentes órganos de arbitraje, cuyas resoluciones, de carácter, nominatim, vinculante y ejecutivo, no sabemos qué alcance tienen, pues según la literalidad de la Ley lo son sin perjuicio de la jurisdicción administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución.*

*La valoración de esta Ley, de gran importancia económica y social, debe efectuarse resaltando que no responde jurídica y sobre todo desde la perspectiva procesal, a las necesidades de esta categoría social de tanta importancia en nuestros días, quedando anticuada desde su nacimiento, en aspectos como: publicidad del acto de iniciación y de los que ponen fin a la instancia, con amplia difusión en los medios de comunicación social; medidas cautelares; am-*

*plitud probatoria; legitimaciones (el adecuado portador o sujeto exponencial; posibilidad de la uti cives; presencia del Ministerio Fiscal y deseable régimen de legitimaciones combinadas); pluralidad de partes: litisconsorcio pasivo (vendedor, distribuidor, fabricante), coadyuvancias y, en general, para referirnos a la cosa juzgada, su extensión subjetiva, al menos ultra partes secundum eventum litis, de admitir un litisconsorcio necesario virtual, activo —cada demanda comprende virtualmente todas las de los demás eventualmente afectados—, fenómenos, en fin, ligados a los efectos secundarios o concomitantes (nebenwirkungen) y reflejos (reflexwirkungen) —cfr. Kutner, Die Privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile, München, 1908—.*

*En esta dirección era loable el texto del artículo 32 de la enmienda a la totalidad del Proyecto de Ley que, con fecha 3 de febrero de 1984, fue formulada por el Grupo Parlamentario Popular:*

*«Las responsabilidades civiles a que se refiere el artículo anterior se exigirán ante el Juez competente del lugar donde se haya producido los hechos o el del domicilio del demandado a elección del demandante, conforme a los trámites del juicio ordinario que corresponda, según la cuantía sin más modificaciones que las siguientes:*

*1.º Admitida la demanda serán emplazadas y llamadas por edictos, que se publicarán no sólo en los periódicos oficiales sino también en la prensa local o nacional y en los medios radiofónicos o televisivos, según lo aconsejen las circunstancias y la extensión del caso, todas las personas posibles afectadas o perjudicadas por los hechos, para que puedan personarse en las actuaciones si vieren convenirle.*

*Si como consecuencia de las acumulaciones eventualmente producidas el procedimiento debiera ventilarse por otros trámites que el inicial el Juez que conozca de las actuaciones dará al mismo de oficio el trámite correspondiente o remitirá las actuaciones al Juez competente que deba proseguirla por razón del cambio de procedimiento.*

*2.º El Juez adoptará cuantas medidas cautelares considere adecuadas a la mejor prevención de los daños y perjuicios y aseguramiento de la ejecución de la sentencia. Entre estas medidas podrá acordar el decomiso e inutilización de la mercancía o de los bienes si preciso fuere y la administración judicial de la empresa. Estas medidas cautelares se adoptarán previa audiencia de la parte demandada si estuviere personada y con intervención del Ministerio Fiscal.*

*3.º La sentencia deberá determinar la indemnización que corresponda individualmente a cada uno de los perjudicados conocidos,*

*personados y representados y, además una cantidad estimada prudentemente, según la naturaleza y extensión del caso para atender a todas las personas que en ejecución de sentencia acrediten también ser perjudicados, aunque no hayan sido parte en el proceso.*

- 8) CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. ACUERDO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1984 (BOE 30 DE NOVIEMBRE) DEL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, POR EL QUE SE MODIFICA PARCIALMENTE EL DE 20 DE ENERO DE 1982 SOBRE MAGISTRADOS SUPLENTE, JUECES Y SECRETARIOS SUSTITUTOS.

*Artículo único.*

Se modifica el párrafo segundo del punto cuarto, del Acuerdo de 20 de enero de 1982, sobre Magistrados suplentes, Jueces y Secretarios sustitutos, que queda redactado en la forma siguiente:

«Los nombramientos, que serán por un año, podrán prorrogarse anualmente por decisión de la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial.»

- 9) CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. ACUERDO DE 5 DE DICIEMBRE DE 1984 (BOE 21 DE DICIEMBRE), DEL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, POR EL QUE SE SUPRIME LA REGLA GENERAL DE SECRETO DE LOS ACUERDOS DE LAS JUNTAS DE JUECES.

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en uso de la facultad reglamentaria que le concede el artículo 5.º de la Ley Orgánica 1/1980, en su reunión del día de la fecha, ha adopta el siguiente acuerdo:

El número 7 del artículo 2.º del Real Decreto 2888/1977, de 28 de octubre, que regula los Cuerpos de Jueces, quedará redactado en los términos siguientes:

«Los debates, deliberaciones y votaciones de la Junta serán secretos. Los acuerdos tendrán la publicidad que corresponda a su contenido y determine la Junta en cada caso.»

- 10) LEY ORGÁNICA 1/1985 DE 18 DE ENERO (BOE DE 24 DE ENERO), DE INCOMPATIBILIDADES DEL PERSONAL AL SERVICIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, COMPONENTES DEL PODER JUDICIAL Y PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, TRIBUNAL DE CUENTAS Y CONSEJO DE ESTADO.

*Artículo único.*

1. El régimen de incompatibilidades del personal al servicio del Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial y Tribunal de Cuentas, así como el de los componentes del Poder Judicial y personal al servicio de la Administración de Justicia, será el establecido en la Ley de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las competencias para la autorización, reconocimiento o denegación de incompatibilidades señaladas en sus disposiciones específicas.

2. La Ley de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas será de aplicación al personal al servicio del Consejo de Estado.

3. Quedan modificadas, en consecuencia, las normas sobre incompatibilidades relativas al personal a que se refieren los anteriores apartados, en cuanto se opongan a la presente Ley Orgánica.

- 11) LEY ORGÁNICA 8/1984 DE 26 DE DICIEMBRE (BOE 28 DE DICIEMBRE), POR LA QUE SE REGULA EL RÉGIMEN DE RECURSOS EN CASO DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA, SU RÉGIMEN PENAL Y SE DEROGA EL ARTÍCULO 45 DE LA LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

*Artículo primero.*

1. Contra las resoluciones del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia que denieguen la solicitud de declaración de objeción de conciencia o que tengan un efecto equivalente, podrá interponerse, de conformidad con las normas que regulan la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, el correspondiente recurso.

2. Contra las resoluciones judiciales recaídas en los procedimientos señalados en el apartado anterior, podrá interponerse recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

*Artículo segundo.*

1. Al objetor que faltare, sin causa justificada, por más de tres días consecutivos, del Centro, dependencia o unidad en que tuviese que cumplir la prestación social sustitutoria, se le impondrá la pena de prisión menor en su grado mínimo.

2. La misma pena se le impondrá al objetor que, llamado al servicio, dejare de presentarse injustificadamente en el tiempo y lugar que se señale.

3. Al que habiendo queda exento del servicio militar, como objeto de conciencia, rehúse cumplir la prestación social sustitutoria, se le impondrán las penas de prisión menor en sus grados medio o máximo y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Una vez cumplida la condena impuesta, quedará excluido de la prestación social sustitutoria, excepto en caso de movilización.

4. En tiempos de guerra se impondrán, para los supuestos de los apartados 1 y 2, las penas de prisión menor, en sus grados medio o máximo, o la de prisión mayor en su grado mínimo y para el supuesto del apartado 3, las penas de prisión mayor, en sus grados medio o máximo, o la de resolución menor en su grado mínimo.

5. El enjuiciamiento de estos delitos corresponderá a la jurisdicción ordinaria, que aplicará como supletorio el libro I del Código Penal.

#### *Disposición Derogatoria.*

Quedan derogados el artículo 45 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y cuantas otras disposiciones se opongán a lo establecido en la presente Ley Orgánica.

- 12) REAL DECRETO 2388/1984, DE 10 DE OCTUBRE (BOE 31 DE ENERO DE 1985), POR EL QUE SE MODIFICAN DETERMINADOS ARTÍCULOS DEL REGLAMENTO PARA LA EJECUCIÓN DE LA LEY HIPOTECARIA.

#### *Artículo 144, párrafo 5.*

Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para el embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que la demanda no ha sido notificada al cónyuge del titular.

- 13) LEY ORGÁNICA 9/1984, DE 26 DE DICIEMBRE (BOE 3 DE ENERO DE 1985 —CORRECCIÓN DE ERRORES BOE 11-ENERO-1985 Y 16-MARZO-1985—) CONTRA LA ACTUACIÓN DE BANDAS ARMADAS Y ELEMENTOS TERRORISTAS Y DE DESARROLLO DEL ARTÍCULO 55.2 DE LA CONSTITUCIÓN.

#### *Artículo segundo. Extraterritorialidad de las normas penales.*

«1. Los delitos comprendidos en esta Ley serán juzgados por los Tribunales españoles, aunque su comisión se realice fuera del territorio nacional por españoles o extranjeros, si los responsables

están integrados en bandas armadas, rebeldes u organizaciones terroristas que operen en España o cooperen o colaboren con ellas. Se exceptúan de esta regla los supuestos en que los responsables hubieran sido enjuiciados por los Tribunales extranjeros por los mismos hechos.

2. En el caso del párrafo anterior se abonará al culpable el tiempo de prisión preventiva que hubiere sufrido en el extranjero.

3. Las condenas de los Tribunales extranjeros por delitos de igual entidad a los previstos en esta Ley producirán ante los Tribunales españoles los mismos efectos que las de éstos, en cuanto a lo establecido en el número 15 del artículo 10 del Código Penal.»

#### *Artículo quinto. Declaración de ilicitud y disolución de asociaciones.*

«Cuando los dirigentes o miembros activos de organizaciones, asociaciones, sociedades, centros colectivos de actividad política, cultural o social, con o sin personalidad jurídica, fueren condenados por delitos comprendidos en esta Ley, cuya comisión fuere inducida o amparada o encubierta por los referidos entes, o en las que hubieren sido utilizados, con su conocimiento, la organización, cobertura legal o medios materiales de éstos, el Tribunal sentenciador acordará, a instancia de parte y previa declaración de ilicitud, su disolución o clausura.»

