

# JUSTICIA

## 86

1986, número I

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

	<u>Pág.</u>
Editorial ... ..	5
<b>ARTICULOS</b>	
<i>Juan Montero Aroca</i> , La función jurisdiccional y el «status» de jueces y magistrados ... ..	7
<i>Pablo Saavedra Gallo</i> , La justicialidad de la Constitución y los órganos jurisdiccionales ordinarios ... ..	35
<b>NOTAS</b>	
<i>Emilio de Llera Suárez-Bárcena</i> , El procedimiento para el enjuiciamiento de delitos menos graves en el anteproyecto de reforma de la L. E. Cr. ... ..	65
<i>Antonio M.ª Lorca Navarrete</i> , La Audiencia Nacional en la nueva L.O.P.J. Algunas anotaciones sobre un órgano jurisdiccional polémico ... ..	73
<i>Matias Soria Fernández-Mayoralas</i> , La competencia territorial ante la modificación del territorio ... ..	77
<i>Juan F. Prado Arditto</i> , La notificación de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales en la nueva L.O.P.J. ... ..	81
<b>JURISPRUDENCIA</b>	
Procesal civil, por <i>Manuel Ortells Ramos</i> ... ..	99
Procesal laboral, por <i>Juan L. Gómez Colomer</i> ... ..	143
Procesal internacional, por <i>Francisco Ramos Méndez</i> ... ..	169
<b>AUDIENCIA PUBLICA</b>	
Ejecución de sentencia en moneda extranjera (Auto de 10-XII-1985, Audiencia Territorial de Valencia, Sala 1.ª) ... ..	211
<b>LEGISLACION</b>	
Reseña legislativa procesal (1-V al 31-XII 1985), por <i>Manuel Lozano-Higuero</i> ... ..	217
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	
Recensiones ... ..	247
<b>INFORMACION</b>	
XI Congreso Mexicano de Derecho Procesal ... ..	255
X Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal ... ..	255

# JUSTICIA 86

NUMERO I

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 86» 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.



1986

LIBRERIA BOSCH - Ronda Universidad, 11 - BARCELONA

## HUELGA DE ABOGADOS

En estos editoriales nos hemos referido varias veces ya a lo que puede denominarse «quiebra de la Justicia». Esta terminología no es nuestra; nosotros nos hemos limitado a recogerla de donde naturalmente se produce, de la vida diaria en el mundo jurídico.

A los indicios de esa quiebra hay que sumar ahora uno más. No ahora, sino durante bastantes años ya, en los colegios de abogados cabía registrar un malestar latente por la situación de la Administración de Justicia. Esa desazón se refería a lo que cabe denominar aparato administrativo de la Justicia que se traduce principalmente, no en los contenidos, sino en la apariencia exterior, en el modo de realizarse.

La situación ha ido degenerando de tal manera que algunos colegios de abogados se han creído en el deber de llamar la atención de la sociedad con una huelga. Con ella se trata de defender mejor, en derecho, no sus intereses, sino los intereses de los clientes que a ellos acuden.

Decía Becuña en 1928 que los Abogados no se preocupan de remediar los defectos de la Administración de Justicia, sino que los toleran para aprovecharse de ellos; el defecto legal o del aparato administrativo se utiliza —decía— como medio de defensa de los intereses del cliente. Es posible que así fuera entonces, cuando los defectos no significaban la negación de la justicia misma, pero ahora son de tal entidad que el Abogado se ha convertido también en su víctima.

El Abogado es partícipe de la función pública de la Administración de Justicia y coopera con ella defendiendo en derecho los intereses que le son confiados; así dice el art. 39 del Estatuto de 1982. Cuando esa defensa sufre tales atrasos y avatares que los intereses encomendados se ven en peligro de perecer o, por lo menos, gravemente perjudicados, el Abogado tiene el deber de manifestarlo así a la sociedad y de hacerlo no contra la Administración de Justicia, sino como partícipe de ella.

Depósito Legal: Z. 1.271-81

ISSN: 0211-7754

Otros partícipes de esa Administración, los que aparecen como principales responsables de ella, también son conscientes de la quiebra, y contemplan diariamente con frustración que no está en su mano darle solución. Se sienten un poco como el personaje que aparece ante el público asumiendo la responsabilidad pero careciendo del poder. En nuestra opinión esos partícipes ni quieren ni pueden tener el poder, pero sí aspiran a no verse identificados como los responsables.

La huelga aquí no se hace a costa de los intereses del cliente, sino para mejor defenderlos.

Los indicios de quiebra se acumulan.

En estos días de crisis económica, los ciudadanos se sienten cada vez más desconfiados de la Administración pública. Esta desconfianza se manifiesta en forma de huelgas, que son una forma de protesta que busca llamar la atención de la opinión pública sobre los problemas que enfrenta el Estado. En este sentido, la huelga de los funcionarios públicos es una forma de resistencia que busca defender sus intereses y, al mismo tiempo, exigir cambios en la gestión pública. Sin embargo, es importante recordar que la huelga no debe ser utilizada como un fin en sí mismo, sino como un medio para lograr objetivos concretos y mejorar el servicio público.

La huelga de los funcionarios públicos es una forma de resistencia que busca defender sus intereses y, al mismo tiempo, exigir cambios en la gestión pública. Sin embargo, es importante recordar que la huelga no debe ser utilizada como un fin en sí mismo, sino como un medio para lograr objetivos concretos y mejorar el servicio público.

La huelga de los funcionarios públicos es una forma de resistencia que busca defender sus intereses y, al mismo tiempo, exigir cambios en la gestión pública. Sin embargo, es importante recordar que la huelga no debe ser utilizada como un fin en sí mismo, sino como un medio para lograr objetivos concretos y mejorar el servicio público.

La huelga de los funcionarios públicos es una forma de resistencia que busca defender sus intereses y, al mismo tiempo, exigir cambios en la gestión pública. Sin embargo, es importante recordar que la huelga no debe ser utilizada como un fin en sí mismo, sino como un medio para lograr objetivos concretos y mejorar el servicio público.

La huelga de los funcionarios públicos es una forma de resistencia que busca defender sus intereses y, al mismo tiempo, exigir cambios en la gestión pública. Sin embargo, es importante recordar que la huelga no debe ser utilizada como un fin en sí mismo, sino como un medio para lograr objetivos concretos y mejorar el servicio público.

ARTICULOS

LA FUNCION JURISDICCIONAL Y EL «STATUS» DE JUECES Y MAGISTRADOS \*

JUAN MONTERO AROCA  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. Introducción. — 2. Actuación del derecho objetivo. — 3. Noción de potestad. — 4. Noción de pretensión y resistencia. — 5. Actuación irrevocable del derecho. — 6. Actuación con desinterés objetivo. — 7. Concepto de función jurisdiccional. — 8. La independencia como especialidad del status de jueces y magistrados. — 9. Las declaraciones de independencia: A) Sumisión exclusiva a la ley; B) No sumisión a normas contrarias a la ley; C) No sumisión a tribunales superiores; D) No sumisión a entidad alguna. — 10. Las garantías formales de la independencia: A) Reserva de ley orgánica; B) Titularidad de la potestad reglamentaria. — 11. Las garantías materiales de la independencia: A) Frente al Consejo General del Poder Judicial; B) Frente a la jurisprudencia. — 12. Independencia económica: A) Independencia económica institucional; B) Independencia económica personal. — 13. Independencia ideológica. — 14. Final.

1. INTRODUCCIÓN.

El art. 103 de la Constitución fija las bases del estatuto de los funcionarios públicos en general, pero el mismo no es aplicable a los jueces y magistrados. Para éstos existen disposiciones específicas, principalmente, en los arts. 117 y 122.

Roza lo evidente que si los jueces y magistrados han tenido, tienen y deben tener un estatuto propio, distinto del de los demás funcionarios, es en atención a la función que desempeñan. El esta-

\* Ponencia 4.ª de las «Jornadas sobre el Poder Judicial» organizadas por el Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, 17 a 19 de abril de 1985).

tuto no se justifica como privilegio de una casta; no se trata con él de favorecer a un grupo de servidores del Estado. El estatuto es un medio que posibilita el cumplimiento de una función atribuida en exclusiva, función que está al servicio de los ciudadanos. Sólo en tanto sea necesario para el buen cumplimiento de la función se justifica el estatuto especial.

Con la misma claridad aparece que la distinción entre funcionario y juez es posible y necesaria sólo en un determinado contexto político. Cuando todo el poder político está concentrado en unas manos, y todas las demás personas actúan por delegación, no tiene sentido establecer diferencias de estatuto entre las personas en quienes se delega. Una monarquía absoluta precisa sólo de servidores fieles; una dictadura no necesita distinguir entre sus funcionarios. En el Antiguo Régimen era lógico que una misma persona (el corregidor, por ejemplo), asumiera funciones administrativas y jurisdiccionales; la distinción no era necesaria, pues siendo el soberano el titular de la soberanía y de todo el poder, podía delegar en aquél lo que estimara conveniente. En una dictadura ocurre lo mismo. El paso del tiempo ha hecho que existan determinadas palabras mito, y hoy ninguna dictadura se atrevería a decir que sus jueces no son independientes, pero lo cierto es que en esta situación política la independencia no pasa de ser una palabra.

Sólo cuando se parte de la división de poderes constituidos y a cada uno de ellos se le atribuye una función propia y exclusiva, se hacen necesarios estatutos distintos para las personas que asumen esas funciones. Antes del siglo XIX no se hablaba de independencia de los jueces. Cuando del soberano se arrancó la función de juzgar, tuvo sentido hablar de independencia o, más en general, de estatuto especial para los jueces, y la revolución burguesa lo consideró como uno de sus objetivos. Desde entonces, con unas y otras palabras, normalmente con referencia a la independencia, se ha convertido en estribillo de políticos y juristas, de revolucionarios y de reaccionarios. No hace falta decir que con sentidos distintos.

Si el estatuto especial está al servicio de la función, es imprescindible referirse a ésta antes de entrar en el contenido de aquél.

## 2. ACTUACIÓN DEL DERECHO OBJETIVO.

Tradicionalmente los procesalistas, cuando se han cuestionado el tema de la función de la jurisdicción, lo han hecho desde dos grandes concepciones teóricas, en las que, de uno u otro, modo, pueden incluirse todas las elaboraciones personales. Estas concep-

ciones se conocen comúnmente como las teorías subjetivas y objetivas (1).

a) Las teorías subjetivas se pensaron en torno a lo que podemos llamar manifestación civil de la jurisdicción, y conciben la función de ésta al servicio de los intereses de los particulares. El Estado, con su jurisdicción, tutela los derechos subjetivos de los particulares. Así para Hellwig la jurisdicción tenía como fin el descubrimiento y declaración de lo que sea derecho entre las partes y, después, su ejecución y efectividad (2). A esta concepción se reconducen las construcciones que ven en la jurisdicción un medio de solución de controversias (en España, Morón), o de conflictos entre derechos subjetivos (principalmente Ranalletti).

Naturalmente, y ya lo vio Calamandrei, esta concepción parte de la visión política del Estado liberal; para éste el derecho atiende en primer lugar al mantenimiento del orden entre los ciudadanos y la justicia aparece en él como un servicio público puesto a disposición del ciudadano (3).

b) Las teorías objetivas, que suelen ser posteriores en el tiempo, tienen ya un más amplio campo de visión y estiman que la jurisdicción persigue la actuación del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma al caso concreto. En palabras de Micheli al Estado corresponde asegurar la actuación del derecho objetivo, en los casos en que no sea voluntariamente observado; cuando tal actuación tiene lugar a través de la intervención del juez, la ley habla de «tutela judicial de los derechos» (4). La norma es para el juez el objeto de su actividad, en el sentido de que esa actividad se ejercita sólo al fin de asegurar el respeto del derecho objetivo. A esta concepción hay que reconducir diversas teorías que sólo en lo accidental son diferentes: actividad de sustitución (Chiovenda y en España, Gómez Orbaneja), aplicación de sanciones (Redenti), garantía del derecho objetivo (Calamandrei y en España, Fenech) e incluso la formación de cosa juzgada (Allorio y en España, Serra).

Políticamente esta concepción respondió inicialmente a una idea totalitaria del derecho, que veía en él la voluntad del Estado y en

(1) Vid. MONTERO, *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 1979, 2.ª ed., pp. 56 y ss.

(2) HELLWIG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1903, I, pp. 40 y ss. y *System des Deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1912, I, pp. 2 y ss.

(3) CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1962, I, pp. 177-8.

(4) MICHELI, *Curso de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1970, I, páginas 3 y 7.

su observancia el respeto a la autoridad (5). Ahora bien, no todas las manifestaciones de la teoría objetiva deben ser calificadas de autoritarias; algunas son más bien «sociales», frente al liberalismo-individualista del siglo XIX, y pueden acogerse en lo que viene denominándose Estado social de Derecho.

De estas dos concepciones la primera es difícilmente aceptable en la actualidad, y ello por razones de muy diversa índole, que van desde su limitación a la manifestación civil de la jurisdicción, hasta porque no responde a la tradición española en la que, por lo menos desde el art. 242 de la Constitución de 1812, pasando por el art. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 (LOPJ), la potestad jurisdiccional se ha referido a la aplicación de las leyes.

La concepción objetiva cubre las manifestaciones de la jurisdicción y respeta nuestra tradición. Ni siquiera cabe alegar contra ella que es inadmisibles tratándose de intereses privados, en los que la función jurisdiccional no podría ser actuación del derecho subjetivo, sino tutela de derechos subjetivos. Basta para ello tener en cuenta que en estos casos lo que sucede es que actuación de la ley depende de la voluntad del particular. El principio de oportunidad lleva a que el derecho privado resulte violado y sea precisa su actuación sólo cuando, y en la medida en que, el particular lo decida; en esa medida actuará el juez, pero lo hará aplicando el derecho objetivo. El que la aplicación de éste dependa de la voluntad de un particular, no impide que en cualquier caso la función jurisdiccional se resuelva en la actuación del derecho objetivo.

Ahora bien, lo anterior es sólo una primera respuesta, necesaria pero no suficiente. También la Administración actúa el derecho objetivo.

Si sólo dijéramos esto no se explicarían las razones de las diferencias de estatuto. Para ello hay que seguir buscando la función jurisdiccional, lo que es característico de ella.

### 3. NOCIÓN DE POTESTAD.

La noción de potestad (6) presupone las nociones previas de poder y derecho subjetivo. Ambos configuran el género de poderes en

(5) CALAMANDREI, *Instituciones*, cit., I, pp. 177-8.

(6) En esta noción seguimos fundamentalmente a FAIRÉN, *La potestad jurisdiccional*, en *Revista de Derecho Judicial*, 1972, 51-52, pp. 45-84, desarrollada después en *Poder, potestad, función jurisdiccional en la actualidad*, en «Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional», Madrid, 1983, I, pp. 1-47. Vid. también MONTERO, *Introducción*, cit., pp. 20 y ss. Desde otra perspectiva GARCÍA DE ENTERRÍA (CON T-R FERNÁNDEZ), *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1980, I, pp. 370 y ss.

sentido amplio, en cuanto atribuidos por el ordenamiento jurídico respecto de bienes o intereses por él protegidos, pero poder en sentido estricto no tiene objetos singularmente determinados, no se resuelve en pretensiones hacia otros sujetos, no siendo correlativo a obligación, mientras que el derecho subjetivo se desenvuelve siempre en una concreta y particular relación jurídica, en la que el derecho subjetivo tiene siempre como contrapartida una obligación.

Aunque se suele hablar indistintamente de poderes o potestades, como ha precisado S. Romano, de potestad se habla más propiamente cuando su titular aparece investido de autoridad, tanto sea de derecho público como de derecho privado, mientras que cuando falta ese elemento de autoridad, y la consiguiente posición de superioridad o supremacía, se usa más frecuentemente la palabra poder. Así las potestades podrían considerarse una especie de los poderes (7).

A jueces y magistrados se atribuye, pues, una potestad de derecho público, caracterizada por el *imperium* derivado de la soberanía, lo cual les coloca en situación de superioridad respecto de las personas que con ellos se relacionan. Actuando jurisdiccionalmente el juez no tiene superiores ni iguales, todos están bajo su potestad.

Las Cortes Generales, como titulares del Poder Legislativo, podrán conformar el sentido de la ley regulando la competencia de los órganos jurisdiccionales o el estatuto personal de los jueces y magistrados, pero cuando éstos actúan jurisdiccionalmente, con potestad, aunque actúen sometidos a la ley no lo hacen sometidos al Poder Legislativo. Así lo ha reconocido el art. 76.1 de la propia Constitución, respecto de las comisiones parlamentarias de investigación. Además cuando a un tribunal se somete un acto administrativo realizado por alguna de las Cámaras, el tribunal actúa desde una situación de superioridad. Dentro de su competencia el Tribunal Constitucional puede declarar inconstitucional una ley aprobada por las Cortes.

Lo mismo cabe decir respecto de las relaciones de los jueces y magistrados con el Poder Ejecutivo, la Administración e incluso con el Consejo General del Poder Judicial. Controlando la potestad reglamentaria o la legalidad de los actos administrativos, incluidos los del Consejo General, los jueces actúan desde una situación de superioridad, revestidos de potestad y, por lo tanto, *supra partes*. Naturalmente la superioridad aparece también en las relaciones con los particulares y con cualquier entidad pública o privada.

(7) ROMANO, *Poteri, potestà*, en «Frammenti di un dizionario giuridico», Milano, 1-93, p. 194.

La actuación del derecho objetivo que realizan los jueces y magistrados se hace, pues, con potestad. Ello precisa algo más lo que sea la función jurisdiccional, pero seguimos sin establecer una diferencia precisa, pues la Administración actúa también con potestad; ésta no es exclusiva de jueces y magistrados.

#### 4. NOCIÓN DE PRETENSIÓN Y RESISTENCIA.

En la situación actual de la Jurisdicción en los países occidentales la actuación del derecho objetivo por los jueces precisa, en todo caso, que alguien comparezca ante el órgano jurisdiccional y pida. La actividad jurisdiccional no se inicia nunca de oficio. La función jurisdiccional no se ejercita nunca sin petición ajena al tribunal. Más aún, la función jurisdiccional no se ejercita nunca sólo con la existencia de alguien que pida; es necesario que se pida frente a otra persona. Aparecen así las nociones de pretensión (8) y de resistencia.

La pretensión es una petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien de cualquier clase que fuere. Se trata de una declaración de voluntad que, en ocasiones, se formula en un acto y otras veces se manifiesta al exterior en distintos momentos, en varios actos; lo que importa de ella no es su condición de acto procesal, sino su naturaleza de petición. La pretensión no es un derecho. La actividad jurisdiccional se pone en marcha en virtud del derecho de acción, del derecho a la jurisdicción, pero después no existe otro derecho, no hay derecho de pretender; puesto en marcha el proceso, la pretensión no es ya un derecho, sino una declaración de voluntad petitoria que conforma el objeto de ese proceso, determinando el bien (en el sentido más amplio; material o no) sobre el que se litiga.

El destinatario de la pretensión es el órgano jurisdiccional y de él se reclama una cierta actuación; según la clase de ésta, será la clase de pretensión. Esa actuación se reclama frente a otra persona, el sujeto pasivo, que tendrá que estar determinado o, por lo menos, ser determinable (9).

(8) Para la noción de pretensión es de cita obligada GUASP, *La pretensión procesal*, en Anuario de Derecho Civil, 1952, enero-marzo, pp. 7-61, ahora publicado en librito Madrid, 1981. Con todo, en el texto no se sigue totalmente a Guasp, y por eso vid. MONTERO, *Introducción*, cit., pp. 94 y ss.

(9) La pretensión existe si está individualizada, esto es, singularizada respecto de otras posibles pretensiones. En cambio su éxito depende de otras circunstancias: depende que los sujetos activo y pasivo estén legitimados y de que el interés base de la parte activa esté protegido por el ordenamiento jurídico. En el texto nos limitaremos a la existencia de la pretensión.

De modo correlativo al de pretensión aparece el concepto de resistencia. El uno no puede entenderse sin el otro y ambos se complementan. Resistencia es la petición que se dirige a un órgano jurisdiccional como reacción a la pretensión formulada por otra persona. Sin ella no se comprende la actividad jurisdiccional.

La función jurisdiccional de actuar el derecho objetivo se realiza siempre frente a una pretensión y a una resistencia. Si no existen no hay actividad jurisdiccional. Tanto es así que cuando de hecho una u otra no se general espontáneamente, el ordenamiento establece un órgano para ello; este es el caso del Ministerio fiscal, que en el proceso penal aparece como acusador y que en algunos procesos civiles ha de ser necesariamente parte. Cuando se trata de intereses privados, pretensión y resistencia responden a un conflicto real de intereses entre partes; cuando se trata de intereses públicos el conflicto puede no existir, pero la función jurisdiccional se ha de realizar siempre a petición de una parte y frente a otra.

Estamos aquí ya ante una primera distinción que puede ser útil; el ejercicio de la función jurisdiccional no se inicia nunca de oficio; la actuación del derecho objetivo se realiza siempre frente a dos partes. La Administración actúa de oficio; naturalmente puede actuar a instancia de parte, pero esa instancia o petición no es una pretensión en sentido estricto; el derecho objetivo no se actúa frente a dos partes.

#### 5. ACTUACIÓN IRREVOCABLE DEL DERECHO.

La función jurisdiccional se resuelve en actuación del derecho objetivo, pero esta respuesta, dijimos, es insuficiente para caracterizarla. La insuficiencia proviene de que también los órganos administrativos actúan el derecho. Se da un paso adelante cuando se atiende a la diferente eficacia jurídica que implican la aplicación del derecho por órganos dotados de potestad jurisdiccional y por órganos con potestad administrativa. Esa diferencia atiende a la cosa juzgada.

El principio de legalidad en la actuación administrativa, no supone que la Administración justifique su existencia con el mero cumplimiento de la ley. No se trata ahora de volver a la doctrina de la vinculación negativa; no pretendemos decir que la Administración puede realizar libremente todo aquello que la ley no le prohíbe; no se trata de eso. Aún dentro de la doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la ley, reconociendo que la actuación sólo será válida si tiene base normativa o, en palabras de García de Enterría, que «sólo cuando la Administración cuente con (esa) cober-

tura legal previa su actuación es legítima» (10), no puede concluirse que la Administración cumpla su función limitándose a aplicar la ley (11).

La Administración, como poder público, está sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), y actúa con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103.1 CE), pero la función administrativa no consiste, ni puede consistir, en aplicar la ley. Actúa sometida a la ley, pero no con el fin de aplicarla. El art. 103.1 CE nos lo está indicando: la Administración pública sirve los intereses generales o públicos; para ella el derecho es cobertura, medio, límite, pero no fin.

La Jurisdicción encuentra su razón de ser en la actuación del derecho, sin más. El sometimiento del juez al imperio de la ley (artículo 117.1 CE) no es cobertura o límite, es fin. La pretensión y la resistencia son medio técnico para el cumplimiento de la función; una y otra pueden aparecer como expresión del principio de contradicción y éste responde al derecho de audiencia, pero también son técnicas para la mejor aplicación de la ley; incluso cuando no existe conflicto de intereses el proceso se regula de manera dialéctica (12).

Esta distinta manera de actuar el derecho objetivo hace que el ejercicio de la potestad administrativa sea controlable, y el control consiste en determinar si los intereses generales se han servido actuando el derecho de manera correcta. El ejercicio de la potestad administrativa lleva a lo que se denomina incorrectamente presunción *iuris tantum* de legalidad del acto administrativo; presunción que admite prueba en contrario, prueba de actuación no legal. El acto administrativo es, por lo tanto, controlable y lo es precisamente por la Jurisdicción.

La potestad jurisdiccional se ejerce exclusivamente para la actuación del derecho objetivo y después de ella no hay nada más. La actuación del derecho objetivo en el desempeño de la función jurisdiccional, no puede ser controlada por una instancia posterior; aplica el derecho objetivo de manera irrevocable. Surge así la cosa juzgada, y en virtud de ella se conforma la situación jurídica de acuerdo con el contenido de la sentencia, precluyendo toda posibilidad de ulterior

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA (y T-R FERNÁNDEZ), *Curso*, I, cit., p. 370.

(11) Últimamente ha destacado A. NIETO, *La organización del desgobierno*, Barcelona, 1984, pp. 52 y ss., la exageración del principio de legalidad y, sobre todo, la deformación que ha supuesto el que, de hecho, la Administración se haya convertido en una mera realizadora del derecho.

(12) Vid. CALAMANDREI, *Proceso y democracia*, Buenos Aires, 1960, pp. 147 y ss. V Conferencia.

control de su conformidad al derecho (13). No se trata, como dice el art. 1251 del CC y todavía sostiene alguna doctrina, de que las resoluciones con cosa juzgada gocen de una presunción *iuris et de iure* de verdad; es algo más sencillo. Atendidos los requisitos del órgano jurisdiccional y cómo aplican el derecho, se atribuye a aquéllos la última instancia de control; el principio de seguridad cierra el arco.

La Constitución confirma la distinción, aunque no sea de manera directa. A la cosa juzgada se refieren los arts. 161.1.a y 164.1, y especialmente el primero parte de la base de que las sentencias tienen valor de cosa juzgada. El art. 106.1 supone el control por la potestad jurisdiccional de toda la actuación administrativa (14).

Estamos, pues, ante otro elemento importante de distinción de cómo se actúa la ley. Y este elemento sí ha de influir en el estatuto de las varias personas que aplican la ley.

#### 6. ACTUACIÓN CON DESINTERÉS OBJETIVO.

Puso ya de manifiesto Chiovenda que en la aplicación de la ley por la Administración no falta juicio, lo que se ha ido acentuando con el paulatino aumento de garantías en el procedimiento administrativo, pero que ese juicio opera de manera distinta al juicio de la Jurisdicción. En sus palabras: «También la Administración juzga, puesto que no se obra sino sobre la base de un juicio; pero juzga de su propia actividad. En cambio, la Jurisdicción juzga de la actividad ajena y de una voluntad de ley que concierne a otros» (15). Aparece así la denominada *alienità*, que se ha traducido como «ajenidad» o «terciedad», y que De la Oliva llama, creemos que con acierto, desinterés objetivo (16).

(13) Vid. ALLORIO, *Problemas de derecho procesal*, Buenos Aires, 1963, II, donde pueden verse tres trabajos sobre la noción de jurisdicción, basada en la cosa juzgada. En España sigue esta concepción, con matices propios, SERRA, *Jurisdicción*, en «Estudios de derecho procesal», Barcelona, 1969.

(14) No entraremos aquí en un tema que reviste indudable interés, pero no para este momento. Nos referimos a cuándo es admisible constitucionalmente que la actuación del derecho por los órganos jurisdiccionales sea posterior a la actuación de la Administración y a cuándo ello es inadmisibles porque la Administración no tiene competencia para actuar en ese campo. Dicho de otra manera, en ocasiones la aplicación del derecho por la Jurisdicción ha de ser inicial y única, no pudiendo existir actividad previa de la Administración. Sobre este tema ha reflexionado M. ORTELLS en trabajo hasta ahora inédito.

(15) CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, 1940, II, p. 11.

(16) DE LA OLIVA (con FERNÁNDEZ), *Lecciones de derecho procesal*, Barcelona, 1984, I, p. 20.

Gómez Orbaneja, siguiendo esta concepción, la explica así con un ejemplo: cuando el órgano jurisdiccional declara el divorcio se pronuncia sobre una relación ajena, sobre el derecho del demandante a la disolución del matrimonio, mientras que cuando el órgano administrativo actúa se pronuncia sobre su propia relación, sobre su derecho a la prestación, o sobre su obligación a reconocer, reintegrar o reparar derechos ajenos (17).

Posiblemente el camino más idóneo para comprender esta diferencia sea el de la distinción entre autotutela y heterotutela. Para la mejor gestión de los intereses generales (art. 103.1 CE) la Administración se sirve de la autotutela, y ésta supone aplicar el derecho en asuntos propios, mientras que la Jurisdicción ejerce un sistema de heterotutela, es decir, aplica el derecho en asuntos ajenos.

En general la autotutela se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto resuelve éste mediante su acción directa; unilateralmente una de las partes impone su decisión a la otra (18). Entre los particulares este sistema está excepcionalmente permitido, pero una sociedad puede calificarse de civilizada cuando existe una prohibición general, que lleva incluso a su tipificación en el Código Penal (es el caso del art. 337 CP). Con la Administración ocurre de manera distinta. Justificándolo en la expeditividad y eficacia de la gestión de los intereses generales, la Administración está capacitada para tutelar por sí misma sus derechos, tanto en la vía declarativa como en la ejecutiva, tanto conservando como agrediendo (19).

La autotutela supone así actuación el derecho en asunto propio; se es juez y parte. Y ello incluso cuando aparentemente soluciona conflictos entre particulares, pues su intervención en ellos sólo se justifica en tanto persiga el interés general.

En la heterotutela la aplicación del derecho se realiza por un tercero ajeno a las partes, que impone a éstas su decisión. El posible conflicto no se resuelve por obra de las partes, sino por obra del tercero, a cuya decisión quedan aquéllas jurídicamente obligadas. La Jurisdicción actúa el derecho sobre situaciones jurídicas ajenas, respecto de las cuales está desinteresada objetivamente. No trata de tutelar un interés propio. Con la aplicación del derecho no pretende trascender a otros fines; su potestad se reduce a la aplicación del derecho en asuntos de otros.

(17) GÓMEZ ORBANEJA (CON HERCE), *Derecho procesal civil*, Madrid, 1976, I, p. 57.

(18) ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1970, núm. 29.

(19) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA (CON T-R. FERNÁNDEZ), *Curso*, I, cit., pp. 424 y ss.

## 7. CONCEPTO DE FUNCIÓN JURISDICCIONAL.

En resumen, y a modo de conclusión, creemos que la función jurisdiccional se caracteriza porque:

- 1.º Es actuación del derecho objetivo.
- 2.º Mediante el ejercicio de una potestad.
- 3.º Ante pretensiones y resistencias.
- 4.º El derecho se actúa de modo irrevocable.
- 5.º La potestad se ejercita con desinterés objetivo.

Esta función se atribuye de manera exclusiva a unos órganos: los Juzgados y Tribunales (art. 117.3 CE), y dentro de ellos a unas personas: los jueces y magistrados. La exclusividad tiene una doble consideración. Positivamente significa que la potestad jurisdiccional se confía sólo a los jueces y magistrados, lo que ha de conllevar la desaparición de órganos administrativos a los que, de manera más o menos solapada, se han ido atribuyendo funciones similares a la jurisdiccional. Negativamente supone que los jueces y magistrados no pueden tener atribuida más que esa función; el artículo 117.4 CE abre un portillo de consecuencias desconocidas.

La naturaleza de la función conlleva la necesidad de que las personas a las que se atribuye tengan un estatuto propio, distinto del general del funcionario. Y la justifican hasta el extremo de que puede decirse que sin ese estatuto propio no debe ejercerse jurisdicción. Esta afirmación se deriva de la propia Constitución, pues con arreglo a ella la Jurisdicción sólo puede ser ejercitada por personas (titulares de órganos) que se ajusten a unos determinados requisitos.

Hay que ver ahora cuáles son esos requisitos, con lo que entramos en el estatuto de jueces y magistrados.

## 8. LA INDEPENDENCIA COMO ESPECIALIDAD DEL STATUS DE JUECES Y MAGISTRADOS.

Cualquier lectura que se haga de la Constitución lleva a la conclusión de que el requisito fundamental que especializa el status de jueces y magistrados es la independencia. Todos los demás sirven para garantizar ésta, de una u otra forma están al servicio de ella o por ella se justifican.

Algunos de los caracteres del estatuto, en los que suele insistir la doctrina, no son exclusivos de los jueces y magistrados; son comunes a los funcionarios en general, pero con relación a aquéllos

adquieren una resonancia especial. Es el caso de la inamovilidad y de la imparcialidad, por referirnos a los demás importantes.

Independencia e inamovilidad no son una misma cosa. Es cierto que a lo largo del siglo XIX la reivindicación clave de los que propugnaban la independencia judicial, fue la de la inamovilidad —tantas veces proclamada en las constituciones y en las leyes como incumplida— no alcanzada en la realidad ni siquiera con la LOPJ de 1870, pues de hecho hay que esperar cuando menos al decreto de Canalejas de 1889, que se decidió, por fin, a aplicar lo establecido en la LOPJ, y ello sin perjuicio de convulsiones posteriores. Pero los funcionarios también son inamovibles, por lo menos desde el Estatuto de Maura de 1918, y hoy también tienen derecho a no ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.

Con todo, la inamovilidad en un caso y en otro tiene distinto alcance. Para los jueces la inamovilidad es garantía de la independencia, y un ataque a aquélla es un ataque a ésta, lo que llevaría a la inconstitucionalidad de la ley que lo realizara y a la ilegalidad del acto administrativo concreto. Para los funcionarios la inamovilidad es un derecho que no tiende a garantizar un fin superior. A pesar de ello, insisto, inamovilidad e independencia no son sinónimos, y la primera no es específica de los jueces.

Lo mismo ocurre con independencia e imparcialidad. El juez es imparcial y el funcionario, según el art. 103.3 de la CE, también debe serlo. Para garantizar la imparcialidad del juez las leyes orgánica y procesales regulan la abstención y la recusación, y lo mismo hace la Ley de Procedimiento Administrativo respecto de los funcionarios. En uno y otro caso se trata de garantizar la neutralidad respecto de las partes concretas en el proceso y en el procedimiento administrativo.

Ahora bien, hay diferencias, no relativas a las personas, sino a la potestad que ejercitan. La Jurisdicción actúa, por su propia esencia, con desinterés objetivo, y la imparcialidad tiende a asegurar el desinterés subjetivo de la persona concreta investida de la potestad jurisdiccional. Con la imparcialidad del funcionario se quiere asegurar el desinterés subjetivo de la persona concreta, pero ello no está al servicio del desinterés objetivo de la Administración. Esta tiene que ser imparcial con relación a los administrados, sin favorecer a uno en perjuicio de otro, esto es, actuar con «objetividad», pero el servicio de los intereses generales supone que la actividad de la Administración se ejerce siempre en asunto propio, por lo tanto, no hay desinterés objetivo.

Creemos que la exacta comprensión de lo que la independencia significa y de su incidencia en el status de jueces y magistrados,

obliga a distinguir dos clases de disposiciones relativas a ella. Existen, en primer lugar, disposiciones en las que se establece la independencia, que son propias y exclusivas del estatuto de jueces y magistrados, y, después, disposiciones que establecen una serie de medios para garantizar la independencia. Estos medios no son necesariamente exclusivos del estatuto de jueces y magistrados, sino que se trata de técnicas que en algunos casos pueden ser de aplicación a los funcionarios; en éstos no para garantizar la independencia, sino como contenido de su propio estatuto (20). Se distingue, pues, entre declaraciones de independencia y garantías de la misma.

## 9. LAS DECLARACIONES DE INDEPENDENCIA.

La Constitución declara con reiteración que los jueces y magistrados son independientes. Ocurre así en los arts. 117.1, 124.1 y 127.2 respecto de los integrantes del Poder Judicial organización, pero también lo hace en el art. 159.5, con relación a los magistrados del Tribunal Constitucional, y en el art. 136.3, para los miembros del Tribunal de Cuentas (21). Aunque no lo diga expresamente la independencia es requisito esencial de los demás tribunales especiales constitucionales (22), esto es, de los tribunales militares, del jurado y de los tribunales consuetudinarios y tradicionales.

Partiendo de la Constitución aparecen las declaraciones en las leyes orgánicas de desarrollo. No es necesario dar el dato de los artículos en concreto. Lo importante no es la proclamación de la independencia, sino la determinación de lo que ella comporta:

(20) La idea base de la distinción entre normas que establecen la independencia y normas que la garantizan proviene de ORTELLS en trabajo inédito; su desarrollo y aplicación al estatuto de jueces y magistrados son nuestros.

(21) Parte de la actividad del Tribunal de Cuentas es jurisdiccional (la Sección de Enjuiciamiento), aunque en él concurren algunas especialidades que oscurecen la noción de jurisdicción que da la propia Constitución; vid. MENDIZÁBAL, *El Tribunal de Cuentas y su encuadramiento constitucional*, en «Estudios sobre el proyecto de Constitución», Madrid, 1978, pp. 464 y ss. y los trabajos del mismo MENDIZÁBAL, AGÚNDEZ, ELIZALDE (en contra el de GONZÁLEZ NAVARRO), JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, NOFUENTES y REYES MONTERREAL en *El Tribunal de Cuentas*, Madrid, 1982.

(22) Para la distinción entre tribunales especiales constitucionales (excepciones al principio de unidad jurisdiccional permitidas por la Constitución) y tribunales especiales prohibidos (que son todos los demás), vid. MONTERO, *La unidad jurisdiccional. Su consideración como garantía de la independencia judicial*, en *Justicia* 84, I, pp. 63 y ss. y también en el «Libro homenaje al prof. Guasp», Granada, 1984.

### A) Sumisión exclusiva a la ley.

Es evidente que cuando en el art. 117.1 se dice que los jueces y magistrados administran justicia «sometidos únicamente al imperio de la ley», ésta debe ser entendida en sentido amplio, en el sentido que el art. 9.1 dice «Constitución y resto del ordenamiento jurídico», pues a la postre aquéllos son poderes públicos.

Esta sumisión a la ley no supone que la independencia tiene un límite en la ley, ni que la sumisión a la ley sea una excepción a la independencia. Por el contrario, si la función jurisdiccional consiste en la actuación del derecho objetivo, al juez se le concede independencia para que pueda satisfacer pretensiones y resistencias únicamente con arreglo al derecho objetivo, sin que existan otros condicionamientos. La independencia se justifica en el cumplimiento de la función (23).

Sumisión a la ley no supone sumisión al Poder Legislativo. El juez aplica la ley elaborada por ese Poder, pero ello no implica que cualquier acto de las Cámaras le vincule. Con referencia a las comisiones de investigación el art. 76 CE establece claramente que las conclusiones de éstas no vinculan a los tribunales (como vimos en el núm. 3), pero es que además, no las leyes, pero sí los actos administrativos que las Cámaras realicen son controlados por el Poder Judicial.

Sumisión a la ley no supone sumisión a cualquier ley, sino sumisión a la ley constitucional. Es cierto que los tribunales ordinarios no pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes posteriores a la Constitución, pero no lo es menos que deben examinar de oficio la constitucionalidad la ley que han de aplicar y que, de oficio, pueden y deben plantear ante el Tribunal Constitucional la cuestión de este género.

### B) No sumisión a normas contrarias a la ley.

Los jueces y magistrados no sólo tienen el control de la potestad reglamentaria, es que además no se encuentran vinculados por las normas emanadas de esta potestad pero contrarias a la ley. El art. 7, 1.º de la LOPJ de 1870 decía muy claramente: no pueden «apli-

(23) Problema distinto, pero al que aquí no vamos a referirnos aunque dejemos constancia de él, es el de la vinculación real del juez a la ley o, dicho de otro modo, el de la desvinculación de hecho ante la existencia de cláusulas generales, lagunas, falta total de regulación, etc.; para un examen de interés, sobre todo por el soporte bibliográfico alemán vid. SIMÓN, *La independencia del juez*, Barcelona, 1984, pp. 71 y ss.

car los reglamentos generales, provinciales o locales, ni otras disposiciones de cualquier clase que sean, que estén en desacuerdo con las leyes». Y por si faltara algo el art. 8 de la misma Ley insiste en que no eludirán su responsabilidad alegando obediencia a disposiciones del Poder Ejecutivo en lo que sean contrarias a las leyes.

En la misma línea el art. 6 del Proyecto de LOPJ, pendiente de discusión en las Cortes, ordena a los jueces y tribunales no aplicar los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.

### C) No sumisión a tribunales superiores.

Mientras el funcionario actúa de acuerdo con el principio de jerarquía (art. 103.1 CE), el juez al aplicar la ley no tiene superiores; ejercitando la potestad jurisdiccional no hay superior ni inferior, no hay jerarquía; cada juez o tribunal tiene su competencia y dentro de ella ejerce la potestad sólo vinculado a la ley. De ahí que el art. 4, II, de la LOPJ de 1870 prohibía a los tribunales de grado superior aprobar, censurar o corregir la aplicación que de la ley hace el inferior, salvo lo relativo a los recursos.

Respecto de los jueces y tribunales se habla de superior e inferior sólo con relación a su actuación administrativa, no sobre la jurisdiccional. Tanto es así que en este orden todos tienen la misma potestad. Cuando se define la competencia como la medida de la potestad que corresponde a un órgano, se está desconociendo lo que es la potestad; ésta por su propia naturaleza es indivisible; se tiene toda o no se tiene. Lo que se divide conforme a la competencia es el ámbito en el que la potestad se ejerce, pero no la potestad misma.

En este sentido el art. 12 del Proyecto de LOPJ dice correctamente que en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los jueces y magistrados son independientes respecto de todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial. Y a continuación reproduce lo dicho en el art. 4 de la LOPJ de 1870, suprimiendo el perturbador art. 5 de ésta.

### D) No sumisión a entidad alguna.

Declaración nueva de independencia se va a hacer en el art. 13 del Proyecto de LOPJ; se va ordenar a poderes públicos, partidos políticos, sindicatos, asociaciones, entidades públicas y privadas y particulares que respeten la independencia de jueces y magistrados. No está de más hacer esta declaración y es oportuno señalar, ade-

más, que los jueces y magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pongan en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, sin perjuicio de la incoación del proceso penal correspondiente. Tales declaraciones son necesarias en la actualidad.

Las declaraciones tradicionales de independencia tenían, asimismo, unos sistemas de garantía también tradicionales, que mejor o peor funcionaban. Las declaraciones nuevas responden, indudablemente, a nuevas necesidades, pero todavía no se han encontrado las garantías para hacerlas efectivas. Este es uno de los problemas acuciantes en la actualidad.

#### 10. LAS GARANTÍAS FORMALES DE LA INDEPENDENCIA.

Proclamada la independencia, el estatuto orgánico de jueces y magistrados se integra en buena medida por normas que tienden a garantizarla. Pero antes de llegar a esas normas hay que explicar que la primera garantía es formal, referida a la calidad de las normas reguladoras del propio estatuto y, en su caso, a la titularidad de la potestad reglamentaria. Es lo que llamamos garantías formales de la independencia.

##### A) Reservas de ley orgánica.

Es evidente que el art. 122.1 de la CE establece una reserva de ley, y de ley orgánica, para la regulación del estatuto jurídico de jueces y magistrados. Una consecuencia recientísima de ello se ha producido con las incompatibilidades. Las de los funcionarios públicos se han establecido en la Ley de 26 de diciembre de 1984, ley ordinaria, pero respecto de jueces y magistrados (incluidos los del Tribunal Constitucional y los del Tribunal de Cuentas) ha sido precisa una ley orgánica, la de 18 de enero de 1985; ley que, por otra parte, se limita a decir que el régimen general de incompatibilidades se aplica a jueces y magistrados (24).

(24) Se ha producido así una curiosa paradoja. Las incompatibilidades de jueces y magistrados han sido siempre mucho más rigurosas que las de los funcionarios; ahora las de éstos se aplican a aquéllos. Pero la paradoja no es lo más importante; lo verdaderamente importante es que:

1.º Las incompatibilidades de la Ley de 1985 no tienen como objetivo garantizar la independencia; diga lo que fuere la escueta exposición de motivos de la Ley de 1984, ésta persigue un fin político: la creación de 800.000 puestos de trabajo a costa de lo que fuere; la moralización de la Administración no precisaba de una ley nueva, siendo suficiente la aplicación de la legislación anterior.

Dicho lo anterior, el problema que se abre es el de si es posible o no que una norma de rango reglamentario regule aspectos del estatuto orgánico. Para nosotros la respuesta es negativa.

El estatuto jurídico de jueces y magistrados está al servicio de la independencia, y ésta se vería gravísimamente comprometida si un reglamento pudiera regular aspectos de aquél. No caben, desde luego, reglamentos independientes, porque tiene que existir la LOPJ, pero tampoco reglamentos ejecutivos pues la LOPJ no puede limitarse a establecer los principios básicos o líneas directivas del estatuto, dejando a un pretendido titular de la potestad reglamentaria que «precise todo el casuismo de desarrollo que pueda exigir la situación» (25); en ese casuismo es precisamente donde aparecen las posibilidades de atacar la independencia. Ni siquiera caben reglamentos normativos, pues el juez no debe estar en situación pasiva frente a la supremacía de nadie, y lógicamente no es lo mismo organizar el Ministerio de Justicia o el Consejo General del Poder Judicial que establecer relaciones de supremacía especial con los jueces. La relación administrativa del juez con el Estado debe venir regulada completamente por la ley orgánica; si aspectos del estatuto pueden ser regulados por norma distinta de la ley, el titular de esa potestad reglamentaria dispondrá de las garantías de la independencia; las declaraciones de independencia quedarán, en cuanto a su efectividad, bajo la potestad de otro ente, sea cual fuere éste.

El argumento del principio de la congelación de rango, entendido al revés de lo habitual, no es admisible. Si antes de la Constitución existía el reglamento orgánico de la Carrera Judicial y Magistrados del Tribunal Supremo, de 28 de diciembre de 1967 (26), y después de ella se han dictado una serie de normas de rango inferior a la ley orgánica modificando aquél, esto no puede significar que se haya congelado el rango. La reserva de ley orgánica se establece en la Constitución, y esa ley ha de ser la Orgánica del Poder Judicial; después de ella se acabaron los reglamentos.

En el caso de que esta opinión no sea compartida, surge una segunda cuestión. Admitida la posibilidad de que el estatuto de jue-

2.º El sistema que se ha seguido para establecer incompatibilidades de jueces y magistrados, vulnera la reserva de ley orgánica para el estatuto de jueces y magistrados; ahora bastará con reformar la Ley de 1984, ley ordinaria, para reformar la Ley de 1985.

(25) Así se diferencian esta clase de reglamentos por GARCÍA DE ENTERRÍA y T-R FERNÁNDEZ, *Curso*, I, cit., pp. 188 y ss.

(26) Aparte de los reglamentos específicos de la Justicia Municipal de 19 de junio de 1969 y de los Magistrados de Trabajo de 27 de julio de 1968.

ces y magistrados sea regulado por normas de rango reglamentario, quién es el titular de esa potestad.

### B) Titularidad de la potestad reglamentaria.

El tema ha sido largamente discutido (27) y no se trata ahora de repetir opiniones y argumentos. A destacar dos hechos:

1.º) La LOCGPJ de 10 de enero de 1980, en concreto su art. 5, ha sido el soporte legal de los Acuerdos del Consejo General y el fundamento de los partidarios de la potestad reglamentaria externa del mismo, y

2.º) En el Proyecto de LOPJ desaparece la potestad reglamentaria externa del Consejo General, y en el Disp. Adic. 1.º, 2, se confía expresamente al Gobierno la realización del Reglamento de la Carrera Judicial, en el que el Consejo es mero informante.

Respecto del hecho primero hay que decir que el fundamento de la potestad reglamentaria externa del Consejo no sería el dicho artículo 5. El fundamento sería el art. 122 de la Constitución. Admitida, aunque no compartida, la posibilidad de que el estatuto orgánico de jueces y magistrados pueda ser objeto de un reglamento, la potestad para ello debe corresponder al Consejo General, no al Gobierno. En caso contrario el Poder Judicial no existiría y el Consejo General no sería el órgano de gobierno del mismo. La potestad reglamentaria externa no la daría la ley, sino la Constitución.

Para al segundo advertir que políticamente la Constitución creó el Poder Judicial, no independiente de los otros poderes, pero sí autónomo (28) porque en él concurren las dos circunstancias básicas: 1.º) Cuenta con una organización propia, en la que no se permiten ingerencias de otros poderes, y 2.º) Tiene una función atribuida en exclusiva, que en ningún caso puede ser asumida por los órganos de los otros poderes. Si la primera circunstancia desaparece, si el Gobierno puede dictar un reglamento regulando el estatuto orgánico de jueces y magistrados, ya no hay Poder Judicial, volvemos a la simple Administración de Justicia; el Consejo General

(27) Nos remitimos a dos obras colectivas: *Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1983, y *El poder Judicial*, 3 vols., Madrid, 1983. Son también de interés las *Memorias sobre el estado y actividades de la Justicia*, en las que el Consejo General aborda el tema desde el punto de vista de lo que ha hecho; así *Memoria* de 1983, pp. 141-3.

(28) No debe hablarse de independencia del Poder Judicial. Este no es, ni puede ser, independiente, lo mismo que dentro del Estado no son independientes los otros poderes. Dentro del Estado no hay poderes independientes los unos de los otros. El Poder Judicial como organización no puede aspirar a la independencia; no es un estado dentro de otro estado. Pero sí debe aspirarse a la autonomía.

deja de ser órgano de gobierno y se convierte en simple oficina ejecutiva de personal.

Creemos, con Ledesma, que un reglamento dictado por el Gobierno sobre estatuto de jueces y magistrados sería nulo por razones de competencia (29).

### 11. LAS GARANTÍAS MATERIALES DE LA INDEPENDENCIA.

Establecida la calidad de la norma hay que entrar ya en el contenido de ella, en lo que podemos llamar garantías materiales de la independencia. Llegado este momento nos encontramos con que no podemos referirnos a algunas de las garantías que consideramos esenciales y de máxima actualidad. Dado que son objeto de otras ponencias no podemos referirnos al concepto de juez ordinario, íntimamente unido a la unidad jurisdiccional (30), ni al gobierno autónomo del Poder Judicial, ni a la selección y formación del personal judicial (31), ni a la responsabilidad judicial, que es también garantía, aunque otra cosa pudiera parecer. Todas estas parcelas tienen cultivador propio y no cabe invadirlas.

Por otra parte no creo que valga la pena detenerse en las situaciones administrativas de jueces y magistrados o en las licencias y permisos y, en general, en las materias de este orden. Procuraremos, pues, a continuación plantear los problemas que consideramos merecedores de atención.

Nos referimos primero a una serie de garantías nuevas y después a una garantía tradicional pero olvidada.

#### A) Frente al Consejo General del Poder Judicial.

Hasta ahora las garantías de la independencia, en buena parte, se articulaban frente al Poder Ejecutivo. Era así, no por consideraciones teóricas, sino porque históricamente la Administración de Justicia se había considerado parte de la Administración y consiguientemente el Gobierno nombraba y cesaba los jueces libremente.

(29) Para LEDESMA BARTRET (*Relaciones entre el Consejo General del Poder Judicial y el Poder Ejecutivo*, en «Jornadas de Estudio del Consejo General del Poder Judicial», cit., p. 507) un reglamento del Gobierno que entrara a regular materias reservadas al Consejo, sería nulo y ello por razones de competencia pues el Gobierno las ha perdido para ejecutar la ley en este ámbito específico.

(30) Puede verse mi trabajo antes citado *La unidad jurisdiccional*.

(31) Vid. MONTERO, *Selección de licenciados y formación de jueces*, en «Jornadas de Estudio», cit., pp. 87-92.

A lo largo del siglo XIX la literatura se hizo eco del «juez cesante» simplemente como una clase más de funcionario cesante. La inamovilidad, la selección por oposición, etc., fueron garantías de la independencia frente al Ejecutivo.

En la actualidad alguna de las garantías, no todas desde luego, han cambiado de frente; ahora hay que mantener unas y desarrollar otras garantías de la independencia frente al Consejo General del Poder Judicial. Si a éste corresponde todo lo relativo a selección, ascensos, inspección y régimen disciplinario, están en sus manos las armas para atacar la independencia y, por lo tanto, frente a él hay que establecer las defensas.

El Ministerio de Justicia ha tratado siempre a los jueces como a funcionarios subalternos; pero lo más grave ha sido que esos mismos jueces se habían acostumbrado a esperar todo en su profesión del Ministerio, omnipotente dispensador de gracia y desfavor. El arma del Ministerio fue la promoción y sobre todo los denominados cargos de confianza. Ahora esa arma la tiene el Consejo General pero con una diferencia: no concentraba en unas manos sino repartida entre veintiuna persona. Y la pregunta es: ¿qué es peor?

Se asiste así a la paradoja de que es necesario garantizar la independencia del juez frente al órgano de gobierno autónomo del Poder Judicial, órgano que ha sido establecido en la Constitución como una de las garantías de la independencia. La discrecionalidad en el nombramiento de determinados cargos, precisamente los más elevados, ¿cómo repercute ahora en la independencia?

Por otro lado están la inspección y los criterios de calificación. Sus peligros son evidentes. También lo es que la inspección es imprescindible para comprobar el funcionamiento correcto de eso que se está llamando «oficina judicial», y que ella puede ser el origen de expedientes disciplinarios que acaben en sanción. La única garantía contra ésta es el control de legalidad por la Jurisdicción. Estamos otra vez en la paradoja. El órgano de gobierno es controlado por los gobernados. Frente a los criterios de calificación la garantía es, se dice, su carácter no secreto, que cada juez sepa cómo se le califica y por qué.

Por nuestra parte dudamos de la eficacia de esas garantías, y ello porque dudamos de la eficacia del recurso o la reclamación. Respecto de Alemania se ha dicho que los jueces prefieren adoptar una postura de sumisión antes que retar a sus superiores impugnando sus decisiones y también que prefieren no recurrir porque desconfían de la imparcialidad del tribunal que conoce del recurso (32), y no sabemos por qué ha de ser distinto en España. Nos gus-

(32) SIMÓN, *La independencia del juez*, cit., p. 26.

taría saber cuántos recursos se han interpuesto contra resoluciones de la Comisión Disciplinaria y del Pleno del Consejo en estas materias, sobre todo cuando se trata de sanciones pequeñas.

Todos estos problemas provienen de que en el juez se dan dos circunstancias difícilmente conciliables. Si por un lado es titular de la potestad jurisdiccional y cuando juzga no tiene superior, por otro está encuadrado en una organización administrativa, en la que un mínimo de coherencia interna requiere jerarquía. Cuando esa organización ya no está encuadrada en la Administración, en el Ministerio de Justicia, se da un gran paso adelante, pero los peligros no llegan a desaparecer.

### B) Frente a la jurisprudencia.

Nos hemos referido antes a la no sumisión del juez a los tribunales superiores (núm. 9, C) y a la prohibición de que éstos aprueben, censuren o corrijan la aplicación que de la ley hace el inferior. Pero hay un aspecto distinto que no suele ser aludido.

No vamos a entrar en el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho. No es tema para este momento, pero si el juez está sometido únicamente a la ley, como ataques a su independencia hay que calificar aquellas sentencias del Tribunal Supremo en las que se dice, por ejemplo, que «...es obvio que los Tribunales de instancia no pueden invocar, en contra de la doctrina sentada con reiteración por el Tribunal Supremo, sus convicciones individuales...» (33) o, todavía peor, que el Tribunal Supremo establece «en su reiterada jurisprudencia normas a seguir inexcusablemente por los Tribunales de instancia», siendo evidente que cuando se cambia de interpretación por aquél «es innegable que debe acatarse y seguirse» la nueva interpretación (34).

El que la infracción de la jurisprudencia sea motivo de casación (art. 1692, 5.º LEC), no puede suponer que los jueces y magistrados de instancia no sean independientes a la hora de aplicar la Ley. Su sentencia puede ser casada, es cierto, pero ellos aplican la ley conforme a su convicción. De otra manera cómo podría la jurisprudencia llegar a ser progresiva (35).

(33) S. TS 1.ª de 14 de enero de 1927, en CJ, tomo 173, núm. 27, en donde se trataba de un punto jurídico técnico y la convicción era una discrepancia jurídica.

(34) S. TS 1.ª de 12 de junio de 1926, en CJ, tomo 171, núm. 76.

(35) El supuesto del art. 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y la vinculación de todos los poderes públicos a las sentencias sobre constitucionalidad de las leyes, es naturalmente distinto, y no afecta a la independencia de que tratamos en el texto.

Para estos ataques a la independencia no hay garantía en el estatuto. Calificar a un juez bueno o malo, con las consecuencias que ello tiene para la promoción, simplemente por el número de sentencias que le han sido confirmadas o revocadas, sin atender al por qué, lleva a que jueces y magistrados no apliquen la ley soberanamente, sino con dependencia de juicio. El manido recurso a la «personalidad» o a la «independencia de carácter» de los jueces no pasa de ser un ejercicio verbal.

## 12. INDEPENDENCIA ECONÓMICA.

El Proyecto de LOPJ se refiere a lo que denomina «independencia económica» y dice, en el art. 425, que «el Estado garantiza la independencia económica de los Jueces y Magistrados mediante una retribución adecuada a la dignidad de la función jurisdiccional». No creemos que haga falta insistir en que declaraciones de este tipo no van más allá de la retórica.

Cuando se hace referencia a esa independencia económica hay que distinguir dos niveles distintos, que podemos denominar institucional y personal.

### A) *Independencia económica institucional.*

Hemos dicho en ocasión anterior que si el interés del Estado por la Justicia hubiera de medirse en términos de partidas presupuestarias, aquél no va más allá del 1 por 100. Y tan importante como esto es quién dispone del gasto.

Entre las competencias del Consejo General del Poder Judicial no está la financiera. El art. 6 de la LOCGPJ dejó en manos del Gobierno, del Ministerio de Justicia, el «proveer a los Juzgados y Tribunales de los medios precisos para el desarrollo de su función con independencia y eficacia», y esas mismas palabras se repiten en el art. 12.3 del Proyecto de LOPJ.

Estos dos hechos suponen que la independencia económica institucional no existe. Cuando pasan los siglos y la clase política sigue aplazando indefinidamente la reforma-mejora de la Justicia en sus medios materiales, con la alegación de la falta de recursos económicos, estamos no ante un argumento, sino ante un pretexto. No se trata ya de falta de propósito político de dotar a la Justicia de los necesarios medios materiales, es que existe una voluntad política de mantener a aquélla en situación de postración (36).

(36) Vid. *Memoria sobre el estado y actividades de la Justicia*, de 1983, p. 9, y mi comentario en *Justicia* 84, I, pp. 146-7.

A los detentadores del poder político no les ha interesado nunca la existencia de un Poder Judicial fuerte. Más aún, se han negado a reconocer la existencia de ese Poder. Cuando éste aparece en la Constitución, el reconocimiento formal no siempre supone existencia de hecho. Una manera de negación con hechos es la retención del poder financiero por el Poder Ejecutivo.

Y el caso es que existen soluciones ya probadas con éxito en otros países. En Costa Rica se estableció constitucionalmente que el 5 por 100 del presupuesto nacional se destinaría preceptivamente al Poder Judicial, el cual lo administra sin intervención de otro poder político. Con una solución como esta puede hablarse de autonomía del Poder Judicial, pero en España si la creación de una plaza de agente judicial en un juzgado debe decidirla el Ministerio de Justicia, ¿cómo puede crearse en la autonomía del Poder Judicial? Si la compra de una máquina de escribir para otro juzgado depende del Ministerio, el cual es el único que tiene capacidad de disposición del gasto, ¿qué es lo que gobierna el Consejo General del Poder Judicial?

A falta de una disposición constitucional como la de Costa Rica, no cabe reivindicar que el Consejo General establezca el presupuesto del Poder Judicial. Son formalmente las Cortes las que han de hacerlo. Pero la autonomía financiera requiere conceder al Consejo la disposición del gasto. Si no se hace así es porque, como dice Ledesma, el Poder Ejecutivo no quiere perder el control del Poder Judicial, y supone que, incluso existiendo el Consejo General, el control no lo pierde en tanto en cuanto monopolice las llaves de los presupuestos (37).

### B) *Independencia económica personal.*

No pretendemos referirnos al tema de la retribución adecuada, ni siquiera a lo que se ha denominado «juez opulento», aunque esto último suena a sarcasmo (38). Queremos llamar la atención sobre el hecho de que si las retribuciones de jueces y magistrados, incluidas dietas de viajes y conceptos similares, quedan en manos del Poder Ejecutivo, la independencia sufre grave quebranto.

Se podrían señalar países en los que el Ejecutivo paga poco al personal judicial con el ánimo de que se corrompa y así tenerlo

(37) LEDESMA BARTRET, *Relaciones entre el Consejo General del Poder Judicial y el Poder Ejecutivo*, en «Jornadas de Estudio», cit., p. 509. Este autor dice las frases del texto entre interrogantes, pero ello no es más que una figura de dicción, una pregunta retórica.

(38) BURÓN BARBA, *El Consejo General del Poder Judicial y la independencia de la función jurisdiccional*, en «Jornadas de Estudio», cit., p. 164.

firmemente sujeto, pues siempre es posible, ante la actitud independiente, la campaña de desprestigio y la exigencia de responsabilidad. Con relación a los jueces y magistrados no es este el caso español. Sí es, en cambio, cierto que el manejo de la bolsa por el Ejecutivo y el manejo cicatero de ella pueden crear en el juez la mentalidad de subordinado.

Cuando se trata, pues, de independencia económica personal son dos los campos a considerar: el de la retribución digna y el de quién la paga y cómo lo hace.

A pesar de la trascendencia de la función jurisdiccional, el Estado español ha considerado siempre a sus jueces como funcionarios de poca categoría. Ello se pone de manifiesto en el equipamiento de los juzgados y tribunales y en la retribución. Aquél puede considerarse tercermundista; en los tribunales colegiados (los importantes) los magistrados no tienen despacho, ni secretaria, ni biblioteca; trabajan sin colaboración de tipo alguno. La retribución ha subido últimamente en términos absolutos, pero no lo ha hecho en términos relativos. La retribución adecuada no se pide en España para evitar la corrupción (39), sino por razones de dignidad y de función.

El que esa retribución esté en manos del Ministerio de Justicia constituye siempre un arma enfilada contra la independencia. Es siempre de temer que la cuantía dependa de factores políticos no demasiado claros. Por otro lado, no ya el sueldo, pero sí las dietas y conceptos similares se pagan en ocasiones de manera vejatoria.

También aquí existen soluciones. Aparte del caso de Costa Rica, antes dicho, en el Uruguay se practicaba (antes del golpe militar) el sistema de partidas globales aprobadas por el Parlamento e incluidas en el presupuesto nacional; esas partidas eran dos, una para sueldos y otra para gastos en inversiones, sin que el Legislativo ni el Ejecutivo establecieran en qué rubros debían descomponerse, siendo manejadas por la Suprema Corte de Justicia (40).

### 13. INDEPENDENCIA IDEOLÓGICA.

La teoría se ha movido aquí entre dos extremos irreconciliables. Por un lado están —no se si decir estaban— los sostenedores del juez apolítico o neutral, que partían de la concepción liberal de lo

(39) Estamos refiriéndonos a jueces y magistrados. Si hiciéramos referencia al bajo personal de los Juzgados y Tribunales diríamos lo contrario.

(40) VESCOVI, *La independencia de la Magistratura en la evolución actual del Derecho*, en *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung*, ponencia del VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Würzburg, 1983, p. 183.

que significaba la aplicación del derecho. Por otro lado están los que ven en el juez un medio para cambiar la sociedad, aún por encima del derecho positivo.

Los primeros partían de la concepción que ideológicamente nace con Montesquieu; para él la sentencia no puede representar el punto de vista particular del juez, pues éste no es una fuerza social o política; el juez ha de limitarse a aplicar la ley creada por las verdaderas fuerzas sociales; de ahí la célebre frase de que el juez no es más que la boca que pronuncia las palabras de la ley. Por ese camino se llegó después al silogismo judicial; la función del juez se limita a establecer la existencia de unos hechos, buscar la norma general que los contempla y extraer la consecuencia jurídica prescrita en ésta; se trata de una labor casi mecánica. Todo ello conduce a un pretendido apoliticismo, a un juez neutral frente a los conflictos de la sociedad.

Desde el punto de vista opuesto se parte de que la lucha de clases no se libra sólo por el poder, sino que se libra también por el derecho. Frente al juez liberal que se ve a sí mismo fuera de la lucha de clases, aplicando la norma que es el resultado de la lucha política, el nuevo juez debe alinearse al servicio de una clase determinada. No se trata de hacer una interpretación evolutiva de la norma, sino a través de su aplicación defender los intereses de una clase, colaborando con ella para que alcance el poder. Frente a la política del derecho que asume el juez tradicional, concorde con los presupuestos ideológicos del poder constituido, el nuevo juez asumiría otra política del derecho dirigida a cambiar los titulares del poder.

En nuestra opinión si la primera postura niega lo evidente, lleva a que el juez no sea consciente de lo que hace, de su propio papel en la sociedad, con lo que su independencia puede ser manipulada, la segunda postura presupone la negación de la independencia. Este segundo juez pretende lograr con sus sentencias lo que la opción partidista que él propugna no ha conseguido en las urnas.

No se trata ahora de repetir que el juez hace política. Lo obvio se da por conocido. Se trata de destacar que el juez vive inmerso en la vida política del país y que él es muchas veces última instancia de decisión en materias que, en un sentido u otro, conforman esa vida. El caso del Tribunal Constitucional es evidente, pero en menor escala ocurre lo mismo con el juez penal, que tiene en su mano determinar el ámbito de los delitos económicos y sociales.

(41) En su momento me llamaron poderosamente la atención las palabras de un prestigioso magistrado del Tribunal Supremo: «Cuando en España no había más que una política muchos de nosotros la hemos servido incluso con entusiasmo».

con el juez civil, que puede ampliar o reducir los intereses dignos de tutela jurisdiccional, y qué decir el juez laboral o de lo contencioso-administrativo.

La gravedad de las consecuencias políticas de la actividad jurisdiccional aumenta cuando se comprende que la premisa mayor del viejo silogismo judicial no siempre está determinada de modo cerrado, cuando se advierte que aplicar la ley es de alguna manera re-crearla. Hay ocasiones que esto aparece muy claro; aparte de los casos en que la propia ley permite resolver conforme a equidad, hay otros en que el legislador no ha configurado la norma general de modo completo, bien porque el supuesto de hecho lo ha dejado indeterminado (buenas costumbres, buena fe, orden debido, diligencia, naturaleza del negocio, etc.), bien porque la indeterminación se refiere a la consecuencia jurídica del incumplimiento, en lo que abre ancho campo a la discrecionalidad del juez, también en materia penal. Incluso en los casos en los que la norma está completa actuar la ley es recrearla, y la manera concreta de hacerlo no es aséptica, está condicionada por el bagaje cultural del juez, del que la ideología es una parte importante.

Hoy se ha constatado que la ideología del juez condiciona su actuación de la ley. Pero aparte de la constatación del hecho, seguimos sin encontrar remedios que garanticen su independencia frente a su propia ideología. La interpretación de la ley ofrece ancho campo para el juego de las ideologías. Excluido el supuesto de que la ideología pretenda llevar a la ley fuera de ese campo, con lo que primando la ideología sobre la ley se ha dejado de ser independiente, dentro de las ideologías constitucionales posiblemente los remedios no se encuentren porque no existen y, aún más, porque no deban existir.

Las garantías que podrían significar los recursos y la responsabilidad judicial son claramente insuficientes. La posibilidad de interponer recurso contra una sentencia marcada por una ideología determinada, lo único que hace es trasladar el problema a los tribunales superiores y en último caso al Tribunal Supremo y aún al Tribunal Constitucional en materias determinadas. Dados los términos tan restringidos de la responsabilidad judicial civil y penal, ésta difícilmente será aplicable, y la responsabilidad disciplinaria supondría un intento administrativo de acabar con la independencia.

La solución de nuestra Constitución es claramente insatisfactoria. El art. 127.1 prohíbe a jueces y magistrados pertenecer a partidos políticos y sindicatos (42). A esta prohibición se llegó después de un

(42) La prohibición no se refiere a los magistrados del Tribunal Constitucional (art. 159.4 CE), pero sí a los miembros del Tribunal de Cuentas (el art. 136.3 CE se remite a las incompatibilidades de jueces y magistrados, y el art. 38.1 de la Ley orgánica de 12 de mayo de 1982 se remite a la LOPJ).

fuerte debate en el Congreso y algo más distendido en el Senado, votando en contra, principalmente, los partidos de izquierda. No vamos a reproducir aquí la discusión (43), pero sí indicar que los que votaron en contra querían que la prohibición se refiriera sólo al desempeño de cargos directivos en partidos políticos y a actuar en actos públicos como miembros de aquéllos.

Frente a esta prohibición se alega que a nadie se le puede impedir tener un ideario político y que las prohibiciones de afiliación son incontrolables, conduciendo a la «clandestinitis», por lo que más valdría la publicidad. Si eso es cierto no lo es menos que la prohibición de ocupar cargos directivos, permitiendo la afiliación, lleva a que ésta o se convierta en la mera posesión de un carnet o que conduzca también a la clandestinidad, a la no manifestación exterior del poder interno de un afiliado en el partido.

Por otro lado es difícil dejar de admitir que un partido, si quiere subsistir como organización y alcanzar el poder (o una vez que lo ha alcanzado mantenerlo y realizar el programa), requiere disciplina y apoyo mutuo entre los afiliados para la promoción, lo que suele hacerse sin relación al mérito o a la capacidad. El que ocurre lo mismo con las organizaciones no políticas, no supone negación de lo anterior.

Si en nuestro país llega a ser corriente la recusación de jueces por motivos políticos es que algo, y algo fundamental para la confianza en la Justicia, se habrá perdido (44).

La solución española no es admisible por irreal, pero ello deja planteado el problema en los términos que decimos más arriba.

#### 14. FINAL

Hasta aquí algunos de los problemas que suscita la correlación entre función jurisdiccional y status de jueces y magistrados. No están todos, pero sí creemos que con los aquí apuntados hay suficientes elementos para iniciar la discusión.

En los últimos años puede registrarse en el mundo una clara tendencia a desmitificar la figura del juez. Frente a la concepción de

(43) Puede verse en *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, 1980, II, sesión de 8 de junio de 1978, núm. 84, pp. 1409 y ss.; un resumen en ALZAGA, *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Madrid, 1978, pp. 751 y ss.

(44) Para el caso de Italia puede verse, por ejemplo, ROMBOLI, *L'interesse politico como motivo di recusazione del giudice*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1982, pp. 454-80.

éste que nos lo presentaba, hace pocos años, como mitad sacerdote, mitad jurista y que hablaba de la sagrada misión de juzgar, hoy se tiende a hablar del juez como un funcionario público sin más y de la Justicia como un servicio público.

Entre esas dos posturas que calificamos de extremas y que representan, una vez más, la vieja ley del péndulo a la que tan aficionados somos, conviene no dejarse arrastrar. El juez no es ya el sacerdote, único conocedor de lo arcano del derecho; el mito se ha roto y para siempre. Pero tampoco es un funcionario más. En su independencia se basa la piedra final del edificio del Estado democrático, como dice Loewenstein (45) y ello ha de comportar una situación especial. No es un funcionario más, no puede serlo, el último garante de los derechos y libertades que nos reconoce el ordenamiento jurídico.

La función jurisdiccional, tal y como la hemos descrito, necesita jueces independientes, y la independencia precisa algo más que su mera declaración; precisa una serie de garantías que son las que constituyen el status específico de jueces y magistrados. Sin esas garantías, sin independencia, no hay verdadero ejercicio de jurisdicción.

(45) LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1982, p. 294.

## LA JUSTICIALIDAD DE LA CONSTITUCION Y LOS ORGANOS JURISDICCIONALES ORDINARIOS

PABLO SAAVEDRA GALLO

Profesor titular-contratado de Derecho Procesal  
UNED

### SUMARIO:

1. La confusión existente en torno a la aplicación de la Constitución por los jueces y tribunales ordinarios. — 2. Alcance de la fuerza vinculatoria de las normas constitucionales. El desequilibrio del sistema de Justicia Constitucional, previsto en nuestra Constitución, que supondría la aceptación de la tesis partidaria de la aplicabilidad directa e inmediata de todos los preceptos constitucionales sin necesidad de que medie ley. — 3. Dos formas de aplicación de la Constitución sobre las leyes: a) La afirmación de la constitucionalidad de una norma legal, producida siempre que es aplicada por los jueces y tribunales; b) El poder-deber de remisión de cuestiones de inconstitucionalidad de leyes al T.C. atribuido a los órganos jurisdiccionales. — 4. La inaplicación de una norma reglamentaria por ser contraria a la Constitución. — 5. El enjuiciamiento de la constitucionalidad de los actos jurídicos públicos y privados. — 6. Los supuestos excepcionales en que los jueces y tribunales ordinarios pueden aplicar directamente la Constitución. — 7. La interpretación de todo el ordenamiento y su conformidad con la Constitución.

### 1.— LA CONFUSIÓN EXISTENTE EN TORNO A LA APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POR LOS JUECES Y TRIBUNALES ORDINARIOS.

Uno de los problemas que suscita la Carta Fundamental española de 1978 es el de su aplicación por los órganos jurisdiccionales ordinarios.

Existe unanimidad en reconocer que dicha Constitución representa un giro notable en relación con la postura pasiva mantenida durante largo tiempo, al amparo de las Leyes Fundamentales vigentes en ese momento, por los jueces y tribunales españoles frente a las previsiones constitucionales.

El constituyente español de 1978, a diferencia de la mayoría de sus predecesores, no se limita a declarar la supremacía de las normas fundamentales, sino que también establece los mecanismos jurídicos necesarios (deber general de acatamiento, procedimiento especial de reforma, Tribunal Constitucional, protección jurisdiccional de los derechos fundamentales...), para que su fuerza vinculativa se haga sentir sobre los poderes públicos y los ciudadanos en general.

En cuanto a la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que corresponde a los órganos jurisdiccionales, en la que centramos el objeto del presente trabajo, esa vinculación se proyecta sobre varios campos: 1.º Constitucionalidad de las leyes que resulten aplicables en los procesos cuyo conocimiento les haya correspondido a los jueces y tribunales; 2.º los reglamentos inconstitucionales y el poder jurisdiccional de inaplicarlos; 3.º las consecuencias que sobre su validez produce la inconstitucionalidad de los actos jurídicos públicos y privados; 4.º supuestos excepcionales en los que las normas constitucionales pueden ser aplicadas directamente por los órganos jurisdiccionales ordinarios; 5.º interpretación conforme con la Constitución de la totalidad del ordenamiento. Cada uno de esos ámbitos presenta unas peculiaridades propias que iremos analizando en los apartados siguientes.

Una vez superados los elogios que, en sentido general, ha recibido desde todos los sectores el cambio constitucional mencionado, por el indudable reforzamiento del Estado de Derecho que conlleva, se pone de relieve la confusión existente, tanto en el legislador como en la jurisprudencia y en la doctrina, sobre la fijación del grado de vinculación de las normas constitucionales en los diversos órdenes donde su aplicación jurisdiccional resulta procedente.

Merece una crítica negativa, como lo está demostrando la actividad del T.C., el no haberse otorgado a los sujetos «partes» en cualquier proceso la facultad, aunque fuese con limitaciones, de formular ante ese alto tribunal la cuestión de inconstitucionalidad de una ley aplicable en el juicio donde ostentan esa cualidad. Entre los diversos ejemplos ofrecidos por el Derecho Comparado la LOTC ha acogido el más restrictivo (el órgano jurisdiccional concentra todos los poderes para decidir el traslado de la cuestión al T.C.), en lugar de adoptar otros que, sin suponer una concesión de plenas facultades a las «partes» en el proceso, sí representan una mayor garantía de aplicación de la norma constitucional al caso concreto. Pero además, por si fuera poco, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su artículo 5.3 exige que el juez o tribunal agote todas las posibilidades interpretativas antes de plantear la cuestión, con lo que se aumentan, aún más, los poderes de los órga-

nos jurisdiccionales. Ello explica el desprestigio alcanzado por la cuestión de inconstitucionalidad, institución procesal creada para hacer respetar el derecho de todo justiciable a que se le aplique al caso sometido a juicio una norma legal concorde con la Constitución. Objetivo que sólo se puede alcanzar mediante un equilibrio de los poderes de los órganos jurisdiccionales y las facultades de las partes; y mientras eso no ocurra la aplicación de la Constitución, haciendo que la respeten las leyes aplicables en el proceso será prácticamente nula.

Tampoco podemos considerar correcto el poder de inaplicación de los reglamentos o cualquier otra disposición por ser contrarios a la Constitución, otorgado a los jueces y tribunales en el art. 6 del texto legal mencionado. Es obvio, que dichas normas tienen como «parámetro» inmediato la Ley y no la Constitución; un reglamento sólo puede ser contrario a la Constitución cuando refleja una infracción constitucional contenida en la ley que desarrolla (en este caso es en primer lugar inconstitucional la ley) o si la vulneración se encuentra en la norma reglamentaria y no en la ley (el reglamento es antes que inconstitucional ilegal).

Sin embargo, lo más grave en esta cadena de desaciertos del legislador se encuentra en el art. 5.4 de la ya citada ley orgánica. En ese precepto se contempla una modalidad de recurso de casación por infracción de norma constitucional cuya resolución se atribuye al Tribunal Supremo. No deja de producir consternación la decisión de introducir un elemento propio de los sistemas de jurisdicción constitucional difusa —precisamente es en el ordenamiento norteamericano donde la Suprema Corte asume, con diversas matizaciones, la misma función que se intenta atribuir a nuestro T.S.— en un contexto que responde a una estructura contrapuesta a aquél. La característica esencial sobre la que se construye un sistema de jurisdicción constitucional concentrada, como el adoptado por la Constitución española de 1978, es la de que la Corte Constitucional se convierte, según dice la LOTC, en el «intérprete supremo de la Constitución». Ello no quiere decir que los órganos jurisdiccionales ordinarios carezcan de cualquier poder interpretativo de la Constitución y que en ciertos casos puedan incluso aplicarla directamente —aunque debe quedar bien claro que esas facultades no son equiparables a las de los jueces norteamericanos—, ya estudiaremos los diversos supuestos donde ello es posible, pero lo que no se puede pretender es que la función fiscalizadora de esa actividad se atribuya al T.S. cuando existe un Tribunal Constitucional.

En este clima de confusión, no es posible afirmar que la doctrina jurisprudencial de nuestros altos tribunales haya adoptado una postura clarificadora, al contrario, la ambigüedad reflejada en algunas

decisiones y los soterrados enfrentamientos entre esos órganos jurisdiccionales han contribuido a un mayor agravamiento de la situación descrita. Nuestro T.C. se está viendo obligado cada vez con más frecuencia a matizar restrictivamente las declaraciones generales y abstractas contenidas en sus primeras resoluciones, ante el sentido con que se están interpretando, según lo reflejan las pretensiones planteadas en los procesos constitucionales. Por otro lado, la falta de flexibilidad del T.C. al exigir el cumplimiento de determinados requisitos para la formulación de las cuestiones de inconstitucionalidad y la oposición mostrada por los órganos jurisdiccionales ordinarios, incluido el T.S., en cumplir otros requisitos, han originado una actitud por parte de estos últimos de retraimiento en el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad.

Es en el orden dogmático donde se empieza a comprender el porqué de las decisiones legislativas y jurisprudenciales que hemos comentado, al ponerse de relieve las antitéticas corrientes de opinión existentes en torno a la aplicación de la Constitución. Las tendencias doctrinales se sintetizan en dos, aunque la variedad de criterios defendidos pueden dar lugar a algunas más.

Según los defensores de la primera línea de pensamiento, el valor normativo de la totalidad de los preceptos constitucionales vincula a todos los jueces y tribunales ordinarios, de tal manera que son aplicables por esos órganos sin necesidad de la existencia intermedia de una ley. No existe, afirman los partidarios de esa postura, monopolio del Tribunal Constitucional para cualquier aplicación de la Constitución, aunque se reconoce su carácter de intérprete y aplicador supremo no quiere decir que sea el único; la necesidad de garantizar todo el ordenamiento obliga a admitir que los órganos jurisdiccionales ostentan el poder de aplicar cualquier precepto constitucional sin distinción de ninguna clase. En los apartados siguientes iremos viendo la variedad de argumentos empleados para arropar la opinión descrita. Si interesa avanzar que el planteamiento expuesto se presenta como el más progresista por sus propios defensores, que llegan a esgrimir frente a cualquier observación restrictiva, las ocultas intenciones de volver a tiempos pasados donde las normas constitucionales eran consideradas como simples enunciados programáticos.

La segunda perspectiva la ofrecen los estudiosos que reconociendo la fuerza vinculatoria otorgada en la Carta Fundamental a sus normas, entienden que ello no implica un mismo tratamiento para todos los preceptos constitucionales, ni que ese carácter normativo se deje sentir por igual sobre todos los poderes públicos. De acuerdo con esos autores la aplicación jurisdiccional de la Constitución ofrece diversas modalidades y grados, siendo excepcionales los supues-

tos en los que sus normas pueden ser aplicadas directamente por los jueces y tribunales. Estiman además que esa variedad de formas de aplicación de las previsiones constitucionales responde a los diversos grados de vinculación que la Carta Fundamental ejerce sobre los poderes públicos que dependen de sus facultades, deberes y atribuciones.

Sin entrar, todavía, a tomar partido por una u otra posición, de la breve introducción efectuada cabe deducir, ratificando así la afirmación inicial, que los distintos sectores jurídicos españoles no han «digerido» el contenido de la Carta Fundamental española de 1978, en lo referente a la aplicación de sus normas por los jueces y tribunales ordinarios.

La superposición de instituciones de los sistemas de Justicia Constitucional concentrado y difuso, que aunque parten de un tronco común sus diferencias son muy importantes, y la tesis de la aplicación directa de toda norma constitucional sin distinción alguna, supuesto que no tiene parangón en ningún otro ordenamiento, son suficientes para que podamos afirmar el clima de confusión sobre esta materia.

## 2. — ALCANCE DE LA FUERZA VINCULATORIA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES. EL DESEQUILIBRIO DEL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL, PREVISTO EN NUESTRA CONSTITUCIÓN, QUE SUPONDRÍA LA ACEPTACIÓN DE LA TESIS PARTIDARIA DE LA APLICABILIDAD DIRECTA E INMEDIATA DE TODOS LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES SIN NECESIDAD DE QUE MEDIE LEY.

Debemos empezar por indagar los fundamentos y alcance del valor normativo de la Constitución española en vigor, dado que las raíces de algunos de los problemas descritos en el apartado anterior se encuentran en la determinación de esos aspectos.