#### *Artículo sexto. Atenuación de penas en el desistimiento con propósito de reinserción social.*

«1. En los delitos comprendidos en el artículo 1.º serán circunstancias cualificadas para la graduación individual de las penas:

a) Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado.

b) Que el abandono por el culpable de su vinculación criminal hubiere evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro, impedido la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

2. En los supuestos mencionados en el apartado anterior, el Tribunal impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la fijada al delito sin tener en cuenta para ello la elevación de la pena establecida en el artículo 3.º. Asimismo podrá acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para la identificación de los delincuentes, para evitar el delito o para impedir la actuación o el desarrollo de

las bandas terroristas o rebeldes y siempre que no se imputen al mismo en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los números 1.º y 2.º del artículo 420 del Código Penal. Esta remisión quedará condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos previstos en esta Ley.

3. El integrante colaborador y cooperador de grupos o bandas armadas que se encuentre en prisión condenado por sentencia firme podrá obtener la libertad condicional si concurre alguna de las circunstancias a que se refiere el 1, b), de este artículo y hubiese cumplido, al menos, un tercio de la pena impuesta.

#### *Artículo undécimo. Organos jurisdiccionales competentes.*

La instrucción, conocimiento y fallo de las causas criminales por los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley corresponde a la jurisdicción ordinaria, a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional.

*(A efectos polémicos se podría indicar aquí que este artículo afectaba a la garantía constitucional del Juez natural, en una interpretación clásica que considerara a éste como el Juez de la tierra, judge of the land, o legale iudicium suorum, garantía procesal del Juez competente, el de la misma condición —Couture «Garantías Constitucionales del Proceso Civil», en Estudios, I, B. Aires, 1979, pág. 48—, en nuestro Derecho referida al forum delicti commissi, art. 14 Lecr. No obstante, podría considerarse salvada la tacha de inconstitucionalidad interpretando favorablemente la Sentencia del T. C., Sala 1, de 31 de mayo de 1983, que delimita la garantía del Juez Natural del art. 24-2 de la C., Juez ordinario predeterminado por la Ley, conforme a los siguientes requisitos: 1.º Organó judicial creado previamente por la norma jurídica. 2.º Que esta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial. 3.º Que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. 4.º Composición del Organó judicial venga determinada por la Ley. 5.º Que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente).*

#### *Artículo duodécimo. Procedimiento aplicable al enjuiciamiento de los delitos.*

1. Serán de aplicación al enjuiciamiento de los comprendidos en esta Ley las normas de procedimiento establecidas en el Títu-

lo III del Libro IV, capítulos 1.º y 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cualquiera que sea la pena que corresponda, con las especialidades que se establecen en los artículos siguientes.

2. La Sala de lo Penal competente para el conocimiento de estas causas se formará, en todo caso, con tres Magistrados.

*(Se opta, pues, por el procedimiento de urgencia para determinados delitos, y, concretamente por las Disposiciones Generales —artículos 793 a 802—).*

#### *Artículo decimotercero. Detención preventiva.*

Los detenidos por hallarse comprendidos en esta Ley, serán puestos a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, la detención preventiva podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un plazo máximo de otros siete días, siempre que tal propuesta se ponga en conocimiento del Juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención. El Juez, en el término de veinticuatro horas, denegará o autorizará la prolongación propuesta.

*(También este precepto incide en el ámbito constitucional delimitado por el artículo 17.2, así como en las disposiciones y aplicación de la Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo sobre el habeas corpus).*

#### *Artículo decimocuarto. Control judicial de la detención.*

1. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste, pudiendo el primero, en su caso, revocar la autorización de prolongación de la detención.

2. La previsión anterior se entiende sin perjuicio de las actuaciones judiciales pertinentes en caso de utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en esta Ley y de las competencias que en defensa de la legalidad corresponden al Ministerio Fiscal.

#### *Artículo decimoquinto. Incomunicaciones.*

1. La autoridad que haya decretado la detención o prisión podrá ordenar la incomunicación por el tiempo que estime necesario mientras se completan las diligencias o la instrucción sumarial, sin perjuicio del derecho de defensa que afecte al detenido o preso y de lo establecido en los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los supuestos de incomunicación.

2. Toda diligencia o resolución judicial, derivada o no de los procedimientos incoados en virtud de esta Ley, que pueda afectar a la incomunicación acordada, debe ser adoptada por los órganos jurisdiccionales competentes según esta Ley.

*Artículo decimosexto. Detenciones y registros domiciliarios.*

1. Los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado podrán proceder sin necesidad de previa autorización o mandato judicial a la inmediata detención de los presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 1.º, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro de dichos lugares y a la ocupación de los objetos e instrumentos que en ellos hallaren y que pudieren guardar relación con el delito.

2. El Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicarán inmediatamente al Juez competente el registro realizado, las causas que lo motivaron y los resultados obtenidos del mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubiesen practicado.

*Artículo decimoséptimo. Observación postal, telegráfica y telefónica.*

1. El Juez podrá acordar en resolución motivada la observación postada, telegráfica o telefónica, por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales períodos, respecto de aquellas personas en las que, de las investigaciones sobre bandas armadas, rebeldes o elementos terroristas, a que se refiere esta Ley, resulten indicios de responsabilidad criminal o de las que se sirvan para la realización de sus fines ilícitos.

2. En caso de urgencia esta medida podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal decisión en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

3. En todo caso, el resultado de la observación deberá comunicarse puntualmente al Juez competente, quien podrá revocar lo acordado, total o parcialmente en cualquier momento. En el supuesto de revocación, deberá ejecutarse inmediatamente la resolución.

3. La sucesiva o sucesivas prórrogas se someterán a los mismos trámites.

*Artículo decimoctavo. Garantía y control de las medidas.*

1. Las resoluciones en que se decreten las suspensiones de derechos contenidos en los artículos precedentes serán notificadas inmediatamente a los interesados, salvo cuando con ello se comprometa el resultado de las investigaciones.

2. Sin perjuicio de los demás medios de control parlamentario que prevean los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, el Gobierno informará a las Cámaras, al menos cada tres meses, del uso que se hace y del resultado obtenido por la aplicación de las medidas adoptadas.

3. Quienes utilicen injustificada o abusivamente las facultades contenidas en los anteriores artículos serán castigados con las penas previstas en el artículo 194 del Código Penal, a no ser que los hechos constituyan otro delito de mayor gravedad.

*Artículo decimonoveno. Prisiones y libertades provisionales.*

1. El Juez o Tribunal competente decretará, en todo caso, la prisión preventiva o incondicional en los delitos que tengan señalada pena igual o superior a la de prisión mayor y, asimismo, atendidas las circunstancias del caso y los antecedentes del inculcado, podrá decretar la prisión provisional cuando el delito señalada pena inferior.

2. La prisión preventiva podrá durar siempre hasta el límite máximo de dos años señalados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y será prorrogable en la forma y por el plazo fijado en la misma Ley.

3. Sin perjuicio del cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior no se llevará a cabo la excarcelación de los presos o detenidos cuya libertad se hubiere acordado en tanto la resolución no fuere firme, cuando el recurrente fuese el Ministerio Fiscal.

*Artículo vigésimo. Suspensión cautelar de actividades.*

En los supuestos a que se refiere el artículo 5.º de esta Ley, cautelarmente, durante la instrucción y pendencia de la causa criminal, el Juez podrá, mediante resolución motivada, acordar, de oficio o a instancia de parte, la suspensión de las actividades de las referidas entidades.

*Artículo vigésimo primero. Clausura de los medios de difusión.*

1. Admitida la querrela presentada por el Ministerio Fiscal por delitos comprendidos en esta Ley, cometidos por medio de la im-

prenta, radiodifusión o cualquier otro medio que facilite su publicidad, el Juez, de oficio o a petición de dicho Ministerio ordenará el cierre provisional del medio de difusión y, si lo creyese conveniente, la ocupación material de los instrumentos de delito, siempre que por la gravedad de los hechos o por la habitualidad estime procedente la adopción de esta medida excepcional de aseguramiento. A los solos efectos de este artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48 del Código Penal, se entenderán, en todo caso, instrumentos del delito las instalaciones, maquinarias y enseres por los que se hubieren realizado las actividades tipificadas anteriormente referidas y aquellos que hubieran servido para preparar o confeccionar los comunicados.

2. Dentro de los tres días siguientes a la adopción de las medidas anteriores, el Juez oído el Ministerio Fiscal, y a la vista de las alegaciones de las partes, las ratificará o dejará sin efecto en todo o en parte por medio de auto.

3. Contra este auto, igual que contra la resolución que se menciona en el artículo anterior, podrá interponerse directamente recurso de apelación en un solo efecto, que será resuelto por la Sala en un plazo de cinco días. En todo caso, la sentencia que ponga fin al recurso deberá levantar o imponer definitivamente el cierre del medio de difusión.

#### *Artículo vigésimo segundo. Suspensión de cargos públicos.*

1. Firme un auto de procesamiento por delito comprendido en esta Ley, el encausado quedará automáticamente suspendido en el ejercicio de la función o cargo público que estuviere ostentado.

2. En relación con los Diputados y Senadores, se estará a lo dispuesto en la Constitución, en la Ley Electoral y en los Reglamentos de las respectivas Cámaras.

#### *Artículo vigésimo tercero. Normas de agilización del procedimiento.*

1. El plazo para instrucción y calificación será común para todas las partes acusadoras, así como el de calificación para las partes acusadas.

2. La sustanciación de las causas por los delitos de esta Ley tendrá absoluta preferencia sobre cualquiera otras y en ningún caso excederá de noventa días el plazo transcurrido entre el auto de procesamiento y la celebración de la vista del juicio oral.

*(Los aspectos de constitucionalidad más dudosa, además de los que comprende el mencionado artículo 11, ya comentado, se contie-*

*nen en el art. 13 —duración de la detención hasta 10 días—; el arbitrio judicial a que se refiere el art. 20 en relación con el art. 5, estableciendo una pseudo-expansividad penal que va de la condena de los dirigentes o miembros de grupos políticos, culturales o sociales a la suspensión de la actividad del grupo o incluso su clausura, art. 21, y la suspensión automática en su cargo público, del encausado, firme el auto de procesamiento, art. 22. Por lo demás, parece que se ha rebasado el ámbito habilitante del art. 55-2 de la C., pues se bordean otros derechos como los de libertad de opinión e información —art. 20—, reunión —art. 21—, asociación —art. 22—, acceso a los cargos públicos —art. 23— y jurisdicción —art. 24—).*

14) LEY ORGÁNICA 10/1984 DE 26 DE DICIEMBRE (BOE 3 DE ENERO DE 1985), CORRECCIÓN DE ERRORES BOE DE 11 DE ENERO DE 1985, POR LA QUE SE MODIFICAN LOS ARTÍCULOS 503 Y 504 Y PRIMER PÁRRAFO DEL 529 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

*La finalidad de esta Ley se señala por el legislador en su Exposición de Motivos en la que, por cierto, con muestra de imperdonable desidia, en el párrafo primero se habla de «El proyecto de Ley Orgánica que el Gobierno eleva a las Cortes Generales», frase correcta en ese trámite, pero impertinente cuando el proyecto se ha convertido en Ley. Así se dice de dar una nueva formulación «a los supuestos en que pueda decretarse la prisión provisional, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional de que la medida no ha de aplicarse con automatismo, sino que la autoridad tomará su decisión «teniendo en cuenta las circunstancias del caso». También de que «por otra parte, promulgada y vigente la Ley Orgánica 1/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, en la que se modifica extensamente el sistema penológico, parece procedente incluir las penas de prisión menor e inferiores en la circunstancia segunda del artículo 503, con la correspondiente adecuación del artículo 529 a la modificación operada». Segundo objetivo «es el de resolver ciertos problemas que la práctica ha revelado en torno a (sic) la duración máxima de la situación de prisión preventiva». Por fin, «la necesidad de prever un sistema de prórrogas vinculado a situaciones objetivas que permitan conjugar el principio de libertad personal con el aseguramiento del proceso penal sin que, en ningún caso, la prisión preventiva juegue como pena anticipada ni, en general, como medida criminológica, tal y como tiene declarado el Tribunal Constitucional».*

*Respecto a estas motivaciones creemos sigue vigente nuestro comentario en esta Revista, año 83, núm. 3, págs. 659 a 662, anotando la Ley Orgánica 7/1983 de 23 de abril.*

**Artículo 503.**

Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes:

1.º Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

2.º Que éste tenga señalada pena superior a la prisión menor, o bien que, aun cuando tenga señalada pena de prisión menor o inferior, considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidos los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con que se cometan hechos análogos. Cuando el Juez haya decretado la prisión provisional en caso de delito que tenga prevista pena inferior a la de prisión mayor, podrá, según su criterio, dejarla sin efecto, si las circunstancias tenidas en cuenta hubiesen variado, acordando la libertad del inculcado con o sin fianza.

3.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

**Artículo 504.**

Procederá también la prisión provisional cuando concurra la primera y la tercera circunstancia del artículo anterior y el inculcado no hubiera comparecido sin motivo legítimo, al primer llamamiento del Juez o Tribunal o cada vez que éste lo considere necesario.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, aunque el delito tenga señalada pena superior a la de prisión menor, cuando el inculcado carezca de antecedentes penales o éstos deban considerarse cancelados y se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia y, además, el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio donde el Juez o Tribunal que conociere de la causa ejerciere su jurisdicción, podrán éstos acordar, mediante fianza la libertad del inculcado.

El inculcado retenido en prisión provisional tiene el derecho a que su caso sea atendido de forma prioritaria y con especial diligencia. El Juez o Tribunal que conozca de la causa y el Ministerio Fiscal, cada uno dentro de sus funciones, cuidarán bajo su responsabilidad de que la prisión provisional no se prolongue más allá de lo necesario.

La situación de prisión provisional no durará más de tres meses cuando se trate de causa por el delito al que corresponda pena de

arresto mayor, ni más de un año cuando la pena sea de prisión menor o de dos años cuando la pena sea superior. En estos dos últimos casos, concurriendo circunstancias que hagan prever que la causa no podrá ser juzgada en estos plazos y que el inculcado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión podrá prolongarse hasta dos y cuatro años, respectivamente. La prolongación de la prisión provisional se acordará mediante auto, con audiencia del inculcado y del Ministerio Fiscal.

Una vez condenado el inculcado, la prisión provisional podrá prolongarse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la sentencia cuando ésta hubiere sido recurrida.

No se tendrá en cuenta, para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia.

Contra los autos que decreten la prisión provisional o los que dispongan su prolongación o libertad provisional, podrán ejercitarse los recursos de reforma y apelación.

Concedida la libertad por transcurso de los plazos máximos previstos para la prisión provisional será también de aplicación lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo.

**Artículo 529 (párrafo primero)**

Cuando el proceso lo fuere por delito al que estuviere señalada pena de prisión menor o inferior, y no estuviere por otra parte, comprendido en el número tercero del artículo 492 ni haya sido decretada su prisión provisional por aplicación de lo establecido en los artículos 503 y 504 de esta Ley, el Juez o Tribunal que conociere de la causa decretará si el procesado ha de dar o no fianza para continuar en libertad provisional.

**15) LEY 4/1985 DE 1 DE MARZO DE EXTRADICIÓN PASIVA.**

Consta de 22 artículos, una Disposición Derogatoria y otra Transitoria, estableciendo esta última: «Las disposiciones de naturaleza procesal establecidas en esta Ley sólo serán aplicables a las extradiciones que se soliciten a partir de su entrada en vigor».

Las de naturaleza sustantiva sólo tendrán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reclamado, el cual, en todo caso, será oído para que manifieste lo que resulta más ventajoso, atendidas sus personales circunstancias».

*De particular importancia procesal son las normas contenidas en los artículos 6 a 18.*

La finalidad de la Ley se expresa en su *Preámbulo*, que contiene las novedades más interesantes a juicio del legislador, numeradas a la primera, a la novena, y de las que nosotros destacamos las siguientes:

**Cuarta.**

Se establece la facultad del Gobierno de no proceder a la extradición, aún habiéndola considerado procedente el Tribunal en base al (sic) principio de reciprocidad, soberanía, seguridad, orden público y demás intereses de España. Con ello se siguen los sistemas francés e italiano en los que la decisión favorable a la extradición no es obligatoria, si bien se precisan los criterios de esta última decisión del Gobierno tal y como establece la legislación suiza.

Ello es lógico, y en ningún caso implicará incumplimiento de resoluciones judiciales, habida cuenta del distinto campo y finalidad en que actúan y persiguen los Tribunales y el Gobierno, técnico y sobre todo tutelar del derecho a la libertad los primeros y políticos esencialmente el segundo. Otra cosa sería que, denegada la extradición por el Tribunal, pudiera el Gobierno decretar la entrega.

**Quinta.**

Se mantienen las dos fases del procedimiento extradicional, incluso los trámites para los casos de urgencia, debidamente acomodados a las facultades judiciales para acordar la prisión preventiva. No obstante, y en atención a precedentes que así lo aconsejan, se admite el recurso de súplica contra los autos del propio Tribunal, que, con el de reforma ya admitido en la Ley hasta ahora vigente, permiten posibles correcciones, antes vedadas en esta segunda parte del procedimiento judicial, que pudieran resultar aconsejables ante circunstancias concretas puestas de manifiesto por los propios interesados o por el Ministerio Fiscal.

**Séptima.**

Quizá también, como novedad digna de mención, debe citarse el procedimiento consignado para la ampliación de extradición como complemento indispensable del principio de especialidad, que permitirá otorgar autorización para proceder por hechos anteriores y distintos a los que motivaron la entrega. Se recoge así el criterio del Convenio europeo, el seguido con otros países y, en definitiva, el que resulta aconsejable para evitar situaciones anteriores de impunidad por delitos, incluso más graves y rechazables en el concierto social, que el que motivó la extradición concedida.

- 16) LEY 34/1984, DE 6 DE AGOSTO (BOE 7 DE AGOSTO; CORRECCIÓN DE ERRORES EN BOE DE 9 DE ENERO DE 1985) DE REFORMA URGENTE DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

Esta trascendental disposición consta de treinta artículos, cuatro Transitorias, una Derogatoria y una Final, y en su virtud resultan alterados 280 artículos de la LEC, aunque alguno como el 515 salvo una variación de una coma, que por lo demás es ocioso en la construcción gramatical de la frase, de ellos seis derogados y catorce de otros textos normativos. Comprende, igualmente, una Exposición de motivos estructurada en 22 párrafos.

La Reforma trae causa de la iniciativa legislativa del Consejo General del Poder Judicial, plasmada en acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 8 de enero de 1982. Un Anteproyecto, de 26 artículos de la Sección 5.ª de la Comisión General de Codificación. El Proyecto de Ley de Reforma publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de julio de 1983, aprobado por el Pleno del Congreso el 5 de abril de 1984, por el Pleno del Senado el 26 de junio de 1984, y el texto definitivo que aprueba el Congreso el 26 de julio de 1984.

Por su trascendencia, y porque será objeto de un libro de comentario realizado por el Grupo Justicia, nos limitamos aquí a esta noticia.

- 17) REAL DECRETO 210/1985, DE 20 DE FEBRERO (BOE DE 21 DE FEBRERO), SOBRE INDEMNIZACIÓN POR RAZÓN DEL SERVICIO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Esta disposición consta de 7 artículos, y su finalidad se explica en su *Preámbulo* que señala:

«El Real Decreto 1344/1985 de 4 de julio, regula, entre otras las indemnizaciones que debe percibir el personal de las Administraciones Públicas, incluyendo expresamente el de la Administración de Justicia, por los cometidos que deban desempeñar fuera del término municipal donde radique su residencia oficial.

La frecuencia con los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia practican diligencias fuera de la sede del órgano jurisdiccional, pero dentro del término municipal de la misma, aconseja regular asimismo las indemnizaciones que han de percibir para resarcirles de los gastos específicos originados por tales actuaciones no contempladas en el Real Decreto citado en el párrafo anterior que establece sólo las de carácter general de todos los funcionarios.»

- 18) REAL DECRETO 551/1985, DE 24 DE ABRIL (BOE DE 27 DE ABRIL) POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DEL CONSEJO NACIONAL DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y DEL PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE OBJETOR DE CONCIENCIA.

Destaca a efectos procesales el art. 11 que establece:

«Contra las resoluciones del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia que denieguen las solicitudes de reconocimiento como objetor de conciencia o que, sin haber resuelto sobre el fondo, ponga fin al expediente, podrá interponerse directamente recurso contencioso-administrativo, con arreglo a lo previsto en el art. 1.º de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por lo que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia y en el artículo 6.º de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona».

- 19) LEY 6/1985 DE 27 DE MARZO, SOBRE MODIFICACIONES DEL ARTÍCULO 849, 2.º, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. (BOE 30 marzo).