Nuestra Carta Fundamental concede a sus normas un significado poco frecuente en la historia del constitucionalismo español, enlazando así con las soluciones acogidas en los modernos ordenamientos constitucionales europeos y americanos cuyos orígenes se remontan a la Constitución norteamericana de 1787 (1). La implantación de un Tribunal Constitucional y de un procedimiento especial de reforma constitucional, suponen el reconocimiento del carácter

(1) Un estudio general sobre los diversos sistemas de defensa jurisdiccional de las Cartas Fundamentales puede contemplarse en: CAPPELLETTI, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, Méjico, 1966; y FIX ZAMUDIO, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Méjico, 1982.

supremo y rígido de la Carta Fundamental (2), del que deriva un valor normativo distinto al que estábamos acostumbrados (3).

El constituyente de 1978 deja claro desde un principio que rompe con la tradición del Derecho Constitucional español por la cual se negaba valor normativo a las normas constitucionales (salvo a las reguladoras de la organización y las relaciones de los poderes superiores): al disponer el art. 9.1 que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución; declarar derogadas, la disposición derogatoria 3.ª, cuantas normas se opongán a lo establecido en la «Ley de leyes»; destacar directamente vinculantes para todos los poderes públicos determinados preceptos constitucionales, que tendrán tutela judicial inmediata (art. 53.1, 2 y 3); otorgar al Tribunal Constitucional el poder de declarar nulas las leyes que contradigan la Constitución (arts. 161.1.a y 164).

Pero de todas esas muestras de los nuevos aires con que irrumpe la C.E., la que para nosotros debe considerarse como esencial es el establecimiento de un sistema de jurisdicción constitucional concentrada (arts. 159 a 165 de la C.E.). Crea la C.E. un órgano jurisdiccional especial, el Tribunal Constitucional, al que se atribuyen las principales funciones relacionadas con la justicialidad de la Constitución (control de la constitucionalidad de las leyes; amparo de derechos y libertades fundamentales; conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí; conflictos entre los órganos constitucionales del Estado; impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas) (4).

Es bien conocido que el modelo concentrado de jurisdicción constitucional difiere del difuso porque en él los poderes de aplicación de la Constitución atribuidos a los jueces ordinarios se ven reducidos en favor de la Corte Constitucional. En consecuencia en el ordenamiento español el T.C. ocupa el lugar primordial en la aplicación

(2) Vid. TRUJILLO FERNÁNDEZ, *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, La Laguna, 1970, pp. 16 y ss.

(3) Así lo reconoce, prácticamente con unanimidad, la dogmática española. Basta citar, en prueba de ello, los trabajos de: GALEOTTI y ROSSI, TRUJILLO, RUBIO LLORENTE, ARAGÓN REYES, MURILLO DE LA CUEVA publicados en el n.º 7 (1979) de la Rev. «Estudios Políticos», pp. 119 a 227; GARRIDO FALLA, RUBIO LLORENTE, TOMÁS VILLARROYA, CARRETERO PÉREZ, DÍEZ PICAZO, GONZÁLEZ PÉREZ, MARTÍN OVIEDO, PÉREZ MORENO, SÁNCHEZ AGESTA, VILLAR PALASÍ, publicados en los tres tomos de la obra colectiva *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Madrid, 1979.

(4) Sobre los diversos procesos de los que conoce el T.C. ver ALMAGRO NOSETÉ, *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1980; GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid, 1980.

de la Constitución, de tal manera que de una buena o mala realización de esa función es principal responsable ese alto tribunal (5).

El problema que nos planteamos en este trabajo es el de fijar cuáles son los poderes que tienen los órganos jurisdiccionales en relación con la aplicación de la Constitución, una vez conocida la existencia de un órgano con las características del Tribunal Constitucional (6).

La letra del art. 9.1, en relación con el 53.3 y 163 de la C.E., deja bien claro que la fuerza vinculadora de la Constitución, superior a la del resto del ordenamiento, alcanza también a los jueces y tribunales ordinarios (7). De esta manera la doctrina y la jurisprudencia han fijado las distintas modalidades de aplicación de la Constitución (8), ya señaladas por nosotros, y que serán objeto de un análisis pormenorizado más adelante.

Con lo expuesto hasta aquí, parece que el paso siguiente es el de estudiar cada uno de esos campos donde es posible la actividad de los jueces aplicando la Constitución, analizando al mismo tiempo el ámbito y límites de los poderes otorgados a los órganos jurisdiccionales para realizar dicha función. Esa consideración sería correcta si no fuera porque un sector doctrinal, apoyado en una jurisprudencia ambigua, estima, trastocando gravemente todo el sistema, que no existen límites para la aplicación de las normas constitucionales por los órganos jurisdiccionales ordinarios. En palabras del magistrado Sr. Lorente Hurtado: «La limitación de su aplicación judicial al previo desarrollo legislativo afecta sólo al Capítulo II del Título I (art. 53.3). Por consiguiente, el resto de las normas constitucionales, no sujetas a esta limitación, son directamente aplicables por la jurisdicción ordinaria sin necesidad de la existencia intermedia de una ley» (9).

(5) Las diferencias entre los sistemas difuso y concentrado son analizadas por CAPPELLETTI, ob. cit., pp. 34 a 77.

(6) No desconocemos que la materia enunciada es muy amplia y compleja para ser abordada en todos sus aspectos en una comunicación como la presente, nuestros objetivos se cifran a exponer las distintas formas de aplicación de la Constitución, poniendo de relieve la inexactitud que, a nuestro juicio, tiene la tesis de la aplicación directa sin límites.

(7) Vid. PASTOR RIDRUEJO, *Aplicación de la Ley y Control de constitucionalidad*, en ob. colectiva «El Tribunal Constitucional», Madrid, 1981, pp. 2012 y ss.

(8) Al respecto ver el conocido trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*, publicado originariamente en su «Curso de Derecho Administrativo», Madrid, 1980, pp. 95 a 119.

(9) El texto que reproducimos, publicado en el Diario «Ya», se recoge en el núm. I (1985) de la Revista «Justicia», p. 182.

El sentido de esas declaraciones, que no son las únicas (10), supone un planteamiento muy diferente al seguido en los ordenamientos europeos donde se acoge la jurisdicción constitucional concentrada y en los que el nuestro se inspira, pugnando, por tanto, con la Constitución.

A primera vista resulta extraña la continua invocación que efectúan los defensores de esa posición, a las ideas vertidas por García de Enterría (11) en uno de los primeros trabajos que dedicó a la Constitución, cuya influencia se ha dejado sentir no sólo en la doctrina sino también en la actuación de nuestro T.C. El autor mencionado defiende que el valor normativo de la Constitución vincula, al amparo del art. 9.1, a los jueces y tribunales, teniendo esa vinculación el carácter de «vinculación más fuerte»; concluyendo que el «monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional sólo alcanza a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, no a cualquier aplicación de la Constitución» (12), por la incidencia del art. 163 de la C.E. Describe, a continuación, el «ámbito de aplicación de la Constitución que corresponde en todo caso a todos los tribunales», que coincide con las diversas formas de aplicación jurisdiccional ya expuestas por nosotros (13). Interesa destacar, por último, la puntualización que efectúa en cuanto a que todas las normas constitucionales sin distinción alguna vinculan a los órganos jurisdiccionales y sujetos públicos y privados (14).

En general, salvo algunas diferencias de opinión en aspectos muy concretos, el planteamiento de García de Enterría es correcto y en ningún momento puede decirse que defiende la aplicación directa de la Constitución, como norma de decisión de cualquier clase de proceso, por el contrario, manifiesta que se trata de un caso especial los supuestos en que ello es posible (15).

Una errónea interpretación de algunas de sus afirmaciones y omisiones, unida a un desconocimiento de la estructura de los sistemas de jurisdicción constitucional, han dado lugar a que a la sombra de las ideas expuestas se haya elaborado la doctrina debatida.

Cuando García de Enterría mantiene que la Constitución española tiene un «valor normativo inmediato y directo» que afecta a los órganos jurisdiccionales ordinarios, se está refiriendo a que el cons-

(10) En el mismo sentido se expresa ROMERO MORENO, *La aplicación normativa directa de la Constitución española (Reflexiones sobre jurisprudencia constitucional)*, en la Revista «La Ley», T. II, 1982.

(11) Así ROMERO MORENO, op. cit., p. 1.268.

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA, ob. cit., p. 96.

(13) Idem, p. 98.

(14) Idem, pp. 99 a 101.

(15) Idem, p. 101.

tituyente de 1978 ha huido de los modelos ofrecidos en las Constituciones precedentes que sólo atribuían esa fuerza a las normas reguladoras de la organización de los principales poderes. Pero ello no significa que todas las normas constitucionales sean directamente aplicables por los jueces ordinarios. El mismo García de Enterría expone a continuación, el ámbito de aplicación de la Constitución que corresponde a los jueces y tribunales, donde se incluyen los casos ya señalados por nosotros.

No se discute que la Constitución otorgue a sus normas un valor normativo superior al ostentado por las anteriores Cartas Fundamentales, en virtud del cual los ciudadanos y el resto de los poderes públicos están sujetos a la Constitución, pero, como señala acertadamente Almagro Nosete, «cada uno según sus facultades, deberes y atribuciones» (16). Y no entra dentro de las atribuciones de los órganos jurisdiccionales al realizar la función de juzgar, la de aplicar directamente las normas constitucionales para la resolución del caso concreto, salvo en los casos excepcionales mencionados. Una solución en contra nos llevaría: 1.º Al absurdo de estimar innecesaria la existencia del legislador (17); y 2.º A vulnerar gravemente el sistema de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución, creando otro donde se intenta mantener instituciones incompatibles (18).

Corroboran nuestras observaciones sobre la deformación que experimenta la doctrina defendida por García de Enterría, la interpretación efectuada por Romero Moreno, en un trabajo dedicado a la aplicación normativa directa de la Constitución. Citando reiteradamente a García de Enterría, Romero Moreno, afirma:

«Se formula con toda claridad así: La Constitución tiene valor normativo inmediato y directo, como expresa el art. 9.1 de la Constitución, y esta vinculación tiene un peso cualitativamente superior al de todas las demás formas de norma, cualesquiera que sean: «vinculación más fuerte» en expresión de García de Enterría, tomada del constitucionalismo americano. En virtud de esa eficacia directa e inmediata, se produce que todas las demás normas, incluso las de rango legal, que se opongan a los contenidos constitucionales, deben ser rechazadas jurídicamente (por parte del Tribunal Constitucional, quien en nuestro sistema tiene atribuido monopolísticamente tal facultad de rechazo general), o deben dejarse de aplicar por los Tribu-

(16) ALMAGRO NOSETE, artículo publicado en el Diario «Ya» bajo el título *La invasión de la Jurisdicción Constitucional* (reproducido en la Revista «Justicia», n.º I, p. 180).

(17) Vid. ALMAGRO NOSETE, *La Constitución y el juez ordinario*, en Revista «Justicia», n.º I, p. 184.

(18) Idem.

nales comunes (que carecen de la facultad de rechazo general, y sólo pueden limitarse a inaplicar la norma considerada inconstitucional en el caso concreto): es lo que se llama virtualidad negativa» (19).

La única manera de tratar de justificar la inexactitud del contenido del texto que hemos reproducido, sería la de entender que el autor se está refiriendo exclusivamente al derecho preconstitucional. Sin embargo el sentido general de la declaración, las citas de las páginas donde, según él, sostiene esa posición García de Enterría, el lugar que ocupa en el trabajo (al principio, cuando todavía no ha comenzado a entrar en el fondo de su objeto), hacen que esa hipótesis dispensatoria no se tenga en pie.

Romero Moreno estima, siguiendo a García de Enterría según afirma, que en el sistema de jurisdicción constitucional creado por la Carta Fundamental española de 1978, corresponde al T.C. la facultad de declarar con carácter general la inconstitucionalidad de una ley, pero al mismo tiempo, los jueces pueden inaplicar por contraria a la Constitución una ley a los solos efectos del caso concreto.

Es evidente la grave contradicción en que incurre el autor citado. Nuestra Constitución en el art. 163 obliga a los jueces y tribunales a remitir al T.C. cualquier duda que les surja sobre la adecuación a la Constitución de las leyes aplicables en el proceso. En consecuencia, el reconocimiento de ese poder-deber lleva implícito una limitación, según pone de relieve la más autorizada doctrina extranjera y española (20), por la cual se prohíbe a los jueces y tribu-

(19) ROMERO MORENO, op. cit., p. 1.268.

(20) Es la dogmática germana la que mantiene esa posición cuando examina la naturaleza del proceso indirecto por inconstitucionalidad de las leyes; en el estudio de BETTERMANN (*Die Konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlagen*, en obra colectiva «Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz», Tübingen, 1976), se analiza ampliamente esa tesis. Pero también la doctrina italiana, aunque apoyándose en una legislación distinta, reconoce que la introducción de ese proceso en el ordenamiento jurídico implica una limitación de los poderes de los órganos judiciales (así se expresa CALAMANDREI, *Ilegitimidad constitucional de las leyes en el Proceso civil*, en «Estudios sobre el proceso civil», Buenos Aires, 1962, T. III, pp. 21 y ss. y la mayoría de la doctrina italiana).

La mayoría de los autores españoles que han estudiado ese aspecto siguen la misma línea: GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La cuestión prejudicial de inconstitucionalidad*, en ob. colectiva «Tribunal Constitucional», Madrid, 1981, Tomo II, pp. 1.218 a 1.238; LORENTE HURTADO, F. *Inadmisión en la cuestión de inconstitucionalidad y ámbito jurisdiccional ordinario*, en Revista «La Ley» (periódico), n.º 215, julio 1981; PÉREZ GORDO, *Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil*, Barcelona, 1978, pp. 309 y ss.; SALA ARQUER, *Consideraciones sobre la cuestión de inconstitucionalidad*, en ob. colectiva «Tribunal Constitucional», Madrid, 1981, T. III, pp. 2.445 a 2.464.

nales inaplicar una norma legal cuando se estima inconstitucional.

Decíamos también que esas equivocadas interpretaciones de la doctrina de García de Enterría tenían su causa en las omisiones que se observan en la misma. Y es que si bien el planteamiento del administrativista citado es intachable, en líneas generales, su deseo de demostrar el cambio que implica la Constitución en cuanto a su aplicación por los jueces ordinarios, le llevan a hacer especial hincapié en estos órganos, sin destacar las funciones que le corresponden al T.C. Así al examinar los distintos planos donde es posible la aplicación jurisdiccional de la Constitución, destaca por encima de todo, que el monopolio de aplicación sólo corresponde al T.C. cuando se trata de constitucionalidad de leyes postconstitucionales. Dejando en el tintero algo tan esencial como el señalar que si bien los órganos jurisdiccionales podrán aplicar la Constitución, con las limitaciones indicadas, el T.C. ostenta siempre y en cualquier ámbito una posición superior como intérprete supremo de la Constitución. Esta omisión es la causa a nuestro juicio, de que, al tener tanto influjo la doctrina de García de Enterría, el legislador haya previsto un recurso de casación por infracción de norma constitucional del que conoce el T.S., reduciendo así las funciones que corresponden al T.C. (21).

Ese clima de confusión ha sido favorecido por una doctrina jurisprudencial ambigua en la que parecía aceptarse la de la aplicación directa de la CE, según afirman sus defensores. Por ello el T.C. se ha visto en la necesidad de matizar y limitar sus primeras declaraciones.

Inicialmente el T.C. destacó en varias resoluciones el carácter vinculante de los preceptos constitucionales:

«Frente a la argumentación anterior debe señalarse que los preceptos constitucionales alegados vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución), y que son origen inmediato de derechos y de obligaciones y no meros principios programáticos» (STC 15 junio 1981) (22).

«Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (artículos 9.1 y 117.1 CE). Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales (dejando al margen la oportunidad o pertinencia de cada

(21) GARCÍA DE ENTERRÍA, ob. cit., p. 97.

(22) Boletín de Jurisprudencia Constitucional (BJC), n.º 4 (RA-16).

alegación de cada precepto en cada caso), quienes, como todos los poderes públicos, están además vinculados al cumplimiento y respeto de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la Constitución (artículo 53.1 CE). (STC 28 abril 1982) (23).

Especial interés presenta el último de los párrafos seleccionados, que fue recibido por los partidarios de la tesis de la aplicación directa de la Constitución, como una muestra inequívoca de la admisión por parte del T.C. de esa línea doctrinal (24).

Pero muy pronto, ya en relación con casos concretos, el T.C. ha tenido que «matizar» esas declaraciones: se puede citar como ejemplo de nuestra afirmación el siguiente párrafo de la sentencia de 20 de diciembre de 1982.

«Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal, es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.1, donde se dice que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución», sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor, que tuvo lugar, según la disposición final, el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». Decisiones reiteradas de este Tribunal en cuanto intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) han declarado ese indudable valor de la Constitución como norma. Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los artículos 39 a 52 en los términos del artículo 53.3 de la CE, no puede haber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, de los artículos 14 a 38, componentes del capítulo segundo del título primero, pues el párrafo primero del artículo 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo «vinculan a todos los poderes públicos». Que el ejercicio de tales derechos haya de regularse sólo por ley y la necesidad de que ésta respete su contenido esencial implican que esos derechos ya existen con carácter vinculante para todos los poderes públicos, entre los cuales se insertan obviamente «los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial» (art. 117 de la CE), desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional. Uno de tales derechos es el de igualdad ante la ley que tienen todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna entre ellos por razón de nacimiento (art. 14 de la CE)» (STC 20 diciembre 1982) (25).

(23) BJC n.º 13 (RA-38).

(24) Así ROMERO MORENO (op. cit., n. 1.274) afirma lo siguiente: «Podemos partir de la afirmación de que nuestro Tribunal Constitucional defiende de modo tajante la eficacia directa de la Constitución como norma. Es en este sentido altamente significativa de 28 de abril de 1982...».

(25) BJC n.º 21 (RA-84).

Obviamente las críticas no han tardado en recibirse. Precisamente el trabajo varias veces mencionado de Romero Moreno, quiere ser, de acuerdo con lo que manifiesta su autor, una llamada de atención ante la «preocupante» doctrina jurisprudencial que se está produciendo (26).

Recopilando podemos decir lo siguiente a modo de conclusión:

- 1.º Es evidente que la Constitución española de 1978, rompiendo con la tradición, otorga valor normativo superior a sus preceptos en relación con las demás normas del ordenamiento jurídico. También parece fuera de discusión que dicha fuerza vinculatoria alcanza a los jueces y tribunales ordinarios.
- 2.º Pero esa vinculación afecta a los poderes públicos y a los ciudadanos de acuerdo con sus facultades, atribuciones y deberes. Y nuestra Constitución adoptó un sistema de jurisdicción constitucional concentrada, creando un Tribunal Constitucional que asumía las principales funciones de aplicación de la Carta Fundamental. De acuerdo con ello se prohíbe a los órganos jurisdiccionales ordinarios inaplicar una ley por inconstitucional, debiendo remitir la cuestión al T.C. Por otro, en el resto de las modalidades de aplicación jurisdiccional de la Constitución deberá tenerse en cuenta el carácter de intérprete supremo del T.C.
- 3.º Así descrito se comprende la grave desestabilización de todo el sistema que supondría la aceptación de la tesis de la aplicación jurisdiccional de la Constitución. El absurdo de esa posición lo refleja Almagro Nosete (27) al comentar las manifestaciones del Magistrado Sr. Lorente: «Reflexiónese que de seguirse la opinión contraria —o sea, la opinión del señor Lorente, según la cual el resto de las normas constitucionales no sujetas a lo que él entiende una limitación son directamente aplicables por la jurisdicción ordinaria, sin necesidad de la existencia intermedia de una ley— sobrarían nada más y nada menos que las dos Cámaras legislativas, el Congreso de los Diputados y el Senado. Se habría consumado, sin darnos cuenta, un golpe de Estado... judicial».

(26) Textualmente el autor citado afirma: «La tentación que trato de desvelar en ese artículo es la de la exigencia immoderada de «mediación legal», frente a la pureza de la doctrina de eficacia inmediata de la Constitución como norma. Hablo de tentación porque aún no es una «calda» plena; sin embargo, los indicios pueden hacer pensar en una situación que, por no ser nueva en nuestro país, puede suscitar el temor de una «recalda» histórica-repetida».

(27) ALMAGRO NOSETE, op. cit., p. 184.

4.º De lo expuesto se puede deducir que la doctrina más autorizada no mantiene esa posición —defensora de la aplicación directa de las normas constitucionales— que se puede considerar minoritaria. Además el T.C. en sus últimas resoluciones ratifica el planteamiento que defendemos sobre la aplicación jurisdiccional de la Constitución.

Una vez aclarados los límites de aplicación de la Constitución por los jueces, destinaremos los apartados siguientes a los distintos órdenes y modalidades donde esa actividad es posible.

### 3. — DOS FORMAS DE APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LAS LEYES:

- a) LA AFIRMACIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA LEGAL, PRODUCIDA SIEMPRE QUE ES APLICADA POR LOS JUECES Y TRIBUNALES;
- b) EL PODER-DEBER DE REMISIÓN DE CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES AL T.C. ATRIBUIDO A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES.

El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes ausente en la mayoría de nuestras cartas fundamentales es de nuevo introducido por la Constitución de 1978. Se adopta un sistema de Jurisdicción constitucional concentrada semejante al vigente en Italia y Alemania. Dichos ordenamientos constitucionales se caracterizan por cambiar el denominado sistema austriaco (un sólo órgano jurisdiccional asume la función de enjuiciar la validez constitucional de las leyes; la promoción del proceso se realiza de forma directa, no en relación con la aplicación de una ley, por órganos políticos; las sentencias provocan efectos «erga omnes» (28) con el americano o «difuso», dando lugar a un sistema donde, aunque se conserva la existencia de un Tribunal en el que se concentran los poderes para decidir sobre la constitucionalidad y las decisiones estimatorias del mismo producen efectos generales, se reconocen importantes facultades en esa materia a los órganos jurisdiccionales ordinarios, que representan una forma de aplicación de la Constitución (29).

En el art. 163 de la C.E. se otorga a los jueces y tribunales ordinarios el poder-deber de plantear cuestión de inconstitucionalidad cuando consideren, «en algún proceso, que una norma con rango

de ley, aplicable al caso, pueda ser contraria a la Constitución» (30).

La Jurisprudencia (31) y la mayoría de la doctrina (32) que ha analizado con detenimiento el precepto constitucional citado y su desarrollo por el legislador orgánico, coinciden en afirmar que si bien dicha norma lleva implícita una prohibición para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes, dirigida a los órganos jurisdiccionales, esto no supone que se les niegue cualquier posibilidad de intervenir en esa materia, al contrario, su actuación se hace indispensable para el buen funcionamiento de esa institución procesal.

Es indudable que en el nuevo ordenamiento constitucional español el juez ordinario no puede adoptar la actitud pasiva que hasta ese momento venía manteniendo en cuanto a la validez constitucional de las leyes. Desde la promulgación de la Constitución de 1978, los órganos jurisdiccionales están obligados a examinar, en cuanto a su compatibilidad con la constitución, todas las normas legales que deban aplicar. Si ese enjuiciamiento tiene un resultado positivo, es decir, el juez considera que la norma legal que resulta aplicable en el proceso que está conociendo es concorde con las previsiones constitucionales, no existen inconvenientes para proceder a su aplicación. Pero si el juez o tribunal llega a la conclusión de que la compatibilidad de la norma legal aplicable con la constitución ofrece dudas, deberá suspender el proceso y remitir la cuestión al Tribunal Constitucional (33).

Estamos, por tanto, ante una modalidad de aplicación de la Constitución que como vemos tiene carácter indirecto, pues, no se trata de aplicar directamente las normas constitucionales a las cuestiones debatidas en el proceso ordinario, sino a las leyes que resulten aplicables en el mismo. En consecuencia, siempre que un juez aplique una norma legal está afirmando su constitucionalidad, pero la decisión sobre la constitucionalidad de la ley, cuando surjan dudas sobre la adecuación a la constitución, corresponde sólo al T.C.

(30) ALMAGRO NOSETE, ob. cit., p. 155.

(31) En sus primeras sentencias el T.C. se mostró partidario de perfilar la cuestión de inconstitucionalidad desde esa doble perspectiva. Así en la sentencia de 1 de junio de 1981 se dice: «La supremacía de ésta (se refiere a la Constitución) obliga también a los Jueces y Tribunales a examinar, de oficio o a instancia de parte, la posible inconstitucionalidad de las Leyes en las que en cada caso concreto hayan de apoyarse sus fallos, pero en defensa, como antes se dice, de la dignidad de la Ley emanada de la representación popular; el juicio adverso a que tal examen pueda eventualmente conducirlos no los faculta para dejar sin más de aplicarlas, sino sólo para cuestionarlas ante este Tribunal».

(32) Vid. ALMAGRO NOSETE, ob. cit., p. 155.

(33) Vid. PASTOR RIDRUEJO, ob. cit., pp. 2.012 y ss.

(28) Vid. EISEMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle*, «Autriche», París, 1928, pp. 289 y ss.

(29) Vid. CAPPELLETTI, *El control judicial de la constitucionalidad de...*, ob. cit., pp. 34 y ss.

Sin embargo, no puede ocultarse que esta modalidad de aplicación de la Constitución está dando en la práctica unos resultados mediocres. Las estadísticas son el principal apoyo de esa conclusión: durante el mismo período de tiempo inicial, el número de cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en España estuvo muy por debajo de las formuladas en Italia y Alemania (34). A la pregunta de cuáles son los motivos de ese balance hemos intentado dar respuesta en otro trabajo (35), donde llegamos a la conclusión de que las causas eran dos 1.º) El no haberse otorgado a las partes en el proceso «a quo» mayores facultades para promover la cuestión de inconstitucionalidad (tal como está configurado ese instituto procesal en nuestro ordenamiento, el órgano jurisdiccional concentra todos los poderes para decidir si se plantea o no la cuestión, sin que las partes tengan la menor posibilidad de plantearla) (46); 2.º) La resistencia de los órganos jurisdiccionales, especialmente del T.S. a aceptar el cumplimiento de requisitos formales para plantear la cuestión y la poca flexibilidad del T.C. mostrada en algunos casos (37).

Las soluciones a esta situación, según hemos defendido, se encuentran en seguir el ejemplo italiano, en el que el juez «a quo» tiene limitados sus poderes para rechazar la formulación de la cuestión ante la Corte Constitucional, reconociendo así el derecho de todo justiciable a que se le aplique una norma legal compatible con la constitución (38).

Por si fueran pocas las dificultades que está encontrando esa forma de aplicación jurisdiccional de la Constitución, la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 54), introduce, tal como ya avanzamos, una modalidad de recurso de casación por infracción de norma constitucional. Aunque ese precepto del proyecto merecerá posteriormente más comentarios nuestros, desde otras perspectivas en lo referente al aspecto que estamos tratando no deja de producir

(34) Según lo verifican los datos aportados por el magistrado del T.C., D. Francisco Rubio Llorente, en R.E.D.C., n.º 4, 1982, pp. 26 y ss.

(35) Realizamos en nuestro estudio sobre la duda de inconstitucionalidad (de próxima aparición) un análisis de las causas de los resultados negativos que por el momento está produciendo esa institución procesal en nuestro ordenamiento.

(36) De tal forma que se trata de un proceso dirigido a la obtención de un dictamen sobre una duda interpretativa surgida en un proceso ordinario, que supone un ejercicio tuitivo del derecho de los sujetos partes en ese proceso a que se le aplique una norma legal concorde con la Constitución.

(37) Así se pone de relieve entre otras resoluciones en el auto de inadmisión dictado por el T.C. con fecha 18 de enero de 1983 (cuestión de inconstitucionalidad n.º 246/82 promovida por la Sala 2.ª de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona en autos n.º 587/80).

estupor el desconocimiento del legislador sobre el sistema adoptado por la C.E., cuyas principales características hemos señalado.

Intenta el legislador integrar en un contexto de jurisdicción constitucional concentrada elementos propios del sistema difuso de imposible encaje. No se puede decir, por un lado que el T.C. es el único con poderes para resolver sobre la adecuación de las leyes a la C.E. y, por otro, como señala Almagro (39), se admita la posibilidad de «que el Tribunal Supremo case una sentencia porque una ley aplicada al caso concreto por el Tribunal de instancia se considere contraria a un precepto constitucional».

Y la hipótesis de Almagro entra dentro de las posibles, pues, el contenido del art. 5.3 de la Ley Orgánica no recibe ningún tipo de matización en los otros preceptos.

No nos cansaremos de prevenir al legislador y al sector doctrinal que apoya esa solución del grave quebranto del orden constitucional, limitado en este caso a la Justicia Constitucional, que se produciría si la interpretación del art. 5.4 expuesta, progresa. Además de vulnerarse la constitución, pues en ella se obliga a remitir las dudas de inconstitucionalidad de las leyes al T.C. —deber que alcanza al T.S.—, nos encontraríamos en una situación de duplicidad de jurisdicciones constitucionales donde la confusión podría ser tal (basta pensar en el supuesto en el que el T.S. considere que una determinada ley no se puede aplicar por ser contraria a la C.E., mientras para el T.C. la misma ley puede ser perfectamente adecuada a la C.E.).

#### 4. — INAPLICACIÓN DE UNA NORMA REGLAMENTARIA POR SER CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN.

Inmediatamente después de la promulgación de la Constitución española de 1978, un importante sector doctrinal, integrado mayori-

(38) En el ordenamiento italiano, al amparo del art. 23 de la Ley de 2 de mayo de 1953 (n.º 87), el órgano judicial sólo puede rechazar la petición de cualquiera de las partes sobre la formulación de la cuestión ante la Corte, cuando la norma legal, cuya constitucionalidad esté en duda, no sea relevante en el proceso «a quo» o carezca (la cuestión) manifiestamente de fundamento. La doctrina y la jurisprudencia han perfilado esos dos requisitos como una clara limitación de los poderes de los órganos jurisdiccionales en relación con la promoción de cuestiones de inconstitucionalidad (ver al respecto PIZZETTI F. y ZAGREBELSKY, G., *Non manifesta infondatezza e «Rilevanza» nella istanza incidentale del giudizio sulle leggi*, Milán, 1972).

(39) ALMAGRO NOBETE, op. cit., (Revista «Justicia 85», n.º 1, p. 184).

tariamente por administrativistas (40), viene incluyendo dentro de los supuestos de aplicación de la Constitución que corresponden a todos los órganos jurisdiccionales al denominado juicio de inconstitucionalidad de los Reglamentos. Según estos autores, en el nuevo ordenamiento constitucional español, los jueces y tribunales no sólo pueden y deben examinar con carácter previo a su aplicación la legalidad de los reglamentos, sino también su constitucionalidad, siendo posible, en consecuencia, la inaplicación de una norma reglamentaria por contravenir la Constitución.

Invocan como fundamento constitucional y legal de su tesis: en primer lugar, el art. 7 de la derogada Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y el art. 1.2, en relación con el 117.1 de la Constitución (que declara a los jueces y tribunales «sometidos únicamente al imperio de la Ley»), los cuales consagran el poder-deber judicial de inaplicación de los reglamentos ilegales; y el art. 9.1 de la Constitución, en virtud del cual, según hemos visto los poderes públicos están obligados a la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico.

Al amparo de las normas citadas los jueces y tribunales españoles han considerado en abundantes supuestos que procedía la inaplicación de un reglamento por ser además de ilegal inconstitucional (41).

La vigente Ley Orgánica del Poder Judicial consagra esa línea al establecer en su art. 6 lo siguiente:

«Los jueces y tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa».

(40) En este sentido se expresan: GARCÍA DE ENTERRÍA, ob. cit., p. 98; GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución*, en ob. colectiva «La Constitución española y las fuentes del Derecho», Madrid, 1979, pp. 115 y ss.; en la misma obra colectiva: BASSOLS COMA, *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, pp. 315 y ss.; BAENA DEL ALCÁZAR, *Reserva de Ley y Potestad reglamentaria en la nueva Constitución española*, pp. 285 y ss.

(41) Al respecto el T.C. en su sentencia de 1 de junio de 1981 (Cuestión de inconstitucionalidad) sintetizaba esa doctrina jurisprudencial:

«El constituyente ha preferido, para evitarlo, sustraer al Juez ordinario la posibilidad de inaplicar la Ley que emana del legislador constituido, aunque no la de cuestionar su constitucionalidad ante este Tribunal, que en cierto sentido es así no sólo defensor de la Constitución, sino defensor también de la Ley. La defensa de la Constitución frente a las eventuales extralimitaciones de los órganos dotados de poder para crear normas de carácter general corresponde, en primer lugar, a los Jueces y Tribunales, que han de negar validez a las normas reglamentarias que sean contrarias a la Constitución, inaplicándolas, y están facultados para inaplicar también incluso normas legales que adolezcan del mismo defecto cuando sean anteriores a la Constitución».

El planteamiento expuesto, avalado por la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina, es, a nuestro entender, correcto. A pesar de ello la situación de confusión que venimos denunciando, también hace su aparición en esta forma de aplicación de la Constitución.

Aunque la mayoría de los comentaristas no se pronuncian expresamente al respecto, un sector minoritario considera que cabe directamente declarar inconstitucional un reglamento sin ser contrario a la ley. De nuevo surge el problema de la aplicación directa de las normas constitucionales.

Es verdad que la Constitución es parte del marco referencial en el enjuiciamiento de los reglamentos, pero también es cierto que mantener la posible existencia de reglamentos inconstitucionales aunque concordes con el ordenamiento legal es, a nuestro entender, una ficción. Todo reglamento tiene como parámetro inmediato y fundamental la ley; son las normas legales las que trazan los límites dentro de los cuales se ha de realizar la actividad reglamentaria. De tal manera que si se observa una contradicción entre una norma reglamentaria y la Constitución sólo caben dos hipótesis:

- 1.º) El reglamento ha vulnerado el marco arbitrado en la Ley; en este caso, aunque también puede hablarse de inconstitucionalidad indirectamente, estamos ante un supuesto de reglamento ilegal.
- 2.º) La norma reglamentaria se desarrolla dentro del ámbito legal pero a pesar de ello no es concorde con la Carta Fundamental; la falta de adecuación a la Constitución del reglamento es derivada de la inconstitucionalidad de la ley, es de ésta, por tanto, de la que debe predicarse la contradicción con la Constitución y no del reglamento que se mueve dentro de los márgenes establecidos en la ley.

##### 5. — EL ENJUICIAMIENTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS PÚBLICOS Y PRIVADOS.

Un sector doctrinal ha señalado dentro de los casos de aplicación jurisdiccional de la Constitución, el «juicio de inconstitucionalidad de los actos jurídicos públicos (administrativos y judiciales) y privados y negación de la validez de estos actos cuando se concluya en su inconstitucionalidad», que deban efectuar los jueces y tribunales (42).

(42) Encabeza el grupo de autores que mantiene esa posición GARCÍA DE ENTERRÍA, ob. cit., p. 99.

En principio, es indiscutible que la vinculación normativa de la Constitución afecta a los órganos jurisdiccionales cuando examinen la adecuación al ordenamiento de actos públicos y privados. Los jueces y tribunales deberán tener en cuenta en ese juicio no sólo las normas legales y reglamentarias sino también las constitucionales.

Pero de nuevo se intenta presentar esa forma de aplicación de la Constitución como un supuesto de aplicación directa. Por ello, debemos reiterar el criterio que expusimos en cuanto a los reglamentos. Si bien en determinados casos excepcionales (por ej. cuando se vulnera un determinado derecho fundamental de los directamente amparables) puede hablarse de una aplicación directa, en general las normas constitucionales no se aplican de forma directa sobre los actos públicos y privados. Son las normas legales y las reglamentarias las que utilizará, básicamente, el juez para enjuiciar la validez de esos actos. Y cuando el acto sea contrario a la Constitución pero concorde con las otras normas, serán inconstitucionales, en primer lugar, esas normas; lo mismo ocurre en los casos en que vulneren las normas legales y reglamentarias, pues aunque también son indirectamente contrarios a la Constitución, ante todo deben considerarse ilegales o antirreglamentarios.

#### 6. — LOS SUPUESTOS EXCEPCIONALES EN QUE LOS JUECES Y TRIBUNALES ORDINARIOS PUEDEN APLICAR DIRECTAMENTE LA CONSTITUCIÓN.

No es necesario reiterar que aunque el carácter vinculante de la Constitución afecta a toda la actividad de los jueces y tribunales en diversos grados, sólo en supuestos muy delimitados y excepcionales dicha vinculación adquiere tal fuerza que las normas constitucionales pueden ser aplicados directamente a un caso concreto por un órgano jurisdiccional.

Desde el principio la doctrina delimitó tres supuestos de aplicación directa de la Constitución, cada uno de los cuales presenta unas características propias:

##### a) *Las normas constitucionales reguladoras de los derechos fundamentales y su aplicación por los jueces y tribunales.*

Aunque no con toda claridad, del contenido del art. 53 de la Constitución se deduce que los derechos fundamentales recogidos en el capítulo II, con algunas excepciones, tienen el carácter de Derecho directamente aplicable (43).

(43) Nuestro constituyente, a pesar de tener como modelo la «Grundgesetz» germana, art. 1. 3: «Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los

Suele señalarse como causa de esa decisión del constituyente, la experiencia adquirida al haber tenido en nuestra historia Textos constitucionales que proclamaban derechos fundamentales, pero que carecían de cualquier tipo de efectividad (44).

La eficacia de las normas constitucionales mencionadas debe ser observada desde dos perspectivas: la preconstitucional y la postconstitucional.

En cuanto a la primera, la jurisprudencia y la doctrina entienden que, al amparo de la disposición derogatoria 3 de la C.E., los jueces ordinarios, sin necesidad de que intervenga el T.C., están facultados para comprobar la derogación de toda norma anterior a la Constitución contraria a los derechos y libertades fundamentales contenidos en el capítulo II de ese texto normativo. Dicha tesis ha sido acogida desde el principio de manera unánime por todos los sectores judiciales, doctrinales y de la propia Administración (45).

No existe, en cambio, el mismo carácter pacífico sobre la aplicación directa de los preceptos constitucionales reguladores de derechos fundamentales y el período postconstitucional.

La polémica en lo que aquí nos interesa se centra en determinar si los jueces ordinarios conservan los poderes de inaplicación de las leyes posteriores a la Constitución que vulneren la regulación constitucional de los derechos fundamentales.

Dogmáticamente se perfilan dos posiciones. Por un lado se mantiene, que como regla general los órganos jurisdiccionales no podrán inaplicar las normas legales cuando consideren vulneratorias de algún derecho fundamental, debiendo formular la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, pero excepcionalmente si es posible la inaplicación de las Leyes que desarrollan esos derechos si se estiman contrarias a la Constitución (46). Para la otra tesis, la excepción mencionada es contraria al monopolio a favor del

poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de Derecho inmediatamente válido», no estuvo acertado en la redacción del apartado 1 del art. 53, que literalmente no añade nada a lo dispuesto en el art. 9. 1.

(44) Aunque la historia constitucional española no está sobrada de supuestos en los que se concedió eficacia directa a los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones no cabe duda que el constituyente de 1978 tuvo, ante todo, presente el art. 34 del Fuero de los Españoles, mediante el cual, al condicionarse la aplicación a las leyes de desarrollo, se anulaba toda eficacia a las declaraciones de derechos fundamentales que recogía.

(45) Desde un principio los jueces y tribunales acogieron esa línea (como lo muestra la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 1979 que reconoció el derecho de asociación de la masonería española), más tarde ratificada por el T.C., según veremos al tratar el enjuiciamiento leyes preconstitucionales.

(46) En este sentido se expresa GARCÍA DE ENTERRÍA, ob. cit., p. 106.

T.C. que establece la Constitución en relación con el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes (47).

El T.C., según veremos cuando se trate el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes preconstitucionales, mantiene los poderes de inaplicación jurisdiccional de las leyes sólo en relación con las anteriores a la Constitución (48).

b) *La parte organizatoria y habilitante de los poderes públicos.*

Tradicionalmente la parte orgánica de las Cartas fundamentales españolas se ha considerado de directa aplicación. Y en ese sentido la C.E. no supone ninguna novedad (49).

Por las características del Derecho a aplicar, es obvio que las posibilidades de intervenir de los órganos jurisdiccionales son prácticamente inexistentes. Corresponde al Tribunal Constitucional el ejercicio de las funciones jurisdiccionales en esta materia.

En consecuencia, nos limitamos a reseñar la existencia de esas normas constitucionales de directa aplicación.

c) *Las leyes preconstitucionales y el enjuiciamiento de su adecuación a la Constitución por los órganos jurisdiccionales ordinarios.*

Dogmática y jurisprudencialmente se ha considerado que la concordancia de las leyes preconstitucionales con la Carta Fundamental implica la resolución de dos problemas:

1.º *Determinar si nos encontramos ante un caso de derogación o de inconstitucionalidad.*

Al respecto las palabras de Aragón Reyes (50) resumen el pensamiento de nuestra ciencia jurídica:

«En sentido amplio —dice el autor—, inconstitucionalidad puede ser sinónimo de incompatibilidad entre la Constitución y una ley, al margen de si ésta es anterior o posterior a aquélla. Y así cabría hablar de inconstitucionalidad originaria o sobrevenida. Pero en sentido estricto, la inconstitucionalidad no puede ser más originaria, es decir, lo que también se llama ilegitimidad constitucional y, en

consecuencia, sólo es posible respecto de las leyes posteriores a la Constitución. La norma fundamental marca unos límites que el legislador no puede sobrepasar, y precisamente por la vulneración de estos límites se produce la ilegitimidad del Tribunal Constitucional para anularla. Este Tribunal no deroga, sino que anula, y sólo puede hacerlo cuando la norma anulada posea un vicio de invalidez. La anulación requiere la norma inválida y la derogación una norma válida. La derogación se refiere a una cuestión de vigencia mientras que la anulación sólo a un tema de validez. La derogación es una actividad nomotécnica, mientras que la anulación lo es jurisdiccional. La anulación la declara el órgano judicial, mientras que en los casos de derogación ese órgano se limita a constatar, e incluso a concretar (en las derogaciones genéricas) una derogación ya declarada, explícita o implícitamente, por el legislador».

2.º *¿Qué órgano es el competente para constatar derogación?*

Las soluciones que han dado a esa cuestión los Tribunales constitucionales italiano y alemán difieren bastante.

La sentencia de 24 de febrero de 1953 (51) del BVerfG. declara: «Que el control de las leyes anteriores a la Constitución no le compete a él sino a los tribunales ordinarios.

La argumentación de esa importante resolución judicial se concreta en los dos puntos:

- 1.º El BVerfG tiene la misión fundamental de proteger al legislador de la inaplicación judicial de las leyes.
- 2.º La Constitución y la Ley reguladora del BVerfG permiten la participación de los órganos jurisdiccionales ordinarios en materia de control de constitucionalidad de las leyes reconociéndoles la facultad de plantear la duda de inconstitucionalidad.

En el lado opuesto se encuentra la solución de la «Corte Costituzionale» italiana (52) recogida en la sentencia de 14 de junio de 1956, según la cual es competencia exclusiva de la Jurisdicción Constitucional el control de la legitimidad constitucional de las leyes anteriores a la Constitución, negando cualquier tipo de facultad en esta materia a los tribunales ordinarios.

(47) Ver AROZAMENA SIERRA, *El recurso de inconstitucionalidad*, en ob. colectiva «Tribunal Constitucional», Madrid, 1981, p. 161.

(48) *Infra* apartado C.

(49) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, ob. cit., pp. 106-108.

(50) ARAGÓN RÍEYES, *Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional: control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia*, en ob. colectiva «El Tribunal Constitucional», Madrid, 1980, p. 559.

(51) Ver al respecto el estudio realizado por BETTERMANN, *Die Konkrete...*, op. cit.

(52) Ver CALAMANDREI, *La primera sentencia de la Corte Constitucional*, en *Derecho Procesal Civil*, t. III, Buenos Aires, 1962, p. 185.

Sus argumentos son los siguientes:

- 1.º) La declaración de inconstitucionalidad de una ley sólo corresponde a la «Corte Costituzionale» (art. 136 de la Constitución).
- 2.º) La Carta Fundamental italiana no distingue entre anteriores y posteriores a ella.
- 3.º) Aunque inconstitucionalidad y derogación son institutos jurídicos distintos, ambos parten de una misma premisa: la del conflicto entre la Constitución y una ley. Sólo si la ley es incompatible con la Constitución puede considerarse derogada.
- 4.º) La compatibilidad o no entre Ley y Constitución es independiente de la fecha de la Ley.
- 5.º) La inconstitucionalidad es, en consecuencia, la causa declaratoria de la derogación.

Nuestro T.C. ha adoptado, en la resolución de los dos problemas planteados, una postura ecléctica:

En cuanto al primero, la sentencia de 2 de febrero de 1981 mantiene lo siguiente:

«La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior —criterio jerárquico— y posterior —criterio temporal—. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar —de una parte— a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y —de otra— a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación.

Esta pérdida de vigencia se encuentra expresamente preceptuada por la disposición derogatoria de dicha norma fundamental, que dice en su número tres:

«Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución».

La lectura de esta disposición evidencia que las Leyes anteriores que se opongan a lo dispuesto en la Constitución quedan derogadas. El primer juicio que hay que hacer, por tanto, es el de disconformidad —en términos de oposición— de tales Leyes con la Constitución única forma de determinar si se ha producido, como consecuencia, la derogación» (53).

(53) BJC, n.º 1, 1981 (R. I-1), p. 7.

Sobre la determinación de los órganos —T.C. o jueces o tribunales ordinarios— a los que corresponde declarar la inconstitucionalidad e invalidez sobrevenida y —como consecuencia— la derogación de Leyes preconstitucionales que se opongan a la Constitución, el T.C. se ha decidido también por una solución intermedia en la sentencia de 2 de febrero de 1981:

«El Tribunal Constitucional —artículo 161.1.a) de la Constitución— es competente para conocer de los recursos de inconstitucionalidad contra Leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley, y de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces y Tribunales, de acuerdo con el artículo 163 de la propia Constitución. Mediante estos procedimientos, dice el artículo 27 de su Ley Orgánica:

«El Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados».

De acuerdo con los preceptos expuestos, no puede negarse que el Tribunal, intérprete supremo de la Constitución, según el artículo primero de su Ley Orgánica, es competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad con aquella en las Leyes preconstitucionales impugnadas, declarando si procede, su inconstitucionalidad sobrevenida y, en tal supuesto, la derogación operada por virtud de la disposición derogatoria.

A mayor abundamiento debe señalarse que la afirmación de la competencia del Tribunal Constitucional para entender de la constitucionalidad de las Leyes preconstitucionales ha sido la solución acogida tanto en el sistema italiano como en el alemán, invocados por el Comisionado y la representación del Gobierno, respectivamente, en apoyo de su tesis» (54).

Más adelante matizan la posición del T.C. en relación con los órganos jurisdiccionales ordinarios sobre el aspecto que nos ocupa:

«...es preciso efectuar precisiones en orden al alcance de la competencia del Tribunal, que son las siguientes:

— Así como a las Leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales, los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad.

(54) *Idem.*

— El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad —es decir, el que actúe previamente un Juez o Tribunal al que se le suscite la duda— no es un requisito para que el Tribunal Constitucional pueda enjuiciar las Leyes preconstitucionales. El enjuiciamiento de la conformidad de las Leyes con la Constitución es, por el contrario, una competencia propia del mismo que, sólo excepcionalmente, en cuanto a las anteriores a la Constitución, corresponde también a los Jueces y Tribunales integrados en el Poder Judicial, los cuales, al inaplicar tales leyes, no enjuician realmente la actuación del legislador —al que no le era exigible en aquel momento que se ajustase a una Constitución entonces existente—, sino que aplican la Constitución, que ha derogado las Leyes anteriores que se opongan a lo establecido en la misma y que —por ello— son inconstitucionales. En definitiva, no corresponde al Poder Judicial el enjuiciar al Poder Legislativo en el ejercicio de su función peculiar, pues tal enjuiciamiento está atribuido al Tribunal Constitucional.

— Por último, conviene señalar también que la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida —y consiguiente derogación— efectuada por el Tribunal Constitucional tiene plenos efectos frente a todos, si bien, salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la Ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad. Todo ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164 de la Constitución, en conexión con su disposición derogatoria. De esta forma, la sentencia del Tribunal Constitucional —dado su valor «erga omnes»— cumple una importante función, que es la de depurar el ordenamiento resolviendo de manera definitiva y con carácter general las dudas que puedan plantearse».

#### 7.— LA INTERPRETACIÓN DE TODO EL ORDENAMIENTO Y SU CONFORMIDAD CON LA CONSTITUCIÓN.

Los efectos del reconocimiento del carácter supremo de la Constitución no se agotan con otorgar poderes a los órganos jurisdiccionales, cuyo ejercicio permite detectar y eliminar normas inconstitucionales dentro del ordenamiento jurídico, sino que alcanza también al campo de la interpretación.

En los sistemas constitucionales contruidos sobre la superioridad de su Carta Fundamental, se exige que las leyes y actos de la Administración, en general todo el ordenamiento jurídico, se interpreten de acuerdo con ella (55).

(55) Aunque dicho principio no aparece expresamente recogido en casi ninguna Constitución, ha sido admitido prácticamente en todos los países con justicia constitucional por la jurisprudencia (ver TRUJILLO, ob. cit., p. 40).

En la fundamentación de dicho principio se mezclan diversas líneas de razonamiento. Dentro de la esfera de la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes se alude a las graves consecuencias que para la seguridad jurídica conlleva la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal, obligando al juez a agotar las vías interpretativas antes de tomar esa decisión (que en el ordenamiento español si se trata de jueces ordinarios sería la de plantear la cuestión y si es el T.C. la de estimar la inconstitucionalidad de la norma). La indispensable unidad del ordenamiento y la posición de supremacía que, dentro de su estructura jerárquica, se atribuye a la Constitución —cuya principal consecuencia es la exigencia de compatibilidad a la misma del resto del ordenamiento—, junto con su carácter informador de todo el sistema, convierten en general a ese principio, superándose así las conveniencias técnicas de justicia constitucional que parecían su único apoyo; saliendo, por tanto, del ámbito del proceso constitucional para ser de común respeto por todos los demás órganos jurisdiccionales y públicos (56).

Nuestra Constitución, al igual que ocurre con otras de peculiaridades semejantes, no contempla de forma clara y expresa el deber de los jueces de interpretar las leyes de acuerdo con ella. Se suele hacer referencia al art. 53.3 («El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero, informarán la legislación positiva, la práctica judicial...»), como muestra de la voluntad del constituyente a favor de establecer el carácter vinculatorio de la Constitución para todos los jueces, requiriéndose por éstos una interpretación de las normas que deban aplicar conforme con la misma; aunque dicho precepto constitucional aparece sólo referido a los «principios rectores de la política social y económica», es indudable para la mayoría de los autores que se han ocupado de este tema, que es extensible al resto de los principios contenidos en la Constitución.

La jurisprudencia del T.C. se ha desarrollado dentro de la línea descrita. Así lo corroboran sus primeras manifestaciones al respecto:

«La naturaleza de la Ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución y en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella» (STC 2 febrero 1981) (57).

«A partir de la entrada en vigor de la Constitución, es un imperativo para todos los poderes llamados a aplicar la ley interpretarla

(56) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, ob. cit., p. 113; FERNÁNDEZ CARNICERO GONZÁLEZ, *La interpretación de la norma constitucional*, en ob. colectiva «La Constitución y las fuentes del Derecho», t. II, pp. 787 y ss.

(57) BJC, n.º 1, pág. 7 (RA-1).

conforme a aquélla, esto es, elegir entre sus sentidos aquel que sea más conforme con las normas constitucionales» (STC 5 mayo 1982) (58).

«Para resolver tal problema hemos de interpretar el mencionado precepto de conformidad con la C.E. En materia de derechos fundamentales, como reiteradamente ha señalado este T.C. la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos...» (59).

Esa posición doctrinal mayoritaria encuentra acogida en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Concretamente el apartado 1.º establece lo siguiente:

«La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

Si en un primer momento del «iter» parlamentario esa obligación judicial de interpretar conforme con la Constitución parece referirse únicamente a la constitucionalidad de las leyes, en el texto definitivo se deslindan con claridad ambos planos. Así lo verifican los apartados 2 y 3 del artículo citado (60).

En definitiva los jueces y tribunales ordinarios deben emplear como criterio interpretativo fundamental la Constitución. El órgano jurisdiccional al utilizar esas previsiones sobre interpretación contenidas en el título preliminar del Código Civil, no puede actuar en una posición de neutralidad en relación con la Constitución, sino que en todo momento deberá inclinarse por aquella interpretación más conforme con la Carta Fundamental.

Sin embargo, todo lo expuesto hasta ahora, que no es más que un resumen de la doctrina sobre la interpretación del ordenamiento conforme con la Constitución, no quiere decir que los problemas sobre la interpretación hayan acabado. Son muchas las cuestiones que la puesta en funcionamiento de ese principio suscita, de tal modo que podemos afirmar que nos encontramos ante una materia altamente compleja.

(58) BJC, n.º 13, p. 345 (RA-40).

(59) Sentencia 34/1983, de 6 de mayo (RA-115), BJC-26, p. 648.

(60) Originariamente el art. 5 del proyecto tenía la siguiente redacción: «Los Jueces y Tribunales aplicarán las leyes según los preceptos y principios constitucionales... Sólo procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional».

Esas dificultades son debidas fundamentalmente a que el punto de referencia, las normas constitucionales, no aparece inmóvil, sino todo lo contrario, sobre ellas son posibles las más diversas y dispares interpretaciones. Una simple mención de la denominada doctrina del «uso alternativo de la Constitución», basta para corroborarlo.

Escapa al objeto de este trabajo un análisis de los criterios y modos interpretativos de la Constitución, cuyos problemas han dado lugar a importantes polémicas en la doctrina extranjera (61).

Desde la perspectiva procesal sí interesa dejar tan sólo enunciado un aspecto que está dando lugar a situaciones conflictivas y cuya complejidad —según se ha puesto de relieve en otros ordenamientos— obligará a una mayor atención a la doctrina. Nos referimos a las denominadas sentencias interpretativas del T.C. y la vinculación que pueden ejercer sobre la actividad de los jueces y tribunales. Por esta materia la doctrina mostró desde un primer momento interés (62), que como pone de relieve la jurisprudencia constitucional no ha sido injustificado (63).

En último lugar, y con el fin de no ser reiterativos, nos remitimos a las objeciones que hemos expuesto sobre la introducción en nuestro ordenamiento del recurso de casación por infracción de norma constitucional, cuya conflictividad también se refleja en este aspecto de la interpretación, al asumir el T.S. de acuerdo con su Ley Orgánica, las funciones de «intérprete supremo de la Constitución» (64).

(61) Así, por ejemplo, la polémica mantenida, en relación con los principios constitucionales, entre la interpretación iusnaturalista de SMEND y la teoría de la Constitución sin Derecho natural de HABBERLE (ver GARCÍA DE ENTERRÍA, ob. cit., p. 116).

(62) Vid. PIZZORUSO, *Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano*, en ob. colectiva «Tribunal Constitucional», pp. 275 y ss.; ALMAGRO NOSETTE, ob. cit., p. 173.

(63) En el primer año de su actuación el T.C. tuvo que hacer uso de esa modalidad de sentencias constitucionales (en sus dos versiones: estimatorias y desestimatorias). Así el fallo de la sentencia de 29 de abril de 1981 dice: «2.º ..., pero sí se ajusta a la Constitución interpretando en el sentido de que confiere...»; y el de la sentencia de 2 de julio de 1981: «Que es inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores, interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los a los 69 años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad».

(64) *Supra*, p. 3.

## **EL PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO DE DELITOS MENOS GRAVES EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA L.E.Cr.**

**EMILIO DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA**  
Fiscal de la Audiencia Territorial de Sevilla

### **I. INTRODUCCIÓN**

El propósito primordial de la reforma de la L.E.Cr. es regular, junto al procedimiento por delitos graves contenido en sus Libros II y III, y el procedimiento para el juicio de faltas del Libro VI, un nuevo y único procedimiento para enjuiciar los delitos menos graves (castigados con penas de cualquier naturaleza que no excedan de seis años) que sustituirá a los regulados en el Título 3.º del Libro IV L.E.Cr. y en la L.O. 10/1980 de 11 de noviembre.

Se crea este procedimiento —diue la Memoria del Anteproyecto de reforma— con el fin esencial de «adelantar en lo posible el enjuiciamiento de los delitos sometidos en mayor número a los órganos jurisdiccionales», sobre las bases de que la nueva regulación no supondrá «restricción alguna de las garantías constitucionales de los enjuiciados» y con la atención puesta en la «posibilidad de su cumplimiento real en todos sus trámites».

Sin embargo, ninguno de estos dos presupuestos que sirven de base a la reforma tienen el adecuado reflejo en el procedimiento proyectado, como resulta del examen de los artículos del Anteproyecto que se refieren al mismo. Mas sin que ello suponga que el proyecto deba rechazarse en su totalidad, ya que, conservando sus líneas maestras, es susceptible de las necesarias modificaciones para convertirlo en una norma instrumental capaz de cumplir con los dos principios expuestos: observar las garantías constitucionales de to-

dos los sujetos intervinientes en la relación jurídicoprocesal (1) y hacer posible su cumplimiento real, al tiempo que lograr adelantar en lo posible el enjuiciamiento.

Las modificaciones que aquí se proponen al Anteproyecto atienden a la necesidad de no perder de vista la realidad procesal e institucional que pretende regularse, bajo el prisma de que toda norma jurídica (como proposición de conducta que aspira a realizarse) cuando desconoce la parcela de la realidad social que pretende regular, o la ignora, está avocada a su incumplimiento, derivando en prácticas viciosas y corruptelas que las más de las veces, al sustituir al efecto buscado por el legislador, estatuyen un sistema de hecho contrario al espíritu que animó la implantación de la norma misma. Así sucedió, por ejemplo, con la L.O. 10/1980, de 11 de noviembre, que constituye el último intento legislativo tendente a acelerar el proceso, en cuya aplicación la realidad judicial y las necesidades prácticas desvirtuaron de tal modo los esquemas de aquel procedimiento, que acabó por no haber apenas aparecido entre el proceso descrito en aquella ley y el que de hecho se aplica por los Tribunales.

En efecto, pese a las previsiones legales, se continuaron iniciando las actuaciones penales conforme al trámite de las diligencias previas del art. 789 L.E.Cr. y sólo, tras una verdadera actividad instructora que sustituye a las llamadas Diligencias Preparatorias y en la que desde luego no se delega en la Policía las diligencias de investigación, conforme al art. 3 de la L.O. 10/1980 establece, cuando se acuerda por el juez incoar el procedimiento de aquella Ley, es para dar ya traslado del mismo a las partes acusadoras a fin de que insten el sobreseimiento, propongan el cambio de procedimiento (con los problemas que muchas veces plantea la validez de lo actuado hasta el momento, cuando tal cambio procedimental se traduce), o formulen el acta de acusación. Acta ésta que en la práctica se vio corregida (Circular 4/1980 FGE) por la inclusión de un relato fáctico —no exigido por la ley—, de suerte que sólo se distingue del tradicional escrito de calificación provisional por una mera alteración numérica de sus apartados.

De otro lado, cuando las diligencias de investigación practicadas no arrojan un resultado mínimamente valorable para decidir sobre la acusación o el sobreseimiento y es necesario ampliar la investigación judicial, se suele acudir en la práctica, bien a pedir la suspen-

(1) No sólo de los encausados, sino también de los acusadores públicos y privados, lo que no carece de vital importancia, más aún teniendo en cuenta que este procedimiento será aplicable a los delitos privados y no sólo a los perseguibles de oficio como hasta ahora (Disposición Adicional del Anteproyecto).

sión del trámite o bien a recurrir la resolución que acuerda el traslado de las actuaciones en reforma (dada la fórmula abierta de los arts. 216 y 217 L.E.Cr.), interesando tales diligencias ampliatorias. Trámite éste no sólo ajeno a la LO. 10/80, sino que ésta, ante su existencia en el procedimiento sumarísimo de urgencia (D. Preparatorias) y considerándolo perturbador de la celeridad, no lo reguló precisamente para preterirlo. Mas la realidad, que lo exigía, desbordó la previsión legal.

Por último, el régimen de los actos de comunicación judicial (citaciones, emplazamientos, etc.) y lo irrisorio del poder de coerción de los Tribunales determina que a diario se produzca la suspensión del juicio oral en multitud de ocasiones, fracasando así el propósito de aquella Ley —compartido por la reforma que comentamos— de «adelantar el enjuiciamiento de los delitos más frecuentes», con las anejas secuelas de acrecentar el número de prisiones preventivas, dilatar su duración, o hacer necesario acordar libertades provisionales sólo procedentes por el transcurso de los límites temporales señalados en los artículos 503 y 504 L.E.Cr.

## II. EL PROCEDIMIENTO DEL ANTEPROYECTO

Lo mismo puede predicarse de la proyectada reforma. De un lado, su artículo 786, establece el traslado de las actuaciones fotocopiadas por el plazo común de cinco días a los acusadores a efectos de que pidan el sobreseimiento, el cambio de procedimiento o formulen la acusación; y en su defecto, un traslado sucesivo de las actuaciones originales por tres días a cada parte acusadora.

Pues bien, la primera opción legal que parece ignorar la falta de fotocopiadoras en la generalidad de los juzgados y su exiguo presupuesto de material, está condenada a ser sustituida por el traslado sucesivo, cuyos plazos tampoco podrán ser cumplidos fielmente dada la excesiva burocratización y pobreza de las oficinas judiciales y de las fiscalías.

Se dice, de otro lado, que el procedimiento proyectado supone «la implantación de los principios de publicidad y oralidad del artículo 120 C.E.» y pretende hacer realidad el desiderátum de la Exposición de Motivos de la L.E.Cr. de que el juicio verdadero no comience «sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal».

Sin embargo, no se sustrae de la actividad investigadora al Juez encargado del fallo, a quien se encomienda que incoe «las diligencias encaminadas a averiguar (investigar) y hacer constar (probar) la

perpretación del hecho y la identidad de los sujetos responsables», debiendo «en todo caso oír al imputado y reclamar su hoja de antecedentes penales» y si lo estima oportuno, aportar su certificación de nacimiento y adoptar, de propia intención y sin que nadie se lo pida, las oportunas medidas cautelares personales y reales, «dando —simplemente— parte de la incoación al Ministerio Fiscal» (artículos 780 y 781 del Anteproyecto), de suerte que éste no tiene intervención alguna en las mencionadas diligencias instructoras, salvo pedir luego que se completen en algún extremo determinado, cuando éstas en esencia, ya están terminadas.

Con ello el Juez encargado del fallo quedará psicológicamente involucrado e institucionalmente implicado en la actividad indagadora que ha de servir de base a la decisión inculpatória formal de los acusadores en su caso, pese a las constantes críticas que se formularon a este sistema desde su consolidación legal en 1967 (2).

Y ello será así, por más que se afirme (en la Memoria del Anteproyecto) que «en cumplimiento de los principios referidos —de oralidad, publicidad y concentración en la vista pública—, la actividad del Juez de Instrucción antes del juicio oral se ha de ver reducida de modo notable... y, en modo alguno, puede ser la propia de la formación del sumario para preparar el juicio conforme a la extensión del art. 299». Pues la complejidad del hecho, muchas veces, y la exigencia de concretar sus matices para su adecuada calificación jurídica (esencial al principio acusatorio y a la sentencia) hacen necesarias otras diligencias no descritas en los arts. 780 y 781 mencionados, como valoraciones periciales o informes médico-forenses. Y así viene a reconocerse encubiertamente en la Memoria al decir que la perpretación del delito «puede no agotarse en la acción por exigencias de descripción del resultado, por ejemplo, por necesidad de valoraciones o de altas de sanidad, pues tales diligencias habrán también de practicarse por el Juez de Instrucción, ya que, en el procedimiento proyectado no se confiere al M.F. como órgano de investigación penal más intervención de la que ya tiene.

En definitiva, pues, toda actividad de instrucción y de persecución se ha de realizar por el Juez a quien se encomienda la sentencia, toda vez que ninguno de los nuevos preceptos proyectados otorga al M.F. (ni a ningún otro órgano) más poderes o facultades de investigación de las que resultan ya de la legislación actual; y ésta (contenida fundamentalmente en los arts. 3, 5.º y 5 de su Estatuto

(2) La crítica ha sido unánime por suponer una regresión al sistema anterior a la L.E.Cr. Pueden verse como más recientes ALMAGRO NOSETTE, J., sobre la reforma de la L.E.Cr. al cumplirse su centenario, en «Justicia» 82, núm. 2, p. 75 y ss. (Barcelona, 1982).

Orgánico y en los arts. 282 a 298 y 318 y 319 de la L.E.Cr.) aunque establece la posibilidad de que el M.F. dirija una auténtica instrucción al frente de la Policía Judicial y con el auxilio de cuantas autoridades requiera al efecto (arts. 4, 3.º y 4.º y 5 E.O.) antes de abrirse por los hechos un procedimiento judicial, cuando éste está en marcha, el Fiscal deja de tener toda actividad investigadora.

En efecto, una vez que «el Juez se presentare» a hacerse cargo de la instrucción, el art. 286 L.E.Cr. establece que «cesarán las diligencias de prevención que estuviere practicando cualquier Autoridad (sin que haya razón por la que deba entenderse excluido al M.F.) o Agente de Policía; debiendo éstos entregarlas a dicho Juez». Lo que corrobora el art. 287 al sentar que «los funcionarios que constituyen la Policía Judicial practicarán sin dilación, según sus atribuciones respectivas, las diligencias que los Funcionarios del M.F. les encomienden para la comprobación del delito y averiguación del delincuente y todas las demás que durante el curso de la causa les encargaren los Jueces de Instrucción y Municipales», Juez al que el M.F. deberá acudir por tanto, una vez incoado cualquier procedimiento judicial, en demanda de las actuaciones policiales que le interesen, para que aquel las ordene.

Este sistema, tan digno de críticas por las contradicciones que entrañan a la vista del papel que la L.E.Cr. encomienda al M.F. (3), si se tiene algún sentido en el procedimiento por delitos graves, no se aviene, sin embargo, a los esquemas del nuevo procedimiento que se pretende crear, donde al Juez de Instrucción se encarga del fallo del asunto y debe, por tanto, mantenérselo alejado de la investigación y de todo lo que suponga actividades de indagación y persecución. Si es que realmente se desea mantener intactas todas las garantías de los encausados y lograr que el verdadero juicio comience tras los escritos de calificación.

Por ello hubiera sido preferible que, aun sin encomendar la instrucción al Fiscal —lo que dadas su actual estructura, plantilla y medios, sería, entre otras cosas, embarcarlo en una empresa imposible— se hubieran potenciado las facultades instructorias del mismo dentro del propio proceso penal, encomendándole la práctica de diligencias de valoración pericial, identificación de personas e informes técnicos, facultándolo para ordenar la citación coercitiva y, en fin, permitiendo el acceso al procedimiento judicial de lo actuado por éste, para completar la instrucción, visto el tenor del art. 5.º

(3) «La misión de promover la averiguación de los delitos y el castigo de los culpables», en palabras de la Exposición de Motivos de la propia L.E.Cr. y en términos semejantes, LORENTE HURTADO, *Estatuto del M. F. Cuadernos de Documentación* (Madrid, 1980).

último párrafo de su Estatuto, y sin perjuicio, cuando proceda, de la ulterior actividad probatoria durante el juicio oral.

Con ello se fortalecería el principio acusatorio y se evitaría dilaciones derivadas de la petición de nuevas diligencias en la fase que pudiéramos llamar intermedia.

Todo ello, no parece importar a los defensores del Anteproyecto, que se muestran satisfechos con que al Juez de Instrucción dejen de encomendarse «en este procedimiento ese momento, a su cargo, de imputador de conducta, que es el auto de procesamiento del sumario o resolución análoga», como si ello fuere bastante para prevenir el peligro indicado. Pues de hecho el Juez de Instrucción, en el sumario, dicta dicha resolución inculpatoria mucho después de tener formada su propia convicción sobre los hechos y la responsabilidad del inculpaado, convicción que adquiere en la mayoría de los casos desde los primeros momentos de su actividad indagadora, normalmente unida al momento psicológico de decidir sobre la situación personal de los encausados; y ello con independencia del tipo de procedimiento que incoa o habrá de incoar luego y de la eventual exigencia ulterior de pronunciarse formalmente sobre la inculpaación de una conducta concreta.

Como correctivo a tales inconvenientes el Anteproyecto, aparte la posibilidad de completar la instrucción mediante la práctica anticipada de las pruebas pedidas en los escritos de acusación y defensa, establece en el art. 787 que, al darse traslado de las actuaciones a los acusadores y al M.F. para que formulen el acta de acusación, éstos pidan que, con suspensión del trámite, se practiquen las diligencias necesarias a la configuración del hecho, a cuya práctica accederá o no el Juez sin recurso alguno, por el momento, quedando, como única posibilidad, combatir luego la sentencia así recaída sin haberse practicado las diligencias interesadas, cuando aquélla perjudica los intereses de la parte que la propuso (art. 794, 2.º Anteproyecto).

Pero el problema se agrava cuando el interesado en las mencionadas diligencias es el M.F., pues éste, sujeto a los principios de legalidad e imparcialidad, cuando el resultado de las diligencias interesadas (o como prueba anticipada, en su caso) sea determinante de su decisión de acusar o de defender al que estima injustamente inculpaado, puede verse en el inicuo trance de mantener una acusación no fundada en su convicción moral para así provocar una resolución judicial como la sentencia, con la única finalidad de combatirla desde luego, cualquiera que sea el sentido del fallo, e interesar de nuevo —esta vez a la Audiencia— las diligencias mencionadas, volviendo entonces a plantearse el problema de optar por la acusa-

ción o la pretensión absolutoria de los encausados, con los inconvenientes que a la vigente construcción procesal de las partes puede comportar un cambio de posición, si luego hubiere el Fiscal de defender al que estima, a la vista de las diligencias ya practicadas, indebidamente acusado, en cumplimiento del art. 3, 4.º, último inciso de su Estatuto Orgánico.

El dispositivo del art. 787 proyectado, viene pues a consagrar legalmente la corruptela que en el procedimiento de la L.O. 10/1980, apuntamos al principio, corriendo el peligro de convertirse con toda seguridad en el trámite de petición de todo tipo de diligencias que estableció el art. 790 L. E. Cr. para las D. Preparatorias, lo que, aparte el anacronismo que implica, ni sirve para adelantar el enjuiciamiento de los delitos más frecuentes, ni es un remedio definitivo para la implicación del Juez en la investigación.

### III. CONCLUSIÓN

Por todo lo dicho, resultaría más adecuado a los propósitos del Anteproyecto y susceptible de cumplimiento real, bien encomendar al M.F. la práctica de cualquier diligencia que no sea de las que hemos llamado mínimas del art. 781 con el límite de los derechos fundamentales de las personas cuya afectación exija una resolución judicial (como la observación postal o telefónica o la entrada y registro en lugar cerrado) dotándolo en tal caso de la necesaria infraestructura; o bien adelantar el trámite de petición de diligencias antes aludido a un momento muy anterior, que parece, por ahora siquiera, la solución más viable.

De este modo, al recibirse en el Juzgado la noticia criminis —que en la mayoría de los casos recibiría al mismo tiempo el Fiscal mediante la copia del atestado policial— y una vez practicadas por el Juez las diligencias mínimas mencionadas en el art. 781 del Anteproyecto y, en su caso, las del 782 (diligencias que contarán con la asistencia del Fiscal adscrito en los Juzgados en que existe, el cual demandará lo procedente sobre medidas cautelares, en el mismo acto), se dará traslado de las mismas (preferentemente por fotocopia cuando fuese posible) al M. Fiscal y demás acusadores que hubiere personados, para que desde ese mismo momento interesen del Juzgado las diligencias que estimen necesarias, cuya petición se notificará a los inculpaados salvo la posibilidad de que por el Juez se declaren secretas las actuaciones.

Así se evitaría, no sólo las dilaciones ulteriores derivadas de la petición de nuevas diligencias o con la práctica anticipada de las

pruebas pedidas en los escritos de calificación que ya pasarían a ser excepcionales (con los correspondientes traslados a las partes y «viajes» de las actuaciones), sino también y fundamentalmente que sea el Juez el mismo quien dedique sus esfuerzos a la instrucción de diligencias de investigación (actividad de persecución), cuya práctica acordaría en tal caso, no ya porque a él mismo le parezcan oportunas para «averiguar y hacer constar» el hecho y los responsables del mismo; sino porque, no siendo contrarias a la Ley, le son demandadas por los legitimados activamente en el proceso para acusar; lográndose así desvincular psicológica e institucionalmente al Juez de la actividad indagatoria.

Al mismo tiempo, convendría adelantar igualmente el momento de la provisión de asistencia técnica permanente al inculcado y responsables civiles en su caso, a aquel instante en que contra ellos se dirija el procedimiento —mención o propósito que habrían de manifestar expresamente los acusadores desde su intervención— o se adopte contra los mismos alguna medida (mediante la modificación de los arts. 118 y 520 L.E.Cr., que asegurasen la asistencia con carácter permanente). Ello con la finalidad de que los inculcados, conocedores de los preparativos de sus contrarios y provistos de armas técnicas (Abogado y Procurador) pueden con todas las garantías proveer a su defensa desde el principio.

De esta forma se lograría, de un solo esfuerzo, un triple objetivo: una mayor equiparación de la posición de las partes, la efectiva aplicación del principio de publicidad en cuanto se refiere al inculcado y la eficacia real, del principio consagrado en el art. 24 C.E. según el cual «todos tienen derecho a la defensa y a la asistencia del letrado... y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa», que de otra suerte quedará reducido en muchos casos a una simple formulación hipócrita o un desiderátum incumplido, sobre todo en los casos de defensa de oficio en que uno será el abogado que asista al inculcado en las primeras diligencias, y otro distinto y desconcertado de aquél, que nada sabrá de lo actuado sino cuando ya está a punto de abrirse el juicio oral, quien asuma su defensa real, momento en que ya quizá sea tarde para proveerse de lo necesario a una adecuada defensa y lo precipitado de su intervención no le permita cumplir cabalmente su cometido.

## LA AUDIENCIA NACIONAL EN LA NUEVA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL. ALGUNAS ANOTACIONES SOBRE UN ORGANO JURISDICCIONAL POLEMICO

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

Profesor Titular Numerario de Derecho Procesal  
Magistrado s. de la Audiencia Territorial de  
Guipúzcoa

I. — Posiblemente uno de los órganos jurisdiccionales que mayor polémica ha suscitado desde el momento mismo de su creación haya sido la Audiencia Nacional (1). Creada al amparo de una normativa de dudosa legitimidad democrática, en un Estado que se autoproclamaba de Derecho (2) ha seguido subsistiendo, no sin ser objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina. Concretamente, es sumamente crítico el profesor Muñagorri cuando señala que «el papel sustancialmente político representado por las instituciones judiciales se hace aún más evidente en el caso de los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional. Creadas estas instancias por Decreto de 4 de enero de 1977, su misma creación plantea ya su constitucionalidad porque a la vista de los arts. 24.2 y 81 constitucionales, entre otros, el derecho al juez ordinario como derecho fundamental, debería ir por la vía de ley orgánica...» (3) y añade que «pue-

(1) Un aspecto de esa polémica puede consultarse en, LORCA NAVARRETE, A. M.<sup>o</sup>, *Derecho Procesal Orgánico*, p. 29 y nota 40.

(2) La Audiencia Nacional surgió en un momento turbulento de nuestra reciente historia. Razones, sin duda alguna, de oportunismo político, en una etapa de transición salpicada de acontecimientos que afectaban en gran medida a la Administración Penal de la Justicia favorecieron la oportunidad del momento.

(3) MUÑAGORRI LAGUA, I., *Administración de Justicia y procesos de criminalización*. En «Revista Vasca de Administración Pública», n.º 7, pág. 160. Por

de recordarse que no sólo se satisface el mandato constitucional de «predeterminación» con la mera existencia previa de una ley que establezca cuál sea este juez, sino que se debe determinar en base a criterios objetivos y no en base a elecciones discrecionales, puesto que si no, se priva al concepto de juez ordinario de cualquier rasgo específico, terminando por ser natural u ordinario cualquier juez preconstituido» (4). En fin, y sin querer ser exhaustivo, también sigue asociando la Audiencia Nacional con un origen incierto y bastardo técnicamente Gisbert Gisbert, cuando habla de «razones políticas y jurídicas que han llevado a mantener tan criticable institución por su discutible constitucionalidad» (5).

II. — En la actualidad el problema, no reside ya en que exista la Audiencia Nacional que se quiera o no aparece de modo indubitado regulada en la L.O.P.J. de 1 de julio de 1985, sino que el fondo de la cuestión radica en que con arreglo con esa regulación la Audiencia Nacional debiera haber dejado de tener el origen torticero que por sus antecedentes en el desdichado Tribunal de Orden Público, podía atribuírsele. A partir de la L.O.P.J. de 1 de julio de 1985, la Audiencia Nacional es un órgano más de la jurisdicción ordinaria con competencia en el ámbito penal (art. 65 L.O.P.J.), en el contencioso-administrativo (art. 66 L.O.P.J.) y en la esfera de lo social (art. 67 L.O.P.J.) contribuyendo, dicho sea de paso, en este último orden jurisdiccional a la formación de un cuerpo de jurisprudencia particular de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (6). Pero de lo que no cabe duda es que la L.O.P.J. lo que no hace es atribuir a la Audiencia Nacional expresamente la competencia en materia de terrorismo. Por consiguiente, no es completamente

su parte BERISTAIN IPIÑA, A., *No a las Jurisdicciones especiales*. En «Estudios Vascos de Criminología». Bilbao, 1982, señalaba que «la Audiencia Nacional es también, en cierto sentido, especial» (p. 516).

(4) MUÑAGORRI, LAGÜA, I., *Administración de Justicia...*, op. cit., p. 160.

(5) GIBERT GIBERT, A., *El Jurado y la Ley Orgánica del Poder Judicial*. En «Revista General de Derecho», n.º 492. Septiembre de 1985, pág. 2.603.

(6) Vid. LORCA NAVARRETE, A. M.<sup>a</sup>, *Derecho Procesal Orgánico...*, op. cit., cuando señala que «si los Tribunales Superiores de Justicia van a agotar la vía judicial a nivel de Comunidades Autónomas, a salvo del recurso de casación que funciona en casos bastante especiales, y la Audiencia Nacional en el orden social sólo va a conocer de recursos sobre materias que afecten a más de una Comunidad Autónoma, las empresas de ámbito nacional van a encontrarse en muchas ocasiones con que la aplicación de las leyes en materia de jornada, salarios, horas extraordinarias, etc., será distinta de una Comunidad Autónoma a otra, según el criterio de cada Tribunal Superior de Justicia. Además del problema jurídico, esto tendrá consecuencias económicas importantes, ya que puede conducir a la envolvente de las condiciones más favorables aceptables en cada caso» (p. 99).

cierto que la Audiencia Nacional se consolide siguiendo el estilo del viejo Tribunal de Orden Público, ni tampoco que la Audiencia Nacional, en fin, asuma un papel sustancialmente político ni por su composición, ni por sus atribuciones. Otra cosa, es que el legislador, confirmando o haciendo suyo el apartado 6.º del art. 65 L.O.P.J., según el cual la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá «6.º De cualquier otro asunto que le atribuyan las leyes», haya promulgado incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la L.O.P.J. (lo cual sí ha de ser motivo de crítica) la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra actuación de bandas armadas y elementos terroristas, cuyo art. 11 atribuye la instrucción, conocimiento y fallo de esas causas criminales a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional. No obstante, puede objetarse, que lo mismo sucedió antes con el Real Decreto Ley 3/1977, de 4 de enero, que atribuía la instrucción, conocimiento y fallo de las causas por delitos de terrorismo a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional, y que por tanto, lo que ahora debió hacerse como antes, era la renuncia de la Audiencia Nacional a esa herencia del T.O.P. y devolverla a quien realmente le pertenece: al Juez de Instrucción y a la Audiencia Provincial competente, con arreglo a los arts. 14 y ss. L.E.Crim. (7). Pero lo cierto es que, aunque el fenómeno terrorista sustancialmente no ha cambiado, sí en cambio han variado los presupuestos legales en los que el mismo se incardina. Con la promulgación de la Constitución de 1978, se daba a la luz un artículo, el 55, cuyo apartado 2.º señala que «una ley orgánica —fíjese bien el lector— podrá determinar las formas y casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas».

III. — Pues bien, lo que está mal, no es que se mantenga la Audiencia Nacional que —repito— con la promulgación de la L.O.P.J. es un órgano más de la Jurisdicción Ordinaria incardinado en una magistratura independiente (art. 63 en relación con los arts. 378 y ss. L.O.P.J.) y democrática (arts. 112 y ss. L.O.P.J.). Lo que es, sin duda, criticable es que el Gobierno haya hecho uso de ese apartado 2 del art. 55 C. cuya utilización no se le ofrecía como un deber, sino

(7) En tal sentido, GIMENO SENDRA, V., *La extinción de la Jurisdicción de Orden Público y la creación de la Audiencia Nacional*. En «Cuadernos de Política Criminal», n.º 3, 1977, p. 95.

como algo técnicamente facultativo. Si el Gobierno no hubiese actuado de ese modo, no cabe duda, de que cada cosa estaría en su sitio, esto es, la Audiencia Nacional a través de la nueva L.O.P.J. se hubiese desvinculado, de una vez por todas de su origen torticero, y en la actualidad sería un órgano más de la planta de Juzgados y Tribunales que no llamaría la atención pública ni del hombre de la calle, ni del jurista por sus presuntas vinculaciones anteriores; de modo que este planteamiento obligaría a atribuir definitivamente a cada órgano penal lo que por mandato del juez legal o natural le pertenece; sencillamente, que el conocimiento de las actuaciones de bandas armadas y elementos terroristas, iría a quien realmente hay que atribuírselo: al juez de instrucción y a la Audiencia Provincial correspondiente a través del Jurado (art. 83 L.O.P.J.) (8). Y esto se puede llevar a cabo muy fácilmente. La fórmula sería derogar la ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, y simplemente aplicar la vigente L.O.P.J. reintegrando a Jueces de Instrucción y Audiencias Provinciales la competencia en materia penal conforme al art. 14 y ss. L.E.Crim. y que en ningún momento en materia de terrorismo se atribuye por la L.O.P.J. a la Audiencia Nacional. En tal hipótesis, no cabe duda, que la Audiencia Nacional alcanzaría la plena legitimidad democrática que ya asume con la L.O.P.J.