En su primer artículo esta disposición modifica el 849, 2.º de la LECr. en el sentido de adecuarlo al art. 1649-4.º de la LEC, en lo referente al documento auténtico a efectos de casación, según se expresa su Exposición de Motivos. Empero, no ha de olvidarse el importante factor que respecto a la relevancia del documento auténtico ha supuesto la sentencia del T.C. 56/1982, de 26 de julio, sala 2.ª, en Recursos de amparo núm. 60 y 110/1982, que en su fundamento jurídico 4.º, párrafos V y VI estableció al respecto:

«La verificación del error alegado sólo puede hacerse mediante el examen de las actuaciones sumariales y de las actas de juicio oral, que, efectivamente, si carecen de autenticidad intrínseca o material pueden considerarse dotadas de autenticidad formal o extrínseca y, en consecuencia, si no pueden ser aducidas para sostener la verdad de las manifestaciones que en ellas se recogen si pueden serlo para sostener que se hicieron y sobre todo, y esto es lo decisivo en el caso que aquí nos ocupa, para sostener que no se hicieron las manifestaciones ni se realizaron las actividades que en ellas no se incluyen o de las que ellas no dan cuenta.

El error que el recurrente señala en su escrito de interposición del recurso de casación como particular —no contradicho por ningún otro documento aparece en él referido al único documento formalmente auténtico al que podría referirlo y suficientemente identificado para hacer posible la actividad casacional. En la medida en

que la impide, basándose en una interpretación del artículo 849.2 de la LECr tradicional y respetable, pero no ajustada a la Constitución en cuanto que no tiene en cuenta la necesidad de garantizar al máximo el derecho a la presunción de inocencia, el auto de 27 de enero de 1981 viola el derecho del recurrente».

Nueva redacción del art. 849:

2.º «Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.»

Art. 2.º Esta Ley entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el BOE.

*Disposición Transitoria.* — Los recursos que se hubieren formalizado hasta la fecha de entrada en vigor de la presente Ley se regirán por la legislación hoy derogada. Los recursos que se formalicen a partir de la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por la presente regulación.

- 20) LEY 10/1985 DE 26 DE ABRIL (BOE 27 DE ABRIL), DE MODIFICACIÓN PARCIAL DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA.

Esta disposición contiene preceptos sorprendentes, que rozan la Constitución y en algunos aspectos la contrarían, como el artículo 77, que parece elimina el principio de culpabilidad, característico del Derecho Penal Liberal, en materia de infracciones tributarias.

Procesalmente tienen relieve el artículo 145-3 que prescribe: «las actas y diligencias extendidas por la Inspección de los Tributos tienen naturaleza de documentos públicos y hacen prueba de los hechos que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario».

El art. 112-3 estimamos atenta al principio de separación de poderes e independencia judicial, incidiendo en el art. 117-1 de la Constitución, recordando las certeras páginas escritas por Calamandrei respecto a la situación del proceso bajo el peso del Fisco. Dice el mencionado art. 112-3:

«Los Juzgados y Tribunales, deberán facilitar a la Administración, de oficio o a requerimiento de la misma, cuantos datos con trascendencia tributaria se desprendan de las actuaciones judiciales de que conozcan, respetando, en todo caso, el secreto de las diligencias sumariales».

## RECENSIONES

ORTELLS RAMOS, Manuel, *El embargo preventivo*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1984, 307 págs.

En el prólogo de la presente obra, del que es autor el Prof. MONTERO AROCA, puede leerse esta rotunda afirmación: «el embargo preventivo es, sin duda, el proceso cautelar de mayor importancia cuantitativa» (p. 14); no obstante, según indica el propio prologuista, faltaba en la doctrina procesal española un estudio completo de dicha institución. A ambos datos se refiere el Profesor ORTELLS en la Introducción del libro, que tal y como advierte su autor, está destinado a colmar ese vacío doctrinal. El objetivo ha sido logrado plenamente. En efecto, los cinco capítulos que integran la monografía constituyen un estudio sistemático y detallado del embargo preventivo.

El primer capítulo comienza con la formulación de un concepto provisional del embargo preventivo, que se realiza con el fin de «acotar desde el principio la figura jurídica a estudiar» (p. 27). A continuación, partiendo de la unanimidad doctrinal existente acerca de la calificación del embargo preventivo como medida cautelar, se analiza la naturaleza jurídica de esa institución mediante la confrontación de la misma con la teoría general de las medidas cautelares; asimismo, se efectúan algunas observaciones críticas respecto de las diferencias que median entre el embargo preventivo y el embargo ejecutivo, para llegar a la conclusión de que «no es por ello del todo correcto estimar que el embargo preventivo es un embargo ejecutivo anticipado, sólo diferente de éste por sus presupuestos y por no habilitar para la continuación de la ejecución forzosa» (p. 54). La obra tiene como objeto de estudio el embargo preventivo ordinario en sus dos modalidades, esto es, el embargo preventivo que pueden acordar los Juzgados de Primera Instancia y el que pueden decretar los Juzgados de Distrito. Pero esta limitación no es óbice para que se examinen brevemente determinados embargos preventivos especiales; el autor excluye de la categoría del embargo preventivo diversas medidas que, en ocasiones, la doctrina considera embargos preventivos especiales; por otra parte, se pronuncia en favor de la naturaleza cautelar, y no ejecutiva, de otros supuestos de embargo particularmente problemáticos: el trabado en el juicio ejecutivo y el previsto en el art. 923, II LEC. Con ello se cierra el primer capítulo.

El segundo capítulo está dedicado íntegramente al estudio de los presupuestos del embargo preventivo. Las soluciones propuestas con relación a los problemas planteados por la delimitación de aquellos presupuestos ofrecen gran interés. Para percatarse de ello, basta aludir, a título de ejemplo, a algunos de los criterios sustentados por el autor: a) la iliquidez de la obligación

que se pretende asegurar con el embargo preventivo no es obstáculo para la concesión de aquél; b) no es correcta la interpretación restrictiva del art. 1400, 1.º LEC, defendida por parte de la doctrina y por varias resoluciones de las Audiencias, con arreglo a la cual el documento al que se refiere el precepto citado debe ser, o un título ejecutivo de los contemplados por el art. 1429 LEC, o un documento que puede convertirse en título ejecutivo mediante el reconocimiento de la firma por el deudor; en opinión del autor, es más adecuado entender que en la regulación establecida en los arts. 1400, 1.º, 1401 y 1402 LEC se produce una leguna legal, en el sentido de que falta la norma expresa que señale el presupuesto adicional necesario para conceder el embargo preventivo cuando el documento presentado sea distinto a los mencionados anteriormente; c) para la concesión del embargo preventivo, es suficiente, en lo que atañe al presupuesto de *periculum in mora*, la concurrencia de alguna de las distintas tipificaciones de dicho presupuesto contenidas en el art. 1400, 2.º LEC; d) la norma comprendida en el art. 1400, 2.º *in fine* LEC no otorga al juez una facultad discrecional para decretar o denegar el embargo preventivo.

Los dos capítulos siguientes —tercero y cuarto— versan sobre el proceso de embargo preventivo. El primero de ellos trata del procedimiento para la adopción del embargo preventivo; el segundo se ocupa de la oposición al embargo y del tema de la cosa juzgada con relación a la resolución que, en definitiva, se dicte en el proceso de embargo preventivo. Son abundantes los problemas abordados en estos capítulos que merecerían ser destacados. Mencionaré algunos: a) el análisis exhaustivo de la competencia para acordar el embargo preventivo; b) los razonamientos expuestos en defensa de la admisibilidad de la oposición al embargo desde que recaiga el auto por el que se conceda esta medida cautelar, sin necesidad, por tanto, de esperar a la ejecución o práctica del embargo propiamente dicho; c) el notable esfuerzo que se lleva a cabo para justificar la tesis de que las alegaciones aducidas en la fase de oposición al embargo preventivo han de referirse al estado de hecho existente en el momento de preclusión de alegaciones en aquella fase; d) la argumentación esgrimida para sostener, basándonos en la teoría de los límites objetivo-temporales de la cosa juzgada, la tesis de que las resoluciones firmes concernientes al embargo preventivo producen efecto de cosa juzgada, la tesis de que las resoluciones firmes concernientes al embargo preventivo producen efecto de cosa juzgada, sin que esto excluya totalmente la posibilidad de formular nuevas peticiones de embargo o de alzamiento del mismo; e) la especificación de los requisitos necesarios para que a una petición de embargo o de alzamiento de dicha medida no se le pueda oponer la cosa juzgada producida por una resolución firme sobre el embargo preventivo dictada con anterioridad.

Las relaciones entre el embargo preventivo y el proceso principal constituyen el objeto del quinto, y último, capítulo. Aparte de otras importantes cuestiones, se analiza, con detenimiento y profundidad, un tema escasamente estudiado por la doctrina procesal española: la conversión del embargo preventivo en embargo ejecutivo tras la terminación del proceso principal con sentencia condenatoria. El autor enuncia y puntualiza los requisitos que han de concurrir para que aquella conversión pueda tener lugar: la iniciación del proceso de ejecución, que se haya trabado un embargo preventivo y que éste no haya sido alzado.

El último de los requisitos indicados exige algunas aclaraciones complementarias. El contenido del mismo no es el que, en principio, cabría suponer a tenor de su formulación literal. El autor le asigna un alcance más amplio. En concreto, considera que, si en el momento en que se insta o puede instarse la ejecución están pendientes de resolución firme actuaciones dirigidas a obtener el alzamiento del embargo preventivo, esas actua-

ciones pueden proseguir, de manera que la conversión del embargo preventivo en embargo ejecutivo no podrá producirse mientras no recaiga resolución firme en las actuaciones mencionadas, y tal conversión sólo será posible si aquella resolución mantiene el embargo preventivo. A su vez, si se decreta el alzamiento preventivo, el embargante podrá solicitar la práctica de un nuevo embargo con el carácter de ejecutivo, pero habrá de soportar las consecuencias desfavorables para él que deriven de la posible realización de actos tales como la transmisión de los bienes embargados a terceros o el reembargo de los mismos durante el período de tiempo que media entre la verificación del embargo preventivo —alzado posteriormente— y la práctica del nuevo embargo —de carácter ejecutivo—. Es una lástima que el autor no haya examinado otras posibles repercusiones de la tesis que mantiene. Por ejemplo, ¿puede el actor solicitar no sólo la ejecución de la sentencia condenatoria dictada en el proceso principal, sino también, y en particular, la realización de un embargo ejecutivo sobre bienes distintos a los embargados preventivamente o, incluso, sobre esos mismos bienes entretanto perdura la sustanciación de las actuaciones encaminadas al alzamiento del embargo preventivo? Si la respuesta es afirmativa, ¿produce ese embargo ejecutivo la extinción del embargo preventivo anterior? Es indudable que el ejecutante puede lograr determinadas ventajas con la obtención del embargo ejecutivo al que se ha hecho referencia. Pero también puede tener interés en conseguir el mantenimiento del embargo preventivo; al menos en ciertos casos, aquel interés parece claro. Ahora bien, si la coexistencia de ambos embargos fuera posible en algún supuesto, se originarían situaciones y problemas procesales sorprendentes y de difícil solución.

El libro está presidido por una orientación práctica que el autor anuncia en la Introducción y que persiste a lo largo de toda la obra. Empero, ello no impide que los planteamientos elaborados y las soluciones propuestas estén dotadas de un extraordinario rigor científico. Mucho es lo que se puede aprender con el estudio de esta monografía. Además, su lectura suscita la formulación de nuevos problemas. Por todo lo dicho, resulta indispensable para el estudio del proceso y de obligada y provechosa consulta para quienes, por misión o por profesión, se dedican a la aplicación cotidiana del derecho.

M. CACHON

ODERIGO, Mario, A., *Lecciones de derecho procesal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, reimpresión inalterada, Tomo I: 365 páginas, Tomo II: XII-270 páginas.

El libro del Prof. ODERIGO, Profesor titular de Derecho procesal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, intenta ser ante todo un libro docente. Pretende, según señala en su prólogo, ayudar al estudiante que se inicia en esta materia. Pero su calidad lo hace interesante para todo estudioso del derecho procesal.

Esta obra se divide en dos tomos que se presentan en un solo volumen. Si bien no tiene una paginación continuada, su unidad se demuestra en la correlativa numeración de los capítulos. Los cinco primeros se encuadran en el tomo primero. Del sexto al décimo en el tomo segundo.

El tomo primero abarca lo que se denomina por el autor como «parte general». El derecho procesal, las normas procesales, la jurisdicción, la competencia y la acción son su materia. Cada uno de estos grandes temas tiene su correspondiente capítulo.

El segundo tomo se enfrenta con la «parte especial». Las nociones generales sobre el concepto (concepto, naturaleza, presupuestos, etc.) y el estudio de la estructura procesal pertenecen a sus dos primeros capítulos (sexto y séptimo de la obra). El octavo, casi cien páginas, se destina a los sujetos procesales. La actividad procesal (actos procesales, actividad procesal defectuosa e inactividad procesal) es objeto del noveno. El décimo y último se ocupa de la cosa juzgada como resultado del proceso.

Este libro y su autor no necesitan presentación. Su reimpresión ha servido, sin embargo, como excusa para dedicarle este breve recordatorio.

J. FRANCO

GEIMER, R. - SCHÜTZE, R. A., *Internationale Urteilsanerkennung*, Verlag C. M. Beck.

Tomo I, volumen 1: LXXXVI + 1358 págs., München 1983.

Tomo I, volumen 2: LXXXI + págs. 1359 a 1972, München 1984.

Tomo II: XVIII + 434 págs., München 1971.

Esta enciclopédica obra sobre la ejecución de sentencias en el campo internacional es un vasto repertorio de derecho comparado exhaustivo y científicamente elaborado. El primer volumen del tomo I está dedicado al Comentario del Convenio europeo sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en asuntos civiles y mercantiles. En el comentario a cada artículo existen referencias al derecho vigente en cada uno de los países de la Comunidad, lo que da acopio a la obra de unos valiosísimos materiales en el campo del derecho comparado. En el segundo volumen del tomo I se examinan los preceptos generales en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en Alemania, articularmente amplio e interesante es el examen del régimen de reciprocidad que culmina con una exhaustiva lista de países, entre los cuales se hallan los preceptos del derecho español. El tomo II de la obra, publicado cronológicamente en primer lugar, estudia ampliamente los convenios bilaterales suscritos entre la República Federal Alemana y Austria, Bélgica y Gran Bretaña.

Francisco RAMOS

IRAN - UNITED STATES, *Claims Tribunal Reports*, Grotius Publications Limited, Llanrysul, Dyfed SA44 4BQ, UK. Vol. I, 1983, XVI + 525 págs. Vol. II, 1984, XVIII + 454 págs.

El asalto a la Embajada USA en Irán, con toma de rehenes, independientemente de sus aspectos políticos, dio ocasión a crear el mayor Tribunal Arbitral desde la Segunda Guerra Mundial. Como se sabe, los Estados implicados

sometieron a resolución de sus propias diferencias o de nacionales de dichos países a la jurisdicción del Tribunal que se creaba. La experiencia es francamente novedosa, no sólo por el hecho de resolver las diferencias por medio de arbitraje, sino por otras muchas razones, entre ellas, la confrontación jurídica desde puntos de vista tan distintos como los norteamericanos y los iraníes. De aquí que la perspicacia del Tribunal para encontrar las normas aplicables se haya visto puesta a prueba en numerosas ocasiones. De esta manera, todos los laudos dictados hasta ahora son del mayor interés para el estudio de muchos problemas de derecho internacional privado. De aquí que haya que saludar la feliz iniciativa de Grotius Publications Ltd. respecto de la colección de disposiciones que regulan la constitución del Tribunal, sus primeros acuerdos de funcionamiento y los laudos que hasta el presente han dictado, pues la labor no está concluida. En el primero de los volúmenes recensados se recogen los eventos de los años 1981-82 y en el volumen segundo los de la primera parte del año 1983.

Francisco RAMOS

DURANTIS, *Speculum iudiciale*, Nueva impresión de la edición de Basel 1574, Scientia Verlag, Aalen, 1975.

La editorial Scientia de Aalen se viene distinguiendo por la cuidada reedición de obras fuera de comercio o agotadas, pero que todavía conservan una vigencia científica innegable. La reproducción de la edición de Basilea de 1574 de la obra de DURANDO está plenamente lograda en una edición impecable, que se ofrece al público por el asequible precio de 620 DM.

WAHRMUND, L., *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, Scientia Verlag, Aalen, 1962.

Para el que quiera conocer el proceso romano-canónico de la Edad Media son de obligada consulta las fuentes publicadas por Wahrmund. Como ejemplo citamos alguno de los títulos incluidos en la obra, que también pueden obtenerse como separatas:

*Die Summa «Quicumque vult» des Johannes Bassianus.*

*Die Summa des Magister Aegidius.*

*Johannes de Lignano, Super Clementina «Saepe».*

En cada caso se incluye el texto y un cuidado comentario sobre el contenido y circunstancias de la obra.

Francisco RAMOS

SINNOT, J. P., *A practical guide o document authentication: legalization of notarized and certified documents*, Oceana Publications, INC, 1984.

Todo el que se mueve en el campo internacional conoce los quebraderos de cabeza que produce el tema de la legalización de documentos cuando tienen que surtir efecto en un territorio de otro Estado. Buena prueba de ello son las múltiples convenciones internacionales que se van elaborando para, si no abolir, simplificar o suavizar dicho trámite. La obra en cuestión es un pronuario práctico de las legalizaciones. Desprovista de afanes dogmáticos, contiene una lista exhaustiva de países, respecto de los cuales se expone sus exigencias en tema de legalizaciones. El carácter práctico de la obra se acrecienta pues se incluyen direcciones y teléfonos y coste de los diversos servicios. Al estar concebida la obra por el sistema de hojas recambiables, queda asegurada su fácil puesta al día.

Francisco RAMOS

GROFFIER, Ethel, *Les pensions alimentaires à travers les frontières*, Etude de droit international privé comparé, 1980, coedición de Les Presses de l'Université de Montréal y Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 455 págs. mecanografiadas.

El tema de los alimentos es de los más sugestivos desde el punto de vista de los problemas que plantea en el derecho procesal, a pesar del vacío bibliográfico de que adolecemos hasta el presente. En el campo del derecho internacional privado el tema se complica con la aplicación de las reglas de conflicto, que pueden dar lugar a soluciones de lo más divergentes. No es de extrañar que con las Convenciones de New York (1956) y de La Haya (1958 y 1973), ratificadas también por España, se haya intentado crear un derecho convencional homogéneo para salvar las dificultades apuntadas tanto en el campo procesal como en el campo sustantivo. La presente obra tiene su origen en una tesis doctoral y, aunque parte del estudio de las normas de conflicto según las leyes francesa, inglesa y canadiense (Québec), pone el acento en el derecho uniforme que resulta de los Convenios internacionales, según se ha apuntado. La materia da pie al tratamiento de innumerables cuestiones procesales, como pueden ser, la prueba de la ley extranjera y la competencia internacional.

Francisco RAMOS

DE SANTO, V., *Derecho Procesal Práctico*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983, 4.ª edición, XXXI + 675 págs.

Un manual de formularios procesales es necesario en todas las experiencias prácticas y la obra reseñada cumple esta misión holgadamente. En un compendio manual se incluyen los formularios procesales civiles, comerciales, laborales y penales más frecuentes en la práctica. En el libro se dan asimismo indicaciones sinópticas para coordinar los diversos formularios según el suceder de las diversas actuaciones procesales, lo cual resulta novedoso.

Francisco RAMOS

CALMON DE PASSOS, J. J., *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 1983, vol. III, 4.ª edición, 530 págs.

Los Comentarios ao Código de Processo Civil, publicados por la Editora FORENSE, de São Paulo, son una obra imprescindible para acercarse al procesalismo brasileño. No en vano cada tomo está escrito por la élite de los procesalistas de aquel país. El presente tomo procede de la pluma del Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bahía, que es asimismo Procurador da Justiça de dicho Estado. Su contenido constituye el núcleo principal del proceso civil brasileño en su fase equivalente a nuestro período de alegaciones. Ello permite al autor pronunciarse sobre los temas del proceso y del procedimiento, del *petitum* y de las excepciones, de la reconvencción y de la rebeldía y también del despacho saneador, institución típica del ordenamiento procesal brasileiro.

Huelga decir que el autor maneja los clásicos de la literatura procesal con soltura, pues algo a lo que nos tienen acostumbrados los colegas brasileños.

Francisco RAMOS

BARBOSA MOREIRA, J. C., *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, Editora Saraiva, São Paulo, 1984, VII + 235 págs.