## LA COMPETENCIA TERRITORIAL ANTE LA MODIFICACION DEL TERRITORIO

MATÍAS SORIA FERNÁNDEZ-MAYORALAS  
Secretario de la Admón. de Justicia

La modificación de la estructura territorial de la justicia española, durante un siglo inamovible, está planteando y puede plantear problemas de fácil solución legislativa y de inseguridad jurídica en caso contrario. Así la Audiencia Territorial de Valencia, en un asunto de importancia trivial, ha creado la confusión en el justiciable, en los abogados y en el mismo juez de instancia. Problema surgido por la creación de nuevos partidos judiciales, partiendo de otros. Circunstancia que será generalizada con la entrada en vigor de la futura Ley de Planta.

El Juzgado de Primera Instancia de Benidorm dicta sentencia en sendos incidentes por declinatoria, en los que se declara competente para ejecutar sendas pólizas de crédito de una entidad de ahorro, en las cuales se había acordado la sumisión expresa de las partes al Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia de Villajoyosa (digamos que el Juzgado de Benidorm comienza su funcionamiento el 1 de junio de 1983, segregándose del antiguo partido judicial de Villajoyosa y se constituye con los términos municipales de Benidorm, Altea, Finestrat y Alfaz del Pi). En ambos procedimientos es el mismo demandante y el mismo demandado, y en ambos se había establecido cláusula sumisoria parecida, aunque con una diferencia, que la Sala de la Audiencia Territorial de Valencia considera esencial como más abajo se verá. En uno de los contratos se establecía la sumisión expresa al Juzgado de Villajoyosa con exclusión de cualquier otro, y en el segundo se añade: aunque les pudiera favorecer. Tanto en uno como en otro el Juzgado de Instancia, dicta sentencia con fecha 13 de marzo de

(8) En contra GIMENO SENDRA, V., cit. por LORCA NAVARRETE, A. M.<sup>a</sup>, *Derecho Procesal Orgánico...*, op. cit., p. 29 y nota 40. Aunque el tema es evidentemente delicado y requiere una valoración profunda, no obstante, y en apoyo de mi tesis, me limito ahora a aportar dos datos que me parecen significativos: a) en la proposición de ley del P.N.V. sobre el jurado, los delitos sobre terrorismo no se excluyen de la competencia del Jurado; b) en Italia, donde hay que recordarlo, existen organizaciones tan activas como las Brigadas Rojas, no se excluye de la competencia del Jurado (escabinato) los delitos sobre terrorismo. Y lo mismo sucede en Portugal.

1984, en las que se puede decir que calcados sus fallos y considerandos, reconoce su competencia, sin considerar diferencias entre una y otra cláusula. Por el contrario las sentencias de apelación dictadas por la Audiencia Territorial de Valencia son de diferente fecha y contenido.

La primera, de fecha 14 de febrero de 1985, dice literalmente en su único considerando, excepción hecha del de costas:

**CONSIDERANDO:** Que reproducido en un todo los razonamientos contenidos en la resolución combatida, procede la desestimación del recurso interpuesto, porque la norma interpretativa de los contratos que viene contenida en el artículo 1.281 del C. Civil es de carácter cardinal, como entiende la doctrina jurisprudencial de modo constante y reiterado (sentencias del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1978, 12 de febrero de 1979, y 23 de febrero de 1981), debiendo atenderse tanto a la significación gramatical de las palabras como al espíritu del contrato e intención de los contratantes (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio y 4 de diciembre de 1978) por lo que racionalmente entendida la condición 11 de la póliza en cuya virtud —en unión de los documentos a ella acompañados— se mandó despachar la ejecución, la intención de la cooperativa ejecutante al establecer la cláusula sumisoria que contiene, no fue otra que la de señalar expresamente la competencia de los Juzgados y Tribunales de su domicilio, para el supuesto de que se suscitara litigio derivado del contrato, a lo que prestó su consentimiento el prestatario, domiciliado en Jalón, del partido judicial de Denia, y perdiendo éste por tanto su fuero propio, por lo que producido el desdoblamiento del partido de Villajoyosa en otros dos, y quedando el término Municipal de Altea en el que radica la ejecutante comprendido en la esfera territorial de competencia del nuevo Juzgado de 1.ª Instancia de Benidorm, es visto que éste resulta ser competente para conocer de la cuestión planteada.

Como podemos apreciar, la Sala entiende que, para el caso que nos ocupa, se ha de huir de una interpretación literal, a pesar de que la cláusula sumisoria cumple los requisitos del art. 57 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ya que consta la renuncia clara y terminante del fuero propio y se designa con toda precisión al juez al que se someten. Acude a indagar cuál fue la intención de los contratantes, que no es otra que la de fijar como juzgado competente el del partido donde se halla radicada la entidad crediticia, como bien señala el considerando arriba transcrito, en el que trae a colación diversas sentencias del tribunal Supremo sobre la interpretación de los contratos que mantienen la tesis de que hay que estar a la intención de los contratantes.

Pero a continuación la sentencia de 9 de marzo de 1985, resolviendo la segunda apelación a que hemos aludido, dice literalmente:

**CONSIDERANDO:** Que los razonamientos contenidos en la resolución apelada no podrían por menos que ser acogidos por la Sala si-

guiendo la propia doctrina sentada en la sentencia de 14 de febrero pasado, si la cláusula de sumisión estuviera meramente constituida por la manifestación de los contratantes de renuncia del fuero propio y sometimiento a los Juzgados de Villajoyosa, ante la circunstancia sobrevenida e imprevisible de la escisión del antiguo partido judicial con la creación de otro con sede en Benidorm, que se extendió a parte del territorio del originario que mantiene su denominación inicial, comprendiéndose en aquél el término municipal de Altea donde está domiciliada la entidad ejecutante, sin embargo de lo cual, al estar redactada la estipulación sumisoria del contrato mercantil del que se trata —condición 13— en el sentido de que las partes que pactan la sumisión a los Jueces o tribunales de Villajoyosa, no sólo lo efectúan con renuncia a su fuero propio, sino también a «cualquier otro que les pudiera favorecer», ha de conducirse que la intención de los otorgantes no pudo ser otra que la que se deduce del sentido literal de la manifestación inserta en el contrato aludido, por cumplir los requisitos que el art. 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige para que se esté en el supuesto que el precepto previene, porque además de contener los dos aspectos que contemplan, es decir, la excepción estrictamente sumisoria y la de renuncia clara y terminante plasmada al fuero propio, las partes están proclamando también incluso lo que no es exigencia legal, como la extensión de dicha renuncia a todo otro fuero diferente al consignado taxativamente, lo que lleva a la estimación del recurso interpuesto, pues de lo contrario la adición de la precisión comentada carecería de objeto, estando en contradicción con ella el argumento esgrimido por la cooperativa litigante en el hecho 4.º de su escrito de contestación a la cuestión competencial, cuando afirma que la intención de los contratantes fue la de someterse a los juzgados de su domicilio, pues no ofrece duda se trata de un fuero (que puede «favorecer» a la ejecutante).

Vemos cómo aquí abandona el criterio de averiguar la intención de los contratantes, y elige la interpretación literal. Mejor dicho interpreta también la intención de los contratantes pero con diferente resultado. Considera allí que al pactar someterse a los Juzgados y tribunales de Villajoyosa con renuncia a cualquier otro, estaban señalando como competente el Juzgado del domicilio del prestamista. Mientras que aquí, al hacer constar en el pacto de sumisión que la renuncia se hacía a cualquier otro aunque les pudiera favorecer, ya no estaban fijando como competente el Juzgado del domicilio del prestamista sino el Juzgado de Villajoyosa era el señalado ¡porque sí! Con lo que se abandona el criterio lógico elegido al principio.

Por otro lado, si se abandona el criterio de la literalidad, no es sino, porque como la propia sentencia expresa en su considerando se da la circunstancia sobrevenida e imprevisible, de la escisión del antiguo partido judicial, que es la base de la discusión, pues en ambos contratos la cláusula sumisoria cumple los requisitos del art. 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Considera no obstante la Sala que al establecerse en el segundo caso, que la renuncia a cualquier

otro lo es aunque les pudiera favorecer, previene lo imprevisible. O bien considera, que en virtud de dicha cláusula no existe otra intención que la manifestada. Lo que en definitiva es una interpretación literal, en contradicción con lo manifestado en la primera sentencia. Pues si se trata de averiguar cuál fue la intención de los contratantes, tan claro está en uno como en otro contrato que fue la de fijar como competente el Juez del domicilio de la entidad que otorga los préstamos.

Teniendo en cuenta que estamos comentando jurisprudencia Territorial, no podemos por menos de pensar la cantidad de perjuicios que cuestiones procesales de esta índole han de acarrear al justiciable, de tan fácil solución legislativa.

La nueva Ley de Planta ha de suponer la segregación, excisión o acumulación de muchos de los partidos judiciales existentes en la actualidad. Lo que creará un buen número de problemas de competencias como el que hemos hecho referencia, de fácil solución legislativa en la propia ley. No obstante, para el caso de que la citada Ley olvidara prevenirlos, los contratantes que deseen someterse expresamente a un Juzgado o tribunal, «pueden prever» dicha circunstancia sobrevenida e imprevisible, haciendo constar en sus contratos que renuncian a cualquier otro fuero aunque les pudiera favorecer. Aunque difícilmente les serviría dicha cláusula aseguratoria, para el caso de supresión del Juzgado señalado.

## NOTAS

## LA NOTIFICACION DE LAS RESOLUCIONES DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES EN LA NUEVA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

JUAN-FERMÍN PRADO ARDITTO  
Juez excedente  
Secretario de Sala de la Audiencia  
Territorial de Valencia

## SUMARIO:

1. Introducción. — 2. Sujetos de las notificaciones: A) Sujetos activos; B) Sujetos pasivos. — 3. Objeto. — 4. Lugar. — 5. Forma: A) Notificación postal o por otro medio idóneo; B) Información sobre los recursos: a Su oportunidad; b) Resoluciones en que se debe informar; c) ¿Debe estar contenida en el propio texto de la resolución que se notifica?; d) ¿Debe hacerse por escrito?; e) ¿Es vinculante?; f) Constancia de su cumplimiento; C) La intervención de testigos en los actos de comunicación.

## ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art. = Artículo.  
B.O.E. = Boletín Oficial del Estado.  
L.A.U. = Ley de Arrendamientos Urbanos.  
L.E.C. = Ley de Enjuiciamiento Civil.  
L.E.Cr. = Ley de Enjuiciamiento Criminal.  
L.O.P.J. = Ley Orgánica del Poder Judicial.  
L.P.L. = Ley de Procedimiento Laboral.  
L.R.J.C.-A. = Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.  
R.D. = Real Decreto.  
S. = Sentencia.

## 1. INTRODUCCIÓN

No es función de las normas de carácter orgánico la regulación de los actos de comunicación, entendido éstos en su sentido estricto equivalente a actos de notificación (1). De aquí que ni la Ley Orgánica del Poder Judicial de 17 de septiembre de 1870, ni la Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974, ni tampoco los Reglamentos orgánicos del Secretariado (2) se ocuparan, por regla general, de esta materia cuya regulación se dejaba a las leyes procesales.

Apartándose de este criterio, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial regula determinado aspecto de las notificaciones, que unas veces coinciden con lo dispuesto en las diversas leyes procesales, otras las complementan y otras, por último, las modifican.

Se ocupa la nueva L.O.P.J. de esta materia en diez artículos. Tres de ellos —los arts. 270, 271 y 272— agrupados bajo el epígrafe «de las notificaciones», constituyen el capítulo VII, del título III («de las actuaciones judiciales»), del libro III («del régimen de los Juzgados y Tribunales»). El resto —arts. 248-4, 279-3, 281-2, 282, 485, 486 y 487—, situados en diversos lugares de su sistemática, hacen referencia, unas veces de forma directa y otras indirecta a diversos aspectos de los actos de comunicación.

Para una mejor exposición, seguiremos un criterio sistemático en su estudio, en lugar de hacerlo siguiendo su orden numérico correlativo.

(1) Puede también utilizarse la expresión «actos de comunicación» en un sentido amplio que comprende, no sólo los actos de notificación en sentido genérico —que abarca las notificaciones «estricto sensu», y las citaciones, emplazamientos y requerimientos, es decir la comunicación, con particulares—, sino también el auxilio judicial o comunicación con autoridades y funcionarios (judiciales o no), del propio Estado o de otros Estados de la comunidad internacional.

(2) No se ocuparon de su regulación, ni siquiera contenían ninguna alusión a la función transmisora de los Secretarios —función ésta que se realiza a través del instrumento que representan los actos de comunicación—, las Leyes Orgánicas del Secretariado de 8 de junio de 1947 y de 22 de noviembre de 1953. Tampoco lo hicieron el Real Decreto de 1 de junio de 1911, del Cuerpo de Secretarios Judiciales, ni los Reglamentos Orgánicos de 2 de julio de 1954 y de 2 de mayo de 1968, ni el Real Decreto 2104/1977, de 29 de julio, de desarrollo parcial de la Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 1974. Tan sólo se apartó de este criterio generalizado el Decreto de 23 de diciembre de 1944, Orgánico de Secretarios de Justicia Municipal, al disponer en su artículo 35 que «son funciones de los Secretarios de la Justicia Municipal: ... 5.º Llevar

## 2. SUJETOS DE LAS NOTIFICACIONES

### A) Sujetos activos

Con relación a la titularidad de los actos de comunicación dispone la nueva L.O.P.J., en su art. 279-3, que «corresponderá a los Secretarios la práctica de las notificaciones y demás actos de comunicación y de cooperación judicial (3) en la forma que determinen las leyes».

Por otra parte han desaparecido con la nueva L.O.P.J. los antiguos Oficiales de Sala (art. 454,1) que tenían encomendadas directamente por la L.O.P.J. de 1870 (art. 543) y por las leyes procesales (arts. 262 L.E.C. y 166 L.E.Cr.) la práctica de algunos de dichos actos, en los cuales ejercían funciones propias y no delegadas del Secretario. Dichos funcionarios han sido integrados en el Cuerpo de Secretarios Judiciales (disposición transitoria 22,4). Con ello, creemos, han quedado los Secretarios como titulares únicos de los actos de comunicación, si bien la propia L.O.P.J. les permite delegar la función transmisora a ellos encomendada, que se ejerce a través de dichos actos, en los Oficiales de la Administración de Justicia, no de una manera esporádica, como ocurría antes de la nueva ley, sino con una cierta permanencia, al decir en su art. 282,1 que «los Secretarios podrán habilitar a uno o más Oficiales, para que autoricen ... las diligencias de constancia y de comunicación», añadiendo en su apartado 2 que «estas habilitaciones subsistirán mientras no sean revocadas» y que «la responsabilidad de los hechos o actos acreditados recaerá sobre el Oficial autorizante».

a efecto, siempre dentro del plazo legal, las notificaciones de las resoluciones judiciales y los emplazamientos, requerimientos y citaciones que por el Juez se acordaren, lo que harán por sí o por el Oficial habilitado o Agente Judicial cuando las Leyes autoricen estas delegaciones».

(3) Esta referencia a la «cooperación judicial» es una referencia aislada en el articulado de la L.O.P.J., que no tiene ninguna relación con lo dispuesto en los arts. 273 y ss. de la propia Ley, que tratan precisamente de esta materia, ni tampoco existe dentro de las leyes procesales ningún precepto que justifique este destacar la intervención del Secretario en relación al auxilio judicial. La intervención de los Secretarios en él, se limita al ejercicio de alguna de las demás funciones que le corresponden, como pueden ser la función autenticadora, la receptora o la propia función transmisora. No sabemos si es que el legislador, a través de este precepto, ha anunciado a lo mejor su propósito de atribuir a los Secretarios alguna otra intervención más destacada en la práctica del auxilio judicial —quizás a través de sus funciones de ordenación— en las futuras reformas de las leyes procesales para su acomodación a la nueva L.O.P.J.

No se nos oculta que existe una cierta contradicción entre el contenido de estos dos preceptos que acabamos de comentar y lo dispuesto en los arts. 485, 486 y 487 de la propia L.O.P.J. de 1985. En efecto, el art. 485, al hablar de las funciones de los Oficiales, dice que «efectúan los actos de comunicación que les atribuye la Ley». El 486, con relación a los Auxiliares, dispone que «realizarán ... los actos de comunicación que les atribuya (4) la Ley». Por último el 487, respecto a los Agentes habla de que «realizan los actos de comunicación no encomendados a otros funcionarios».

Parece, pues, según esto, que la titularidad de los actos de comunicación no corresponde en exclusiva a los Secretarios. Sin embargo, esta afirmación no puede sostenerse ya que, si profundizamos en el texto de estos artículos vemos que la contradicción es sólo aparente, pues las locuciones empleadas por la L.O.P.J. al referirse, en relación a los actos de comunicación, a Secretarios, Oficiales, Auxiliares y Agentes, es distinta. Así el art. 279,3, respecto a los Secretarios, emplea la palabra «práctica» («asimismo corresponderá a los Secretarios la práctica de las notificaciones...») que, según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua significa «ejercicio de cualquier arte o facultad, conforme a sus reglas», con lo cual se está haciendo referencia al uso de funciones propias.

Por el contrario, al referirse a los Oficiales emplea la palabra «efectuar» («efectúan los actos de comunicación que les atribuye la Ley») que, según el referido diccionario, quiere decir «poner por obra, ejecutar una cosa; cumplirse, hacerse efectiva una cosa», con lo que se está haciendo referencia, no necesariamente al ejercicio de una función propia, sino a la realización práctica o material de los actos de comunicación.

Igual ocurre con respecto a los Auxiliares y Agentes, respecto de los cuales se emplea el verbo «realizar» («realizarán... los actos de comunicación que les atribuya la Ley») que, según el repetido diccionario, significa «verificar, hacer real y efectiva una cosa», es decir, se hace referencia asimismo a la realización material de los actos de comunicación.

(4) Llama la atención que, así como el art. 485 al referirse a los Oficiales emplea la frase de «que les atribuye la Ley», el 486, respecto a los Auxiliares, dice «que les atribuya la Ley». No sabemos si la diversidad del tiempo del verbo atribuir utilizado —presente de indicativo para los Oficiales como referencia a que lo que ya existe, presente de subjuntivo para los Auxiliares, como hipótesis incierta de los que pueda venir— ha sido empleada conscientemente por el legislador de la L.O.P.J., como indicación de que en las futuras reformas de las leyes procesales se van a ampliar las atribuciones de los Auxiliares, encomendándoles la realización práctica de algunos actos de comunicación, o se trata simplemente de un uso inconsciente.

Podemos pues afirmar que, en la actualidad, después de la entrada en vigor de la L.O.P.J., los titulares únicos de la función transmisora son los Secretarios Judiciales, sin perjuicios de que la realización práctica de notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos, las pueden llevar a cabo bien ellos mismos o bien los Oficiales, Auxiliares o Agentes, y esto, ya en virtud de delegación del propio Secretario (arts. 282,1 L.O.P.J., 26 L.P.L., 261 párrafo 2.º y 467 L.E.C. y 12,b del R.D. 2104/1977, de 29 de julio), ya por disposición expresa de la ley (arts. 273 párrafo 3.º, 722 y 1442 L.E.C., 166 L.E.Cr.).

Se trata en definitiva de distinguir, siguiendo a SEOANE CACHARÓN (5), entre *el sujeto activo que emite la comunicación judicial, que es siempre el Secretario, y el encargado de ejecutarla, que puede ser el mismo Secretario y otra prsona, funcionario (Oficiales, Auxiliares, Agentes, Funcionarios de Policía, etc.) e incluso no funcionarios (art. 467 L.E.C.)*.

Por otra parte, consagra la L.O.P.J. de 1985 una novedad en nuestro derecho al disponer en el art. 272,1 que «en las poblaciones en que existieron varios Juzgados y el conjunto de la actividad lo justifique, podrá establecerse un servicio común dependiente del Decanato para la práctica de las notificaciones que deban hacerse por aquellos». Se trata de un servicio que existe ya en algunos países extranjeros, como Francia y Marruecos, que han dado resultados bastante positivos (6).

Habla el art. 272,1 únicamente de las notificaciones, omitiendo los otros tres actos de comunicación: citaciones, emplazamientos y requerimientos. Creemos, sin embargo, que emplea aquí la Ley la palabra notificaciones, en sentido genérico, equivalente a actos de comunicación, que comprende no sólo las notificaciones, en sentido estricto, sino también las citaciones, emplazamientos y requerimientos.

(5) SEOANE CACHARÓN, Jesús. Comunicación presentada en las Jornadas sobre la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, celebradas en Madrid, los días 14, 15 y 16 de febrero de 1985. Puede consultarse en libro que, bajo el mismo título editó el referido Consejo, p. 321 y ss.

(6) Durante más de ocho años dirigí la llamada Oficina de Notificaciones, Ejecuciones, Quiebras y Administraciones Judiciales del Tribunal Regional de Tetuán, que tuve el honor de crear y organizar, pudiendo constatar la eficacia de un organismo de esta clase.

### B) Sujetos pasivos

Dispone el art. 270 que «las diligencias de ordenación, providencias, autos y sentencias se notificarán a todos los que sean parte en el pleito o causa, y también a quienes se refieran o puedan parar perjuicio, cuando así se disponga expresamente en aquellas resoluciones, de conformidad con la Ley».

Se ocupa aquí la ley que comentamos de dos distintas cuestiones; la primera relativa a quienes son los sujetos pasivos de las notificaciones, la segunda referente al objeto de dichos actos.

Respecto de la primera, que es la que de momento nos interesa, señala el precepto que comentamos en su segundo inciso como sujetos pasivos de los actos de comunicación «a todos los que sean parte en el pleito o la causa y, también, aquellos a quienes se refieran o puedan parar perjuicio» pero, en este segundo supuesto, se exige que así se disponga expresamente en la resolución de que se trate, de conformidad a la Ley. Coincide el texto, en este aspecto, con lo dispuesto en la L.E.C. (art. 260) y en la L.P.L. (art. 25). Por otra parte, al tener un carácter general, de aplicación a toda clase de procesos, llena la laguna que existía con respecto al proceso penal, al no existir un precepto similar en la L.E.Cr.

### 3. OBJETO

El propio art. 270 señala como objeto de las notificaciones las diligencias de ordenación, las providencias, los autos y las sentencias, todas las cuales las agrupa —y esto es importante como en otros lugares de este trabajo veremos— bajo el género de resoluciones.

Aquí la novedad, con relación a las leyes procesales (art. 260 L.E.C. y 25 L.P.L.) consiste en incluir, como objeto de las notificaciones, a las diligencias de ordenación, modalidad de resolución de los órganos jurisdiccionales creada por la propia L.O.P.J. de 1985, que proceden no del Juez, o de los Magistrados en los Tribunales u órganos colegiados, sino del Secretario (art. 288) y que han venido a sustituir a las antiguas providencias de mera tramitación.

### 4. LUGAR

En cuanto al *lugar* donde deben practicarse las notificaciones, dispone el apartado 2 del art. 272 que «podrá establecerse un local

común a los varios Juzgados y Tribunales de una misma población, aunque sean de distinto orden jurisdiccional», lo que también es una novedad relativa, porque, si bien no existía un precepto legal que así lo dispusiese en relación a varios Juzgados y Tribunales, en la práctica, en bastantes capitales, se solía hacer así.

Lo que sí constituye una auténtica novedad es el segundo inciso del propio párrafo 2.º del art. 272, que examinados, al decir que «en este supuesto, el Colegio de Procuradores organizará un servicio para recibir las notificaciones que no hayan podido hacerse en aquel local común por incomparecencia del Procurador que deba ser notificado» y que la «recepción de la notificación por este servicio producirá plenos efectos». Esta solución por la que veníamos abogando desde hace bastantes años los Secretarios de Sala de la Audiencia Territorial de Valencia (7), puede remediar muchas de las anomalías y re-

(7) En efecto, los Secretarios de Sala de la Audiencia Territorial de Valencia, en una comunicación que elevamos, en el año 1981, al entonces Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial, por indicación del mismo, en la que se hacían diversas propuestas sobre diversas materias, para un mejor funcionamiento de las Secretarías, con respecto al problema que teníamos planteado en relación a las notificaciones a los Procuradores, decíamos lo siguiente:

#### «1.º — Notificaciones.

##### — Problemática actual:

De conformidad con lo establecido en el artículo 264 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y en virtud de lo ordenado, en esta Audiencia las notificaciones y en general todos los actos de comunicación a los Procuradores se realizan en el local que por el Colegio de Procuradores se tiene destinado a tal fin, en donde asimismo se hace entrega de los autos, sumarios o expedientes. Para ello se ha señalado el horario de 12,30 a 13,30 de la mañana.

La realidad, señor Presidente, es que no todos los Procuradores concurren a ese local todos los días, ni los que vienen lo hacen a la hora indicada, circunstancia que puede predicarse de los Habilitados que algunos han nombrado. Esta situación impide llevar a efecto las diligencias en la forma señalada por la Ley (tener a presencia al notificado, etc., arts. 262 L.E.C. y 170 L.E.Cr.).

Este problema, diario y grave, obliga a adoptar una de estas dos soluciones: 1.ª) que el funcionario notificador se constituya toda la mañana de forma permanente en el Colegio de Procuradores para ir practicando las diligencias a medida que van llegando cada uno de ellos y ni aun así podría cumplir su cometido puesto que no todos concurren todas las mañanas, con lo cual, terminada ésta, habría de realizarse la diligencia en el domicilio, con toda la problemática que esto plantea (tener que sacar los autos del edificio de la Audiencia, y la imposibilidad de entregar expedientes y sumarios al portero, criado, vecino, etc.), aparte de que el funcionario notificador no podría efectuar ningún otro cometido, abandonando por completo el trabajo de Secretaría. 2.ª) lo que se viene haciendo desde tiempo inmemorial en esta Audiencia Territorial, o sea dejar los autos, sumarios y expedientes sobre la mesa del Procurador destinatario del acto de comunicación, para que firme la comunicación, recoja la copia, y el expediente o sumario en su caso, sin la presencia

trasos que se suelen producir con relación a las notificaciones a los Procuradores.

de funcionario alguno. Entonces, cuando el acto haya de entenderse con varios Procuradores, la situación se agrava, puesto que en la práctica, o bien el Procurador primer receptor, después de firmar la diligencia, en las condiciones antedichas, traslada a la mesa de su compañero los autos para que a su vez sean firmados por él, o bien al siguiente día el funcionario notificador tiene que hacer el traslado él mismo, con lo cual la notificación no puede realizarse normalmente en el tiempo marcado por la Ley con el consiguiente riesgo de pérdida de plazos improrrogables, perdiéndose además el control por parte del funcionario responsable de la custodia de los autos.

— Ante tal situación se propone:

*Que se interese del Ilmo. Sr. Decano del Ilustre Colegio de Procuradores se designen uno o dos empleados del mismo Colegio para que reciban expedientes y sumarios y firmen notificaciones, requerimientos y demás actos de comunicación de todas las Secretarías de esta Audiencia, en nombre de todos los Procuradores. Para que esto sea perfectamente legal es necesario que todos y cada uno de los Procuradores les habilitarán al efecto, como está permitido. Estos empleados así habilitados se encargarían posteriormente de dar a lo recibido el curso correspondiente.»*

Esta propuesta fue recogida y hecha propia por el referido Presidente y transmitida al Ilustre Colegio de Procuradores de Valencia, cuyo Decano también la acogió favorablemente, prometiendo tratarla en Junta general, como así lo hizo. Sin embargo, la propuesta no fue aprobada por la Junta.

En el mismo sentido, y con bastante anterioridad, concretamente el 19 de noviembre de 1971, la Sala de gobierno de la propia Audiencia Territorial de Valencia, aprobó una propuesta de la Junta de Jueces de Valencia, en la que se proponía la siguiente solución:

«Manda el artículo 264 de la L.E.C. que debe hacerse designación de domicilio en el primer escrito que presenten los interesados, para oír sus notificaciones. Los señores Procuradores podrían cumplir este precepto haciendo la designación expresa del salón de notificaciones, al presentar su primer escrito en cada proceso; y mejor todavía, para cubrir las de oficio, sería conveniente que, con acuerdo de la Junta General de dicho Colegio, se haga esta designación de domicilio. Si el acuerdo no es unánime, los disidentes pueden acogerse a la estricta legalidad con todas sus consecuencias. La mayoría, hay que suponer que estará de acuerdo en designar el domicilio del Salón de Notificaciones. — Entonces, la situación sería la siguiente: a) Procuradores que concurren a Secretaría normalmente, recibirían en ella sus notificaciones. — b) Procuradores que no concurren a Secretaría, recibirían las notificaciones, y despachos, en el domicilio designado —repetimos Salón de Notificaciones— entregando las cédulas y documentos, al funcionario designado al efecto por el Colegio de Procuradores. — La economía y la eficacia en las Secretarías sería notable. En el primer supuesto, no hay problemas. — En el segundo supuesto, una estampilla ad-hoc cumpliría el trámite, llenando el espacio en blanco destinado al nombre de la persona que reciba la cédula. En cada Secretaría, un solo funcionario desplazado a la hora señalada, cumpliría su cometido en pocos minutos.»

Esta solución no se llegó nunca a aplicar, y todo lo más que se consiguió fue que en el Colegio de Procuradores un funcionario ponía una marquilla con la fecha en un duplicado de la diligencia de notificación, el día en que la

## 5. FORMA

En cuanto a la forma de practicarse las notificaciones, contiene la L.E.C. dos artículos relacionados con ella, el 271 y el 248,4 y otro, el 281,2, que aunque no se refiere expresamente a la forma de practicarlas, tiene relación con la documentación del acto de notificación.

### A) Notificación postal o por otro medio idóneo

El art. 271 dispone que «las notificaciones podrán practicarse por medio del correo, del telégrafo o de cualquier medio técnico que permita la constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma, según determinen las leyes procesales».

Se consagra aquí no sólo la notificación por correo, admitida unánimemente por nuestras leyes procesales, aunque no con el mismo rango o preferencia (arts. 261 y 273 L.E.C.; 32 L.P.L. y 166 L.E.Cr.), sino también de la realizada por medio del telégrafo o de cualquier otro medio técnico, siempre que el mismo permita la constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma, siguiendo así el criterio de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento civil, que introdujo en el articulado de la misma estas nuevas formas, no sólo para las notificaciones, citaciones y emplazamientos (art. 261, párrafo 3.º), sino también para el auxilio judicial (art. 288) (8).

En cuanto a los requisitos que han de observarse en la utilización de estas normas de comunicación la Ley, con buen criterio, se remite a las leyes procesales (9).

resolución se trataba de notificar, quedando la diligencia original en el Colegio pendiente de que apareciera por allí el Procurador destinatario del acto de comunicación para firmarla.

Ante la irregularidad de este sistema, que sólo se aplicó por algunas Secciones y Juzgados, los Secretarios de Sala hicimos la propuesta a que hacemos referencia anteriormente.

(8) Un precedente de la utilización de estas nuevas formas de comunicación en el proceso, lo encontramos en la Orden de 9 de abril de 1970 (B.O.E., n.º 98, de 24 de abril), modificada por la de 7 de enero de 1973 (B.O.E., n.º 39, de 14 de febrero) sobre normas para la utilización del telex judicial. Este sirvió, en la práctica, por razones que desconocemos, funcionó poco tiempo, aunque aún están montados los aparatos en numerosos organismos judiciales.

(9) No es cometido de una ley orgánica el descender a aspectos concretos relativos a cómo han de desarrollarse los distintos actos procesales. Precisamente, si de algo peca la nueva L.O.P.J. es de haber invadido, en no pocos aspectos, parcelas que, en buena técnica jurídica, deberían ser reservadas a las leyes procesales.

## B) Información sobre los recursos

En relación también a la forma de practicarse las notificaciones contiene la L.O.P.J., que comentamos, un precepto que es una novedad en nuestras leyes procesales civiles y penales, aunque no en el proceso laboral. Se trata del párrafo 4 del art. 248 según el cual «al notificarse la resolución a las partes se indicará si la misma es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponer y plazo para ello».

El verdadero antecedente de este precepto lo encontramos en el art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 que, en su apartado 2, dispone que «toda notificación se practicará en el plazo máximo de diez días, a partir de la resolución o acto que se notifique, con la indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa y, en su caso, la expresión de los recursos que contra el mismo procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlo, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen pertinente».

Dentro del campo procesal, la L.P.L. contiene un precepto análogo, aunque de alcance más limitado ya que, de una parte se refiere sólo a las sentencias y no a toda clase de resoluciones y, de otra, sólo se exige que se advierta de los recursos que procedan y del plazo para interponerlas, pero no del órgano ante el que hubieren de presentarse. Este precepto es el art. 93, según el cual «en el fallo de la sentencia debe advertirse a las partes los recursos que contra ella procedan y plazo para ejercitarlos, así como las consignaciones que sean necesarias y forma de efectuarlas». Por cierto que el art. 248,4 de la L.O.P.J. omite este último inciso relativo a las consignaciones que, puestos ya a informar al destinatario de la notificación, creemos que no hubiera sido superfluo incluirlo pues, aunque pudiera parecer extraño, a estas alturas todavía se siguen perdiendo algunos recursos al no cumplirse la exigencia de consignar al interponerlos (10).

El contenido de este precepto plantea una serie de cuestiones que pasamos a examinar:

(10) Así ocurre, con harta frecuencia, en materia de arrendamientos al no cumplirse la exigencia de acreditar al estar al corriente en el pago de las rentas o consignar éstas, al interponer el recurso, cuando la sentencia da lugar al desahucio, según exigen los arts. 1566 L.E.C. y 148, apartado 2 L.A.U.

## a) Su oportunidad

La primera cuestión que se plantea es la de la oportunidad de esta información. ¿Era necesaria esta exigencia en todas las notificaciones?

Tengamos en cuenta que en el procedimiento administrativo generalmente el sujeto pasivo de la notificación no está representado o al menos asistido de un profesional en derecho y, por tanto, parece oportuno en él que al notificarle la resolución de que se trate se le informe de los recursos que contra ella puede interponer. También podía considerarse oportuno en el proceso laboral en el cual, ante la Magistratura, no es necesaria la intervención de Abogado ni de Procurador (art. 10, párrafo 3.º L.P.L.). Pero tanto en el proceso civil (arts. 3,4 y 10 L.E.C. y 28 del Decreto de 21 de noviembre de contencioso-administrativo (arts. 33 y ss. L.R.J.C.A.) normalmente 1952), como en el penal (arts. 118 y ss.; 227 y 520 L.E.Cr.) y en el intervienen profesionales en derecho, Abogados y Procuradores, por lo que no sólo parece innecesaria esta instrucción sobre los recursos, sino que puede resultar incluso ofensiva para dichos profesionales. Creemos que hubiera sido más correcto limitar este deber de información al supuesto de que el destinatario de la notificación no estuviera representado por Procurador ni asistido de Abogado.

## b) Resoluciones en que procede dar la información

El segundo problema que se plantea es el de determinar qué resoluciones son las que, al notificarlas, exigen la información de los recursos que caben contra ellas. Es decir, si esta información deberá facilitarse sólo cuando se trata de sentencias, como ocurría hasta ahora en el proceso laboral (art. 93 L.P.L.); lo que parecería más lógico o, todo lo más, también cuando se trata de un auto que pone fin al proceso o algunas de sus instancias o, por el contrario, procederá la información en la notificación de toda clase de resoluciones, aun las de mero trámite, lo que no parece muy razonable, sobre todo, cuando las partes están representadas o al menos asistidas por profesionales del derecho. En este sentido se pronunció la Junta de Jueces de Valencia en su reunión de 19 de septiembre de 1985 al tratar de la «Unificación de criterios en relación con la aplicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial», ad adoptar en su conclusión 6.ª el acuerdo de «que la indicación de los recursos que señala el art. 248,4 ha de ... extenderse únicamente a los autos y sentencias, con la salvedad de aquellas providencias que revistan una trascendencia procedimental».

Creemos lógica y razonable la interpretación de la citada junta

de jueces. Sin embargo, hay que reconocer que el precepto que comentamos no distingue y, además, habla de «al notificarse la resolución», sin especificar la clase de ésta, por lo cual creemos que, aunque ello no sea oportuno, hay que entender que la información ha de darse cualquiera que sea la resolución que se notifica: providencia, auto o sentencia. Téngase en cuenta además que este deber de informar está contenido en un apartado —el 4—, de un artículo —el 248—, cuyos tres apartados anteriores se refieren cada uno de ellos a una de estas tres formas de resoluciones.

Pero ¿qué ocurrirá cuando la resolución judicial se documenta en un acto como puede ocurrir en determinados casos en el proceso civil en los juicios de menor cuantía, o en el de cognición o en los verbales, o, en general, en las vistas de toda clase de pleitos y causas en los distintos órdenes jurisdiccionales?

Creemos que, aunque no lo diga expresamente la Ley, debe también en este caso hacerse la información de los recursos, ya que, como ya indicamos, el precepto se refiere a «resolución», sin especificar y, en este caso, independientemente de la forma en que se documenten, se trata de auténticas resoluciones judiciales (11).

Por último se plantea el problema de si esta información deberá darse también cuando se trata no de una resolución que provenga del Juez, o de los Magistrados en los Tribunales colegiados, sino de una diligencia de ordenación del Secretario (art. 288 L.O.P.J.).

La L.O.P.J. dispone que «las diligencias de ordenación serán revisables por el Juez o el Ponente, de oficio o a instancia de parte, en los casos y forma previstos en las leyes procesales» (art. 289). A nuestro juicio, por su naturaleza (12) y dados los términos de este precepto, no creemos que ofrezca ninguna duda el deber de informar, al notificarlas, de los recursos que contra ellas caben. Pero cuáles serán ¿estos recursos? Aquí surge un nuevo problema ya que el precepto que comentamos se remite a los casos y forma previstos en las leyes procesales, las cuales, como es natural, al ser anteriores a la Ley orgánica, no podían haber previsto este supuesto.

Según esto caben dos soluciones: la no aplicabilidad de las diligencias de ordenación hasta tanto no se reformen las leyes procesales o, por el contrario, su aplicación inmediata tratando de encon-

(11) Por cierto que la nueva L.O.P.J. exige, en su art. 247, que estas resoluciones sean fundadas.

(12) Por su naturaleza la diligencia de ordenación hay que considerarla, a nuestro juicio, como una auténtica resolución del órgano jurisdiccional, si bien proveniente no del Juez o de los Magistrados reunidos en colegio judicial (Tribunal) sino del Secretario que forma parte integrante del órgano judicial (Juzgado o Tribunal).

trar salida a esta cuestión. Nosotros nos inclinamos por esta segunda postura, pues creemos que el problema es más aparente que real y que, si la causa que ha impulsado al legislador para confiar a los Secretarios la ordenación del proceso es el tratar de descargar a los Jueces y Magistrados del mucho trabajo que sobre los mismos pesan, cuanto antes se consiga este fin, mejor será para la eficacia de la administración de justicia (13).

El art. 289 de la L.O.P.J. prevé dos supuestos de revisión de estas diligencias por el Juez, en los órganos unipersonales y por el Ponente en los colegiados: el primero de oficio, el segundo a instancia de parte.

Respecto del primero no vemos ningún problema en su aplicación: en cualquier momento podrá el Juez o Ponente, mediante providencia (art. 290) anular o reformar la diligencia de ordenación. En definitiva no se trata de nada nuevo pues, en la actualidad, dado el carácter de orden público de la mayoría de las normas relativas al procedimiento, los Jueces y Magistrados están obligados a velar por su observancia y, si encuentran que alguna resolución las ha infringido, bien se trate de resolución de un órgano inferior o, incluso, del propio órgano que está conociendo del juicio deben dictar la que proceda, anulando aquélla o adaptándola a la legalidad. Ahora bien, la exigencia de la seguridad jurídica, aconseja que esta posibilidad de revisión de oficio no sea indefinida en el tiempo, por lo cual las reformas que, en su momento, se introduzcan en las leyes procesales para adaptarlas a la nueva L.O.P.J. deberían poner un límite temporal a esta posibilidad, al menos cuando no se trate de un acto nulo de pleno derecho.

El problema se plantea con relación al segundo supuesto: la revisión a instancia de parte. Aquí es necesario un plazo y un procedimiento para instarla.

A primera vista no parece que el plazo y el procedimiento puedan ser otros que los del recurso horizontal y no devolutivo: recursos de reposición o reforma y de súplica, según que se trate de Juzgado o Tribunal ya que son los más adecuados por su propia naturaleza. Sin embargo, encontramos un obstáculo casi insuperable para su aplicación: las leyes formales, como son las procesales, no deben aplicarse por analogía. Se trata de un axioma admitido unánime-

(13) Quizás entendiéndolo así, el Consejo General del Poder Judicial, en una circular remitida a los diversos órganos jurisdiccionales, con motivo de la publicación de la L.O.P.J. de 1985 incluía un calendario de la entrada en vigor de los preceptos contenidos en ésta, señalando que lo harían al día siguiente de su inserción en el B.O.E., entre otros, los relativos a las diligencias de ordenación y a las propuestas de resoluciones por el Secretario (artículos 246 y 288 y ss.).

mente por la doctrina. Pero si profundizamos en la naturaleza de la diligencia de ordenación encontraremos el camino que nos puede hacer salir de este aparente atolladero.

Las diligencias de ordenación son auténticas resoluciones del órgano jurisdiccional (14) —y así lo reconoce la propia L.O.P.J. en su art. 270—, si bien no provenientes del elemento decisor o juzgador sino del Secretario. Sentado esto no nos queda más que determinar cuál sea la naturaleza de esta clase de resoluciones, y ésta no es otra que la de las antiguas providencias de mera tramitación a las que han venido a sustituir.

Con ello empieza a irse resolviendo el problema. Procederán contra ellas los mismos recursos que procedían contra estas clases de providencias. Pero la cuestión sólo se resuelve a medias pues, tratándose de juzgados, no hay problema, si el proceso es civil (arts. 376 y 377 L.E.C.) o laboral (art. 151 L.P.L.) procederá el recurso de reposición, dentro de tercero día, ante el Juez o Magistrado titular del Juzgado o Magistratura (15) cuyo Secretario hubiere dictado la dili-

(14) Promulgada la nueva L.O.P.J., las resoluciones de los órganos jurisdiccionales (Juzgados y Tribunales) se pueden clasificar así:

A) *Resoluciones de carácter gubernativo*, que tienen por objeto materias relativas al gobierno interno de los órganos jurisdiccionales (formación de Salas en los Tribunales colegiados, normas de reparto de asuntos, sustituciones de funcionarios, posesiones, licencias, etc.) al ejercicio de la jurisdicción disciplinaria o a otras materias de carácter administrativo encomendadas a dichos órganos (recursos contra calificaciones de los Registradores, etc.). Estas resoluciones reciben el nombre de *acuerdos* (art. 244 L.O.P.J.).

B) *Resoluciones de carácter jurisdiccional*. Son aquellas tomadas en el ejercicio de la potestad que es propia y exclusiva de los órganos jurisdiccionales: juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 117, apartados 3 y 4 de la Constitución). Dentro de este apartado podemos distinguir a su vez otras dos clases de resoluciones:

a) *Resoluciones judiciales*, procedentes del elemento decisor o juzgador del órgano jurisdiccional: Jueces y Magistrados. Estas, según cuál sea su objeto y la forma que adopten, reciben el nombre de *providencias, autos y sentencias* (arts. 245 y 248 L.O.P.J.). Dentro de este apartado podríamos incluir, en principio, una cuarta forma de resolución judicial: aquellas resoluciones o acuerdos (que no hay que confundir con los de carácter gubernativos del apartado A, sino que tienen auténtico carácter jurisdiccional) adoptados oralmente en los juicios verbales, vistas de los pleitos o causas (art. 247). No está claro en la L.O.P.J. si se trata de una resolución distinta de las tres anteriores o, si por el contrario, estos acuerdos adoptarán la forma de una providencia, un auto o una sentencia, según proceda.

b) *Resoluciones del Secretario*, que reciben el nombre de *diligencias de ordenación*.

(15) Lo mismo ocurrirá cuando las Magistraturas de Trabajo sean sustituidas por los Juzgados de lo Social (art. 93, y disposición transitoria 19 L.O.P.J.) al ser éstos herederos de aquéllas y con los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (art. 91 L.O.P.J.), éstos en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional 6.ª de la L.R.J.C.A.

gencia; si es penal, el de reforma dentro también de tercero día ante el Juez correspondiente (16). Ahora bien, tratándose de Tribunales, si el proceso es contencioso-administrativo (art. 92,a y disposición adicional 6.ª L.R.J.C.A. en relación con el art. 402 L.E.C.) cabe recurso de súplica en el plazo de cinco días, pero si se trata de un proceso penal (art. 236 L.E.Cr.), laboral (nada dice la L.P.L.) o civil (art. 401 L.E.C.) no cabe recurso alguno, con lo cual el problema subsiste. Aunque no dejamos de reconocer que la solución es forzada, nos inclinamos por admitir que ante los Tribunales colegiados al no existir otro, el cauce debe ser el del recurso de súplica y así lo vienen admitiendo algunas Audiencias; es decir, la parte perjudicada podrá solicitar la rescisión de la diligencia al Magistrado Ponente en el plazo de cinco días, resolviéndose por el cauce del recurso de súplica.

Lo que sí creemos es que en ambos casos, reposición o reforma y súplica, deberá ser oído el Secretario que dictó la diligencia.

Ahora bien, aparte de todas las anteriores resoluciones judiciales, todas ellas de carácter jurisdiccional o procesal, los órganos jurisdiccionales pueden dictar otra clase de resoluciones en materia gubernativa, que reciben el nombre de acuerdos. Así, el art. 244 de la L.O.P.J. dispone que «las resoluciones de los Tribunales cuando no estén constituidos en Sala de Justicia, las de las Salas de Gobierno y las de los Jueces y Presidentes cuando tuvieren carácter gubernativo, se llamarán acuerdos», añadiendo que «la misma denominación se dará a las advertencias y correcciones que por recaer en personas que estén sujetas a la jurisdicción disciplinaria se impongan en las sentencias o en otros actos judiciales».

Creemos que en estos casos se trata de actos administrativos que caen bajo el ámbito de la legislación de esta naturaleza y que también será necesaria la información, pero no por aplicación del artículo 248,4 de la L.O.P.J., sino del art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

c) *¿Debe estar contenida en el propio texto de la resolución que se notifica?*

Se plantea asimismo la cuestión de si esta información sobre los recursos deberá formar parte de la propia resolución o, por el con-

(16) Aunque el art. 217 L.E.Cr. al hablar de las resoluciones contra las que cabe este recurso no enumera las providencias, la doctrina casi unánimemente y la práctica de los Tribunales admite que procede también contra ellas. Puede verse al respecto AGUILERA DE PAZ, «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal», 2.ª edición, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1923, T. II, p. 483 y ss., donde se hace eco de la polémica doctrinal al respecto.

trario, la información deberá darse en el acto de la notificación, pero no en el texto de la resolución que se notifica.

Si acudimos a los antecedentes del precepto del apartado 4.º del art. 248 de la L.O.P.J., vemos, en primer lugar, que el art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo nada dice al respecto y, en la práctica, unas veces se contiene la información en la propia resolución que se notifica y otras simplemente en la copia, después del texto de aquélla. Por el contrario, en el art. 93 de la L.P.L. se exige que la información se contenga en el fallo de la propia sentencia. Siguiendo este precedente numerosos órganos jurisdiccionales, vienen haciéndolo así después de la entrada en vigor de la L.O.P.J., en todos los órdenes jurisdiccionales y no sólo en el laboral.

Sin embargo, no parece que haya sido ésta la intención del legislador de la L.O.P.J., como claramente se desprende del contenido literal del precepto que examinamos según el cual «al notificarse la resolución se indicará», y, como por otra parte, al hablar de la fórmula de las providencias, autos y sentencias, el propio art. 248, en los apartados 1, 2 y 3 nada dice de que las mismas contengan dicha información, creemos que la conclusión a que hay que llegar es que la información deberá darse simplemente en el acto de la notificación. Así lo ha entendido la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Valencia en auto de 18 de diciembre de 1985, dictado en una causa criminal, en el que se dice que «lo dispuesto en el repetido artículo 248,4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, fue cumplido al notificar la sentencia, tal como aparece en el rollo de Sala, donde se instruye a los Procuradores de lo que dicho precepto expresa, sin que dicha advertencia deba formar parte del contenido de la sentencia, pues no se exige en el apartado 3 del tantas veces citado artículo 248».

En sentido contrario se pronunció la Junta de Jueces de Valencia en la antes citada reunión de 19 de septiembre de 1985, al decir en la propia conclusión 6.ª «que la indicación de los recursos que señala el artículo 248,4, ha de realizarse en la parte dispositiva de la resolución».

Queda, sin embargo, subsistente la duda, en lo que respecta a la notificación de las sentencias en el orden social, es decir, si ha de entenderse derogado, el art. 93 de la L.P.L., en virtud de lo dispuesto en el último párrafo del apartado 1 de la disposición derogatoria de la L.O.P.J. o, por el contrario, al ser aquélla una disposición especial (17) hay que considerarla subsistente.

(17) En este sentido el Tribunal Supremo tiene declarado que una norma general no puede derogar la especial (S. de 20 abril 1961).

Nosotros nos inclinamos por esta última interpretación, máxime teniendo en cuenta, además, que en el orden social conviene así, al menos en primera instancia, al no ser obligatoria en ella la intervención de Abogado ni Procurador (art. 10 L.P.L.).

#### d) *¿Debe hacerse por escrito?*

Sentado, como acabamos de hacerlo, que la información sobre los recursos basta con que se haga en el acto de la notificación, sin que sea necesario que se incluya en el texto de la resolución a notificar, con la excepción ya indicada, de la notificación de la sentencia en el proeso laboral, queda pendiente la cuestión de si esa información deberá hacerse por escrito o, por el contrario, bastará que se haga en forma verbal.

Tampoco dice nada la L.O.P.J. sobre este particular. En la práctica no pocos órganos jurisdiccionales se han inclinado por la información oral, quizás porque es menos comprometido para el funcionario que la realiza (18).

Creemos, sin embargo, que la información debe darse en todo caso por escrito. Así se exige en los dos antecedentes del precepto que comentamos, tantas veces citados (art. 79, apartado 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo y en el art. 93 de la L.P.L.).

Además, la escritura supone una mayor garantía para el destinatario de la notificación, e incluso en algún caso, como en la notificación por correo, no cabe hacer la información si no es por escrito.

Respecto a la forma de realizarla creemos que deberá ser añadiendo a la copia de la resolución que se notifica un párrafo que contenga dicha información, si la notificación es personal o por correo y, si es por cédula, haciéndolo constar asimismo en ésta.

#### e) *¿Es vinculante?*

Se plantea la cuestión de si la información sobre los recursos es vinculante tanto para el destinatario de la misma, como para el órgano jurisdiccional.

Creemos que en los dos casos la contestación debe ser negativa, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir en su caso el funcionario que la practicó si dio una información errónea. Es decir, respecto al destinatario de la notificación, éste al igual que ocurre en el procedimiento administrativo podrá utilizar el recurso que se le indica o cualquier otro que estime pertinente (ar-

(18) Con razón dice el axioma: «las palabras vuelan, lo escrito escrito permanece».

título 79,2 Ley de Procedimiento Administrativo) y, en cuanto al órgano jurisdiccional creemos que tampoco quedará vinculado por la información si ésta es errónea, por lo cual deberá de rechazar el recurso que se interponga, si éste no es el procedente, a pesar de que en el acto de la notificación se haya dicho que era el que correspondía.

f) *Constancia de su cumplimiento*

Por último existe la cuestión de si será o no necesario dejar constancia de haberse cumplida ese deber de informar impuesto por el precepto que comentamos. Nada nos dice tampoco en este sentido la L.O.P.J. de 1985. Sin embargo, creemos, si no necesario, al menos conveniente, que en la diligencia que se extienda para hacer constar la realización del acto de la notificación, se exprese el haberse cumplido con dicho deber de información, al menos de una forma genérica, es decir, no será necesario expresar que se le ha informado de que contra la resolución que se le notifica cabe interponer tal recurso, en el plazo de tantos días ante tal Juzgado o Tribunal, sino que bastará decir que se le ha informado de los recursos que contra la misma caben, y de los plazos y del órgano ante el cual debe interponerse o, por el contrario, que la misma tiene el carácter de firme (en el caso de que no quepa ningún recurso). Con ello el funcionario salvará su posible responsabilidad en el supuesto de que la persona notificada negare haber recibido la información.

C) *La intervención de testigos en los actos de comunicación*

El art. 281,2 contiene un precepto que, aunque no hace referencia de forma expresa a las notificaciones, tiene sin embargo relación con las mismas. Expresa este precepto que «la plenitud de la fe pública en los actos en que la ejerza el Secretario no precisa la intervención adicional de testigos».

Según esto hay que tener por desaparecida, en los supuestos en que sea el propio Secretario el que practique la notificación, la exigencia de que firmen la diligencia de notificación uno o más testigos, según los casos, cuando la persona con quien se entienda no puede o no quiere firmar, a que se refieren entre otros los arts. 263 y 268 de la L.E.C. y 171 de la L.E.Cr. y creemos que también, en el proceso civil, la de que las notificaciones en estrados se hagan a presencia de dos testigos que deban firmar la diligencia que se extienda, a que alude el art. 282 de la propia L.E.C.

PROCESAL CIVIL

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO:

1. Ley procesal. — 2. Jurisdicción. — 3. Competencia. — 4. Modalidades de tutela jurisdiccional. — 5. Partes. — 6. Actos previos al proceso. — 7. Defensas del demandado. — 8. Reconvencción. — 9. Prueba. — 10. Sentencia. — 11. Transacción. — 12. Segunda instancia. — 13. Cosa juzgada. — 14. Ejecución. — 15. Procesos concursales.

1. LEY PROCESAL

VIGENCIA EN EL TIEMPO.

S 8 junio 1984 (RA 3220)

*Se inicia proceso de desahucio rústico, por expiración del plazo del arrendamiento, con arreglo a la legislación anterior y, pendiente aquél, entra en vigor la nueva LAR que establece un procedimiento distinto.*

CONSIDERANDO: Que en el primero de ellos se acusa la relación del art. 131 de la citada L. A. R., por entender el recurrente que debía haberse seguido los trámites del juicio de cognición, según determina el precepto legal invocado, ya que en su criterio no es aplicable el procedimiento que establecía la legislación anterior; motivo que ha de ser sin duda desesti-

mado por las siguientes razones: a) Cuando se publicó la reciente Ley de 1980 (Boletín Oficial de 30 enero 1981) y comenzó a regir con fecha 19 febrero 1981 ya se hallaba en tramitación este proceso iniciado por la presentación de la demanda, por lo tanto y dado que hay que desechar por absurdo e ilegal exigir un nuevo comienzo del mismo proceso, éste había de seguir según la normativa vigente al comenzar en cuanto que las partes no optaron por continuar por los trámites que la nueva Ley señala, conclusión que se deduce no sólo de aplicarse por disposición expresa de la nueva Ley (disp. trans. 1.ª) al fondo de la cuestión debatida la legislación anterior, sino sobre todo en el aspecto procesal, porque habiéndose ejercitado la acción durante la vigencia de esa legislación anterior, al ser diferente el procedimiento que la nueva Ley establece para los juicios de desahucio que

no sean por falta de pago (art. 131 de la nueva Ley, a diferencia del art. 51, núm. 4.º, 1.ª, del Reglamento sobre esta materia de 29 abril 1959), el procedimiento a seguir a falta de opción de los interesados es el anteriormente establecido, como se deduce de la disp. transit. 4.ª del C. Civ. y del art. 3.º del R. D. de 3 febrero 1881, de promulgación de la L. E. Civ., aplicables la primera a virtud del carácter supletorio del C. Civ., según su art. 4, ap. 3, y la segunda a tenor del art. 137 de la Ley de 31 diciembre 1980; b) Seguir otro criterio implicaría dar efecto retroactivo a las normas procesales de la Ley últimamente citada, en contra del principio general del art. 2, párr. 3, del C. Civ., y toda vez que nada dispone en ese sentido la nueva Ley, sino más bien, como se ha visto, mantiene su irretroactividad para regir únicamente en los procesos que comiencen después de hallarse ya en vigor y no para los comenzados con anterioridad, como es el caso ahora contemplado.

## 2. JURISDICCION

### DE LOS TRIBUNALES CIVILES FRENTE A LOS ADMINISTRATIVOS.

S 16 noviembre 1983 (RA 6117)

*El actor, cesionario de dos certificaciones de obra de un contratista de obras públicas, reclama su importe de la entidad administrativa ante los tribunales civiles.*

**CONSIDERANDOS:** Que ciertamente la doctrina, la jurisprudencia que se cita en el recurso y la propia normativa hoy vigente (ésta no citada) admitieron y admiten la doctrina del «acto separable» como lógica secuela de la intrínseca naturaleza de estos actos, relativos a los previos y preparatorios de un contrato de derecho privado convenido por la Administración, y así ya el art. 4.º, regla 3.ª de

la Ley de Contratos del Estado —redacción de la Ley de 17 marzo 1973— prevé que «los contratos que no tengan carácter administrativo, se regirán en cuanto a su proposición y adjudicación por sus normas administrativas especiales» (aquí de un contrato de obra), «y en cuanto a sus efectos y extinción por las normas del Derecho Privado que les sean aplicables en cada caso en defecto de sus normas especiales, si las hubiere».

Que, consiguientemente, es claro que esa doctrina, ya norma, de los «actos separables» se refiere particular y esencialmente a los supuestos de contratos que pudieran ser calificados como de Derecho privado, pero cuyos actos previos o preliminares, sujetos a las formalidades administrativas («ius cogens») por su carácter intrínseco y estrínseco, permiten ser «separados» para un tratamiento sustancial y competencial por la Administración y por la jurisdicción especializada, por ejemplo en las hipótesis de nulidades o anulabilidades, independientemente del conocimiento por la ordinaria civil del negocio jurídico privado concertado por la Administración, caso de que llegue a juzgar del mismo y supuesta su previa validez según la resolución administrativa; pero a lo que no se refiere esa doctrina es a los actos o consecuencias posteriores de un típico contrato administrativo, relativamente a su ejecución o a la exigencia de la integridad de las prestaciones, tal como el caso del recurso, concerniente a la reclamación por la cesionaria de un contratista de obras públicas del importe de las certificaciones de obra cedidas por éste y reclamadas por aquélla a la Administración, supuesto que habrá de resolverse y decidirse de acuerdo con la doctrina general relativa a la competencia de la Jurisdicción contenciosa en los casos claros de contratación administrativa típica (aquí una de obras públicas), según SS. de 11 mayo 1982, 5 octubre 1983, 30 octubre 1983 y 7 noviembre 1983, en cuanto a su calificación adm-

nistrativa, incluidos los efectos naturalmente derivados de esa contratación (art. 1258 del C. Civ.), es decir, la eficacia y cumplimiento del contrato cuya naturaleza orgánica y finalista no puede ser alterada en sus consecuencias como con exceso ahora se pretende en el recurso, o sea por la mera sustitución personal del acreedor contratista, aun finalizada la ejecución, pues en todo caso, pese a las normas civiles aplicables a la cesión de créditos (y sin olvidar las administrativas respecto de la cesión de contrato), persiste la naturaleza administrativa de la deuda y la obligación de ese orden a cargo de la Administración contratante —art. 145 Reglamentos Contratos del Estado de 28 diciembre 1967—, sujeta, como es lógico, a la jurisdicción contenciosa —art. 3.º de la Ley de esa Jurisdicción, y 4.ª y 19.º de la de Contratos del Estado.

Que, por ello, es evidente que no hubo por parte de la Audiencia defecto en el ejercicio de su jurisdicción y que estuvo correcta en deferimiento a la ordinaria especializada.

## 3. COMPETENCIA

### TERRITORIAL: DILIGENCIAS PREPARATORIAS DE EJECUCIÓN.

S 18 noviembre 1983 (RA 6486)

*Se instan en Córdoba diligencias preparatorias consistentes en reconocimiento de firma del avalista, de letras domiciliadas, menos una, en Cartagena, domicilio del avalista. Este promueve inhibitoria.*

**CONSIDERANDO:** Que en el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Córdoba, a nombre de la Entidad «A. T. del S., S. A.», se formuló escrito solicitando diligencias preliminares de ejecución conforme a los arts. 1430 y 1431 de la L. E. Civ. contra don Eduardo O. V.,

domiciliado en Cartagena (Murcia) en concepto de avalista de catorce letras de cambio que acompañó, con el fin de que reconociera las firmas o en su caso la deuda; solicitándose por otro sí del mismo escrito embargo preventivo de los bienes del deudor; expedidos los despachos oportunos al Juzgado de igual clase de Cartagena, por el número dos de dicha ciudad se instó requerimiento de inhibición al Juzgado de Córdoba, promoviéndose entre ambos, previa la tramitación legal, cuestión de competencia por inhibitoria ante esta Sala 1.ª del T. S. y que ha de resolverse en favor del Juzgado de Cartagena atendiendo a las siguientes razones: a) Se basan las diligencias preparatorias solicitadas en catorce letras de cambio domiciliadas en Cartagena, sin que conste sumisión expresa a otro Juzgado, por lo que es Juez competente el del domicilio del deudor (art. 62, regla 1.ª, de la L. E. Civ.) conforme tiene muy reiteradamente declarado esta Sala —SS. de 3 marzo, 4 y 17 junio 1981, 4 febrero y 24 marzo 1983, entre otras— lugar donde se aceptó la letra y fue protestada, sin que sea procedente tener en cuenta el contrato causal de que dichas cambiales dimanaron; b) No obsta a dicha competencia que una de las letras contenga cláusula de sumisión expresa al Juzgado de Córdoba, puesto que son mayoría las que no contienen dicha cláusula, habiendo seguido ya el mismo criterio la sentencia de 3 enero 1983; c) Tampoco obsta a la declaración de competencia del Juzgado de Cartagena que lo pedido sean «diligencias preparatorias de ejecución», ya que esta expresión denota una fase previa y subordinada al juicio ejecutivo posterior y por tanto aparece indicado que se siga para aquellas diligencias el mismo criterio que la doctrina legal señala para el juicio ejecutivo que es el ya referido.

#### 4. MODALIDADES DE TUTELA JURISDICCIONAL

##### ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA.

S 28 febrero 1984 (RA 814)

*El actor, que había reconocido a un hijo no matrimonial, pretende frente a la madre y el M.F. que se le declare exclusivo titular de la patria potestad sobre el hijo.*

**CONSIDERANDOS:** Que reconocido por la sentencia de instancia que Alejandro A. C., nacido el día 13 enero 1976, e inscrito en el Registro Civil de Barcelona, es hijo natural de don Daniel A. L. y doña Dolores C. R., y establecido por la disp. transit. 1.ª de la Ley 13 mayo 1981 que la filiación de las personas, así como los efectos que haya de producir a partir de su entrada en vigor, se regirán por ella con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada, y establecida, igualmente, por la disp. transit. 9.ª, que la atribución de la patria potestad y su ejercicio se regirán por dicha Ley, a partir de su entrada en vigor, cualesquiera que sea la fecha del nacimiento del hijo, es manifiesto que para resolver el problema litigioso planteado por la demanda en la que se solicitaba se declarase que el actor ostentaba la patria potestad sobre su hijo natural reconocido con todos los derechos y deberes que legalmente comporta tal estado, debió aplicarse por la Sala sentenciadora, no el art. 154 del C. Civ. derogado que disponía que los hijos naturales reconocidos, menores de edad, estaban sometidos a la sola potestad de uno de los padres, sino el mismo precepto según la redacción dada por la citada Ley, ya que al concebir la patria potestad, cualquiera que sea la naturaleza de la filiación, como una función del padre y de la madre en beneficio del hijo, la atribuye conjun-

tamente a ambos progenitores, si bien, atendiendo a ciertas situaciones, tanto matrimoniales como extramatrimoniales, en las que los padres viven separados, y sin que la titularidad conjunta se altere, asigna su ejercicio a aquél de los padres con el que el hijo conviva, sin perjuicio de que el Juez a solicitud fundada del otro progenitor, pueda, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio, y esta atribución conjunta de la patria potestad impuesta por la Ley, por estar regida la institución paternofamiliar por normas de derecho necesario o «ius cogens», hace inviable cualquier pretensión dirigida a que se declare la potestad sobre el hijo de uno de los progenitores, con exclusión del otro, amparada en una legislación derogada al tiempo de dictar sentencia.

Que a la luz de los anteriores razonamientos deben examinarse los seis motivos de casación formulados, y así: a) el primero de ellos deducido al amparo del núm. 2.º del art. 1692 de la Ley procesal y en el que se denuncia la incongruencia de la sentencia por no resolver los puntos litigiosos, debe desestimarse, en primer lugar, porque, por regla general, las sentencias que absuelven de la demanda, como la aquí impugnada, resuelve todas las cuestiones litigiosas y no puede tacharse de incongruente, y en segundo término, porque la titularidad conjunta de la patria potestad respecto al hijo común la proclama la Ley y una pretensión procesal dirigida a obtener una sentencia meramente declarativa sobre tal particular es inviable por falta de interés en quien la ejercita, ya que no discutida su condición de padre nadie le puede discutir su titularidad de patria potestad en los términos dichos, aunque se le discuta su ejercicio, problema ajeno a esta litis.

##### ACCIÓN DE CONDENA DE FUTURO EN ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS.

S 17 febrero 1984 (RA 664)

*El demandado se opuso a la acción de condena de futuro ejercitada, en base a que la terminación del contrato por expiración del plazo no se halla expresamente contemplada en el artículo 132, 3 LAR y a que no habla adoptado actitud contraria a desalojar. Se opuso también a la condena en costas por el vencimiento.*

**CONSIDERANDOS:** Que en el primer motivo del recurso, al amparo de la causa tercera del ap. 3 del artículo 132 de la L. A. R. de 31 diciembre 1980, se denuncia por el recurrente la aplicación indebida del ap. 2.º del art. 135 de la propia Ley, por entender que el supuesto contemplado en el caso de la litis, ejercicio anticipado de acción de desahucio por expiración del término del arrendamiento, no estaba comprendido entre aquéllos para los que el precepto legal supuestamente infringido hacía permisible el ejercicio de acciones para surtir efectos en el futuro, argumentando así con olvido de que, como correctamente se razona, tanto en la sentencia del Juzgado, como en la recurrida, es inconcuso que la citada norma autoriza se inste la oportuna resolución judicial, para surtir efectos en el futuro, no sólo en los casos de conversión de la aparcería en arrendamiento o denegación de prórroga, sino, también, en aquellos otros supuestos de análoga naturaleza, como lo demuestra la expresión «entre otros», que añade a lo que sin ningún género de dudas no constituye una enumeración exhaustiva, aflorando, por demás, la insoslayable analogía entre los supuestos de «denegación de prórroga», que lleva aneja la extinción del arrendamiento al término del plazo de duración en curso, y la pretensión de que se decrete, para en su día, el desahucio del arrendatario por expiración del período contractual y de sus prórrogas le-

gales, y como a ello es de añadir que carece de consistencia el alegato del recurrente, en el sentido de que, al ser las costas preceptivas en esta clase de procedimientos, el ejercicio anticipado de la acción posibilita se deduzca la misma recién iniciada la localización con la grave sanción que tales cosas significan, pues ello entrañaría un claro abuso de derecho determinante, en su caso, del fracaso de la acción prematuramente ejercitada, aparte de que tampoco justificaría instar una resolución judicial si es diáfana una aptitud del arrendamiento en el sentido de no oponerse a la entrega de la finca al término del arrendamiento, aptitud que, como hace constar la sentencia recurrida, fue exteriorizada en el caso de la litis por el demandado en sentido contrario a dar por finalizado el arriendo, ratificando esta conducta con su oposición a las pretensiones de la demanda en el curso del litigio, imponiendo, en su consecuencia, todo lo razonado la desestimación del motivo.

Que en el segundo motivo del recurso, por la vía de la causa tercera del ap. 3 del art. 132 de la vigente L. A. R., se acusa la violación del art. 83, ap. 1, párr. b), de la propia Ley, motivo que ha de decaer en cuanto significa insistir en la tesis sostenida al articular el primero, precedentemente analizado, pues no tiene nada que ver la circunstancia de que el arrendamiento se extinga, y el arrendador pueda instar el desahucio, entre otros supuestos, por haber expirado el último período de prórroga legal, con el derecho que el párr. 2.º del art. 135 de la L. A. R. concede al arrendador para instar la correspondiente resolución judicial, a producir efectos en el futuro, a fin de que por expiración del término del arrendamiento y de sus prórrogas legales se decrete el desahucio para el día en que se producirá la meritada expiración.

Que igual suerte desestimatoria corresponde al tercer motivo del recurso

en el que, al amparo, también, de la causa tercera del ap. 3 del art. 132 de la L. A. R., se denuncia la aplicación indebida del art. 134, ap. 1, de la propia Ley, con carácter subsidiario, por entender el recurrente que aún prosperando la acción ejercitada por el arrendador, al supuesto de ejercicio anticipado de la acción, no le era aplicable en cuanto a costas judiciales el criterio del vencimiento en que la citada norma se inspira, abundando en los alegatos ya esgrimidos al formular el primer motivo del recurso, alegatos suficientemente rebatidos al analizar dicho primer motivo, pues lo que podía hacer injustificable la condena en costas hubiera sido el allanamiento del arrendatario demandado a las pretensiones del actor, allanamiento justificativo, en su caso, de la falta de necesidad de impetrar la tutela de los Tribunales, pero careciendo totalmente de tal justificación cuando se demuestra una tajante oposición del arrendatario a dar por finalizado el arriendo a la expiración de su término, oposición que de prosperar hubiera acarreado precisamente la condena del arrendador al pago de las costas.

## 5. PARTES

CAPACIDAD DE ACTUACIÓN PROCESAL: REPRESENTANTE DE PERSONA JURÍDICA.

S 13 octubre 1984 (RA 4777)

*La delegación de facultades en favor del mandatario de la sociedad que otorga poderes a procuradores no consta inscrita en el Registro mercantil.*

**CONSIDERANDO:** Que reconocido en la sentencia recurrida (considerando segundo) que efectivamente en el poder para Procuradores aportado a los autos, otorgado por el mandatario de la Sociedad demandante, y ahora recurrida, Parés Hermanos, S. A., no

consta que la delegación de facultades a favor de tal mandatario haya sido inscrito en el Registro Mercantil, sin que bajo otro aspecto en dicha resolución impugnada se establezca como probado que tal circunstancia haya sido acreditada, ni en consecuencia subsanada la omisión de esa circunstancia, pues que simplemente se indica que ha sido alegado por la parte actora en la réplica, y no desvirtuado por la demandada en la dúplica, que los litigantes han sostenido otro litigio ante el mismo Juzgado y que constituyó el juicio de mayor cuantía número tres de mil novecientos setenta y nueve en el que se utilizó el mismo poder por la actora, se alegó la misma excepción y se acreditó la inscripción en el Registro Mercantil, sin reconocimiento, como queda dicho, por la Sala sentenciadora de instancia de que se hubiese acreditado mediante la correspondiente prueba esa alegación, necesariamente conduce a la estimación de los cuatro motivos en que se fundamenta el recurso de casación de que se trata, el primero al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación de los artículos mil doscientos catorce, en relación con el mil doscientos dieciséis del Código Civil y del quinientos tres de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto los dos primeros preceptos establecen que la prueba de las obligaciones incumbe al que reclama su cumplimiento y que son documentos públicos los autorizados por Notario o empleado público competente con las solemnidades requeridas por la Ley, y los tres restantes en el número séptimo del citado artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil, por error de derecho, por violación de lo dispuesto en el artículo veintinueve del Código de Comercio, en relación con el artículo veintiuno, número sexto, del mismo Cuerpo legal, error de derecho en la interpretación de los artículos mil doscientos cincuenta y tres y mil doscientos cuarenta y nueve del Código Civil,

y error de hecho en la interpretación de la prueba evidenciador de la equivocación de la Sala, resultante del propio poder notarial general para pleitos que obra en los autos otorgado ante el Notario de Sevilla don José C. N. el treinta de agosto de mil novecientos setenta y ocho con el número tres mil noventa y ocho de su Protocolo, con base en insuficiencia e ilegalidad del poder alegada como excepción por los demandados, ahora recurrentes, al no haberse acreditado el cumplimiento del requisito o solemnidad establecido en el apartado sexto del artículo veintiuno del Código de Comercio, en el artículo setenta y dos de la Ley de Sociedades Anónimas y en el artículo noventa y cinco del Reglamento del Registro Mercantil, exigentes de la inscripción del poder otorgado o delegado a nombre de una sociedad mercantil —en este caso la entidad demandante, y ahora recurrida, Parés Hermanos, S. A.— para que pueda surtir efecto; y cuya omisión, en contra de lo apreciado por la Sala sentenciadora de instancia en el segundo de los considerandos de la sentencia recurrida, no puede entenderse suplida por el mero hecho de alegar su acreditación en otro juicio, sin desvirtuación de esa alegación por la parte contraria, porque, de una parte, tal circunstancia no se manifiesta haya sido probada por quien la adujo, y de otra parte no son los demandados quienes deban probar los asertos del demandante tendentes a evidenciar la eficacia del poder con que a nombre y representación de éste se actúa, sino que ha de ser precisamente dicho demandante el que haya de justificarlo, cuando es impugnado por el demandado, como afirmación que hace y debe probar al ser un aspecto que a él exclusivamente incumbe acreditar por ser el soporte esencial para actuar eficazmente en el procedimiento entablado.

POSTULACIÓN: RENUNCIA DEL PROCURADOR A LA REPRESENTACIÓN.

S 1 febrero 1984 (RA 568)

*El procurador del apelante renunció a la representación, ordenando la Sala que ello se notificara al poderdante y se le requiriera para otro nombramiento. El despacho correspondiente fue entregado para su diligenciamiento al procurador renunciante. El despacho no fue cumplimentado y la apelación se resolvió en cuanto al fondo.*

**CONSIDERANDOS:** Que la falta denunciada, se pone en relación con los siguientes datos procesales: Seguido un juicio ejecutivo instado por la sociedad que ahora recurre, contra don José Manuel V. M., recayó Sentencia estimatoria de la pretensión actora de seguir la ejecución adelante, de 24 octubre 1980, contra la que se interpuso apelación ante la Audiencia de Sevilla que había sido admitida en ambos efectos; en trámite de la cual, el Procurador don Jacinto G. S. que lo era del demandado y apelante, con fecha de 10 octubre 1981, presentó escrito ante la Sala desistiendo de la representación de dicho señor «por razones de delicadeza», suplicando que «se le tuviera por desistido». Para ello, utilizaba el derecho que, a todo representante concede el núm. 2.º del art. 1732 del C. Civ., que entre las causas de extinción del mandato señala la «renuncia del mandatario»; y la exigencia del art. 1736 de «puesta en conocimiento del mandante», fue cumplimentada en la forma requerida por el art. 9 de la Ley Enjuiciamiento que, después de hacer aplicación concreta de la norma genérica indicada al decir en el núm. 2.º que el Procurador cesara en la representación «por el desistimiento voluntario», preceptúa las formas en que se pondrá en conocimiento del poderdante que son «o judicialmente o por medio de acta notarial», de las que en este caso se eligió la primera, según se ha visto; la cual consta acreditada

en autos, a los efectos del párr. 2.º del referido art. 9 de la Ley procesal. En consonancia con ello, se dictó la Providencia mencionada de 16 octubre 1981, en la que se ordena «...se haga saber al demandado don José Manuel V. M., el desistimiento que, de seguir en estas actuaciones, formula su Procurador don Jacinto G. S., requiriéndole al mismo tiempo para que, si le interesa continuar manteniendo este recurso, se persone mediante nuevo Procurador debidamente apoderado... en término de 15 días hábiles, bajo apercibimiento de que, en su defecto, se tendrá por abandonado el mismo, con todas las consecuencias inherentes a tal declaración. Y entréguese dicho despacho al expresado procurador, para la gestión de su cumplimiento».

Que el despacho referido fue efectivamente entregado al Procurador señor G. S., el siguiente día 17 octubre, no obstante lo cual, no consta en autos que fuese cumplimentado, y consiguientemente tampoco hay constancia alguna de que el desistimiento haya sido puesto personalmente en conocimiento del representado que le permitiese adoptar las oportunas medidas al respecto, que es la finalidad perseguida, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1732 del C. Civ. y 9 de la Ley Enjuiciamiento: justo por lo cual, la Audiencia no podía dictar resolución alguna en la que se tuviese por desistido al Procurador, puesto que éste, legal y formalmente, continuaba ostentando la representación discutida. Procediendo, en su consecuencia, la desestimación del recurso, con los preceptivos pronunciamientos del art. 1767 de la Ley Enjuiciamiento, en cuanto a las costas causadas por el recurso y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

**LEGITIMACIÓN: DE LOS HEREDEROS CASO DE EXISTIR ALBACEA UNIVERSAL.**

S 22 marzo 1984 (RA 1317)

*Se pretende por el recurrente en casación que, caso de haberse nombrado albacea universal, sólo él y no los herederos —como en el caso ocurrió— estaría legitimado para ejercer acciones de la herencia indivisa.*

**CONSIDERANDO:** Que el motivo tercero se basa en violación por inaplicación del art. 901 del C. Civ., en relación con los arts. 909 y 911 del mismo Cuerpo legal, puesto que —se dice— el testamento aportado por la demandante como realizado por don Xixto P. A. nombra albacea para realizar todo tipo de operaciones hasta que los herederos y legatarios entren en posesión de los bienes que les correspondan; y su improsperabilidad es no menos palmaria, pues además de que suscita una cuestión nueva en el recurso, contraviniendo la prohibición establecida en el núm. 5.º del art. 1729 de la Ley Procesal, causa de inadmisión que en este trámite opera como desestimatoria, se olvida que en el ámbito de la ejecución testamentaria la existencia de un albacea universal conforme a lo previsto en el art. 894, es decir, investido de todas las facultades precisas para cumplir la voluntad del «de cuius» hasta la adjudicación y entrega de los bienes y por lo tanto las de contar y partir (S. de 15 abril 1982), condición que sin duda convierte al designado en dicha disposición de última voluntad, no puede impedir la gestión procesal de los herederos en cuanto subrogados en la situación jurídica del causante como efecto de la «successio in ius» (arts. 659 y 661 del mismo Código), acudiendo al ejercicio de las acciones que correspondían al difunto para reclamar de extraños bienes que pasarán a integrar la masa partible, legitimación que se extiende al cónyuge viudo —SS. de 30 mayo 1950 y 16 junio 1961—, pues ellos son los principales interesados y no existe

precepto legal que les impida entablar el litigio, doctrina en la que se inspiran las SS. de 12 julio 1905, 24 abril 1907, 21 marzo 1911 y 10 julio 1935, máxime cuando, como ahora ocurre, no se trata de la hipótesis prevista en la norma 3.ª del art. 902, esto es, de la defensa en juicio de la validez del testamento, que aun así tampoco descartaría la «legitimatío ad causam», cuando menos concurrente, de los herederos.

**LEGITIMACIÓN. LITISCONSORCIO PASIVO: SUBSANACIÓN.**

S 2 diciembre 1983 (RA 454)

*Demandándose a una sociedad, se pide la condena de uno de los socios a rendir cuentas de su gestión desde que se hizo cargo indebidamente de la gerencia. Estimada la falta de integridad subjetiva de la litis, la actora recurre por entenderla subsanada por haber sido parte dicho gerente en un proceso que se acumuló al que cita mos.*

**CONSIDERANDO:** Que igual solución desestimatoria es de llegar en cuanto al motivo 2.º en que se basa el recurso formalizado por don Alejandro R.-Q., porque al comprender el extremo D) de la súplica de la demanda interpuesta por aquél exclusivamente contra la entidad mercantil «Rodríguez Moreno, Sociedad en Comandita», que dio origen al juicio declarativo de mayor cuantía núm. 244 de 1973, la solicitud de declaración de que don Ricardo Arturo R.-Q. rinda cuentas de su gestión desde que indebidamente tomó posesión de la Sociedad como Gerente, sin que en tal juicio hubiese sido demandado el precitado don Ricardo Arturo R.-Q., indudablemente lleva a la procedencia, en orden a tal pedimento, de la excepción de litis pendencia apreciada por la Sala sentenciadora de instancia, ya que ese pronunciamiento para que pudiera tener efectividad ciertamente

precisa que se dirija no exclusivamente contra la entidad «Rodríguez Moreno, Sociedad en Comandita» si que contra el mencionado don Alejandro R.-Q. contra el que la indicada solicitud de rendición de cuentas de gerencia es formulada, pues al no haber sido hecho así impidió la audiencia y contradicción a ello por parte de dicho directamente interesado a la expresada pretensión, vulnerando esenciales principios procesales que omitidos evidentemente son generadores de indefensión; y sin que a ello obste la singular circunstancia de que el indicado juicio núm. 244 de 1973 hubiese sido acumulado al 425 de 1974 derivado de demanda interpuesta por don Luis R.-Q. contra don Alejandro y don Ricardo Arturo R.-Q. y el 394 de 1976 planteado por el precitado don Alejandro R.-Q. contra el mencionado don Ricardo Arturo R.-Q., sustituido en el proceso por causa de fallecimiento por sus herederos don Manuel, don José Aniceto, don Carmelo, don Francisco y don Edmundo Adolfo R.-Q., ya que al afectar estos dos últimos al aspecto de hecho y jurídicos y consiguientes, pretensiones diferentes a los de la referida pretensión de rendición de cuentas, significa la no posibilidad de haber sido formalmente oído sobre ella al invocado afectado y luego sus herederos, desde el momento que si la acumulación de autos en virtud de lo normado por el art. 186 de la L. E. Civ., efectivamente origina que se sigan en un solo juicio y se terminen por una misma sentencia, es con el alcance de controversia que se hubiese producido en cada uno de los autos acumulados, y sin que por tanto pueda suplir la falta de audiencia y contradicción que se haya producido, como en este caso ha ocurrido, en relación a pretensión que en uno de los autos acumulados se hubiere producido a causa de no haber figurado en él, ni en consecuencia haber sido oído sobre ella, y sin posibilidad por tanto de contradicción, quien es directamente por ella afectado.