Esta obra es el tercer volumen de estudios que en los últimos años nos espeta BARBOSA MOREIRA, uno de los procesalistas más sólidos e informados de Brasil. En el volumen se incluyen 19 estudios, que todos ellos trascienden el interés particular de la legislación brasileña y son provechosos en enseñanzas para la teoría general del proceso. Así ocurre con el que encabeza la serie, *Tendencias contemporâneas do Direito Processual Civil*, pero también con los que le siguen. Los temas de la eficacia del proceso, de la intermediación, de la iniciativa probatoria, de la cosa juzgada, etc., son ejemplos claros de los problemas que preocupan al procesalismo moderno. No podía faltar, y a ello se refieren los tres últimos estudios, el tema de los intereses difusos.

Francisco RAMOS

GLASER, S., *Droit international pénal conventionnel*, tomo I, Bruxelles 1970, 650 págs. Tomo II, 1978, 495 págs., Etablissements Emile Bruylant.

La presente obra se inscribe en el campo del derecho penal internacional en el que la literatura jurídica no es demasiado abundante. La obra se abre con un estudio sobre el concepto de infracción internacional y con una exposición de los valores que el derecho penal internacional debe tutelar. Acto seguido se pasa revista a sectores delictivos concretos, muchos de los cuales siguen siendo de la máxima actualidad: terrorismo internacional, crímenes de

guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio, esclavitud, discriminación racial, tráfico de drogas, lucha contra publicaciones obscenas, piratería, falsificación de moneda, extradición, etc. La exposición se apoya sobre los principales convenios internacionales vigentes en cada una de las materias, cuyo texto se incluye en los apéndices de cada tomo. La amplitud y novedad de las materias tratadas mantienen viva la actualidad de esta obra, no obstante los años transcurridos desde su publicación.

Francisco RAMOS

*Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, herausgegeben von E. JAYME y R. HAUSMANN, Beck's Textausgaben, 2.<sup>a</sup> edición, München 1983, XXIII + 438 págs.

La obra contiene 55 tratados multilaterales y 18 bilaterales en los que es parte la República Federal Alemana, así como más de 40 textos legales alemanes en el campo del derecho internacional privado y procesal. Está compuesta en forma de Código manejable, sin gran aparato documental y bibliográfico, dentro de esa difícil sencillez de los textos que alcanzan su justa medida. De utilidad primaria para estudiantes y abogados, como fuente de primera mano en el campo del derecho internacional privado.

Francisco RAMOS

REVISTA DE ESTUDOS PROCESSUAIS, volumen I, 1983, Centro de Estudos Processuais de Goiás, Brasil.

Con júbilo hay que saludar la aparición de una nueva Revista de Derecho Procesal en Brasil. Esta vez de la mano del Prof. Marcos Afonso Borges, Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás y Abogado. La Revista se articula en una parte doctrinal y otra bibliográfica, ambas con una clara orientación práctica. Tiene prevista una periodicidad anual.

Francisco RAMOS

REVISTA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, Bogotá, Colombia, 1984, vol. I y II.

El fecundo Instituto Colombiano de Derecho Procesal en cuya Junta Directiva se hallan procesalistas de la talla de los Prof. Hernando Devis Echandía, Hernando Morales Molina y Jalro Parra Quijano, entre otros, viene dando muestras de una vitalidad extraordinaria, como lo demuestran sus anuales Congresos nacionales de tanto éxito y resonancia científica. Ahora lanza esta nueva publicación a la luz con contribuciones de lo mejor del procesalismo colombiano. Está prevista la aparición de tres números al año.

Francisco RAMOS

CIVIL JUSTICE QUARTERLY, Sweet & Maxwell, 1984.

Con regularidad y puntualidad han ido apareciendo los números correspondientes al año 1984, que constituye una excelente ventana abierta al mundo procesal anglosajón.

GEIMER, R., *Internationales Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit*, Sonderdruck aus Zöller, *Zivilprozessordnung*, 14 Auflage 1984, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln.

La obra es un extracto del Comentario de ZÖLLER a la ZPO alemana, que ha llegado ya a su 14 edición. En ella se recopilan los comentarios de GEIMER a los diversos artículos de la ZPO con relevancia en el campo procesal internacional. La presente edición incluye como novedad el texto del tratado bilateral con España sobre reconocimiento y ejecución de sentencias de 14 de noviembre de 1983, que todavía no ha entrado en vigor. Ello puede dar idea de cómo se cuida la puesta al día de dicho Comentario.

Francisco RAMOS

*Arbitration in Sweden*, publicado por The Stockolm Chamber of Commerce, Stockholm 1984, XVII + 276 págs.

Estocolmo ha devenido un punto de cita insoslayable, como alternativa a Viena, en lo que se refiere a los arbitrajes Este-Oeste. A este hecho no son ajenos los esfuerzos de la Cámara de Comercio de Estocolmo que ha sabido hábilmente potenciar las posibilidades de dicha ciudad como sede de arbitrajes internacionales. En esta publicación se recoge un texto que explica las características y procedimiento del arbitraje según la ley sueca, así como los principales textos legales de apoyo en la materia. Esta segunda edición amplía notablemente el contenido de la primera y es fuente de primera mano para saber qué da de sí un arbitraje en Suecia, muy lejano de nuestros corsés formalistas.

Francisco RAMOS

ROBERT, J.-CARBONNEAU, Th. E., *The french law of arbitration*, Matthew Bender, 235 E. 45th Street, New York, N.Y., 10017.

La reforma del arbitraje interno e internacional operada en Francia en 1980 y 1981 ha dado lugar a una importante literatura jurídica sobre las novedades del sistema, entre cuyas obras es señera la debida a la pluma de J. ROBERT. En este caso se trata de una versión resumida del original francés, adaptada a los hábitos y modalidades norteamericanas. El contenido básico de la obra ya aparece recensionado en esta misma revista 1984, pág. 224, a donde remito al lector interesado.

Francisco RAMOS

**IX JORNADAS IBEROAMERICANAS  
DE DERECHO PROCESAL**

I. Entre los pasados días 17 al 21 de junio de 1985 se han celebrado con gran brillantez las *IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, organizadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y la Universidad Nacional de Educación a Distancia, patrocinadas por la Universidad Nacional de Educación a Distancia y en las que colaboraron el Ministerio de Educación y Ciencia, la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación de dicho Ministerio, el de Justicia, el Instituto de Cooperación Iberoamericana, el Consejo General de la Abogacía, el Consejo General de los Colegios de Procuradores de los Tribunales, la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid, dicha Universidad, la Universidad Autónoma de Madrid, la Comunidad Autónoma de Madrid y el Colegio Nacional de Secretarios Judiciales.

II. *Presidente de honor* de las mismas fue Su Majestad el Rey D. Juan Carlos I, estando formado el *Consejo de Honor* por el excelentísimo Sr. Presidente del Gobierno, D. Felipe González Márquez; el Excmo. Sr. Presidente del Congreso de los Diputados, D. Gregorio Peces-Barba Martínez; el Excmo. Sr. Presidente del Senado, D. Federico Carlos Sáinz de Robles Rodríguez; el Excmo. Sr. Ministro de Asuntos Exteriores, D. Fernando Morán López; el Excmo. Sr. Ministro de Justicia, D. Fernando Ledesma Bartret; el Excmo. Sr. Ministro de Educación y Ciencia, D. José María Maravall Herrero; el Excmo. Sr. Presidente del Instituto de Cooperación Iberoamericana, D. Luis Yáñez-Barnuevo García; el Excmo. Sr. Presidente de la Comunidad Autónoma de Madrid, D. Joaquín Leguina Herrán; la Excmo. y Magfca. Sra. Rectora de la Universidad de Educación a Distancia, D.<sup>a</sup> Elisa Pérez Vera; el Excmo. y Magfco. Sr. Rector de la Universidad Complutense de Madrid, D. Amador Schüller y Pérez; el Excmo. Sr. Presidente del Consejo General de la Abogacía, D. An-

tonio Pedrol Rius; el Presidente del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, D. Ildefonso Rodríguez García, y el Presidente del Consejo General de los Ilustres Colegios de Procuradores de los Tribunales de España, D. José Granados Weil.

III. La *Mesa Permanente* de las IX Jornadas estuvo integrada por el Dr. D. Hernando Devis Echandía, de Colombia, como Presidente; por el Dr. D. Víctor Fairén Guillén, de España; el Dr. D. Alfredo Buzaid, de Brasil, y el Dr. D. Mario Aguirre Godoy, de Guatemala, como Vicepresidentes; siendo Secretario General el Dr. D. Enrique Vescovi Puppo, de Uruguay.

IV. Conforme al programa, por cierto, perfectamente editado, comenzó a las 11 horas, con gran puntualidad, del día 17, el desarrollo de las Jornadas, según lo dispuesto por la *Comisión Organizadora*, compuesta por el Dr. D. José Almagro Nosete, como Presidente, Catedrático de Derecho Procesal de la UNED; el Dr. D. Pedro Aragonés Alonso, como Vicepresidente, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid; el Dr. D. Juan Montero Aroca, Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia, y el Dr. D. Francisco Ramos Méndez, Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad Autónoma de Barcelona, como Vocales; el Dr. D. Valentín Cortés Domínguez, Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad Autónoma de Madrid, como Secretario, y el Dr. D. Vicente Gimeno Sendra, Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Alicante, como Vicesecretario.

La *jornada inaugural*, desarrollada en la Escuela Judicial, fue dedicada a la presentación por parte de una *Mesa* integrada por la Dra. Elisa Vera, el Dr. Ruiz Pérez, Director de la Escuela Judicial, el Dr. Devis Echandía, el Dr. Fairén, el Dr. Almagro y el Dr. Vescovi, de las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, tomando la palabra en primer lugar el Dr. Almagro, quien dedicó unas palabras de agradecimiento, expuso los fines de las Jornadas y habló sobre los problemas más importantes del Derecho Procesal que se iban a tratar en las mismas, haciendo especial hincapié en el principio del proceso debido. A continuación habló el Dr. Ruiz Pérez sobre la función que debe cumplir el proceso hoy y los problemas que impiden una efectiva tutela judicial, siguiéndole en el uso de la palabra el Dr. Fairén, quien realizó un emotivo *recordatorio* de los Dres. Alcalá-Zamora y Clariá Olmedo, recientemente fallecidos. El Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Dr. Devis, habló a continuación, con el ardor que le caracteriza, de la importancia del estudio de los principios y garantías procesales con visión de futuro, enumerando a continuación los problemas más gra-

ves con que se enfrentan en la actualidad los procesalistas, destacando su importancia, la de los temas a tratar y la categoría de los Ponentes, agradeciéndoles su colaboración. Cerró el acto de intervenciones la Dra. Vera, Rectora de la UNED, quien destacó la seriedad y calidad científica de estas Jornadas, circunstancias no habituales en este tipo de reuniones científicas.

V. La *jornada vespertina* comenzó a las 17 horas, esta vez menos puntualmente, con alteración del programa, pues defendió su *Ponencia* el Dr. Augusto Mario Morello (Argentina), hombre que encanta con su palabra, sobre la *Tutela procesal del derecho a la intimidad personal*, que se repartió a los asistentes y sobre la que no entramos, por haberse publicado en la Revista *Jurisprudencia Argentina* y por estar pendiente de publicación en el libro del Congreso, técnica que utilizaremos con todas las Ponencias presentadas. Sí destacaremos el *recordatorio* necrológico al Magistrado Dr. Sentis Melendo.

A esta Ponencia se presentaron dos *Comunicaciones*, del Dr. Gelsi Bidart, inasistente, pero defendida por el Dr. Vescovi, sobre el problema en Uruguay, y por el Lcdo. Sr. Tomé García, sobre el problema en España.

Tras ello, *intervinieron* en el subsiguiente Coloquio, que no fue tal, pues se trataba de comunicación oral de opiniones propias, el Dr. Devis (Colombia), quien destacó la necesidad de crear un proceso especial, muy rápido y de única instancia; el Ldo. Zepeda (México), centrandose sus palabras en la tutela bancaria y los problemas derivados de la total informatización bancaria; el Dr. Aguirre Godoy (Guatemala), quien destacó la regulación de la intimidad en la Constitución guatemalteca de 1985; el Dr. Gimeno Sendra (España), quien habló sobre la falta de tutela ordinaria en las instancias política, material y procesal del derecho a la intimidad, pidiendo que se delimitara el bien jurídico protegido por la norma constitucional y que se adecuaran las leyes procesales, fundamentalmente las penales, a las necesidades actuales; el Dr. De la Rúa (Argentina), quien explicó la nueva Ley argentina sobre «habeas corpus»; el Dr. Parodi (Perú), representante del Gobierno del Perú y de la Universidad de San Marcos de Lima, quien explicó la regulación peruana e hizo hincapié en la necesidad de que el Derecho Procesal atienda a la realidad socioeconómica, centrándose en el derecho a la intimidad como una derivación del derecho a la libertad; el Dr. Barbosa (Brasil), quien explicó el «mandado de segurança» brasileiro, que puede servir de instrumento de tutela al derecho a la intimidad, bajo ciertos presupuestos; el Dr. Sandmeyer (Argentina), quien se mostró partidario de unificar la legislación procesal, creando un procedimiento

único, breve, pero no especial; el Dr. Mantellini (Venezuela), que explicó un caso concreto venezolano de amparo; el Dr. Arrieta (El Salvador), que tras una introducción histórica, explicó las semejanzas de la Constitución de 1983 con la española; y el Dr. Lozano (España), quien criticó la regulación española y derivó su intervención hacia los intereses difusos.

El Dr. Morello *contestó* a las comunicaciones e intervenciones, agradeciéndolas a sus autores, y manifestó el deseo de que el proceso por sí mismo, sin ulteriores remisiones a otras instancias, satisfaga la pretensión, deteniéndose concretamente en la urgencia de una regulación sobre la prueba ilícita y en la idea de que el Estado de Derecho es lo verdaderamente importante, a pesar de que el Derecho no pueda dar respuesta de las concretas dudas planteadas.

Tras sus palabras, el Dr. Montero Aroca, quien había dirigido el debate con gran dominio del reloj, cerró la jornada, cuyo enjuiciamiento global hay que calificar de muy interesante.

Los actos oficiales del día terminaron en el Palacio Parcén de la calle de San Bernardo, en donde el *Ministro de Justicia*, D. Fernando Ledesma, *obsequió* a los miembros del Instituto y asistentes a las Jornadas con un coctel en su bello jardín, agradeciendo previamente la invitación el Dr. Gimeno Sendra y el Dr. D. Hernando Morales Molina (Colombia), palabras que también agradeció el Sr. Ministro.

VI. El día 18, segundo de las Jornadas, comenzó pasadas las 10 horas con la defensa de la *Ponencia* sobre «El Poder Judicial» por parte del Dr. *Almagro Nosete*.

A continuación se presentaron las siguientes diez *comunicaciones*: La del Dr. Arrieta (El Salvador), quien habló de la independencia del PJ en El Salvador, haciendo una crítica histórica y destacando que en la actualidad los Magistrados de la Corte Suprema son nombrados «de facto» por los partidos políticos; del Dr. Berizonce (Argentina), quien habló sobre un estudio socioestadístico acerca de, entre otros, la duración del proceso, su costo, etc., partiendo del estudio documental de las actuaciones, reveladores de la eficacia e ineficacia del servicio Justicia; del Dr. Gómez Lara (México), quien destacó la designación de los Jueces en su país; del Dr. Parodi (Perú), quien afirmó que el problema de la independencia está en la persona y que hay que cambiar el enfoque, siendo necesario la unión jurídica a través del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; de la Dra. Jardi (Uruguay), quien defendió la comunicación de Gelsi Bidart, inasistente; de la Dra. Ledesma, quien expuso los problemas del enjuiciamiento de militares en Argentina, destacando la oralidad del proceso, inexistente en la ciudad de Buenos Aires; del Dr. Tomé Paule (España), quien defendió una comunicación no distribuida

sobre la fe pública judicial; del Lcdo. Sr. Saavedra (España), sobre la aplicación de la Constitución por los Tribunales ordinarios; del Dr. Chacón (Guatemala), quien describió la organización de los Tribunales en Guatemala en la nueva Constitución guatemalteca de 1985; y la del Dr. Pedraz (España), quien comentó su artículo publicado en «La Ley» sobre el PJ.

Defendiendo estas numerosas comunicaciones, se pasó al *coloquio*, que tuvo asimismo una amplia participación. En primer lugar habló el Dr. Montero Aroca (España), por cierto, respecto a quien creíamos antes de empezar las Jornadas que era Ponente, partiendo de la afirmación de que no sabemos lo que significa «Poder», entendiéndose que para que exista Poder debe concurrir una organización sin ingerencias de otros poderes, y la competencia exclusiva establecida en la Constitución, es decir, inconstitucionalidad de las Leyes, control de los Reglamentos y actos administrativos, tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y tutela de los derechos reconocidos en las Leyes, de forma tal que si concurren esos requisitos podemos hablar de PJ, como partícipe del Poder político dentro del Estado; le siguió el Dr. Alvarado (Argentina), quien criticó la asepsia de la ponencia del Dr. Almagro, pasando después a destacar la organización e independencia del PJ, exigiéndose las condiciones de inamovilidad, intangibilidad remuneradora, jubilación decorosa, inmunidad penal, autarquía financiera, etc.; el Dr. Rodríguez Urraca (Venezuela), comentó el Consejo de la Judicatura en ese país, que no tiene Ley propia, aunque existen disposiciones dispersas, v. gr., en la Ley de la Carrera Judicial, destacando los problemas disciplinarios que un caso concreto de desaparición de recurso contencioso-administrativo ha producido; el Dr. Ramírez (Colombia), afirmó que en Colombia no se habla de PJ, mostrándose preocupado por que se están recargando las tintas excesivamente en «eso del PJ», y por dos arts. de la CE, el 117.1 (emanación de la Justicia del pueblo) y 24.1 (tutela efectiva), cerrando con una lamentación que sorprende en España (¡ay de los Jueces cuando se sientan un Poder!); el Dr. Rengel (Venezuela), explicó toda la regulación del PJ en dicho país, LOPJ, LE, Consejo de la Judicatura y Escuela Judicial, decidiéndose por una visión de futuro optimista y de cooperación; el Dr. Morales (Colombia), opinó que un sistema sólo puede tener éxito teniendo en cuenta las peculiaridades de cada país, siendo de dudosa eficacia los trasplantes; el Dr. Gimeno (España), no se mostró partidario de la opinión del Ponente de que la nueva LOPJ significa un retroceso en el sistema de autogobierno, defendiendo la legitimidad del nombramiento de los jueces por el Parlamento, aclarando que las tensiones ahora existentes son producto de no haberse depurado a la Magistratura española tras el

advenimiento de la democracia, lo cual alabó, comentando por último dos noticias judiciales de «El País» de ese día; el Dr. Mantellini (Venezuela), criticó que no se hubiera hablado de la representación jurídica del PJ, forma de ejercicio y criterios de resolución de los problemas que ello plantea; y el Dr. Larráin (Argentina), quien habló del control, de la norma ilegal y de la determinación del principio de la jerarquía normativa.

Tras estas intervenciones *tomó la palabra* el Dr. Almagro, agradeciéndolas y destacando la importancia del tema, sin que existan panaceas como se refleja en la cuestión de si es decisivo que haya carrera judicial, producto de la realidad de cada país, replicando por último cada una de las intervenciones y comunicaciones.

Sin apenas descanso, tras el almuerzo, partimos de nuevo para la sede de las Jornadas, en donde a las 17 horas, el Dr. *Hernando Morales* (Colombia) nos habló de «*La acción popular de inconstitucionalidad*», conferencia en la que analizó, con referencias a su país, los diversos sistemas de control difuso y concentrado de la constitucionalidad de las normas, proponiendo la más amplia legitimación.

Tras la misma, informalmente, *intervinieron* para expresar su opinión al respecto los Dres. Almagro (España), Gómez Lara (México), López Blanco (Colombia), Flores (Colombia), Larráin (Argentina), Fix Zamudio (México) y Suárez (Colombia), *contestando* el Dr. Morales brevemente a las mismas.

Finalizado el acto, concluyó también la agotadora jornada para los miembros del Instituto y observadores invitados.

VII. El día 19 comenzó académicamente a las 10 horas, con la *Ponencia* del Dr. *Fix Zamudio* sobre el «*Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso*».

A su extensa Ponencia, magníficamente resumida por el prestigioso investigador mexicano, se presentaron *comunicaciones* de: doctor Bernal (Colombia), quien explicó la situación procesal penal en Colombia, por cierto una de las escasísimas referencias habidas al proceso penal en estas jornadas, excesivamente dedicadas en nuestra opinión al Derecho orgánico y Procesal civil; Dr. Pessoa (Portugal), quien se detuvo en comentar extensamente la situación en Portugal, en su lengua materna; Dr. González Montes (España), quien defendió las comunicaciones de los inasistentes Dra. Montes y Dr. Valencia, sobre supresión de las dilaciones indebidas y cumplimiento de las garantías para la eficacia del proceso, siguiendo con la suya propia, en la que incidió en la tutela ordinaria y constitucional de las garantías que pretenden la mayor eficacia del proceso, con interpretación del art. 55.2 CE y de la doctrina al respecto del TC.