## 6. ACTOS PREVIOS AL PROCESO

DILIGENCIA PRELIMINAR DEL ART. 497-5.º

LEC: CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL REQUERIMIENTO DE EXHIBICIÓN.

S 25 septiembre 1984 (RA 4357)

*Se insta la diligencia preliminar y al oponerse el demandado, se sigue el procedimiento de incidentes condenándose a la exhibición, con indemnización en caso contrario. En ejecución, se le requiere a exhibir con amenaza de proceder por delito de desobediencia.*

**CONSIDERANDOS:** Que según resulta de las actuaciones, seguido un proceso preparatorio en forma de diligencias preliminares promovidas al amparo del artículo cuatrocientos noventa y siete, número quinto, de la Ley de Enjuiciamiento civil por quien, titulándose consorcio en determinada sociedad irregular, instó el requerimiento del ahora recurrente «a fin de que presente cuantos libros, balances, cuentas de pérdidas y ganancias, documentos contables, albaranes, facturas y comprobantes de cualquier clase que afecten a la Agencia de Publicidad Exterior DIPE», y formulada oposición según lo previsto en el párrafo segundo del artículo quinientos uno, el incidente seguido al efecto concluyó por sentencia declarando el derecho de la exhibición, con orden de que fuera practicado el requerimiento conducente «a don Angel S. R. para tal presentación, bajo apercibimiento de que de no hacerlo, deberá responder de los daños y perjuicios que se causen», y postulada la «ejecución de la sentencia», así se acordó por proveído de nueve de junio de mil novecientos setenta y nueve con estricta sujeción a los términos de la ejecutoria, lo que significó la intimación respecto a la entrega en el Juzgado de aquellos documentos, «apercibiendo a

dicho demandado de que de no hacerlo deberá responder de los daños y perjuicios que se causen», si bien posteriormente y ante la petición de la parte recurrida en casación de que la insuficiente actividad del requerido, ocultando documentos, debería completarse con la presentación de los libros y demás antecedentes que expresa en su escrito, el Juzgado así lo acordó ordenando la práctica de la medida, pero añadiendo como medio compulsivo «que de no verificarlo, podrá incurrir (el requerido) en el delito de desobediencia a los mandatos judiciales», resolución que en su integridad es mantenida mediante auto decisorio del recurso de reposición pero que ha sido parcialmente revocado en la alzada, en el sentido de excluir de la presentación ordenada «las declaraciones formuladas por el requerido como sujeto pasivo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondientes a los cinco años anteriores a mil novecientos setenta y nueve así como las relativas al Impuesto extraordinario sobre el Patrimonio y las correspondientes a la regulación voluntaria de la situación fiscal», pero manteniendo los restantes pronunciamientos y por lo tanto el de la conminación al vencido de que su conducta podría tener valoración real.

Que el primer motivo del recurso, basado en el artículo mil seiscientos noventa y cinco de la Ley Procesal, reprocha a la resolución combatida el haber proveído en contradicción con lo ejecutoriado, al hacer un apercibimiento de dar a la negativa de presentación un alcance punitivo, a pesar de que la sentencia recaída nada dispuso al respecto, sino que se limitó a indicar la producción de responsabilidad por los daños y perjuicios que se causaren; impugnación que debe prosperar, por las siguientes razones: Primera) Se ha incurrido en evidente extralimitación al conminar al requerido con la posible imputación de un delito de desobediencia, cuando tanto la sentencia firme como la providen-

cia que acordó la ejecución se concretaron con la mayor rotundidad a un apercibimiento indemnizatorio, con lo que es claro que la negativa del requerido no tendría más trascendencia que la puramente patrimonial, solución a todas luces correcta, sin llevar al proceso civil valoraciones propias del ámbito punitivo. Segunda) A pesar del estrecho cauce en que esta resolución recae, no es ocioso recordar que según se infiere de lo dispuesto en el artículo quinientos uno de la Ley citada, y así lo entiende sin discrepancia la doctrina, se haya seguido o no el proceso incidental por haber surgido oposición del requerido, no cabe coacción directa o medida de ejecución material para que la exhibición o presentación se realice, por lo mismo que la diligencia preliminar no cambia su naturaleza aun en la segunda hipótesis, y por tratarse de un hecho personal se opera la sustitución por vía indemnizatoria de los posibles daños y perjuicios, en debida correspondencia con el supuesto más general del artículo novecientos veinticuatro, lo que en consecuencia determina que ni cabe el cumplimiento coactivo ni es posible medio alguno de apremio o coercitivo distinto del indirecto representado por esa posible condena al resarcimiento del quebranto ocasionado.

## 7. DEFENSAS DEL DEMANDADO

NULIDAD DEL NEGOCIO CONSTITUTIVO DEL DERECHO INSCRITO SIN PRETENDER CANCELACIÓN.

S 25 mayo 1984 (RA 2549)

*Se ejercita acción declarativa de ciertos derechos que figuraban inscritos en el Registro; el demandado opone la nulidad del negocio jurídico que dio lugar a la inscripción, pero no pretende la cancelación de ésta con arreglo al art. 38 LH.*

**CONSIDERANDOS:** Que el primer motivo del recurso denuncia infrac-

ción por violación de los art. 1.º, párr. 3.º, y 38, párr. 2.º de la Ley Hipotecaria, alegando al efecto que si por presunción legal los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, la contradicción y por tanto la relevancia de la realidad jurídica sobre el contenido tabular tienen que encauzarse por medio del ejercicio de una acción, sea autónoma o reconvenzional, precisamente encaminada a destruirlo, criterio al que no se atuvo la Sala al afirmar la irrelevancia de los actos inscritos, pues admite una realidad extrarregistral contraria al contenido del Registro y al mismo tiempo se mantienen los asientos contradictorios y los derechos en los proclamados; impugnación improsperable, porque el elemento de que parte la norma del párr. 2.º de dicho art. 3.º es el ejercicio de una acción que contradiga la existencia del derecho inscrito por ineficacia o vicios de título registrado, de los que se derive o pueda dimanar un asiento cancelatorio de la inscripción de donde se sigue según opinión generalmente mantenida que sólo es preceptivo instar la cancelación, conforme a los términos literales del precepto, en la hipótesis de formular pedimento reconvenzional contra el derecho inscrito, pero no si el demandado se limita a enervar la acción promovida por el titular registral oponiendo como defensa la nulidad del negocio básico, aunque la excepción pugne con el asiento, y en tal sentido se pronunció este Tribunal en SS. 9 junio 1955, 11 junio 1958, 30 enero 1960, 28 mayo 1965 y 4 febrero 1967, cuya doctrina descarta que aquél, para oponerse a una pretensión reivindicatoria o declarativa basada en título inscrito, venga obligado a reconvenir para obtener la declaración de nulidad del derecho registrado y la cancelación del asiento que produjo, a pesar de que subsista la discordancia entre el Registro y la realidad extratabular, que podrá ser corregida ulteriormente a instancia de quien venga

legitimado para ello, a lo que debe añadirse que la inscripción, según el art. 33 de la misma Ley Hipotecaria, no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, lo que equivale a proclamar que su constancia registral no les purifica del vicio invalidante ni el asiento opera con virtud sanatoria purgando a los títulos inválidos y dotando a la inscripción de propia sustantividad, sino que, según indicó este Tribunal en S. de 25 febrero 1972, es mera corroboración y garantía del dominio que se origina por la fuerza de un título legítimo.

Que los mismos fundamentos determinan la repulsa del motivo segundo del recurso, amparado como el precedente en el núm. 1.º del art. 1692 de la L. Proc., que acusa la violación, en su aspecto negativo de la no aplicación, del art. 6, párr. 4, del C. Civ., provocada en parecer del actor recurrente al dar paso la sentencia combatida a un supuesto evidente de fraude de Ley, previsto y repudiado en dicho precepto, vulnerado por la Comunidad de propietarios recurrida al oponer la nulidad del título como excepción, que en puridad no debe impedir la entrada en juego del art. 38 de la Ley Hipotecaria, «norma que se ha tratado de eludir», según se dice; pues mal puede sostenerse que ha existido fraude intrínseco del precepto cuando el supuesto acto clusivo se ajustó precisamente a la disposición legal de que se trata, sin contrariar en modo alguno la finalidad práctica que persigue, requisito de existencia indispensable para la aparición del fenómeno fraudulento —SS. de 13 junio 1959, 22 mayo 1969, 14 diciembre 1972 y 10 febrero 1984—, y mal podrá sostenerse que ha sido burlada la previsión de dicha norma hipotecaria cuando ni su letra ni su espíritu imponen la petición de que el asiento registral sea cancelado cuando la parte demandada se limita a excepcionar la nulidad del título esgrimido por el demandante sin adoptar una posición procesal más activa, por lo que si no ha sido infrin-

gido el sentido finalista de un precepto que a contrario consiente la actitud tomada, por manifiesto ha de tenerse que no ha surgido nada en oposición a lo que el ordenamiento positivo establece.

#### EXTENSIÓN DE LA DEFENSA DE PRESCRIPCIÓN A LOS LITISCONSORTES.

S 2 febrero 1984 (RA 570)

*Uno de los litisconsortes (deudores solidarios) se defiende alegando prescripción puesto que el acto interruptivo (demanda de pobreza) no se dirigió frente a él.*

CONSIDERANDO: Que acogida la pretensión de resarcimiento en ambas instancias, incluso con incremento del quantum indemnizatorio de la apelación, los motivos primero y tercero del recurso, íntimamente relacionados como facetas que son de un único tema, al amparo del núm. 1.º del artículo 1692 de la Ley Procesal denuncian, respectivamente, infracción por violación del art. 1968, núm. segundo, en conexión con el 1973 y 1974, todos del C. Civ., argumentando que transcurrió más de un año desde el sobreseimiento acordado el 20 febrero 1974 hasta la segunda demanda de pobreza, puesto que carecen de efectos interruptivos la petición de reapertura sumaria y la primera solicitud del beneficio de pobreza no dirigida en concreto contra los recurrentes, con la consiguiente pérdida del derecho por expiración del tiempo legalmente fijado para su existencia; impugnación improsperable, pues descartada con acierto por la Sala a quo la virtualidad, a los fines de interrumpir la prescripción, de las acusaciones en vía penal practicadas veintitrés meses después del primer sobreseimiento, según la doctrina jurisprudencial sostiene —SS. de 26 octubre 1963 y 14 abril 1978—, acude sin embargo a la norma del artículo 1974 del Código sustantivo que, basándose en los precedentes del de-

recho histórico (art. 1059 del Proyecto 1851 y Código Justiniano, 8, 40, 5: *vel ex libello admonitionem alia debitoribus praeludicare*) y en debida congruencia con el alcance de la solidaridad pasiva y lo dispuesto en el artículo 1141, párr. 2.º, establece que la reclamación judicial o extrajudicial del acreedor interrumpe totalmente la prescripción aunque haya sido dirigida contra uno sólo de los deudores solidarios, e incuestionable que revista o acarrea tal consecuencia la demanda de pobreza oportunamente interpuesta —SS., entre otras, de 9 julio 1975, 9 junio 1976 y 17 abril 1980—, ha de entenderse que atendida la solidaridad surgida entre asegurado y asegurador como la doctrina legal proclama —SS. de 18 febrero 1967, 15 diciembre 1975, 27 noviembre 1981, 15 y 31 marzo 1982 y 28 marzo 1983—, la reclamación dirigida contra el segundo interrumpe la prescripción extintiva también con referencia al asegurado, por lo que ha de atribuirse toda la significación que le es propia a la interpelación efectuada en la demanda de pobreza, pues si bien no cita a los ahora recurrentes, sí aparece dirigida contra «la Compañía de Seguros Mutras en la que se hallaba asegurada la grúa matrícula O-124.391», y a pesar de que en definitiva tal entidad haya sido absuelta de la demanda indemnizatoria por entender el Juzgador que el evento dañoso de que se trata no se encuentra comprendido en la póliza, parece contrario a las exigencias de la buena fe acudir a un dato posterior a la prosecución del incidente de pobreza (el pronunciamiento sentencial que delimita el ámbito objetivo del contrato de seguro existente) para negar eficacia frente al asegurado a la reclamación dirigida contra el asegurador, cuando en la pretensión deducida se hace mención específica del vehículo de que se trata a pesar de que se prescinda de nombrar a sus propietarios.

#### 8. RECONVENCIÓN

DISTINCIÓN DE LAS DEFENSAS DEL DEMANDADO.

S 8 noviembre 1983 (RA 6067)

*Se dirige demanda contra tres demandados para elevación a escritura pública de unas compraventas de pisos, una de las mismas realizada por uno solo de los demandados copropietarios. Uno de los demandados reconviene pretendiendo condena al pago de parte del precio y la nulidad de una de las compraventas por no haber prestado su consentimiento.*

CONSIDERANDO: Que, por el contrario, ha de prosperar en cuanto a los contratos de 13 abril y 22 septiembre 1971, el motivo segundo del recurso, que por el cauce del núm. 1.º del art. 1692 de la L. Pro. Lab. denuncia interpretación errónea de los arts. 1259 y 1261 del C. Civ., vicio in iudicando que se entiende cometido al tener por válidos unos negocios sin más fundamento que la incorrecta formación del contradictorio en la demanda reconvenicional, a pesar de que falta el consentimiento o la ratificación del condueño recurrente; alegación que, al margen del mayor o menor acierto en el concepto de la infracción utilizado, merece ser acogida por las siguientes consideraciones: 1.º) Si ciertamente el art. 1259 no es aplicable al supuesto en litigio, dado que en las compraventas de que se trata los enajenantes se arrogaron el dominio exclusivo sobre los pisos vendidos prescindiendo de toda referencia a la cotitularidad del recurrente, la cuestión sí es encuadrable en el art. 1261, número 1.º, pues se trata de que no ha existido manifestación de voluntad negocial por parte de don Miguel G. P. y su esposa, «que son copropietarios de las fincas urbanas comprendidas en dichos contratos». 2.º) La imposibilidad legal de dar paso a la reconven-

ción al no estar dirigida la pretensión declarativa de la inexistencia contra los vendedores que ocupan la posición de codemandados —S. de 30 enero 1960—, no es obstáculo para que sea examinado el tema de la falta de autorización de condominio recurrente, alegada con toda extensión en los fundamentos fácticos y jurídicos del escrito de contestación a la demanda, que por su trascendencia puede impedir el éxito de lo instado por los actores a pesar de que no prevalezca la reconversión. 3.º) Si todo negocio de disposición precisa como esencial presupuesto el poder jurídico de disponer sobre la cosa o derecho transmitido, es patente que carecerá de eficacia frente al titular exclusivo o el cotitular la enajenación realizada por quien carece del poder de disposición, como acontece en el caso objeto del recurso, pues ya se entienda que se trata de una comunidad o se califique a la situación de sociedad particular informal, los arts. 397 y 1795, regla cuarta, del C. Civ., impedirían a dos de los condueños o socios proceder a la venta de los pisos sin recabar la intervención o la anuencia del tercero, por lo cual los negocios celebrados no vinculan a éste pues con relación a los actos dispositivos no rige el principio de la mayoría —S. de 30 abril 1958—, a lo que debe añadirse que los organismos jurisdiccionales de instancia no dan por cierta la versión de que haya existido entre los copropietarios una distribución amistosa —sin la menor constancia— de los pisos y locales, posibilidad que viene descartada por los términos del contrato de 22 septiembre 1971, al otorgar el cual declara el vendedor que «se encuentra pendiente de verificar la división horizontal de la totalidad de la finca», con lo que sin duda quiso aludirse a la adjudicación de las diversas superficies que pasen a formar las propiedades separadas, pues el título constitutivo de tal figura está contenido en la escritura pública de 29 abril 1969.

## 9. PRUEBA

CARGA RESPECTO A LA PRUEBA DE CAUSA DE UN RECONOCIMIENTO DE DEUDA.

S 25 noviembre 1983 (RA 6503)

*Se reclama la deuda reconocida como consecuencia de la liquidación de unas relaciones comerciales, siendo desestimada la pretensión porque el actor no probó la causa del reconocimiento de deuda.*

CONSIDERANDO: Que el motivo 2.º, al amparo del núm. 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ., denuncia, por el concepto de interpretación errónea, la infracción de los arts. 1277 y 1224 del C. Civ.; y es éste, motivo que debe prosperar, porque A) según el art. 1277 del C. Civ., ora se entienda contiene una verdadera presunción en el sentido técnico-jurídico de este medio de prueba según los arts. 1215, 1250 y 1.º párr. del 1251, bien que ofrece una verdad interina, o que más bien pertenece como el 1214 al régimen de la distribución del «onus probandi» entre los litigantes o, en fin, se reduzca a una norma facultadora de la prueba y más intensamente de la que correspondería efectuar a la parte favorecida por la presunción, según la doctrina más autorizada, siempre será recusable el razonamiento de la sentencia impugnada que, para fundar la desestimación de la reclamación de cantidad parte de que carece de causa por no haberse demostrado su existencia, demostración que es justamente lo que el art. 1277 excusa, efecto que le es negado por el razonamiento de la instancia con directa incidencia en el sentido denegatorio del fallo que se combate y que debe ser anulado en ese punto para restablecer el efecto querido por el legislador, fuera aquellos otros casos que se demuestra positivamente la inexistencia de causa o su ilicitud; ello aparte que, como se comprobará en la segunda sentencia,

existe la causa que se cuestiona por no presentar la liquidación de cuentas caracteres de pura abstracción de admitirse en nuestro Derecho —SS. de 3 noviembre 1981 y 29 enero 1983— «una abstracción de la causa, que puede ser silenciada sin que por ello equivalga a la inexistencia» y sin que por ello se atribuya valor constitutivo al reconocimiento de deuda a la manera de fundamento autónomo de la obligación, suficiente para que el acreedor reclame ya sin controversia posible la efectividad de la prestación por atribuírsele al negocio carácter abstracto y antes bien —como han cuidado de establecer las SS. de 3 febrero 1973, 30 diciembre 1978 y últimamente la de 28 marzo 1983, ha de entenderse que el reconocimiento sin expresión causal regido por el art. 1277 no escapa a la general aplicación del 1275, lo que en definitiva se traduce en una abstracción meramente procesal y no material de la causa, cuyo efecto consiste en la inversión de la carga probatoria, por lo que no cabe prescindir de lo dispuesto en los arts. 1271, número 3.º y 1275, siendo, pues, indispensable la existencia de la causa para la del contrato, de suerte que, como puntualizaron las ya citadas SS. de 3 noviembre 1981 y 29 enero 1983 la inexistencia de la causa acarrearía la del reconocimiento de deuda, que existía en el caso contemplado en la S. 14 diciembre 1978 e incluso en el supuesto de la de 8 marzo 1956, definitiva del reconocimiento de deuda como contrato con el objeto exclusivo (al menos como posiblemente exclusivo) de dar a la otra parte un medio de prueba o comprometerse a no exigir prueba alguna de la deuda o querer considerar la deuda como existente contra el que la reconoce.

PERICIAL: ELEMENTOS A UTILIZAR PARA LA PERICIA.

S 22 mayo 1984 (RA 2500)

*En reclamación de indemnización por daños causados por quema de rastrojos, el juez acuerda pericial consistente en que se valoren los daños relacionados en un informe extraprocesal de un ingeniero agrícola.*

CONSIDERANDO: Que el art. 360 de la L. E. Civ. dispone en su primer párrafo que cuando hubiese condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe en cantidad líquida, o se establecerán, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación, y ordena en su segundo párrafo que sólo en el caso de no ser posible ni lo uno ni lo otro se hará la condena a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia; teniendo esta Sala declarado a estos efectos: a) que tanto por mandato de este artículo como por razones de economía procesal, en beneficio de todos los litigantes, se debe prescindir del trámite de ejecución de sentencia para cifrar la cuantía dineraria de un pronunciamiento condenatorio en casos en los que el juzgador aprecie en el proceso elementos de juicio suficientes para fijar en el fallo dicha cuantía dineraria —S. de 30 marzo 1957—; y b) que lo dispuesto en este artículo significa que únicamente en el supuesto de que durante el proceso sea imposible demostrar la cuantía de los daños y perjuicios, cabrá hacer la reserva que establece este precepto, y en los demás casos, bien porque las partes en el período instructorio, o bien porque el Juez haciendo uso de las diligencias para mejor proveer, aporten y prueben los datos necesarios para determinar su importe, no debe dejarse su fijación para el período de ejecución porque la Ley sólo autoriza esta reserva en casos excepcionales, en los cuales no puede ponerse fin a la controversia, con la deter-

minación específica que no puede obtenerse —S. de 3 mayo 1961, 14 mayo 1963, etc.—; de cuya normativa legal y doctrina jurisprudencial y partiendo como premisa de que la existencia del daño esté acreditada, ya que la falta de prueba acarrearía la absolución de la demanda, se desprenden las tres siguientes posibles situaciones en esta materia: 1.ª, que los elementos de convicción traídos al proceso, bien a iniciativa de parte o bien para mejor proveer, hayan permitido al juzgador señalar el importe líquido de tales daños y perjuicios; 2.ª, que por falta de una cumplida prueba no haya sido posible fijar la cantidad a satisfacer, aunque si las bases o presupuestos de hecho sobre los que asentar su cuantificación en ejecución de sentencia; y, finalmente, que no sean utilizables ninguno de los dos medios anteriores, en cuya hipótesis deberá hacerse una condena a reserva de fijar su importancia en ejecución de sentencia; desprendiéndose, igualmente, de lo expuesto que cuando acreditada la existencia de los daños el juzgador utiliza la facultad que le concede el art. 340 de la Ley Procesal al objeto de determinar su cuantía, no sólo hace un uso lícito de la prerrogativa concedida por dicho precepto, sino que, además presta acatamiento a la finalidad perseguida por la norma, que no es otra que evitar en lo posible dejar dicha cuestión para resolverla por los onerosos y dilatorios trámites de los arts. 928 y siguientes de la repetida Ley; todo lo cual conduce a la repulsa del motivo único de casación formulado al amparo del número séptimo del art. 1692 y en el que se denuncia el error de derecho en la apreciación de la prueba, por entender el recurrente que la sentencia de instancia al fijar el «quantum» indemnizatorio otorga valor de prueba pericial a un simple documento privado, no reconocido ni adverbado, con lo que se infringe el art. 1243 del C. Civ. en relación con los arts. 610 y siguientes de la Ley Procesal, pues frente a tal motivo y no combatida la declaración

de la sentencia de que se produjeron daños por el incendio, la otra cuestión relativa a la determinación del «quantum» era facultad y aun obligación del Juzgador el concretarla, incluso a través de una diligencia para mejor proveer como efectivamente hizo, y si para llegar a dicha concreción indicó al perito que tomase como base de su avalúo la relación de desperfectos que como producidos por el incendio se contienen en el documento informe de un ingeniero técnico acompañado a la demanda, no estaba dando a dicho documento el valor de prueba pericial, sino que estaba afirmando que se habían producido los daños allí relacionados, cuya valoración sometía al referido dictamen pericial; todo ello sin olvidar que, tal como se ha dicho anteriormente, aun en la hipótesis de que se privase de valor al repetido dictamen acordado para mejor proveer y se entendiese que no se había acreditado la cuantía de los daños, la consecuencia no sería la estimación del recurso y la consiguiente absolución del demandado en la sentencia, sino la estimación del recurso y el consiguiente mandato de que se procediese a la cuantificación de los referidos daños en período de ejecución por los trámites de los artículos 928 y siguientes de la Ley procesal.

**DOCUMENTAL: LÍMITES A LA DE EXAMEN DE LIBROS MERCANTILES.**

S 9 marzo 1984 (RA 1209)

*Una de las partes entiende constitutivo de indefensión que se denegara la exhibición de libros mercantiles más allá de los datos relevantes para el pleito y que como proponente de la prueba debía precisar.*

**CONSIDERANDOS:** Que el primer motivo de casación articulado por el recurrente es inviable ya que la denuncia de indefensión que en él se hace, derivándola de la limitación, im-

puesta por el Juzgado, en punto a los de particulares a testimoniar de los libros de la mercantil demandada, acordada por la providencia del Juzgado de Primera Instancia de 23 noviembre 1981 y Auto denegatorio de la reposición de 9 diciembre siguiente, no supuso privarle de medio probatorio alguno al que tuviese derecho, toda vez que la exhibición y examen de tales libros fue acordada oportunamente, sin que, aquella limitación, implicase otra cosa que poner coto a la desorbitada pretensión del actor, queriendo incorporar al pleito, en la ejecución de la genérica prueba admitida de libros de comerciantes, toda una serie de datos obrantes en la documentación de la Sociedad demandada, reputados inútiles por el propio juzgador, conforme a las facultades que le otorga el art. 566 de la L. E. Civ., a los fines del procedimiento, abundando, además, en una concreción ya establecida en proveído de 13 octubre 1981, anterior a aquellos otros, no impugnado, en el que se ordenó que la designación de particulares, en la prueba de libros de comerciantes en curso, se redujese «al ejercicio 1980 y contraída, exclusivamente a los puntos que tienen relación con la cuestión que se ventila».

Que el mismo improsperable destino alcanza al segundo motivo del recurso en el que insiste en idéntica tesis de ilegalidad, causante de indefensión, por cuanto la prueba de documentos a aportar por la demandada «Tyspa», solicitada en términos de notoria imprecisión, si, ciertamente, fue admitida, como tal medio de prueba por el juzgador, ello había de ser entendido sobre la base de una mínima concreción, de los documentos que habían de aportarse por la contraparte, en términos que permitiesen su identificación, datos circunstanciales que pedidos por el Juzgado, no se aclararon en modo alguno por el recurrente, el cual, en su escrito contestando al requerimiento que le fue hecho, en tal sentido, no sólo no hace precisión al-

guna que posibilite la práctica de la prueba acordada, sino que, abundando en la vaguedad, se refiere a tales documentos, en ocasiones, como de «presumible» existencia, lo que aumenta la indeterminación que hizo imposible la práctica de la prueba, en principio admitida y luego no llevada a cabo por causas imputables al proponente cuya omisión del deber, de señalar el mínimo de circunstancias identificadoras de los documentos que pretendía fuesen aportados, impide ahora denunciar una indefensión que, de existir, tuvo su causa en la propia conducta del actor.

**PRUEBA TESTIFICAL: TESTIMONIO RECOGIDO EN ACTA NOTARIAL.**

S 25 noviembre 1983 (RA 6677)

*En proceso por daños en cable coaxial de la CTNE se aporta acta notarial en la que se recoge testimonio de un vigilante de la citada compañía en el sentido de que nunca hubo señalización externa de la existencia del citado cable.*

**CONSIDERANDO:** Que acusa el primero de los motivos, con apoyo en el ordinal 7.º del art. 1692 de la L. E. Civ., el error de hecho en la valoración de la prueba, en que incide la sentencia impugnada, en relación con documento auténtico, acta notarial de fecha 17 abril 1974, obrante al folio 353 de los autos, que acredita en contra de lo en aquella establecido, que en el lugar del accidente no había hitos o señales indicativas de la existencia del cable subterráneo, propiedad de la empresa actora, que resultó dañado, en cuya acta, el vigilante de la citada empresa, manifestó al fedatario «que ni existen ni han existido en las obras donde está constituido, señales de indicación de la existencia del cable», lo que a juicio de los recurrentes, entraña una falta de previsión atribuible a la Compañía Telefónica Nacional de España, para interrumpir

«el nexo causal entre el agente directo y causante del daño y el resultado objetivo de éste», documento que, según diciendo, habida cuenta de su carácter notarial, debe primar sobre el razonar de la Sala en su Considerando 7.º, en el que viene a estimar probado tal extremo; motivo que ha de parecer en razón a lo siguiente: A) al carecer el documento que sirve de apoyatura al motivo, de la condición de auténtico exigida por la normativa procesal, dado que es constante la doctrina de esta Sala que niega tal carácter, a los ya examinados y valorados en la Instancia —SS. de 28 enero 1982 y 18 febrero y 1 junio 1983, valoración que resulta del inciso 6— del primer Considerando de la Sentencia del Juzgado, aceptado por la sentencia de segundo grado; B) por cuanto el valor probatorio de las actas notariales, como tales documentos públicos, queda reducido a lo que el Notario certifica y deriva de observación personal, pero nunca a aquellas manifestaciones, que, a pesar de su inserción en el acto, no tienen más valor que el que corresponde a su propia naturaleza, SS. de 5 junio 1928, 12 marzo 1962 y 14 febrero 1983, que no es otro que el de una prueba testifical preconstituida, carente de eficacia frente a terceros, en tanto tales manifestaciones no sean ratificadas dentro del proceso con las consiguientes garantías de contradicción, en cuyo caso se convierten en una prueba testifical, que no puede amparar el error denunciado; y C) porque, como se razona en el sexto de los Considerandos de la Sentencia de alzada, las deficiencias de señalización «quedaron suficientemente suplidas, caso de existir, por las advertencias que los empleados de la compañía demandante hicieron al conductor de la máquina excavadora», admoniciones que, al no ser respetadas por los recurrentes, determinaron la producción del resultado dañoso.

**PRESUNCIONES: CONSTRUCCIONES DEL ENLACE.**

**S 5 marzo 1984 (RA 1189)**

*La pretensión de indemnización por muerte de un bañista en piscina municipal, que carecía del preceptivo servicio de vigilancia, fue desestimada, entre otras razones, por presumir que este servicio en el caso concreto hubiera sido ineficaz.*

**CONSIDERANDO:** Que, en cambio, mejor suerte estimatoria habrá de alcanzar el segundo motivo «por infracción de Ley, al amparo del art. 1692, ordina 11.º de la L. E. Civ.; por infracción del art. 1253 del C. Civ., infringido por violación al dar por establecido un hecho que no tiene enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano con el hecho demostrado a partir del cual se establece la presunción» motivo éste que debe entenderse correctamente formulado por vía apta para conseguir la impugnación de la conclusión obtenida como resultado de la presunción, toda vez que tiene reiteradamente declarado esta Sala que «la prueba de presunciones puede impugnarse en casación en dos puntos: uno, al amparo del núm. 7.º del art. 1692 de la L. E. Civ., afectante a la existencia del hecho de que ha de partir la inducción y otro, al amparo del núm. 1.º del propio precepto procesal, encaminado a combatir la precisión y rigor de enlace entre ese hecho y el que se trata de demostrar sin que quepa, por la mera y distinta apreciación de la importancia y trascendencia del enlace o relación existente entre el hecho demostrado y aquel que se trate de inducir, la casación de la sentencia de instancia, pues el juicio lógico del Tribunal «a quo» sólo es censurable cuando notoriamente falta ese enlace preciso y lógico sobre el hecho demostrado y el que se trata de inducir, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las del raciocinio lógico» —S. de 27 junio 1963—, por lo que, en

el caso que nos ocupa, habremos de entender que falta ese enlace lógico y preciso entre el hecho demostrado de que el día de autos y juntamente con el accidentado se hallaban bañándose en la piscina varios amigos, que no advirtieron su súbita inmersión, y el hecho inducido de que tampoco hubiera podido apercibirse de la misma un vigilante, si lo hubiera habido, máxime cuando no consta que los amigos del fallecido se hallaran en aquel momento junto a él, siendo además de presumir que se hallarían atentos, no a lo que pudiera sucederle a su amigo, sino al disfrute de su baño, por lo que en modo alguno puede reputarse conclusión lógica, la de que un vigilante profesional, atento por razón de su misión a percatarse de los accidentes que pudieran ocurrir en la piscina, no pudiera darse cuenta, en un tiempo prudencial de acaecido al hijo de los actores recurrentes, por todo lo cual debe estimarse el presente motivo y consiguientemente el recurso en él fundado.

## 10. SENTENCIA

### CONGRUENCIA

**S 22 noviembre 1983 (RA 6492)**

*Habiéndose demandado para que se declarara la existencia y validez de cierto contrato, los demandados reconvinieron para que se declarara nula la novación objetiva que en aquél se operó respecto a un contrato anterior. Estimada la reconvenición, se condena a los reconvinientes a devolver al actor inicial la cantidad en más que recibieron en virtud del contrato novado y anulado.*

**CONSIDERANDO:** Que igual suerte desestimatoria ha de correr el quinto motivo de casación que denuncia la falta de congruencia de la sentencia impugnada con las pretensiones opor-

tunamente, deducidas por las partes, basando tal acusación en que, aquella resolución de instancia, condena a los demandados a abonar 6.789.888,21 pesetas a la sociedad demandante, cantidad no solicitada por nadie en el proceso; pero el motivo así expuesto decae, no sólo por la importante razón formal de que la incongruencia ultra petita, ha de ser denunciada por la vía del núm. 3.º y no del 2.º del art. 1692 de la L. E. Civ. (S. 20 enero 1983) sino también por consideraciones de fondo, si se tiene en cuenta que la sentencia de instancia, al propio tiempo que anula el contrato novatorio suscrito por los litigantes el 28 febrero y 5 marzo 1973, acoge en su cuarto considerando, que la obligación de entrega al demandante de dicha suma es secuela de la anulación decretada ya que, como con detalle se razona en la primera instancia, acreditado como está, que la cifra inicial del préstamo, cuyo contrato se declara subsistente, fue la de 9.600.000 pesetas, cantidad, que se elevó, precisamente por consecuencia del contrato novatorio, paralelamente anulado a 16.389.888,21 ptas., es patente que, la declaración de restitución de la diferencia entre ambas cantidades, no es sino un efecto inmediato y elemental, que no altera la armonía entre lo pedido y lo concedido, de la anulación decretada, efecto tendente a evitar, sin necesidad de un nuevo pleito, el enriquecimiento injusto de una de las partes a costa de la otra y a dar cumplimiento «iura novit curia» a la disposición del art. 1303 del C. Civ., en interpretación del cual, la jurisprudencia tiene declarado que aunque dicha norma reguladora de los efectos de la nulidad, está concebida, inicialmente, para la compraventa, debe ser generalizada en cuanto sea posible, y que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse lo percibido por consecuencia del contrato —SS. de 7 octubre 1957, 7 enero 1964 y 23 octubre 1973— obligación de devolver que no nace del contrato anulado, sino de la Ley que la

establece en este artículo —S. de 10 junio 1952—.

#### CONGRUENCIA.

S 3 febrero 1984 (RA 574)

*La demanda se dirigía, entre otros, frente a los desconocidos herederos de cierta persona, pero en el suplico no se pedía pronunciamiento alguno a su respecto, a pesar de lo cual el pronunciamiento se dio. Este se omitió, sin embargo, respecto al MF, emplazado como representante de menores que pudiera haber entre aquellos desconocidos.*

**CONSIDERANDO:** Que el motivo tercero se articula al amparo del número 3.º del art. 1692 de la L. E. Civ.; ya que la sentencia recurrida, en el fallo, otorga más de lo pedido y no contiene declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, incidiendo en infracción de Ley por violación del art. 359 de la L. E. Civ.; y en el mismo se alega que, por un lado, la sentencia recurrida concede más de lo pedido al condenar a personas y entidades contenidas en el encabezamiento de la demanda, pero no recogidas en el suplico, mientras que, por otra parte, no se pronuncia condenando ni absolviendo al M.º Fiscal, llamado como representante de los posibles menores e incapaces que trajeran causa de don Manuel E. V., motivo que tampoco podrá prosperar en cuanto es doctrina jurisprudencial que «la adecuación entre lo pedido y lo concedido no requiere una identidad absoluta, siendo suficiente la existencia de una conexión íntima entre ambos términos, de tal modo que se decida sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo, en todo o en parte, máxime cuando los considerandos forman un todo con la parte dispositiva en el sentido de que contribuyen a esclarecer y vivificar los pronunciamientos que integran el fallo, sin que la subsanación

de un error material de alguna de las partes —que el Tribunal de instancia se vea obligado a salvar para no ir en contra de lo postulado— pueda constituir argumento digno en contra de la congruencia» —S. de 28 noviembre 1964—, así como que «el principio de congruencia obliga a que haya 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 1964—, por lo que, aplicando tal doctrina al supuesto de autos, habrá de entenderse que no incide en incongruencia la resolución que se recurre, cuando acatando la esencia de lo solicitado en conexión con los antecedentes fácticos y jurídicos del caso y salvando lo que ha de reputarse como un simple error material de la actora, condena como demandado a la herencia yacente de don Manuel E. V. y a cuantas personas desconocidas traigan causa de él, institución y personas mencionadas en el encabezamiento y omitidas en el suplico de la demanda ni tampoco cuando omite en su fallo la condena al M.º Fiscal, llamado a los autos «ad cautelam» como un mero representante de los menores e incapaces que pudiera haber entre los repetidos herederos y no incluidos entre los demandados cuya condena solicita el suplico de la demanda, por todo lo cual procede la desestimación de este tercer motivo.

## II. TRANSACCION

### EFFECTOS RESPECTO A PROCESO POSTERIOR.

S 28 septiembre 1984 (RA 4365)

*Pretendiendo actuar en nombre de la comunidad de propietarios, uno de sus componentes dirige demanda frente al promotor, reclamando indemnización por vicios en la construcción. Este copropietario había transigido en proceso anterior sobre indemnizaciones por vicios en su vivienda.*

**CONSIDERANDOS:** Que frente a esa resultancia fáctica no impugnada eficazmente, el primero de los motivos, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega «infracción del artículo doce, párrafo uno de la Ley de Propiedad Horizontal cuarenta y nueve/sesenta de veintiuno de julio por aplicación indebida, con violación del artículo tercero, apartado b), de la misma Ley», y en su desarrollo se establece que la sentencia recurrida no ha reconocido la legitimación activa del ahora recurrente, a pesar de ser copropietario, porque no tiene la cualidad de presidente de dicha comunidad, olvidando la Jurisprudencia de esta Sala que reconoce a todo copropietario legitimación para actuar judicialmente en defensa de elementos comunes, posición equivocada porque la base de la sentencia recurrida para oponerse a la estimación de la demanda no se halla en negar dicha legitimación al recurrente, que puede utilizar en nombre propio, sino que se la niega actuar en nombre de la comunidad tal como aparece en sus escritos de la fase alegatoria, sin que ni él tenga tal facultad porque no se le concedió así por mayoría indubitada de los condóminos, ni su Procurador que actúa en nombre de la comunidad tenga un poder conferido en nombre de la misma; y a mayor abundamiento, aparte

de todo lo anterior, el recurrente transigió en un procedimiento anterior, a través de documento puesto en conocimiento anterior, a través de documento puesto en conocimiento de la Autoridad Judicial que conocía de aquel pleito, para todas las posibles diferencias por vicios o defectos en la construcción del inmueble de autos, dando por definitivamente resueltas las diferencias «y sin nada más pedir ni reclamar»; transacción y sus términos inequívocos que con independencia de la legitimación que como copropietario se le haya reconocido al recurrente por la Jurisprudencia de esta Sala —sentencias, entre otras, de treinta y uno de mayo de mil novecientos setenta y uno, 10 de junio de mil novecientos ochenta y uno y tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres—, le inhabilita para ser demandante en otro litigio como el presente que versa sobre las mismas cuestiones a que alcanza sin duda la transacción expresada, que tiene la fuerza de sentencia firme, y por ministerio de la Ley (artículo mil ochocientos dieciséis del Código Civil) adquiere la autoridad de cosa juzgada, no pudiendo ejercitarse en juicio acción alguna en tanto sea eficaz y válida la transacción llevada a cabo, como se deduce de las sentencias de esta Sala de seis de marzo de mil ochocientos noventa y cuatro; veintisiete de junio de mil novecientos siete y veintisiete de junio de mil novecientos veintiocho; todo ello sin perjuicio de reconocer por otra parte, lo que en esta litis no se ha discutido, que la cosa juzgada que deriva de la transacción judicial no refleja una identidad conceptual con la cosa juzgada producida por la sentencia, pero que no impide la estimación en esta litis, como hizo la Sala «a quo» de la «exceptio litis per transactionem finitae», porque es evidente que el propio recurrente entonces demandante inició un juicio anterior que concluyó por transacción, cuyos términos literales alcanzan plenamente el objeto del pleito posterior de que dimana este recurso de casación; sin que sea nece-

sario, dada aquella no identidad conceptual, que concurran de una manera rigurosa los requisitos que exige la excepción de cosa juzgada propiamente dicha, de todo lo que se deduce, sin duda, que al no reconocer legitimación activa en la sentencia impugnada al actual recurrente se refería a la «Legitimatío ad causam», no en su posición de copropietario sino de persona vinculada por anterior transacción judicial, aun prescindiendo de los graves defectos de postulación procesal puestos de relieve en la misma sentencia.

Que el segundo de los motivos, con el mismo amparo procesal que el anteriormente examinado, acusa la infracción del artículo mil ciento cuarenta y cinco, párrafo uno, del Código Civil, por aplicación indebida, en relación con el mil doscientos cincuenta y dos, párrafo uno, de dicho Código Civil, infringido por inaplicación», entendiéndose el recurrente en el desarrollo de este motivo que el hecho de la transacción entre el mismo y el promotor vendedor de las viviendas no obsta a la responsabilidad de los demás demandados por defectos de la construcción; motivo que merece igual suerte desestimatoria: a) en primer lugar, como se acaba de decir, la circunstancia de que la Ley declare que la transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada, no equivale a identificar este efecto con la excepción de cosa juzgada que es la que ha de reunir los requisitos que expresa el artículo mil doscientos cincuenta y dos, párrafo uno, del Código Civil, cuya aplicación no era procedente en esta litis b;) porque los términos de la transacción no dejan lugar a dudas en cuanto a su alcance, que se refiere a «todas las posibles diferencias por vicios o defectos de la construcción del inmueble de autos...», dándose por satisfecho con la indemnización recibida de todos los posibles perjuicios por razón de humedades y filtraciones relativa a la vivienda del Sr. F. y por definitivamente resueltas

«todas» las diferencias y sin que tenga nada más que pedir ni reclamar; c) estos efectos de la transacción sólo alcanzan a las partes contratantes y a los que de ellos traen causa, no pudiendo obligar a los que no intervinieron en la misma, según se deduce del artículo mil doscientos cincuenta y siete y sentencia de catorce de junio de mil novecientos once; por consiguiente, la falta de legitimación «ad causam» que se produce para el recurrente, no impediría en su caso que los demás perjudicados puedan ejercitar las acciones de que se crean asistidos por los daños en sus respectivos pisos; en cuanto no resultan obligados por transacción alguna, pudiendo defender el presidente los derechos de la comunidad, pero no quien como el recurrente se halla impedido de ello por no aparecer debidamente autorizado más que para lo relativo a su piso, salvo transacción previa que le obliga.

Que el cuarto y último de los motivos alega, con el mismo apoyo procesal que los dos anteriormente examinados, la infracción del artículo mil setecientos nueve y mil setecientos diez, párrafo dos, ambos del Código Civil, por inaplicación, insistiendo en su desarrollo el recurrente que en virtud de la certificación que acompaña a la demanda ostenta la representación de la mayoría absoluta de los copropietarios; posición que contradice abiertamente los hechos probados, de los que dimana que dicha certificación hace referencia a lo acordado en junta de quince de julio de mil novecientos setenta y ocho sin atenderse a ese acuerdo, que entre otros defectos de la certificación no se extendía a reclamaciones en vía judicial sino a meras gestiones extrajudiciales, lo que desautoriza al recurrente, y además se probó que de los diecinueve condóminos, trece firmaron el documento defectuoso que bajo la apariencia de certificación se aportó con la demanda, y de los trece firmantes solamente cinco ratificaron en la litis su acuerdo; con lo que, aunque hubiera sido

eficaz la llamada certificación, en definitiva el recurrente contó con una exigua minoría; todo lo que unido a otros obstáculos puestos ya de relieve para el éxito del recurso da lugar a la desestimación de este motivo y con el mismo de la totalidad del recurso.

## 12. 12. SEGUNDA INSTANCIA

VARIACIÓN DE LAS DEFENSAS DEL DEMANDADO.

S 10 octubre 1984 (RA 4772)

*Se opusieron, en primera instancia, las defensas de falta de poder de quien contrató por la sociedad y prescripción, siendo rechazadas y estimada la demanda. En segunda instancia se alega falta de personalidad jurídica de la S. A. demandada y no ratificación del contrato en los tres meses siguientes a la inscripción en el Registro Mercantil.*

CONSIDERANDO: Que contra esta sentencia se alza el presente recurso de casación por infracción de Ley, fundado en tres motivos, de los cuales el primero se formula «al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, submotivo violación en el concepto negativo de no aplicación del artículo veinticuatro, apartado primero de la Constitución Española, pues la Sentencia de apelación ha producido indefensión a Iberia, Líneas Aéreas de España, S. A., y debe ser estimado en atención a las siguientes razones: Primera: Que es doctrina de esta Sala la de que «debe conceptuarse cuestión nueva, a los efectos de recurso, la que no ha sido suscitada ni discutida en ninguno de los cuatro escritos fundamentales del juicio: demanda, contestación, réplica y dúplica, en los que, conforme a lo prevenido en el artículo quinientos cua-

renta y ocho de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben quedar definitivamente planteadas las cuestiones a discutir y resolver en el juicio —Sentencia once de noviembre de mil novecientos ochenta y dos—; que «fijado el ámbito del proceso y de la jurisdicción, por los escritos constitutivos de la relación jurídica procesal por el principio dispositivo que rige su planteamiento, siendo las partes las que determinan las cuestiones sometidas a discusión no puede variarse su contenido cuando sería imposible ofrecer alegaciones y pruebas para desvirtuarlas —Sentencia dieciocho de junio de mil novecientos sesenta y nueve—, lo que, en principio, podría ocasionar la indefensión a la parte contraria, y así lo ha entendido la doctrina jurisprudencial al proclamar que debe «el juzgador, acomodarse al plano en que los contendientes se situaron para discutir los hechos de que parte, con el fin de incidir la norma adecuada que ha de regir y, en definitiva, resolver el problema planteado, pese a las facultades que la doctrina jurisprudencial le atribuye por imperio de la máxima «iura novit curia» —Sentencia cinco de febrero de mil novecientos sesenta y tres—, habiendo entendido esta Sala que se produce variación del contenido cuando no se alegó la simulación relativa, y pretende aducirse en vía de recurso —Sentencia veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y tres—; o cuando, negada la existencia de un mandato, se plantea luego el tema de su gratuidad —Sentencia ocho de febrero de mil novecientos sesenta y seis—; Segunda: Que, como hemos anteriormente apuntado, la demanda se basa en la existencia de un contrato en virtud del cual se generaba una deuda en favor del actor, contrato que fue ratificado por actos de la demandada cuya oposición se ceñía a la doble postura de alegar que el firmante del contrato no ostentaba poderes para obligar a la sociedad y que, por otro lado, la acción de reclamación del importe reclamado estaba prescrita, en tanto que la sentencia de la Audiencia

Territorial que hoy se recurre fundamenta la estimación del recurso de apelación en que, según los artículos seis y siete de la Ley de Sociedades Anónimas, la demandada carecía de personalidad jurídica en el momento de la suscripción del contrato, que, por otra parte no fue aceptado en el plazo de tres meses a partir de la inscripción; Tercera: Que la estimación por el Tribunal Sentenciador de una cuestión, como la relativa a la falta de personalidad jurídica de la demandada en el momento de suscribir el contrato con la actora, con base en el hecho de no hallarse inscrita en dicha fecha en el Registro Mercantil, supone la introducción, con posterioridad a los escritos alegatorios, de un hecho nuevo, que determina la variación de la relación jurídico procesal, actividad ésta que, sobre estar vedada, tanto a las partes como al juzgador de cualquier clase, tanto de instancia como de casación, comporta una clara indefensión de la parte a quien perjudica, quien se ha visto así privada de dejar en tiempo y forma lo que conviniere a su derecho, así como de probar cuantos hechos pudieran favorecer su postura, lo que, a su vez, contraviene el artículo veinticuatro de la Constitución, que habrá de entenderse violado, por lo que procede la estimación de este primer motivo.

**EFFECTO EXTENSIVO DE LA APELACIÓN DE UN LITISCONSORTE.**

**S 17 julio 1984 (RA 4075)**

*Los actores consideran incongruente una sentencia de segunda instancia que absolvió a uno de los condenados en solidaridad con otro, cuando sólo éste apeló.*

**CONSIDERANDO:** Que la pretendida incongruencia acusada de los motivos sucintamente expuestos más arriba, carece de consistencia, con el consiguiente decaimiento de los mismos, ya que, por lo que al motivo tercero

hace, que funda la incongruencia, como se indicó, en que, habiendo apelado un solo condenado, la Audiencia revocó la sentencia respecto de él y del otro condenado que se abstuvo de ejercitar la alzada, es oportuno resaltar que establecida en primera instancia la condena solidaria de ambos copropietarios del inmueble Don Baltasar y Doña Ramona O. D., a los que el Juez aquo impuso, con tal carácter solidario, el abono de determinadas cantidades a algunos de los demandantes, ha de afirmarse que los efectos de la actuación procesal de uno de los condenados, alcanzan a su coobligado solidario, por virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta, que hace de toda lógica que, la declaración anulatoria de la condena al pago, respecto de uno de los obligados solidarios, por inexistencia objetiva de la obligación de indemnizar, afecte con igual extensión, a los demás que con él fueron solidariamente condenados, ya que otra cosa iría contra la naturaleza y conexidad del vínculo solidario proclamada en los artículos mil ciento cuarenta y uno, mil ciento cuarenta y ocho y concordantes del Código Civil.

**CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**

**S 26 septiembre 1984 (RA 4358)**

*Se interpone pretensión por responsabilidad extracontractual frente a varios demandados. Es condenado uno, que recurre en apelación, a la que se adhiere el actor pidiendo el aumento de la indemnización. La Sala estima la apelación del actor, condenando a todos los demandados.*

**CONSIDERANDOS:** Que según doctrina reiterada por esta Sala, tal como con claridad proclama la sentencia de once de junio de mil novecientos cincuenta y cinco, el Tribunal de Apelación conoce íntegramente la cuestión resuelta en primera instancia, plent-

tud de conocimiento o de jurisdicción con los límites adoptados por las partes en la apelación, entre ellos los que concretan dicha dificultad de conocimiento a los extremos a que el recurso se contraiga, pues los que no fueron objeto del mismo quedaron firmes, pero esta doctrina no es aplicable al caso de que el vínculo entre los litigantes sea de tal naturaleza que ninguna de las partes en causa pueda considerarse extraña a lo resuelto ni ajena a las necesarias consecuencias de la sentencia —sentencia de siete de julio de mil novecientos cincuenta—.

Que como ya ha sancionado con reiteración esta Sala, entre otras en sus sentencias de veintiocho de febrero y veintiocho de noviembre de mil novecientos ochenta y tres, en los supuestos de culpa extracontractual la obligación de reparar exigible a los varios intervinientes en la causación de un mismo evento dañoso tiene carácter solidario, lo que determina que esta solidaridad sea precisable respecto a los que fueron demandados en el escrito inicial de las actuaciones de que dimana el presente recurso, habida cuenta de que se reclama por la actora una indemnización de daños y perjuicios por la muerte de su hija acaecida en accidente de circulación frente a todos los demandados a los que podía atribuirse la obligación de indemnizar, obligación que por su carácter solidario obstaba a que la sentencia de primer grado jurisdiccional quedara firme para los demandados absueltos en el supuesto de que el condenado recurriera de la misma y no lo efectuara la parte actora, pues, de una parte, el alcance del recurso interpuesto por el demandado condenado no puede limitarse a los estrictos términos de su simple absolución al ser extensible por la naturaleza del vínculo que le une a los otros demandados a la posibilidad de que al producirse en segundo grado jurisdiccional la condena de los mismos se aminoran las consecuencias de la recaída en primera instancia contra él y, de otra, por

que en el caso concreto que nos ocupa la adhesión al recurso de la parte demandante conlleva, aun referido a la cuantía de la indemnización concedida al mantenimiento de su genérica pretensión de condena contra todos los demandados.

Que por lo expuesto decae el primer motivo del recurso, ya que la sentencia recurrida al condenar al recurrente demandado, absuelto en primera instancia, no incidió en el vicio de incongruencia que se denuncia con el mismo.

**DESISTIMIENTO TÁCITO POR NO DESIGNAR NUEVO PROCURADOR, TRAS RENUNCIA DE OTRO.**

**S. 24 mayo 1984 (RA 2502)**

*Ante la Audiencia abogado y procurador del apelante cesan en sus funciones, requiriendo la Sala para que se personase de nuevo en forma dentro de cierto plazo. Dentro del mismo se personó, pero el nombre del nuevo procurador no figuraba en la escritura de poder.*

**CONSIDERANDO:** Que el motivo segundo denuncia «infracción de doctrina legal, al amparo del núm. 1 del art. 1892 de la L. E. Civ., el Auto recurrido infringe por interpretación errónea el principio jurídico de que la renuncia de derechos ha de fundarse en una declaración de voluntad del renunciante», alegándose por el recurrente que, si bien las renunciaciones de derechos pueden ser tácitas, es doctrina jurisprudencial que los actos en que se funde la renuncia han de ser concluyentes y demostrar de forma clara e indubitable la voluntad de renuncia, lo que no sucede en el caso que nos ocupa, motivo éste que deberá prosperar por las siguientes razones: Primera: Que tiene reiteradamente declarado esta Sala «que las renunciaciones de derechos, admitidas por el ap. 2.º del art. 4.º (hoy sexto) del C. Civ., aunque pueden

ser tácitas, deben hacerse constar siempre de forma clara, explícita y terminante, sin que sea lícito deducirlas de expresiones equívocas o dudosas» (S. 30 enero -963; y que «la renuncia de derechos concedidos por las Leyes, para ser eficaz, requiere que se haga de forma clara y terminante» (S. 18 marzo 1982), por lo que, en el supuesto de autos, en forma alguna puede pretenderse que el escrito de fecha 23 marzo 1982, en el que se compareció por el demandado recurrente ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, a través de un nuevo Abogado, y con un nuevo Procurador, solicitando que se tuviera por personado y parte y acordar que se entendieran con tal representación las nuevas diligencias, si bien incidiendo en la anomalía procesal que significa que el nuevo Procurador no se hallaba incluido en el anterior poder aportado a los autos, ni se presentaba un nuevo poder, puede ser reputado como una renuncia expresa, clara y terminante al derecho de ser tenido como parte en el recurso de apelación, renuncia, además, con virtualidad suficiente para fundar una resolución en la que se le tuviera como desistida del recurso; Segunda: Que, por otra parte, tampoco podría admitirse que el recurrente, en razón a hallarse privado de representación en el juicio, por haber cesado el anterior Procurador y no haber sido válidamente nombrado uno nuevo en el plazo que la Audiencia concedió para ello, pudiera ser declarado apartado del recurso, pese al apercibimiento que en tal sentido realizó el órgano de apelación, ya que la citada Audiencia, en cumplimiento de una doctrina emanada en esta Sala, en interpretación del precepto del núm. 2 del art. 9 de la L. E. Civ., no debió tener por cesado al anterior Procurador hasta tanto no hubiera decretado tal cese, como tal precepto previene, evitando con ello una carencia de representación de la parte, que pudiera acarrear la declaración de tenerla por apartada del recurso; razones todas ellas por las que procede estimar este

segundo motivo, y consiguientemente, el recurso de casación en que se apoya.

### 13. COSA JUZGADA

#### TRATAMIENTO PROCESAL.

S: 5 octubre 1984 (RA 4757)

*Se inicia, con poca diferencia de tiempo, procesos sobre los mismos objetos y entre las mismas partes aunque en distinta posición. No fueron acumulados, ni se opuso litispendencia en el segundo proceso.*

**CONSIDERANDOS:** Que aunque es cierto que existe disparidad de criterios respecto a si la cosa juzgada debe alegarse como excepción para que pueda ser estimada por el órgano jurisdiccional, en cuyo apoyo se citan los artículos quinientos cuarenta y cuatro-dos y mil seiscientos noventa y dos-quinto de la Ley Procesal, no es menos cierto que la sentencia de veintisiete de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro inicia una nueva dirección jurisprudencial al declarar que, si bien la cosa juzgada en su efecto negativo, o sea para impedir un nuevo fallo sobre lo ya juzgado, tiene necesariamente que alegarse por vía de excepción, en cambio, para que sólo surta efecto de obligar al juzgador a reconocer su existencia en todas las evoluciones que adopte en demandas que presupongan lo juzgado, no tiene que ser excepcionada, dirección jurisprudencial que se convalida, entre otras, en las sentencias de tres de febrero de mil novecientos sesenta y uno al razonar que al existir cosa juzgada sin ser articulada como excepción, no obstante su realidad, los órganos jurisdiccionales no pueden desconocerla en absoluto como algo fuera de la realidad procesal, sino que deben resolver los problemas planteados en el segundo litigio, exactamente igual que ya fueron decididos en el primero, respetan-

do sus declaraciones; en la de seis de noviembre de mil novecientos sesenta y cinco que rechaza la casación de la sentencia que se atuvo a la cosa juzgada, pese a no haber sido invocada, para impedir que se tradujera una segunda sentencia en abierta contradicción a otra anterior dictada en proceso seguido entre las mismas partes; en la de diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y siete que aun reconociendo que la cosa juzgada no puede estimarse de oficio por los Tribunales, debiendo ser propuesta en forma de excepción, tal doctrina afecta exclusivamente a la alegación de su existencia, pero no a la apreciación de la sentencia que la origina que incumbe al órgano jurisdiccional; en la de diez de noviembre de mil novecientos setenta y ocho que entiende que basta que conste la existencia del pleito anterior, aunque no se proponga la excepción de cosa juzgada, para que el juzgador tenga conocimiento fehaciente de lo que sobre lo mismo fue resuelto con anterioridad, que en términos de estricta lógica procesal, debe impedir el pronunciamiento de una resolución que lo contradiga, porque iría en contra de los más elementales principios de seguridad jurídica; y finalmente, para no hacerse excesivamente prolijo, en la de seis de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, que declara que la cosa juzgada afecta el fin inmediato del proceso, a la seguridad jurídica y al prestigio de los órganos jurisdiccionales, perteneciendo a la esfera del Derecho público, debiendo ser apreciada en consecuencia ex officio por los Tribunales.

Que así, pues, entre los dos juicios de mayor cuantía, el anterior y en que se formula la presente casación existe identidad sustancial, hasta el punto de que en los antecedentes del escrito de interposición del recurso se dice literalmente que «Entre las mismas partes, excepto la entidad mercantil, pero en posiciones procesales contrarias (los hoy demandados fueron actores y los actores fueron demandados, lue-

go reconvinientes), sobre los mismos hechos y con idénticas pretensiones, se sustanció ante el Juzgado de Primera Instancia número tres de Castellón y la misma Sala, en apelación, un juicio ordinario de mayor cuantía que, aunque se tramitaba con simultaneidad al que ahora nos estamos refiriendo, no se acumuló a él. La sentencia de la Audiencia Territorial de aquel juicio (número doscientos sesenta y cuatro de veinticuatro de octubre de mil novecientos ochenta y uno) prácticamente igual que la que ahora se impugna, está recurrida en casación ante esta Sala del Tribunal Supremo y pendiente de fallo» y en el primer considerando de la sentencia aquí recurrida se dicte textualmente «que planteada cuestión litigiosa idéntica naturaleza a la que hoy se discute en proceso anterior al actual, y no habiéndose dado lugar a la acumulación de autos... ha de tenerse presente y el Tribunal tiene a la vista, su anterior sentencia número doscientos sesenta y cuatro de veinticuatro de octubre de mil novecientos ochenta y uno, para todo lo que resulte de aplicación en evitación de sentencias contradictorias», y si, además, en los recursos de casación de ambos procesos se han formulado los mismos cinco motivos de casación, hasta el punto de ser los aquí invocados transcripción casi literal de los deducidos en aquel anterior, es manifiesto que si el sentido de esta sentencia por imperativo de la normativa aplicable no hubiera de ser sustancialmente coincidente con la dictada en aquél, habría de serlo, necesariamente, por exigencias de la doctrina jurisprudencial citada en el anterior considerando como consecuencia del efecto positivo de la cosa juzgada, que impide entregar al poder dispositivo de las partes la posibilidad de reproducir los litigios, pues el proceso, aparte de ser un instrumento para declarar el derecho en el caso concreto, es también una institución establecida por el Estado en interés de la Comunidad en aras de la seguridad jurídica y de la paz social.

**LÍMITES OBJETIVOS: DIVERSIDAD DE CAUSAS DE IMPUGNACIÓN DE UNA DONACIÓN.**

S 10 febrero 1984 (RA 586)

*En el primer pleito se pretendió —entre las mismas partes y respecto al mismo negocio— la nulidad de la donación por inoficiosidad; en el segundo, por falta de aceptación en vida del donante.*

**CONSIDERANDOS:** Que aunque no es problema resuelto con unanimidad de criterio en la doctrina científica el relativo a cuanto existe alteraciones de la causa de pedir; sin exponer ahora las posiciones distanciadas entre sí y limitándonos al criterio que preside como predominante nuestra práctica judicial, que puede concretarse para que dicha alteración de la «causa petendi» se produzca no es necesario siempre un hecho distinto como base de la demanda, sino que es suficiente que aun basándose la segunda acción en el mismo hecho que la anterior (en este caso la realización de una donación de bienes inmuebles) el motivo legal en que la acción se funde sea distinto, en el supuesto debatido, en el primer caso el fundamento legal de la acción consistió en los arts. 634 y 636 del C. Civ. (nulidad de la donación por inoficiosidad o excesividad de la misma), y en el segundo, nulidad basada en no haber tenido lugar oportunamente la aceptación de alguno de los donatarios (arts. 623 y 633 del mismo Código); no significa ello que el primer pleito, en que se desestimó la demanda por considerar inoficiosa la donación, carezca en absoluto de efectos e nel segundo, sino que únicamente puede servirlo en el fallado para partir en el segundo de su existencia pero sin tener virtualidad suficiente para enervar el entrar a conocer sobre el fondo en el segundo, puesto que la motivación legal de uno y otro fueron completamente distintas.

Que la jurisprudencia de esta Sala, en consonancia con la doctrina expues-

ta en el considerando que antecede, ha declarado que no basta la identidad de los elementos que la ley exige en el art. 1252, párr. 1, del C. Civ. para que se dé eficazmente la excepción de cosa juzgada, sino que es imprescindible que la primera sentencia contenga pronunciamiento decisivo sobre el asunto que constituye el fondo del pleito ulterior —S. de 21 octubre 1949—; consistiendo la causa o razón de pedir no sólo en la identidad de elementos personales y reales sino en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad que sirven de fundamento a la nueva acción —S. de 16 febrero 1963; en definitiva, como la norma citada exige, que exista «la más perfecta identidad» no sólo entre las cosas y las personas, sino, además, entre las «causas», identidad esta última que no concurre en el supuesto litigioso en este recurso contemplado, por no poder identificarse la petición basada en la excesividad de una donación con la otra petición basada en no haber sido la donación aceptada legalmente por los donatarios o alguno de ellos, y al no concurrir las tres identidades que el artículo 1252, párr. 1, exige no puede tenerse en cuenta en el caso debatido la presunción de cosa juzgada y no surte efecto en el juicio posterior, lo que equivale a desestimar el recurso, sin entrar a estudiar los demás puntos resueltos por la sentencia recurrida, que no han sido objeto de este recurso.

#### 14. EJECUCION

**EXEQUTUR: SENTENCIAS CANÓNICAS DE NULIDAD MATRIMONIAL.**

S 30 junio 1984 (RA 3446)

*Se pide y acuerda ejecución de sentencia canónica de nulidad matrimonial. Por Decreto del Tribunal de la Signatura se revoca aquella ejecución,*

*pretendiéndose ahora por una de las partes que se den efectos civiles a esta resolución eclesiástica.*

**CONSIDERANDO:** Que la impugnación que, en el recurso se hace del Acto de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia de Madrid de 31 marzo 1982, que al confirmar el correspondiente de Primera Instancia, revocó el de 27 julio 1978 por el que, el Juzgado núm. 5 de los de la Capital dispuso la inscripción en el Registro Civil de una sentencia de nulidad de matrimonio dictada el 28 junio 1978, por el Tribunal Eclesiástico de la Diócesis de Sakama-Kipusi (República del Zaire), es inestimable una vez que —aparte las razones formales de oposición argumentadas por el M.º Fiscal— aquella decisión revocatoria impugnada, estuvo determinada por la existencia, en el mismo sentido, de sendas decisiones del Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica de 21 mayo y 22 diciembre 1980, dictada respecto de las mismas personas e idénticos motivos y, por consiguiente, e nel mismo asunto del que, en una etapa canónica intermedia emanó el Auto cuya nulidad se declara en el impugnado, de modo que si, estas últimas resoluciones del Tribunal de la Signatura Apostólica, se produjeron en revisión de aquellas iniciales del citado Tribunal Canónico del Zaire, el tema litigioso tiene su adecuado encaje en la previsión de la Disposición transitoria dos del Acuerdo sobre asuntos Jurídicos firmado el 3 enero 1979 —ratificado por la Jefatura del Estado el 4 diciembre siguiente— entre la Santa Sede y el Estado Español, a cuyo tenor le es aplicable el artículo XXIV del Concordato de 1953 cuyo apartado 3 impone a los Tribunales del Estado practiquen lo necesario para los efectos civiles de las sentencias canónicas y, concretamente para su anotación en el Registro Civil, tal y como el Auto combatido irdenó, sin mengua, por ello, del art. 80 del C. Civ. cuya denunciada infracción ha de claudicar con los efectos, en cuanto a costas y pérdida del

depósito constituido, que impone el art. 1748 de la L. E. Civ.

**DE DAR COSA INMUEBLE: CANCELACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE DOMINIO EN FAVOR DE PERSONA NO CONDENADA.**

RDGRN 23 agosto 1983 (RA 6987)

*En causa penal por alzamiento de bienes y en cuanto a la pretensión civil acumulada se anuló una donación. Los perjudicados pretendieron en ejecución de sentencia que se cancelara la inscripción de dominio en favor de los donatarios. El Registrador se niega a cumplir el mandamiento por defecto insubsanable.*

**CONSIDERANDOS:** Que al haber recurrido del auto presidencial solamente el Registrador de la Propiedad, la única cuestión a debatir en este recurso, es la de si donadas por el padre a dos de sus hijos la mitad indivisa de un local comercial y de una vivienda, cabe cancelar esta inscripción hecha a favor de los donatarios, en virtud de un mandamiento expedido en diligencias preparatorias seguidas por delito de alzamiento de bienes consecuencia de la condena en sentencia firme impuesta al donante, sentencia que además declaró la nulidad de la escritura de donación realizada, todo ello cuando con anterioridad a la fecha no sólo del mandamiento sino de la propia sentencia, se había practicado una nueva inscripción de extensión del dominio existente en amos inmuebles que aparecen ahora inscritos uno a favor de amos donatarios y el otro a favor del restante condominio, sin que además ninguno de los tres titulares registrales haya intervenido o sido parte en el procedimiento.

Que a la vista de lo expuesto, y siempre dentro del cauce del recurso gubernativo que ha de limitarse simplemente a declarar si puede o no practicarse el asiento solicitado, es forzoso

manifestarse por la negativa, ya que por exigencias del principio registral de legitimación tan primordial en Derecho Hipotecario recogido fundamentalmente en los arts. 1 y 38 de la Ley es obligado el que para cancelar un asiento a nombre de persona determinada, no sólo se ejercite la acción contra la misma, sino que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente.

Que en aplicación de este principio general el art. 40 d) de la Ley, previniendo el supuesto de nulidad del título que hubiere motivado el asiento en los libros del Registro, exige para su rectificación el consentimiento de sus titulares registrales, o en su defecto resolución judicial en la que la demanda se haya dirigido contra todo aquellos a quienes el asiento conceda algún derecho, lo que no resulta del presente supuesto, ya que del mandamiento calificado ninguno de los tres titulares actuales aparece tener intervención alguna en el procedimiento incoado.

#### EJECUCIÓN HIPOTECARIA DIRIGIDA CONTRA EL EXTINGUIDO MOVIMIENTO NACIONAL.

S 16 marzo 1984 (RA 1244)

*Se insta procedimiento judicial sumario contra el Movimiento Nacional. El Juzgado inadmite la demanda por haberse extinguido tal entidad y no poder dirigirse procedimiento de apremio contra la Hacienda Pública como sucesora de aquélla.*

**CONSIDERANDOS:** Que la peculiaridad del conflicto traído a la censura de la casación, íntimamente enlazado con la esencial norma operada en la organización política del Estado, estriba en que otorgada escritura de préstamo con garantía hipotecaria entre el «Movimiento Nacional», representado por el Gobernador Civil de la provincia, y la Caja de Ahorros y Mon-

te de Piedad de Cáceres, y seguido procedimiento judicial sumario en ejercicio de la correspondiente acción ejecutiva con arreglo a los arts. 130 y 131 de la L. H. por impago de intereses de los plazos anuales de amortización, según expresa la demanda fechada el 16 enero 1979, con requerimiento de pago dentro del proceso a la «Hacienda Pública» en las oficinas de la Delegación en aquella capital, la resolución impugnada, confirmatoria de la recaída en el primer grado, tuvo por conclusas las actuaciones sin pasar a la subasta, basándose en la «imposibilidad jurídica para embargar bienes del Estado» una vez operada la desaparición del «Movimiento Nacional», cuyo patrimonio ha pasado a integrarse a todos los efectos en el estatal.

Que el motivo primero del recurso, basado en el ordinal 5.º del art. 1692 de la Ley Procesal, denuncia menoscabo de la cosa juzgada «con violación del art. 1252 del C. Civ.», alegando que la decisión adoptada finalmente por la Sala «a quo» poniendo término al proceso de ejecución se halla en pugna con lo acordado en los autos de la misma de 3 mayo 1983 de febrero 1981, revocatorios de los pronunciamientos por el Juzgado, que ordenaron seguir el procedimiento de efectación de la acción real hipotecaria; pero su improsperabilidad es clara, pues el motivo utilizado se refiere a la pugna surgida entre la sentencia recaída y la anterior ya firme pronunciada en debate seguido sobre el mismo objeto y también sin diversidad en las personas y las causas, esto es, concurriendo las identidades sustanciales exigidas por aquel precepto del Código sustantivo para que la excepción perentoria opera en el segundo juicio, por lo que el motivo de que se trata atañe a la cosa juzgada material según ha recordado la sentencia de 27 marzo 1963, y manifiesto resulta que ninguno de los requisitos indispensables concurrir en el supuesto sometido a examen, pues ni la Caja de Ahorros recurrente,

como actora que es, pudo oponer tal excepción en el procedimiento, ni las resoluciones invocadas pueden ofrecer más que cosa juzgada formal, cuyo efecto únicamente se produce dentro del mismo proceso, a diferencia de la cosa juzgada propiamente dicha que trasciende lo puramente procedimental y significa la preclusión definitiva de la cuestión resuelta, impidiendo su nuevo planteamiento.

Que a modo de fundamento para el conjunto análisis de los tres motivos restantes del recurso interpuesto por la Entidad acreedora es de tener muy en cuenta que desaparecido el «Movimiento Nacional» los bienes integrantes de su patrimonio «quedaron afectados e incorporados al dominio público o al Patrimonio del Estado, según su naturaleza» no «se integrarán a todos los efectos en la Hacienda Pública», según disponen los arts. 6.º y 7.º del R. D.-Ley de 1 abril 1977, con lo que es obvio que la inserción en tal régimen especial de dominio lo es con todas sus particularidades normativas y entre ellas la de inembargabilidad y ejecución forzosa aplicable indistintamente a los bienes públicos y a los patrimonios del Estado, particularidad que impide conceptualmente susceptibles de gravámenes hipotecarios o de embargos y apremios, y en tal sentido si ya el art. 15 de la hoy derogada Ley de Administración y Contabilidad disponía que «ningún Tribunal podrá despachar mandamiento de ejecución, ni dictar providencias de embargo contra las rentas y caudales públicos», expresión ésta en la que estaban comprendidos todos los bienes y por lo tanto los inmuebles, por su parte el art. 18 de la L. de 15 abril 1964 reiteró la prohibición de «dictar providencia de embargo, ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos del Patrimonio del Estado», principio de exclusión de la actividad ejecutiva judicial sobre la que insiste el art. 48 del Reglamento para su aplicación de 5 noviembre 1964 y que se reafirma en el art. 44 de la Ley Gene-

ral Presupuestaria de 4 enero 1977 por lo mismo que la sobligaciones económicas del Estado habrán de ser exigidas por los cauces imperativamente señalados en los arts. 42, 43 y 45; y si bien en el terreno de la doctrina no ha dejado de admitirse la posibilidad de la ejecución en cuanto a los bienes que el Estado reciba por herencia o donación y sobre los que previamente hubiese un gravamen real, es patente que tal hipótesis ninguna relación guarda con la que ahora se analiza, pues el Estado no adquirió la finca urbana hipotecada por negocio jurídico, sino en virtud de una disposición con valor o fuerza de Ley como consecuencia de la desaparición de un Ente que aun dotado de «personalidad jurídica y autonomía patrimonial para el cumplimiento de sus fines» —art. 41 de la L. 43 de 1977, de 28 junio—, se integraba en la organización política del Estado (arts. 1 y 2 de la misma Ley).

Que lo expuesto conduce necesariamente a la repulsa de los motivos 2.º, 3.º y 4.º, por cuanto presupuesta la imposibilidad legal, categóricamente formulada, de toda acción hipotecaria de extracción de valor sobre los bienes demaniales o patrimoniales, a diferencia de lo regulado para las Corporaciones Locales —Ley de Régimen Local, art. 661, párr. 1.º, que permite la efectividad de la garantía hipotecaria con determinadas restricciones—, carecen de aplicación al caso los arts. 104 de la Ley Inmobiliaria y 1876 del C. Civ. sobre el poder de afección que surge del vínculo creado por la hipoteca y el derecho a la realización del valor, con sujeción directa e inmediata de los bienes cualquiera que sea su poseedor, a fin de alcanzar el cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida, y si no no puede decirse que el auto recurrido haya aplicado indebidamente el art. 44 de la Ley General Presupuestaria de 4 enero 1977 y el 48 del Reglamento del Patrimonio del Estado de 5 noviembre 1964, tampoco puede ser acogido

el motivo cuarto, que por la vía del núm. 6.º del art. 1692 de la L. E. Civ. aduce defecto en el ejercicio de la jurisdicción, pues el auto combatido, al confirmar el del Juez, impidiendo la prosecución del procedimiento judicial sumario, se atuvo estrictamente a las disposiciones legales que excluyen toda posibilidad de ejecución hipotecaria sobre los bienes pertenecientes al Estado.

**TERCERÍA DE DOMINIO: BIENES CEDIDOS A LOS ACREEDORES EN CONVENIO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS.**

S 7 diciembre 1983 (RA 6923)

*Recae embargo sobre un inmueble cedido a los acreedores en convenio de suspensión de pagos y la comisión liquidadora interpone tercera de dominio.*

**CONSIDERANDOS:** Que los dos primeros motivos del recurso se formulan, respectivamente, el primero, por «infracción, por el concepto de violación, en su aspecto negativo a causa de su inaplicación, del art. 1281 del C. Civ., que no ha sido tenido en cuenta por el Tribunal inferior en su sentencia a pesar de que los claros términos del convenio alcanzado en el expediente de suspensión de pagos de Vicente S. F. no dejan dudas sobre la intención de los contratantes de formalizar una dación, en pago de sus bienes por el deudor, liberándose éste de toda responsabilidad para con sus acreedores», y el segundo por «infracción, por el concepto de violación, en su aspecto negativo o inaplicación, del art. 1282 del C. Civ., ya que la sentencia recurrida ha hecho caso omiso de la intención de los intervinientes en el convenio alcanzado en la suspensión de pagos de Vicente S. F. —acreedores y suspenso— que no es otra que recoger y concertar una dación en pago, según se infiere del hecho de que el propio suspenso no entrase a formar parte de la comisión que habría de

realizar y liquidar sus bienes y de la propia confesión en juicio del mismo en los presentes autos: actos coetáneos y posteriores al convenio o contrato y a los que hay que atender para juzgar de la intención de los contratantes, motivos éstos que habrán de ser destinados en atención a las siguientes razones: Primera: Que es doctrina reiterada de esta Sala, contenida, entre otras, en SS. de 9 diciembre 1943, 13 marzo 1953, 1 marzo 1969 y 3 enero 1977 la de que «la cesión de bienes a los acreedores del art. 175 del C. Civ. no deben confundirse con la dación en pago, pues, como tuvo buen cuidado en precisar la doctrina de este T. S., aquélla implica abandono de los bienes por el deudor en provecho de los acreedores para que éstos apliquen su «importe líquido» a la satisfacción de su crédito, mientras que en la dación en pago, bien se la catalogue como una venta o bien se la configure como una novación o se pensase incluso que se trata de un acto complejo, pero siempre regulada analógicamente en nuestro Derecho por las normas de la contraventa al carecer de reglas específicas (sólo se encuentran alusiones en los arts. 1421, 1636 y 1849 del C. Civ.), el crédito que con ella se satisface adquiere la categoría de precio del bien o bienes que se entregan; o con otras palabras, en su caso se está en presencia de una «cessio pro solvendo», pues, como dice el legislador, el pago por oposición sólo libera al deudor de su responsabilidad por el importe de los bienes cedidos, mientras que en el otro se trata de una «cessio pro soluto» en el sentido de que la entrega produce automáticamente la extinción de la primitiva obligación; debiéndose añadir todavía que la diferencia es terminante por lo que respecta a la traslación de título real, puesto que así como la cesión sólo atribuye la posesión de los bienes con un poder de carácter personal que permite al acreedor efectuar la venta para cobrarse con su importe, en cambio, en la dación se produce una verdadera

transmisión del dominio sin restricción ni cortapisa alguna (S. 1 marzo 1969): Segunda: Que tiene también reiteradamente declarado este Tribunal que la interpretación de los convenios es facultad soberana de la Sala de instancia, cuya calificación debe ser respetada en casación, a no ser que resulte ilógica, inverosímil o absurda, y en modo alguno puede tacharse de tal la calificación que la resolución recurrida hace del convenio de autos, al razonar en su Considerando cuarto que «la conceptualización del convenio habido entre los acreedores y el suspenso como de mera cesión de bienes en pago de deudas y no como de datio un solutum, sobre adaptarse más fielmente a la literalidad de aquél y a una interpretación lógica y sistemática del conjunto de su clausulado, enlaza armónicamente con los antecedentes de la institución en nuestro derecho y queda respaldada por la jurisprudencia patria», especialmente si tenemos en cuenta que en el supuesto que nos ocupa no se ha producido una transmisión del dominio de los bienes del suspenso a los acreedores, sino simplemente una puesta en posesión de los mismos, para proceder a su venta, en virtud de los poderes otorgados a tal fin a la Comisión Liquidadora, razones por las que procede la desestimación de los motivos estudiados.

Que tampoco habrán de alcanzar éxito los motivos tercero y cuarto que denuncian, respectivamente, «infracción, por violación, del art. 1175 del C. Civ. en cuanto dicha norma, en la que se apoya el Tribunal inferior para sentar que el convenio alcanzado en la suspensión de pagos de Vicente S. F. constituye una mera cesión de bienes, exige que el deudor, mediante dicha cesión, quede liberado tan sólo por el importe líquido de los bienes cedidos; y siendo así que, según refleja la propia sentencia recurrida en su segundo considerando, en el caso de autos, el deudor cede sus bienes hasta donde éstos alcancen y los acreedores

renuncian desde dicho momento a la parte de su crédito que resultare cubierta con el producto de las realizaciones de tales bienes», así como «infracción por interpretación errónea, del art. 1175 del C. Civ., a cuyo tenor el deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas, pero esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél por el importe líquido de los bienes cedidos», motivos ambos que, igualmente habrán de decaer, puesto que una lectura detenida del convenio nos lleva a la conclusión de que en virtud de la cesión de bienes, operada por el deudor para el pago de sus deudas, tan sólo se produce, en principio, la extinción de los créditos, «hasta donde alcance la totalidad de los bienes, derechos y acciones, que constan relacionados en el activo del balance obrante en el citado expediente»; a lo que no obsta que, en virtud de la permisón que el citado art. 1175 contiene al hablar de «pacto en contrario» los acreedores renuncien a la parte de un crédito que no resultase, en su caso, cubierta con el producto de las realizaciones de bienes que se lleven a cabo», por todo lo cual no puede entenderse infringido por violación ni por interpretación errónea el mencionado art. 1175 del C. Civ., procediendo en su consecuencia, la desestimación de los motivos tercero y cuarto del recurso.

Que, finalmente, deben también perder los motivos quinto y sexto fundados, respectivamente en la «infracción, por violación en su aspecto negativo o inaplicación, del art. 609 del C. Civ., según el cual la propiedad también se adquiere por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición» y en «infracción, por violación a causa de su inaplicación, del art. 348, párr. 2.º del C. Civ., que reconoce la acción que corresponde al propietario contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla», el primero de ellos, porque, como hemos anteriormente apuntado, el convenio en forma alguna opera la transmisión de

mínica de los bienes del suspenso a los acreedores integrados en la Comisión Liquidadora, sino simplemente la transmisión de su posesión, que, unida al mandato que figura incorporado al correspondiente poder, les autorizaba para su enajenación a fin de aplicar su importe al pago de los créditos, y el segundo porque, obviamente, y al no haberse operado la transmisión dominical de tales bienes, en modo alguno cabría sostener que pudiese operarse válidamente su revindicación, por todo lo cual deben rechazarse estos últimos motivos.

### TERCERÍA DE DOMINIO.

S 18 noviembre 1983 (RA 6487)

*Se embarga maquinaria que se hallaba en posesión del ejecutado en virtud de un contrato de «leasing». La entidad de «leasing» interpone tercera de dominio.*

**CONSIDERANDOS:** Que entre las formas contractuales que las necesidades en la vida social y económica han introducido en el campo jurídico se encuentran los denominados arrendamientos financieros o «leasing», sin regulación legal hasta el Decreto-Ley de Ordenación Económica de 25 febrero 1977, disposición que, aunque de carácter predominantemente fiscal y financiero recoge en su art. 19 sus rasgos característicos, tal como aparecen en la realidad social cotidiana, al conceptualizarlos como aquellas operaciones, que cualquiera que sea su denominación consisten en el arrendamiento de bienes de equipo adquiridos para dicha finalidad por empresas con dicho objeto social y según las especificaciones señaladas por el futuro usuario, a cuyo arrendamiento acompaña una opción de compra, siendo, por tanto, sus notas diferenciales la cualidad de bien de equipo objeto del contrato, la elección del mismo, en manos del fabricante o proveedor, por el futuro usuario, la adquisición de su

propiedad por la empresa «leasing» y su cesión en arrendamiento al arrendatario o usuario, con la inclusión de un pacto de opción de compra, contrato de arrendamiento financiero o «leasing» jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio, pues como dice la sentencia de esta Sala de 10 abril 1981 ya se entienda que el «leasing» constituye un negocio mixto en el que se funden la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ora que se trata de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reconducidos a unidad esencial, el parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el «leasing» opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del art. 2.º párr. 2.º de la L. 17 julio 1965, habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o «leasing» como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica respectivamente perseguida por una y otra operación es distinta, y contrato, igualmente, distinto del préstamo de financiación a comprador regulados en el párr. 2.º del art. 3.º de la expresada L. 17 julio 1965, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno.

Que precisadas las características esenciales del arrendamiento financiero (leasing) y sus diferencias con la compraventa de bienes muebles a plazos con reserva de dominio, así como

con el préstamo de financiación a comprador de dichos bienes a plazos, una exigencia de orden procesal impone el estudio prioritario del quinto motivo del recurso amparado en el ordinal primero del art. 1692 de la Ley procesal y en que se denuncia la infracción por violación de los arts. 1281, 1283 y 1287 del C. Civ., estudio prioritario en cuanto por dicho cauce procesal debe determinarse cuál es la verdadera naturaleza jurídica del contrato celebrado entre «F. L. de E., S. A.» y «U. y P., S. A.» que a entender de la sentencia recurrida es la de un préstamo de financiación a comprador, regulado en el art. 3.º y 17 de la indicada L. 17 julio 1965, y que según la entidad recurrente constituye un contrato de arrendamiento de bienes muebles, alternativa en cuyo examen debe entrarse pese a tratarse de un tema de interpretación, en principio reservada al Tribunal de infancia, por ser notoriamente errónea la conclusión a que llega en su hermenéutica contractual, pues si, según dicha sentencia, por contrato que las partes califican de arrendamiento de bienes muebles, «Urbanizaciones y Pavimentos, S. A.», en fecha 30 marzo 1974, obtiene la posibilidad de utilizar y disfrutar un Rodillo autopropulsado, para lo cual se conviene la satisfacción por dicha entidad de una renta de 70.894 ptas., renta que se paga por dicha cantidad y en metálico, la primera a la suscripción del contrato y por medio de otras 59 letras de cambio de idéntica cifra, cuya periodicidad presuntamente ha de estimarse de carácter mensual, si la sociedad tercerista «F. I.», que figura en el contrato como arrendadora y libradora de las cambiales, satisface precio de la máquina embargada y a que se contrae la litis a la empresa vendedora, la que entrega tal máquina a la usuaria de la misma, no hay duda de que nos encontramos ante un arrendamiento financiero o leasing, de frecuente práctica en el comercio de bienes de equipo, en el que, como se ha dicho en el anterior considerando y

como es de esencia en esta figura jurídica sólo se transmite el uso de la cosa, sin que frente a esta conclusión, deducida del sentido literal del texto del contrato que lo califica de arrendamiento y en el que literalmente dice «Es objeto del presente contrato la cesión en arrendamiento del material cuya descripción, características y signos de identificación común en las condiciones particulares...». El citado material ha sido seleccionado y elegido por el arrendatario como futuro usuario del mismo y éste ha elegido asimismo la persona del proveedor, fabricante». El arrendador adquiere el material del fabricante o proveedor para cederlo en arrendamiento al arrendatario. Para ello cursará al fabricante o poseedor el pedido que ha sido confeccionado por el arrendatario...». «El material objeto del contrato será entregado directamente al arrendatario el cual contrae la obligación de entrar en posesión del mismo y recibirlo en nombre del arrendador como propietario y en nombre propio como arrendatario...», etcétera —sentido literal que no aparece discordante con la intención de los contratantes y que además responde al objeto social de la entidad arrendadora sin que frente a dicha conclusión, repetimos, pueda prevalecer, contrariamente a lo que sostiene la sentencia recurrida, ni el hecho de que las letras de cambio libradas para el pago de la merced arrendaticia fuesen avaladas por la entidad vendedora al ser éste un hecho equívoco del que no puede sacarse consecuencia alguna contraria a la naturaleza arrendaticia del contrato, ni la circunstancia de que el arrendatario retirara directamente la máquina del establecimiento del vendedor al venir estipulado que lo hacía en nombre del arrendador, ni la suma total de las rentas que debía satisfacer el arrendatario al no constar el valor residual calculado a la máquina al finalizar el contrato así como tampoco un estudio de amortización de la inversión realizada por la compañía arrendadora, ni, final-

mente, el hecho de que la opción de compra que se prevé al final del contrato no esté suficientemente desarrollado, pues esta exigencia, introducida por el referido D.Ley de 25 febrero 1977, no estaba prevista en la normativa genérica a la sazón vigente, por todo lo cual debe terminarse afirmando que la propiedad de la máquina pertenece a la sociedad aquí recurrente.

**SUBASTA: PAGO DE PRINCIPAL Y COSTAS ANTES DE APROBARSE EL REMATE.**

**S 22 marzo 1984 (RA 1318)**

*En el acto de subasta la actora pide la adjudicación del inmueble por dos tercios del tipo y, antes de aprobarse el remate, el procurador del ejecutado presenta un talón no conformado para pago de principal y costas, que no le es admitido.*

**CONSIDERANDO:** Que el único problema debatido, que es sobre el que versa el recurso, que obtuvo solución dispar en la instancia, es el de dilucidar si la liberación del inmueble objeto de la subasta decretada por el Auto recurrido, se ajustó o no a la normativa del art. 1498 de la Ley de Enjuiciamiento, lo que implica, a su vez, dos cuestiones: en primer lugar si el acto discutido se efectuó antes de verificarse el remate; y en segundo término, si la entrega de un talón no conformado puede reputarse como verdadero pago de principal y costas. Siendo de advertir, en cuanto a lo primero que el remate es un momento, el último y más importante, de la subasta. Pero el inicio de ésta no coincide con el de aquel al que preceden una serie de operaciones como las propuestas y licitaciones, de acuerdo con el procedimiento establecido en los arts. 1500 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento, y la determinación de sí, en este caso, el acto del Procurador de la demandada, efectuado en la subasta (y por tanto después de su

inicio), haya tenido lugar antes del remate, es obviamente una cuestión de hecho, respecto de la cual el Auto recurrido contiene la declaración puramente fáctica de que «la circunstancia se produjo antes de ser aprobado el remate»; declaración que no fue impugnada por la vía procesal pertinente y que consiguientemente, tiene que respetarse. Lo segundo, tiene que ponerse en relación con el art. 1170 del Código pero no sólo como hace el recurso, con su párr. 1.º donde dice que «el pago de las deudas en dinero deberá hacerse en la especie pactada», sino con todo el precepto; y es visto que el párrafo segundo preceptúa que «la entrega de pagarés a la orden o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados...», añadiéndose en el párr. 3.º que «entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva, quedará en suspenso»; por lo que, tratándose de uno de aquellos documentos a que se refiere el legislador, tuvo que haberse producido la suspensión hasta que el efecto hubiese sido realizado, a lo que no puede ser obstáculo el hecho de que el talón bancario no estuviese conformado, porque la «conformidad», de uso frecuente en la práctica mercantil, no es un requisito legalmente exigido que pueda modificar el precepto en cuestión.

**TERCERÍA DE MEJOR DERECHO.**

**S 21 septiembre 1984 (RA 4301)**

*Iniciada la ejecución en juicio ejecutivo sobre póliza de crédito de fecha 14-agosto-1976, vencida el 10-febrero-1977, se formula tercera de mejor derecho por el que obtuvo sentencia de remate, en base a una letra de cambio, el 19-diciembre-1977.*

**CONSIDERANDOS:** Que el artículo mil novecientos veinticuatro del Código Civil, en su número tercero, establece que tendrán preferencia entre

sí por el orden de antigüedad de sus fechas los créditos que sin privilegio especial constan A) en escritura pública, o B) por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio, a lo que cabe añadir que, según reiterada doctrina legal están asimilados a la escritura pública las pólizas intervenidas por Agentes de Cambio y Bolsa o Corredor Colegiado de Comercio —Sentencias de tres de noviembre de mil novecientos setenta y uno, uno de marzo de mil novecientos setenta y ocho, en armonía con lo dispuesto en los artículos noventa y tres del Código de Comercio y en relación con el mil doscientos dieciocho del Código Civil y quinientos noventa y seis de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Que según lo expuesto en Sentencias de esta Sala de veintiuno de octubre de mil novecientos veintisiete, veintitrés de enero de mil novecientos cuarenta y dos y tres de noviembre de mil novecientos setenta y uno, no cabe, por tanto, dudar del carácter de escritura pública a los fines del artículo mil novecientos veinticuatro del Código Civil del título esgrimido por el opositor a la tercería, es decir, de la póliza de crédito, así como de la posibilidad y realidad de su prevalencia por su fecha anterior a la sentencia de remate (título del tercerista), independientemente de que aquella póliza de crédito o escritura pública haya servido para el ejercicio de una acción judicial para exigir el importe del crédito, pues como dice la citada Sentencia de veintitrés de enero de mil novecientos cuarenta y dos la escritura pública no pierde su eficacia para el caso de la tercería, aunque se haya instado previamente el crédito que en ella consta en un juicio ejecutivo, máxime, cabe añadir, cuando, como en el presente caso, el título que se enfrenta y se niega como defensa contra el tercerista es dicha póliza, no la Sentencia, en cuanto dicha póliza y escritura tiene virtualidad y garantía suficiente como constatación de un crédito exigible.

Que es en el punto últimamente aludido donde pudiera surgir, según casos y circunstancias, el problema de la virtualidad del título en cuanto a la necesidad de su suficiencia y exigibilidad, dada la naturaleza jurídica de la póliza como instrumento de un crédito (según casos un préstamo), de utilización parcial y posterior por el acreditado deudor (normalmente de un Banco), sujeto a unos plazos y a una liquidación, saldo y finiquito, momento en el que es exigible y ejecutable, no antes, como parece deducirse de la Sentencia de esta Sala de tres de noviembre de mil novecientos setenta y uno, en relación con la de quince de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis, o bien bastando, según tesis de la Sentencia de uno de marzo de mil novecientos setenta y ocho, con la propia suscripción y existencia de la póliza, por entender que no es el crédito en sí el que concede el privilegio o preferencia, sino el documento (escrituras, pólizas o sentencias).

Que esa contradicción entre las Sentencias citadas de tres de noviembre de mil novecientos setenta y uno y uno de marzo de mil novecientos setenta y ocho es, en realidad, aparente, pues que, si se examinan sus circunstancias y motivaciones, la verdad es que su finalidad es la de otorgar el debido valor a la póliza o escritura en cuanto ésta es auténtico reflejo de una realidad crediticia y de una deuda exigible y así en la de mil novecientos setenta y ocho aparece que las cantidades figuradas en la póliza fueron entregadas por el Banco el mismo día de su suscripción, por ser renovación de otra anterior con un saldo ya determinado, aunque su exigibilidad se acordó para seis meses después, si bien su fecha de vencimiento aún era anterior a la del título contrario (una sentencia de remate), aunque no a la de certificación del Agente de Cambio hecha para posibilitar el despacho de ejecución, y en la de mil novecientos setenta y uno

fue razón decisiva la indeterminación del saldo resultante de la póliza, dato esencial para determinar el alcance de la obligación del deudor, practicando la liquidación prevista en el contrato, instante en el que el crédito exigible tiene autenticidad, indeterminación que fue causa de su rechazo como título preferente.

Que, consecuentemente, bien puede afirmarse, en definitiva, que lo decisivo para otorgar a la póliza de crédito eficacia como título preferente frente a otro título de fecha posterior, es no sólo su autenticidad como documento o instrumento (por tanto su fecha fecha como determinante del privilegio), sino también su exigibilidad, cualidad que le será otorgada por la oportuna liquidación y fijación del saldo y que asimismo será la fecha de esa operación intervenida fehacientemente la determinante para fijar la prioridad del crédito así fijado respecto de otro de fecha posterior, sea escritura o sentencia.

Que consecuentemente, establecido en la propia sentencia impugnada y así reconocido por la entidad tercerista que la liquidación y saldo de la póliza de crédito fueron establecidos con intervención del corredor de comercio con fecha de veintinueve de julio de mil novecientos setenta y siete, anterior a la del título del tercerista, que es la sentencia de diecinueve de diciembre de mil novecientos setenta y siete, es claro la aplicación, como se hizo en el fallo recurrido, del número tercero del artículo mil novecientos veinticuatro del Código Civil, en cuanto a la preferencia del crédito así escriturado y reconocido en el apartado A) de dicho número y artículo, sin que, por tanto, se haya infringido tal precepto por aplicación indebida o por no aplicación de su apartado B, como se denuncia en los dos únicos motivos del recurso y que por ello deben desestimarse, y aún más en concreto por no ajustarse la recurrente a la verdad procesal en su motivo

primero, pues que según quedó establecido y por su propia actividad en el proceso, fue que la acción que ejercitó se basaba en la sentencia obtenida en juicio ejecutivo, no en letra de cambio, independientemente de que tampoco su fecha podría oponerse sin más requisitos a la del sabio de la póliza, según antes se argumentó en cuanto a la exigibilidad de los créditos y sus presupuestos de autenticidad y fijsa.

#### RECURSO DE CASACIÓN EN EJECUCIÓN DE LAUDO DE EQUIDAD.

S 5 junio 1984 (RA 3213)

*En ejecución de laudo arbitral de equidad se interpone recurso de casación por resolverse en contradicción con lo ejecutoriado.*

CONSIDERANDO: Que aparece de lo actuado de manera inequívoca que se trata de un recurso de casación contra laudo de árbitro de equidad, no de derecho, y siendo así es obligado a declarar que el art. 1695 de la L. Pro-Civ. es únicamente aplicable a los arbitrajes de derecho, pero no al de equidad, como ya ha mantenido con reiteración esta Sala —SS. entre otras muchas, de 23 enero 1941—, puesto que, según el art. 30 de la Ley de arbitraje de 22 diciembre 1953, contra el fallo que dicten los árbitros de un arbitraje de equidad sólo cabe el recurso de nulidad ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, y como se está en el caso de un juicio, el de árbitro de equidad, contra el que no cabe la casación, por tanto tampoco ha de caber contra los incidentes que se promuevan en ejecución de los laudos dictados en dichos juicios; en consecuencia, no habiendo sido declarada improcedente la admisión del recurso en cuestión en el momento procesal oportuno, procede declarar en éste su desestimación, dejando incólume la resolución impugnada.

#### 15. PROCESOS CONCURSALES

##### CONCURSO DE ACREEDORES. ACUMULACIÓN AL MISMO DE JUICIO EJECUTIVO CONTRA EL CONCURSADO.

S 26 mayo 1984 (RA 1435)

*Dictada ya sentencia de remate en el ejecutivo, se recibe requerimiento del Juzgado que conoce del concurso para que se proceda a la acumulación.*

CONSIDERANDOS: Que es procedente acceder a la acumulación porque: A) genéricamente viene impuesta por el núm. 3.º del art. 161 de la L. E. Civ. al enunciarse en el mismo como causa para ella, entre las de los otros números, la de que «haya un juicio de concurso (o de quiebra) al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado (o formule) cualquier demanda»; siendo incuestionable que el ejecutivo singular de Calatayud está originado por demanda formulada contra el caudal del concursado, aunque abarque otros patrimonios (lo que no es obstáculo para la acumulación, según así lo entendió la ya lejana sentencia de esta Sala de 11 octubre 1901); B) reiterando la necesidad de acceder a la acumulación (y ya específicamente) el mandato del artículo 1187 en el que, por la referencia al 1003 y a sus núms. 1.º y 4.º, se comprende el juicio ejecutivo contra el caudal en concurso; C) y, por si esto no bastase, el núm. 3.º del artículo 1163 es paladina que la declaración de concurso se acompañará de «la acumulación al juicio de concurso de las ejecuciones que haya pendientes contra el concursado» ya en el mismo Juzgado o en otros, con la única excepción de que se persigan (art. 1661) bienes especialmente hipotecados y en conformidad con lo que se dispone en el párrafo final del art. 127 de la L. H.

Que la acumulación no conlleva que el Banco ejecutante singular resulte

perjudicado ya que, en conformidad con el art. 1144 del C. Civ., la parte de su crédito que no haga efectiva en el concurso podrá ser objeto de ulterior reclamación contra la Sociedad que generó la deuda y los otros avalistas, hasta que sea la misma cobrada por completo; y también le es posible, ya ahora, desistir de la demanda ejecutiva singular contra el concursado, manteniéndola frente a la Sociedad y los demás fiadores.

##### QUIEBRA. LEGITIMACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD QUEBRADA PARA Oponerse a la Declaración.

S 14 marzo 1984 (RA 1242)

*Se presenta en quiebra una sociedad en liquidación. Los antiguos administradores formulan oposición al auto de declaración de quiebra.*

CONSIDERANDOS: Que los actores, aquí recurridos, don Gabriel P. B. y don José O. G. G., plantearon en el escrito inicial de las presentes actuaciones incidente de oposición a la declaración de quiebra voluntaria de la entidad «Viviendas A., S. A.», en liquidación, decretada por auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Barcelona con fecha 2 diciembre 1978, consignando la sentencia recurrida que a los dos expresados señores, por haber sido Administradores de la entidad quebrada, les afectaba la declaración de la misma en tal estado, «tanto desde el punto de vista moral, prisión decretada, como económico», aseveración la denotada que ciertamente tiene un indudable respaldo legal habida cuenta de lo preceptuado, sobre responsabilidad de los Administradores, en los arts. 79, 80 y 81 de la Ley sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas, así como de las consecuencias que, a tenor de lo establecido en los arts. 1333 de la L. E. Civ., y 1044 del C. Com. de 1829, pueden derivarse contra los mismos del auto de declaración de quiebra.

Que lo expuesto en el razonamiento que antecede contra el tema que es objeto o materia de los dos primeros motivos del recurso, referentes ambos a la legitimación de los Administradores de una Sociedad Anónima, declarada en estado de quiebra voluntaria, a instancia de sus liquidadores, para oponerse a la decisión judicial en que se contiene tal declaración formal del estado de quiebra, admitiendo la sentencia recurrida de manera expresa, como ha sido denotado, la meritada legitimación que, por el contrario, se cuestiona en los aludidos motivos 1.º y 2.º del recurso, en los que se aduce, al amparo del ordinal 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ., la violación, por inaplicación, de los arts. 1170 y 1136, respectivamente, de la propia Ley, en cuanto sólo prevén la posibilidad de que puedan oponerse al auto de declaración de quiebra cualquier acreedor o el mismo quebrado, cualidades que no concurren en los Administradores de la Sociedad Anónima.

Que ciertamente el supuesto específico de posibilidad por parte de los Administradores de una Sociedad Anónima de oponerse al auto de declaración de quiebra de la misma no es contemplado por nuestro ordenamiento legal, al referirse el art. 1326 de la L. E. Civ., únicamente al quebrado, cualidad que aunque no sea dable atribuir a los Administradores de una Sociedad Anónima declarada en estado de quiebra, se manifiesta prácticamente idéntica en cuanto a las consecuencias que tal declaración comporta, de índole moral e incluso patrimonial, pues dichas consecuencias afectan a personas físicas que, en el caso del comerciante individual no existe problema para su determinación y en el de la Sociedad Anónima, como personas jurídicas, ha de atribuirse a sus órganos de gestión, aunque concretados, a su vez, en las personas físicas que en su representación desarrollen el tráfico mercantil que sea su objeto, aflorando de lo expuesto la indudable semejanza o cuando menos similitud

entre el supuesto previsto en la norma que legitima al quebrado para oponerse al auto de declaración de quiebra y aquel otro que el ordenamiento legal no previó, no obstante que igual interés jurídicamente protegible puede asistir, para impugnar el auto de declaración de quiebra, a los Administradores de una Sociedad Anónima, al resultar éstos implicados por tal declaración en términos que hacen dable predicar una identidad de razón, todo lo que hace que por indudable analogía entre el supuesto contemplado en la norma legal y el aquí en concreto planteado, sea de aplicación al caso la preceptiva contenida en el ap. 1 del art. 4.º de nuestro C. Civ., lo que lleva a sancionar la legitimación de los Administradores de una Sociedad Anónima, afectados por el auto de declaración de quiebra de la misma, para oponerse a tal declaración, decayendo, por lo argumentado, los dos primeros motivos del recurso.

#### QUIEBRA. OPOSICIÓN DE UN ACREEDOR EN CASO DE QUIEBRA VOLUNTARIA.

S 9 enero 1984 (RA 342)

*Declarada la quiebra a solicitud del deudor, un acreedor formula oposición a dicha declaración, presentando una demanda incidental.*

**CONSIDERANDOS:** Que a partir de la situación de hecho declarada en la primera instancia, que hace suya la Sala de Apelación, de que el activo patrimonial cuya quiebra su titular instó «supera al pasivo en la suma de 24.105.126 ptas.», el acogimiento de la oposición a la declaración de quiebra es inevitable consecuencia de la naturaleza misma y fin de la quiebra que no es otro, como, con todo acierto, apunta la sentencia inicial, que el de sujetar la masa patrimonial de un comerciante, insuficiente para enfrentar todas las deudas que sobre ella pesan, a las responsabilidades económicas contraídas, mediante un proceso de

ejecución general, de modo que si no existe la necesidad de repartir el total patrimonio del deudor, entre sus acreedores particulares de la manera justa que el procedimiento universal de quiebra garantiza, porque las reclamaciones individuales, a que, en principio, tienen derecho los acreedores, caben en el activo patrimonial del comerciante, por exceder del montante de ellas, no puede hablarse de situación de quiebra como contenido de una declaración que, si fue hecha en sentido positivo por darse, inicialmente, los condicionamientos externos —en esencia solicitud del legitimado al efecto y sobreseimiento por el comerciante en el pago corriente de las obligaciones contraídas— que la hicieron posible, como acto de apertura del solicitado procedimiento universal, ello no obsta para que esté abierta la discutibilidad del acuerdo declaratorio judicialmente tomado, si no por la vía de los recursos, sí por el cauce de la oposición que, en la llamada quiebra voluntaria, indudablemente puede ser utilizado para impugnar la legalidad de aquella decisión declaratoria o de los presupuestos que la permitieron, según establece, para el concurso el art. 1170 de la L. E. Civ., precepto de aplicación a la quiebra, en virtud de la remisión que hace el artículo 1319 de la misma Ley, ya que otra cosa supondría condenar a integrarse en un procedimiento de ejecución universal, vetándoles el singular del que venían asistidos, a los titulares de un interés legítimo apto para usar el que se les niega, sin haberles ofrecido, al menos, ocasión de acreditar, frente al comerciante que instó su propia declaración de quiebra, la inexistencia de los factores objetivos y subjetivos determinantes de aquella declaración.

Que lo precedentemente expuesto, hace decaer los motivos primero y segundo del recurso, toda vez que en cuanto a aquél, la supletoriedad ordenada por el art. 1319 de la L. E. Civ., permite la invocación de lo estableci-

do para el concurso por el art. 1170 de la misma Ley en el caso de la quiebra sin el límite que, gramaticalmente, parece deducirse de la frase «orden de proceder en la quiebra» a que el texto del artículo reduce dicha supletoriedad, ya que esta precisión literal, notoriamente insuficiente, tiene, en realidad, mucho mayor alcance del que el recurrente, con manifiesta imprecisión, le atribuye, puesto que comprende toda la materia objeto del Título XIII del Libro II de la Ley Procesal Civil, rubricado bajo la misma expresión «Del orden de proceder en las quiebras», así como «lo que no esté previsto y ordenado en el C. Com.» sobre el particular, según el mismo artículo que autoriza la supletoriedad y, en cuanto al segundo motivo porque, como ya se ha razonado, el que, para la norma legal, merezca la consideración de quiebra la del comerciante que sobresee en el pago de sus obligaciones, no excluye que su declaración así fundada, que no es, sino como algún sector de la doctrina la ha calificado, su fisonomía externa pueda ser contradicha en sus dimensiones subjetiva y objetiva por los legítimamente interesados en ello y dejada sin efecto por el órgano declarante cuando, como dice el art. 1029 del C. Com. de 1829, se acredite la falsedad o insuficiencia legal de los hechos que se dieron por fundamento de ella y que se halla —el comerciante se entiende— al corriente en sus pagos.

#### QUIEBRA. OPOSICIÓN A LA DECLARACIÓN E IMPUGNACIÓN DE LA FECHA DE RETROACCIÓN.

S 10 noviembre 1983 (RA 6074)

*Declarada la quiebra muere el quebrado y se insta la quiebra de la herencia. A esta última declaración formula oposición la cónyuge del quebrado fallecido y, subsidiariamente, pide la fijación de otra fecha de retroacción. Posteriormente los herederos del quebrado renuncian a la herencia. En*

*ambas instancias se desestima la oposición y se modifica el pronunciamiento sobre la fecha añadiendo que lo es «en calidad de por ahora y sin perjuicio de terceros».*

**CONSIDERANDOS:** Que, como declaró la sentencia de esta Sala de 5 de los corrientes, reproduciendo los razonamientos de la de 10 noviembre 1981, en cuanto aspecto que es de la legitimación de las partes y manifestación del interés en obrar, no se le conceptúe presupuesto procesal, bien elemento subjetivo del derecho sustancial o como una condición de la acción, la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución, corresponde únicamente a quien ocupe la posición de parte agraviada o que siendo tercero le alcancen los efectos de la cosa juzgada, por lo que es manifiesto que sin gravamen no existe legitimación para recurrir y tampoco viene permitido a un litigante invocar el perjuicio causado a otro por la decisión de que se trate; y si en este sentido ya el Derecho histórico exigía en los contendientes la «suma gravaminis» o «daño del pleito cuando fuere dado juicio contra ellos si se tuvieren por agraviados» como requisito indispensable para que «tomar puedan el alzada» (Partida tercera, título 23, leyes 2.ª y 4.ª), esta Sala tiene declarado en reiterada doctrina que por virtud de ese presupuesto subjetivo con su obligada consecuencia de que las acciones procesales y los recursos derivados de ellas solamente se otorgan para defender derechos e intereses propios por norma general —SS. de 23 mayo 1957 y 8 junio 1965—, que es en definitiva lo proclamado en el art. 24, párr. 1.º, de la Ley fundamental del Estado al utilizar el pronombre posesivo «sus» refiriéndose a la protección judicial de los derechos, sólo la parte a la que resulta desfavorable la resolución jurisdiccional puede, como perjudicada o gravada por ella, acudir a los medios de impugnación que el ordenamiento concede para que se revoque o reforme y entre ellos,

destacadamente, al recurso de casación —SS. de 21 junio 1943 y 28 octubre 1971— que evidentemente no podrá ser mantenido alegando infracciones que no afectan al recurrente, que se erige así en defensor de interés ajeno —SS. de 12 noviembre 1973 y 24 enero 1975 que insisten en criterio ya mantenido por las de 8 febrero 1941, 23 febrero 1967, 14 marzo 1985 y 12 febrero 1970, entre otras—; siguiéndose de la aplicación de esta doctrina legal al presente recurso que, para entablar la oposición al auto de declaración de quiebra, dentro del plazo que fija el art. 1028 del C. Com. de 1829 y a que se refieren los arts. 1326 y siguientes hasta el 1330 de la L. E. Civ., únicamente se hallaba facultado el mismo quebrado o sus herederos legítimos que no hubieran repudiado, monopolio referible al recurso de apelación aludido en el párr. 2.º del artículo 1330 y por supuesto, de ser viable, a este extraordinario recurso de casación; debiendo recordarse que cualquier interés que la oponente viuda del quebrado pudiera haber tenido en la herencia causada por el mismo, fue solemnemente repudiado en la escritura pública de 4 junio 1980 (folios 289 a 292), arregladamente a lo dispuesto en el art. 1008 en relación con el núm. 4 del 1280 del C. Civ., con desaparición de la delación y llamamiento de los sucesores con derecho a la parte de los repudiantes o sea, en el caso, a los otros herederos legítimos no repudiantes pues, a tenor del artículo 1009 del mismo C. Civ. «el que es llamado a una misma herencia por testamento y abintestato, y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos», constando —como ya se adelantó— que, al repudiar la herencia la oponente y aquí recurrente lo hizo sabiendo y constándole de la existencia del testamento de 17 noviembre 1977 bajo el cual había fallecido el causante y en que, con sus hijos, se le institúa heredera; siguiéndose también de la repudiación, según así lo desprende el párrafo 2.º del art. 440 del repetido C.

Civ., el haber de considerarse el repudiante como si no hubiese sido llamado a la herencia, entendiéndose que no la ha poseído nunca.

Que los razonamientos preinsertos hacen claudicar al recurso por sus cuatro motivos ya que todos ellos se enderezan contra la declaración de la quiebra en la que ningún interés mantiene la recurrente luego de haber repudiado la herencia del quebrado y sin que pueda entrarse en el tema, por nadie propuesto, de si el haber formalizado oposición y por sus términos se operó una aceptación tácita, si bien se comprueba que el haberse opuesto a la declaración de quiebra fue (aparte el vacío fundamento de la «fama o prestigio» de su marido) el mantenimiento de la validez de las Capitulaciones matrimoniales de 27 enero 1977 a las que se refiere efectivamente el escrito de oposición como asiento de la legitimación activa por ser dichas Capitulaciones —razona— «uno de los objetivos más definidos del promotor y los que parecen dar pie a las fechas (SIC) de retroacción provisionalmente decretada»; pero al fundar su interés en las Capitulaciones el recurso desplaza el objeto del Incidente de oposición a la quiebra (del «expediente seguido sobre ella» del artículo 1326) para sustituirlo por el distinto objeto de la fecha de la retroacción, olvidando que en el Incidente efectivamente promovido las pretensiones deducidas fueron las arriba consignadas y sólo subsidiariamente y para el caso de que no se alzase la declaración de quiebra se solicitaba (lo que era inviable) la rectificación dentro del auto de 22 abril 1980, de la fecha de la retroacción, fijándola en la que resultase de la prueba como fecha de sobreesimiento general de los pagos y se formalizase la retroacción provisional con la fórmula de «por ahora y sin perjuicio de tercero», pretensión esta última a la que se accedió por el fallo de primer grado añadiendo en el primer punto de su parte dispositiva, a continuación de la ex-

presión del día 1 enero 1977 como el de retroacción de la quiebra, la frase «con calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero»; no obstante lo cual fue apelada la sentencia únicamente por la también aquí única recurrente y ya con la única pretensión viva de que se alce la declaración de quiebra, contra la cual se enderezan los cuatro motivos, todos ellos atinentes a tal declaración y enteramente ajenos a la fecha de la retroacción, inviable además por cuanto el incidente promovido y en que recayó la sentencia contra la que el presente recurso se asesta no es otro (dígase otra vez) sino el de los arts. 1326 a 1330, cuyo objeto único posible es la procedencia de la quiebra y no el punto de la fijación de la fecha de la retroacción, la cual fecha, siquiera haya de fijarse al declararse la quiebra y a tenor del artículo 1024 del C. Com. de 1929, pero ello «con calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero», según efectivamente se hizo, por lo cual se abre a impugnación distinta de la prevista para la declaración y para la que se encuentran legitimados cualquiera de los acreedores u otros interesados y los Síndicos y, antes del nombramiento de éstos los Depositarios, habiendo discurrido la producida en el caso de la sentencia de 25 mayo 1982 por el cauce de Incidente promovido dentro del juicio universal, si bien puede cuestionarse también dentro del juicio universal, si bien puede cuestionarse también dentro del declarativo ordinario en que se reclame la validez o nulidad de los actos de dominio y administración consecuentes a la modificación de la fecha de retroacción, conforme al párr. 2.º del art. 878 del vigente C. Com., ya que los actos del quebrado posteriores a la tan repetida fecha son intrínsecamente nulos «ipso iure» en mentes de la retroacción absoluta dispuesta por el citado precepto y así la validez del acto exige que la fecha de la retroacción sea posterior a la del acto y su nulidad es obligada consecuencia de que tal fecha se anteponga a la del año y éste quede así

abarcado por el recordado efecto de la nulidad intrínseca la cual por jugar «ipsae legis potestare et auctoritate» no precisa sea declarada singularmente, a alguna diferencia de la que pudiera afectar a los actos que contemplan los arts. 879 (a que corresponde el Incidente de los arts. 1371 a 1376 de la L. E. Civ.), 880 (del que es correlato el art. 1375 de la misma ley y que remite para contratos de sus cuatro primeras especies a los trámites del Interdicto de recobrar) y 881 y 882 (cuya impugnación es preciso ajustar a los del juicio declarativo que corresponda a su cuantía); confinando la tal interpretación del párr. 2.º del art. 878 el que no halle establecido un procedimiento con el objeto especial de anular los actos posteriores a la fecha de la retroacción; Incidente el de fijación de la fecha de la retroacción, que es el interesante al principio que parece perseguido por la recurrente de mantener la vigencia de las Capitulaciones matrimoniales de 27 enero 1977 y con la ventaja adicional de que la sentencia recaída en dicho Incidente o en el juicio declarativo que también pue-

de seguirse, como en el caso de la sentencia de 9 diciembre 1981, cuando los tenedores resisten la entrega oponiéndose al Depositario, o a los Síndicos, autorizados en principio para tomar por sí los bienes del fallido, con la ventaja —se repite— de que la sentencia tiene seguro acceso a la casación, según el reciente auto de esta Sala de 15 septiembre del corriente año que la abrió para debatir la fecha de la retroacción dentro del propio procedimiento con ese objeto, mientras que, constante e invariablemente viene afirmando la Jurisprudencia que la sentencia pronunciada en el Incidente sobre oposición a la quiebra no tiene el carácter de definitiva si desestima la nulidad del auto que la declara puesto que no pone término al juicio ni hacer imposible su continuación que es lo exigido por el núm. 1.º del art. 1690, lo que hace incurrir el presente recurso, conforme a dicha doctrina, en la causa de inadmisión y ahora, en esta fase de decisión, causa de desestimación tercera del 1729 de la L. E. Civ.

**JURISPRUDENCIA**

**PROCESAL LABORAL**

**JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER**  
 Profesor Titular de Derecho Procesal  
 Universidad de Valencia

**SUMARIO:**

- 1. Principios constitucionales. — 2. Cuestión de inconstitucionalidad. — 3. Fuentes del Derecho. — 4. Presupuestos procesales. — 5. Competencia. — 6. Beneficio de justicia gratuita. — 7. Conciliación ante el Magistrado. — 8. Demanda. — 9. Prueba. — 10. Sentencia. — 11. Recurso de casación. — 12. Recurso de casación por infracción de ley. — 13. Recurso de casación por quebrantamiento de forma. — 14. Proceso por despido general. — 15. Proceso por despido de representante de los trabajadores. — 16. Proceso de Seguridad Social. — 17. Proceso cautelar. — 18. Proceso de revisión.

**1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES**

**PRINCIPIO DE IGUALDAD.**

**S 19 junio 1984 (RA 3348)**

*La igualdad jurídica significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también.*

**CONSIDERANDO:** Que el motivo segundo se ampara en el art. 167.1 de la L. Pro. Lab. con denuncia de haber infringido la sentencia recurrida por no aplicar el art. 14 de la Constitución que consagra el principio de igualdad real y efectiva del ciudadano ante la

Ley, por entender que con fecha 8 abril 1978 la Sala 4.ª del T.S. dictó sentencia en favor de trabajadores jubilados forzosa y anticipadamente, que se hallaban en idénticas condiciones de los actores-recurrentes, resultando así que no se respetó el principio de igualdad ante la ley, en cuanto a los recurrentes se les aparta del criterio sentado en aquélla, privándoles del derecho de ver revisada su pensión a cargo de la empresa, que les reconoció la Dir. Gral. de Empleo de 30 noviembre 1979 que rectificó en parte la de la Delegación de Trabajo de 17 abril 1973, aumentando los porcentajes; motivo que tampoco es de estimación porque la igualdad a que el art. 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la ley, no comporta necesaria-

mente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva, significando que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y del examen de lo actuado resulta evidenciado que los recurrentes parten de una presunta identidad entre los supuestos contemplados en la sentencia de instancia y en la Sala 4.ª de 8 abril 1978, olvidando que esta resolución fue dictada en recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa Altos Hornos de Vizcaya, que desestimándole confirmó la de la Sala de lo contencioso-administrativo de Vizcaya el 21 diciembre 1976, mientras que la sentencia que hoy se recurre su pronunciamiento desestimatorio de la demanda interpuesta por los recurrentes solicitando su reclamación basada en la Resolución de la Dir. Gral. de Empleo de 30 noviembre 1979, que modificó la de 17 abril 1973, se basó en la sentencia de la Sala 3.ª del T.S. de 13 noviembre 1982, que confirmó la Resolución del Delegado de Trabajo de 17 abril 1973, anulando la de la Dir. Gral. de Empleo de 30 noviembre 1979. Por tanto, tratándose de dos procesos diferentes, dado que el que finalizó con la sentencia de la Sala 4.ª de 8 abril 1978, afectaba a la empresa Altos Hornos de Vizcaya y a sus trabajadores, y el presente afecta a la empresa «General Eléctrica, S. A.» y parte de sus trabajadores, es claro que la resolución que se censura no pudo incidir en la infracción denunciada en el motivo, por no tratarse de supuestos de hecho iguales.

## PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

S 14 julio 1984 (RA 4172)

*Extensión en la jurisdicción laboral de este principio.*

**CONSIDERANDOS:** Que en el único motivo del recurso con apoyo en el n.º 1.º del artículo 167 de la Ley de Procedimiento Laboral, y aludiendo a una previsible contradicción entre dos resoluciones judiciales, laboral y penal, sobre unos mismos hechos, se invoca la violación del artículo 24.2 de la Constitución que eleva a rango de norma constitucional el principio de presunción de inocencia, presunción a la que otorga el propio Tribunal Constitucional en su sentencia de 28 de julio de 1981 el carácter de «*iuris tantum*», es decir, que puede quedar desvirtuada por prueba en contrario, cuya apreciación debe hacerse respetando el principio de libre valoración de la prueba —siempre que exista una mínima actividad probatoria con las suficientes garantías procesales— por parte del tribunal de instancia, que es precisamente lo ocurrido en el supuesto de autos en el que la decisión judicial recurrida se ha producido, no sin prueba alguna, sino en base al fundamento fáctico que se ha estimado acreditado por los medios probatorios legalmente establecidos en el orden jurisdiccional de trabajo, todo lo que conduce, de conformidad con el dictamen fiscal, a la desestimación del motivo y del recurso.

Que, por otra parte, a igual solución desestimatoria se llegaría aplicando, como lo hace el juzgador de instancia, el principio de independencia entre las jurisdicciones de trabajo y la penal, por cuanto persiguen fines diversos, operan sobre culpas distintas —derivada una de la concurrencia de una falta laboral y otra de la existencia de una conducta criminalmente punible— y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones unos mismos comportamientos, lo que se traduce en que la

presunción de inocencia opera de modo diferente respecto a cada uno de los dos procesos, y a lo que obedece, además, la exclusión de la regla de prejudicialidad en el proceso de trabajo por imperio de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 77 de la Ley que lo regula, expresivo de que en ningún caso se suspenderá el procedimiento por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos.

## 2. CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD

## PRESUPUESTOS.

S 17 enero 1984 (RA 55)

*El TS expone qué requisitos deben concurrir para que el órgano jurisdiccional laboral pueda plantear la cuestión de inconstitucionalidad.*

**CONSIDERANDO:** Que en razón a la naturaleza de la pretensión deducida en el primer Orosí del escrito de formalización del recurso, en orden a que se promueva cuestión de inconstitucionalidad sobre la validez del artículo 77, párr. 1.º del Texto Refundido de la L. Pro. Lab. aprobado por R. D. Legislativo de 13 junio 1980 que establece que «en ningún caso se suspenderá el procedimiento por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos», ésta ha de ser resuelta con prioridad a todos los demás puntos debatidos, aunque haya de serlo en sentido negativo como lo ha hecho en un supuesto análogo el Auto de esta Sala de 14 noviembre del pasado año, por las siguientes razones: 1.º El art. 163 de la Constitución Española ordena a los Tribunales el planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional cuando una norma con rango de Ley, aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, precepto que desarrollado por el art. 35

y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 octubre 1979 supone que presupuesto fundamental de su formulación es la posibilidad jurídica o probabilidad de que la norma sea contraria a la Constitución. 2) En este caso, el precepto cuestionado, es decir el art. 77 de la L. Pro. Lab., no contraría ningún mandato o principio de rango constitucional, prescindiendo de las ventajas e inconvenientes que de su existencia se derivan, que es el legislador ordinario y no el Juzgador quien ha de valorarlos, la posible procedencia de «*lege ferenda*» de distinguir, a efectos de suspender el procedimiento, en los supuestos de estarse tramitando un proceso penal sobre el mismo hecho, según la naturaleza de la pretensión ejercida en la jurisdicción laboral, por ejemplo entre accidentes de trabajo y los demás casos —situación anterior al Texto refundido de procedimiento laboral de 1958, decisiones todas que incumben con carácter exclusivo a quien tiene como misión ejercer la potestad legislativa del Estado en representación del pueblo español (art. 66 de la Constitución Española). 3) Por consiguiente la tarea importantísima de contribuir a la depuración del ordenamiento jurídico que corresponda a los Tribunales de Justicia formulando la correspondiente cuestión tiene como soporte la razonabilidad de la oposición de un precepto con rango de ley nacido después de la Constitución, con ella misma, pues las anteriores han de considerarse derogadas (conforme a una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional) excluyéndose todos los demás casos en los que una o varias normas pueden ser tachadas, incluso con cierta lógica, de desafortunadas o erróneas, pues no corresponde al Poder Judicial, salvo en los supuestos excepcionales en que la Ley así lo establece, llamar la atención al legislador sobre el desacierto —expresión además cargada de subjetivismo— de una norma jurídica. 4) El art. 77 de la L. Pro. Lab. no atenta, como ya se ha dicho, a la Constitución, teniendo en

cuenta que el principio de seguridad jurídica proclamado en el art. 9.3 tiene una pluralidad de sentidos y de significados y que es al legislador ordinario como también acaba de señalarse, a quien corresponde en cada supuesto contrario en la forma que estime procedente y en este caso la independencia de la jurisdicción laboral en relación con la penal, principio tradicional en el Derecho del Trabajo por perseguir una y otra fines diversos y operar sobre culpas distintas, como ha dicho esta Sala, no implica atentado al citado principio de la seguridad jurídica, sino incluso de algún modo, fortalecimiento del mismo puesto que, en casos normales, la mayor duración del proceso penal supondría, en general, una situación de interinidad en la relación jurídica laboral, gravemente atentatoria, en los casos también normales, a la propia seguridad del trabajador, debiendo citar también en este sentido la Sala del Tribunal Constitucional de 25 enero 1983, que en su fundamento jurídico 4.º justifica la singularidad del Derecho del trabajo en razón a la condición desigual de las partes en la relación jurídico-laboral, motivadora de una protección más intensa al trabajador, proporcionada y razonable y apoyada por consiguiente en la Constitución, por lo que sin perjuicio de lo que en el futuro pueda la Ley ordinaria resolver (pues si bien es cierto que en determinadas situaciones los problemas, que la vigencia del actual art. 77 plantea son graves y están acaso necesitados de reforma, no lo es menos que no se da con su aplicación una violación de ningún principio o mandato constitucional), no ha lugar a iniciar el procedimiento correspondiente a la posible promoción de la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

### 3. FUENTES DEL DERECHO

#### ANALOGÍA.

S 24 febrero 1984 (RA 919)

*Requisitos para que la analogía pueda aplicarse en lo laboral.*

**CONSIDERANDO:** Que la aplicación analógica de una norma legal a determinado supuesto de hecho, viabilizada en el art. 4.1 del C. Civ., «presupone» —tal y como precisa la exposición de motivos del D. 1836/1974, de 31 de mayo, que sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del C. Civ. la falta de una norma, sino la no precisión por la misma de un supuesto determinado, efecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible, por consideraciones de identidad o de similitud, al supuesto no previsto...». Resulta de inmediato la inaplicabilidad pretendida, en cuanto los preceptos invocados contemplan el supuesto de un trabajador privado de la continuidad en su quehacer por decisión empresarial no justificada y que la Magistratura de Trabajo revoca, mientras que la aquí actora, con posterioridad a su situación de excedencia, no ha prestado servicios en la empresa demandada, y lo que es más importante en el presente caso en ningún momento anterior al mes de mayo 1981 ha pretendido, en tiempo y forma, prestarlos, pues es de tener muy en cuenta que, en su demanda inicial de octubre 1979, no pidió que la empresa fuera condenada a readmitirla dándole un puesto de trabajo efectivo y si tan sólo que se reconociera su derecho a reingresar en la plantilla de la empresa, siendo así declarado por la sentencia del Magistrado de Trabajo, sin que durante la tramitación del recurso de suplicación deducido por la empresa —hay que insistir en este punto dado que durante la excedencia el nexo laboral está en suspenso— invocara la hoy re-

currente la aplicación analógica del art. 227 de la L. Pro. Lab. a fin de que se le diera ocasión de reiniciar sus servicios, pretendiendo ésta que según los hechos declarados probados en la sentencia recurrida la actora en ningún momento planteó con anterioridad al mes de mayo 1981, con lo cual falta el presupuesto básico —una prestación laboral interrumpida unilateralmente por un acto del empleador que la jurisdicción laboral reprocha— cuya concurrencia ofrecería a los Tribunales la posibilidad de entrar a considerar si era, o no, viable la aplicación analógica invocada por la recurrente.

### 4. PRESUPUESTOS PROCESALES

#### VIGILANCIA DE SU FALTA.

S 26 septiembre 1984 (RA 4475)

*En lo laboral, el Magistrado no está obligado a controlar «ab initio» el cumplimiento de todos los presupuestos procesales exigibles.*

**CONSIDERANDO:** Que, en correlación con lo precedentemente expuesto, una correcta interpretación del artículo 72 de la Ley de Procedimiento Laboral impone solamente al Magistrado de instancia el examen de oficio de la concurrencia de todos los requisitos generales que en los distintos escritos de demanda exige el precedente artículo 71, para advertir a la parte de los defectos u omisiones en que haya incurrido al redactar aquél, a fin de que los subsane dentro del plazo de cuatro días, bajo apercibimiento de archivo de los autos, pero no le compele a controlar «ab initio» el cumplimiento de todos los presupuestos procesales exigibles, entre ellos la indagación de las personas que por ser titulares aparentes de un derecho susceptible de ser desconocido deben ser traídas al proceso, entre otras razones porque su conocimiento anticipado al

momento de presentación de la demanda se hace imposible en ocasiones y sólo en fases más avanzadas del procedimiento, una vez realizada la actividad probatoria, se revela la necesidad de su vocación a juicio, o sea que respecto a situaciones litis consorciales únicamente está obligado el Magistrado a advertir a la parte por la vía del artículo 72 de la necesidad de demandar, en los procesos por accidentes de trabajo o invalidez permanente y enfermedades profesionales, a las entidades gestoras y, en su caso, a la Mutua Patronal y a los Servicios comunes de la Seguridad Social que pudieran resultar afectados, conforme previene expresamente el precitado artículo 71, y en las restantes demandas sobre otros conceptos del ordenamiento laboral la advertencia se limitará aparte del llamamiento al Fondo de Garantía Salarial que disponen los artículos 98 y 143 a aquellos supuestos en que de su propio contenido se deduzca claramente la existencia de otros interesados en el procedimiento, no demandados.

#### LITISPENDENCIA.

S 24 enero 1984 (RA 87)

*No cabe en litigios cuya competencia está asignada a Tribunales de distintas jurisdicciones.*

**CONSIDERANDOS:** Que con amparo en el núm. 1.º del art. 167 de la L. Pro. Lab. en el primer motivo del recurso se denuncia infracción por inaplicación del art. 533 (núm. 1.º en relación con el 5.º de dicho precepto) en cuanto el Magistrado de instancia debió aceptar «que era incompetente para conocer de la demanda» al carecer de fuerza el acuerdo de la Dirección General de Empleo, revocatorio del de la Dirección Provincial de Trabajo de Madrid, que autorizó la extinción de los contratos de trabajo de los artistas y empleados de la empresa «V. V.», entre los que se encuentra el

recurrido; como se hace notar por el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen y asimismo se admitió en la impugnación del motivo del recurso, únicamente la incompetencia fue objeto de alegación en la instancia, y la excepción de litis pendencia adviene como cuestión nueva en casación, cierto es que la incompetencia de jurisdicción es susceptible de ser examinada de oficio por afectar al orden procesal, pero del examen de los medios probatorios (esencialmente el contrato de trabajo), no puede llegarse a dicha conclusión, puesto que está ajustado a lo establecido en los artículos primeros del Estatuto de los Trabajadores y de la L. Pro. Lab., respectivamente y la excepción de litis pendencia (art. 533, núm. 5.º) debe ser en todo caso objeto de alegación, de lo que no existe constancia en este proceso y de la propia literalidad de dicho precepto se deriva que su aceptación está condicionada a que exista litigio pendiente ante Juzgado o Tribunal competente, y las resoluciones administrativas no son susceptibles de identificación u homologación a las resoluciones de los Tribunales jurisdiccionalmente competentes; debe ser rechazado el motivo del recurso objeto de consideración.

Que con el mismo apoyo procesal que el motivo anterior, en el segundo se reitera, que ha sido infringido el art. 533 de la L. E. Civ., en su núm. 5.º en relación con el primero, los que han sido objeto de infracción por inaplicación, dado que el Magistrado debió aceptar la excepción de litis pendencia, al anunciársele expresamente que la Resolución de la Dirección General de Empleo se recurría ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y por ello también era de estimar la excepción de litis pendencia; el problema planteado en el presente motivo está directa e inmediatamente ligado al anteriormente examinado y, lo razonado, al ser considerado aquél, determina su inaceptación, máxime cuando esta excepción carece de viabi-

lidad en el orden jurisdiccional laboral, «cuando lo que está pendiente es un recurso contencioso-administrativo, dado que la litis pendencia —como ya se deja dicho— no cabe en litigios cuya competencia está asignada a Tribunales de distintas jurisdicciones y presupone en todo caso la existencia de dos pleitos de tramitación simultánea y que la decisión que recaiga en uno de ellos produzca la situación de cosa juzgada respecto del que está pendiente de decisión, máxime cuando además debe existir entre ambos la identidad de personas, causas y acciones —SS. del T. S. de 25 y 27 abril 1970 y 14 diciembre 1971—; lo razonado conduce a la desestimación del presente motivo.

## 5. COMPETENCIA

### SÍNDROME TÓXICO.

S 19 junio 1984 (RA 3346)

*Los órganos jurisdiccionales laborales son competentes materialmente para conocer de las solicitudes de indemnización interpuestas por una persona viuda de fallecido a consecuencia del denominado síndrome tóxico.*

CONSIDERANDO: Que la representación letrada de la demandada, propuso en su momento y reitera en el recurso, la incompetencia por razón de la materia del Orden Jurisdiccional Laboral para conocer y resolver de la cuestión debatida, consistente ésta en la demanda de la viuda del finado, solicitando el abono de la cantidad correspondiente fijada en las disposiciones que regulan las situaciones producidas por el denominado «síndrome tóxico», para los casos de muerte debida a la citada causa; la posición de la parte recurrente, pretende encontrar apoyo en el art. 53.1.º de la L. E. Civ., olvidando el carácter supletorio de la misma, según la adicional de la

L. Pro. Lab., y entiende que la expresión disposiciones legales utilizada por el art. 1.º7 de esta última citada, se refiere a las normas de tal rango formal, lo que está contradicho por el mismo significado de las palabras utilizadas por dicha norma, y que equivalen a mandato prescrito y conforme a la Ley, por lo que de acuerdo con lo que se declaró en la sentencia de esta Sala de 19 diciembre 1983, recordando el tratamiento normativo de la materia determinante del pleito, la Ley 44/1981 de 26 diciembre, que establece, entre otros, el beneficio que se solicitó en la demanda, dejó subsistente el R. D. 2448/1981, y facultó al Gobierno para medidas de desarrollo (Disp. Adic. 4.º) y dado el carácter de Seguridad Social que a las medidas adoptadas se confirió, no fue extraño, sino conforme a dicha disposición, el contenido del art. 14 de la O. de 11 agosto 1982, que reiteró lo que ya había previsto la de 23 noviembre 1981; incluso bastaría prestar atención al contenido de todo el párr. del núm. 7 del art. 1.º ya citado, para que por los términos utilizados se llegase a la misma conclusión, dado el carácter indiscutiblemente social de las disposiciones a las que la materia se refiere, habiendo de llegarse por ello, a la misma solución; así lo entendieron no sólo la sentencia anteriormente mencionada, sino también la de 9 diciembre del mismo año, y las de 30 marzo, 10 abril y 28 mayo 1984, entre otras, que han conocido y resuelto, en el sentido que en su caso correspondiese, situaciones de contenido igual al de autos: por último, tampoco se quebranta el principio de jerarquía normativa a la que se refiere la parte que recurre, porque atendiendo a lo dispuesto en el art. 3.º 1 del C. Civ., tanto por el carácter de Seguridad Social que se ha dado a las cuestiones sobre el denominado síndrome tóxico, como por los términos amplios utilizados en el apartado de la Ley que se dejó indicado, como por el espíritu y finalidad perseguida por las normas que regulan la materia, al no existir otro pro-

cedimiento, salvo el que expresamente mencionan las disposiciones que se han venido citando, se ha de llegar a la conclusión mantenida en sentencias anteriores y, por tanto, que no se excedió el Magistrado al conocer y resolver sobre la cuestión objeto del pleito, por lo que se ha de rechazar este primer motivo, de acuerdo con el criterio sustentado por el M.º Fiscal.

## 6. BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA

EXENCIÓN DEL DEPÓSITO PARA RECURRIR. S 4 febrero 1984 (RA 830)

*No está exento de efectuar el depósito el Órgano dependiente del Estado que no goce del beneficio de justicia gratuita.*

CONSIDERANDO: Que como cuestión previa plantea al recurrido la falta de constitucionalidad del depósito a que se refiere el art. 181 b) de la L. Pro. Lab. cuya no constitución ha de determinar la declaración del desistimiento del recurso; dispone dicho precepto que «El Estado está exento de constituirlos pero no los Organismos dependientes de él, que tengan régimen económico autónomo, salvo los que expresamente gozan del beneficio legal de pobreza», habiendo desaparecido en la L. Pro. Lab. de 13 junio 1980 el último párrafo de la Ley Procesal de 17 agosto 1973 que decía «asimismo está exenta la Abogacía del Estado en las representaciones que legalmente le correspondan»; según ello, siendo la Administración Turística Española demandada un Organismo Autónomo adscrito al M.º de Turismo —R. D. 2677/1977, de 6 octubre— y teniendo tales organismos «personalidad jurídica y patrimonio propio independiente de los del Estado» —art. 2 de la Ley General de 26 diciembre 1958— sin que la Administración ins- titucional exista concedido «ex lege»

beneficio de pobreza, que tampoco lo tiene reconocido específicamente la Administración Turística Española, sin que vengan exentos los entes institucionales —cual lo están las Corporaciones locales según el art. 661.4 de la Ley General del Régimen local de 24 junio 1955— de prestar cauciones, fianzas o depósitos ante Tribunales, es claro que a tenor del art. 181 de la L. Pro. Lab., procede de oficio —al tratarse de tema procesal de orden público de derecho necesario— tener por desistido al recurrente, lo que es perfectamente correcto —SS. T. Const. 25 enero y 6 diciembre 1983— y que excusa del examen el motivo del recurso y ha de llevar (art. 176 en relación con el 182 de la L. Pro. Lab.) a la condena del recurrente al abono de honorarios del Letrado de la parte recurrida en cuantía, que si hubiera lugar a ello fijara la Sala.

### 7. CONCILIACION ANTE EL MAGISTRADO

#### EJECUCIÓN.

S 3 diciembre 1984 (RA 6322)

*Requisitos y cauce procesal procedente cuando se ejecute en contradicción con lo convenido. Interpretación conforme a los nuevos principios de la Ley 34/1984.*

**CONSIDERANDOS:** Que al amparo de lo dispuesto en el artículo 166.4 de la Ley Procesal Laboral en relación con la disposición adicional supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y como consecuencia con lo previsto en el artículo 1965 de dicha Ley se formula el recurso de haberse proveído en el auto recurrido, a juicio del impugnante, en contradicción con lo ejecutoriado, recurso que se articula en sus varios motivos al amparo respectivamente de los artículos 167.5 de la Ley Procesal Laboral por error de hecho

resultante de los elementos de prueba documental obrante en autos, las dos primeras, por error de derecho el tercero; en base al 167.1 de dicha ley por violación del artículo 1816 del Código Civil en relación con el 75 de la Ley Procesal Laboral, el cuarto; el quinto con el mismo fundamento procesal por violación de lo dispuesto en el artículo 202 de la Ley Procesal Laboral y finalmente el sexto, también con apoyo en el artículo 167.1 citado, por interpretación errónea del artículo 211 párrafo 2 y 5 de la Ley Procesal Laboral.

Que desde luego lo convenido en acto de conciliación a los efectos de su efectiva realización, tiene el mismo tratamiento jurídico que la ejecución de las sentencias firmes, de acuerdo con el artículo 75 de la Ley Procesal Laboral, habiendo previsto la Ley en uno y otro supuesto la posibilidad de interponer el recurso de casación con la finalidad de mantener la integridad de las resoluciones firmes y por vía asimilatoria de los convenios en vía conciliatoria judicial, en cuanto obligado respeto a las mismas, mandato que actualmente se contiene en la propia Constitución en el artículo 118, y para evitar las alteraciones que a aquéllas pudieran producirse por exceso o por defecto, resolviendo sobre puntos no controvertidos ni decididos o haciéndolo en contradicción con lo ejecutoriado (artículo 1695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —actual artículo 1687.2 según la Ley 34/1984 de 6 de agosto, que se cita a título puramente indicativo—).

Que ninguna otra solución de mayor amplitud es admisible jurídicamente en este orden de cosas porque lo contrario significaría la posibilidad de transformar la fase ejecutiva de un proceso en una auténtica revisión del fallo, como señala la sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 1980, citada por la de 26 de septiembre de 1983, por lo que es evidente, como con acierto destaca el Ministerio Fiscal, la irre-

gularidad grave en que incurre el actor, al apoyarse en el artículo 167 números 1 y 5 y no exclusivamente en el citado artículo 1695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con apoyo también exclusivo de los supuestos que en él se contemplan, es decir, como ya se anticipó, en que el auto haya resuelto puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia, o se provea en contradicción con lo ejecutoriado, y en efecto, centrado así el recurso, de acuerdo con el espíritu y los principios que inspiran la reforma de la Ley 34/1984 de 6 de agosto, también citada que abandona el formalismo y facilita correspondientemente la defensa de los derechos controvertidos debe entrarse a conocer del recurso y señalar, lo siguiente: 1.º) Que el acta de conciliación, obrante al folio 11 acreditada que la parte demandada acepta la readmisión del actor en su puesto de trabajo el próximo lunes día 31 de octubre de 1983 con abono de los salarios de tramitación y que el actor desiste del otro codemandado, y 2.º) Que instada la ejecución de lo convenido en conciliación el 4 de noviembre del mismo año se celebró el día 25 el acto del juicio incidental, que dio lugar al Auto del 29 de igual mes en el que consta —y así se deduce de las pruebas practicadas— que el actor fue readmitido dándosele a continuación permiso retribuido que disfrutó sin oposición, lo que no constituye, a juicio del Magistrado «a quo», y no se ha demostrado lo contrario, readmisión irregular, aunque a la vuelta del permiso fuera despedido nuevamente por la empresa, decisión que ha sido impugnada por el trabajador y sobre la que está entendiendo otra Magistratura, frente a la cual podrá evidentemente ejercitar, en su caso, las acciones que puedan corresponderle, sin que por consiguiente en este proceso se haya acreditado que se den ninguno de los supuestos excepcionales a los que se refiere el artículo 1695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, únicos sobre los que puede basarse, en esta

específica vía, el extraordinario recurso de casación.

### 8. DEMANDA

#### VARIACIÓN SUSTANCIAL.

S 21 septiembre 1984 (RA 4452)

#### *Extensión de la prohibición.*

**CONSIDERANDO:** Que del examen de los dos recursos planteados, siguiendo el orden en que se formalizaron, el del actor recurrente, amparándose en el artículo 167-1 de la Ley Procesal Laboral, atribuye a la sentencia recurrida interpretación errónea del artículo 71.4.º de la misma, motivo que necesariamente ha de ser desestimado, porque siendo un mero precepto rituario, no es susceptible de acusar su infracción por la vía que ha seguido el recurrente, aparte de que por tratar de uno de los requisitos que ha de contener la demanda, no pudo ser infringido por el Magistrado, que en su momento indicó el defecto que a su juicio se encontraba en la misma, y que subsanó el ahora recurrente fijando la cantidad que manifestó le era debida, hasta el mes de julio de 1980 inclusive, según figura al folio 6 de los autos, y sin que la modificación que a tal pretensión hizo en el acto del juicio y a la que genéricamente se había referido en su demanda, que quedó concretada expresamente, conforme a lo que anteriormente se ha dicho, no era admisible como simple ampliación, por suponer períodos distintos a los que se habían especificado, sin posibilidad de que la parte demandada tuviera en el momento del juicio posibilidades de defensa sobre lo que había quedado excluido de aquélla; porque después del escrito complementario subsanando defectos con especificación de cantidades y períodos a los que se referían, concretó el contenido de aquélla, de

manera que al formular después una pretensión añadida por distintos períodos y cantidades, suponía una alteración substancial a la que se opuso la demandada y fue rechazada por el Magistrado por la mencionada razón; situación similar a la de estos autos, fue resuelta por la sentencia de esta Sala de 1 de febrero de 1972, con idéntico repudio al que en ésta se hace, y que también se ha manifestado en las de 19 de mayo y 17 de diciembre de 1975 y en la de 28 octubre de 1983, entre otras, en las que se justifica la prohibición de variar el escrito de demanda determinante del ámbito y objeto del litigio, y cuyos fundamentos de hecho, no pueden ser alterados.

**LIQUIDEZ.**

S 4 diciembre 1984 (RA 6329)

*La admisión de demanda ilíquida sin proceder conforme al art. 72 da lugar a la nulidad de actuaciones.*

**CONSIDERANDOS:** Que en el examen que la Sala ha de hacer de su propia competencia funcional para conocer del presente recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal se observa que: 1.º Ni en la sentencia ni en el escrito de interposición del recurso se indica qué apartado de los cuatro del artículo 166 de la Ley de Procedimiento Laboral justifica el acceso a la casación; 2.º Si bien es obvio que no se está en ninguno de los supuestos de los tres primeros apartados, tampoco resulta de dicha sentencia, que es estimatoria de la demanda, que se esté en el del cuarto, ya que aunque contiene pronunciamiento condenatorio al abono de un plus de turnicidad durante cierto período de tiempo, no se fija su cuantía, ni tampoco las bases según las que pueda obtenerse mediante una simple operación aritmética, ya que ni consta el salario base más antigüedad sobre el que ha de aplicarse, ni tampoco el número de días en que se de-

venga en el período a que la condena se retrotrae; 3.º La infracción que tal defecto supone del artículo 78 en relación con el 92 de la Ley de Procedimiento Laboral, según los que en ningún caso puede dejarse la determinación del importe de la condena para el período de ejecución de sentencia, trae causa en el supuesto de autos de otra infracción anterior, la de haber admitido el Magistrado de instancia a trámite la demanda con vulneración de lo dispuesto en el artículo 72 en relación con el 71 de la misma Ley de Procedimiento Laboral, pues en ella se solicita el reconocimiento y condena al abono de un plus salarial, sin concretar la cantidad que se considere exigible, infracción que se reitera en el acto de juicio, pues el artículo 78 antes citado impone al Magistrado de Trabajo, la obligación de requerir a la parte demandante para que de manera líquida concrete las cantidades que considere exigibles, lo que en el supuesto de autos no se hizo, 4.º No puede entenderse en el supuesto de autos se ejerciten dos acciones, una de cuantía indeterminada, el reconocimiento de un derecho, con acceso en todo caso al recurso de casación, a la que se acumula otra, la condena a su pago de cuantía determinada, pues a efectos de cuantía litigiosa, la del derecho equivale al de las prestaciones económicas que del mismo derivan, teniendo por ello la concreción de la misma en la demanda indudable trascendencia al momento de determinar el recurso admisible, dando lugar su omisión a que en la instancia se señalase el de casación sin las precisiones necesarias justificativas de que ése era realmente el recurso pertinente.

Que las citadas infracciones determinan, al afectar al ordenamiento público del proceso, que la Sala declare de oficio la nulidad de las actuaciones reponiéndolas al momento de la presentación de demanda a fin de que el Magistrado de instancia dé cumplimiento a lo que ordena el artículo 72

de la Ley de Procedimiento Laboral, requiriendo a la parte actora para que en el término al efecto señalado pueda subsanar los defectos, en relación al artículo 71 de la misma Ley, en que ha incurrido.

**9. PRUEBA**

**PRUEBA PROHIBIDA; INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL.**

S 15 febrero 1984 (RA 878)

*No es interpretación errónea si el Magistrado declara probado que en una conversación telefónica el demandante hizo las manifestaciones que motivaron su despido, de acuerdo con el art. 18.3 CE, pues este precepto constitucional garantiza que entre remitente y destinatario no se interponga una tercera persona, pero no contempla el supuesto relativo al uso que puedan hacer los destinatarios de lo que les sea comunicado (\*).*

**CONSIDERANDO:** Que el tercero de los motivos, formalizado con el mismo amparo procesal del anterior, niega que ha incidido la sentencia recurrida en infracción de ley por violación del art. 18.3 de la Const., que garantiza el secreto de las Comunicaciones telefónicas salvo resolución judicial; infracción que en modo alguno puede atribuirse a la sentencia que lo que declara probado es que en una conversación mantenida por teléfono, el demandante hizo las manifestaciones que se detallan; hecho que tuvo acceso a los autos, como se ha dicho antes, no sólo a través de la transcripción escrita de aquella conversación, sino

también de otras pruebas y entre ellas la declaración de quien fue interlocutor de la misma y receptor de unas determinadas informaciones y propuestas que iban destinadas a un tercero, superior jerárquico de aquél a quien seguidamente le fueron transmitidas; fueron tales destinatarios, que no son parte en este proceso en el que no se puede enjuiciar en absoluto la juridicidad o antijuridicidad del procedimiento empleado para dejar constatados los términos de la conversación, quienes decidieron comunicarla a otras personas y entidades, y esta decisión es la que provocó, tras la tramitación del expediente que previene la normativa del Convenio Colectivo aplicable, el despido acordado por la empleadora del demandante; particulares de cuyo expediente entre los que figura aquella transcripción, fueron aportados como prueba en el juicio y concurrieron a formar la convicción del Magistrado; evidente es, pues, que nada en ello puede reputarse como conculcación del precepto constitucional que se dice violado, que lo que garantiza es que entre remitentes y destinatarios de cualquier comunicación, especialmente de las postales, telegráficas o telefónicas (mencionadas sin duda por realizarse a través de servicios públicos) no se interponga o interfiera un tercero que viole así la intimidad y el secreto propios de toda relación interpersonal; pero que no contempla el uso que puedan hacer tales destinatarios de lo que les fue comunicado; por todo lo cual, indiscutiblemente, es improcedente el motivo.

**MEDIOS DE PRUEBA.**

S 5 julio 1984 (RA 4121)

*Una película de video es un instrumento a efectos del art. 1215 CC, que debe practicarse, aunque la Magistratura no disponga de medios apropiados para ello, si una de las partes ofrece su puesta a disposición.*

(\*). *Esta sentencia motivó un recurso de amparo, resuelto negativamente por la S TC 114/1984, de 29 de noviembre (BOE, supl. 21 diciembre 1984, número 305, pág. 28).*

**CONSIDERANDOS:** Que el único motivo formulado al amparo del artículo 168-3.º de la Ley Procesal Laboral, acusa la falta de admisión y consiguiente práctica de la prueba en momento oportuno, consistente en la proyección de un vídeo, que fue denegada por carecer de medios técnicos para la exhibición (aun cuando la parte que la propuso y ahora recurre, hizo el ofrecimiento del adecuado), consignándose en el acta la correspondiente protesta cumpliéndose así cuantas circunstancias vienen impuestas por la Ley y la doctrina para que pueda prosperar un motivo de la naturaleza del que se examina, puesto que en la voz «instrumentos» utilizados por el Código Civil en el artículo 1.215, puede ser comprendido el medio de prueba propuesto ya que al ser una reproducción en imágenes de lo que se está viendo, permite mediante la posterior observación de lo que se proyecta conocer lo acaecido, siempre sometido a la apreciación que de ello haga el Juzgador valorándolo; ahora bien, que una prueba sea admisible en derecho, no significa que por ello haya de ser practicada, como ocurre en el caso del que se está conociendo, porque la razón de la inexistencia de medios para la proyección, podría ser suficiente para su rechazo, pero no cuando se pone a disposición del Tribunal el medio adecuado para ello, ya que entonces falta la razón suficiente para la denegación; si se añade que se cumplió la formalidad indispensable de la protesta de quien se rechaza la prueba, se cumple las exigencias siempre que haya producido indefensión a quien por ello recurre; contra el parecer del informe preceptivo del Ministerio Fiscal, y no sólo porque la sentencia haya sido adversa para quien recurre, se llega como conclusión que se ha producido en el caso que examinamos, porque el reflejo de lo acaecido en el resultando de los hechos declarados probados, adolece de una imprecisión evidente, como se comprueba de la comparación de los diversos puntos de la sentencia, en la

que se llega a la conclusión de ser los demandantes autores de los hechos que se les imputan, pero sin que en el referido resultando de manera clara y decidida así aparezca, realizando un relato con remisiones a la carta de despido y al informe de unos detectives privados, impropios de una descripción de hechos declarados probados, en los que la Ley faculta y obliga al Magistrado para que directamente él sea quien diga lo acontecido, lo que demuestra que no obstante, se ha producido la indefensión a que el precepto se refiere.

Que de acuerdo con lo que se deja razonado, se ha de estimar el motivo y el recurso reponiendo las actuaciones al momento en que se cometió la falta que al ser en el acto del juicio, dada la unidad que la ley exige implica la nulidad del celebrado, por lo que con nueva citación de las partes para conciliación y consiguiente juicio, se proceda a la práctica de la que fue denegada y de las demás pertinentes, dictándose, en su caso, la correspondiente sentencia en la que deberá cumplirse escrupulosamente lo mandado por el artículo 89 de la Ley Procesal Laboral; devolviéndose a la recurrente los depósitos constituidos para recurrir.

#### ACTAS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO.

S 2 noviembre 1984 (RA 5797)

*Las actas de la Inspección de Trabajo sólo tienen el valor de un informe.*

**CONSIDERANDO:** Que el segundo motivo, con el mismo apoyo procesal, alega también error de hecho, estimando que las actas de la Inspección de Trabajo antes citadas no son medio común de prueba, sino singular y privilegiado y que deben imponerse incluso cuando las pruebas se valoran conjuntamente, terminando con la pretensión de la adición al relato fáctico

en los términos ya vistos en la anterior fundamentación jurídica, pero como en el caso anterior se dijo, el motivo no puede prosperar por las razones ya expuestas, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que en Sentencias de 13 de junio de 1972, 14, 17 y 20 de enero de 1975, entre otras, declaró que las actas de la Inspección Provincial de Trabajo no son suficientes por sí solas para demostrar el error de hecho, pues no tienen otro valor que el de un informe, máxime cuando, como sucede en este caso, ni siquiera se está en presencia de un posible error, sino más sencillamente de contenidos no discrepantes con la resultancia de la sentencia impugnada pues aquéllas (las actas) hacen referencia a cotizaciones de la Seguridad Social y ésta (la resolución judicial) contempla el problema de la modalidad retributiva del actor.

#### 10. SENTENCIA

##### RESULTANDO DE HECHOS PROBADOS.

S 6 octubre 1984 (RA 5244)

*El resultando de hechos probados de un proceso anterior no vincula al órgano jurisdiccional en un proceso posterior.*

**CONSIDERANDO:** Que el motivo segundo amparado en el art. 167.1 de la Ley Procesal Laboral, denuncia que el fallo es contrario a la cosa juzgada, y no puede prosperar por las siguientes razones: a), porque esta excepción no fue alegada en el acto del juicio no obstante haberse aportado por el recurrente, la copia de la sentencia, de la que deduce la cosa juzgada, por lo que no puede ser aducida en casación, al constituir cuestión nueva, según reiterada doctrina de la Sala; b), porque la anterior sentencia resolvió cuestión referente a invalidez provisional, y en el presente proceso, se

resuelve sobre invalidez permanente absoluta, por lo que no concurriendo las identidades legales previstas en el art. 1.252 del Código Civil, carece de base la excepción alegada; y c), porque lo que pretende el recurrente a través del motivo que se examina, es que el resultando de hechos probados de la anterior sentencia, decidiendo el tema de invalidez provisional, debieron ser incorporados al resultando fáctico del presente proceso, lo que no es procedente ya que los hechos probados de proceso anterior no vinculan al Juzgador en proceso posterior.

#### SENTENCIA; REQUISITOS INTERNOS.

S 9 febrero 1984 (RA 850)

*Concepto de la congruencia e impugnabilidad de su falta.*

**CONSIDERANDO:** Que el primer motivo de casación se formaliza con amparo en el art. 167.2 de la L. Pro. Lab. alegando que la sentencia recurrida infringe por violación el art. 359 de la L. E. Civ., por no ser congruente con las pretensiones deducidas por los litigantes, ya que habiendo alegado en el acto de juicio el demandante la prescripción de las faltas que le fueron imputadas en la carta de despido y contestar la demandada que respecto a la prescripción ésta debe correr desde el día que la empresa conoció los hechos y no antes, el fallo de la sentencia omite el examen y, por tanto, decisión de dicha pretensión; motivo que merece ser estimado porque según estatuye aquel precepto que se denuncia, las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, incurriéndose, por tanto, en vicio de incongruencia cuan-

do el fallo de la sentencia omite la decisión sobre algunas de las pretensiones deducidas en el proceso, y en ese defecto incurre el fallo de la sentencia de instancia al no haber decidido la alegación formulada en el acto del juicio por la parte demandante sobre la prescripción de las faltas que le fueron imputadas en la carta comunicándole la sanción de despido, alegación que si bien no fue formulada en la demanda ha de estimarse que lo fue en momento procesal oportuno para hacerlo, dado que el art. 76 de la L. Pro. Lab. permite que el demandante amplíe su demanda, si bien no puede hacer variación sustancial, y aquella alegación no entraña esa sustancialidad de la pretensión de la demanda, sin que tampoco pueda estimarse que no cabe admitir la incongruencia que se solicita porque el fallo de la sentencia recurrida es absolutorio, pues si bien por regla general no son impugnables por incongruencia las sentencias absolutorias, tal regla tiene, entre otras excepciones, el de los fallos absolutorios que eluden el pronunciamiento expreso sobre las alegaciones pedidas que tiendan a resolver el problema litigioso con prioridad a las resueltas, como sucede en el caso controvertido dado que de estimarse aquella pretensión de estar prescritas las faltas imputadas al despedido, ello relevaría del examen de la cuestión referida a la declaración de si el despido era procedente o improcedente.

**INCONGRUENCIA NEGATIVA.**

**S 7 diciembre 1984 (RA 6347)**

*La no resolución en la sentencia de una excepción alegada por la parte es motivo de nulidad de actuaciones, por incongruencia negativa.*

**CONSIDERANDO:** Que por la entidad mercantil asistencial demandada se interpone recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia

dictada por la Magistratura de Trabajo en base a cinco motivos relacionados con la acumulación de autos, excepción de litis pendencia, incompetencia de jurisdicción, retribución mensual que se asigna la demandante y aplicación indebida de los artículos del Estatuto del Trabajador relativos al despido por estimar que la relación jurídica está excluida de la jurisdicción laboral; planteamiento que está subordinado a la cuestión procesal, de orden público, de que habiendo alegado la parte demandada la excepción de litis pendencia, nada se estudia y decide sobre la misma, ni en los Considerandos de la sentencia ni en el fallo de la misma, con lo que se infringe el artículo 89 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con los artículos 359, 538 y 687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional de aquélla al no decidir todos los puntos objeto del debate y no resolver sobre las excepciones planteadas, cual la de litis pendencia invocada por la parte demandada; con lo que se incide en lo que la sentencia de esta Sala de 23 de octubre de 1982 llama «incongruencia negativa» al omitir la sentencia la decisión sobre pretensión deducida en el proceso, sin que sea aplicable la doctrina de que la sentencia absolutoria resuelve todas las cuestiones planteadas porque además del mandato imperativo legal expresado en el caso del recurso la sentencia es condenatoria; por lo que el resolver sobre la excepción de litis pendencia deviene obligado, dado que ha de prevenirse el que se produzcan resoluciones contradictorias (Sentencia T. S. de 29-3-84), fundamentos que aplicados a sentencia que estima la competencia laboral, dicta sentencia condenatoria y no resuelve sobre la excepción de litis pendencia que plantea la demandada, llevan a la consecuencia obligada de la declaración de nulidad de la misma al no dar cumplimiento al artículo 538 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; reponiendo las actuaciones al trámite de terminación del acto de

juicio, sin que por ello implique prejuzgar lo que la Sala en su día resuelva sobre la cuestión de competencia que se suscita por las partes contendientes; con devolución de los autos a la Magistratura de Trabajo para que el juzgador «a quo» con los elementos obrantes en autos o lo que pueda aportar en virtud de diligencia para mejor proveer dicte la sentencia que estime en derecho y resuelva sobre las excepciones planteadas en el procedimiento; declaración de nulidad que hace innecesario el examen de los demás motivos del recurso; y con devolución a la recurrente de los depósitos constituidos.

**LIQUIDEZ.**

**S 26 noviembre 1984 (RA 5890)**

*Son nulas en lo laboral las sentencias ilíquidas en procesos de reclamación de cantidad.*

**CONSIDERANDO:** Que en proceso seguido en reclamación de una concreta cantidad en concepto de comisión devengada por el demandante en su calidad de representante de comercio y por consecuencia de una operación en la que el mismo tuvo una determinada intervención, la Sentencia de instancia contiene una parte dispositiva del siguiente tenor literal: «Que estimando en parte la demanda formulada por Manuel José S. B. contra Jungheinrich de España, S. A., debo declarar y declaro el derecho del actor a percibir comisión por la operación meritada, y condenar, como condeno a la empresa a estar y pasar por tal declaración y a señalar lo que corresponda, conforme a las características, no normales, de la operación y ello con reserva a la parte actora para ejercitar las acciones pertinentes en orden a la equitativa cuantificación», pronunciamiento el que así se hace que, indudablemente, no cumple las prevenciones en cuanto a precisión y claridad, del art. 359 de la supleto-

ria Ley de Enjuiciamiento Civil ni se ajusta a la exigencia formal que es consecuencia de lo prevenido en los artículos 78, párrafo 2.º y 92 del Texto de Procedimiento Laboral en cuanto a la necesidad de fijar en la Sentencia, de forma líquida, el importe de la reclamación, cuando de tal carácter sea la que contiene la demanda, lo que ha dado lugar a que sea impugnado por las dos partes en litigio el fallo afectado de tal imprecisión y vaguedad, cuando el juzgador de instancia pudo hacer uso de la facultad que le confiere el art. 87 de la comentada Ley procesal para suplir las deficiencias que pudieran dimanar de la insuficiencia de pruebas en el proceso, y que en definitiva determina que, dada la naturaleza de orden público procesal de las normas citadas, que resultan infringidas, sea procedente acordar «ex officio» la nulidad de la sentencia recurrida, con devolución de las actuaciones a la Magistratura de origen a fin de que se dicte una nueva Sentencia, subsanando las deficiencias que se observan en la construcción de la sentencia que se anula. Procede asimismo devolver a la empresa los depósitos constituidos para recurrir.

**MULTA POR MALA FE O TEMERIDAD NOTORIA.**

**S 19 noviembre 1984 (RA 5863)**

*Solamente es impugnabile en casación la imposición de la multa y puede ser revocada, si se efectúa con la impugnación principal y ésta triunfa.*

**CONSIDERANDO:** Que por último, debe ser también desestimado el motivo octavo que, por correcto cauce procesal, acusa la apreciación indebida del artículo 94 de la Ley de Procedimiento Laboral en razón a que conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial, de la que son buena muestra las sentencias de 7 de julio de 1977, 14 de septiembre de 1982 y 23 de marzo de 1983, ha de prevalecer, en cuanto

a este tema de la multa, de difícil apreciación, su carácter accesorio y no susceptible en principio de acceso a la casación por su discrecionalidad, salvo cuando prospere la impugnación intentada de la petición principal, lo que no ocurre en el caso cuestionado.

**ACLARACIÓN.**

S 19 noviembre 1984 (RA 5864)

*El TS explica la naturaleza y finalidad del mal llamado «recurso de aclaración».*

**CONSIDERANDO:** Que lo precedente reseñado convierte en inútil e inoperante la formulación del recurso interpuesto contra la sentencia de instancia, además de que el precedente sería, en todo caso, el de aclaración, regulado en el artículo 188 de la Ley de Procedimiento Laboral, con la finalidad de aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que aquélla contenga, y cuya naturaleza ha sido precisada por la jurisprudencia en el sentido de que no constituye un verdadero recurso, aunque en la práctica se le dé ese nombre, sino una facultad de corrección y rectificación de los errores materiales cometidos en la redacción del fallo concedida al juzgador sin alterar el fondo de la sentencia, rectificación necesaria cuando —como en el caso cuestionado ocurre— los términos empleados sean imprecisos o no especificados apreciándose como correcciones admisibles la aclaración de conceptos oscuros, la adición de algún pronunciamiento omitido sobre puntos litigiosos, la subsanación de errores de cuenta que se deduzcan de los datos aritméticos que sean su fundamento, y la modificación de pronunciamientos que deban reputarse erróneos por ser contrarios a la fundamentación de la resolución —SS. de 3 de marzo de 1954 y 4 de octubre de 1977—, y no el de casación, utilizado, que por su carácter extraordinario está reservado para examinar

y juzgar el juicio de derecho contenido en la sentencia, a lo que está acordado sustancialmente —salvo en el error fáctico— su campo de acción, al ser su finalidad primordial la defensa del derecho objetivo, y la unificación en la interpretación de las normas legales, a lo que debe añadirse que las infracciones en él acusadas deben referirse a cuestiones debatidas en el pleito, pues si no fuera así se constituirían en cuestiones nuevas, vedadas a la casación que debe referirse en sus alegaciones y razonamientos a lo que en el proceso se haya controvertido, conforme dispone el artículo 1729.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, razones todas que imponen la desestimación del recurso interpuesto.

**11. RECURSO DE CASACION**

**CUANTÍA LITIGIOSA.**

S 16 octubre 1984 (RA 5282)

*Doctrina del TS acerca de la determinación de la cuantía litigiosa en un proceso por despido, y efectos del rechazo de la procedencia del recurso de suplicación por el TCT.*

**CONSIDERANDO:** Que con carácter previo debe resolverse la cuestión de competencia planteada por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe en orden a si el recurso precedente es el de casación o suplicación, teniendo en cuenta la discrepancia entre el salario declarado en la demanda 84.396 que multiplicado por 14 da una cantidad de 1.181.544 pesetas y el que fija la sentencia de 65.873 que multiplicado por 14 da 922.222 pesetas, con argumentos de especial consideración y relieve pero frente a los cuales hay que señalar: 1) Que en principio, y de acuerdo con la doctrina de esta Sala, hay que estar a la cuantía de la reclamación del demandante no de la que reconoce la sentencia, criterio que

mientras no se altere, da seguridad a los justiciables teniendo en cuenta que se trata de una cuestión de orden público procesal examinable de oficio y que en el supuesto excepcional de existencia de mala fe o fraude ha de corregirse por las vías procedentes conforme a la doctrina de esta Sala y, 2) Un principio de economía procesal y de eficacia de la tutela aconseja además en este caso en el que la Magistratura de Trabajo de instancia advirtió a las partes que el recurso precedente era el de suplicación, criterio del que discrepó el Tribunal Central de Trabajo declarando a su vez que procedía el de casación, mantener la competencia de esta Sala y entrar a conocer del fondo del asunto.

**PREPARACIÓN.**

S 4 febrero 1984 (RA 829)

*No es extemporánea la preparación del recurso de casación antes de plazo, habiéndose solicitado aclaración de la sentencia.*

**CONSIDERANDO:** Que previamente al examen de los motivos articulados por la recurrente Caja de Crédito Mutual Sociedad Cooperativa, procede decidir la cuestión planteada en el escrito de impugnación por el recurrido don Andrés L. L., referida a la inadmisibilidad del recurso, por cuanto fue preparado extemporáneamente, antes de plazo, fundada en que la sentencia recurrida fue notificada a Caja de Crédito Mutual Sociedad Cooperativa, el día 4 de octubre de 1982, interponiendo contra la misma recurso de aclaración el día 5, que fue resuelto en sentido favorable el día siguiente de su interposición, cuyo Auto fue notificado el día 27 octubre, por lo que habiendo sido presentado por dicha Caja de Crédito escrito anunciando la preparación de recurso por infracción de ley contra la sentencia recurrida, el día 15 octubre, lo fue con 11 días antes de la notificación del Auto re-

solviendo el recurso de aclaración, tema que debe ser desestimado en razón a que si bien es cierto que conforme a lo dispuesto en el art. 407 de la L. E. Civ., cuando se pida aclaración de una sentencia, el término para interponer el recurso que proceda contra la misma sentencia se contará desde la notificación del auto en que se haga o deniegue la aclaración, tal declaración no impide que si con anterioridad a la notificación del auto aclaratorio de la sentencia se presenta escrito anunciando la preparación del recurso de casación contra la misma, ese anuncio hecho con anterioridad a la notificación del auto resolutorio del recurso de aclaración, se considere válido, siempre, naturalmente, que haya sido presentado dentro de plazo, como lo ha sido en el caso presente, máxime si el Juzgador de instancia dicta providencia teniendo por preparado en tiempo y forma el recurso anunciado, sin que en dicha resolución advirtiera la inadmisión en tanto no se notificara el auto aclaratorio de la sentencia.

**CONSIGNACIÓN.**

S 17 julio 1984 (RA 4185)

*La no consignación de la indemnización fijada en la sentencia recurrida significa el desistimiento del recurso.*

**CONSIDERANDOS:** Que la cuestión de inadmisión del recurso en base a no haberse consignado más que el importe de los salarios de tramitación, pero no el de la indemnización fijada en la sentencia recurrida, cuestión planteada por el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen, debe ser acogida, de conformidad con la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional en su reciente sentencia de 7 de noviembre de 1983, según la cual dicha consignación constituye una medida cautelar tendente a asegurar, por una parte, la ejecución de la sentencia si posteriormente adquiere firmeza, evitando, así, una desaparición de los

medios de pago e impidiendo que recaiga sobre el trabajador el «periculum morae», a reducir, por otra, el planteamiento de recursos meramente dilatorios, y a evitar, en definitiva, que se lesione el principio esencial en materia laboral de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, exigencia de consignación que debe mantenerse por conservar toda su virtualidad las finalidades expuestas, aun en el caso de haberse optado por la readmisión, por cuanto la garantía de la ejecución de la sentencia comprende la de todas las incidencias que puedan producirse en tal trámite y entre ellas las derivadas del artículo 209 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral que prevén una compensación económica para el supuesto de no readmisión económica para el supuesto de no readmisión o de readmisión irregular.

Que por cuanto antecede debe declararse desistido el recurso interpuesto por aplicación del artículo 170 en relación con el 181 «in fine» del texto Procesal Laboral aludido con anterioridad.

## 12. RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY

### INAPLICACION DE LEY.

6 20 junio 1984 (RA 3351)

*Requisitos para que el fraude de ley pueda recurrirse en base a este submotivo.*

**CONSIDERANDO:** Que el tercer motivo del recurso, amparado como el anterior en el núm. 1.º del art. 167 de la L. Pro. Lab., se denuncia infracción por no aplicación del núm. 4.º del artículo 6.º del C. Civ. que sanciona el fraude de ley dado que éste existe puesto que el actor, de profesión marinerero y cotizante por la tarifa mínima

aplicable (50.000 pesetas mensuales) al encontrarse aquejado de una enfermedad crónica, fue dado de alta como Director Administrativo y cotizó por el tipo máximo de la máxima tarifa, hasta que solicita la situación de invalidez absoluta; inmodificado los motivos primero y segundo por lo razonado y reconocido por la parte recurrente la conexión e interdependencia de ambos motivos, ha de excluirse que se esté en supuesto previsto en el artículo 6.º, núm. 4 del C. Civ. y en razón de que la entidad gestora recurrente, tuvo ocasión y oportunidad de detectar y corregir a su debido tiempo, las irregularidades y anomalías que en la instancia denunció y que en casación reitera, sin el aporte de medios de prueba que acrediten de modo eficiente el fraude a ley, que se denuncia sin el soporte fáctico obligado, para que pueda tener viabilidad en casación: de otra parte el fraude de ley, de acuerdo con reiterada doctrina legal, descansa básica y fundamentalmente, en la existencia de una conducta con apariencias de licitud, que posibiliten al amparo de una norma legal vigente, obtener un resultado o un beneficio, no debido ni pretendido por la norma legal a la que se acogió quien, con su conducta, procedió anómala e irregularmente; y es principio general aceptado por el C. Civ. el de la buena fe, tanto en las relaciones obligacionales de carácter y naturaleza individual, y que al propio tiempo debe trascender a los de índole y naturaleza, cuales son los derivados de la Seguridad Social, con sus propias particularidades, pero en todo caso (es decir, en ambas situaciones), y cuando se invoca el fraude de ley, la prueba de su existencia, ha de ser relevado de forma notoria e inequívoca, lo que no sucede en el presente recurso y de ello es consecuencia, que deba ser desestimado este motivo y al propio tiempo, el recurso en su totalidad, como también es el parecer del Ministerio Fiscal, que debe ser compartido; viniendo obligada la entidad recurrente, en aplicación del art. 176 de la L. Pro.

Lab. al abono de los honorarios del Letrado de la parte recurrida en la cuantía que la Sala fije, si a ello hubiera lugar.

## 13. RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA

DENEGACION DE DILIGENCIA DE PRUEBA.  
S 5 junio 1984 (RA 3282)

*Para que pueda prosperar el recurso por este motivo se requiere previa protesta, y que se haya causado indefensión.*

**CONSIDERANDOS:** Que con apoyo en el art. 168, núm. 3.º de la L. Pro. Lab., se denuncia que la denegación de diligencias de pruebas admitidas según las leyes su falta produce indefensión, y se interpone el recurso (así se dice) sin protesta previa por no tener conocimiento de la misma, (sic) hasta este momento procesal, y se agrega «que en el recibimiento del juicio a prueba se propuso, como documental y que se tengan a la vista, los autos núms. 1753/82 y 427/83 de la propia Magistratura» y pese a la declaración de procedencia, no se aportó esta prueba, que fue declarada pertinente, con la consiguiente indefensión del recurrente; debe rechazarse lo postulado en el presente motivo del recurso, en razón de que el precepto legal que le sirve de apoyo, condiciona su viabilidad en casación a que la denegación —o en su caso la no práctica de la prueba propuesta produzca indefensión, y, por ello, debió ser la parte que la invoca, la que en cualquier momento procesal, debió formular la oportuna propuesta, y no es asimilable a dicha preceptiva protesta, que su práctica se deje a la discrecionalidad del Juez, como está aceptado por la doctrina de esta Sala (entre otras) en las SS. 11 noviembre 1970 y 11 junio 1971, de otra parte, la indefensión que se afirma ha existido, es

inaceptable, en razón de que el hoy recurrente, únicamente postuló y pretendió, en fase procesal y ante el Juzgador de Instancia, que se unieran a autos otros procedimientos, ya tramitados y concluidos; es de toda evidencia que, la omisión que se denuncia, en cuanto fue dejada a la discrecionalidad del Juez «a quo» no entraña la vulneración dicha, máxime cuando su omisión por sí misma no origina indefensión, en atención a que los procesos anteriores carecen de fuerza probatoria por sí mismos, en tanto no concurren las circunstancias previstas en el art. 1252 del C. Civ. (excepción de cosa juzgada), la que sólo tiene eficacia y eventual viabilidad en el recurso de casación por infracción de ley, y es inaceptable en el que es objeto de examen; de aquí la decadencia de lo acogido en este motivo.

Que con el mismo apoyo procesal que el anterior, en el segundo motivo, se denuncia violación del art. 249 de la L. E. Civ., porque resulta evidente que el Magistrado de instancia ha contado con una documentación que no se aportó a autos, pese a haber sido solicitada en el acto del juicio, con lo que coloca al recurrente en la situación de indefensión a la que ya se deja hecha referencia y de ahí que deba declararse la nulidad de lo actuado; del examen de lo propuesto en la instancia por la parte actora y recurrente, no es posible derivar la vulneración que se denuncia, en cuanto su propuesta fue exactamente «que se tengan a la vista los autos 1753/82 y 427/83 y dichos autos unidos o no al proceso se tuvieron a la vista», como se dice en la sentencia de instancia, en adecuación y correspondencia con la pretensión del actor; de otra parte, se pretende fundar el motivo en el art. 249 de la L. E. Civ., afirmativo de que las actuaciones judiciales deberán ser autorizadas, bajo pena de nulidad, por el funcionario público al que corresponda dar fe o certificar el acto, y en este supuesto concreto, no se hace la menor referencia, a que el

fedatario haya dejado de dar cumplimiento a los deberes inherentes a su específica función; consecuentemente, debe ser rechazado el motivo objeto de examen y al propio tiempo el recurso, como también es parecer del Ministerio Fiscal, que debe ser compartido.

**DENEGACIÓN Y FALTA DE PRÁCTICA DE PRUEBA.**

S 10 diciembre 1984 (RA 6350)

*Efectos de la declaración de pertinencia de la prueba efectuada por el Magistrado en el acto del juicio y no en la providencia de admisión a trámite de la demanda.*

**CONSIDERANDOS:** Que la procedencia de estimar el presente recurso de casación por quebrantamiento de forma, viene determinada porque teniendo apoyo en las causas 3.ª y 5.ª del art. 168 del Texto de Procedimiento Laboral, en relación con los artículos 78-1 y 80 de la propia Ley, del examen de los autos se comprueba que en el escrito de demanda se propuso, por medio de otrosí, la práctica de determinadas pruebas, que aparecen figuradas en siete apartados de dicho documento, y si bien el Magistrado no acordó expresamente sobre las mismas en la oportuna Providencia de admisión a trámite de la demanda, si lo hizo en el acto del juicio para declarar la pertinencia de alguna de ellas, no obstante lo cual, y por consecuencia de no haberse verificado en tiempo hábil las debidas diligencias de citaciones y requerimientos, no pudieron practicarse las documentales y testifical comprendidas en los apartados 2.º, 3.º y 6.º del escrito de demanda, lo que ha de entenderse ha venido a producir indefensión, teniendo en cuenta la clase de pruebas omitidas y la naturaleza de la acción ejercitada en el proceso, en el que se discutió la existencia o no de relación laboral entre las partes, sin que

de otro lado pueda estimarse que la informalidad alcanza a las restantes pruebas que no se practicaron, pues la de confesión, aparece bien razonada su repulsa por estar referida a personas que no eran parte en el juicio y la rechazada por innecesaria no fue objeto de la inexcusable protesta.

Que la estimación del recurso obliga, en este caso, a declarar la nulidad de las actuaciones practicadas en la instancia, con devolución de las mismas a la Magistratura de Trabajo, a fin de que se repongan al estado de presentación de la demanda y al objeto de que se provea en forma, sobre la admisión de la misma y de las pruebas solicitadas, ajustándose a derecho los trámites subsiguientes.

**14. PROCESO POR DESPIDO GENERAL**

**REQUISITOS FORMALES DE LA CARTA DE DESPIDO.**

S 12 julio 1984 (RA 4160)

*En la carta de despido deben constar las fechas en que se cometieron los hechos imputados al trabajador, si ello es trascendente a efectos de la prescripción alegada.*

**CONSIDERANDO:** Que... la carta de despido ha de precisar los hechos imputados al trabajador para que éste tenga cumplido conocimiento de los mismos y con ello suficiente garantía para defensa de sus derechos en momento oportuno, tal exigencia no alcanza, según los preceptos invocados, a la necesidad de citar en todo caso cada una de las fechas en que fueron cometidos los referidos hechos, cuando tal circunstancia no es trascendente a efectos de una posible prescripción, alegada por el afectado, de las faltas que aquéllos determinan.

**FECHA DE LA CARTA DE DESPIDO.**

S 27 septiembre 1984 (RA 4489)

*Doctrina del TS acerca de la fecha en que debe entenderse que el trabajador recibió la carta de despido y conoció su contenido.*

**CONSIDERANDO:** Que el tercero y último motivo se formula al amparo de lo dispuesto en el número 1 del art. 167 de la Ley Procesal Laboral por aplicación indebida de la doctrina legal sobre caducidad de la acción con cita de varias sentencias de esta Sala que también debe prosperar pues atendidos los razonamientos del anterior fundamento jurídico en orden a la fecha en la que el actor recibió la Carta de despido y conoció su contenido, ha de aplicarse la siguiente doctrina: 1) La declaración de voluntad del empresario en virtud de la cual se dispone el despido disciplinario de un trabajador tiene naturaleza receptiva. 2) Es por consiguiente necesario para que produzca efecto que llegue a conocimiento del destinatario, conforme a lo que dispone el artículo 1262 del Código Civil, aplicado por vía analógica. 3) No constando probada la fecha de recepción de la carta, a partir de cuyo momento puede presumirse el conocimiento, salvo que se acredite lo contrario, ha de estarse a lo declarado por el trabajador puesto que la empresa pudo perfectamente, como ya se dijo, utilizar un procedimiento de fehaciencia y si no lo hizo ha de soportar sus consecuencias puesto que a ella incumbía la prueba de la caducidad y por consiguiente ha de estarse, en caso de duda como acaba de decirse, a la manifestación del trabajador, declarando que la acción ejercitada no ha caducado, pues otra cosa haría recaer sobre la parte no responsable la deficiente remisión de la carta a los efectos de la debida constancia de la fecha de recepción, los efectos negativos de una conducta poco cuidadosa o negligente en este sentido. 4) Consecuencia de cuanto

queda expuesto es la obligada declaración de que la acción no ha caducado pues además la institución de la caducidad nacida para dar fijera a las relaciones jurídicas que nacen con un plazo inexorable de vida para su ejercicio, con clara superioridad del principio de seguridad jurídica sobre cualquier otro, no pueden ser objeto ni en su contenido ni en su conjunto objeto de interpretaciones extensivas, de todo lo cual deriva la estimación del motivo.

**SALARIOS DE TRAMITACIÓN.**

S 12 abril 1984 (RA 2086)

*En caso de despido nulo el Estado no tiene ninguna responsabilidad respecto a lo dispuesto en el art. 114 LPL.*

**CONSIDERANDO:** Que partiendo de cuanto se deja expuesto en el considerando precedente, examinado el escrito de interposición del recurso, se destaca la omisión que acusan, tanto el recurrido abogado del Estado como el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen, al no citar quién ha pretendido formalizarlo, el art. 167 de la L. Pro. Lab., así como tampoco el apartado del mismo en que se ampara ni menciona el concepto de infracción que acusa, ausencia de formalidades que determinan, conforme a reiterada doctrina la desestimación del que se examina, porque la fundamentación que anteriormente se expuso, se ajusta a lo establecido en la L. E. Civ. en su art. 1720, que por la remisión que a ella hace la disposición adicional de la L. Pro. Lab., es de aplicación al proceso laboral y a este recurso; este rechazo del recurso examinado, también ocurriría aun cuando proceda al examen de su contenido, porque el art. 56.5 del Estatuto de los Trabajadores no es aplicable al caso planteado, ya que en dicho precepto se contempla el del despido declarado improcedente, mientras que el del re-

curso trata de un despido declarado nulo con las consecuencias ineludibles de readmisión y abono de los salarios dejados de percibir, condena determinada y precisa no incluida en los supuestos del art. 114 de la L. Pro. Lab. ni en el 227 de la misma a los efectos de repercutir sobre el Estado el importe de los salarios que excedan de 60 días, entre otras razones, porque la norma sustantiva del art. 55, puntos 3, 2.º párr. y 4, imponen tal obligación al condenado en la sentencia sin que ante norma clara y precisa permita acudir a la analogía inexistente en el tratamiento legal, de manera que lo que se propone en el recurso dada la sentencia recaída, sería tanto como una revisión parcial de la misma, razones que como es obvio, determinan la desestimación del recurso con las consecuencias que el art. 176 de la citada Ley Procesal, o sea, pérdida del depósito constituido para recurrir y honorarios de Letrado comparecido por el recurrido en cuantía que fijará la Sala si a ello hubiere lugar.

**15. PROCESO POR DESPIDO DE REPRESENTANTE DE LOS TRABAJADORES**

**EXPEDIENTE CONTRADICTORIO.**

**8 28 diciembre 1984 (RA 6509)**

*El expediente contradictorio no constituye, en sentido estricto, un medio de prueba, sino un requisito formal.*

**CONSIDERANDO:** Que el motivo tercero se formula con amparo en el art. 168.3 de la Ley Procesal Laboral, por cuanto la denegación de la prueba propuesta en el primer otrosí de la demanda, colocó al recurrente en indefensión; motivo que tampoco puede prosperar porque el expediente contradictorio que ha de tramitarse en garantía de los trabajadores miembros del Comité de Empresa o Delegados

de personal, según ordena el art. 68 del Estatuto de los Trabajadores, no constituye en sí mismo un medio de prueba en sentido estricto, tratándose de la realización y cumplimiento de unos requisitos formales previos, exigidos y regulados reglamentariamente, para poder sancionar a un trabajador que ostenta la cualidad de miembro del Comité de Empresa o Delegado de Personal, sin cuyo cumplimiento al despido será nulo, o sin cumplirse los requisitos de plazos y sin las formalidades previstas, no revistiendo el carácter de prueba privilegiada, ni tiene carácter documental, ni las declaraciones testificales prestadas en él ante el instructor tienen carácter de prueba testifical prestada en juicio, por tanto si ha de ser aportado a autos en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 111 de la Ley Procesal Laboral, es claro que en el acto del juicio, como dice el Ministerio Fiscal, cada parte puede instruirse de la documental aportada por la parte contraria para rebatirla si lo desea, de forma que no señalando la ley el tiempo de duración para la celebración de la vista, si las partes o sus Letrados quieren leer esos documentos antes de formular sus conclusiones, pueden hacerlo empleando el tiempo que precisen, por lo que huelga hablar de indefensión, máxime si se tiene en consideración, que obrando en autos el expediente cualquier argumentación sobre su validez, su tramitación irregular o ausencia de formalidades, puede ser combatida por la vía del recurso por infracción de ley, por todas cuyas razones con desestimación del recurso y de conformidad con el art. 172 de la Ley Procesal Laboral entregue los autos al recurrente para que formalice el de infracción de ley.

**N. PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL**

**FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA DE LA RECLAMACIÓN PREVIA Y DE LA DEMANDA.**

**5 17 octubre 1984 (RA 5794)**

*La demanda no puede contener hechos distintos de los alegados para resolver el expediente administrativo.*

**CONSIDERANDO:** Que por la Tesorería General de la Seguridad Social se interpuso recurso de casación por infracción de Ley contra la sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo, y lo hace a través de cinco motivos, todos amparados en el n.º 1.º del artículo 167 de la Ley Procesal Laboral, procediendo, por razón de método, comenzar por el examen del motivo segundí en el que «se denuncia infracción de Ley por violación del art. 120 párrafo 2.º de la Ley de Procedimiento Laboral al haberse admitido por el juzgado de instancia como probados hechos aducidos por el demandante distintos de los alegados para resolver el expediente administrativo», concretamente —añade— que en el escrito de demanda ante la Magistratura de Trabajo se dice que la liquidación practicada por la Tesorería es extemporánea por haberse realizado ocho años más tarde de la provisional, lo que no se dijo en el escrito de reclamación administrativa, motivo que merece acogida, no sólo porque el artículo 120 de la Ley Procesal laboral dispone que en los procesos de Seguridad Social se reclamará de la Entidad Gestora el expediente original o copia fotostática o fotográfica y en su caso informe relativo a los antecedentes, y que en el proceso ante la Magistratura de Trabajo no podría aducirse por el demandante hechos distintos de los alegados para resolver el expediente administrativo, sino porque la sentencia de la Magistratura acoge la prescripción del derecho de Tesorería General de la Seguridad Social para

exigir el pago de liquidación por exceso de pérdidas, siendo así que la expresada exige un planteamiento por el reclamante o una excepción por el demandado, no apreciable de oficio (a diferencia de la caducidad de acción), sino a instancia de parte, y es lo cierto que ni en el expediente previo, ni en el escrito de demanda, ni en el acto de juicio, se invoca de modo claro, legal, preciso, tal cuestión procesal, y así en la reclamación previa suplica «dejar sin efecto el acuerdo», en la demanda «se declare no haber lugar a la liquidación girada», y en el acto de juicio que se ratificaba en la demanda y que «caso semejante se ha visto en la Magistratura n.º 17, autos 562/83»; deviniendo, por tanto, una cuestión que asume el juzgador de instancia en razón al tiempo transcurrido para la práctica de las liquidaciones periódicas y el acuerdo de Tesorería exigiendo de la Mutua demandante el abono de cantidad superior a los seis millones de pesetas; mas la posible extemporaneidad en la realización de aquellas operaciones —sin que la demandada al no existir plazo máximo fijado para practicarlas, exigiese o requiriese a la Tesorería para llevarlas a cabo—, no puede identificarse con la institución jurídica de la prescripción en tanto ésta no fue planteada en legal forma, así en la vía previa administrativa como dentro de la órbita jurisdiccional; y al no haberlo entendido así el Magistrado de instancia procede estimar el motivo que se examina, con el efecto de declarar nula la sentencia dictada, por resolver una cuestión no debatida y sobre la que no deberá pronunciarse, con devolución de las actuaciones a la Magistratura de Trabajo para que el juzgador «a quo» con los elementos obrantes en autos o los que pueda incorporar en virtud de diligencia para mejor proveer se pronuncie sobre las demás cuestiones de fondo, dictando la sentencia que en Derecho estime procedente; deviniendo, por ello, innecesario el examen de los otros motivos del recurso.

**17. PROCESO CAUTELAR****REEMBARGO PREVENTIVO.**

S 3 marzo 1984 (RA 1509)

*Contra el auto del Magistrado acordando el reembolso preventivo (medida precautoria), no se da recurso alguno.*

**CONSIDERANDOS:** Que decretado por el Juzgador de instancia reembolso preventivo de bienes trabados en otros autos en ejecución contra la misma empresa y embargo preventivo de los bienes e instalaciones de la empresa para garantizar las resultas de los autos núms. 108/83 sobre resolución de contratos, se plantea por el empresario «recurso incidental de nulidad de actuaciones», en base al artículo 745 de la L. E. Civ. contra el auto de 16 marzo 1983, en que se acordó dicho embargo, cuyo incidente fue tramitado y resuelto en S. de 3 mayo 1983 contra la que se interpone por la empresa recurso de casación.

Que el embargo preventivo es medida precautoria que cabe acordar en el procedimiento laboral a tenor de los arts. 65 y 66 de la L. Pro. Lab., y señala el art. 66 de dicha norma que la medida se adoptará sin que proceda recurso alguno contra la decisión del Magistrado al respecto.

Que es claro por otro lado que no se encuentran entre las resoluciones definitivas, únicas recurribles en casación según el art. 1690 de la L. E. Civ., las dictadas por los Tribunales de instancia en incidentes de nulidad de actuaciones —Sala 1.ª, Auto de 20 marzo 1942 y 30 junio 1947—, cuyas sentencias no vienen relacionadas como recurribles en el art. 166 de la L. Pro. Lab., por todo ello, de oficio, y sin necesidad de mayores argumentaciones, debe declararse no haber lugar a recurrir la resolución impugnada, con pérdida del depósito constituido (art. 176

de la L. Pro. Lab.) y abono de honorarios al Letrado de la parte recurrida y personada en el recurso.

**18. PROCESO DE REVISION****JUICIO RESCISORIO.**

S 10 julio 1984 (RA 4145)

*El TS explica el procedimiento a seguir una vez rescindida parcialmente una sentencia en juicio de revisión.*

**CONSIDERANDO:** Que es doctrina constante y notoria de la Sala que las normas de procedimiento son de rigurosa observancia y la existencia de vicios de trascendencia respecto a las mismas ha de llevar, de oficio, a la declaración de nulidad de lo actuado y reponiendo los autos al trámite correspondiente, y ello en base al art. 6.3 del Código Civil; en el supuesto de autos es evidente que rescindida parcialmente la sentencia de la Magistratura de 13 de septiembre de 1978, precisamente en la parte relativa a los salarios que señalaban los actores como percibidos —que se declaran por la Sala inexistentes y superiores a los realmente percibidos— los actores al postular que se fijen en ejecución de la sentencia de 13 de septiembre de 1978 actúan en forma irregular e inadecuada, pues mal pueden fijarse dichos salarios en ejecución de una sentencia rescindida en tal aspecto: el art. 1807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala con toda claridad que expedida certificación del fallo del recurso de revisión se devolverán los autos al Tribunal de que procedan «para que las partes usen de su derecho, según les convenga en el juicio correspondiente», sirviendo de base en el nuevo juicio las declaraciones que se hubieran hecho en el recurso de revisión, las cuales no podrán ser ya discutidas; de lo expuesto se infiere que las partes, en su caso, han de promo-

ver un nuevo juicio en el que ha de dictarse nueva sentencia que sustituya la parte de la rescindida por el Tribunal Supremo, sin que sea adecuado acudir al procedimiento de ejecución de sentencia precisamente en la parte en que ésta fue rescindida —sin perjuicio de que continúe la ejecución en los aspectos no económicos en que pueda llevarse a efecto la parte no rescindida— que obviamente precisa ser complementada acudiendo al procedimiento ordinario ante la Magistratura con las garantías procesales y posibles recursos ordinarios que ello comporte; según lo expuesto es claro

que debe decretarse la nulidad de actuaciones a partir de la providencia de 20 de enero de 1983 admitiendo a trámite el escrito de los actores fechado el 18, en el que se solicita se dicte auto fijando indemnizaciones por resarcimiento de perjuicios y complementarias por salarios desde el despido hasta que el 20 de marzo de 1979 se declaró extinguida la relación entre los actores y la empresa «Will Kill, S. A.»; dicha declaración lleva como ineludible consecuencia, la devolución de las consignaciones y depósitos efectuados para recurrir los autos de 30 de junio y 22 de julio de 1983.

**PROCESAL INTERNACIONAL****FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ**  
Abogado**SUMARIO:**

1. Exequatur de sentencias extranjeras: TS (Sala Primera) A 8 marzo 1984 (Senegal). TS (Sala Primera) A 6 abril 1984 (Francia). TS (Sala Primera) A 31 mayo 1984 (Francia). TS (Sala Primera) A 28 junio 1984 (República Federal Alemana). — 2. Exequatur de sentencias extranjeras de divorcio: TS (Sala Primera) A 30 mayo 1984 (Brasil). TS (Sala Primera) A 31 mayo 1984 (Costa Rica). TS (Sala Primera) A 6 junio 1984 (Suiza). TS (Sala Primera) A 28 junio 1984 (Suiza). TS (Sala Primera) A 28 junio 1984 (USA). TS (Sala Primera) A 10 julio 1984 (Holanda). TS (Sala Primera) A 21 septiembre 1984 (Portugal). TS (Sala Primera) A Rollo 1/1983 (Francia). — 3. Arbitraje internacional: JPI n.º 8 Barcelona A 16 febrero 1981. AT Barcelona A 29 diciembre 1983. JPI n.º 5 Barcelona A 1 octubre 1981. AT Barcelona A 18 octubre 1984. JPI n.º 5 Barcelona S 12 febrero 1985. — 4. Letra de cambio extranjera: AT Barcelona S. 31 octubre 1984. — 5. Aborto: cometido por española en el extranjero: TC S 27 junio 1984.

**1. EXEQUATUR DE SENTENCIAS  
EXTRANJERAS**

TS (Sala Primera)

A 8 marzo 1984 (Senegal)

**RESULTANDO:** Que por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre de «Talleres Michel, S. A.», se solicitó la ejecución en España de la sentencia dictada por la Corte de Apelación de Dakar (Senegal), Sala de lo Civil y Mercantil de fecha vein-

te de noviembre de mil novecientos ochenta y uno, en la demanda seguida contra «Pesqueras Onerak», sobre reclamación de 53.142.661 pesetas; acompañando con su escrito el poder acreditativo de su personalidad y documentos que cita.

**RESULTANDO:** Que acordada la citación y emplazamiento del legal representante de la entidad «Pesqueras Onerak» para su comparecencia en autos, se llevó a efecto la misma personalmente, habiendo transcurrido el término al efecto concedido sin com-

parecer en autos, por lo que se acordó seguir en el conocimiento de los mismos sin la intervención de dicha entidad.

**RESULTANDO:** Que oído el Ministerio Fiscal, se opuso al reconocimiento de la sentencia por no concurrir los presupuestos legales para ello, en base a cuantas consideraciones exponía en apoyo de tal denegación y que aquí se dan por reproducidos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. Magistrado Don Antonio Fernández Rodríguez.

**CONSIDERANDO:** Que estándose en presencia de sentencia definitiva dictada el 20 de noviembre de 1981 por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte de Apelación de Dakar (Senegal), que declaró el reconocimiento de la sociedad «Talleres Michel, S. A.» establecido y reconocido por su deudor «Pesqueras Onerak», sin que exista Tratado con dicha nación al respecto, ni conste que en Senegal no se dé cumplimiento a las sentencias pronunciadas por los Tribunales españoles, así como que habiéndose dictado la de que se trata a consecuencia del ejercicio de acción personal, con intervención procesal en el juicio de que tal sentencia emana de la citada entidad «Pesqueras Onerak» contra la que se dirige la pretensión de ejecución, versando sobre materia lícita en España, y reuniendo los requisitos necesarios en la indicada nación en que se dictó para ser considerada auténtica y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en territorio español, se está en el caso de otorgar su cumplimiento, cual se solicita, a cuyo efecto comuníquese este auto por certificación a la Audiencia Territorial de Bilbao, para que ésta dé la orden correspondiente al Juzgado de Primera Instancia al que corresponda el domicilio de la expresada entidad contra la que se solicita la ejecución, a fines de que tenga efecto lo en dicha sentencia mandado, empleando los medios de ejecución establecidos en la

Sección 1.ª del Título VIII, del Libro II, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y sin que a ello obste lo manifestado, por el Fiscal en su dictamen, puesto que si ciertamente en el juicio que determinó la sentencia en cuestión figura en rebeldía la entidad «Copescas Alfredo», lo cierto es que la pretensión de ejecución no viene dirigida contra ella, sino exclusivamente contra la entidad «Pesqueras Onerak», que intervino en dicho juicio y por tanto no se mostró en él en situación procesal de rebeldía.

**SE OTORGA** el cumplimiento en España de la sentencia dictada, con fecha veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y uno, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte de Apelación de Dakar (Senegal), en las actuaciones de que la ejecución de que se trata dimana; y en su consecuencia comuníquese este auto por certificación a la Audiencia Territorial de Bilbao, para que ésta dé la orden correspondiente al Juez de Primera Instancia de Guernica a fin de que tenga efecto lo en dicha sentencia mandado, empleando los medios de ejecución establecidos en la Sección 2.ª, del Título VIII, del Libro II, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y publíquese esta resolución en el Boletín Oficial del Estado e insértese en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias.

Madrid, ocho de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro.

*La resolución aplica correctamente el régimen general del exequatur, sin tomar en consideración la situación de rebeldía de un demandado contra el que no se dirige la ejecutoria.*

TS (Sala Primera)

A 6 abril 1984 (Francia)

Devueltos los autos por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, y

**RESULTANDO:** Que el Procurador Don José Manuel de Dorremochea Aramburu, en nombre y representación de don Jean P. D. y de la entidad MUTUELLE, solicitó ante esta Sala Primera del Tribunal Supremo, la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal de Gran Instancia de Dax (Francia) con fecha 16 de mayo de 1973, por la que se condenaba a don Clemente C. S. a que pagase, a los hoy solicitantes, la cantidad total de once mil trescientos ochenta y seis francos franceses, intereses y costas.

**RESULTANDO:** Que empleado don Clemente C. S., persona contra la que se dirigía el presente exequatur, para que compareciera ante esta Sala Primera del Tribunal Supremo, a hacer uso de su derecho en el término de treinta días, y transcurrido dicho término sin que lo verificase, se comunicaron los autos al Ministerio Fiscal para ser oído, el cual emitió dictamen que obra unido en autos, pasándose a continuación al Magistrado Ponente para resolución.

Visto, siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño.

**CONSIDERANDO** que la presente solicitud de cumplimiento en España, se refiere a una Sentencia dictada por el Tribunal de Gran Instancia de Dax (Francia) de 16 de mayo de 1973, por la que como consecuencia de los daños causados en un accidente de tráfico en carretera ocurrido en territorio francés, el día primero de agosto de 1971, se condena al súbdito español que figura como oponente, al pago por todos los conceptos, de la cantidad de once mil trescientos ochenta y cinco (11.385) francos franceses. Siendo de observar que se han cumplimentado todos los requisitos exigidos por el vigente Convenio hispano-francés de 28 de mayo de 1969, con entrada en vigor el 29 de marzo de 1970, por lo que refiere al Estado de origen pues el Tribunal que dictó la resolución era competente a tenor

de lo establecido en el número tres del artículo siete en relación con el número uno del artículo tres, ya que el accidente de tráfico referido tuvo lugar en territorio francés, la Sentencia es firme a los efectos del número cuatro del artículo quince, no concurre ninguna de las circunstancias que, según el artículo cuatro impiden la cumplimentación y con la solicitud se acompañan todos los documentos requeridos por el artículo quince, con la debida traducción al español habiéndose, igualmente, observado todas las exigencias por lo que se refiere al Estado requerido, contenidas en los artículos 955 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil. En atención a todo lo cual, y de acuerdo con lo dictaminado por el Ministerio fiscal, procede acceder a la cumplimentación solicitada.

**HA LUGAR** a la cumplimentación y ejecución en España de la Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Dax (Francia) de 16 de mayo de 1973, comunicándose este Auto a la Audiencia de Valladolid para que se dé orden por la misma al Juzgado de Primera Instancia de Zamora, a que corresponda, a fin de que tenga efecto lo acordado y se haga pago por el ejecutado, del principal de once mil trescientos ochenta y cinco (11.385) francos franceses, al cambio oficial en pesetas del día en que se satisfagan, más los intereses legales y las costas correspondientes.

Así, por esta resolución, de la que se librarán las oportunas copias para su publicación en el Boletín Oficial del Estado y Colección Legislativa, lo pronunciaron y firman los Excmos. Sres. del margen, en Madrid, a seis de abril de mil novecientos ochenta y cuatro, de todo lo que, yo el Secretario, certifico.

TS (Sala Primera)

A 31 mayo 1984 (Francia)

**RESULTANDO:** Que, mediante escrito presentado el uno de julio de 1983, Adrienne L. B., con nombre comercial de Institut des Jambres, representada por procurador con poder bastante, solicitó de esta Sala que, previos los trámites pertinentes se otorgara el cumplimiento en España de la sentencia dictada en 23 de abril de 1981, por la Sección 2.ª de la Cámara 3.ª del Tribunal de Primera Instancia de París, a su instancia, contra José María B. A. y su cónyuge María M. P., domiciliados en Gerona, por cuya sentencia se les condena a éstos a pagar a aquél una cantidad (40.998,13 francos) en concepto de reembolso y otra (2.000 francos) en el de daños y perjuicios, derivada la condena del incumplimiento de ciertos contratos entre las partes sobre adquisición y distribución en España de productos cosméticos de la creación y fabricación de la entidad demandante y de cuidados estéticos con aplicación de dichos productos; concerniendo la condena a precio de productos y materiales entregados y daños y perjuicios.

**RESULTANDO:** Que admitida a trámite dicha demanda de reconocimiento de sentencia pronunciada en país extranjero, se emplazó a los demandados en trece de febrero del corriente año para que comparecieran ante esta Sala si vieren convenirles, señalándoseles el plazo legal de treinta días, término transcurrido sin que hayan comparecido; oyéndose al Ministerio fiscal que ha dictaminado en el sentido de que procede acceder al reconocimiento por los fundamentos siguientes: «Primero. La cuestión que se sometió al conocimiento del órgano jurisdiccional francés está comprendida dentro del ámbito material de aplicación del Convenio con Francia de 28 de mayo de 1969. Tratose de la reclamación de determinada cantidad

importe del precio de ciertos productos y materiales entregados por el actor como consecuencia de relaciones comerciales con los demandados. También instóse en la demanda acción tendente a que el órgano jurisdiccional declarase a los demandados culpables de la falsificación de determinada marca de productos comerciales, pero al no prosperar esta pretensión, desestimándola expresamente el Tribunal, no puede decirse que la resolución sea contraria al orden público interno, como ocurriría en caso contrario, puesto que con arreglo a nuestro ordenamiento procesal el Tribunal no puede hacer declaración de culpabilidad o inocencia en cuestiones reservadas a nuestros órganos jurisdiccionales de carácter penal. — Segundo. El Tribunal Francés que ha dictado la resolución es competente, toda vez que, por razón de la materia, la cuestión controvertida no está atribuida exclusivamente a la jurisdicción española, pudiendo decidirse por órgano jurisdiccional extranjero sin contravenir las normas procesales internas. — Tercero. No se ha producido indefensión de los demandados porque si bien no han comparecido en el procedimiento, fueron citados en forma (aunque la palabra francesa «defendeurs» en la versión española de la ejecutoria se traduce por demandantes, es claro que se hace erróneamente, por cuanto equivale a demandados), lo que es bastante a tenor de lo dispuesto en el artículo 4.º3.º del Convenio citado, habiéndoles notificado también la sentencia».

**RESULTANDO:** Que, junto con el escrito de demanda se aportaron, además de los poderes suficientes del procurador, testimonios de citación para el juicio, notificación de la sentencia y justificante de su firmeza, debidamente apostillados según la Convención de La Haya de 5 de octubre de 1961 y su traducción por Intérprete Jurado; y también y con igual traducción, justificantes de haber sido emplazados los demandados con trasla-

dos de la demanda y notificados de la sentencia recaída; que es firme.

**CONSIDERANDO:** Que, conforme al artículo 96 de la Constitución, en armonía con el número cinco del artículo primero del Código civil, los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte de su ordenamiento interno; de donde la efectividad del invocado Convenio con Francia, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas, en materia civil y mercantil, de 28 de mayo de 1969, ratificado en 15 de enero de 1970, publicado en el Boletín Oficial del Estado del 14 de marzo de 1970.

**CONSIDERANDO:** Que desde otra óptica las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros tendrán en España la fuerza que establezcan los Tratados respectivos: artículo 951 de la Ley de Enjuiciamiento civil; y sólo de no existir tratados especiales ha de acudirse a la reciprocidad de los artículos 952 y 953 y, finalmente, al procedimiento subsidiario del 954; debiendo concluirse que, la sentencia de cuyo reconocimiento se trata en el presente juicio debe sujetarse al Convenio con Francia que se ha dejado circunstanciado.

**CONSIDERANDO:** Que la sentencia circunstanciada ha de identificarse con las resoluciones de la clase de las previstas en el artículo tercero del Convenio por cuanto el Tribunal de origen resulta competente al aparecer que los demandados fueron citados y emplazados con traslado de la demanda y no comparecieron ni por lo mismo se opusieron a la competencia del mismo, lo cual y aunque no formularan por lo tanto oposición al fondo del litigio podría reconducirse acaso al supuesto seis del artículo séptimo y existiendo sin duda el punto de conexión siete pues, siendo materia mercantil el objeto del juicio la obligación contractual de pagar el precio

que se acreditase debía ser cumplido en el territorio del Estado de origen al tratarse de ventas mercantiles de productos cosméticos elaborados y vendidos por un establecimiento fabril y mercantil ubicado en Francia a favor de un comerciante español que habla de destinarlos a su distribución mediante su reventa o aplicación en España; dicha sentencia, de otra parte, ya no puede ser, en el Estado de origen y según se certifica, objeto de un recurso ordinario que hubiera sido el de apelación y es susceptible de ejecución en el mismo; y, finalmente, no concurre causa alguna de las que autorizan la denegación de la ejecución según el artículo cuarto ya que, cumplidas las condiciones del tercero, ocurre que la decisión recaída no es contraria al orden público interno de este Estado Español requerido, según detalladamente razona el Ministerio fiscal en su dictamen, que se asume y da por reproducido, la iniciación del juicio fue debidamente notificada a los demandados con traslado de la demanda, siéndoles igualmente notificada la sentencia recaída, todo ello en los términos del mismo dictamen, según resulta de los documentos aportados, sin que conste la existencia de otro litigio entre las mismas partes, fundado en los mismos hechos y sobre el mismo objeto.

**SE OTORGA EL CUMPLIMIENTO** en España de la ejecutoria circunstanciada, lo que se comunicará por Certificación del presente auto dirigida a la Audiencia de Barcelona para que ésta dé la orden correspondiente al Juez de Primera Instancia de Gerona en que los demandados están domiciliados y en que debe ejecutarse, a fin de que tenga efecto lo en ella mandado, empleando los medios de ejecución establecidos en la Ley de Enjuiciamiento civil. — Madrid, a treinta y uno de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

*Las dos resoluciones transcritas se limitan a aplicar el Convenio vigente*

con Francia de 28 de mayo de 1969, con exclusión de los regímenes complementarios de exequatur, tal como está previsto en el art. 951 LEC.

TS (Sala Primera)

A 28 junio 1984 (República Federal Alemana)

**RESULTANDO:** Que por el Procurador Don Tomás Giménez Cuesta en nombre y representación de Don Heinz B., se interesó la ejecución en España de la Sentencia dictada por el Tribunal Territorial de Augsburgo (Alemania Federal) con fecha 11 de febrero de 1982 contra las sociedades alemanas en reclamación de cantidad; acompañando con su escrito el poder acreditativo de su personalidad y los documentos que cita.

**RESULTANDO:** Que citadas y emplazadas las sociedades contra quienes se dirige el procedimiento para su comparecencia en autos al objeto de ser oídos, lo verificó el Procurador Don José Granados Weil en nombre de Azur GmbH., no haciéndolo la otra sociedad «Azur GmbH & Co. KG.»; y, dado traslado al personal a los fines prevenidos en el artículo 956 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se opuso al «exequatur» por cuantas razones alegaba y que se dan por reproducidas.

**RESULTANDO:** Que oído el Ministerio Fiscal estimó procedente acceder al reconocimiento de la Sentencia solicitada por cuanto que, no existiendo Tratado entre España y Alemania Federal, que sería norma de aplicación preferente, la carta ejecutoria se ajusta al régimen subsidiario de control interno establecido en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Siendo Ponente el Magistrado Excelentísimo Sr. Don Mariano Fernández Martín-Granizo.

**CONSIDERANDO:** Que frente a la solicitud de cumplimiento de senten-

cia dictada por la Sala XIV de lo Civil del Tribunal Territorial de Munich, con sede en Augsburgo (Alemania), el 11 de febrero de 1982, juicio en que aparecían como demandadas las sociedades AZUR-FERIENANLAGEN GmbH. y AZUR-FERIENANLAGEN GmbH. & Co. KG. que fueron condenadas, la primera de ellas formula oposición con base en diversos motivos.

**CONSIDERANDO:** Que ninguno de ellos puede estimarse a los efectos pretendidos; así, el relativo a que el poder carece de los requisitos fundamentales para surtir efecto en España, por cuanto el otorgado ante notario alemán es aplicable la Ley «locus regit actum» que consagra el artículo 11 del Código civil se encuentra apostillado; respecto a la denominación de las dos sociedades demandadas y condenadas, porque aparecen debidamente traducidas y lo mismo acontece con la resolución cuyo cumplimiento se interesa, la cual, es firme, como consta debidamente acreditado; respecto del tema de la citación en España a referidas empresas, tampoco puede ser tenida en cuenta la oposición formulada, dado que lo cierto es la presencia de la opositora en el presente exequatur, razón por la cual, alegar el defecto en la citación habiéndose personado en los autos implica ir contra los propios actos; por lo demás, los restantes requisitos del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil concurren en el presente supuesto.

**CONSIDERANDO:** Que, en consecuencia y de acuerdo con el amplio y cuidado dictamen Fiscal procede acceder al «exequatur» interesado.

**SE OTORGA** el cumplimiento en España de la sentencia definitiva dictada por la Sala XIV de lo Civil del Tribunal Territorial de Munich, con sede en Augsburgo (Alemania) el 11 de febrero de 1982, y comuníquese el presente Auto a la Audiencia correspondiente a los efectos pertinentes. —

Madrid, a veintiocho de junio de mil novecientos ochenta y cuatro.

*A destacar como la resolución zanja uno de los «cocos» más manidos del exequatur: la insuficiencia de poder del Procurador. El aforismo latino locus regit actum resume adecuadamente la quintaesencia de la doctrina correcta sobre la materia. También hay que resaltar el carácter progresista de las observaciones de la sentencia acerca de los supuestos defectos de citación de los demandados. No es la primera vez que un demandado comparece en el momento del exequatur para manifestar que no ha sido emplazado, después de haber guardado en su casa los documentos en su momento recibidos. ¡Sólo faltaba que el Tribunal premiara su conducta! Vid. lamentablemente sentencia del TC 98/1984, de 24 de octubre (BOE de 28 noviembre 1984) y mi nota crítica en JUSTICIA.*

## 2. EXEQUATUR DE SENTENCIAS EXTRANJERAS DE DIVORCIO

TS (Sala Primera)

A 30 mayo 1984 (Brasil)

**RESULTANDO:** Que por el Procurador Don Francisco García Crespo, en nombre de Don Martín C. B., se interesó la ejecución en España de la sentencia dictada en veinticuatro de junio de mil novecientos ochenta y uno por el Sr. Juez de la Sección 8.ª de Familia y Sucesiones del Distrito de Avaré, Estado de San Pablo (Brasil), acordando el divorcio del solicitante y Angela M. C.; acompañando con su escrito el poder acreditativo de su personalidad y los documentos que citaba.

**RESULTANDO:** Que siendo desconocido el paradero de la persona contra quien se dirige el procedimiento Doña Angela M. C., se acordó su citación y

emplazamiento para ante este Tribunal por medio de edictos que se publicaron en el Boletín Oficial del Estado, habiendo transcurrido el término concedido, sin que verificara su comparecencia.

**RESULTANDO:** Que comunicados los autos al Ministerio Fiscal a los fines prevenidos en el artículo 956 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se opuso a la solicitud del «exequatur» por las razones que expuso y que aquí se dan por reproducidas.

Siendo Ponente el Magistrado Excmo. Sr. Don Carlos de la Vega Benayas.

**CONSIDERANDO:** Que la solicitud de cumplimiento de la sentencia que se acompaña, cumple los presupuestos previstos en los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que, por otra parte, conste que las sentencias españolas no se ejecuten en el país —Brasil— de donde la ejecutoria procede, por lo que procede acceder a la petición formulada, salvo en lo que se refiere a la inscripción del segundo matrimonio contraído por el solicitante, que no puede ser objeto de cumplimiento al amparo de la Ley procesal, sin perjuicio de que el interesado inste su inscripción por la vía adecuada.

**HA LUGAR** al cumplimiento en España de la sentencia dictada en veinticuatro de junio de mil novecientos ochenta y uno por el Sr. Juez de la Sección 8.ª de Familia y Sucesiones del Distrito de Avaré, Estado de San Pablo (Brasil), y, al efecto, se acuerda su anotación en el Registro Civil competente. **NO HA LUGAR** al cumplimiento de la segunda petición relativa al segundo matrimonio del solicitante Don Martín C. B. Y publíquese esta resolución en el Boletín Oficial del Estado e insértese en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias. — Madrid, a treinta de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

*Esta inteligente resolución admite un exequatur parcial de una sentencia extranjera en cuanto a los extremos que el TS la considera ejecutable. La solución es acertada y está recogida también en algún convenio internacional (Vid. ad exemplum Convenio de New York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, art. V, 1, c). Es obvio que el TS no podía en vía de exequatur conceder la segunda petición, que aparece innecesariamente formulada.*

TS (Sala Primera)

A 31 mayo 1984 (Costa Rica)

**RESULTANDO:** Que por el Procurador Don Javier Vázquez Hernández, en nombre de Doña María A. M. L., se interesó la ejecución en España de la sentencia dictada por el Juzgado 2.º Civil de Heredia (República de Costa Rica), acordando el divorcio de la solicitante y su esposo Don Roberto C. M.; acompañando con su escrito el poder acreditativo de su personalidad y los documentos que citaba.

**RESULTANDO:** Que por resultar en paradero desconocido la persona contra quien se dirige el procedimiento Don Roberto C. M., se acordó su citación por edictos para su comparecencia ante este Tribunal; habiendo transcurrido el término al efecto conferido sin que lo verificase, por lo que se acordó seguir en el conocimiento de los autos sin su intervención.

**RESULTANDO:** Que oído el Ministerio Fiscal en el sentido que digo, emitió dictamen en el sentido de que al reunir la sentencia caracteres de autenticidad, acreditada su firmeza y constituir materia conforme al orden público interno, nada tenía que oponer al «exequatur» interesado.

Siendo Ponente el Magistrado Excmo. Sr. Don Rafael Casares Córdoba.

**CONSIDERANDO:** Que no contrariado por la materia objeto de este exequatur, el orden público interno español y habida cuenta de que los documentos aportados, debidamente legalizados, reúnan las restantes circunstancias que el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige, procede acceder a la petición de ejecución en España solicitada por Doña María A. M. L., respecto de la sentencia de divorcio de la actora de nacionalidad española con Don Roberto C. M., de nacionalidad costarricense, dictada por el Juzgado 2.º Civil de la provincia de Heredia (República de Costa Rica) el primero de julio de 1980, cuyo matrimonio se celebró en Madrid el 15 de Mayo de 1976 figurando inscrito en el Registro Civil de Chamartín, al tomo 86, página 61 del correspondiente Libro. Por todo ello, de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal.

**LA SALA ACUERDA:** Ha lugar al cumplimiento en España de la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado 2.º Civil de la provincia de Heredia (República de Costa Rica) el 1 de julio de 1980 respecto del matrimonio de Don Roberto C. M., celebrado en Madrid el 15 de mayo de 1976 e inscrito en el Registro Civil (Chamartín) al Tomo 84, pág. 61 del correspondiente Libro, a cuyo efecto librese la oportuna certificación para su cumplimiento. Y publíquese esta resolución en el Boletín Oficial del Estado e insértese en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las oportunas copias.

ASI lo acordaron y firman los Excelentísimos Sres, anotados al margen, de todo lo cual, yo el Secretario, certifico.

Madrid, treinta y uno de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

TS (Sala Primera)

A 6 junio 1984 (Suiza)

**RESULTANDO:** Que por el Procurador Don Saturnino Estévez Rodríguez actuando en representación de Don Luis F. I. se solicitaba la ejecución en España de la sentencia dictada en 6 de diciembre de 1982 por el Tribunal de Primera Instancia (Sala IV) de la República y Cantón de Ginebra (Suiza) en causa de divorcio.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. Magistrado Don Rafael Casares Córdoba.

**CONSIDERANDO:** Que estando en presencia de sentencia firme dictada en 6 de diciembre de 1982, por un Tribunal Civil del Cantón de Ginebra, que acordó el divorcio de los cónyuges Don Luis F. I. y Doña Margareta C. W. G., teniendo en cuenta que el Tratado existente entre España y Suiza, para la ejecución de sentencias dictadas en los respectivos países, ratificado el 6 de junio de 1898, previene que, tal ejecución, se solicitará directamente del Juzgado correspondiente, se está en el caso de acordar el archivo de las presentes actuaciones, disponiendo se haga saber al solicitante, por medio del Procurador que lo representa, inste, directamente ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente, la ejecución de la sentencia de que se trata si se estima conveniente a su derecho.

**SE ACUERDA** el archivo de las presentes actuaciones y hágase saber al solicitante Don Luis F. I., representado por el Procurador Don Saturnino Estévez Rodríguez, inste ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente la ejecución de la sentencia de que se trata si lo estima conveniente a su derecho pudiendo solicitar el desglose de los documentos aportados que sean precisos al efecto. Madrid, 6 de junio de mil novecientos ochenta y cuatro.

TS (Sala Primera)

A 28 junio 1984 (Suiza)

**RESULTANDO:** Que por el Procurador Don Juan Luis Pérez Mulet, en nombre y representación de Doña María L. C. L., se interesó la ejecución en España de la sentencia dictada en dos de marzo de mil novecientos ochenta y tres por el Tribunal de Primera Instancia de la República y Cantón de Ginebra (Suiza), acordando el divorcio de la solicitante y Don Jesús O. G.; acompañando con su escrito el poder acreditativo de su personalidad y los documentos que cita.

Siendo Ponente el Magistrado Excmo. Sr. Don Mariano Fernández Martín-Granizo.

**CONSIDERANDO:** Que la finalidad del presente «exequatur» no es otra que interesar la ejecución en España de la sentencia dictada por el Tribunal de 1.ª Instancia de la República y Cantón de Ginebra, el día 2 de marzo de 1983, acordando el divorcio de la solicitante y su esposo, ambos españoles y residentes desde hace años en Suiza.

**CONSIDERANDO:** Que en el artículo 951 de la Ley de Enjuiciamiento civil se dispone a los efectos de la ejecución de sentencias extranjeras, que habrá de estarse a lo establecido en los Tratados respectivos, si los hubiere, como acontece precisamente con Suiza, país con el que existe un Convenio de fecha 19 de noviembre de 1896, ratificado por España el 6 de julio de 1898.

**CONSIDERANDO:** Que según el artículo 2.º del referido Convenio, dicha ejecución se pedirá directamente por la parte interesada al Tribunal o a la Autoridad del punto donde deba efectuarse el cumplimiento, a quien corresponde la competencia para conceder o denegar el «exequatur».

**CONSIDERANDO:** Que en consecuencia, la petición aquí realizada no se ha efectuado ante Tribunal competente como así tiene declarado esta Sala en Autos de 3 de julio y 14 noviembre de 1959, 6 de julio de 1960, 9 de marzo de 1968, 29 de marzo 1979 y 12 de mayo de 1983.

**NO HA LUGAR** a la declaración de si debe darse cumplimiento a la ejecutoria dimanante del Tribunal de Primera Instancia de la República y Cantón de Ginebra (Suiza), cuya efectividad ha de ser interesada ante el Órgano Judicial Competente según el Convenio en vigor sobre la cuestión. Devuélvase al Procurador solicitante la documentación y poder aportados. Madrid, a veintiocho de junio de mil novecientos ochenta y cuatro.

**TS (Sala Primera)**

**A 28 junio 1984 (USA)**

**RESULTANDO:** Que el Procurador Don Jesús Guerrero Laverat, en nombre y representación de Doña Lillian T. T., se interesó la ejecución en España de la sentencia de 5 de mayo de 1981, por la Sección 5.ª del Tribunal Supremo del Condado de Queens de Nueva York, declarando el divorcio de la solicitante y Don Agustín Y. W., acompañando con su escrito el poder acreditativo de su personalidad y los documentos que citaba.

**RESULTANDO:** Que según aparece del documento aportado bajo el número diez con la demanda de «exequatur» y expedido por el Canciller del Consulado de España en Nueva York, Don Agustín Y. W., hace suya la ejecución de sentencia solicitada por la esposa demandante.

**RESULTANDO:** Que oído el Ministerio Fiscal estimó procedente acceder al reconocimiento de la sentencia de divorcio pronunciada por el Tribu-

nal a que se refiere el primer Resultando de esta resolución, por concurrir todos los requisitos o presupuestos necesarios para ello.

Siendo Ponente el Magistrado Excmo. Sr. Don José Beltrán de Heredia y Castaño.

**CONSIDERANDO:** Que la presente solicitud de cumplimentación en España, se refiere a una Sentencia de la Sección V de la Corte Suprema del Estado de Nueva York (U.S.A.) de 20 de abril de 1981 por la que se decreta el divorcio del matrimonio canónico celebrado por los actuales intervinientes en Madrid el cinco de octubre de 1983, teniendo ambos, entonces, nacionalidad china y habiendo nacido de la unión cinco hijos. El divorcio fue instado por la mujer Lillian T. T. (actual súbdita española), teniendo como causa el abandono del marido Agustín Y. W. (nacionalizado americano) durante más de dos años consecutivos, sin que éste que estuvo debidamente representado en el procedimiento, formulase oposición, como tampoco se opone a la solicitud de «exequatur» que formula la mujer. Siendo de observar que en su tramitación se observaron todos los requisitos exigidos en el Estado de origen y que la resolución adquirió firmeza, del mismo modo que aparecen cumplimentadas las exigencias de los artículos 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento española en cuanto a trámites, así como a la documentación adjuntada, con las debidas traducciones y legalizaciones, sin que tampoco pueda verse obstáculo referente al orden público interno, habida cuenta la reforma del Código civil efectuada con la Ley de 7 de julio de 1981. Por todo lo cual, y de acuerdo con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal, procede acceder a lo solicitado, mandándose expedir carta-orden a través de la Audiencia, al Juez Decano de los de Madrid, para que a su vez ordene al Encargado del Registro civil del Distrito de Buenavista de la Capital, proceda a la inscripción en el mismo de la

Sentencia de divorcio a que esta solicitud se refiere.

**HA LUGAR** a la cumplimentación en España de la Sentencia de la Sección V de la Corte Suprema del Estado de Nueva York (U.S.A.) de 20 de abril de 1981, por la que se decreta el divorcio del matrimonio de Don Agustín Y. W. (súbdito americano) y Doña Lillian T. T. (súbdita española), librándose, a través de la Audiencia de Madrid, carta-orden al Juez Decano de los de la Capital, para que ordene al Encargado del Registro civil del Distrito de Buenavista de Madrid, proceda a la inscripción de la Sentencia de divorcio a que el presente se refiere. — Madrid, a veintiocho de junio de mil novecientos ochenta y cuatro.

**TS (Sala Primera)**

**A 10 julio 1984 (Holanda)**

Devueltos los autos por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, y

**RESULTANDO:** Que el Procurador D. Carlos de Zulueta y Cebrián, en nombre y representación de Don Wouter H. y Doña Nohora M. P. N., solicitó la ejecución en España, de la Sentencia de divorcio de 21 de enero de 1983, dictada por la Sala 2.ª Simple de lo Civil del Juzgado de Distrito de La Haya (Holanda) respecto del matrimonio de ambos cónyuges, hoy solicitantes.

**RESULTANDO:** Que comunicados los autos al Ministerio Fiscal éste informó en el sentido de que procedía acceder al exequatur interesado, pasando después los mismos al Excmo. Sr. Magistrado ponente para que propusiera a la Sala la resolución que procediera.

**VISTOS,** siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño.

**CONSIDERANDO** que la presente solicitud de cumplimentación en España se refiere a una Sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya (Holanda) en su Sala segunda de lo civil, de 21 de enero de 1983, por la que se accedió a la petición de divorcio, formulada de común acuerdo, del matrimonio canónico contraído en Bogotá (Colombia) el 6 de febrero de 1971, entre Nohora M. P. N. (española) y el súbdito holandés Johannes H. W. H., residentes ambos actualmente en Madrid, que acompañaron un convenio privado relativo a los dos hijos habidos del matrimonio, al domicilio conyugal y a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, con expresa renuncia recíproca de toda pensión alimenticia, que fue homologado judicialmente. La solicitud es asimismo conjunta y en su tramitación aparecen cumplidos debidamente tanto los requisitos requeridos en Holanda, en cuanto Estado de origen, como los establecidos por la legislación española, respecto de la documentación, traducciones y legalizaciones, sin que pueda existir obstáculo en relación con el orden público español, habida cuenta la reforma del Código civil, especialmente su artículo 107, por la Ley de siete de julio de 1981. Por todo lo cual y conforme a lo dictaminado por el Ministerio Fiscal, procede acceder a la solicitud interesada.

**HA LUGAR** a la cumplimentación en España de la Sentencia dictada por la Sala Segunda, de lo civil, del Tribunal de Distrito de La Haya (Holanda) el 21 de enero de 1983 por la que se decreta el divorcio, instado de común acuerdo, del matrimonio canónico contraído en Bogotá (Colombia) el 6 de febrero de 1971 entre el súbdito holandés Johannes H. W. H. y la española de origen Nohora M. P. N., con facultad de los interesados para instar la inscripción de la referida Sentencia en los Registros civiles pertinentes.

Así por esta resolución, de la que se expedirán las oportunas copias para su publicación en el Boletín Oficial

del Estado y Colección Legislativa, lo pronunciaron, mandan y firman los Excmos. Sres. del margen, en Madrid, a diez de julio de mil novecientos ochenta y cuatro, de lo que yo, el Secretario, certifico.

TS (Sala Primera)

A 21 septiembre 1984 (Portugal)

**RESULTANDO:** Que ante esta Sala se presentó por la Procurador Sra. García Tortuero, ejecución en España de la sentencia dictada por el Tribunal Judicial de la Comarca de Guarda (Portugal) de tres de noviembre de 1976 la que acordó el divorcio de doña Francisca J. P. P. con D. Antonio A. R.

**RESULTANDO:** Que sustanciándose el procedimiento por sus trámites se acordó pasar las actuaciones al Ministerio Fiscal, quien estimó que procedía el reconocimiento interesado sobre la sentencia de divorcio.

Siendo Ponente D. Antonio Fernández Rodríguez.

**CONSIDERANDO:** Que estándose en presencia de sentencia dictada con fecha 3 de noviembre de 1976 por el Tribunal Judicial de la Comarca de Guarda, en Portugal, decretando el divorcio del matrimonio contraído en Madrid entre D. Antonio A. R. S. y D.ª Francisca J. P. P., de nacionalidad española, ante la no existencia de Tratado especial entre Portugal y España al respecto, y no constando que en la nación en que tal sentencia, ha sido dictada no se da cumplimiento a las dictadas por Tribunales españoles unido a que tal resolución haya sido pronunciada a consecuencia de un ejercicio de una acción personal, no recayendo en rebeldía, con actual licitud en España, siendo firme y reuniendo la correspondiente ejecutoria los requisitos necesarios en la nación en que se ha dictado para ser considerada como auténtica y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España, se está en el caso de otor-

gar su cumplimiento, a cuyo efecto se comunicará este auto por certificación a la Audiencia Territorial de Madrid, para que ésta dé la orden correspondiente al Juzgado Decano de Madrid, a fin de que tenga efecto lo en ella mandado, empleando los medios de ejecución establecido en la Sección primera del Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y todo a tenor de lo normado en los artículos 951 y 958 de este Cuerpo legal adjetivo.

**SE OTORGA EL CUMPLIMIENTO** en España de la sentencia de divorcio dictada con fecha 3 de noviembre de 1976, por el Tribunal Judicial de la Comarca de Guarda, en Portugal, a que se contraen las presentes actuaciones; y en consecuencia comuníquese este auto por certificación a la Audiencia Territorial de Madrid, a fin de que tenga efecto lo en ella mandado, empleando los medios de ejecución establecido en la Sección 1.ª del Título VIII, del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Madrid, a veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

TS (Sala Primera)

A Rollo 1/1983 (Francia)

**RESULTANDO:** Don José Luis Muriel de los Ríos, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de Don Crispín P. R., mediante escrito de veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, solicitó la ejecución en España de la sentencia firme dictada por el Tribunal de Gran Instancia de Reims (República Francesa), acordando el divorcio del solicitantes del exequatur, con su esposa Doña Nanielle S., acompañando con su escrito el poder acreditativo de su personalidad y los documentos que citaba.

**RESULTANDO:** Que acordada la citación de Doña Danielle S., contra

quien se dirige el procedimiento, se libró Comisión Rogatoria a las Autoridades Judiciales de Francia, quienes llevaron a efecto la citación y emplazamiento de dicha señora para su comparecencia en los autos, habiendo transcurrido el término concedido sin verificarlo.

**RESULTANDO:** Que oído el Ministerio Fiscal estimó procedente acceder al reconocimiento de la sentencia de divorcio de que se trata, por reunir los caracteres de autenticidad, ser resolución firme dictada sin rebeldía y tratarse de materia conforme con el orden interno español.

Siendo Ponente el Magistrado Excmo. Sr. Don Jaime Santos Briz.

**CONSIDERANDO:** Que en las presentes actuaciones se solicitó por Don Crispín P. R. la ejecución en España en los términos de inscripción registral que se indican, de la sentencia de divorcio del solicitante y su esposa Sra. D. S. pronunciada el 28 de octubre de 1977 por el Tribunal de Gran Instancia de Reims (Francia), Sala de Familia, derivándose de todo lo actuado que el dicho solicitante es español, que la demandada es francesa, que el matrimonio residía en Reims (Francia) al tiempo de solicitar el divorcio el esposo, y que la sentencia fue dictada habiendo comparecido en autos la demandada, sentencia que se ha demostrado ser firme y no contraria al orden público español.

**CONSIDERANDO:** Que se reúnen en el caso contemplado los requisitos que el tratado sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia civil, entre España y Francia, firmado en París el 28 de mayo de 1969, exige para la ejecución en España de la referida sentencia de divorcio, y asimismo es admisible que, a falta de nacionalidad común de los cónyuges, se haya regido el divorcio por la Ley de la residencia habitual del matrimonio, conforme al artículo 107, párrafo 1 del Código civil; por lo que proceda

proveer conforme a lo pedido en el escrito inicial.

**SE ACUERDA** la ejecución en España de la sentencia extranjera objeto de estas actuaciones, y para que tenga lugar lo acordado librese las oportunas certificaciones de esta resolución a la Audiencia Territorial correspondiente y dé las órdenes oportunas a fin de que tenga efecto lo en ella mandado, según el artículo 958 de la LEC.

### 3. ARBITRAJE INTERNACIONAL

JPI n.º 8 Barcelona

A 16 febrero 1981

Barcelona a dieciséis de febrero de mil novecientos ochenta y uno.

**RESULTANDO:** Que habiéndose personado en los autos la demandada «Banco C. L., S. A.» se le concedió plazo para contestar a la demanda origen de estos autos formulada por «Sociedad A. E. T. M., S. A.», y la representación de aquélla, mediante su escrito de cuatro de setiembre de mil novecientos ochenta, dentro del plazo legal, propuso excepciones dilatorias concretándolas en incompetencia de jurisdicción y en la falta de personalidad en el Procurador, alegando, en cuanto a la primera, que la cláusula por la que según la documentación aportada, se conviene una sumisión a los Tribunales de Barcelona, es radicalmente nula por no hacerse constar expresamente a la renuncia al fuero propio y, en cambio, en el contrato existe una cláusula de arbitraje internacional; y en cuanto a la segunda excepción, que el poder presentado por el Procurador es insuficiente, ya que la persona que aparece como otorgante no consta que tenga las facultades bastantes para hacerlo; y termina suplicando que se dicte resolución por la que se declare incompetente para

conocer de la demanda e insuficiente el poder presentado por la actora, con imposición de costas a ésta, y ello con suspensión del curso de la demanda principal.

**RESULTANDO:** Que por providencia de 8 de setiembre de 1980, se acordó tramitar las excepciones alegadas en la misma pieza de autos con suspensión del curso de la demanda principal, y conferido traslado a la parte actora, su representación mediante escrito de diez de setiembre del mismo año las contestó negando la interpretación que da la otra parte a la cuestión de la sumisión a los Juzgados y Tribunales de Barcelona y en cuanto a la de insuficiencia del poder, que en período probatorio se acreditará la suficiencia del poder para actuar en este juicio y termina publicando que se desestimen las excepciones alegadas, con imposición de las costas a la otra parte.

**RESULTANDO:** Que abierto a prueba el incidente se han practicado las admitidas a ambas partes según el resultado que obra en autos, y expirado el término de prueba, se acordó unir a los autos las practicadas y traerlos a la vista para Sentencia y solicitada vista, se acordó celebrarla y tuvo lugar el día señalado con asistencia de los Abogados y Procuradores de las partes.

1. **CONSIDERANDO** respecto de las excepciones dilatorias planteadas, que procede analizar en primer lugar y por razones lógicas la de insuficiencia del poder (art. 533, 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), debiendo señalarse que, al existir el referido poder, las deficiencias formales son subsanables y han sido subsanadas durante la sustanciación del incidente mediante documento fehaciente.

2. **CONSIDERANDO** que asimismo se ha planteado la incompetencia de jurisdicción (art. 533, 1.º de la Ley procesal civil), haciendo valer una cláusula

de arbitraje internacional entre las partes, contrato preliminar que se halla recogido en el pacto n.º 38 del contrato básico del pleito y cuya validez alega la demandada, con apoyo en el art. 11, 3 del Convenio de 10 de julio de 1958, ratificado por España el 29 de abril de 1977 (Boletín Oficial del Estado de 11 de julio de 1977) pues, a su juicio y tratándose de un Convenio suscrito por España, hay que considerarlo como legislación española (artículo 1, 5.º del Código civil), y además debe entenderse que vincula a ambas partes, como cláusula accesorias del contrato principal cuyo cumplimiento se pide.

3. **CONSIDERANDO** que el señalamiento de la legislación española para solucionar las controversias nacidas del contrato de 25 de marzo de 1977 (cláusula 37, página 27 de los autos) implica un expreso acatamiento a una normativa que debe entenderse excluyente de toda obra, y comoquiera que el arbitraje se regula en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de 22 de diciembre de 1953, la cual exige taxativamente, en su art. 3.º, párrafo primero, que «para que sea eficaz necesitará ajustarse a las prescripciones de esta Ley», deben entenderse sin valor los arbitrajes pactados sin observar las formalidades legalmente exigidas, debiendo añadir que en el presente caso ha surgido la controversia e interpuesto el juicio ante los Tribunales por una de las partes, antes de que la otra haya pedido la formalización del compromiso, por lo que debe analizarse el valor del pacto compromisorio, pues la generalidad de los autores entienden que para que produzca el efecto es preciso que se alegue por vía de excepción la existencia del compromiso, no del pacto compromisorio, sin que valga la cláusula compromisorias para que pueda prosperar la incompetencia de jurisdicción, sino que es necesario que el arbitraje esté formalizado o en trance judicial de formalización, doctrina avalada asimismo por la Jurisprudencia del Tribunal Supre-

mo (Sentencias de 6 de abril de 1963, 8 de noviembre del mismo año, 26 de setiembre de 1944, 28 de junio de 1968, 20 de marzo de 1969, 19 de diciembre de 1970, 17 de mayo de 1973 y otras), ratificando la normativa de la expresada Ley de arbitrajes, que exige la formalización en escritura pública o judicialmente, del compromiso para su validez y señala que, caso de no hacer uso de la facultad que conceden a las partes los artículos 9 y 10 de la Ley especial, la cláusula compromisorias o contrato preliminar no adquirirá la fuerza legal que le otorgan los arts. 11 y 18 de la citada Disposición, y por ello queda expedita la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales para entender del asunto.

4. **CONSIDERANDO** que a los efectos de competencia, para conocer del presente pleito, el art. 66, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento civil establece que el domicilio de las Compañías civiles y mercantiles, será el pueblo que como tal esté señalado en la escritura de sociedad o en los estatutos porque se rijan, y el Art. 62, regla 1.ª, del propio Texto legal dispone que en los juicios en que se ejerciten acciones personales, será Juez competente el del lugar donde deba cumplirse la obligación y, a falta de éste, a elección del demandante, el domicilio del demandado o el lugar del contrato, sometiendo el art. 1.828 del Código Civil al fiador a la jurisdicción del Juez del lugar donde la obligación garantizada deba cumplirse, por lo que si se conjuga la preceptiva expuesta, con los hechos y la prueba practicada en el pleito, resulta clara la competencia por razón del domicilio en base a la certificación del Registro Mercantil acreditativo de que las compañías «Sociedad A. E. T. M., S. A.» y «A., S. A. E.», otorgantes del contrato de 25 de marzo de 1977, tienen ambas su domicilio en esta ciudad y demostrando numerosa documentación obrante en los propios autos (emplazamiento, poder para pleitos, actas notariales de requerimiento y de contestación, car-

tas de garantía, etc.) que la litigante demandada «B., S. A.» también lo tiene en la misma, procede entender, a los efectos de competencia por razón de domicilio (art. 66, párrafo primero de la Ley procesal civil), que corresponde conocer de este pleito a los Juzgados y Tribunales de Barcelona; pero además, y por razón del lugar de cumplimiento de la obligación, debe estimarse igualmente que es Barcelona, al no expresarse concretamente en el referido contrato de 25 de marzo de 1977 el lugar de pago (art. 1.171, párrafos segundo y tercero del Código civil).

5. **CONSIDERANDO** que si estudiamos la competencia específica del único contrato que liga a las partes, que es el de fianza, está acreditado en autos, por las repetidas cartas de garantía que lo contienen, requerimientos notariales y sus contestaciones, acto de conciliación celebrado, etc., e incluso por la absolución de posiciones (5.ª y 6.ª), de su legal representante, que la entidad bancaria demandada se constituyó en fiadora ante la sociedad actora, de la obligada principal «A., S. A.», por lo que nació entre las partes la obligación cuyo cumplimiento se postula en el presente pleito, obligación contraída en Barcelona entre dos sujetos domiciliados en la propia ciudad, por lo que es en ésta donde puede demandarse la prestación.

6. **CONSIDERANDO** que no se aprecia temeridad ni mal fe en ninguna de las partes a efectos de imposición de las costas.

Su Señoría por ante mí el infrascrito Secretario, DIJO: Se desestiman las excepciones dilatorias propuestas por la parte demandada y, en su consecuencia, una vez firme este Auto, procede la continuación del juicio; no se hace expresa imposición de las costas.

Lo mandó y firma el Sr. D. Terenciano Alvarez Pérez, Magistrado, Juez de primera instancia número ocho de los de esta capital, doy fe.

La doctrina de esta resolución, con la argumentación típica que durante años hizo fracasar la eficacia de las cláusulas de arbitraje internacional, ha sido enterrada definitivamente por la jurisprudencia del TS a partir de los célebres autos de 11 de febrero y 8 de octubre de 1981. Vid. JUSTICIA 1982, pág. 107 y ss. Si en la época en que se dictó podía disculparse el tenor de la misma, que al fin y al cabo se atenta a los lugares comunes en aquel entonces, no es posible dicha excusa absolutoria respecto del auto de 29 de diciembre de 1983, cuyo texto se transcribe a continuación. Este auto recoge la respuesta que dio la AT de Barcelona al recurso de apelación. Por cierto, casi tres años después, lo que no está nada mal para un recurso de apelación contra una excepción dilatoria del antiguo régimen.

AT Barcelona

A 29 diciembre 1983

Barcelona, veintinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y tres.

ACEPTANDO los resultandos del Auto dictado por el Juez de 1.ª Instancia núm. 8 de esta ciudad, con fecha 16 de febrero de 1981, cuya parte dispositiva dice textualmente así: «Se desestiman las excepciones dilatorias propuestas por la parte demandada y, en su consecuencia, una vez firme este Auto, procede la continuación del juicio; no se hace expresa imposición de las costas».

RESULTANDO que contra la expresada resolución interpuso recurso de apelación el Procurador D. Narciso R. N. en nombre y representación de «Credit L., S. A.» y admitido el recurso en ambos efectos, se elevaron los autos a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, habiendo comparecido la apelante en tiempo y forma a sostener su derecho mediante la expresada representación y dirigida

por Letrado; y la actora apelada «Trabajos M., S. A.», representada por el Procurador D. Pedro M. F. y dirigida por Letrado.

RESULTANDO que se celebró la vista prevenida por la Ley el día señalado catorce del actual, con asistencia de los Letrados y Procuradores de las partes.

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Jesús Corbal Fernández.

CONSIDERANDO: Que por la parte apelante CREDIT L., S. A., se alegó, en primer lugar, «in voce» en el acto de la vista del recurso la excepción de falta de personalidad sobrevenida de la entidad actora «SOCIEDAD A. E. T. M., S. A.», la que fundamentó en que esta Compañía Mercantil había sido declarada en estado legal de quiebra voluntaria en expediente seguido bajo el número 1.517/82 en el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 6 de esta Ciudad, pero tal petición no puede ser examinada por entrañar una cuestión nueva que contradice al principio «pendente appellatione nihil innovatur», con arreglo al que no cabe plantear en el acto de la vista de la segunda instancia cuestiones o problemas distintos de los que constituyeron objeto de debate en la primera (SSS. del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1936 y 25 septiembre 1978, entre otras).

CONSIDERACION: Que en segundo lugar se reprodujo la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción planteada ante el órgano jurisdiccional «a quo» en razón de la existencia en el contrato celebrado entre las empresas S. A., S. A. E. el 25 de marzo de 1977 de una cláusula de arbitraje internacional a la que debe atribuirse plena eficacia en virtud de lo previsto en el art. II, 3, del Convenio de Nueva York de 10 de julio de 1958 al que se adhirió España por Instrumento del 29 de abril de 1977 (B.O.E. de 11 julio); y en orden a tal solicitud, aun

cuando es cierto: a), que con arreglo a lo prevenido en dicho Convenio (artículo II) —en contra de lo razonado por la resolución recurrida—, no es preciso ya, en los supuestos en que procede tenerlo en cuenta, la previa formalización judicial del compromiso, teniendo plena eficacia el «acuerdo por escrito» conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje las diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, y bastando la instancia de una de las mismas para que el Tribunal haya de remitir la cuestión al arbitraje (Autos del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1981 y 3 de junio de 1982, entre otros); b), que no constituye óbice a la aplicación del Convenio la circunstancia de que el contrato sea anterior a la entrada en vigor del mismo en España —lo que tuvo lugar el 10 de agosto de 1977—, por cuanto la efectividad procedimental de la cláusula compromisoria se hace valer con posterioridad; y, c), que tampoco constituye obstáculo alguno a la estipulación arbitral el hecho de que en el proceso de que dimana el presente recurso S. plantee la acción contra la entidad fiadora CREDIT L., y no contra A., S. A. (que fue la que convino la cláusula), pues, por una parte, el carácter accesorio de la fianza (SS. del Tribunal Supremo 21 abril 1931, 25 febrero 1958, 16 junio 1970, 6 febrero 1977, etc.), que tiene su traducción procesal en los arts. 1.828 inciso segundo del Código Civil y 63 regla tercera de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exige que siga la suerte que legalmente corresponda a la obligación principal, siempre y cuando en el aspecto jurisdiccional no se atente a la soberanía nacional como explícitamente enseña la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1973, y ello máxime si se tiene en cuenta que en el presente caso no se formuló reserva alguna en las denominadas cartas de garantía, y, por otra parte, el carácter solidario (la autonomía de la acción debe entenderse en el sentido

del poder entablarse directamente contra el fiador), supone que no se puede obligar al actor a demandar separadamente a unos y otros, sin que por lo demás quepa aceptar que las excepciones de «competencia» genérica o competencia específica tengan carácter personal en casos como el que se trata, por lo que no es de aplicación lo prevenido al efecto en los arts. 1148 y 1853 del Código Civil, no es menos cierto que la excepción no puede ser estimada, y ello es así porque analizadas minuciosamente las cláusulas treinta y siete (f. 27) y treinta y ocho (f. 71 y 73) del contrato celebrado el 25 de marzo de 1977, antes referido, claramente se deduce que la aparente contradicción entre las mismas no es tal, pues resulta fácilmente advertible que todo lo relativo a «las controversias que surjan como consecuencia del contrato o su validez, interpretación, ejecución o incumplimiento, serán solucionadas de acuerdo con la legislación española y los Tribunales serán los de Barcelona», reservándose únicamente al arbitraje —a realizar de acuerdo con las Normas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio—, el asunto o asuntos objeto de disputa o diferencias en que fuere preciso una decisión

Ingeniería, y para el único caso de que esta decisión no haya llegado a ser definitiva y obligatoria en los términos que se establece en dicha cláusula denominada de «solución de disputas», conclusión a la que conducen el tenor literal de las respectivas estipulaciones, que resulta ilógico acudir a un arbitraje extranjero para resolver cuestiones jurídicas a las que es de aplicación la legislación española, la interpretación restrictiva que debe ser objeto la renuncia a la Jurisdicción como emanación que es de la soberanía nacional (e incluso cuando no afecta a ésta), y especialmente el hecho de que la estipulación consignada en lugar posterior es de contenido más concreto —más reducido o específico—, que la que le precede —obviamente más amplia o

genérica—, sin que en el caso de autos se den, en modo alguno, los supuestos fácticos que podrían eliminar la aplicación de la cláusula arbitral.

**CONSIDERANDO:** Que en el escrito por el que se formula el artículo de incontestación a la demanda —incidente previo de excepciones dilatorias—, se aduce a propósito de la excepción de incompetencia de jurisdicción que la cláusula treinta y siete, antes referida, es radicalmente nula por infringir el art. 57 de la Ley de Enjuiciamiento civil al faltar de los presupuestos esenciales de la sumisión: la renuncia al fuero propio; pero tal argumentación es claramente improsperable por varias razones, a saber: a), se mezcla y confunde la falta de jurisdicción con una cuestión de competencia territorial, motivos distintos y que debieron ser objeto de un planteamiento claro e independiente; b), no se tiene en cuenta que el Tribunal Supremo viene declarando (ad exemplum, S. de 4 mayo 1966 y profusa jurisprudencia que cita) que «si bien el art. 57 envuelve la exigencia de un doble requisito —renuncia del fuero propio y designación precisa del Juzgador—, si ésta se hace con esa precisión que se requiere, habrá de entenderse implícitamente hecha la renuncia clara y terminante del fuero propio», y con carácter muy concreto la sentencia de 25 de octubre de 1962 dice «la cláusula en que se hace constar de un modo claro y patente que la voluntad de los contratantes fue que «cuantas» gestiones, reclamaciones y disputas surjan entre ellos tendrían que solucionarse en determinado lugar, de acuerdo con las leyes españolas, y entablarse solamente ante el Tribunal español, es evidente que contiene cuantos requisitos exige el art. 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para estimarla como sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales de dicho lugar, con renuncia del propio fuero, tanto en su interpretación literal como en cuanto revela la clara intención de los contendientes»; y,

c), además el particular de que se trata no altera en absoluto la normativa legal de la competencia territorial del caso controvertido, pues la relación jurídica principal se convino en esta Ciudad y en ella tienen su domicilio las partes contratantes, lo que ratifica lo antes razonado en orden a que la inclusión del mismo obedeció a un especial interés de que las cuestiones a que se refiere la cláusula treinta y siete fueran debatidas y resueltas en los Tribunales españoles, importando poco si las partes que intervinieron en el contrato del 25 de marzo de 1977 ventilaban las diferencias surgidas entre ellas ante un árbitro extranjero, porque en este recurso no se trata de calibrar el ámbito de las mismas, sino única y exclusivamente el del supuesto objeto del litigio.

**CONSIDERANDO:** Que no apreciándose temeridad o mala fe en el recurso no se hace expresa imposición de las costas causadas en el mismo. Vistos los artículos citados y demás disposiciones legales de pertinente y obligada aplicación.

LA SALA, ante mí el Secretario, DIJO: Que desestimado el recurso entablado por el Procurador D. Narciso R. C. a nombre y representación de CREDIT L., S. A. contra el auto dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 8 de esta Ciudad el 16 de febrero de 1981, debía confirmar y confirmaba íntegramente esta resolución en cuanto desestima las excepciones dilatorias propuestas por la parte demandada, y, en consecuencia, una vez firme este auto debía mandar y mandaba seguir adelante el trámite del procedimiento del juicio de mayor cuantía haciendo saber al demandado que conteste a la demanda con arreglo a derecho; todo ello *sin hacer* expreso pronunciamiento en las costas en ninguna de las instancias.

*El primer considerando de la resolución anotada aplica incorrectamente el principio lite pendente nihil innovet*

*tur, justo a lo que es una excepción al efecto general de fijación de la litispendencia (Vid. mi Derecho Procesal Civil, Barcelona, 1985, I, pág. 427). Las «cuestiones nuevas» relativas a la personalidad de las partes o a su status procesal son plenamente admisibles después de trabada la litispendencia. Para desmentir la doctrina del auto ahí está, entre otros, el art. 745, 1.º LEC. Vid. ampliamente La sucesión procesal, Barcelona, 1974, págs. 16 y ss.*

*El auto conoce la moderna doctrina del TS en cuanto a la validez de las cláusulas de arbitraje internacional, pero no sólo no la aplica, sino que además deja escapar dos manifestaciones que chocan frontalmente con ella: «resulta ilógico acudir a un arbitraje extranjero para resolver las cuestiones jurídicas a las que es de aplicación la legislación española» (?) y «la interpretación restrictiva (de) que debe ser objeto la renuncia a la jurisdicción como emanación que es de la soberanía nacional» (!) (Vid. CDO. 2.º, in fine).*

*Con todo, en la cuestión más novedosa que se planteaba en el caso de autos es otra: el fiador opone la existencia de la cláusula arbitral, por la vía de una excepción dilatoria, frente al demandante que es una de las partes principales del contrato en el que está incluida dicha cláusula. La argumentación sigue el siguiente diseño: La cláusula de arbitraje está incluida en el contrato principal, del que la carta de garantía otorgada por el Banco ahora demandado forma parte como uno de los anexos inseparables de dicho contrato. Es cierto que no existe cláusula de arbitraje en el texto de la carta de garantía, pero, en base al art. 1853 CC., «el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; mas no las que sean puramente personales del deudor». Además, el art. 1840 CC. que indica «si el fiador paga sin ponerlo en noticia del deudor, podrá éste hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acree-*

*dor al tiempo de hacerse el pago», obliga al fiador a tomar legítimas medidas de precaución echando mano de todas las excepciones que derivan del contrato. En este sentido, la doctrina mayoritaria efectúa una interpretación restrictiva de la expresión «excepciones personales» a que alude el art. 1853 CC. (GUILARTE). Excepciones personales son las que nacen de la incapacidad del deudor para obligarse (arg. art. 1824, 2.º CC.) o provienen de hechos personalísimos o infungibles. Igualmente DÍEZ PICAZO, Fundamentos..., I, pág. 594: Excepción personal «es la facultad de enervar el ejercicio del derecho de crédito, cuya atribución al deudor tenga carácter personalísimo o inherente a su persona, como dice el art. 1111, y en cuyo ejercicio, por consiguiente, no podrá ser sustituido por un tercero». La interpretación tiene buena lógica, porque, en otro caso, todas las excepciones serían personales del deudor, incluso el pago.*

*La resolución anotada parece ser proclive a esta argumentación, aunque más bien soslaya enfrentarse con claridad con el tema. No obstante la argumentación que precede, en mi opinión, a la cláusula arbitral no habría que darle el tratamiento de una excepción personal pues en definitiva sólo establece una alternativa a la solución de conflictos excluyendo a los Tribunales ordinarios. Elección personal, que no es una cuestión inherente a la deuda y que no priva a terceros de la tutela de sus derechos por la vía ordinaria.*

*Sin embargo, los razonamientos que condujeron a la desestimación del recurso de apelación son otros. En el contrato de autos, existía una cláusula de sumisión a los Tribunales de Barcelona (cláusula 37 contrato) y una cláusula de solución de disputas por medio del arbitraje (cláusula 38). El Tribunal da preferencia a la primera, a mi entender, no de una forma convincente. Si efectivamente las cláusulas entraban en colisión, en general, la solución había que decidirla a favor de la cláusula arbitral. Esta es la cláu-*

*sula específica de solución de disputas, frente a una cláusula genérica que en este caso se refería a la ley aplicable al fondo del asunto. Calificando las cláusulas desde el punto de vista dogmático, la cláusula arbitral excluye la jurisdicción de los tribunales ordinarios, mientras que la cláusula de sumisión es tan sólo una cláusula atributiva de la competencia territorial. En fin, la posible interrelación de ambas estipulaciones puede venir por la vía en que la colaboración entre los árbitros y los tribunales estáticos es necesaria. Entre otros, recursos, medidas cautelares, prueba, actos de comunicación, etc.*

*Por último, la doctrina del tercer considerando en cuanto a la validez de la cláusula de sumisión, es sumamente atinada y antiformalista. Lo importante es la atribución de la competencia a un Tribunal determinado, no la transcripción literal de un artículo de la LEC.*

JPI n.º 5 Barcelona

A 1 octubre 1981

En la ciudad de Barcelona a uno de octubre de mil novecientos ochenta y uno. Dada cuenta; y

RESULTANDO que en los presentes autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, que se siguen en este Juzgado bajo número 337 de 1981, promovidos por la SOCIEDAD A. E. T. M., S. A., contra A., S. A. E., la parte demandada, mediante su escrito de fecha ocho del pasado mes de abril, y con carácter previo, formula excepciones dilatorias de litispendencia e incompetencia de jurisdicción, en apoyo de lo cual alegó los extremos que estimó necesarios, y al amparo de los preceptos legales que invoca, y documentos que acompaña, suplica se tuvieran por articuladas las excepciones dilatorias de litispendencia e incompetencia de jurisdicción, y en su día se dictase resolución por la que se de-

clarase haber lugar a las excepciones propuestas con costas a la actora.

RESULTANDO que con suspensión del curso de la demanda principal, se admitió a trámite dicha demanda incidental sobre excepciones dilatorias, de la que se dio traslado a la parte demandada incidental, la que mediante su escrito de dieciocho del propio mes de abril contestó la demanda incidental en los términos que estimó necesarios en apoyo de su oposición, y al amparo de los preceptos que invoca, y de los documentos que acompaña, suplica Auto declarando no haber lugar a las excepciones, con costas a la adversa.

RESULTANDO que recibido el incidente a prueba, a solicitud de ambas partes se practicaron las de confesión en juicio de ambos litigantes, y documental, con el resultado que se desprende y resulta de las correspondientes piezas separadas de prueba; y transcurrido el término de prueba se unieron a los autos las practicadas, trayéndolos a la vista para sentencia con citación de las partes; y a solicitud de la demandada incidental se celebró la correspondiente vista pública, con la asistencia de la defensa y representación de cada una de las partes, cuyos Letrados por su orden abogaron en defensa de sus respectivas pretensiones; quedando visto para resolver.

RESULTANDO que para mejor proveer, y con suspensión del término para resolver, se acordó quedara unido a los autos el documento aportado por la actora incidental en el acto de la vista; y verificado, y alzada la suspensión que venía decretada, quedaron los autos sobre la mesa del proveyente para dictar la oportuna resolución.

RESULTANDO que en la sustanciación del presente incidente se han observado las prescripciones legales.

CONSIDERANDO que por la parte demandada del presente litigio se formula excepción de incompetencia de jurisdicción al amparo de lo dispuesto en el número 1.º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el art. II, 3.º del Convenio de Nueva York de 10 de julio de 1958 al que se adhirió España en 29 de abril de 1977 (B.O.E. 11 julio 1977).

CONSIDERANDO que todo el problema planteado por las partes estriba en determinar si al arbitraje pactado ha de aplicarse la normativa del Convenio de 10 de junio de 1958, que regula el Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, o le es aplicable la Ley de 22 de diciembre de 1953. Entendemos que el ámbito de aplicación de dicho Convenio se contrae a sentencias arbitrales extranjeras, y que el apartado 3.º del artículo II no autoriza a los litigantes españoles a eludir el cumplimiento de las propias leyes nacionales, y que por ello un arbitraje establecido para resolver diferencias entre dos compañías indudablemente españolas, ha de estar sometido a la Ley de 22 de diciembre de 1953, y por aplicación de la misma ha de estimarse que la parte actora del procedimiento que se opone a la estimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción, tiene la razón ya que no existe compromiso formalizado, ni se ha solicitado previamente y con carácter formal la formalización judicial del arbitraje, toda vez que lo que impide a los Tribunales conocer del litigio es el otorgamiento de la escritura de compromiso con los requisitos del art. 16 de la Ley, y no la existencia de una simple cláusula de sumisión arbitral que no ha cristalizado en escritura pública ni ha servido de base a la incoación del proceso regulado en el artículo 10, y así se aprecia del artículo 19 al establecer que «el otorgamiento del compromiso impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de la controversia sometido al fallo arbitral», y así lo han establecido diversas sentencias del Tribunal Su-

premo, tales como las de 24 mayo 1961, 28 junio 1968, 29 marzo 1969 y 31 diciembre 1969, al establecer que la discrepancia contenida en los artículos 9 y 11 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado en cuanto a la necesidad de cumplir el contrato preliminar antes de recurrir a los Tribunales de Justicia, ha de resolverse en el sentido de que según el artículo 19 de dicha Ley, cuando no se haya otorgado escritura de compromiso ni se haya hecho uso por el demandado de la facultad que otorga el artículo 9, de acudir al Juez para pedir la formalización del compromiso antes de ser emplazado para contestar la demanda, no impide plantear la vía judicial, y por tanto no concurre la excepción dilatoria del número 1.º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que en base a tal doctrina procede desestimar, pues en conclusión y como rotundamente establece la sentencia de 29 de marzo de 1969 «solamente si el compromiso se hubiere formalizado voluntaria o judicialmente, o estuviese planteado y pendiente de la formalización judicial, se impide a los Tribunales conocer de la cuestión por vía jurisdiccional».

CONSIDERANDO que la otra excepción planteada por el demandado, la de litis pendencia, en base al artículo 533, número 5 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el Convenio suscrito entre España y Francia en 28 de mayo de 1969, ratificado el 15 de enero de 1970 (B.O. del 14 de marzo de 1970), ha de ser rechazada, pues según el artículo 7.º-6.º, la competencia del Tribunal de origen queda condicionada a que el demandado «haya formulado su proposición al fondo del litigio, sin oponerse a la competencia del Tribunal de origen», y de la prueba practicada claramente se aprecia que S. ha negado competencia a la institución arbitral, a quien la otra parte quiere someter la cuestión, limitándose a rechazar y no aceptar el arbitraje, sin entrar por ello a oponerse al fondo del asunto. Por otra

parte resulta la anterior excepción en el sentido de rechazar la excepción de incompetencia de jurisdicción, ello implica necesariamente el rechazo de la excepción de litis pendencia que nace de la afirmación de la propia competencia para conocer del litigio, y de estimar por ende incompetente al órgano arbitral para entender del procedimiento.

**CONSIDERANDO** que no es de apreciar temeridad en ninguna de las partes, a los efectos de la imposición de las costas causadas en este incidente.

**SU SEÑORÍA**, por ante mí el Secretario, DIJO: Que debía desestimar y desestimaba las excepciones de incompetencia de jurisdicción y litis pendencia, propuestas por la parte demandada, sin hacer expresa imposición de costas.

Así lo resuelve, manda y firma el Ilmo. Sr. Don Germán Fuertes Bertolín, Magistrado, Juez de Primera Instancia del Juzgado número Cinco de esta ciudad, doy fe.

*Esta resolución resuelve una excepción dilatoria basada en el art. II, 3.º del Convenio de New York de 10 de junio de 1958 que solicitaba la remisión de las partes al arbitraje en virtud de la cláusula que las ligaba.*

*Hay que llamar la atención sobre un hecho singular: el proceso principal, en el que se plantea este incidente, versa exclusivamente sobre la validez de la cláusula arbitral. Por lo tanto, el contenido de la excepción dilatoria coincide exactamente con el contenido de la demanda principal. Decidida la cuestión dilatoria, está también echada la suerte de demanda principal. De entrada, a uno se le ocurre que la demanda principal está condenada al fracaso más absoluto. La inexistencia de compromiso, en el sentido de la ley de 1953, es una cuestión típica a alegar precisamente dentro del proceso arbitral. Para anular la cláusula compromisoria en un proceso ordinario habría que hollar alguno de*

*los motivos que producen nulidad de la contratación. Pero difícilmente se podría decretar dicha nulidad con el consabido sonsonete de la vulneración de la ley de 1953. Sin embargo, como es de ver, ésta es la doctrina que aplica, por enésima vez, el auto en cuestión.*

*Los razonamientos de esta resolución judicial están completamente superados. Y lo curioso del caso es que estaban ya superados por el propio Juzgado, como puede verse en la correcta doctrina contenida en el auto de 15 de julio de 1981 (RJCat. 1982, página 483), es decir, apenas unos meses antes.*

*El argumento para rechazar la excepción de litispendencia es falaz. El Convenio con Francia de 1969 admite expresamente la excepción. Por definición, existiendo litispendencia, no cabe que el Tribunal que conoce en segundo lugar, en este caso el español, entre a cuestionar la competencia. Este control es propio del exequatur y es extraño en puridad de doctrina a la excepción de litispendencia. La excepción hubiera estado bien desestimada con la simple observación de cuál era la sede del arbitraje internacional y por lo tanto la nacionalidad del futuro laudo. En este caso, aun siguiéndose un arbitraje según las normas CCI, cuya sede social está en París, la sede del arbitraje estaba ubicada fuera de territorio francés. Por lo tanto, el Convenio de 1969 con Francia no era aplicable. No existiendo previsión expresa en un Convenio, es obvio que la excepción de litispendencia no puede prosperar.*

*La continuación de esta historia se contiene en las dos resoluciones que siguen.*

**AT Barcelona**

**A 18 octubre 1984**

En la ciudad de Barcelona, a dieciocho de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro.

**ACEPTANDO** los Resultandos del Auto apelado, dictado, con fecha 1 de octubre de 1981, por el Juzgado de 1.ª Instancia número 5 de Barcelona, en el incidente sobre excepciones dilatorias, promovido por la entidad A, S. A. E., representada por el Procurador don Narciso R. C. y defendida por Letrado, en los autos de Juicio declarativo de mayor cuantía en su contra promovidos por la SOCIEDAD A. E. T. M., S. A., representada por el Procurador don Pedro M. F. y defendida por Letrado y cuyo Auto apelado contiene la parte dispositiva que, literalmente copiada, es como sigue: «Que debía desestimar y desestimaba las excepciones de incompetencia de jurisdicción y litis pendencia, propuestas por la parte demandada, sin hacer expresa imposición de costas.

**RESULTANDO:** Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada y actora incidental, que le fue admitido en ambos efectos, elevándose los autos a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, que comparecieron en tiempo y forma, y seguidos los demás trámites legales, se señaló día para la vista que tuvo lugar a olcho de octubre actual, con la asistencia de los Procuradores de las partes y el Letrado de la apelante,

**VISTO:** siendo Ponente el Ilmo. Magistrado don Ricardo Ferrer de la Cruz.

**ACEPTANDO** los Considerandos 3.º y 4.º del Auto recurrido, y

**CONSIDERANDO:** Que no es propio de la cuestión incidental, dilatoria de incompetencia de jurisdicción, el resolver sobre sí la cláusula de arbitraje internacional en la forma como aparece concebida en el contrato celebrado entre la empresa S. y A. S. A. E., hay que atribuirle o no la eficacia que a favor de la misma surge de lo previsto en el artículo II, 3 del Convenio de Nueva York de 10 de julio

de 1958, al que está adherido España, ni, en su caso, si para acudir al arbitraje sobre cuestiones que se entienden son de las previstas en la cláusula arbitral del mencionado contrato que vincula a las partes, es necesaria la previa formalización judicial del compromiso a que se refiere la Ley de 22 de diciembre de 1953 reguladora de los arbitrajes de Derecho privado, por ser cuestiones que siendo las del fondo de la litis no determina la incompetencia en el proceso en el que se opone la excepción, dado que el mismo se encamina precisamente sólo a dilucidar la validez y eficacia de esa cláusula y no las cuestiones que, de ser válido y en aplicación de la misma, han de quedar o están ya sometidas al arbitraje, dependiendo en definitiva la eficacia ejecutiva del laudo arbitral resolutorio de cuestiones que sean de las que se le atribuyen por la cláusula, de lo que se declare sobre la validez de la repetida cláusula en proceso en el que, como el de autos, no se plantea las diferencias entre las partes que habiendo sido llevada al arbitraje por una de ellas no son objeto del presente proceso, y por ende no obliga, en vista de la existencia de «acuerdo por escrito» por el que las partes se obligaban a someter a arbitraje las diferencias que surgieron entre ellas, para remitir, a instancia de parte, la cuestión suscitada en este proceso al arbitraje, por ser competente para entender del mismo los Tribunales de Barcelona conforme a la cláusula 37 del contrato que vincula a las partes. Debiendo de otro lado quedar rechazada la excepción de litispendencia internacional por el aceptado fundamento del Considerando tercero del auto recurrido.

**LA SALA**, por ante mí, DIJO: Se confirma el Auto dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de 1.ª Instancia número 5 de esta capital con fecha 1 de octubre de 1981 en los autos a que este rollo se contrae, por el que se desestimaban las excepciones de incompetencia de jurisdicción y litis pen-

dencia propuestas por la parte demandada. Devuélvase los autos al Juzgado con testimonio de esta resolución.

Así lo acordaron y firman los Ilmos. Sres. Magistrados de la Sala 1.ª de lo Civil al margen indicados, de que certifico.

*La AT se encontró con algo que era inevitable: decidiendo la excepción dilatoria quedaba sin contenido el fondo del pleito principal. Si entraba a decidir, expectativa obvia e insoslayable, la doctrina del TS plasmada ya en una docena de resoluciones contundentes pesaba como una losa para saber cuál tenía que ser el tenor de la resolución. Y ocurrió lo que es de ver: echó el balón fuera. Vale, la solución casi hubiera podido disculparse si no fuera por un dato provocador: el retraso en resolver la cuestión previa. Basta con echar una ojeada al calendario para ver que entre el primer auto del Juzgado y el segundo de la Audiencia transcurren tres años. Por cierto, el arbitraje ya se había acabado un año antes y los Tribunales ordinarios sin pronunciarse todavía sobre la validez de la cláusula arbitral.*

*Como se verá a continuación, justo cuando el asunto carece de interés para todo el mundo, se encuentra el camino perdido.*

## JPI n.º 5 BARCELONA

S 12 febrero 1985

En Barcelona, a doce de febrero de mil novecientos ochenta y cinco.

Vistos por el Ilmo. Señor Don Germán Fuertes Bertolín, Magistrado-Juez de Primera Instancia, cinco, de los de esta Capital, los presentes autos de Juicio declarativo ordinario de Mayor cuantía, 337/1981-A., promovidos por «Sociedad A. E. T. M., domiciliada en esta Capital, sustituida en la acción durante el proceso por la «Sindicatura de la quiebra», de dicha Entidad, representada por el Procurador Don Pedro M. F. F. y dirigida por

Abogado, contra la entidad «A., S.A.E.», domiciliada en Barcelona, representada por el Procurador Don Narciso R. C. y dirigida por Abogado, sobre declaración de derechos, y

**RESULTANDO** que mediante escrito turnado a este Juzgado, en 24 de febrero de 1981, la parte actora formuló la demanda origen de los presentes autos, alegando en síntesis: 1.º) Que con fecha 25 de marzo de 1977, entre Saetrane y Acieroid, fue suscrito un contrato para la construcción de la obra civil de tres plantas de llenado de gas (GLP), en Riyadh, Damman y Jedhah (Arabia Saudita). Posteriormente, dicho contrato fue limitado a la construcción de la citada obra civil de Riyadh. 2.º) Durante el curso de las obras, por exigencias de su desarrollo, a instancia de S. hubieron de realizarse algunos cambios, no substanciales, que notificados a A. fueron por ésta aceptados y ejecutados, sin objeción alguna, obviamente por considerarlos comprendidos en el contexto del contrato. Sin embargo, tiempo después, A., modificando su anterior criterio, pretendió que tales trabajos eran extracontractuales y, ante la disconfirmitad de S., acogiéndose a la legislación española, reguladora del contrato, reclamó a esta Sociedad la suma de 29.507.639 pesetas, en que evaluó aquéllos, ante el Juzgado de Distrito número tres, de esta Capital, a lo que se opuso su representada. 3.º) Meses más tarde, A., en uso de lo señalado en la Cláusula número 38 del contrato de 25 de marzo de 1977, sobre solución de disputas, determinó someter el juicio de «Ingeniería S. G., S. A.», empresa de ingeniería consultora designada en dicho contrato, la cuestión controvertida, es decir: si los referidos trabajos, que consideraba extras, estaban previstos en el repetido contrato, o bien, si debían estimarse excluidos del mismo, y en consecuencia, si S. debía pagar a A. la cantidad de 1.527.272,17 saudí riales, en la que, ahora, valoraba tales trabajos. 4.º) Con fecha 21 de octubre de 1980, I. notifi-

có su resolución a A., concluyendo que tratándose, el contrato de 25 de marzo de 1977, de un convenio de la modalidad «llaves en mano», incluía todos los cambios no substanciales que pretendía A. considerar trabajos extras, por lo que S. no debía efectuar ningún pago adicional por dichos conceptos. 5.º) En esta situación, S. se ha visto sorprendida por la recepción de una improcedente demanda de arbitraje, formulada por A. ante la Cámara de Comercio Internacional de París, fundándose en la Cláusula número 38 del repetido contrato de 25 de marzo de 1977, en la que ejercitando dos acciones declarativas y una de condena, pretende los pronunciamientos que son de ver en el apartado IV, páginas 47 y 48 del sedicente documento. La citada demanda de arbitraje se fundamenta en la cláusula número 38 del contrato de 25 de marzo de 1977. 6.º) Su representada contestó con intervención notarial al escrito de la Cámara de Comercio Internacional, participándole: a) Que la repetida cláusula compromisoria carecía de validez jurídica y, en consecuencia, devenía ineficaz a efectos del pretendido arbitraje, con arreglo a la legislación española, a la que están sometidas S. y A. por su nacionalidad, domicilio y voluntad expresa. b) Que la invalidez e ineficacia de la repetida cláusula compromisoria provenía de la infracción de normas legales, que constituyen derecho necesario en España, y, por tanto, principios de orden público. c) Que, además, las pretensiones deducidas por A., en su demanda, excedían de los términos a que se contraía la propia cláusula compromisoria, lo cual, la hacía también inadmisibles para S. d) Que ante la actitud adoptada por A., su representada había determinado someter al juicio de los Tribunales españoles, competentes en razón de la nacionalidad de las partes, ordenamiento legal y voluntad contractual, la declaración de invalidez e ineficacia de dicha cláusula compromisoria. e) Que, por todo ello, S. no aceptaba el arbitraje propuesto, por considerarlo im-

procedente y contrario a derecho, y, asimismo, jurisdiccionalmente incompetente a la expresada Cámara de Comercio Internacional, para tramitarlo, exhortándola a inhibirse de su conocimiento. 7.º) Hecho esencial de este pleito lo constituye la cláusula número 37 del contrato de 25 de marzo de 1977, suscrito entre S. y A. dice textualmente dicha cláusula: «Legislación aplicable. Todas las controversias que surjan como consecuencia de este contrato o su validez, interpretación o incumplimiento, serán solucionadas de acuerdo con la legislación española. Los Tribunales serán los de Barcelona». Contiene dicha cláusula una doble declaración. 1. De un lado, una declaración expresa de la voluntad de ambas partes de regular y resolver todas sus relaciones conflictivas con arreglo a la legislación española, régimen legal que por su nacionalidad, domicilio y residencia les corresponde. 2. De otro lado, una declaración también expresa, sobre la jurisdicción estatal, que ha de conocer de sus diferencias, sumisión indicativa de la renuncia formal de ambas Sociedades a cualquier otro fuero. 8.º) Que ha sido celebrado acto de conciliación sin avenencia. Acompañó en justificación de los hechos alegados los documentos reseñados en su escrito, y tras invocar los Fundamentos de derecho que estimó aplicables terminó con la súplica de que se dicte sentencia en la que se contengan los siguientes pronunciamientos: a) Se declare que por razón de su voluntad contractual expresa y, subsidiariamente, por su nacionalidad común, residencia habitual común y lugar de celebración del contrato que tienen suscrito en 25 de marzo de 1977 las Compañías Mercantiles «Sociedad A. E. T. M., S. A.» y «A., S. A. E.», a las obligaciones derivadas del mismo, entre ambas Sociedades, es aplicable la legislación española. b) Se declara que por no haberse voluntariamente formalizado, ni hecho uso del derecho a pedir su formalización judicial, la cláusula número 38 del referido contrato, carece de efecto, conforme esta-

blece el artículo 11.º de la Ley de 22 de diciembre de 1953, sobre Arbitrajes de Derecho Privado. c) Se declara que, en consecuencia, dicha cláusula compromisoria, por infringir normas imperativas de derecho necesario, es ineficaz y, por tanto, nula de pleno derecho para producir efectos jurídicos fundados en la misma. d) Se declara que, por ello, la demanda arbitral, formulada por «A., S. A. E.» contra «Sociedad A. E. T. M., S. A.», con fecha 25 de noviembre de 1980, ante la Cámara de Comercio Internacional de París, en cuanto fundamentada en dicha cláusula compromisoria, es ineficaz y, por tanto, nula, para producir los efectos en la misma pretendidos. e) Se condene a la Sociedad demandada al pago de las costas procesales, en caso de temeraria oposición.

**RESULTANDO** que admitida a trámite la relacionada demanda y, previo emplazamiento de la demandada, se personó en tiempo y forma en los autos, mandándosele que la contestase, presentando su correspondiente escrito, sin contestar la demanda, y formulando dentro de plazo legal las excepciones dilatorias de litispendencia e incompetencia de jurisdicción, y que, tramitado el incidente con arreglo a Derecho, fue resuelto por Auto de 1 de octubre de 1981 de forma desestimatoria, cuya resolución fue confirmada en apelación por Auto de 18 de octubre de 1984.

**RESULTANDO** que dentro del plazo concedido, la parte demandada contestó la demanda, alegando como cuestión previa, la falta de personalidad sobrevenida de S., al haber sido declarada en quiebra, y contestando a la demanda. 1) Negó rotundamente los hechos de la misma, tal como vienen expuestos. 2) Admite expresamente los documentos 1 (págs. 17 y 18; solución de disputas), 5, 7 y 8 de los de la demanda, dando por reproducidos asimismo todos los acompañados al escrito proponiendo excepción dilatoria. 3. Negó los fundamentos de de-

recho de la demanda, y 4. Suplica desestimación íntegra de la demanda, con costas a la sociedad actora, hoy quebrada. A continuación formula reconvencción, a tenor de los siguientes hechos: 1) a) Da por reproducida la cláusula 38 de la dólución de disputas (págs. 17 y 18 del documento 1 de la demanda). b) Afirma la validez jurídica de dicha cláusula. c) Acompaña sentencia arbitral de la CCI de París, como documento n.º 2. En ella se resuelve de acuerdo con el derecho español, el problema de la validez de la cláusula arbitral. Y en cuanto al fondo se aplica derecho español. d) Niega la colisión de la cláusula 38 (arbitral) con la cláusula 37 del contrato (ley aplicable), como se pretende en la demanda: a') El contenido de ambas cláusulas es distinto: La cláusula 37 es la de la ley aplicable al fondo; la cláusula 38 es la de solución de disputas. Debe predominar la cláusula específica sobre la genérica. b') El sentido de la palabra todas, en la cláusula 37, está referido exclusivamente a la aplicación de la ley española en cuanto al fondo. No en cuanto a los Tribunales. En cambio, en la cláusula específica de la solución de disputas, la 38, se indica que cualquier disputa o controversia de cualquier tipo entre las partes se solucionará por medio de arbitraje. No sólo las cuestiones técnicas. En todo caso, basta con ver la demanda arbitral (doc. 8) para comprender cuál era el tenor de la disputa sometida a arbitraje. c') Desde el punto de vista dogmático, la expresión de la cláusula 37 (Los Tribunales serán los de Barcelona) sólo puede calificarse de cláusula de sumisión expresa en materia de competencia territorial. Pero en este proceso se discute una cosa completamente distinta: la validez de una cláusula atributiva de jurisdicción, problema previo a la competencia territorial; El arbitraje excluye la jurisdicción de los Tribunales españoles. d') la compatibilidad de ambas cláusulas se acrecienta si se tiene en cuenta que es necesaria una estrecha colaboración en-

tre árbitros y Tribunales estáticos. Por no citar más que unos cuantos ejemplos: medidas cautelares, recursos, actos de comunicación y ejecución son campos en donde la colaboración se impone en mayor medida. En ese sentido y para esos casos, los Tribunales competentes serán los de Barcelona. Pero no para lo que se ha excluido por medio del Arbitraje. Invocó los Fundamentos legales aplicables, a su juicio, y terminó con la súplica: a) Se declare la validez y eficacia de la cláusula arbitral n.º 38, de solución de disputas, del contrato referido. b) Se declare asimismo la eficacia de la sentencia arbitral de 27 de abril de 1938, acompañada a su escrito. c) Condene en costas a la demandada, ahora en quiebra. Manifestó su renuncia a la prueba, por ser el objeto del juicio una cuestión jurídica.

**RESULTANDO** que, conferido traslado del relacionado escrito a la parte actora para réplica, compareciendo dentro del plazo concedido la Sindicatura de la quiebra de «Sociedad A. E. T. M., S. A.», representada por el mismo Procurador y bajo igual dirección letrada, sustituyendo a dicha sociedad en la acción ejercitada por la misma, subsanando de esa forma la cuestión previa planteada de contrario, de falta de personalidad, y evaluando el trámite de réplica se ratificó y reprodujo los hechos de la demanda y los documentos acompañados con la misma, así como los aportados por su parte en el trámite de excepciones dilatorias, negando virtualidad y eficacia a los documentos presentados por la demandada, en dicho trámite de excepciones dilatorias y con su escrito de contestación a la demanda y reconvencción, ya que no aceptaba, rechazando así también los Fundamentos de derecho alegados de contrario, y ratificando los alegados por su parte. Contestando a la reconvencción, negó en su totalidad los hechos alegados en la reconvencción y la validez y eficacia jurídica que la sociedad demandada pretende dar a la sen-

tencia arbitral, por los razonamientos que hace, y que se dan en lo menester por reproducidos, negando también los Fundamentos de Derecho también aducidos de contrario, solicitando se dicte sentencia condenatoria, conforme a lo solicitado en el suplico de demanda, y que se absuelva a su representada de la reconvencción, solicitando el recibimiento del juicio a prueba.

**RESULTANDO** que en el trámite de dúplica la parte demandada manifestó que la negación de los documentos aportados por la demandada es una pura falacia, sin virtualidad alguna, pues se trata de documentos reconocidos por S. extraprocésalmente. Que la sentencia arbitral aportada es un documento que obra en poder de S., originado en un proceso arbitral en el que ha sido parte, presentado como prueba en los múltiples procesos que se vienen entreteniéndose entre las partes; que otra cosa distinta es que S. discuta la eficacia de dicha sentencia arbitral y de la cláusula que la ha dado origen. Sobre ello versa el contenido del pleito. Que en ningún artículo del Convenio se lee que su aplicación se reserve a disputas entre sociedades de distinta nacionalidad, sino precisamente lo contrario. Basta con que la sentencia arbitral haya sido dictada en el territorio de un Estado distinto de aquel a donde se pretende hacer valer, o que la legislación de dicho Estado no la considere sentencia nacional. Esta previsión no es un olvido del Convenio, sino algo querido expresamente, a diferencia de lo que ocurre con otros Convenios, por ejemplo los de Ginebra, relativos a esta misma materia. Mantiene los fundamentos de derecho de la contestación de la demanda y reconvencción, dándolos por reproducidos en su integridad, y por otrosí, insiste en que no es necesario el recibimiento a prueba.

**RESULTANDO** que siendo contrarias las peticiones de las partes en cuanto al recibimiento a prueba, fueron convocadas ambas a la vista regu-

lada en el artículo 550 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, renunciando las dos en ese acto al recibimiento a prueba, con lo cual se acordó traer los autos a la vista para sentencia, con citación de las partes.

RESULTANDO que en la sustanciación del juicio se han observado las prescripciones legales.

CONSIDERANDO que por la parte actora se formula demanda en la que solicita determinadas declaraciones judiciales que en síntesis, versan sobre que se declare que la cláusula compromisoria recogida en el apartado 38 del contrato suscrito por las partes en 25-3-77 es nula por infringir normas imperativas de derecho necesario; pretensión a la que se opone la parte demandada, quien solicita que se declare la validez y eficacia de dicha cláusula y asimismo la eficacia de la sentencia arbitral de 27 de abril de 1983.

CONSIDERANDO que los artículos 37 y 38 del aludido contrato son contradictorios en cuanto que el primero, al referirse a la Ley aplicable a las controversias que surjan como consecuencia del contrato, serán solucionadas de acuerdo con la legislación española por los Tribunales de Barcelona, y el segundo bajo la rúbrica «solución de disputas», establece un arbitraje para solventar las diferencias entre los contratantes de acuerdo con las Normas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, por uno o más árbitros designados de conformidad con las citadas Normas. Esta antinomia entendemos que debe resolverse a favor de la aplicación de la cláusula 38, que es de carácter más específico para la solución de disputas entre las partes, y que el artículo 37 sólo puede entrar en aplicación para las controversias que no puedan ser incardinadas dentro de los términos que establece la cláusula arbitral y para actuaciones que excedan del ámbito de actuación arbitral y re-

quieran la intervención de órganos jurisdiccionales y que sólo con esta interpretación puede aceptarse la existencia de ambas cláusulas.

CONSIDERANDO que aceptando la validez de la cláusula arbitral se nos plantea otro problema, que es el determinar si dos sociedades españolas pueden someter sus diferencias a la resolución de un árbitro extranjero, al margen de las formalidades que establece la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22-12-53, cuestión abordada por este Juzgado al resolver la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción y resuelta en el sentido de estimar que un arbitraje establecido para resolver diferencias entre dos compañías españolas, había de estar sometido a la Ley de 22-12-53. Pero la Audiencia Territorial, al conocer del recurso interpuesto contra el auto que resolvió el incidente, estableció que la cuestión planteada no era propia de una cuestión incidental y que era realmente la cuestión de fondo del litigio, y por ello, aunque confirmó el auto de este Juzgado, no hizo suyos sus argumentos, al no entrar en su análisis.

CONSIDERANDO que por tanto, la tesis que entonces sostenía este Juzgado, no ha obtenido el refrendo de ningún Tribunal superior. Esa tesis había sido fijada con anterioridad en otro auto de este Juzgado, de 15-7-81, que se recoge en el artículo titulado la «Cláusula de Arbitraje en las relaciones comerciales internacionales» que acompaña el demandado como documento n.º 3, y en él se sostenía la aplicabilidad de la Ley de Arbitrajes, cuando se tratara exclusivamente de españoles, y la aplicación del Convenio de Nueva York, de 10 de Junio de 1958, suscrito y ratificado por España y publicado en el B.O.E., en 11 de Julio de 1977 cuando en el arbitraje interviniera un contratante extranjero. Esta misma teoría se siguió en el Auto resolutorio de la cuestión incidental, y si la solución fue distinta

es precisamente porque en el Auto que se dictó en el otro proceso, intervenía una compañía extranjera, y en el que se dictó en el presente, las dos sociedades eran españolas. Está por tanto en un error el demandado, cuando citando nuestras propias resoluciones, dice que se llega a conclusiones distintas, pues lo que ocurre es que son distintos los presupuestos de que se partió en ambas, y con los mismos razonamientos, las soluciones fueron diferentes.

CONSIDERANDO que la ratificación del Convenio de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, sólo data de 1977 la doctrina sobre su ámbito de aplicación es vacilante. Nosotros habíamos llegado a la conclusión de su aplicabilidad, cuando uno de los litigantes al menos era extranjero, y su inaplicabilidad cuando ambos eran españoles. Pero esta tesis no la hemos visto refrendada, ni tampoco rechazada por el Tribunal Supremo, e igual le ha ocurrido al demandado, que al intentar apoyar la tesis de la aplicación del Convenio de Nueva York en todo caso, acompaña fotocopia de varios autos del Tribunal Supremo, en supuestos de exequaturo de laudor arbitrajes extranjeros, pero todos ellos referidos a compañías extranjeras; con lo cual siguen existiendo dudas sobre la validez de un arbitraje extranjero al que se han sometido dos compañías españolas. Y sobre este tema el presente Juzgado llega a la conclusión contraria a la que sostuvo en el Auto, en que resolvió el incidente de excepciones dilatorias, esto es, que dos sociedades españolas pueden someter sus diferencias a la resolución de un árbitro extranjero. Y ello, porque el Convenio de Nueva York de 1958, nada dice en contra, y ha pasado a ser una norma de Derecho interno al ser ratificado por España en 1977. Y fundamentalmente, porque ninguna razón de peso se aprecia en contra de que dos sociedades españolas se sometan a un arbitraje extranjero, y por tanto

al margen de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado. Antes al contrario, creemos que hay razones a favor, tales como la problemática específica del comercio internacional, la necesidad de buscar soluciones más rápidas, la específica capacidad técnica, el prestigio adquirido por organismos especializados que practican el arbitraje (Cámara Internacional de Comercio de París, The London Court of Arbitration Lloyd de Londres, etc.), a los cuales se someten las partes para que a tenor de su reglamentación designen los árbitros que deben resolver las cuestiones controvertidas.

CONSIDERANDO que la circunstancia de que el Juzgado resolviera la excepción de incompetencia de jurisdicción en sentido desestimatorio, por estimar que dos sociedades españolas no podían someterse a un arbitraje extranjero, no se estima vinculante para llegar ahora a la decisión contraria, y ello porque el razonamiento de que se partía no fue aceptado por la Audiencia Territorial, y por tanto puede volver a ser reconsiderado por el Juzgado al abordar el problema planteado y decidir el fondo de la cuestión planteada, aceptando al arbitraje extranjero.

CONSIDERANDO que el demandado al plantear su reconvencción, aparte de solicitar que se declare la validez de la cláusula arbitral número 38, solicita que se declare la eficacia de la sentencia arbitral de 27 de abril de 1983 que acompaña a su escrito de réplica. Esta petición no puede ser aceptada, puesto que conceder el «exequatur» a sentencias extranjeras, no es misión de este Juzgado, sino del Tribunal Supremo, y siendo ello así, ni siquiera se comprende la razón de ser de este pleito, pues cuando se plantee la ejecución de la sentencia arbitral extranjera, podrá el actor de este procedimiento plantear su oposición a que se conceda el exequatur, y en último término, la única resolución importante para las partes, será la decisión que

adopte el T.S., pues si lo concede, la sentencia será ejecutable, y en caso contrario, las partes tendrán que plantear sus diferencias ante los Tribunales españoles. En consecuencia, procede estimar la petición a) de la reconvencción y desestimar la petición b) de la misma.

**CONSIDERANDO** que no es de estimar temeridad en ninguna de las partes, a los efectos de una expresa declaración respecto de las costas del juicio.

Vistos los preceptos legales de aplicación pertinente.

**FALLO:** Que desestimando la demanda de juicio declarativo de menor cuantía, promovida por «Sociedad A. E. T. M., S. A.», sustituida en la acción durante el proceso por la Sindicatura de la quiebra de dicha Empresa, contra la entidad «A., S. A.», debo de absolver y absuelvo de la misma a la demandada; y estimando en parte la reconvencción formulada por la parte demandada contra la actora, en el apartado a), debo declarar y declarar la validez y eficacia de la cláusula arbitral núm. 38, de solución de disputas del contrato fecha 25 de marzo de 1977, acompañado como documento número uno de la demanda, desestimándose la petición contenida en el apartado b) de la demanda reconvenccional; todo ello sin hacerse expresa declaración en cuanto a las costas del juicio.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

*La anterior sentencia es una resolución valiente e inteligente, a la vez Valiente, porque el Juzgador desmonta los argumentos que le llevaron años atrás a pronunciar una resolución de otro tenor y ahora no le importa entonar el mea culpa. Chapeau, porque así debería ser siempre. Inteligente, porque en una sola frase condensa cinco años estériles de pleito: «... ni siquiera se comprende la razón de ser*

*de este pleito, pues cuando se plantea la ejecución de la sentencia arbitral extranjera podrá el actor en este procedimiento plantear su oposición a que se conceda el exequatur...» (penúltimo considerando). Procedía, no obstante, estimar la primera petición de la demanda.*

*Pero a la vez, contiene dos aportaciones doctrinales decisivas. En primer lugar, la primacía de la cláusula arbitral como cláusula de solución de disputas frente a una posible colisión con una cláusula de sumisión a Tribunales ordinarios. En segundo lugar, la constatación de que el Convenio de New York de 10 de junio de 1958 es aplicable aunque el arbitraje se haya ventilado entre partes de la misma nacionalidad. Esta es una característica específica de este Convenio frente a otros, por ejemplo, el Convenio europeo de 21 de abril de 1961.*

*La sentencia es firme.*

#### 4. LETRA DE CAMBIO EXTRANJERA

AT Barcelona

S 31 octubre 1984

**CONSIDERANDO:** Que en esta alzada se han vuelto a plantear ante todo los problemas de eficacia ejecutiva de la letra de cambio alemana presentada como título básico con la demanda, en sus dos aspectos principales: el que se refiere a la validez de títulos emitidos en nación distinta de la de su ejecución, y el que contempla algunos aspectos formales de dicho título en relación a la legislación española;

Que en ambos terrenos hay que estimar ajustada a Derecho la desestimación de las causas de nulidad invocadas al respecto, pues la eficacia de letras de cambio libradas en el exterior, no sólo está implícitamente admitida en las normas generales del artículo 10 del Código Civil y en las

particulares del Código de Comercio que no deben entenderse limitadas a las letras libradas y ejecutadas en España, sino por ya numerosa y creciente jurisprudencia que entiende que la letra extranjera que tenga previsto su pago en España es ejecutiva si cumple los requisitos de emisión del lugar de origen, y de circulación y vencimiento del de destino, cosas ambas que en el presente caso están fuera de duda;

Que otro tanto cabe decir sobre los impuestos defectos formales del título cuya ejecución se pide: el de cláusula valor porque aun observada sólo desde el ángulo de nuestra legislación mercantil su propia naturaleza hace que sea intrascendente para el aceptante habida cuenta los conceptos que se manejan en la definición del número 5 del artículo 444 del Código de Comercio que representan una relación entre el librador y el tomador, pero en nada afectan al librado; y porque además su consideración se minimiza cada vez más en nuestro sistema cambiario, máxime si se tiene en cuenta que en casos como el presente esa relación interna se trae al proceso por virtud de la presunta relación original y contractual entre los referidos librador y tomador, que hace su pueda considerar como una sola parte de dos actuaciones aparentemente distintas; y en cuanto a los defectos de timbre por insuficiencia en las pólizas adheridas o por no haberse inutilizado originariamente éstas, porque las razones expuestas por el juzgador de instancia son suficientes para volver a rechazar aquellos alegatos;

Que se ha vuelto a traer también a la alzada la cuestión sustantiva que quiere encuadrarse en el marco de la provisión de fondos; mas a tal respecto hay que estimar suficiente la prueba de que la actora suministró a la demandada una maquinaria cuya recepción sin reparos figura acreditada en Autos, siendo la letra sobre que se discute, una de las previstas soluciones parciales de la deuda provocada por aquella provisión; de suerte que,

si después de ella se han producido reclamaciones en orden al funcionamiento o incluso respecto de la calidad del objeto adquirido, cuya utilidad se dice no corresponde al que se contrató, resulta indudable que ello no puede autorizar el impago del precio correspondiente, sin perjuicio de las acciones resolutorias o revisorias que por lo visto ya están en curso;

Que en cuanto a costas de esta alzada, se ha invocado como cuestión nueva, la vertencia del artículo 1475 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la redacción que le ha dado la Ley 34/1984 de 6 de agosto que obliga, en opinión de la parte apelada, a adoptar el criterio del vencimiento para ordenar su atribución al perdedor; mas debe tenerse en cuenta al respecto, que la disposición transitoria primera de aquella Ley establece que las actuaciones promovidas antes de la entrada en vigor de la misma, continuarán sustanciándose por las normas vigentes al tiempo de su iniciación; y siendo así que en el régimen anterior las costas de la apelación se consideraban regulables por el criterio de temeridad y que ésta no se aprecie en ninguna de las partes, es visto que procede ordenar que cada una de ellas abone las causas a su instancia y las comunes por mitad.

**FALLAMOS:** Que debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia apelada dictada con fecha veintidós de noviembre de mil novecientos ochenta y dos por el Juez de Primera Instancia n.º 1 de Tarrasa, en el juicio ejecutivo seguido a instancia de... contra..., sin hacer expresa declaración sobre las costas de esta alzada.

*Esta sentencia confirma una doctrina acuñada en la jurisprudencia de las Audiencias Territoriales. Vid. retrospectivamente JUSTICIA 1983, pág. 340, y JUSTICIA 1984, pág. 151.*

## 5. ABORTO: COMETIDO POR ESPAÑOLA EN EL EXTRANJERO

TC, Sala Segunda

S 75/1984, de 27 de junio

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Jerónimo Arozamena Sierra, Presidente, y don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Francisco Tomás y Valiente, don Antonio Truyol Serra y don Francisco Pera Verdaguer, Magistrados, ha pronunciado

### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo número 765/83, promovido por doña X. Y. Z. y don H. Y. J., representados por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Marta Bermejillo de Hevia y asistidos por la Letrada doña Cristina Alberdi Alonso, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional en 10 de noviembre de 1981, en causa seguida a los mismos por delito de aborto; en dicho procedimiento ha comparecido el Ministerio Fiscal y ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Rubio Llorente, quien expresa el parecer de la Sala.

### I. ANTECEDENTES

Primero.— Con Fecha 20 de noviembre de 1983 tuvo entrada en este Tribunal un escrito presentado por la Procuradora doña Pilar Marta Bermejillo de Hevia, en nombre y representación de doña Lourdes Buisán Pardiña y don José María Rasal Cadenas, interponiendo recurso de amparo contra la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1983, en la que se declaraba no haber

lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por los demandantes contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de noviembre de 1981, por la que se les condenó a la pena de un mes y un día de arresto mayor y accesorias: a doña X. Y. Z., como autora de un delito de aborto previsto en el artículo 414, 1.º del Código Penal (CP), y a don H. Y. J., como cómplice de un delito de aborto definido en el artículo 411, 2.º del mismo texto legal; ambos delitos sancionables por aplicación de lo dispuesto en el artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), al haber acontecido los hechos en Gran Bretaña.

Segundo.— El Tribunal Supremo, en su sentencia, recoge la doctrina sentada por él mismo, en resolución de 11 de diciembre de 1980, con arreglo a la cual el artículo 339 de la LOPJ es aplicable a los delitos de aborto, pues la dificultad que entraña su exigencia de que la comisión del delito en país extranjero sea de un español contra otro español —al no ser el feto aún persona, con arreglo al artículo 29 del Código Civil (CC) en relación con el 30, por lo que mal puede ostentar la nacionalidad española—, se salva con dos argumentos: 1) el de entender que marchar al extranjero con el fin preconcebido de interrumpir el embarazo y así eludir la ley penal española, es perpretar un claro fraude a la ley, expresamente repudiado por el artículo 6.4 del CC, de alcance general por su ubicación en el título preliminar, y 2) que la interpretación del artículo 339 de la LOPJ ha de hacerse en el contexto en que se aplican tanto el principio real (arts. 336 a 338) como el principio de personalidad (arts. 339 a 342), de modo que si el artículo 339 invoca este último principio para el sujeto activo del delito, para el sujeto paciente aplica el real, en cuanto se trata de un bien jurídicamente protegido por la legislación española, el embrión, en este caso, que goza de vida intrauterina, presupuesto biológico indispensable para la personalidad y consiguiente nacionalidad española.

Razonando en esta última línea, el Tribunal Supremo considera que, frente a la literalidad del artículo 339 de la LOPJ, se alzan todos los demás elementos de interpretación: el lógico, dado que si el nacido presupone al «nasciturus», la protección penal que la ley española dispensa al primero debe amparar al segundo; el sistemático, que pone en relación el artículo 339 con los que le preceden y subsiguieren, de donde se desprende que el principio real se dispensa no sólo por razón de la índole del delito (art. 336), sino también por razón del sujeto pasivo, alcanzando también al extranjero (art. 340), de modo que de no incluir al feto, con expectativa de ciudadanía española, se le haría de peor condición que al no nacional, con grave quebranto de un bien jurídico cuya defensa toma el Estado español en defecto de la madre, y el teleológico, que lleva al mismo resultado, pues si es el principio de protección y no el de personalidad el que juega en el caso contemplado, a igual conclusión se llega acudiendo al Código Penal que castiga el aborto como delito contra las personas, lo que indica que una es la personalidad en sentido jurídico penal y otra la contemplada en la esfera iusprivatista, y asimismo en el orden constitucional, en el que se proclama el derecho a la vida como fundamental, garantía objetiva que también alcanza al «nasciturus».

En suma, el Tribunal Supremo entiende que en el caso de autos juega el principio de personalidad, conjugado con el de protección por el artículo 339 de la LOPJ, excepciones ambas al de territorialidad; que, por otra parte, el feto concebido por madre española no es extranjero en tanto ésta conserve la nacionalidad patria, y, por último, que se da la concurrencia de los tres requisitos estatuidos por aquel precepto.

Tercero.— Contra la anterior sentencia, la representación de los demandantes promueve recurso de amparo por considerar que infringe los derechos que se reconocen en los artículos

10.1, 15, 17.1 y 18 de la Constitución, esto es, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, el derecho a la libertad y el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar. A su juicio, la vulneración se ha producido porque, si bien la vida en formación constituye un bien jurídico, entra en colisión con el bien jurídico del que la mujer es titular, habiéndose preferido la protección del feto y desatendido los derechos constitucionales señalados: el derecho a la salud física y psíquica, al desarrollo de la personalidad y a la intimidad, que se encontraban en grave e inmediato peligro, al existir una evidente situación de enfrentamiento entre ellos y el bien jurídico de la vida en formación.

mantienen asimismo que se han vulnerado los principios de legalidad y seguridad jurídica, al extender la jurisdicción penal el ámbito de aplicación de la legislación punitiva española a un delito cometido en un país extranjero —en el que los hechos castigados no son constitutivos de delito—, sin que se pueda decir que se trata de uno cometido por un español contra otro español, ya que el feto no puede tener nacionalidad.

Por todo lo cual, suplican se dicte sentencia declarando la nulidad de la de I Tribunal Supremo y absolviendo a los demandantes.

Cuarto.— Admitida a trámite la demanda, se recabaron las actuaciones y fueron emplazadas las partes, dándose vista al Ministerio Fiscal y a los recurrentes, para que en el plazo de veinte días pudieran presentar las alegaciones que estimaren pertinentes.

Quinto.— El Fiscal, en escrito de 29 de marzo de 1984, aduce sustancialmente lo siguiente:

a) En cuanto a la presunta conculcación de los artículos 17.1 y 18.1 de la Constitución, entiende que no se ha verificado porque los derechos en ellos contenidos tienen sus limitaciones; en concreto, en este caso, el límite está

constituido por la protección de una vida intrauterina, que es un valor constitucional. b) Tampoco considera que se haya infringido el artículo 15 de la Constitución, pues no existe prueba alguna de la que pueda inferirse que el embarazo implicara riesgo alguno para la vida o salud de la recurrente. c) El artículo 10.1 no se refiere a libertades o derechos susceptibles de protección en esta vía. d) Por último, afirma que la demanda de amparo, si bien no cita expresamente el artículo 25.1 de la Constitución, alega que la sentencia en ella impugnada vulnera el principio de legalidad, por lo que resulta oportuno referirse a este problema. Tras un análisis de la sentencia sostiene el Ministerio Fiscal, sin embargo, que dicho principio no ha sido violado, por cuanto los hechos imputados a los recurrentes están tipificados en los artículos 411 y 414 del CP y la determinación de si el aborto es delito cometido contra español o no, es un mero problema de interpretación de las leyes. En definitiva, se adhiere a la tesis sostenida por el Tribunal Supremo, y postula que se dicte sentencia denegando el amparo solicitado.

Sexto.— Los recurrentes, por su parte, en escrito de 4 de abril de 1984, insisten en las argumentaciones expuestas en la demanda.

Séptimo.— Por providencia de 9 de mayo pasado se señaló para deliberación y votación del recurso el día 6 de los corrientes, quedando la misma concluida el 20.

## II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.— El presente recurso se fundamenta, en primer término, en la supuesta vulneración de los artículos 10.1, 15, 17.1 y 18.1 de la Constitución Española, vulneración que hay que entender se imputa, en primer lugar, a la sentencia dictada por la Audiencia Nacional el 10 de noviembre de 1981, confirmada en todos sus términos por

la del Tribunal Supremo contra la que el presente recurso formalmente se dirige, pues, como es lógico, dada la identidad de ambas decisiones, la violación de los indicados derechos fundamentales, de existir, sólo pudo ser realizada por la que fue primera en el tiempo.

Esta constatación obliga a considerar, en primer lugar si, desde el punto de vista de esta fundamentación, el presente recurso reúne los requisitos que para su tramitación exige el artículo 44.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal (LOT). No ofrece duda alguna la concurrencia de los que mencionan los párrafos a) y b), puesto que la hipotética vulneración de los derechos constitucionalmente garantizados resulta directamente de la decisión judicial, no de los hechos que la originan, y que frente a ella se ha recurrido en casación, agotando así todos los recursos utilizables. Tampoco ofrece dudas, no obstante, el incumplimiento del requisito que impone el artículo 44.1.c) de invocar formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello.

Es cierto que, en el presente caso, en el acto de la vista del recurso de casación se invocó formalmente, al objeto de preparar este recurso de amparo, la vulneración de los artículos 14, 15 y 18.1 de la Constitución, dos de los cuales (el 15 y el 18.1) se alegan también en el presente recurso (en el que se menciona igualmente el 17 y, por el contrario, no se hace referencia alguna al 14), pero ni el acto de la vista es el primer momento en el que, una vez conocida la vulneración, hubo lugar para alegar su existencia, ni, sobre todo, guarda la invocación hecha relación alguna con el motivo único del recurso de casación, apareciendo en consecuencia como un ritualismo vacío, destinado a dar cumplimiento a lo que sin duda se entiende como una pura y vacía formalidad. Una invocación meramente aparental de este género no satisface en modo

alguno a la exigencia del artículo 44.1 c) de la LOTC.

La razón de ser que abona dicha exigencia (y, con ella, la interpretación puramente teológica que del precepto que la impone hace este Tribunal) estriba, en efecto, en la necesidad de preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo, que resultaría desvirtuado si ante ella se trajeran cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se ha dado ocasión de pronunciarse a los órganos del Poder Judicial, que son los que de modo directo y en primer término garantizan los derechos fundamentales que la Constitución proclama. Esa finalidad de la norma resulta burlada cuando la cuestión sometida ante el órgano judicial que sustancia el recurso se plantea en términos tales que éste no tiene ocasión de resolver sobre la posible existencia de una vulneración por el órgano inferior de unos derechos fundamentales que se mencionan de modo puramente lateral y cuya invocación se hace sólo, explícitamente, para preparar formalmente el posterior recurso de amparo.

El incumplimiento del requisito impuesto por el artículo 44.1.c) de la LOTC debería llevar en este punto a la declaración de inadmisibilidad del presente recurso de amparo si los artículos constitucionales que explícitamente se mencionan en él como vulnerados fueran los únicos que sirven de fundamento a la pretensión deducida. No es ello así, sin embargo, como veremos en el punto siguiente.

Segundo.— Aunque la dirección letrada haya omitido toda referencia al artículo 25.1 de la Constitución, es claro, como acertadamente manifiesta el Ministerio Fiscal, que lo que particulariza el presente recurso es el hecho de que el aborto sancionado por las sentencias impugnadas tuvo lugar en Londres, de manera que la norma penal fue aplicada a hechos acaecidos fuera del territorio español. Esta aplicación extraterritorial de la norma penal, destacada en la demanda y que

fue realmente la que sirvió de base al motivo único del recurso de casación, obliga a entender, con el Ministerio Fiscal, que aunque no cite expresamente el artículo 25.1 de la Constitución, la demanda de amparo alega su vulneración, que el Ministerio Fiscal no cree se haya producido, por entender que los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de aplicación al caso no afectan a la tipicidad, sino a las condiciones de perseguibilidad de los delitos y deben ser interpretados adecuadamente por la jurisdicción ordinaria competente.

Habiendo sido esta cuestión debatida en el recurso de casación, es también evidente que respecto de esta fundamentación de la demanda no operan las causas de inadmisibilidad que analizábamos en el número anterior y que, en consecuencia, es necesario resolver sobre el fondo de la petición que se nos hace.

El hecho de que aun en ausencia de cita expresa particularizada, sea la cuestión de la supuesta vulneración del principio de legalidad penal la que centra el debate de las partes, como fue el centro del debate en el recurso de casación, nos dispensa de suscitara haciendo uso de la facultad que nos confiere el artículo 84 de la LOTC. A ella dedicamos, en consecuencia las consideraciones que siguen.

Tercero.— La sentencia de 15 de octubre de 1983 comienza afirmando que la interpretación judicial, cuyo norte y guía es la justicia material, no tiene otro valladar que el dogma de la legalidad, que en el campo punitivo adquiere su máxima exigencia como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano, de manera que si se produce una laguna ésta no puede llenarse recurriendo a la analogía «in malam partem», no quedando en ese caso al Tribunal otro recurso que el de acudir al Gobierno en la forma prevista en el artículo 2.º, 1, del CP.

Sostiene la Sala, sin embargo, a continuación que habrá que agotar los caminos hermenéuticos hasta encontrar la «ratio legis» del precepto que

aparentemente no cubre el supuesto que se lleva a su conocimiento, que no siempre se desprende de su mera enunciación textual, consideración que entiende perfectamente válida para los casos de aplicación de la ley española en el extranjero, cuando en éste se comete el delito de aborto por españoles.

Este Tribunal ha declarado ya (sentencia número 89, de 2 de noviembre de 1983) que el principio de legalidad no puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del Juez, cuando, en uso de ésta, ni se crean nuevas figuras delictivas ni se aplican penas no previstas en el ordenamiento. También ha afirmado, sin embargo (ibídem), que una aplicación defectuosa de la ley penal puede implicar, eventualmente, la vulneración de un derecho constitucionalmente garantizado, protegido mediante el recurso de amparo. Cuando se alega tal cosa, como en el presente caso ocurre, este Tribunal ha de analizar, desde el punto de vista del derecho constitucionalmente garantizado, la interpretación y aplicación que el Juez ordinario ha hecho de la norma penal.

En el asunto que nos ocupa, la interpretación y aplicación que los recurrentes juzgan violatoria del derecho fundamental que les garantiza el artículo 25.1 de la Constitución no tiene por objeto el precepto penal que establece el tipo o determina la pena, esto es, no el artículo 414 del CP, sino aquel otro que, en términos generales, determina el ámbito de validez de las normas penales y que constituye, por tanto, lo que en la sentencia de casación se denomina «verdadera condición objetiva de punibilidad». Es obvio que el principio de legalidad penal, como «garantía de seguridad jurídica para el ciudadano» cubre también los preceptos de esta naturaleza y que, por consiguiente, es indispensable analizar, para resolver acerca de la existencia o inexistencia de la violación que se alega, la interpretación y aplicación que las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo

han hecho del artículo 339 de la venerable Ley Orgánica del Poder Judicial.

Cuarto.—La sentencia de la Audiencia Nacional considera sancionable por ella la conducta delictiva de los procesados «por aplicación de lo dispuesto en los artículos 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación y concordancia con los artículos 105 y 271 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y artículos 6, 17, 29 y 30 de Código Civil, así como la Constitución de 1978, como establece con claridad meridiana la sentencia del más Alto Tribunal de 20 de diciembre de 1980».

A esta misma sentencia se refiere también el Tribunal Supremo, que sintetiza su razonamiento en las dos conclusiones siguientes: 1.ª, la de entender que el marchar al extranjero con el fin preconcebido de interrumpir el embarazo y así eludir la ley española es perpetrar un claro fraude de ley, hoy expresamente repudiado en el artículo 6.4 del Código Civil, y 2.ª, la de considerar que el artículo 339 de la LOPJ no excluye la punibilidad del aborto realizado por españoles en el extranjero, pues dicho artículo combina el principio de personalidad (respecto del sujeto activo del delito) con el real o de protección (respecto del sujeto pasivo).

Estas dos líneas argumentales son las que han de ser exploradas para resolver acerca de la corrección o incorrección constitucional de la interpretación impugnada.

Quinto.—La existencia de un fraude de ley que, como tal, no puede «impedir la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir» (art. 6.4 del Código Civil) aparece sólo sumariamente apuntada en la sentencia de 15 de octubre de 1983 y más extensamente argumentada en la de 20 de diciembre de 1980, a la que aquélla se remite.

El fraude de ley existiría en el presente caso, de acuerdo con lo que en esa exposición más desarrollada se dice, porque al amparo de una norma de cobertura (la del art. 339 de la LOPJ), que se limita a señalar los re-

quisitos de procedibilidad, se logra eludir otra (la de los artículos 411.2 y 414 del CP), que es la norma esquivada o defraudada y, en general, colarse en frente de todo el ordenamiento jurídico que «atiende desde todos los frentes, incluido el primordial de la represión penal, a que no se frustre el nacimiento del concebido, dispensándole entre ambos momentos toda la protección jurídica posible».

La doctrina ha señalado la dudosa exactitud de identificar como norma de cobertura la del artículo 339 de la LOPJ y no, como parece más lógico, la del artículo 333 del mismo cuerpo legal que, en coincidencia con lo que dispone el artículo 8.1 del Código Civil, establece la territorialidad de las leyes penales, principio general que exceptuación, para el supuesto allí contemplado, el mencionado artículo )9).

La objeción, que no carece de trascendencia, puede ser provisionalmente dejada de lado porque la cuestión que en primer término hay que dilucidar es, claro está, la de la posibilidad de aplicar a una situación como la que analizamos la noción del «fraude de ley» o, en términos más generales, la de la compatibilidad entre esta figura y el principio de legalidad penal que consagra el artículo 25.1 de la Constitución.

Dicha figura implica la existencia de «actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él» (art. 6.4 Código Civil). Para que quepa hablar de fraude se requiere, por tanto, como supuesto inexcusable, la utilización de una norma cuya consecuencia jurídica juzgada favorable o conveniente por quien recurre a ella, se intenta producir. En una situación como la que analizamos, sin embargo, la realización de aborto fuera del territorio español no se hace al amparo de norma alguna, para producir las consecuencias previstas en ella, ni persigue en consecuencia crear apariencia alguna de juridicidad del resultado, sino pura y simplemente llevar a cabo unos

hechos fuera de España, de tal modo que la norma aplicable no sea la española, sino la territorial. No se dan por tanto los supuestos necesarios para apreciar la existencia de un fraude de ley ni más en general cabe hacer uso de esta figura en la aplicación de la ley penal, pues la territorialidad de ésta (art. 8.1 del Código Civil) y la inexistencia en ella de normas disponibles a cuyo amparo puedan producirse consecuencias jurídicas favorables hacen resueltamente imposible extender a este sector del ordenamiento la figura del fraude de ley.

La ineluctabilidad de esta conclusión se patentiza por el resultado absurdo a que la contraria llevaría, pues en efecto si toda conducta punible en España, pero realizada por españoles en el extranjero, hubiera de conceptuarse como fraude de ley, resultarían manifiestamente superfluas todas las reglas que la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 335 a 341, incluido, claro está, el 339) establece para ampliar la punibilidad a hechos cometidos más allá de nuestras fronteras.

Las anteriores consideraciones bastan para poner de relieve que las sentencias impugnadas se apoyan en una construcción jurídica defectuosa que vicia la corrección de sus resultados. No bastarían, sin embargo, para invalidarlas, si el defecto no acarrearase como consecuencia una lesión en un derecho fundamental de los recurrentes, cuya garantía en último término está encomendada a este Tribunal.

El derecho en cuestión no puede ser otro que el de no ser condenados por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito o falta según la legislación vigente, derecho que el artículo 25.1 de la Constitución consagra. Tal derecho, que es garantía de la libertad de los ciudadanos, no tolera, como las propias sentencias impugnadas declaran, la aplicación analógica «in pejus» de las normas penales o, dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que

reúnen todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. Esta exigencia se vería soslayada, no obstante, si a través de la figura del fraude de ley se extendiese a supuestos no explícitamente contemplados en ellas la aplicación de normas que determinan el tipo o fijan condiciones objetivas para la perseguibilidad de las conductas, pues esta extensión es, pura y simplemente, una aplicación analógica.

Sexto.—La conclusión a que en el punto anterior se llega basta para fundamentar la estimación del presente recurso, pues es evidente que si en el ámbito penal no cabe apreciar el fraude de ley, la extensión de la norma para declarar punible una conducta no descrita en ella implica una aplicación analógica incompatible con el derecho a la legalidad penal.

En las sentencias impugnadas hay, además del argumento del fraude de ley, otro argumento, en rigor incompatible con él, mediante el cual se intenta demostrar que, correctamente interpretado, el artículo 339 de la LOPJ hace también perseguibles y punibles en España los abortos voluntarios de españolas en el extranjero o, dicho de otro modo, que la punibilidad de los delitos cometidos en el extranjero por españoles contra otros españoles se extienden también al delito de aborto porque el feto ha de ser considerado como español.

Es claro que en este argumento la supuesta norma de cobertura pasa a convertirse en norma defraudada, destruyendo así uno de los supuestos del argumento anterior y que todo su desarrollo evidencia la naturaleza analógica del razonamiento que lleva a atribuir nacionalidad española al feto.

Establecida ya la improcedencia en este ámbito del fraude de ley, y destruida por tanto la posibilidad de la aplicación analógica, no es necesario entrar en el análisis detallado del razonamiento, hay sin embargo un extremo en él que nos parece indispensable aclarar, pues la interpretación teleológica que en él se intenta presenta la

peculiaridad de que el telos no se extrae o deduce de la norma a interpretar (el art. 339 de la LOPJ), sino de las normas del Código Penal que castigan el aborto como delito contra las personas y, sobre todo, del artículo 15 de la Constitución que consagra el derecho a la vida como un «derecho primordial y fundamental ante el cual deben ceder ficciones y presunciones de derecho privado».

La debilidad de una interpretación teleológica en la que el telos es extrínseco a la norma o a la institución de que ésta forma parte es por sí misma evidente, pero, sin insistir en ello, ni alargarnos sobre la deducción telética hecha a partir de la incardinación sistemática del delito de aborto en el Código Penal, es imprescindible hacer alguna observación sobre la construcción basada en el artículo 15 de la Constitución.

No hay inconveniente en reconocer, de acuerdo con lo que allí se dice, que, según este precepto, la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección, pero de esta premisa no se sigue, en modo alguno, que los particulares tengan al respecto otros deberes sancionados que el de abstenerse de aquellas conductas que la ley penal castiga. Ni del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, ni de la proclamación que la Constitución hace de otros bienes jurídicos que, sin ser propiamente derechos, deben ser respetados y protegidos por el Estado, nace para los ciudadanos (titulares todos ellos frente al Estado de los derechos fundamentales) obligación alguna conminada con la amenaza de la sanción penal. La naturaleza fundamental de un derecho, el derecho a la vida o cuales ficciones o presunciones de derecho privado ni de ninguna de las categorías jurídicas que a través de una obra de siglos nuestra civilización ha ido construyendo para asegurar la libertad en la sociedad. Y no permite, desde luego, prescindir en el presente caso del derecho a no ser condenado

por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito perseguible en España según la legislación vigente.

### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Otorgar el amparo y, en consecuencia:

Primero.—Anular la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1983 y, la que ésta confirma, dictada por la Audiencia Nacional el 10 de noviembre de 1981.

Segundo.—Reconocer el derecho de los recurrentes a no ser condenados en España por el aborto cometido en el extranjero.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 27 de junio de 1984.—Jerónimo Arozamena Sierra, Francisco Rubio Llorente, Luis Díez Picazo, Francisco Tomás y Valiente, Antonio Truyol Serra, Francisco Pera Verdaguer. Firmados y rubricados.

*Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Francisco Tomás y Valiente*

Comparto sin reservas tanto el fallo como la fundamentación de la sentencia, por lo cual he votado a favor de la misma. No obstante, entiendo que, además de los argumentos contenidos en los fundamentos jurídicos, el fallo hubiera debido basarse en los siguientes argumentos:

El Tribunal Supremo en el considerando tercero de la sentencia impugnada (Sala Segunda, 15 de octubre de

1983) afirma que si bien es cierto que el artículo 339 de la LOPJ invoca «el principio de personalidad» para el sujeto activo del delito cometido en suelo extranjero por un español contra otro español, «no es menos cierto que respecto del sujeto paciente de la actividad delictiva aplica el (principio) de protección, en cuanto se trata de un bien jurídicamente protegido por la legislación española, en nuestro caso el embrión que goza de vida intrauterina, presupuesto biológico indispensable para la personalidad y consiguiente nacionalidad española: es decir, que se trata de una vida española, que por su estado de dependencia sigue la condición de la madre española...». Que el embrión, y luego el feto, son presupuestos biológicos sucesivos e indispensables para el nacimiento de una persona humana a la cual corresponderá, según las reglas a menudo conflictivas del Derecho internacional privado y las del Derecho interno, una u otra nacionalidad y, en su caso, la española, es algo que aquí no discutimos. Sin embargo, que ese embrión sea «una vida española» constituye una afirmación que no es posible compartir. En el artículo 15 de la CE «todos» es un significante incompleto que reclama un sustantivo susceptible de tener derecho a la integridad moral y de no poder ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, puesto que «todos» actúa como sujeto de los distintos predicados enunciados en el inciso primero de tal artículo. Una interpretación sistemática del mismo precepto constitucional que lo ponga en relación con los artículos 27.1 y 28.1, así como la comparación entre los incisos iniciales de los párrafos 1 y 2 del artículo 24 de la CE evidencian que «todos» equivale a «todas las personas», y que la persona humana es el verdadero titular de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 15 de la CE. El feto y, antes, el embrión no son persona humana, sino mera «spes hominis». El embrión y el feto no son titulares de derechos fundamentales, por

el artículo 15 CE no les atribuye personalidad, rigiendo a tal efecto el artículo 29 del Código Civil para el que «el nacimiento determina la personalidad». Quien no es persona no puede ser, no es, titular de derechos; ni de derechos fundamentales, artículo 15 CE, ni de derechos civiles. La «fictio iuris» en favor del «nasciturus» contenida en el segundo inciso del artículo 29 del Código Civil es necesaria precisamente porque el feto no es persona. Por lo que concierne a la nacionalidad española, el artículo 11.1 CE dice que se adhiere «de acuerdo con lo establecido por la Ley», lo que equivale a una remisión, entre otros preceptos, al citado artículo 29, inciso primero, del Código Civil. Antes del nacimiento no hay persona ni hay nacionalidad atribuible a lo que, después, será persona. No hay fetos dotados de nacionalidad española, ni embriones ingleses o uruguayos. No puede hablarse de «vida española», salvo que sustituyamos el lenguaje jurídico, vocado a la previsión, por el metafórico. El aborto, aunque sea delito en todo caso (afirmación cuestionable en España después de la Constitución, dada la muy dudosa constitucionalidad del artículo 411 del Código Penal, que aquí no es posible examinar), y aunque lo cometa un español en otro país, jamás puede ser cometido contra otro español (entendiendo por tal al feto), porque el embrión o el feto de madre española no tiene nacionalidad española puesto que no es persona. La interpretación del 339 LOPJ realizada por la Sala Segunda en el párrafo antes transcrito no es admisible a la luz de la Constitución, que es la norma desde la cual (y no desde la sedicente «justicia material») hay que interpretar el resto del ordenamiento jurídico.

Dada en Madrid a 28 de junio de 1984.—Francisco Tomás y Valiente.—Firmado y rubricado.

#### VOTO PARTICULAR QUE EN EL RECURSO DE AMPARO NUMERO 765/83 FORMULA EL MAGISTRADO DON FRANCISCO PERA VERDAGUER.

El Magistrado que suscribe, Francisco Pera Verdaguer, que mostró oportunamente su discrepancia respecto de la sentencia dictada en este recurso constitucional de amparo número 765/83, deducido por doña X. Y. Z. y don H. Y. J., la formaliza mediante el siguiente voto particular, comprensivo de los razonamientos que en su sentir deben conducir a la denegación del amparo solicitado.

Acerca de la necesidad de la invocación ante los Tribunales ordinarios del derecho pretendidamente vulnerado, éste constitucional afirmó —incluso para inadmitir a trámite recursos— que el artículo 44.1.c) de su Ley Orgánica exige, como requisito para poder entablar el amparo, cuando la violación de los derechos y libertades tenga su origen en un acto u omisión de un órgano judicial, que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiera lugar para ello, siendo el objeto de este requisito el de facilitar a Jueces y Tribunales la oportunidad de pronunciarse sobre las posibles infracciones de aquellos derechos y libertades, oportunidad de la que no dispuso la Sala Segunda del Tribunal Supremo, pues en el recurso de casación interpuesto por los demandantes de amparo no se invocó la infracción del artículo 25 de la Constitución Española, como pudo haberse hecho, ya que la violación de tal artículo, de haber existido, se habría producido en la sentencia de la Audiencia (autos de las salas Primera y Segunda de 30 de mayo y 6 de junio de 1984, recursos de amparo números 135/84 y 215/84).

En el presente recurso constitucional de amparo consta, igualmente que en los precitados recursos, que de haberse vulnerado el artículo 25 de la CE

lo habría sido en la sentencia dictada por la Audiencia, no obstante lo cual la parte que se estima lesionada, al recurrir en casación la fundamenta en la aplicación indebida del artículo 414 del Código Penal, pero omite del modo más absoluto la cita del referido artículo 25, así como argüir sobre el quebrantamiento del principio de legalidad, siendo que pudo —de acuerdo con la doctrina legal y criterio de aplicación que acabamos de invocar— hasta integrar un exclusivo motivo de casación fundado en esa repetida circunstancia, y sin que parezca prudente, merced a abstracciones y consideraciones generalizadas, entender que existió una invocación implícita, reputándola suficiente a estos fines para derivar el planteamiento de la cuestión debatida hacia el campo o ámbito del principio de legalidad; y ello mayormente porque no parece adecuado que en este delicado tema de la revisión de las sentencias de los Tribunales ordinarios —en este caso de la Sala Segunda del Tribunal Supremo— se lleguen a anular las de aquel Supremo órgano al socaire de planteamientos implícitos o presumibles, o sobreentendidos, siendo lo cierto que la cuestión propiamente dicha no fue suscitada, ni debatida, ante aquella jurisdicción ordinaria, ante la que no se formuló ni una sola alegación —ni por lo tanto la Sala Segunda aborda la materia— referente a si la sentencia de instancia violó o no el principio de legalidad.

A juicio del Magistrado que formula este voto particular es absolutamente insuficiente —a los fines que quedan apuntados— razonar tomando como base que en definitiva la cuestión fue objeto de atención en la sentencia aquí impugnada, puesto que la lectura de la misma evidencia que todo el tratamiento del tema, por supuesto congruentemente con los planteamientos que tuvo a bien realizar la recurrente en casación, se circunscribió a la interpretación de la legalidad ordinaria, incluida en los pertinentes preceptos de la Ley Orgánica

del Poder Judicial de 1870 rectores del principio de extraterritorialidad de la Ley penal —condiciones de perseguibilidad para muchos—, sin ni siquiera llegar a rozar la posibilidad de que de algún modo todo ello afectara al citado principio de legalidad establecido de antiguo en nuestro ordenamiento y constitucionalizado en el artículo 25 del texto fundamental.

Si debemos atribuir algún sentido a lo mandado en el artículo 44.1.c) de LOTC sin desvirtuarlo hasta el punto que pretendemos haber puesto de relieve y evitar que el Tribunal Supremo llegue a dictar resoluciones que luego se esterilizan so pretexto de haber incidido en violaciones de derechos fundamentales de las que no trató, pese a que legalmente pudo y debió tener noticia merced a las alegaciones de las partes que tampoco las acusaron, resulta de todo punto imposible compartir la tesis que la mayoritaria sentencia refleja y de la que por ello disintimos.

La LOTC establece en su artículo 50 una serie de motivos de inadmisibilidad del recurso de amparo, afectantes al plazo, defectos en la demanda, omisión de documentarla, carencia de contenido, derechos no protegibles o tema prejuzgado, mas sin pretender establecer tratamientos diferenciados, no parece aventurado afirmar que posibles criterios de flexibilidad y antiformalismo admisible y aun aconsejables en determinados supuestos, deben hallar mayor obstáculo cuando se trata del incumplimiento radical de la exigencia a que repetidamente nos venimos refiriendo.

Entiende este Magistrado que la exigencia de la invocación formal del derecho constitucional vulnerado por órganos judiciales cobra especial relieve, y que, por paradójico que parezca, es precisamente el término «formal» que utiliza el legislador, el que aparta aquella «invocación» de lo que pueda asemejarse a un puro formalismo retórico y menospreciable, pues no se trata de la exigencia de un trámite o del empleo de una fórmula en realidad ino-

cua a los fines que la norma pretende, sino bien al contrario, de la necesidad de que el órgano judicial, presuntamente violador de derechos fundamentales de la persona, cuando su misión alcanza incluso prioritariamente a velar por su respeto, sea oportunamente advertido de todo ello y tenga posibilidad —y deber— bien de rectificar, dando satisfacción al agraviado, bien de persistir conscientemente en su posición, pero nunca posibilitando que se dicte una sentencia —incluso como en este caso por el órgano Supremo jurisdiccional— sometida a la eventualidad de que sea anulada por un motivo que permaneció siempre ausente del debate. En realidad así lo ha aceptado el Tribunal Constitucional en las resoluciones que anotamos al inicio de esta fundamentación.

Cabe todavía añadir que desde otra perspectiva un aspecto en cierto modo similar aflora asimismo en el presente caso, y no es otro que el de resol-

verse el recurso de amparo sobre razonamientos, motivaciones y pretensiones a las que la parte recurrente permaneció ajena, siguiendo su conducta anterior, puesto que se limitó a citar como vulnerados y a argumentar referentemente a los derechos a la vida e integridad de la madre, salud de la misma, desarrollo de la personalidad, libertad de las personas e intimidad, establecidos en los artículos 15 en relación con el 43, 10.1, 17.1 y 18.1 todos de la Constitución Española, sin referirse tampoco ante nosotros al artículo 25 ni a su contenido.

Dada en Madrid a 2 de julio de 1984. — Francisco Pera Verdaguer. — Firmado y rubricado.

*Referencias bibliográficas:* HUERTA TOCILDO, S., Crítica a la nueva doctrina jurisprudencial sobre extraterritorialidad de la ley penal española en materia de aborto, *LA LEY 1984, I*, pág. 262 y ss.

## AUDIENCIA PUBLICA

### EJECUCION DE SENTENCIA EN MONEDA EXTRANJERA

(Auto de 10-XII-1985, Aud. Territorial de Valencia, Sala 1.ª)

#### HECHOS

**PRIMERO:** Que notificado a las partes el auto dictado el 14 de marzo de 1985 por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Alicante, en el juicio incidental dimanante de mayor cuantía número 588/83, promovido por «Socimer Nouvelle Societé Commerciale, S. A.» contra «Santiago Mayor Llinares, S. A.», y cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: «NO HA LUGAR a los recursos de reforma interpuesto por la Mercantil Samalli, S. A., representada por el Procurador D. P.O.P., y por la «Mercantil Socimer Nouvelle Societe Commerciale, S. A.», representada por el Procurador D. L.Q.P., contra el auto de fecha veintiuno de fevbrero último, debiendo en consecuencia que debía mantener y mantenía la referida resolución en todos sus extremos; por la parte demandante y demandada, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en un solo efecto; y, previo emplazar a las partes, se elevaron las actuaciones a la Audiencia Territorial.

**SEGUNDO:** Que, por turno de Reparto, correspondió a esta Sala el conocimiento de la segunda instancia; en la que se personaron el demandante apelante por medio del Procurador D. M.M.N. y el demandado apelante por medio del Procurador D. J.C.G., dirigidos respectivamente por los Abogados D. J.H.C y D. M.A.F.

**TERCERO:** En el presente recurso hay que partir del fallo de la sentencia de 18 de septiembre de 1984, en el que se condena a Samalli, S. A., a pagar a Socimer Nouvelle Societé Comerciales, S. A., la cantidad de 44.640 dólares USA, más los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda. Con base en este fallo, So-

cimer, S. A., solicitó y obtuvo la ejecución provisional, y en la misma pidió al Juzgado se requiriera a Samalli, S. A., para que, con cargo a la licencia de importación que en su día obtuvo, ésta adquiriera los dólares USA necesarios para hacer el pago.

**CUARTO:** El requerimiento se efectuó y Samalli, S. A., contestó al mismo que carecía de la moneda en cuestión y que se procediera a practicar la liquidación de la deuda en pesetas, con referencia al 31 de agosto de 1981, fecha en que venció la obligación; en ese día el dólar se cotizaba a 97,701 pesetas para vendedor, con lo que la cantidad reclamada ascendía a 4.361.372,64 pesetas, aparte de los intereses. Una vez se efectuara la liquidación Samalli, S. A., procedería a entregar las pesetas correspondientes al Juzgado.

**QUINTO:** A esta conversión de los dólares en pesetas se opuso Socimer, S. A., insistiendo en que no admitía pesetas y que la ejecutada debía adquirir en el mercado de divisas la suma de 44.640 dólares para hacerle pago de los mismos.

**SEXTO:** Así las cosas se dictó el auto de 21 de febrero de 1985 cuya parte dispositiva dice: «Procédase por la vía de apremio contra los bienes del deudor Samalli, S. A., para cubrir la cantidad de 44.640 dólares, que previamente se convertirán en pesetas acreditando el cambio oficial determinado el día dieciocho de septiembre de 1984», esto es, la fecha de la sentencia que se está ejecutando rovisionalmente.

**SEPTIMO:** Contra este auto recurrieron en reposición las dos partes. Samalli, S. A., pidiendo que se fijara como fecha de conversión del dólar a moneda española la del vencimiento de la obligación, es decir, el 31 de agosto de 1981. Socimer, S. A., suplicando que la vía de apremio debía decretarse por dólares dichos sin conversión, pues en dólares debía de pagársele. Desestimadas las dos reposiciones por auto de 14 de marzo de 1984, las dos partes apelaron del mismo.

**OCTAVO:** En el acto de la vista del recurso la dirección letrada de Samalli, S. A., ha insistido en que esta parte ejecutada no tiene dólares y que para convertir la divisa en pesetas debe estarse a la fecha del vencimiento de la obligación. La dirección de Socimer, S. A., ha reiterado que exige el pago en dólares y que, por lo tanto, las fechas de cambio son indiferentes; la demandada en su día obtuvo la licencia de importación, que la autorizaba a comprar dólares, y con base en esa licencia han de entregársele dólares a su parte.

**NOVENO:** Que tramitada la alzada con observancia de las prescripciones y formalidades legales, se señaló el día 4 de diciembre de

1985 para la celebración de la Vista; a cuyo acto concurrieron los Procuradores y Letrados de las partes, informando los Sres. Letrados en defensa de las pretensiones de sus respectivos patrocinados.

## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**PRIMERO:** El primer punto de partida para la solución del presente recurso es el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En él se admite la ejecución provisional de las sentencias definitivas, apeladas en dos efectos, cuando condenan al pago de cantidad líquida. Pues bien, ante la falta de norma expresa que nos diga cómo se ejecuta provisionalmente, debe estarse a las normas generales de la ejecución de sentencias, y ello es así porque la ejecución provisional es simplemente un proceso de ejecución. Lo que diferencia a la ejecución provisional de la ejecución ordinaria no es la naturaleza, ni la función, sino las razones que han movido al legislador para establecer la ejecución de sentencias no firmes. Dado que estas razones no se enjuician aquí, ha de estarse a las normas procesales de la ejecución de sentencias, esto es, en el caso presente al artículo 921 de la ley procesal civil.

**SEGUNDO:** El segundo punto de partida es la consideración de que la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley de 6 de agosto de 1984 tendía, en este punto, a acomodar la legislación procesal a la nueva legislación material de control de cambios (en especial a la Ley de 10 de diciembre de 1979) que permite a los residentes españoles celebrar contratos con extranjeros y obligarse al pago de cantidades en moneda extranjera, lo que supone, necesariamente, posibilitar en determinadas ocasiones la disposición de divisa extranjera para hacer pagos al exterior. Ello implica que es perfectamente posible que un español, persona física o jurídica, haya de pagar en dólares USA, existiendo licencia de importación y la consiguiente autorización administrativa para comprar dólares y con ellos pagar a una empresa extranjera.

**TERCERO:** Puestos así ante el artículo 921, éste nos dice que cuando la sentencia condene al pago en moneda extranjera se estará a lo dispuesto para el juicio ejecutivo. Con ello se ha incidido en un error histórico, el de regular aspectos de la ejecución, no en la parte de la Ley de Enjuiciamiento Civil dedicada a la ejecución de sentencias, sino en la relativa al juicio ejecutivo, con lo que las remisiones internas han de efectuarse al revés. De aquí las dificultades a la hora de determinar lo que los artículos 1.429 y siguientes sea de aplica-

ción, cuando se trata de ejecución de sentencias. Este es el problema que hay que resolver ahora para confirmar o revocar el auto recurrido.

**CUARTO:** El artículo 1.435 no es aplicable en la ejecución de sentencias. en el juicio ejecutivo el juez debe controlar, antes de despachar la ejecución, la legalidad de la deuda en moneda extranjera, pero si se ejecuta una sentencia ese control debió hacerse en el proceso declarativo. Por otra parte, la computación a pesetas de la deuda servirá para conocer si se alcanzan o no las 50.000 pesetas que se exigen, como mínimo, para que pueda iniciarse el juicio ejecutivo.

**QUINTO:** Los artículos 1.436 y 1.440 tampoco son aplicables. Cuando se inicia un juicio ejecutivo por moneda extranjera y se despacha la ejecución en esa moneda es, sin embargo, preciso saber qué cantidad de bienes se han de embargar; a estos únicos efectos se le ordena al juez que compute en pesetas la deuda al cambio oficial, precio vendedor, del día del vencimiento de la obligación. Ello es inaplicable a la ejecución de sentencias de modo directo, pero sí cabe extraer de esos artículos que si se han de embargar bienes al ejecutado (y no se encuentran dólares que trabar, como es lo normal), hay que saber también qué cantidad de bienes serán suficientes y para ello —y a estos solos efectos— es preciso computar en pesetas la deuda en dólares. Para hacer lo anterior es preciso fijar una fecha de cambio, que no puede ser la del vencimiento de la obligación, porque aquí estamos partiendo de una sentencia a ejecutar. La fecha más conveniente, de modo teórico, sería la del mismo embargo, pero dado que esta fecha es incierta en el momento en que se ordena la práctica del mismo embargo, consideraciones prácticas llevan a elegir una fecha segura: la de la sentencia que se ejecuta, sin perjuicio de posibles ampliaciones o reducciones del embargo.

**SEXTO:** El artículo 1.445 como tal literalmente y en su conjunto no es aplicable a la ejecución de sentencia, pero en él se encuentran varias disposiciones que puedan aplicarse, atendida la similitud de circunstancias. Este es el caso, por ejemplo: a) De que el deudor puede pagar en cualquier momento, pero ha de hacerlo en moneda extranjera, b) De que el acreedor puede, a su voluntad pero no obligado, recibir el pago en pesetas, y c) De que las cosas siempre serán a cargo del ejecutado y de que se satisfarán siempre en pesetas.

**SEPTIMO:** Queda, por último, el artículo 1.481. Se refiere este artículo al caso, excepcionalmente por otra parte, de que lo embargado fuera precisamente moneda extranjera, ordenando que se procederá a su entrega al acreedor, hasta el límite de la deuda, o bien

al caso de que se hubieran embargado pesetas, en parte, en el cual el ejecutante puede aceptar el pago en esa moneda, para lo que se estará al cambio regulado en el artículo 1.436. Hasta ahora, en la ejecución de sentencia que examinamos, no ha habido embargo, de modo que mucho menos ha habido embargo de dólares o de pesetas o de cualquier otra moneda.

**OCTAVO:** Todo lo anterior nos deja en una situación aparentemente muy confusa, pero no tanto si atendemos a lo que es propio de la ejecución de sentencias. De los artículos que hemos venido citando, si no a su literalidad, sí puede estarse a sus principios informadores y, consecuentemente, efectuado el requerimiento acordado en la providencia de 12 de diciembre de 1984, y no habiendo pagado dólares la ejecutada Samalli, S. A., es preciso, como ordena correctamente el auto de 21 de febrero de 1985, confirmado por el de 21 de marzo, proceder por la vía de apremio contra los bienes de dicha ejecutada. Para ello es necesario, a los solos efectos de saber cuántos bienes deben embargarse, computar los 44.640 dólares USA en pesetas, estando a la fecha de la sentencia.

**NOVENO:** Significa todo ello que se confirma la resolución impugnada, matizando los fundamentos y aclarando únicamente que no se trata de *convertir* los dólares en pesetas, sino de *computarlos* en pesetas, a los solos efectos de conocer la cantidad de bienes a embargar.

**DECIMO:** Habiendo apelado las dos partes no es necesario pronunciamiento especial sobre las costas del recurso, dado que se confirma la resolución recurrida.

**LA SALA DISPONE:** Se confirma la resolución recurrida, aclarando únicamente que los 44.640 dólares USA se computarán en pesetas a los solos efectos de determinar cuántos bienes deben embargarse.

**RESEÑA LEGISLATIVA PROCESAL  
(1-V de 1985 al 30-XII de 1985)**

MANUEL LOZANO-HIGUERO PINTO  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Cantabria

- 1) LEY ORGÁNICA 4/1985, DE 7 DE JUNIO (B.O.E. DE 8 DE JUNIO) POR LA QUE SE DEROGA EL CAPÍTULO II DEL TÍTULO IV DE LA LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, REGULADORA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Esta Ley orgánica, como indica el párrafo sexto de su Preámbulo, viene a derogar, con carácter inmediato, el recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatutos de Autonomía y Leyes Orgánicas. Sin perjuicio de lo anterior, y en la intención de respetar al máximo las situaciones existentes en virtud de la aplicación de la norma que se deroga, los recursos previos que se encuentren interpuestos en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley Orgánica mantendrán su tramitación y resultado, con carácter transitorio, conforme a lo dispuesto en aquella norma.

Dispone al efecto la nueva Ley Orgánica:

Artículo único.

«1. El apartado e) del número 1 del artículo 2.º de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional, queda redactado de la siguiente forma:

«e) De la declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados internacionales.»

2. Queda derogado en su totalidad el capítulo II del Título VI, que comprende el artículo 79 de la mencionada Ley Orgánica, que dejará de estar estructurado en capítulos, pasará a denominarse «De

la declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales».

Disposición Transitoria.

«Los recursos previos de inconstitucionalidad que se encuentren interpuestos a la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica, en base a la norma que se deroga, continuarán su tramitación hasta producir pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en los términos y con los efectos previstos en dicha norma».

Disposición final.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

En esta Ley Orgánica se consagra, normativamente, una corriente opuesta a la existencia del recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatutos de Autonomía y Leyes Orgánicas, ya manifestada en la discusión parlamentaria de la LOTC. (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 23, año 1979, p. 1202 —Roca Junyent—, p. 1210 —Peces Barba—, p. 1216 —Solé Tura—).

En el Derecho Comparado el control previo existe en determinados supuestos: Art. 61 Constitución francesa de 4 de octubre de 1958; art. 278 (Fiscalización preventiva de constitucionalidad) de la Constitución Portuguesa de 1978 (puesta al día de 30 de septiembre de 1982) y Ley 28/82, de 15 de noviembre, sobre organización, funcionamiento y desarrollo del Tribunal Constitucional (arts. 57 al 61).

De este recurso se hizo uso en nuestro Sistema en varias ocasiones (LOAPA, Elecciones Locales, Reforma del art. 417 bis del C. Penal —despenalización del aborto—, Incompatibilidad de Diputados y Senadores, LODE y Supresión del Recurso Previo de Inconstitucionalidad contra proyectos de Estatutos de Autonomía y Leyes Orgánicas).

Lo cierto es que esta modalidad de recurso no está prevista en la Constitución y «puede, además, afirmarse que un estudio sereno de los preceptos constitucionales atinentes a la regulación de las atribuciones del TC, lleva a la conclusión de que en la mens legislationis no figuraron representaciones conducentes a establecerlo» (cfr. ALMAGRO, «Justicia Constitucional», Madrid, 1980, p. 351, en términos semejantes, ALBA NAVARRO, «El recurso previo de inconstitucionalidad contra Proyectos de Ley Orgánica», R.D. Pol. UNED, 16, 1982-83, pp. 167-168; también CRUZ VILLALÓN, «El control previo de constitucionalidad», R. D. Público, n.º 82, 1981 —el Rec. Previo de Inconstituc. se reduce a un filtro suplementario en cuya misma regulación se advierte que no supone incremento alguno de las expectativas de constitucionalidad—; SANTAOLALLA LÓPEZ, «Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad y adición sobre la LOAPA», Rev. D.

Pol., UNED, 18-19, 1983, se pronunció abiertamente por la inconstitucionalidad de este medio —p. 181—). Empero, también han de ponderarse ciertos aspectos colaterales a los que un instrumento de este carácter tiende: evitar los problemas creados por la entrada en vigor de una Ley luego declarada inconstitucional —quiebra de la seguridad jurídica, incertidumbre sobre los textos aplicables, riesgo de creación de un vacío en el ordenamiento jurídico— (cfr. CHEROT, «L'exception d'inconstitutionnalité devant le Conseil Constitutionnel», L'Actualité Juridique. Droit Administratif, (2), 1982 —Finalité du contrôle préventif des lois—).

El TC, S. 66/1985, de 23 de mayo, ponente prof. Rubio Llorente, desestimó el recurso de inconstitucionalidad contra esta L. O., considerando, entre otros argumentos, que la posibilidad de suspensión no está implícita en la caracterización constitucional del Tribunal (Fdto. Jurídico 5.º).

## 2) LEY ORGÁNICA 5/1985, DE 19 DE JUNIO (BOE. DE 20 DE JUNIO), DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL.

El apartado octavo del ordinal II del Preámbulo, en lo que a lo procesal conviene, señala: «Las novedades que se pueden destacar en este Título —se refiere al I— son entre otras el sistema del Censo Electoral, la ordenación de los gastos y subvenciones electorales y su procedimiento de control y las garantías judiciales para hacer eficaz el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo».

Destacamos, de esta regulación de las garantías judiciales, los siguientes preceptos:

### Sección III.

Recurso contra la proclamación de candidaturas y candidatos.

Artículo cuarenta y nueve.

«1. A partir de la proclamación, cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada, disponen de un plazo de dos días para interponer recurso contra los acuerdos de proclamación de las Juntas electorales, ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo. En el mismo acto de interposición debe presentar las alegaciones que estime pertinentes acompañada de los elementos de prueba oportunos.

2. El plazo para interponer el recurso previsto en el párrafo anterior discurre a partir de la publicación de los candidatos procla-

mados, sin perjuicio de la preceptiva notificación al representante de aquel o aquellos que hubieran sido excluidos.

3. La resolución judicial que habrá de dictarse en los dos días siguientes a la interposición del recurso, tiene carácter firme e inapelable, sin perjuicio del procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional, a cuyo efecto, con el recurso regulado en el presente artículo, se entenderá cumplido el requisito establecido en el artículo 44.1.a), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

4. El amparo debe solicitarse en el plazo de dos días y el Tribunal Constitucional debe resolver sobre el mismo en los tres días siguientes».

## Sección VII.

### Derecho de rectificación.

#### Artículo sesenta y ocho.

«Cuando por cualquier medio de comunicación social se difundan hechos que aludan a candidatos o a dirigentes de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones que concurren a la elección, que éstos consideren inexactos y cuya divulgación pueda causarles perjuicio, podrán solicitar el derecho de rectificación, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 2/1984, de 23 de marzo, con las siguientes especialidades:

a) Si la información que se pretende rectificar se hubiera difundido en una publicación cuya periodicidad no permita divulgar la rectificación, en los tres días siguientes a su recepción, el director del medio de comunicación deberá hacerla publicar a su costa dentro del plazo indicado en otro medio de la misma zona y de similar difusión.

b) El juicio verbal regulado en el párrafo 2.º del art. 5.º de la mencionada Ley Orgánica se celebrará dentro de los cuatro días siguientes al de la petición».

## Sección XVI.

### Contencioso electoral.

#### Artículo ciento nueve.

«Pueden ser objeto de recurso contencioso electoral los acuerdos de las Juntas Electorales sobre la proclamación de electos, así como la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales».

#### Artículo ciento diez.

«Están legitimados para interponer el recurso contencioso electoral o para oponerse a los que se interpongan:

a) Los candidatos proclamados o no proclamados.

b) Los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción.

c) Los partidos políticos, asociaciones, federaciones y coaliciones que hayan presentado candidaturas en la circunscripción».

#### Artículo ciento once.

«La representación pública y la defensa de la legalidad en el recurso contencioso electoral corresponde al Ministerio Fiscal».

#### Artículo ciento doce.

«1. El recurso contencioso electoral se interpone ante la Junta Electoral correspondiente dentro de los tres días siguientes al acto de proclamación de electos y se formaliza en el mismo escrito, en el que se consignan los hechos, los fundamentos de Derecho y la petición que se deduzca.

2. Al día siguiente de su presentación, el Presidente de la Junta ha de remitir a la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia correspondiente el escrito de interposición, el expediente electoral y un informe de la Junta en el que se consigne cuanto se estime procedente como fundamento del acuerdo impugnado. La resolución que ordena la remisión se notificará, inmediatamente después de su cumplimiento, a los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción, emplazándoles para que puedan comparecer ante la Sala dentro de los dos días siguientes.

3. La Sala, al día siguiente de la finalización del término para la comparecencia de los interesados, dará traslado del escrito de interposición y de los documentos que lo acompañen al Ministerio Fiscal y a las partes que se hubieran personado en el proceso, poniéndoles de manifiesto el expediente electoral y el informe de la Junta Electoral, para que en el plazo común e improrrogable de cuatro días puedan formular las alegaciones que estimen convenientes. A los escritos de alegaciones se pueden acompañar los documentos que, a su juicio, puedan servir para apoyar o desvirtuar los fundamentos de la impugnación. Asimismo, se puede solicitar el recibimiento a prueba y proponer aquellas que se consideren oportunas.

4. Transcurrido el período de alegaciones, la Sala, dentro del día siguiente, podrá acordar de oficio o a instancia de parte el recibimiento a prueba y la práctica de las que declare pertinentes. La fase probatoria se desarrollará con arreglo a las normas estableci-

das para el proceso contencioso-administrativo, si bien el plazo no podrá exceder de cinco días».

Artículo ciento trece.

«1. Concluido el período probatorio, en su caso, la Sala, sin más trámite, dictará Sentencia en el plazo de cuatro días.

2. La Sentencia habrá de pronunciar alguno de los fallos siguientes:

a) Inadmisibilidad del recurso.

b) Validez de la elección y de la proclamación de electos, con expresión, en su caso, de la lista más votada.

c) Nulidad de acuerdo de proclamación de uno o varios electos y proclamación como tal de aquél o aquéllos a quienes corresponda.

d) Nulidad de la elección celebrada y necesidad de efectuar nueva convocatoria en la circunscripción correspondiente o de proceder a una nueva elección cuando se trate de la del Presidente de una Corporación Local, en ambos casos dentro del plazo de tres meses.

3. No procederá la nulidad cuando el vicio del procedimiento electoral no sea determinante del resultado de la elección. La invalidez de la votación en una o en varias Secciones tampoco comporta la nulidad de la elección cuando no se altere el resultado final».

Artículo ciento catorce.

«1. La Sentencia se notifica a los interesados no más tarde del día trigésimo séptimo posterior a las elecciones.

2. Contra la misma no procede recurso contencioso alguno, ordinario ni extraordinario, salvo el de aclaración.

Artículo ciento quince.

«1. Las Sentencias se comunican a la Junta Electoral correspondiente, mediante testimonio en forma, con devolución del expediente, para su inmediato y estricto cumplimiento.

2. La Sala, de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal o de las partes, podrá dirigirse directamente a las autoridades, organismos e instituciones de todo orden a las que alcance el contenido de la Sentencia y, asimismo, adoptará cuantas medidas sean adecuadas para la ejecución de los pronunciamientos contenidos en el fallo».

Artículo ciento dieciséis.

«1. Los recursos contencioso-electorales tienen carácter de urgentes y gozan de preferencia absoluta en su sustanciación y fallo ante las Salas de lo contencioso-administrativo competentes.

2. En todo lo no expresamente regulado por esta Ley en materia contencioso-electoral será de aplicación la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa».

Artículo ciento diecisiete.

«Los recursos judiciales previstos en esta Ley son gratuitos. No obstante procederá la condena en costas a la parte o partes que hayan mantenido posiciones infundadas, salvo que circunstancias excepcionales, valoradas en la resolución que se dicte, motiven su no imposición».

Sección III.

Procedimiento judicial.

Artículo ciento cincuenta y uno.

«1. El procedimiento para la sanción de estos delitos se tramitará con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las actuaciones que se produzcan por aplicación de estas normas tendrán carácter preferente y se tramitarán con la máxima urgencia posible.

2. La acción penal que nace en estos delitos es pública y podrá ejercitarse sin necesidad de depósito o fianza alguna».

Artículo ciento cincuenta y dos.

«El Tribunal o Juez a quien corresponda la ejecución de las Sentencias firmes dictadas en causas por delitos a los que se defiere este Título dispondrá la publicación de aquellas en el «Boletín Oficial» de la Provincia y remitirá testimonio de las mismas a la Junta Electoral Central».

Disposición Transitoria Quinta.

«Hasta tanto entren en funcionamiento los Juzgados de lo contencioso-administrativo y los Tribunales Superiores de Justicia, las competencias que les atribuye esta Ley serán desarrolladas por las Salas de lo contencioso-administrativo existentes».

Disposición Derogatoria.

«Quedan derogados el Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales; la Ley 39/1978, de 17 de julio, de elecciones locales; la Ley Orgánica 6/1983, de 2 de marzo, que modifica determinados artículos de la anterior; la Ley 14/1980, de 18 de abril, sobre régimen de encuestas electorales y cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley».

- 3) REAL DECRETO 849/1985, DE 5 DE JUNIO (BOE. DE 10 DE JUNIO, CORRECCIÓN DE ERRORES EN 11 DE JUNIO), POR EL QUE SE DESARROLLA EL APARTADO 1.4 DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL NOVENA DE LA LEY 30/1984, DE 2 DE AGOSTO, POR LA QUE SE CREA EL CUERPO SUPERIOR DE LETRADOS DEL ESTADO.

«Art. 3.º 1. Los puestos de trabajo de asistencia jurídica del Estado, tanto consultiva como contenciosa, que se adscriben con carácter exclusivo al Cuerpo Superior de Letrados del Estado son los determinados en el anexo del presente Real Decreto.

2. El Ministerio de Justicia, a propuesta motivada del titular del Departamento ministerial interesado, podrá acordar que un Abogado en ejercicio, especialmente designado al efecto, actúe en juicio, en un asunto determinado, en representación y defensa del Estado.

3. Cuando el servicio lo requiera, el Director General del Servicio Jurídico del Estado podrá designar a Letrados de la localidad correspondiente para que realicen determinadas actuaciones o sustituyan al Letrado del Estado en caso de enfermedad, ausencia o por coincidencia con otras actuaciones, prefiriendo, si les hubiere, a funcionarios que sean licenciados en Derecho».

«Art. 4.º 1. A excepción de los que presten servicio en el Consejo de Estado, quienes desempeñen los puestos de trabajo de Letrados a que se refiere el artículo anterior, sean o no funcionarios, podrán asumir, sin necesidad de habilitación previa en cada caso, la representación y defensa del Estado, sus Organismos autónomos y demás Entidades públicas.

2. Dichos Letrados quedan sometidos en su actuación a la dirección y coordinación jurídicas que ejercerá el Ministro de Justicia, directamente o a través del Director General del Servicio Jurídico del Estado. A tal efecto podrán impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de sus funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos, pudiendo asimismo requerir a su presencia a cualquier Letrado para recibir directamente sus informes o formular las indicaciones que estimen oportunas».

«Art. 5.º 1. Corresponden asimismo al Ministro de Justicia, en relación a los funcionarios del Cuerpo Superior de Letrados del Estado, salvo que presten servicio en el Consejo de Estado, las competencias siguientes:

a) Las derivadas de la adscripción del Cuerpo al Ministerio de Justicia, enunciadas en el artículo 8.º del Real Decreto 2169/1984, de 27 de noviembre.»

#### Disposiciones Adicionales.

«Primera.— Las referencias que se contienen en las disposiciones vigentes a los Cuerpos de Abogados del Estado, Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia, letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado y Letrados del Consejo de Estado, así como a los funcionarios a ellos pertenecientes, se entenderán hechas en lo sucesivo, respectivamente, al Cuerpo Superior de Letrados del Estado y a los Letrados del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 30/1984».

- 4) REAL DECRETO 850/1985 DE 5 DE JUNIO (BOE. DE 10 DE JUNIO, CORRECCIÓN DE ERRORES EN 11 DE JUNIO) DE ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DEL ESTADO.

«Art. 5.º La Subdirección General de los Servicios Contenciosos tendrá a su cargo el desempeño de las funciones que correspondan al Centro directivo en cuanto se relacionen con:

— La representación y defensa del Estado y sus Organismos autónomos, así como las demás Entidades públicas, ante cualesquiera jurisdicciones, en los casos establecidos en las disposiciones legales vigentes.

— Las reclamaciones previas al ejercicio de las acciones civiles o laborales en vía judicial.

— Los expedientes relativos al pago de costas a que fuere condenado el Estado.

— Las cuestiones de competencia.

— Los procedimientos parajudiciales en que esté interesado el Estado.

— La asistencia a los servicios jurídicos del Estado ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas.»

#### Disposición Adicional quinta.

«Los Servicios Jurídicos del Estado en la Administración Periférica asumirán las funciones de asistencia jurídica, contenciosa y consultiva, actualmente encomendadas a la Abogacía del Estado en la Administración Periférica, incluidas las ejercidas en las Delegaciones de Hacienda, Tribunales Económico-Administrativos y demás órganos de aquélla. Las restantes funciones desempeñadas hasta ahora por la Abogacía del Estado en dichas Delegaciones serán asumidas por los órganos correspondientes de éstas».

- 5) REAL DECRETO 1030/1985, DE 19 DE JUNIO (BOE. DE 1 DE JULIO), POR EL QUE SE APRUEBA EL ARANCEL DE DERECHOS DE LOS PROCURADORES DE LOS TRIBUNALES.

«Art. 1.º Se aprueban los adjuntos Aranceles de derechos de los Procuradores de los Tribunales.

Art. 2.º Estos aranceles comenzarán a regir el día primero del mes siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Art. 3.º Quedan derogados los aranceles de derechos de los Procuradores de los Tribunales aprobados por Decreto 2929/1974, de 3 de octubre, actualizados por Real Decreto 673/1978, de 2 de marzo, así como los aprobados por los Reales Decretos 1903/1979, de 6 de julio, y 2397/1981, de 3 de agosto».

#### Disposición Transitoria.

«En los asuntos que se encuentren en tramitación en la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto se aplicarán estos nuevos Aranceles exclusivamente para los períodos o actuaciones que se inicien con posterioridad a aquélla.»

El anexo comprende 222 artículos y 11 Disposiciones Generales Comunes.

- 6) LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO (BOE. DE 2 DE JULIO, CORRECCIÓN DE ERRORES EN 4 DE NOVIEMBRE) DEL PODER JUDICIAL.

Consta esta trascendental disposición, que sustituye a la provisional de 8 de septiembre de 1870, de una Exposición de Motivos con diez ordinales, comprensivos de cuarenta y seis apartados, 508 artículos, 13 Disposiciones Adicionales, 34 Transitorias, 1 Derogatoria y 1 Final.

Contiene una mezcla no ortodoxa de Disposiciones orgánicas y procesales y multitud de innovaciones (Supremacía Constitucional expresa; tutela y legitimación de los intereses difusos; principio de moralización, probidad y significación social del proceso; Planta y organización territorial; gobierno del Poder Judicial; Régimen de los Juzgados y Tribunales; Actuaciones Judiciales; Impulso de Oficio; Nulidad de los actos judiciales; Resoluciones judiciales: Providencias, autos, Sentencias, Propuestas de Resolución por el Secretario; Forma de las resoluciones: Sentencias —Antecedentes de hecho, hechos probados, fundamentos de Derecho y fallo—; Necesidad de hacer constar en la notificación la firmeza o no de la resolución,

recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello; Diligencias de ordenación; Responsabilidad patrimonial del Estado para el funcionamiento de la Administración de Justicia; Acción judicial para el reconocimiento del error judicial; Responsabilidad —penal, civil y disciplinaria— de los Jueces y Magistrados; Centro de Estudios Judiciales; Ministerio Fiscal; Abogados y Procuradores; Policía Judicial; Personal al servicio de la Administración de Justicia —Secretarios, Oficiales, Auxiliares, Agentes, Médicos Forenses y demás personal—).

- 7) LEY ORGÁNICA 7/1985, DE 1 DE JULIO (BOE. DE 3 DE JULIO) SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.

Comprende 36 artículos, 2 disposiciones adicionales, 3 transitorias, 2 finales y 1 derogatoria. Por su relevancia procesal reseñamos los siguientes preceptos:

#### Título IV.

##### Salidas del territorio español.

##### Artículo veinte.

«Las salidas del territorio español podrán realizarse voluntariamente —salvo en los casos de prohibición, previstos en la presente Ley— u obligatoriamente, en los supuestos de expulsión y de devolución regulados en los artículos 26 y 36.»

##### Artículo veintiuno.

«1. Las salidas deberán realizarse por cualquiera de los puestos que hubieran sido habilitados para la entrada, y previa exhibición de uno de los documentos a que se refiere el artículo doce, párrafo 1, de esta Ley.

2. Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1.

Si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfac-

ción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta.

3. Para la efectividad de lo dispuesto en los párrafos anteriores, las autoridades judiciales comunicarán las autorizaciones de salida y las expulsiones que acordasen a los servicios competentes del Ministerio del Interior.

4. Excepcionalmente, mediante resolución motivada del Ministro del Interior, podrá impedirse la salida del extranjero, si esta medida es necesaria para proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud pública y los derechos y libertades de los españoles».

#### Artículo veintiséis.

«1. Los extranjeros podrán ser expulsados de España por resolución del Director de la Seguridad del Estado, cuando incurren en alguno de los supuestos siguientes.

a) Encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fueran exigibles.

b) No haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con permiso de residencia válido.

c) Estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países.

d) Haber sido condenados, fuera o dentro de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados.

e) Incurrir en demora u ocultación dolosas o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior, las circunstancias relativas a su situación, de acuerdo con el artículo 14.

f) Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales.

2. En los supuestos a que se refieren los apartados a), c) y f) del número anterior, se podrá proceder a la detención del extranjero con carácter preventivo o cautelar mientras se sustancia el expediente.

La autoridad gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, en el plazo de setenta y dos horas, interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario. De tal medida se dará cuenta al Consulado o Embajada respectivos y al Ministro de Asuntos Exteriores. El internamiento no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, sin que pueda exceder de cuarenta días.

3. En los supuestos de extranjeros sometidos a expedientes de expulsión, en trámite de instrucción o de ejecución, a los cuales se hayan instruido diligencias por la comisión de delitos cometidos con posterioridad a la incoación de dichos expedientes, el Juez acordará lo que proceda sobre su situación personal, conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si se acordara la libertad provisional del extranjero, el Juez o Tribunal podrá autorizar su expulsión, cuando se trate de delitos menos graves, atendiendo a las circunstancias del caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 de esta Ley.»

#### Título VII.

#### Garantías y régimen jurídico.

#### Artículo veintinueve.

«1. Los extranjeros gozarán en España de la protección y garantías establecidas en la Constitución y en las leyes.

2. Las resoluciones gubernativas adoptadas en relación a los extranjeros habrán de dictarse y notificarse de acuerdo con los requisitos exigidos por la Ley de Procedimiento Administrativo y, en cualquier caso, con audiencia del interesado en la forma que prevén los artículos siguientes.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no será necesario que los acuerdos de interposición de sanciones especifiquen aquellas circunstancias cuyo conocimiento ponga en peligro la seguridad interior o exterior del Estado.»

#### Artículo treinta.

«1. La tramitación de los expedientes de expulsión, en los supuestos del párrafo 1, apartados a), c) y f) del artículo 26, tendrá carácter preferente.

2. Cuando, de las investigaciones practicadas, se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión se dará traslado de la propuesta mo-

tivada y por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado, en el plazo de cuarenta y ocho horas. En los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva del extranjero, éste tendrá derecho a la asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o habla el castecano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos.

3. La ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata.»

#### Artículo treinta y cuatro.

«Las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros, serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes. En ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley.»

#### Artículo treinta y cinco.

«En todo caso, el extranjero podrá interponer los recursos procedentes, en vía administrativa o jurisdiccional. El recurso podrá cursarse con arreglo a las normas comunes o ante las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes lo remitirán seguidamente al organismo competente. Podrá recurrir por conducto del Cónsul de la propia nación, el cual será tenido entonces por representante recurrente.»

#### 8) LEY 19/1985 DE 16 DE JULIO (BOE. DE 19 DE JULIO), CAMBIARIA Y DEL CHEQUE.

Comprende un Preámbulo con cinco ordinales, 167 artículos, 2 disposiciones adicionales, 1 transitoria, 1 derogatoria, y 2 finales. Como indica el párrafo tercero del ordinal II del Preámbulo, la Ley recoge sustancialmente la regulación ginebrina de las Leyes Uniformes anejas a los Convenios de Ginebra de 7 de junio de 1930 y 19 de marzo de 1931. En nuestra opinión la técnica y realidad procesal en España han sido tenidos poco en cuenta.

Reseñamos los siguientes preceptos:

#### Artículo veinte.

El demandado por una acción cambiaria no podrá oponer al tenedor excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador o con los tenedores anteriores, a no ser que el tenedor, al adquirir la letra, haya procedido a sabiendas en perjuicio del deudor.

De las acciones por falta de aceptación y por falta de pago.

#### Artículo cuarenta y nueve.

«La acción cambiaria puede ser directa contra el aceptante o sus avalistas, o de regreso contra cualquier otro obligado.

A falta de pago, el tenedor, aunque sea el propio librador, tendrá contra el aceptante y su avalista la acción directa derivada de la letra de cambio para reclamar sin necesidad de protesto, tanto en la vía ordinaria como en la ejecutiva, lo yrevisto en los artículos 58 y 59.»

#### Artículo cincuenta.

«El tenedor podrá ejercitar su acción de regreso contra los endosantes, el librador y las demás personas obligadas una vez vencida la letra, cuando el pago no se haya efectuado.

La misma acción podrá ejercitarse antes del vencimiento en los siguientes casos:

a) Cuando se hubiere denegado total o parcialmente la aceptación.

b) Cuando el librado, sea o no aceptante, se encontrare en suspensión de pagos, quiebra o concurso o hubiere resultado infructuoso el embargo de sus bienes.

c) Cuando el librador de una letra, cuya presentación a la aceptación haya sido prohibida, se encontrare en suspensión de pagos, quiebra o concurso.

En los supuestos de los apartados b) y c) los demandados podrán obtener del Juez un plazo para el pago que en ningún caso excederá del día del vencimiento de la letra.»

#### Artículo cincuenta y uno.

«La falta de aceptación o de pago deberá hacerse constar mediante protesto levantado conforme previene el presente capítulo.

Producirá todos los efectos cambiarios del protesto la declaración que conste en la propia letra, firmada y fechada por el librado en la que se deniegue la aceptación o el pago, así como la declaración, con los mismos requisitos, del domiciliario o, en su caso, de la Cámara de Compensación, en la que se deniegue el pago, salvo que el librador haya exigido expresamente en la letra el levantamiento del protesto notarial. En todo caso la declaración del librado, del domicilio o de la Cámara de Compensación deberá ser hecha dentro de los plazos establecidos para el protesto notarial en el artículo siguiente.

El protesto notarial por falta de aceptación deberá hacerse dentro de los plazos fijados para la presentación a la aceptación o de los cinco días hábiles siguientes a su terminación.

El protesto por falta de pago de una letra de cambio pagadera a fecha fija, o a cierto plazo desde su fecha, o desde la vista, deberá hacerse en uno de los cinco días hábiles siguientes al del vencimiento de la letra de cambio. Si se tratase de una letra pagadera a la vista, el protesto deberá extenderse en el plazo indicado en el párrafo precedente para el protesto por falta de aceptación.

El protesto por falta de aceptación eximirá de la pretensión al pago y del protesto por falta de pago.

En el caso de suspensión de pagos, declaración de quiebra o concurso del librado, hafa éste aceptado o no, o del librador de una letra no sujeta a la aceptación, la presentación de la providencia teniendo por solicitada la suspensión de pagos o del auto declarativo de quiebra o concurso, bastará para que el portador pueda ejercitar sus acciones de regreso.»

#### Artículo sesenta y seis.

«En la letra de cambio tendrá aparejada ejecución a los efectos previstos en los artículos 1429 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la suma determinada en el título y por las demás cantidades, conforme a los artículos 58, 59 y 62 de la presente Ley, sin necesidad de reconocimiento judicial de las firmas.»

#### Artículo sesenta y siete.

«El deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. también podrá oponer aquellas excepciones personales que él tenga frente a los tenedores anteriores si al adquirir la letra el tenedor procedió a sabiendas en perjuicio del deudor.

El demandado cambiario podrá oponer, además, las excepciones siguientes:

1.ª La inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma.

2.ª La falta de legitimación del tenedor o de las formalidades necesarias de la letra de cambio, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

3.ª La extinción del crédito cambiario cuyo cumplimiento se exige al demandado.

Frente al ejercicio de la acción cambiaria sólo serán admisibles las excepciones enunciadas en este artículo. En el caso que se ejercite la acción cambiaria por vía ejecutiva no será de aplicación lo

previsto en el artículo 1464 y en los números 1.º y 2.º del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### Artículo sesenta y ocho.

En el ejercicio de la acción cambiaria en juicio ejecutivo se someterá al procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil con las particularidades previstas en los artículos anteriores y las que a continuación se expresan:

1.ª Si el deudor se persona por sí o por representante dentro de los tres días siguientes al en que tuvo lugar la diligencia prevista en el artículo 1442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para negar categóricamente la autenticidad de su firma o alegar falta absoluta de representación, o hace tal alegación en el acto de la diligencia, podrá el Juez, a la vista de las circunstancias del caso y de la documentación aportada, levantar el embargo, exigiendo, si lo considera conveniente, la caución o garantía adecuada. Esta resolución se adoptará en pieza separada y sin suspender el curso del juicio ejecutivo.

2.ª El auto del Juez levantando el embargo quedará sin efecto si el deudor no formula en tiempo y forma la excepción correspondiente o si, formulada, es desestimada en la sentencia.

3.ª En ningún caso se levantará el embargo cuando la letra de cambio se encuentre en alguno de los casos siguientes:

a) Cuando el libramiento, la aceptación, el aval o el endoso hayan sido intervenidos, con expresión de la fecha por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor Colegiado, o las respectivas firmas estén legitimadas en la propia letra por Notario.

b) Cuando se trate de ejecución despachada contra un obligado cambiario que, en el protesto o requerido de pago notarialmente o en acto de conciliación antes de iniciarse el juicio ejecutivo, no hubiera negado categóricamente la autenticidad de su firma en la letra, o no hubiera alegado la falta absoluta de representación.

c) Cuando el obligado cambiario hubiere reconocido su firma judicialmente o en documento público.

#### Capítulo XI.

Del extravío, sustracción o destrucción de la letra.

#### Artículo ochenta y cuatro.

En los casos de extravío, sustracción o destrucción de una letra de cambio, el tenedor desposeído de la misma podrá acudir ante el Juez para impedir que se pague a tercera persona, para que aquélla sea amortizada y para que se reconozca su titularidad.

El tenedor desposeído podrá realizar todos los actos tendentes a la conservación de su derecho. Podrá, incluso, si la letra hubiere vencido, exigir el pago de la misma, prestando la caución que fije el Juez o la consignación judicial del importe de aquélla.

#### Artículo ciento ochenta y cinco.

Será Juez competente el que ejerza jurisdicción en la localidad fijada en la letra de pago.

En la denuncia que el Juez haga el tenedor desposeído deberá indicar los requisitos esenciales de la letra de cambio y, si se trata de una letra en blanco, los que fueren suficientes para identificarla, así como las circunstancias en que vino a ser tenedor y las que acompañaron a la desposesión. Deberá acompañar los elementos de prueba de que disponga y proponer aquellos otros medios de prueba que puedan servir para fundamentar la denuncia.

Admitida la denuncia, el Juez dará traslado de la misma al librado o aceptante, ordenándole que, si fuera presentada la letra al cobro, retenga el pago y ponga las circunstancias de la presentación en conocimiento del Juzgado. Igual traslado se dará al librador y demás obligados cuando fueren conocidos y se supiese su domicilio. Todos podrán formular ante el Juez dentro de los diez días siguientes las alegaciones que estimen oportunas.

El Juez, hechas las averiguaciones que estime oportunas sobre la veracidad de los hechos y sobre el derecho del denunciante dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, ordenará inmediatamente que la denuncia se publique en el «Boletín Oficial del Estado», fijando un plazo de un mes, a contar desde la fecha de publicación para que el tenedor del título pueda comparecer y formular oposición. No obstante, si de las averiguaciones practicadas o de las alegaciones de los interesados resultare manifiestamente infundada la denuncia, podrá el Juez sobreseer el procedimiento sin publicarla, dejando sin efecto lo ordenado al librado o aceptante.

#### Artículo ochenta y seis.

Si dentro del plazo de un mes se presentare un tercero, aportando la letra y oponiéndose a la denuncia, se dará traslado de la oposición al denunciante y al librado o aceptante y, previa audiencia del Ministerio Fiscal, el Juez resolverá, mediante el procedimiento previsto para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### Artículo ochenta y siete.

Transcurrido un mes desde la publicación de la denuncia sin que nadie la contradiga o al desistir la oposición, el Juez dictará sentencia en la que declarará la amortización del título.

Declarada judicialmente la amortización de la letra, no tendrá ésta ninguna eficacia, y el denunciante cuyo derecho hubiera sido reconocido podrá exigir el pago de su crédito en la fecha del vencimiento de la letra amortizada, retirar la caución prestada si el pago ya hubiere tenido lugar o exigir la expedición de un duplicado si la letra amortizada no estuviese vencida.

Lo establecido en este capítulo se entenderá sin perjuicio de lo que dispone el párrafo segundo del artículo 19 de la presente Ley.

### Capítulo XII.

#### De la prescripción.

#### Artículo ochenta y ocho.

Las acciones cambiarias contra el aceptante prescriben a los tres años, contados desde la fecha del vencimiento.

Las acciones del tenedor contra los endosantes y contra el librador prescribirán al año contado desde la fecha del protesto o declaración equivalente, realizados en tiempo hábil, o de la fecha del vencimiento en las letras con cláusulas «sin gastos».

Las acciones de unos endosantes contra los otros y contra el librador prescribirán a los seis meses a partir de la fecha en que el endosante hubiere pagado la letra, o de la fecha en que se hubiere dado traslado de la demanda interpuesta contra él.

#### Artículo ochenta y nueve.

La interrupción de la prescripción sólo surtirá efecto contra aquél respecto del cual se haya efectuado el acto que la interrumpa.

Serán causas de interrupción de la prescripción las establecidas en el artículo 1973 del Código Civil.

#### En cuanto al cheque:

— Los artículos 146 a 153 regulan lo relativo a las acciones en caso de falta de pago.

— Los artículos 144 y 155 las previsiones en los supuestos de extravío, sustracción o destrucción del cheque, remitiéndose a lo previsto al efecto para la letra de cambio.

— Los artículos 157 y 158 se ocupan de la prescripción.

— En cuanto al pagaré, se encuentra regulado en los arts. 94 a 97. El art. 96 se remite en lo oportuno a las disposiciones aplicables de la letra de cambio a esta institución.

**DISPOSICION ADICIONAL PRIMERA:** El apartado cuarto del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil quedará redactado en los siguientes términos.

«4.º Las letras de cambio, pagarés y cheques en los términos previstos en la Ley Cambiaria y del Cheque.»

**Disposición transitoria.**

«Las letras de cambio, pagarés y cheques emitidos con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, aun cuando estuviesen en blanco, se regirán a todos los efectos por las disposiciones anteriores a pesar de que alguna de las obligaciones que en ellos se contengan se suscriban con posterioridad a esta fecha.»

**Disposición derogatoria.**

«Quedan derogados, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, los artículos 443 al 543 del Código de Comercio, el artículo 950 del mismo cuerpo legal, en lo relativo a la prescripción de las acciones derivadas de los títulos regulados en esta Ley, y el artículo 1465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

**Disposición final segunda.**

La presente Ley entrará en vigor el día 1 de enero de 1966.

**9) LEY ORGÁNICA 11/1985, DE 2 DE AGOSTO (BOE. DE 8 DE AGOSTO), DE LIBERTAD SINDICAL.**

**Artículo 4-6.**

«Tanto la Autoridad Pública, como quienes acrediten un interés directo, personal y legítimo, podrán promover ante la Autoridad Judicial la declaración de no conformidad a derecho de cualesquiera estatutos que hayan sido objeto de depósito y publicación.»

**Artículo 5-3.**

«Las cuotas sindicales no podrán ser objeto de embargo.»

**Artículo trece-I.**

«Cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical, por actuación del empleador, asociación patronal, Administraciones Públicas o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, podrá recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.»

**Artículo catorce.**

«El sindicato a que pertenezca el trabajador presuntamente lesionado, así como cualquier sindicato que ostente la condición de más

representativo, podrá personarse como coadyuvante en el proceso incoado por aquél.»

**Artículo quince.**

«Si el órgano judicial entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical decretará el cese inmediato del comportamiento antisindical, así como la reaparición consiguiente de sus consecuencias ilícitas, remitiendo las actuaciones al Ministerio Fiscal, a los efectos de depuración de eventuales conductas delictivas.»

**10) LEY 29/1985, DE 2 DE AGOSTO (BOE. DE 8 DE AGOSTO), DE AGUAS.**

**Artículo ciento doce.**

«En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito o falta, la Administración pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción de la autoridad judicial excluirá la imposición de multa administrativa. De no haberse estimado la existencia de delito o falta, la Administración podrá continuar el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.»

**Artículo ciento trece.**

«Corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de cualesquiera Administraciones públicas en materia de aguas, sujetos al Derecho Administrativo.»

**11) REAL DECRETO 1348/1985 DE 1 DE AGOSTO (BOE. 3, 5 Y 6 DE AGOSTO), POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE ORDENACIÓN DEL SEGURO PRIVADO.**

**Art. 42. Impugnación de acuerdos de la Junta General.**

1. Podrán ser impugnados, según las normas y los plazos señalados en este artículo, los acuerdos de la Junta general que sean contrarios a la Ley, a los estatutos o lesiones en beneficio de uno o varios socios los intereses de la mutualidad. La sentencia que estime la acción producirá efectos frente a todos los socios, pero no afectará a los derechos adquiridos de buena fe por los terceros a consecuencia del acuerdo impugnado.

2. No procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro.

3. Están legitimados para el ejercicio de las acciones de impugnación los socios que hubieran votado en contra del acuerdo, constando en acta, así como los socios ausentes y los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto. Se observarán las normas procesales de la Ley de Sociedades Anónimas relativas a la impugnación de acuerdos sociales, aunque refiriendo la proporción de capital social a la de votos.

4. La acción de impugnación caducará por el transcurso de tres meses desde la fecha del acuerdo. No quedan sometido a dicho plazo de caducidad las acciones de nulidad de los acuerdos contrarios a la Ley, que podrán ejercitarse pasado ese plazo por el procedimiento del juicio declarativo ordinario.»

#### Art. 103. Intervención sin liquidación.

El Ministerio de Economía y Hacienda podrá acordar la intervención de una Entidad aseguradora para comprobar y garantizar el correcto cumplimiento de órdenes concretas emanadas del citado Ministerio, cuando en otro caso pudieran infringirse tales órdenes y de ello derivase perjuicio mediato o inmediato para los asegurados (artículos 42.2 j) de la Ley).

#### Art. 104. Cese de la intervención.

1. La intervención administrativa desaparecerá cuando hayan desaparecido las causas que la motivaron, cuando se haya producido declaración de quiebra de la Entidad o cuando se dé por concluida su liquidación. En tales supuestos se dictará Orden dando por finalizado el cometido de los interventores, quienes levantarán la correspondiente acta.

2. Cuando se produzca la declaración judicial de quiebra o de concurso, el Ministerio de Economía y Hacienda continuará la liquidación intervenida sólo al efecto de distribuir entre los asegurados el importe de los bienes a que se refiere el artículo 33 de la Ley y 107 de este Reglamento, cesando la intervención del mismo en cuanto al resto de la liquidación y prestará a la autoridad.»

#### Art. 105. Acciones individuales.

1. Si no se hubiera 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 no deriven de contratos de seguros.

2. No obstante, al término de un año desde 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 (artículo 32.1 y 2 de la Ley).

3. Si la liquidación se llevase a cabo por la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.º del Real Decreto-Ley 10/1984, de 11 de julio, la suspensión sólo se levantará cuando, sometido al plan de liquidación a los acreedores, fuere rechazado por éstos.»

#### Art. 109. Comisiones de Conciliación.

1. Al producirse las divergencias, las partes podrán someterse voluntariamente a la decisión de las Comisiones de Conciliación que se regulan en el presente artículo (artículo 34.2 de la Ley).

2. Se designará una comisión en cada capital de provincia, con competencia para resolver las divergencias que le sean sometidas por las partes referentes a siniestros que afecten a asegurados con domicilio en la provincia respectiva, en los que concurren las circunstancias siguientes:

a) Que se trate de pólizas de seguro de los ramos o modalidades de vida, de incendios no incluidos en los seguros agrarios, de robo, y de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor (seguros obligatorio y voluntario).

b) Que la cantidad reclamada no exceda de 1.000.000 de pesetas.

3. La composición de estas Comisiones será la siguiente:

a) Cada Comisión estará integrada por tres miembros, que deberán ser licenciados en Derecho y poseer conocimientos específicos en materia de seguros.

b) La designación se hará por el Director general de Seguros teniendo en cuenta que uno de los miembros será funcionario del Estado y actuará como Presidente de la Comisión; otro deberá representar a los asegurados y otro representará a las Entidades aseguradoras.

c) La duración del mandato de los miembros de la Comisión será por tres años, pudiendo renunciar al cargo y también ser reelegidos.

4. La sumisión a este procedimiento se hará constar por escrito. Las Entidades aseguradoras podrán hacer la sumisión caso por caso, con carácter general, mediante la declaración formal ante el Ministerio de Economía y Hacienda, o por cada ramo o modalidad de seguros, y por el período de tiempo que estimen conveniente.

5. 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 conveniente; la Comisión también podrá pedir que aporten las que considere necesarias. La Comisión resolverá el conflicto según su leal saber y entender y su laudo firme será ejecutivo (artículo 34.2 de la Ley), previa sustanciación en su caso, del correspondiente recurso de nulidad.

6. Las Comisiones se establecerán de manera sucesiva y, según el volumen de asuntos, el Ministerio de Economía y Hacienda podrá crear secciones especializadas y ampliar o reducir el número de ellas. Igualmente podrá ampliar o reducir los ramos a los que pueda aplicarse este procedimiento y actualizar periódicamente la cuantía de los siniestros a que se refiere la letra b) del número 2 de este artículo.

7. La concurrencia a las reuniones dará derecho a los miembros de las Comisiones a percibir indemnizaciones por asistencia. Las cantidades devengadas como «asistencia» se financiarán con los recursos generados por los recargos sobre las primas recaudadas por las Entidades aseguradoras a que se refieren la disposición final cuarta de la Ley y disposición transitoria del Real Decreto-Ley 10/1984, de 11 de julio, y se harán efectivas con imputación a los Presupuestos de la Dirección General de Seguros. El derecho a la percepción de indemnizaciones por asistencia se extiende a todos los miembros de las Comisiones de Conciliación que concurren personalmente a las reuniones, pero sin que ello implique en ningún caso la existencia de relación jurídica de empleo con la Administración.

8. Las normas vigentes sobre arbitraje de equidad tendrán carácter supletorio para el arbitraje establecido en este artículo (artículo 34.4 de la Ley).»

(Sigue el legislador aquí una tendencia de la que ya dimos cuenta en nuestra Reseña a la Ley 33/1984 y la 26/1984, de Defensa a los Consumidores y Usuarios —vid. Justicia 85-III, pp. 725 y 730—, así como respecto a la imitación de las Comisiones de Reclamaciones del derecho sueco y la impropiedad designativa, Comisiones de Conciliación, cuando se trata de Comisiones de Arbitraje. Sobre esta tendencia y aspectos de la solución de controversias afectantes a intereses de grupo o difusos, vid. LOZANO-HIGUERO, «La protección

procesal de los intereses difusos (intereses de los consumidores, ecológicos, urbanísticos, el acceso a la RTVE)», Madrid, 1983, esp. páginas 224 y ss.).

#### Art. 110. Arbitraje.

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 seguro que tengan suscritos. La tramitación del arbitraje se ajustará a lo prevenido en la vigente Ley de Arbitrajes Privados (artículo 34.3 de la Ley). El arbitraje será de derecho o de equidad.

#### Art. 112. Inembargabilidad de determinados bienes.

1. No podrán embargarse los bienes afectados a que se refiere el art. 42.2 e) de la Ley y 120.2 e) de este Reglamento, 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 obligaciones derivadas de contratos de seguros, el órgano de control correspondiente determinará los bienes sobre los que podrá ejecutarse la resolución judicial, salvo que decrete la disolución y liquidación intervenida de la Entidad. Si la autoridad judicial declarase la quiebra será de aplicación lo establecido en el art. 32.3 de la Ley y 104.2 de este Reglamento (artículos 36.1 y 2 de la Ley).

#### 12) REAL DECRETO 1832/1985 DE 1 DE AGOSTO (BOE. DE 12 DE AGOSTO), POR EL QUE SE REGULA LA RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN.

#### Art. 14. Jurisdicción competente.

«Los conflictos que surjan entre el personal de alta dirección y las Empresas como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en este Real Decreto serán de la competencia de los jueces y magistrados del orden jurisdiccional social.»

#### 13) REAL DECRETO 1424/1985, DE 1 DE AGOSTO (BOE. DE 13 DE AGOSTO), POR EL QUE SE REGULA LA RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL DEL SERVICIO DE HOGAR FAMILIAR.

#### Art. 12. Jurisdicción competente.

«Los conflictos que surjan como consecuencia de la aplicación de la normativa reguladora de la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar corresponderán a los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional social.»

- 14) REAL DECRETO 1435/1985, DE 1 DE AGOSTO (BOE. DE 13 DE AGOSTO), POR EL QUE SE REGULA LA RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL DE LOS ARTISTAS EN ESPECTÁCULOS PÚBLICOS.

Art. 11. Jurisdicción competente.— Los conflictos que surjan entre los artistas en espectáculos públicos y las empresas como consecuencia del contrato de trabajo, serán competencia de los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social.

- 15) LEY 36/1985, DE 6 DE NOVIEMBRE (BOE. 12 DE NOVIEMBRE) POR LA QUE SE REGULAN LAS RELACIONES ENTRE LA INSTITUCIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO Y LAS FIGURAS SIMILARES ENTRE LAS DISTINTAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

Artículo primero. Prerrogativas y garantías.

1. Los titulares de las instituciones autonómicas similares a la del Defensor del Pueblo, Comisionados territoriales de las respectivas Asambleas Legislativas, gozarán, durante el ejercicio de su cargo, de las garantías de inviolabilidad e inmunidad que se otorgan a los miembros de aquéllas en los respectivos Estatutos de Autonomía.

El aforamiento especial se entenderá referido a la Sala correspondiente de los Tribunales Superiores de Justicia en cada ámbito territorial.

2. Serán igualmente aplicables a dichas instituciones autonómicas, siempre dentro del respectivo ámbito de competencia estatutaria, las siguientes garantías establecidas en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, para el Defensor del Pueblo:

a) Las preceptuadas en los artículos 16 (inviolabilidad de la correspondencia y otras comunicaciones), 24 (medidas en caso de entorpecimiento o resistencia a la actuación investigadora) y 26 (ejercicio de acciones de responsabilidad).

b) La contenida en el artículo 25.2 de la misma Ley (denuncia de infracciones e irregularidades), entendiéndose que, en tales casos, la relación del Comisionado parlamentario autonómico será con el Fiscal que corresponda en el respectivo ámbito territorial.

c) Cuando los supuestos previstos en el apartado anterior hagan referencia a las actividades de las Administraciones Públicas no autonómicas, el Comisionado parlamentario de la Comunidad autónoma notificará al Defensor del Pueblo las infracciones e irregularidades que haya observado. El Defensor del Pueblo, atendiendo dicha información, podrá intervenir en uso de las facultades que le confiere la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, e informar al respectivo Comisionado parlamentario de sus gestiones ante el Fiscal General del Estado y del resultado de la misma.

3. Las prerrogativas y garantía que se reconocen a los Comisionados parlamentarios autonómicos serán también aplicables, en su caso, a los adjuntos durante el ejercicio de sus funciones.

4. La declaración de los estados de excepción o de sitio no interrumpirán la actividad de los Comisionados de los Parlamentos autonómicos, ni el derecho de las personas afectadas de acceder a ellos, siempre dentro del respeto a lo preceptuado en los artículos 55 y 116 de la Constitución y en las Leyes Orgánicas que los desarrollan.

Artículo segundo. Régimen de colaboración y coordinación de las instituciones.

1. La protección de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y la supervisión a estos efectos, de la actividad de la Administración pública propia dentro de la Comunidad Autónoma, así como las Administraciones de los Entes Locales, se podrá realizar, de oficio o a instancia de parte, por el defensor del Pueblo y el Comisionado parlamentario autonómico en régimen de cooperación, según lo establecido en el apartado segundo de este artículo, en todo aquello que se refiera a materias sobre las cuales se atribuyan competencias a la Comunidad Autónoma en la Constitución y en el respectivo Estatuto de Autonomía y sin mengua de lo establecido en cuanto a facultades del Defensor del Pueblo por la Constitución y por la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril.

Disposición transitoria.

Hasta que se constituyan los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, será competente para actuar, en los supuestos a que se refiere el apartado primero del artículo primero de esta Ley, el Pleno de la Audiencia Territorial correspondiente.

No obstante, en aquellas Comunidades Autónomas en cuyo territorio existiese más de una Audiencia Territorial, la competencia vendrá atribuida a la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional.

16) LEY ORGÁNICA 12/1985, DE 27 DE NOVIEMBRE (BOE. 29 DE NOVIEMBRE), DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS.

Consta de 67 artículos, 2 disposiciones transitorias, 4 adicionales, 1 derogatoria y 1 final.

**Artículo cuarto.**

«La iniciación de un procedimiento judicial no impedirá la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando la sentencia recaída en aquel procedimiento, cuya declaración de hechos probados vinculará a la Administración, fuese firme.

Las autoridades con potestad disciplinaria, para evitar perjuicio al servicio, podrán suspender en sus funciones al inculpado por tiempo que no exceda de tres meses.»

**Artículo setenta y cinco.**

«El encartado podrá contar con asesoramiento de Letrado o del militar que designe al efecto, que podrá asistirle en las actuaciones a que dé lugar el expediente.»

**Capítulo V.**

**Recursos.**

**Artículo setenta y seis.**

«Contra las sanciones se podrá interponer recurso de reposición ante el Ministro de Defensa. Contra su resolución podrá interponerse en el plazo de dos meses recurso contencioso-disciplinario militar.»

**Disposición Transitoria primera.**

«En tanto no se aprueben las correspondientes leyes procesales y de organización de Tribunales militares, el recurso contencioso-disciplinario militar al que hacen referencia los artículos 52 y 76 de la presente Ley se interpondrá ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional cuando las sanciones hayan sido impuestas o revisadas por el Ministro de Defensa y ante la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar en los demás casos.»

**Disposición Adicional primera.**

«Los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria pondrán en conocimiento del Ministerio de Defensa toda resolución que ponga fin a

los procesos penales que afecten a personal sometido a la presente Ley.»

**Disposición Adicional cuarta.**

«La Ley de Procedimiento Administrativo y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa serán de aplicación subsidiaria en todas las cuestiones de procedimiento y de recurso no previstas en esta Ley.»

**Disposición final.**

«La presente Ley Orgánica de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas entrará en vigor el 1 de junio de 1986.»

**RECENSIONES**

**ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht* (19.ª edición), Ed. C. H. Beck, München, 1985.**

Hace pocos días hemos tenido el gusto de recibir la última edición de la obra del Prof. Roxin, Doctor «Honoris Causa» por la Universidad de Hanyang y Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Munich, dedicada al Derecho Procesal Penal, cuya 18.ª edición ya comentamos en esta misma Revista Justicia, 85, N.º I, pp. 237 y 238. Mantiene así el Prof. Roxin el carácter bianual de las ediciones de esta obra.

Desde esa edición, aparecida en otoño de 1983, hasta la actual, publicada en 1985, también en otoño, no se ha producido ninguna reforma en la Ley Procesal Penal alemana. El autor ha profundizado, por tanto, en la 19.ª edición, en los problemas interpretativos que a la jurisprudencia y literatura alemanas han preocupado respecto a aquella Ley, actualizando y recogiendo las diferentes sentencias y escritos.

Esta edición mantiene en consecuencia la gran calidad de las anteriores, así como su sistemática, no habiéndose producido variación en cuanto a sus partes y capítulos. Su consulta sigue siendo, por lo tanto, imprescindible para obtener unos buenos y profundos conocimientos del proceso penal alemán.

JUAN-LUIS GOMEZ COLOMER

**VON WESTPHALEN, Graf, *Der Leasingvertrag*, 2. Auflage, 1984, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 540 págs.**

El rápido desarrollo de nuevas figuras contractuales cuyo origen se encuentra en el ámbito del Derecho anglosajón es un fenómeno común a la vida jurídico-mercantil de todos los países occidentales, también de los no pertenecientes al Common Law e incluso de algunos países de la Europa del Este, de sistema económico socialista, como son Polonia y la República Democrática Alemana. Estos últimos se han ocupado muy especialmente de una de las figuras contractuales nuevas —el contrato de *leasing*—, que es el tema de la

obra que aquí se comenta y cuya trascendencia en la economía de la *República Federal de Alemania* supera hoy por hoy la importancia que ocupa en nuestro país.

El autor —prestigioso abogado y, por tanto, muy familiarizado con la realidad diaria de la problemática jurídica— es posiblemente el autor alemán que más ha profundizado en el tema. Su obra, que se representa ya en su segunda edición, habiendo quedado la primera (de 1979) superada por el vertiginoso desarrollo de la realidad socio-jurídica del contrato de leasing y de la Jurisprudencia al respecto, acomete con éxito la tarea de una exposición sistemática y exhaustiva del conjunto de los problemas relacionados con la figura del leasing, teniendo en cuenta para ello las opiniones de otros autores así como la Jurisprudencia de los Tribunales de instancia así como la del más alto Tribunal Federal. El autor presta especial atención a la incidencia de la Ley alemana de las Condiciones Generales de Contratación. Su libro contiene además un índice bibliográfico completísimo y de gran utilidad, así como la enumeración de la Jurisprudencia del más alto Tribunal de la República Federal en esta materia. Al final de la obra se citan las disposiciones legales de carácter tributario aplicables a la temática del leasing.

La obra abarca las diversas formas que el leasing ha adoptado en la República Federal de Alemania, a saber: el leasing financiero, el leasing del fabricante/distribuidor, el leasing operativo y el leasing inmobiliario, y divide la materia en 15 grandes títulos, a su vez subdivididos en capítulos con numeración romana y otros con numeración arábiga.

Con el fin de dar al lector una somera visión de la amplitud con que el autor trata el tema, enumeramos los títulos principales:

- A. La situación de intereses en el leasing financiero.
- B. La calificación jurídica de los contratos de leasing financiero de bienes muebles.
- C. Los efectos que la relación jurídica entre dador del leasing (Leasinggeber), suministrador/fabricante o distribuidor del bien objeto de leasing, tiene sobre el contrato de leasing.
- D. La contratación entre el dador y el tomador del leasing (Leasinggeber und Leasingnehmer).
- E. Incumplimiento y asunción de riesgos.
- F. Evicción y saneamiento; la responsabilidad del dador de leasing; reclamación de daños y perjuicios en caso de destrucción del bien objeto de leasing.
- G. Terminación del contrato de leasing; consecuencias jurídicas.
- H. Aseguramiento de los pagos.
- I. Denuncia del contrato de leasing sin observancia de plazo.
- J. El leasing del fabricante y distribuidor.
- K. El leasing operativo.
- L. El leasing y la Ley de Compraventa a Plazos.
- M. La ejecución forzosa (de los acreedores contra el tomador y el dador del leasing).
- N. Los bienes objeto de leasing en la quiebra.
- O. El leasing inmobiliario.

El lector se habrá dado cuenta que la obra abarca la temática del leasing desde todos los ángulos, creando así una valiosa obra de consulta tanto para las sociedades que se dedican al leasing, como para el inversor que desea conocer a fondo la problemática de este tipo de contrato y, naturalmente también para el profesional del Derecho. En fin, una excelente exposición siste-

mática que va mucho más allá del estudio de los problemas fiscales del tema que, si bien es cierto que constituyen muchas veces la razón primordial de la decisión del inversor, no son, ni mucho menos, los únicos problemas en relación a esta nueva figura jurídica, como convincentemente lo demuestra el autor. Se trata pues, de una obra imprescindible para el estudioso de las modernas formas de contratación y su impacto en el ámbito del Derecho comparado.

URSULA VESTWEBER

SCHUTZE, Rolf. A., TSCHERNING, Dieter, WAIS, Walter, *Handbuch des Schiedsverfahrens — Praxis der deutschen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1985, 704 págs.

El arbitraje como medio de resolver conflictos entre partes contratantes, está ganando día a día en importancia, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, hasta el punto de que ha llegado a marginar la jurisdicción estatal en determinados campos específicos, y esta tendencia sigue registrando un constante auge.

El contenido y la forma de exposición del presente manual del arbitraje nacional (es decir, en este caso: alemán) e internacional se rige por las necesidades de la práctica, adaptándose así a la esencia del propio procedimiento arbitral.

Walter Wais, Magistrado-Presidente de la Audiencia Territorial de Stuttgart, es el autor de la primera parte que contiene una introducción general al tema del arbitraje y una exposición detallada del procedimiento alemán.

El autor prescinde de entrar en discusiones científicas de las diversas opiniones controvertidas para llamar la atención del lector destinatario de este manual —el árbitro sin formación jurídica, las partes contratantes— sobre cuestiones prácticas, incluyendo formularios en el texto.

La exposición es exhaustiva y comprende la totalidad de la problemática esencial, desde la cláusula compromisoria hasta la ejecución o anulación del laudo arbitral, incluido el arbitraje laboral.

La segunda parte, cuyo autor es Rolf. A. Schütze, está dedicado al arbitraje internacional, y en este contexto trata las fuentes del arbitraje internacional, la cláusula o el contrato de arbitraje y el procedimiento, siendo completado por las indicaciones de gran utilidad sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en la R.F.A. y de laudos alemanes en el extranjero. También esta parte contiene algunos formularios.

El manual concluye con la aportación de Dieter Tscherning, autor de la tercera y cuarta parte, en las que reúne y comenta los reglamentos de organizaciones e instituciones internacionales de arbitraje, una selección de textos y normativas legales y organizativas así como tratados internacionales.

Este manual, a buen seguro, constituye uno de los libros prácticos imprescindibles para todo el que necesita familiarizar y adentrarse en el tema del arbitraje, pues facilita no sólo los conocimientos básicos de la materia sino que permite asimismo profundizar en los distintos problemas relacionados con el arbitraje. Se dirige, por tanto, al jurista que desea ampliar sus conoci-

mientos como asimismo al hombre de negocios, sin eformación jurídica, que necesita adquirir conocimientos sobre los distintos aspectos del arbitraje a fin de comprender su alcance para la conclusión de importantes contratos.

El libro es completado por una extensa relación bibliográfica internacional.

EUGEN EWIG

SCHRIFTENREIHE DES DEUTSCHEN INSTITUTS FÜR SCHIEDSGERICHTSWESEN  
GERMAN INSTITUTE OF ARBITRATION, *Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau — Contracts and Dispute Settlement in Civil Engineering and Construction of Plants*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1984, 348 págs.

Este es el cuarto de los tomos publicados por el Instituto Alemán de Arbitraje, texto bilingüe alemán-inglés, que cuenta con diez aportaciones de los siguientes autores, expertos en la materia Prof. Dr. Karl-Heinz Böckstiegel, Colonia; Prof. Dr. Fritz Nicklich, Heidelberg; Dr. Joachim Goedel, Abogado, Schwalbach; Dr. Christian Wiegand, Abogado, Hamburgo; Dr. Franz Laschet, Abogado, Colonia; Dr. Michael E. Schneider, Abogado/Attorney at Law, Ginebra; Dr. Jean-Albert Boon, Abogado, Bruselas; Prof. Dr. Bernd von Hoffmann, Trier; Dr. Ottoarndt Glossner, Abogado, Kronberg; Dr. Klaus Lionnet, Abogado, Erlangen.

Los autores se ocupan de la temática de las diversas dificultades en la contratación, durante la vida de los contratos y de los litigios que pueden surgir de tales contratos en el campo de la construcción, sobre todo, de grandes instalaciones industriales, haciendo especial hincapié en los procedimientos arbitrales.

Dada la cada vez mayor incidencia de litigios en el ámbito de la construcción antes apuntado, tanto a nivel nacional como internacional, fruto muchas veces de la fuerte competencia internacional en el marco de una coyuntura débil con la consiguiente posición predominante del comitente que puede llegar a imponer unilateralmente sus condiciones, la exposición que los autores hacen de la temática supone una valiosa ayuda práctica para los sectores implicados, ayuda avalada por la gran experiencia que los autores han podido reunir en su vida profesional como prestigiosos expertos en la materia.

Se incluyen propuestas para la redacción de cláusulas contractuales, y el libro concluye con una cita de contratos-tipo con indicación de sus lugares de publicación, cita de la legislación aplicable, de reglamentos arbitrales y otros modelos.

EUGEN EWIG

GILLES, Peter, *Theorie und Praxis im Zivilprozessrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, München, 1984, 132 págs.

El autor, Catedrático de Derecho privado, Derecho procesal civil y Derecho comparado cuya monografía sobre la formación del jurista y el Derecho procesal civil en la R.F.A. fue ya objeto de recensión en esta Revista (JUSTICIA 83, pp. 471-2), en su preocupación por la relación entre los teóricos del Derecho procesal y las personas llamadas a aplicarlo en la práctica, presenta aquí una exposición detallada así como la valoración cuantitativa y cualitativa de una investigación empírica que él mismo puso en marcha durante los años 1981/1982 entre Jueces y Magistrados del Land de Hesse, R.F.A. El punto de partida de tal investigación lo constituyó el problema de la «relación algo tirante» entre los teóricos del Derecho procesal y las personas que en la práctica diaria han de aplicarlo en los Tribunales. Mediante un extenso cuestionario, los Jueces y Magistrados eran invitados a exponer sus impresiones personales al respecto. Entre otras cosas se preguntaba por la frecuencia con que los distintos temas procesales inciden en la práctica y cuál era, en su opinión, el grado de dificultad de tales temas, así como cuál es el nivel de conocimientos que ellos exigían a los «stageaires» en su obligado paso por los Tribunales en preparación de sus exámenes de fin de carrera.

Los resultados de tal encuesta no son del todo representativos, ya que de 450 cuestionarios repartidos, sólo 99 fueron devueltos, resultado que, por otra parte, tiene la consideración de normal e incluso favorable en el marco de tales estudios. Lo que resulta altamente positivo es que los Jueces y Magistrados que han participado activamente en la encuesta, muestran gran interés en la temática suscitada manifestando su deseo y disposición de una ulterior colaboración en el estudio, y ello a pesar del gran agobio que les produce el exceso de trabajo, mal éste que, como se ve, no sólo aqueja a este colectivo en nuestro país, sino que se está generalizando también en otras latitudes.

La evaluación de los cuestionarios constituye una valiosa aportación al debate sobre la reforma de la formación del jurista en la R.F.A. A la vista del creciente número de licenciados que eligen la profesión de Abogado, sería deseable, en opinión del propio autor, que tal encuesta se llevase a cabo también entre los Letrados.

EUGEN EWIG

*Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmässige Ordnung*, Die deutschen Landesberichte zum VII. Internationalen Kongress für Prozessrecht in Würzburg 1983, editado por Peter Gilles, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1983, 335 páginas.

Editado por el prestigioso catedrático de Derecho procesal D. Peter GILLES se nos presentan aquí las aportaciones nacionales de la República Federal de Alemania al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, celebrado en

Würzburg, R.F.A., en 1983. Cada ponencia va seguida de un sumario en lengua inglesa, con lo que se facilita mucho el acceso a su contenido que, de otro modo, por la barrera del idioma alemán, habría quedado circunscrito a una minoría. Los ponentes, conocidas personalidades del Derecho procesal, son, por orden de las ponencias reproducidas: Prof. Dr. Ernst Benda, Presidente del Tribunal Constitucional Federal, y Prof. Dr. Albrecht Weber; Prof. Dr. Dr.h.c. Walther J. Habscheid; Prof. Dr. Dieter Leipold; Prof. Dr. Peter Gilles; Prof. Dr. Helmut Kollhossler; Prof. Dr. Walter F. Lindacher; Prof. Dr. Rolf Stürner; Prof. Dr. Bernd von Hoffmann; Prof. Dr. Peter Schlosser; Prof. Dr. Karl Firsching; Prof. Dr. Peter Arens, y el Dr. Hellmut Wagner, Vicepresidente del Consejo Directivo del Centro de Investigación nuclear de Karlsruhe. La temática de las ponencias abarca todos los problemas relacionados con la efectividad de la protección jurídica en el marco del orden institucional de la Constitución, como pueden ser «La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal», «El derecho a la prueba», «La transacción extrajudicial en la R.F.A.», «Papel e importancia del perito técnico en el proceso», para enumerar sólo unos cuantos títulos, seleccionados al azar de entre un total de trece.

Un valioso libro para los interesados en la evolución del Derecho procesal en Alemania, llevados de la mano de las personalidades más relevantes en la materia en aquel país.

EUGEN EWIG

**FASCHING, *Zivilprozessrecht — Lehr- und Handbuch*, Manzsche Verlagsund Universitätsbuchhandlung, Viena, 1984, 1128 págs.**

Esta obra constituye, desde hace más de 50 años, la primera exposición nueva y completa del Derecho procesal civil austríaco. Su autor, Dr. Hans W. Fasching, prestigioso catedrático de la materia en Viena, se dirige con este libro no sólo al estudiante de Derecho para ofrecerle una obra de consulta y estudio en profundidad del Derecho procesal de aquel país, sino asimismo a la doctrina científica y la Judicatura en el afán de servir de puente entre la ciencia y la praxis.

Se ofrece una exposición sistemática que se inicia con una visión histórica general, situando al Derecho procesal en el lugar funcional que le corresponde dentro del ordenamiento jurídico general, seguida del tratamiento de la totalidad de los problemas procesales, de los tipos de procesos existentes, sin olvidar los procedimientos ante jurisdicciones civiles específicas, como puede ser el arbitraje, la jurisdicción laboral y social. El tratado incluye asimismo los procedimientos de responsabilidad civil de los funcionarios, y aquellos relativos al Derecho de familia, como son los procedimientos de divorcio, nulidad y los de investigación de la paternidad. Un anexo está dedicado al Derecho procesal civil internacional y va seguido de un índice legislativo y otro alfabético de Materias. Cada capítulo va precedido de indicaciones bibliográficas, y la Jurisprudencia se cita a lo largo de las distintas exposiciones, en los lugares correspondientes. La dicción es clara y convincente y la lectura de la obra es facilitada aún más por la forma en que se ha llevado a cabo la impresión con subrayados en negrita y cifras marginales que facilitan la búsqueda de las distintas materias.

En resumen, se trata de una valiosa obra científica de consulta que también a nivel del Derecho comparado y visto desde el extranjero, viene a colmar una laguna respecto del Derecho procesal austríaco.

EUGEN EWIG

**NOLTE-SCHWARTING, Claudia, *Schriften zum Internationalen Recht, Band 32, Der Versorgungsausgleich in Fällen mit Auslandsberührung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1984, 243 págs.**

La normativa del Código Civil alemán (Arts. 15877 ss.) aplicable al divorcio, según la cual hay que proceder entre los cónyuges a una compensación de los derechos adquiridos en Mutualidades y Seguridad Social adquiere gran importancia en los juicios de divorcio y pueden llegar a comportar gran complejidad en aquellos casos en los que entra un elemento de extranjería, sea porque uno de los cónyuges tiene otra nacionalidad que no sea la alemana, sea porque las decisiones provengan de tribunales extranjeros para ser ejecutadas en Alemania o bien porque existan derechos adquiridos en el extranjero, cuya valoración debe ser realizada por un Tribunal alemán.

Toda esta compleja problemática es objeto de un brillante estudio por la autora en el marco de una serie de monografías sobre temas del Derecho internacional privado, publicados por la misma casa editorial.

El libro está dividido en tres partes. La primera trata de la jurisdicción, jurisdicción internacional y el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras relativas a la compensación de derechos adquiridos. La segunda parte está dedicada enteramente a la exposición detallada del ámbito de aplicación de los arts. 1587 y ss. del Código Civil alemán, y en la tercera parte, la autora se ocupa de los bienes situados en el extranjero afectos a la compensación de derechos adquiridos y de las prestaciones que en base a decisiones judiciales en la materia, tengan que realizarse en países extranjeros.

La obra termina con una extensa indicación bibliográfica y un registro de resoluciones judiciales al respecto, dictadas por el Tribunal Europeo de Justicia, el Tribunal Constitucional Federal alemán, la Corte Federal de Justicia, el antiguo Tribunal Supremo del Reich y de todos los demás Tribunales de instancia de la R.F.A.

En resumen, una exhaustiva y brillante exposición de una temática compleja en la que la autora intenta llegar a soluciones para los problemas prácticos y jurídicos en la aplicación de la normativa, y una contribución importante en el ámbito del Derecho matrimonial internacional.

EUGEN EWIG

## XI CONGRESO MEXICANO DE DERECHO PROCESAL

Los días 28 a 31 de mayo se celebrará en la ciudad de Durango, del Estado del mismo nombre, el XI Congreso Mexicano. El temario y los ponentes serán:

- I.— Garantías constitucionales del Proceso: Dr. *Héctor Fix Zamudio*.
- II.— El Proyecto de Código Procesal Civil uniforme para Latinoamérica: Dr. *Enrique Vescovi*.
- III.— Bases para un nuevo Código Procesal Civil del Estado de Durango: Prof. *José Ovalle Favela*.
- IV.— Problemas procesales derivados de la crisis económica en los países latinoamericanos: Prof. *Jorge Antonio Zepeda*, ponente nacional, y Dr. *Adolfo Alvarado Velloso*, ponente extranjero.

## X JORNADAS DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL

Este segundo evento se celebrará los días 11 a 15 de agosto en Bogotá, con la organización de la Universidad del Externado de Colombia, la cual conmemora su centenario.

Los temas y ponentes (provisionales) serán los siguientes:

- 1.— El recurso extraordinario de revisión en materia civil, penal y laboral, por *Aristides Rengel Romberg* (Venezuela).
- 2.— La terminación anormal o por modos excepcionales del proceso, por *Pedro Aragoneses Alonso* (España).
- 3.— Dos temas de proceso penal a determinar, cuyos ponentes serán designados por la Universidad del Externado (uno de los cuales será el Dr. *Jaime Bernal Cuéllar*).