A continuación *intervinieron* el Dr. Corvalán (Argentina), quien habló sobre la prisión provisional y el derecho de defensa; el doctor Arrieta (El Salvador), quien se detuvo en la responsabilidad del Estado; el Dr. Aguirre (Guatemala), quien habló también del derecho de defensa; del Dr. Palacio (Argentina), quien consideró los problemas de la diversificación del Derecho Procesal en diversas ramas; el Dr. Gimeno (España), quien habló sobre el derecho de defensa, el acceso a la Justicia y el derecho a una resolución definitiva, fundada y congruente; el Dr. Flores (Colombia), quien explicó las garantías del derecho de defensa en Colombia; el Dr. Devis (Colombia), quien se centró en aclarar que en punto a la acción como derecho a la Justicia no hay actualmente innovaciones, sino que se expresa lo mismo de distinta forma; y el Dr. Vescovi (Uruguay), quien se refirió a los nuevos derechos en Uruguay, mostrándose partidario del Juez como conciliador.

El Dr. Fix Zamudio *agradeció* a todos los comunicantes e intervinientes su participación y señaló la gran importancia del Derecho Procesal Constitucional, sin perjuicio de que el término sea convencional, para entendernos, recalcó la bilateralidad del derecho de acción, su relatividad, y rechazó la opinión del Juez como conciliador, por no estar preparado técnicamente para ello.

VIII. El día 20, último de Ponencias, comenzó casi puntualmente a pesar de la jornada de huelga, y tras las palabras del moderador Dr. Sarmiento (Venezuela), con la Ponencia del Dr. Barbosa Moreira «*Saneamiento del proceso y audiencia preliminar*», expuesta por el prestigioso maestro brasileiro no sólo en un perfecto castellano, sino también con una gran capacidad de síntesis dada su extensión.

Por el número de *comunicaciones* e intervenciones, fue sin duda el día más importante, pues respecto a aquellas se presentaron las siguientes: Dr. Fairén (España), quien comentó las palabras del Ponente, con referencia a la «*Erste Tagsatzung*» austriaca, reformada en 1983, criticando la protocolización de la AP española, afirmando que su contenido debería ser, en caso de no existir conciliación, analizar la adecuación del procedimiento, examen de la jurisdicción, de las competencias funcional, objetiva y territorial, desistimiento, renuncia, allanamiento, transacción, transformación de la demanda, presupuestos de los arts. 533 y 534 LEC, litispendencia y cosa juzgada, vía gubernativa, litisconsorcio pasivo y «*laudatio octoris*», etc., etc., hasta un total de más de 20 actividades, proponiendo finalmente que el Juez participara a las partes el contenido de la AP, para que éstas supieran a qué atenerse; Dr. Briseño (México), quien habló de los problemas de la conciliación en la fase pre-

eliminar, lamentándose de que su comunicación no se hubiera reparado a los asistentes; Dr. Palacio (Argentina), quien habló del saneamiento del proceso en dicho país, con 22 Códigos vigentes, aunque 11 son prácticamente iguales, que no está previsto para la conciliación o depuración de defectos de presupuesto procesales, sino a fijar los hechos que van a ser objeto de prueba, destacando que el pragmatismo de los jueces argentinos ha hecho que los fines de la AP española se logren por otras vías; Lcdo. Zepeda (México), quien propuso el contenido de esa audiencia, fijándose en los sistemas europeos y americanos, terminando por analizar la situación en su país; la comunicación del Dr. Gelsi (Uruguay), inasistente, fue defendida por el Dr. Greif, habiendo tratado del sentido de la audiencia preliminar en el proceso; Dr. Greif (Uruguay), quien expuso a continuación de la anterior defensa, advirtiendo que la coincidencia de criterios era meramente casual, criticando la regulación uruguaya, pues solamente hay proyecto sobre el tema; Dr. Sánchez (España), quien explicó la regulación de la AP en España y su influencia práctica, destacando la inasistencia del Juez y el incumplimiento de los plazos; y Dr. Lozano (España), que comentó la suya.

A continuación *intervinieron*: Dr. Serra (España), quien comentó la experiencia barcelonesa de la AP, para él nefasta, destacando como mayores defectos el que no sea previa y el que no sea facultativa, siendo la solución modificar primero la mentalidad del Juez; Dr. De Miguel (España), quien explicó el iter en Comisión de Codificación de la Ley 34/1984, en donde se hizo lo que se pudo, comentando y lamentándose de que sea tradicional en España que no se cumpla lo que dice la Ley; Dr. Montero (España), quien reafirmó su convencimiento de que se cambie antes el marco socio-económico-político, pues si teóricamente algo es mejor, y se sabe que no se puede hacer nada en la práctica, hay que reformar el contexto primero, y luego introducir lo que es mejor; Dr. Hitters (Argentina), quien explicó las razones del fracaso de la AP en Argentina, opinando que ésta debe ser después de contestada la demanda, para salvar la contradicción; Dr. Fábrega (Panamá), quien explicó la nueva situación en ese país, con nuevo CPC, y la situación producida tras la firma del Tratado Torrijos-Carter sobre D. Marítimo, cuya Ley de desarrollo adoptó una AP que ha dado grandes resultados; Dr. Arrieta (El Salvador), quien se quejó de que no se hayan proporcionado estadísticas, aunque él tampoco las pudo aportar, no existiendo AP en su país; doctor Aguirre (Guatemala), quien destacó que el Juez puede requerir de conciliación en su país en cualquier momento del proceso; Dr. Parra (Colombia), quien explicó que en su país existen medidas de saneamiento en forma difusa, habiéndose alcanzado cierto éxito en materia de D. de menores; Dr. Borjas (Colombia), quien pidió cautela en el

tratamiento de estos temas, por considerar cierta falta de meditación en las palabras escuchadas; Dr. Rengel (Venezuela), quien insistió en la idea ya expresada de cambiar antes el contexto, que es lo que se va a hacer en su país, creando un proceso oral piloto, lo que es importante, pues allí no están preparados para un proceso oral; Dr. Morales (Colombia), quien se quejó de que todo el mundo se «meta» con la AP, pero que en su país estarían dispuestos a adoptarla inmediatamente, por la celeridad que significa, siempre que se regulara adecuadamente; Dr. Flores (Colombia), quien destacó la regulación del saneamiento implícito en las nulidades y las ventajas de la oralidad; Dra. Ledesma (Argentina), quien explicó la regulación de los defectos de procedibilidad en su país; Dr. Jiménez (México), quien destacó la falta de resultados prácticos en su país de la conciliación laboral, aunque en temas de protección al consumidor había mejores cifras, siendo partidario asimismo de cambiar la mentalidad del Juez; y el Dr. Pessoa (Portugal), quien explicó su idea de no poder existir audiencia preparatoria si el Juez no está preparado, destacando los defectos prácticos sobre el tema en Portugal.

Tras ello, el Dr. Barbosa *agradeció* las informaciones enviadas, las comunicaciones y las intervenciones, observando que no había discrepancias fundamentales con sus tesis, manifestando no ser enemigo de las innovaciones, sin perjuicio de mejorar el contexto, pero sin rechazo apriorístico de aquello que desde el punto de vista teórico signifique una mejora, citando a Maritain («nada hay peor que los buenos principios mal aplicados»).

La *jornada vespertina* estuvo reservada a la única *reunión* oficial del *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*, que tuvo lugar a las 5 en la sede de las Jornadas (Salón de Actos del Servicio de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia en la Ciudad Universitaria), de entre cuyos acuerdos debemos destacar los siguientes a los que hemos podido tener acceso: La incorporación de 20 nuevos miembros, pasando ahora a ser 100, la celebración de las X Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en Bogotá, en 1986, organizadas por la Universidad Externado, y el ofrecimiento de Sevilla para ser sede en 1988, adelantándose unos años al V Centenario del Descubrimiento de América.

IX. Las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal finalizaron oficialmente el día 21, a las 12 horas, con el *Acto de Clausura* que tuvo lugar en la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense, sita en el patio posterior de la antigua Universidad de Madrid de la calle de San Bernardo.

En dicho acto *intervinieron* el Secretario del Instituto, Dr. Vescovi (Uruguay), el Dr. Gutiérrez-Alviz y Armario (España), y el Dr. Ara-

goneses quienes destacaron en sus respectivas charlas la importancia de las Jornadas y la necesidad de mantener los contactos y amistades frutos de ellas. El acto finalizó con un cóctel en la sede de la clausura.

Finalizadas las pequeñas palabras de cada uno de los oradores, miembros, asistentes y observadores se despidieron en la mayor cordialidad, citándose para una nueva edición de las Jornadas, a celebrar en 1986, en Bogotá (Colombia), o para alguna nueva ocasión más próxima.

X. Finalmente, nuestra *valoración y crítica*. Una reseña de este tipo, para acabar de ser completa, debe alabar lo bueno, como así se ha hecho a lo largo de las páginas que anteceden, pero también poner de manifiesto, pensando en futuras organizaciones de congresos de este tipo, lo que es mejorable.

A este respecto, creemos, por lo que toca al aspecto científico, que la falta de coloquio es un grave defecto, pues no es fructífero que expuestas las ponencias y comunicaciones, se dé paso a intervenciones que suelen recoger, generalmente, las opiniones personales sobre el país de quien habla, expuestas por otra parte por el ponente en su ponencia. Ese no es en nuestra opinión buen método, pues debe existir siempre coloquio. Para ello, nada mejor, pensamos, que presentar el moderador, conocedor previamente de la ponencia, y una vez terminadas las defensas de la ponencia y de las comunicaciones, una lista con las dos o tres cuestiones más importante de lo en ella sustentado, abriendo el coloquio, y procurando dirigir el debate centrándolo más en los principios y consideraciones de sistema que en los detalles locales.

Desde el punto de vista de la organización previa al congreso, creemos que debe evitarse que los Profesores de Derecho Procesal, españoles o no, y sea cual fuere su «status», no tengan conocimiento previo del contenido del mismo. Una simple fotocopia del programa y un boletín de inscripción, enviado con la suficiente antelación, habría limado fricciones, eliminado supuestos de descortesía y servido para conocer con exactitud el número de participantes, imprescindible, fundamentalmente, para los actos sociales.

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER