

# JUSTICIA 99

NÚMERO II

Director:

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE

JOSÉ M.<sup>a</sup> ASECIO MELLADO

M.<sup>a</sup> DEL CARMEN CALVO SÁNCHEZ

MANUEL J. CACHÓN CADENAS

JUAN DAMIÁN MORENO

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

JUST FRANCO ARIAS

JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT

JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA

JUAN L. GÓMEZ COLOMER

FERNANDO GÓMEZ DE LIAÑO

NICOLÁS GONZÁLEZ CUÉLLAR

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI

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

JOSÉ S. MARTÍN OSTOS

JUAN MONTERO AROCA

VÍCTOR M. MORENO CATENA

MANUEL P. ORTELLS RAMOS

ERNESTO PEDRAZ PENALVA

PABLO SAAVEDRA GALLO

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ

JOSÉ L. VÁZQUEZ SOTELO

JOAN VERGER GRAU



1999

---

JOSE MARIA BOSCH EDITOR — BARCELONA

«JUSTICIA 99»

ADMINISTRACIÓN (suscripciones), José M.<sup>a</sup> Bosch, editor, Ronda Universidad, 11, 08007 Barcelona, Tel. 93 317 5308.

DIRECCIÓN (originales, libros para revisiones), Dr. Francisco Ramos Méndez, Paseo de Gracia, 92, 08008 Barcelona. Tel. 93 487 1112. Fax 93 487 3562

Todos los originales deben ser enviados con soporte informático.

## ÍNDICE

### DACIONES DE CUENTA

- El nuevo procedimiento abreviado de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, por Jaume Solé Riera ..... 157
- Una reseña tardía con algunos episodios tempranos*, por Manuel Cachón Cadenas ..... 199
- Consideraciones sobre la exclusividad de la potestad de ejecutar, con motivo de la sentencia de la sala primera del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 sobre el proceso notarial de realización hipotecaria*, por Lluís Caballol i Angelats ..... 225
- La Ley del Jurado y el modelo acusatorio*, por Jaime Suau Morey ..... 251
- Análisis de los aspectos problemáticos de la carga de la prueba en el proceso civil español*, por David Vallespín Pérez .. 297

### DESPACHO ORDINARIO

- Los tribunales han dicho*, por Ramón Escaler Bascompte, Noelia Furquet Monasterio, Francisco Málaga Diéguez, Belén Mora Capitán ..... 315

### AUDIENCIA PÚBLICA

- La puesta al día de los formularios* ..... 365

- EXEQUÁTUR DE TÍTULOS PUBLICADOS ..... 379

© 1999, José M.<sup>a</sup> Bosch, editor – Librería Bosch, S.L.  
Ronda Universidad, 11 – 08007 BARCELONA

Depósito Legal: B. 19.117-87  
ISSN: 0211-7754

Printed in Spain / Impreso en España por  
COMETA, S.A. — Ctra. Castellón, Km. 3,400 — 50013 Zaragoza

## DACIONES DE CUENTA

### EL NUEVO PROCEDIMIENTO ABREVIADO DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA

JAUME SOLÉ RIERA  
Universitat Pompeu Fabra  
Barcelona

#### SUMARIO:

I. Características generales y ubicación sistemática. — 2. I. Órgano jurisdiccional competente. — II. Juzgado de lo Contencioso-administrativo y Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo. — III. Aplicación del procedimiento abreviado a los supuestos del art. 29.2 LJCA. — 3. I. Ámbito objetivo de aplicación del procedimiento abreviado. — II. Reclamación de cantidad inferior a 500.000 ptas. — III. Cuestiones de personal funcional. — 4. I. La demanda del procedimiento abreviado. — II. Documentos a acompañar con la demanda. — III. Análisis de oficio de los requisitos procesales. — IV. Admisión de la demanda. — V. Citación de las partes. — VI. Remisión del expediente administrativo y entrega del mismo a las partes. — 5. I. Acto de la vista. — II. Comparecencia. — III. Alegaciones previas. — IV. Finalización anticipada. — 6. I. Proposición de prueba. — II. Confesión en juicio. — III. Prueba testifical. — IV. Peritos. — V. Recursos en materia de prueba. — VI. Suspensión del acto de la vista. — 7. I. Conclusiones. — II. Sentencia. — III. Acta de la vista. — IV. Recursos.

## I. CARACTERÍSTICAS GENERALES Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA»

Una de las principales novedades introducidas de nueva planta por la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso administrativa (en adelante LJCA), lo constituye el llamado *procedimiento abreviado*, previsto, dentro del Capítulo II del Título IV dedicado al Procedimiento contencioso administrativo, en el artículo 78 del referido texto normativo. Se trata, sin duda, de una apuesta de futuro que toma como referentes la oralidad y la concentración en aras a superar la tradicional actuación predominantemente escrita del orden jurisdiccional contencioso administrativo. Desde esta perspectiva claramente innovadora, la intención del Legislador es encomiable, pues aprovecha una nueva regulación legal para intentar, con el mejor de los propósitos, poner solución a uno de los sectores de la Administración de Justicia más necesitados de ayuda<sup>1</sup>. Como resulta público y notorio, y así lo ha reconocido de manera expresa el propio Consejo General del Poder Judicial, «en la jurisdicción contencioso administrativa el retraso inicial mínimo en la resolución de los recursos es el mayor de todos los órdenes jurisdiccionales, superando ampliamente los tiempos medios de resolución observados en los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social»<sup>2</sup>.

1. Tal es la situación delicada en que se encuentra la jurisdicción contencioso administrativa que, en el acto solemne de apertura del año judicial correspondiente al año 1997, el presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial calificó el estado de esta jurisdicción de *comatoso*.

En la actualidad, el retraso medio acumulado que sufren los asuntos que se dilatan en el orden contencioso es de cerca de cuatro años, con lo que un litigio que se inicie en el presente año no obtendrá sentencia hasta, como mínimo, en el 2003.

2. *Libro blanco de la Justicia*, CGPJ, 1997, p. 255. Además, «si ha de destacarse un punto negro en el orden jurisdiccional contencioso administrativo no puede ser otro que la dilación en la tramitación de los asuntos, retraso que se centra principalmente en las fases de señalamiento y resolución. Las causas de esta situación se pueden localizar básicamente en la falta de una primera instancia en la jurisdicción, en el gran incremento en el número de recursos, no calificados después de su registro, en la insuficiente dotación de magistrados y, en algunos casos, en el deficiente número de señalamientos asignado a cada uno de ellos, en la ausencia de racionalización en el desarrollo del trabajo, en la mala distribución de los señalamientos en cuanto a los recursos repetitivos, similares, o respecto de los que el Tribunal tiene asentado criterio y en abuso de la Administración en la utilización de la jurisdicción como consecuencia de su poco respeto a los criterios judiciales».

En el afán de la nueva Ley están presentes los designios de superación de los que han sido considerados como mayores problemas de que adolece la jurisdicción contencioso administrativa<sup>3</sup>, y que, entre otros y apuntados de forma indicativa, serían: la excesiva preponderancia de la Administración frente al ciudadano, el incumplimiento generalizado de los plazos (fundamentalmente por la lenta burocracia de la Administración y por lo pesado que resulta dinamizar desde los Tribunales su tradicional formalismo), así como la falta de aplicación de las medidas sancionadoras que se hayan podido llevar a cabo, previstas en la propia legislación positiva<sup>4</sup>.

La finalidad última de la nueva LJCA, y por ende, del procedimiento abreviado, es conseguir una más rápida y flexible tramitación de los recursos contencioso-administrativos, descargando la enorme cantidad de asuntos que actualmente pesan sobre los órganos colegiados de ese orden jurisdiccional, mediante la atribución de la resolución de los litigios de escasa cuantía a los Juzgados unipersonales a quienes se encomienda principalmente la aplicación del procedimiento abreviado<sup>5</sup>.

Junto con las disposiciones procesales previstas en el nuevo procedimiento abreviado que a continuación analizaremos, el intento de poner solución a la situación de este orden jurisdiccional se liga,

3. A pesar de la escueta mención que efectúa la Exposición de Motivos en lo concerniente al procedimiento abreviado: «Constituye una novedad importante la introducción de un procedimiento abreviado para determinadas materias de cuantía determinada limitada, basado en el principio de oralidad».

4. MARTÍN CONTRERAS, *Algunos apuntes sobre el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 314, de 23 octubre 1997.

5. Para ÁLVAREZ-CIENFUEGOS-GONZÁLEZ RIVAS, *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Pamplona, 1998, p. 234, «el procedimiento abreviado lleva consigo un cambio profundo en la concepción de lo que debe ser el comportamiento de todos los intervinientes en el proceso; los órganos jurisdiccionales, las Administraciones implicadas y los propios interesados se ven inmersos en una llamada enérgica a la diligencia, a la colaboración, a la muestra de una actitud positiva y leal más acorde con los principios constitucionales que respecto al comportamiento de las Administraciones Públicas impone el art. 103 de la Constitución y han desarrollado el art. 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando regula los principios que han de presidir las relaciones entre las Administraciones Públicas y el propio artículo 4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, cuando explica el alcance del principio de servicio a los ciudadanos que debe inspirar todas las actuaciones de la Administración del Estado».

como se acaba de apuntar, a la puesta en funcionamiento de los Juzgados de lo contencioso-administrativo, previstos en la redacción inicial de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, pero que hasta la entrada en vigor la LJCA no han empezado a funcionar<sup>6</sup>. El funcionamiento de estos nuevos Juzgados unipersonales y su virtualidad como mecanismos idóneos en aras a la sanidad del proceso contencioso-administrativo dependerá, en un alto porcentaje, del talante y la formación de los magistrados que los funden, y del personal con que cuenten en las secretarías, así como de los medios materiales de que dispongan<sup>7</sup>. En todo caso, los noticiarios jurídicos de actualidad ya se han hecho eco de la puesta en funcionamiento de estos nuevos Juzgados, augurándoles los mayores éxitos<sup>8</sup>.

Con independencia de cuál sea la suerte que en definitiva corran los referidos nuevos Juzgados de lo contencioso, lo cierto es que el mecanismo procesal previsto para una parte importante de su funcionamiento recoge una serie de novedades, dentro de los parámetros de la oralidad y la concentración propugnados, que supondrá a buen seguro un cambio de orientación en el planteamiento, desarrollo y resolución de los futuros litigios contencioso-administrativos<sup>9</sup>.

Ello no obstante, el art. 78 LJCA no se trata tampoco de un

6. MAGRO SERVET, *Ante la entrada en funcionamiento de los Juzgados de lo contencioso-administrativo*, en La Ley, n.º 4.580, de 9 julio 1998, p. 1 y ss.

7. BORRAJO INIESTA, *Procedimiento abreviado*, en Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 100, octubre-diciembre 1998, p. 562.

8. *El CGPJ y la AN aprecian mayor agilidad en la justicia con la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en Noticiario Jurídico Aranzadi, n.º 7, de 18 de marzo de 1999. «Representantes del Consejo General del Poder Judicial, Audiencia Nacional y Colegio de Abogados de Madrid, mostraron su satisfacción por las primeras sentencias dictadas por los Juzgados unipersonales creados con la nueva Ley de los Contencioso-Administrativo, pues evidencian mayor agilidad judicial».

9. Resulta significativo que el procedimiento abreviado que recoge la LJCA no figurase en el proyecto aprobado por el Gobierno, habiendo sido introducido por completo en el Congreso de los Diputados mediante las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios de CiU y PSOE. Posteriormente, las modificaciones introducidas a su paso por el Senado determinaron su actual redactado.

El iter parlamentario seguido puede consultarse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, de 24 noviembre 1997, A: 70-8, pp. 117 y 137.

desecho de perfecciones. Si bien es cierto que resulta del todo loable saludar con esperanza las reformas legislativas que impulsan un cambio en el *statu quo* imperante, tampoco hay que lanzar las campanas al vuelo como si la solución a todos los males pasara por las vicisitudes procesales que el nuevo procedimiento deparará a los diferentes operadores jurídicos afectados. A título indicativo, el precepto que regula este procedimiento abreviado adolece, a nuestro entender, de una defectuosa técnica legislativa. Un artículo dividido en veintitrés apartados, a la vez subdivididos también en epígrafes, ya puede dar muestra de esta apreciación. Al intento de regulación exhaustiva de determinadas materias, como por ejemplo sucede con el contenido del acta que debe extender el secretario sobre las variadas incidencias sucedidas en el acto de la vista, se une la regulación escasa de otras de igual o superior importancia, como por ejemplo la que hace referencia a la práctica de los medios de prueba, por no aludir a la nula regulación de aspectos *a priori* relevantes, como la ausencia de la pieza separada de suspensión del acto u otra medida cautelar, o como los casos de acumulación o de pluralidad de partes.

El propio desarrollo del procedimiento abreviado, que favorece en gran medida las alegaciones de las partes, podrá dificultar, en no pocas ocasiones, la concreción del objeto del litigio, a pesar de que a buen seguro se pretende justamente lo contrario. Así, tras la demanda propiamente dicha, el actor podrá alegar de nuevo cuando se reciba el expediente administrativo; después, se prevé que el Juez dé la palabra a las partes para que fijen con claridad los hechos, aspecto que otra vez podrá repetirse tras la práctica de las pruebas y conclusiones, preveyendo, inclusive, que las propias partes, directamente, puedan también alegar aquello que estimen oportuno antes de la finalización de la vista. En definitiva, quizás un exceso de amplitud alegatoria.

La aproximación al análisis del procedimiento abreviado en lo contencioso-administrativo parte de los siguientes aspectos: órgano jurisdiccional competente; ámbito objetivo de aplicación; demanda; acto de la vista; prueba; conclusiones, sentencia y recursos.

## 2.I. ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE

Señala el art. 78.1 LJCA que «los recursos que se deduzcan en las materias de que conozcan los Juzgados de lo Contencioso-administrativo (...) se sustanciarán por el procedimiento abreviado regulado en este artículo».

Aunque de la simple lectura del apartado 1 del precepto indicado de la LJCA pudiera pensarse que el procedimiento abreviado resulta de aplicación exclusivamente a «*los recursos que se deduzcan en las materias de que conozcan los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo...*», lo cierto es que la interacción de otros preceptos legales permite efectuar las siguientes consideraciones.

## 2.II. JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y JUZGADO CENTRAL DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

En primer lugar, cabe plantearse si la mención que se efectúa respecto a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo comprende también a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo que recoge el art. 91.1 LOPJ. La interpretación del precepto genera dudas. El carácter unipersonal de ambos órganos jurisdiccionales pudiera hacer pensar que el procedimiento abreviado fuese de aplicación tanto a las materias propias de los Juzgados de lo Contencioso como a los Juzgados Centrales de ese mismo orden; quizás, una interpretación del sentido sistemático del precepto, amén de atribuir la actual redacción del mismo a un descuido del Legislador, permitiera afirmar su aplicación respecto de ambos Juzgados, sean éstos provinciales o centrales<sup>10</sup>. Sin embargo, la letra del precepto se refiere exclusivamente a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Es más, la reforma experimentada por el texto del articulado a su paso por el Senado determinó que se limitase su ámbito de conocimiento a determinadas materias de las previstas en el art. 8 de la LJCA, cuando inicialmente se hacía referencia tanto a los arts. 8 (Juzgado

10. En este sentido se manifiestan REQUERO IBÁÑEZ, *Litigiosis contencioso-administrativa. Diagnóstico y tratamiento*, en *La Ley*, n.º 4.740, de 23 febrero 1999, y SANZ GANDESEGUI, *Procedimiento abreviado*, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* de 1998, Pamplona, 1999, p. 693.

de lo Contencioso) y 9 (Juzgado Central de lo Contencioso) LJCA. Con ello, en la medida en que las materias que recoge el referido art. 8 LJCA integran el ámbito de competencias propio de los Juzgados Contencioso-Administrativos con exclusividad, parece que los Juzgados Centrales no entran dentro de la previsión que efectúa el art. 78. 1 LJCA<sup>11</sup>, y que por ende, el procedimiento abreviado que recoge ese artículo sea de aplicación sólo a las materias propias de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo.

## 2.III. APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO A LOS SUPUESTOS DEL ART. 29.2 LJCA

Junto con la cuestión interpretativa señalada, es preciso hacer mención a la problemática que suscita el art. 29.2 LJCA, en la medida en que extiende la aplicación del procedimiento abreviado también a órganos colegiados. Según este precepto, «Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78». De esta manera el procedimiento abreviado se aplica a los recursos que busquen obtener una sentencia que ordene a la Administración la ejecución de un acto firme dictado por ella. En la medida en que la remisión al art. 78 LJCA que efectúa el art. 29.2 LJCA lo es sólo a la tramitación, sin alterar las reglas de competencia, corresponderá por lo tanto al Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional o a los Tribunales Superiores tramitar por este procedi-

11. De este parecer a favor de excluir a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de los recursos que prevé la Ley a tramitar por el procedimiento abreviado, GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, 1998, p. 1438.; y LESMES SERRANO, *Procedimiento abreviado*, en *Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid (Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), 1998, p. 856.

miento verbal las pretensiones que se formulen en relación con la ejecución de los actos firmes<sup>12</sup>.

### 3.I. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

No todas las materias que recoge el art. 8 LJCA competencia de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo se tramitan por la vía del procedimiento abreviado. Únicamente seguirán esa vía los recursos atribuidos a esos Juzgados cuando su cuantía no supere las 500.000 ptas., o bien se trate de cuestiones de personal que no se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicios de los funcionarios públicos de carrera (art. 78.1 LJCA).

### 3.II. RECLAMACIÓN DE CANTIDAD INFERIOR A 500.000 PTAS.

En primer lugar, pues, será de aplicación el procedimiento abreviado siempre que se trate de una reclamación cuya cantidad económica no supere la cifra de 500.000 ptas., con independencia de cuál sea la materia sobre la que verse<sup>13</sup>.

Para la determinación de la cuantía del recurso con carácter general, la LJCA establece en los arts. 40, 41 y 42 LJCA las reglas de valoración de la *litis*. Estos preceptos serán también de aplicación para el Juez de lo Contencioso-administrativo cuando, en el ámbito de un procedimiento abreviado y al amparo de lo previsto en el apartado 9. del art. 78 LJCA, «el demandado hubiese impugnado la adecuación del procedimiento por razón de la cuantía». En ese caso, el precepto prevé que el Juez exhorte a las partes a ponerse de acuerdo sobre la cuantía, y, en su defecto, decida dar al proceso el

12. SANZ GANDASEGUI, *Procedimiento abreviado*, cit., p. 693. Añade este autor que «en esta materia pueden plantearse complejos problemas procesales en el momento en que el acto administrativo, aun firme, incurra en algún vicio de nulidad o anulabilidad».

13. La Disposición Adicional 2.ª de la LJCA autoriza al Gobierno a actualizar cada cinco años las cuantías señaladas en dicha Ley.

curso procedimental que corresponda «según la cuantía que él determine».

Especial relevancia merece el tema referente al tratamiento que deban recibir los asuntos de cuantía indeterminada. Dado que en el artículo que recoge la regulación del procedimiento abreviado nada se dice respecto a si esos asuntos deban ventilarse por la vía del abreviado o por el procedimiento ordinario, la omisión del Legislador también puede suscitar controversia. La LJCA, en su art. 42.2 indica que «se reputarán de cuantía indeterminada los recursos dirigidos a impugnar directamente las disposiciones generales, incluidos los instrumentos normativos de planeamiento urbanístico, los que se refieran a los funcionarios públicos cuando no versen sobre derechos o sanciones susceptibles de valoración económica, así como aquellos en los que junto a pretensiones evaluables económicamente se acumulen otras no susceptibles de tal valoración». A tenor de esta configuración podemos afirmar que los asuntos de cuantía indeterminada no seguirán los trámites del procedimiento abreviado en base a los siguientes argumentos:

a) La propia Exposición de Motivos de la LJCA indica expresamente que los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo tienen atribuidas competencias «de menor transcendencia económica y social». Si ello es así, y en la medida en que los asuntos de cuantía indeterminada, como se desprende de la redacción del art. 42.2 LJCA antes citado, pueden afectar a derechos fundamentales, sería absurdo entender que son de menos importancia que los de elevada cuantía<sup>14</sup>.

b) Si atendemos al argumento del carácter supletorio que tiene la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a las materias no previstas en los preceptos de la LJCA, según prevé la Disposición Final 1.ª, el «juicio tipo» que configura la nueva LJCA no es otro que el procedimiento ordinario, de forma análoga al juicio declarativo ordinario de menor cuantía para la ley procesal civil, y es precisamente ese «juicio tipo» el encargado de dilucidar las de-

14. XIOL RÍOS-BARDAJÍ PASCUAL, *Cincuenta notas de urgencia para la aplicación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 373, de 14 enero 1999, p. 3.

mandas cuya cuantía sea inestimable o no pueda determinarse ni aun de forma relativa<sup>15</sup>.

### 3.III. CUESTIONES DE PERSONAL FUNCIONARIAL

Junto con las materias que no superen las 500.000 ptas., también conocerán los Juzgados de lo Contencioso mediante el procedimiento abreviado de todas aquellas cuestiones de personal, salvo las que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicios de los funcionarios públicos de carrera, cuyo recurso deberá seguir la vía del procedimiento ordinario, sin ninguna particularidad procedimental, ya que en la nueva LJCA ha desaparecido el procedimiento especial en materia de personal. En las cuestiones de personal competencia de los Juzgados de lo Contencioso será indiferente la cuantía del recurso, pudiendo afectar tanto a personal funcionarial dependiente de la Administración Local (art. 8.1.a LJCA), de la Administración Autónoma (art. 8.2.a) o de la Administración periférica del Estado y de las Comunidades Autónomas, organismos, entes, entidades o corporaciones de derecho público, cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional (art. 8.3 LJCA).

Tampoco esta materia queda exenta de cierta polémica. Tradicionalmente, los recursos en materia de personal funcionarial son de los más importantes cuantitativamente, dado el elevado número de personas afectadas o que pueden estarlo; además de la complejidad normativa, por el elevado volumen de disposiciones que deben manejarse, se añade la circunstancia de que el funcionario puede recurrir sin necesidad de abogado, aspecto éste nada intrascendente porque podrá redundar en favorecer la paralización de los Juzgados de lo Contencioso cuyos trámites están presididos principalmente por la oralidad<sup>16</sup>.

15. En parecidos términos XIOL RÍOS-BARDAJÍ PASCUAL, *Cincuenta notas...*, cit., p. 3.

16. Una crítica a la atribución de competencias en materia de personal a los Juzgados de lo Contencioso puede verse en REQUERO IBÁÑEZ, *Litigiosis Contencioso administrativa...*, cit., p. 6.

### 4.I. LA DEMANDA DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El procedimiento abreviado se inicia directamente por demanda (art. 78.2 LJCA). Este aspecto constituye una importante novedad que afecta no sólo al hecho de no ser necesaria la tradicional fase previa de interposición, sino a que mediante la demanda se deduce la pretensión jurídico-procesal que desencadena el posterior desarrollo de todo el proceso contencioso administrativo. Esa demanda, como acto de inicio del procedimiento abreviado, tendrá la forma que previene el art. 56.1 LJCA, consignándose con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en clara concordancia a lo previsto en el art. 524 LEC para el enjuiciamiento civil.

### 4.II. DOCUMENTOS A ACOMPAÑAR CON LA DEMANDA

A la demanda deberán acompañarse necesariamente los documentos en que el actor funde su derecho, así como los documentos previstos en el art. 45.1 LJCA. Se trata de dos requisitos de índole formal, pero que adquieren una especial consideración en la medida en que en el procedimiento abreviado el escrito de demanda se formaliza sin que el actor tenga a su disposición el expediente administrativo.

Con relación a los documentos en que el actor funde su derecho, se sigue el criterio sentado por la STC 3/1984, de 20 de enero, que permite acompañar los documentos con la presentación de la demanda o contestación, sin necesidad de reservar su aportación para el período probatorio. En caso de que los documentos no obren en poder del actor, éste designará el archivo, oficina, protocolo o persona en cuyo poder se encuentren (art. 56.3 LJCA). Después de la demanda sólo se admitirán los documentos que se encuentren en algunos de los supuestos que prevé el art. 506 LEC, al que se remite expresamente el art. 56.4 LJCA. Cabe destacar que, aunque para el procedimiento abreviado no se haga mención directa, el demandante podrá aportar los documentos que tengan por objeto desvirtuar alegaciones contenidas en la contestación a la demanda y que pongan de manifiesto disconformidad en los hechos, antes de la ci-

tación de vista y conclusiones (art. 56.4 LJCA). Dado que la actuación procesal del demandado no es conocida por el actor hasta el acto de la vista, éste debe poder proponer la prueba documental que le convenga en ese mismo momento, en justa aplicación de la garantía de contradicción plenamente predicable del proceso abreviado contencioso-administrativo<sup>17</sup>.

El art. 45. 2 LJCA alude a una serie de documentos procesales que deben acompañarse con el escrito de interposición del recurso contencioso del proceso ordinario, y también en el recurso del procedimiento abreviado<sup>18</sup>. Se trata, en todo caso, de documentos cuya omisión debe ser siempre subsanable, pues integran aspectos formales de representación o legitimación<sup>19</sup>.

#### 4.III. ANÁLISIS DE OFICIO DE LOS REQUISITOS PROCESALES

Tras la presentación de la demanda corresponde al Juez de lo Contencioso analizar su jurisdicción y competencia objetiva. En la medida en que la jurisdicción contencioso-administrativa es improrrogable, los órganos de este orden jurisdiccional apreciarán su existencia de oficio, resolviendo sobre la misma previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal e indicando, mediante resolución motivada, que deberá adoptar la forma de auto, el concreto orden jurisdiccional que se estime competente (art. 5 LJCA). La competencia objetiva también es improrrogable. El Juez deberá examinar si el objeto de la demanda se integra dentro de los contenidos que previene el art. 8 LJCA para los Juzgados de lo Contencioso-Adminis-

17. De la misma opinión LESMES SERRANO, *Procedimiento abreviado...*, cit., p. 862.

18. Poder o representación con el que actúe la parte; documento que acredite la legitimación del actor; copia o traslado de la disposición o del acto expreso que se recurran o indicación del expediente o publicación oficial; en caso de personas jurídicas, los documentos que acrediten haber cumplido los requisitos exigidos para poder demandar. Si se recurre la inactividad de la Administración o la vía de hecho deberá mencionarse el órgano o dependencia al que se atribuya una u otra, el expediente en que tuvieron origen o cualquiera otros datos que permitan identificar el objeto del recurso.

19. Para la doctrina procesal civil más autorizada, a la luz de los preceptos constitucionales no habría inconveniente en aportar esos documentos a lo largo del juicio. Vid., RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, I, Barcelona, 1998, p. 204.

trativo, con las limitaciones para el procedimiento abreviado que señala el apartado 1 del art. 78 LJCA (cuantía inferior a 500.000 ptas. y cuestiones de personal).

Aunque nada diga la LJCA, este análisis de oficio de los requisitos procesales que lleva a cabo el Juez de lo contencioso tras la presentación de la demanda debe abordar también la competencia territorial. A ella alude expresamente el art. 7.2 LJCA, señalando su carácter improrrogable, sin que esté prevista además la posibilidad de libre elección de fuero territorial (art. 14 LJCA)<sup>20</sup>. La resolución sobre la posible incompetencia adoptará la forma de auto, previa audiencia de las partes y del Ministerio público, remitiéndose las actuaciones al órgano de la Jurisdicción que se estime competente para que ante él siga el curso del proceso.

Además de las indicadas, hay otras causas de inadmisión del recurso<sup>21</sup>, pero en el ámbito del procedimiento abreviado y en el momento procesal al que se refiere el art. 78.3, el Juez de lo Contencioso sólo debe pronunciarse sobre la jurisdicción, competencia objetiva y territorial, dejando el análisis de las otras posibles causas de inadmisión para el acto de la vista. La concentración que pretende este procedimiento abreviado, la desaparición del trámite de interposición del recurso y el hecho de que el expediente administrativo no esté a disposición del Juez en ese momento inicial del proceso determinan que el órgano judicial no pueda atender a otras causas de inadmisión diferentes a las indicadas, que requerirían el examen del referido expediente<sup>22</sup>.

20. Como señala DÍAZ ROCA, *El procedimiento abreviado en la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 385, de 8 abril 1999, «de admitirse la prórroga del fuero territorial podrían llegarse a resultados absurdos; por ejemplo que un Juez de Valladolid conociera de una sanción impuesta por el Ayuntamiento de Melilla a un vecino de Lanzarote».

21. Las causas de inadmisión aparecen previstas en los arts. 51 y 69 LJCA: recurso interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada; que versare sobre materias no susceptibles de impugnación; cosa juzgada o litispendencia; presentación del escrito inicial fuera de plazo; por desestimación en el fondo de otros recursos sustancialmente iguales por sentencia firme; cuando se impugne una vía de hecho siempre que fuera evidente que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y a tenor del procedimiento establecido; y, cuando se impugne la no realización por la Administración de las obligaciones contenidas en el art. 29, si fuera evidente la ausencia de dicha obligación.

22. LESMES SERRANO, *Procedimiento abreviado...*, cit., p. 864.

## 4.IV. ADMISIÓN DE LA DEMANDA

La admisión de la demanda se llevará a cabo mediante providencia. En este aspecto, la LJCA sigue los esquemas clásicos que la práctica procesal civil ha impuesto en la fase de admisión de la demanda. Ello no obstante, hubiera estado más acorde con el régimen de resoluciones que prevé la LOPJ (art. 245) que esa admisión adoptase la forma de auto, por la motivación inherente a la misma. Aunque nada diga el art. 78.3 LJCA cabe entender que si la resolución es de inadmisión del recurso presentado, la misma adoptará la forma de auto, tanto por las connotaciones en orden a la tutela efectiva que la referida motivación del auto comporta, como por el régimen de recursos que la adopción de una u otra resolución llevan aparejados. En este sentido, el art. 79 LJCA señala que contra las providencias sólo cabe súplica, impidiendo, por ende, que una resolución tan relevante como la inadmisión de una demanda pueda ser conocida por otro órgano jurisdiccional diferente de aquel que resolvió inadmitiendo. Además, este régimen previsto para el procedimiento abreviado que veda el acceso a la apelación en caso de inadmisión de la demanda carece de justificación alguna, cuando el propio Legislador prevé la apelación, con carácter general, para las resoluciones que inadmitan los recursos contenciosos, inclusive aquellos que sean competencia de los Juzgados contencioso administrativos, a seguir por la vía del proceso ordinario (art. 80 LJCA). A tenor de lo expuesto, y siendo de aplicación supletoria la LJCA para el procedimiento abreviado, la resolución de inadmisión debiera adoptarse mediante auto, con audiencia de las partes, posibilitando la ulterior apelación<sup>23</sup>. Es más, una interpretación rigorista y, sin duda, contraria a la finalidad buscada por el Legislador, respecto del régimen de recursos limitado que recoge el art. 78.3 LJCA, podría ser aprovechada por la Administración demandada para oponerse a la admisión de la demanda, y, caso de ser estimado, suponer la finalización del proceso mediante auto (art. 79.4 LJCA) sin superar la fase de iniciación<sup>24</sup>.

23. SANZ GANDASEGUI, *Procedimiento abreviado...*, cit., p. 694.

24. DÍAZ ROCA, *El procedimiento abreviado ...*, cit., p. 3.

## 4.V. CITACIÓN DE LAS PARTES

Después de la admisión de la demanda el propio Juzgado, en la misma providencia en que haya acordado la admisión, dará traslado del recurso al demandado, citará a las partes para la celebración de vista y ordenará a la Administración demandada que remita el expediente administrativo, con al menos quince días de antelación del término señalado para la vista. Esta regulación se aparta del régimen general previsto en los arts. 48 y 50 LJCA<sup>25</sup>, ya que se prevé que sea el propio órgano jurisdiccional el encargado de emplazar a los demandados. Esa variación, a nuestro entender, se articula en orden a adecuar los designios de celeridad, inmediación y oralidad que pretende conseguir el procedimiento abreviado.

La opción que sigue el procedimiento abreviado en la regulación del emplazamiento y citación de las partes supone atribuir al propio órgano jurisdiccional la carga de comunicar a los demandados la pendencia del proceso e indicación del día y hora para la celebración del acto de la vista, para que si a estos conviene, usen de sus derechos en orden a la garantía de defensa. El demandado o demandados, cuando sean varios, recibirán el traslado de la demanda, con la referida citación para la vista, como si se tratase del emplazamiento propio de un juicio verbal civil, y desde ese momento tendrán la carga de comparecer el día señalado, bajo sanción de preclusión. Para que ese emplazamiento se realice con éxito, será relevante que por la actora, en el escrito de demanda, se recoja con precisión la identificación de todos y cada uno de los demandados, con sus señas particulares y los domicilios donde pueden ser emplazados. Esta regulación que prevé el art. 78.3 LJCA se aparta de la prevista para el proceso ordinario, en la medida en que no se confía en que la Administración demandada sea quien efectúe el emplazamiento de los demás interesados —posibles afectados— (arts. 48 y 49 LJCA).

25. El órgano jurisdiccional requerirá a la Administración que el remita el expediente administrativo, ordenándole que practique los emplazamientos respecto de cuantos aparezcan como interesados en él. El emplazamiento de la Administración se entenderá efectuado por la reclamación del expediente, entendiéndose personada por el envío del expediente. Cabe destacar que, para la Administración, el régimen de notificaciones con carácter general debe subsumirse a lo regulado en los preceptos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

De esta forma, se pretende evitar uno de los inconvenientes que, en la práctica del foro, ha suscitado mayores controversias, cual es el relativo a la dilación del procedimiento contencioso-administrativo al posponer la citación de las partes para la vista al previo emplazamiento administrativo, dejando, en definitiva, el funcionamiento del Juzgado y el desarrollo del proceso a merced de la actuación de la Administración demandada, que, «por definición, carece de interés en ser juzgada y, en muchos casos, dispone de escasos efectivos personales, materiales y organizativos para asegurar los emplazamientos (tan escasos como los Tribunales y, en algunos casos, incluso menores)»<sup>26</sup>.

Esta opción escogida en el procedimiento abreviado no debe impedir que la propia Administración demandada, al remitir el expediente solicitado por el Juzgado, anuncie a los posibles afectados por la demanda por si les interesare comparecer en el proceso dentro del plazo señalado. La doble actuación en aras al emplazamiento judicial y/o vía Administración pretende asegurar que en ningún caso una persona afectada por la demanda quede al margen del derecho de defensa. Es más, inclusive, si compareciere alguna persona afectada, que no hubiera sido citada por el Juzgado directamente, se le deberá dar conocimiento de las actuaciones, citándola a tal efecto para la vista<sup>27</sup>.

#### 4.VI. REMISIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y ENTREGA DEL MISMO A LAS PARTES

En la misma providencia admitiendo la demanda, el Juzgado ordenará a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo. Nótese que el Legislador emplea un aserto imperativo —«ordenará»—, que no plantea dudas en cuanto a la posible discrecionalidad de su cumplimiento para con la Administración. Además, esa decisión se incluye dentro de la resolución de admisión del procedimiento, de traslado de la demanda al demandado y de la citación para la vista, todo ello en unidad de acto; de ahí que no sea

26. BORRAJO INIESTA, *Procedimiento abreviado...*, cit., p. 570.

27. BORRAJO INIESTA, *Procedimiento abreviado...*, cit., p. 571.

necesario esperar a recibir el expediente para citar a las partes para el día de la vista. Esta celeridad que parece desprenderse del articulado comentado casa perfectamente con los designios de agilidad predicables del procedimiento abreviado; es más, se fija un plazo no superior a quince días de antelación al señalado para la celebración de la vista para que la Administración cumpla con la orden recibida. No será aplicable al procedimiento abreviado la publicación en periódico oficial del anuncio de la interposición del recurso, en los términos previstos en el art. 47.2 LJCA, ya que ese precepto se remite al recurso iniciado mediante demanda que tenga por objeto alguno de los supuestos previstos por el art. 45.5 LJCA (recurso dirigido contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho), sin que estas materias encajen dentro de la competencia objetiva prevista para el cauce abreviado, al ser de cuantía indeterminada.

Ello no obstante, en no pocas ocasiones surgirá la siguiente cuestión: ¿Que sucederá si la Administración no remite el expediente, lo remite incompleto o bien éste no llega a tiempo con anterioridad a la celebración de la vista señalada?

Sobre este punto resulta aplicable al procedimiento abreviado el régimen de sanciones pecuniarias (multa coercitiva) previsto en el art. 48 LJCA, así como la incoación del posible proceso penal por el delito de desobediencia a la autoridad judicial<sup>28</sup>. La entidad de estas sanciones está acorde con la relevancia que adquiere el acto de la vista y, por ende, la remisión del expediente administrativo, en la configuración de este procedimiento contencioso, ya que la vista podrá suspenderse si el demandante considera que la garantía de la defensa puede verse conculcada por no poder examinar la documentación contenida en el referido expediente, amén de afectar a sus estrategias probatorias. En todo caso, aunque nada impide la celebración del acto pese a que no haya llegado el expediente, será el demandante quien deba sopesar la conveniencia de solicitar la suspensión del acto por desconocimiento del contenido del expediente, o bien su celebración, aunque sin la presencia del dicho expediente administrativo (art. 53 LJCA). La solución adoptada es arriesgada si el Juzgado adopta el criterio de señalar para la celebración de la

28. Arts. 410, 411 y 412 del Código Penal. También, el art. 17.2 LOPJ.

vista un plazo breve desde la admisión de la demanda, sobre todo si se toma en consideración que la Administración, por regla general, y salvo contadas excepciones, dilata en demasía la entrega del expediente cuando éste le es requerido por la autoridad judicial. Sin embargo, cabe oponerse con seriedad y rigor a contumbres inveteradas de la Administración, como la indicada, pues de lo contrario de nada servirían las reformas legislativas y los mecanismos en ellas previstas para hacer cumplir lo legislado. Esta apuesta valiente que hace la nueva LJCA en el procedimiento abreviado, al señalar la celebración de la vista en la misma resolución admitiendo la demanda interín se solicita el expediente, ha de ser el valuarte de un proceso contencioso-administrativo moderno, tendente a alejarse de unos usos y prácticas predeterminados, sin duda en la mayoría de los casos injustificados<sup>29</sup>.

Por lo demás, la Administración no podrá ampararse en la falta del expediente para solicitar la suspensión del acto, tanto porque se presume que ya conoce su contenido, como porque ella es la responsable de su ausencia<sup>30</sup>.

El punto 4. del art. 78 LJCA establece que una vez recibido el expediente administrativo, el Juez lo remitirá al actor y a los interesados que se hubiesen personado para que puedan hacer alegaciones en el acto de la vista. Se trata de que las partes puedan preparar su intervención en la vista, disponiendo de toda la documentación obrante en el expediente administrativo procedente de la Administración demandada. Nótese que el precepto conmina al Juzgado a que entregue el expediente a las partes, a diferencia de lo que sucede con lo previsto en el art. 54.3 LJCA en que el expediente es puesto de manifiesto en Secretaría. Esta remisión del expediente debiera hacerse mediante la entrega de copia, o copia testimoniada, a cada parte; en la medida en que el precepto no fija un plazo concreto para proceder a la entrega, es de suponer que el Juzgado actuará

29. De la opinión contraria se muestra GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, cit., p. 1443, para quien «o el órgano judicial, curándose en salud al señalar la fecha para la vista lo hace con un margen de tiempo tan amplio que permita prever el que hará falta para poder completarse, o no existe garantía alguna de que se va a disponer del expediente completo. (...) No puede razonablemente fijarse día para la vista en la providencia de admisión».

30. DÍAZ ROCA, *El procedimiento abreviado ...*, cit., p. 3.

con la suficiente diligencia teniendo en cuenta el tiempo que falte para la celebración de la vista.

Un tema que puede plantearse es el relativo a la posibilidad que pueda tener el Juzgado de lo contencioso de apreciar de oficio, una vez recibido el expediente y antes de remitirlo a las partes, la existencia de alguna de las causas de inadmisión que recoge el art. 51 LJCA, distintas de las previstas expresamente en el punto 3 del art. 78 LJCA. Se trata de un supuesto no recogido expresamente en esta fase del procedimiento y que, dado el principio de concentración que inspira el proceso abreviado, supondría una alteración de la sistemática prevista para el acto central de este procedimiento que es el de la vista. En todo caso, con carácter previo a la celebración de la vista, el Juez debiera poner este hecho en conocimiento de las partes para que éstas alegasen lo pertinente en la vista, inclusive acompañando los documentos que creyeran oportunos, de forma similar a lo que recoge el art. 51.4 LJCA<sup>31</sup>.

## 5.I. ACTO DE LA VISTA

El núcleo central sobre el que pivota el desarrollo, y por qué no, el ulterior éxito del procedimiento abreviado, lo constituye el acto de la vista. La oralidad que destila este nuevo procedimiento contencioso-administrativo requiere que las partes puedan expresar ante el Juez las pretensiones que fundamentan sus alegaciones, así como articular la defensa en aras del juego de la garantía de contradicción. No han faltado críticas a este procedimiento que rompe con el paradigma monopolístico de la escritura en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, amparándose en la complejidad propia del derecho y proceso administrativo<sup>32</sup>, así como en el carácter altamente conservador, en su conjunto, que depara la nueva LJCA<sup>33</sup>. En

31. LESMES SERRANO, *Procedimiento abreviado...*, cit., p. 866.

32. SANZ GANDASEGUI, *Procedimiento abreviado...*, cit., p. 696.

33. REQUERO IBÁÑEZ, *Litigiosis contencioso-administrativa...*, cit., p. 8. «El legislador sabe cuál es el problema, lo diagnostica —ahí está la Exposición de Motivos—, sabe por dónde pueden ir las soluciones (tratamiento de litigios en masa, inicio por demanda, inadmisión a límine, etc.), pero parte de las concepciones y esquemas de 1956, esquemas estrechos para lo que entiendo es el principal mal de

todo caso, la innovación que supone la oralidad en lo contencioso exige un esfuerzo añadido para todos los operadores jurídicos, incluida la Administración, en aras a conseguir el objetivo dinamizador que un proceso contencioso moderno demanda.

## 5.II. COMPARECENCIA

Para que tenga lugar el acto de la vista es necesaria la comparecencia de alguna de las partes, actora o demandada, si bien si sólo lo hiciera la demandada se tendrá por desistida a la actora con condena en costas. En caso de que ninguna de las partes comparezca, no podrá celebrarse el acto, imponiéndose en este caso el Juez igualmente las costas a la actora. Si compareciere sólo la actora se proseguirá la vista en ausencia del demandado (art. 78.5 LJCA), para quien precluirá ese trámite, pudiendo, ello no obstante, comparecer en cualquier momento posterior.

La ausencia de la parte demandada, generalmente la propia Administración, no comporta el efecto que, en puridad procesal, debiera predicarse en caso de estar en un proceso civil, cual sería el de la figura del allanamiento. En este caso, juega a su favor la subordinación al interés público que exige de la parte demandante la prueba efectiva de sus alegaciones. Al respecto, es dudoso que el art. 54.4 LJCA pueda resultar aplicable al procedimiento abreviado, ya que en este procedimiento la Administración ya dispone de la demanda, cuya virtualidad, en aras de ejercitar su defensa pasa, nece-

---

este orden. Y ante una Administración incontinente, que no se recata en generar litigiosidad o ante unos ciudadanos que litigan no pocas veces sin gran base, los problemas de esta parte del fenómeno administrativo que es el contencioso no pueden trasladarse sin más a la organización judicial provocando como única solución la idolatría del número: más y más jueces, más y más órganos judiciales, más y más funcionarios y todo ello sobre esquemas o caducos o repetitivos. Será preciso acomodar la plantilla judicial, pero antes habrá que diseñar procedimientos eficaces, sobre esta base, diseñar antes nuevos modos de secretaría judicial y sobre ese diseño introducir de forma decidida una gestión informatizada capaz de gestionar la litigiosidad administrativa masificada».

sariamente, por su comparecencia en el acto de la vista a que ha sido convocada<sup>34</sup>.

A diferencia de lo previsto con carácter general en el art. 74.6 LJCA, en el procedimiento abreviado el desistimiento lleva aparejada la condena en costas, que deberá imponerse en el mismo auto que dicte el Juez acordando la terminación del proceso.

En cuanto a la representación y defensa de las partes, el art. 23 LJCA señala que ante los Juzgados de lo contencioso-administrativo las partes deberán estar asistidas necesariamente por Abogado, quien también podrá hacer las funciones de representante mediante otorgamiento expreso de parte, pudiendo voluntariamente conferir la representación a un Procurador. Es un acierto que la actuación del Procurador en el procedimiento abreviado sea potestativa, en aras a evitar el encarecimiento del coste del proceso, pues al centrarse principalmente este cauce procesal en el acto de la vista oral, la actuación de ese profesional queda un tanto superflua y relegada en favor de la del Letrado, verdadero director de la estrategia procesal a seguir en orden a los intereses de su cliente.

## 5.III. ALEGACIONES PREVIAS

La vista oral se configura como un acto preceptivo, sin que pueda sustituirse por un trámite escrito. Según previene el art. 78.6 LJCA, comenzará con la exposición por el demandante de los fundamentos de lo que pida o ratificación de los expuestos en la demanda. La redacción de este precepto, aparentemente sencillo, no es todo lo clara que sería de desear. Aunque parece que este acto debiera limitarse a exponer el contenido del escrito de demanda, la concurrencia de dos circunstancias añadidas generan, cuanto menos, la duda: en primer lugar, en el acto de la vista es el momento en que, al menos en teoría, el demandante puede tener acceso al expe-

---

34. DÍAZ ROCA, *El procedimiento abreviado...*, cit., p. 3. Indica el art. 54.4 LJCA que «Si la Administración demandada fuere una entidad local y no se hubiere personado en el proceso pese a haber sido emplazada, se el dará no obstante traslado de la demanda para que, en el plazo de veinte días, pueda designar representante en juicio o comunicar al Juez o Tribunal, por escrito, los fundamentos por los que estimare improcedente la pretensión del actor».

diente administrativo; de ahí que las pretensiones deducidas en la demanda puedan verse afectadas por el contenido del referido expediente, ya sea en el sentido de introducir nuevos motivos de impugnación, ya sea por reducir o modificar la orientación de los alegados. En segundo término, el propio punto 6 del art. 78 LJCA alude expresamente a una doble posibilidad en la exposición del demandante, pues la conjunción disyuntiva permite interpretar que el actor exponga los fundamentos de lo que pida, con la posible introducción de nuevos motivos de impugnación que se hayan deducido del análisis del expediente administrativo, o bien que ratifique los ya expuestos en la demanda, en cuyo caso sólo cabría reproducir el contenido de la pretensión anunciada en la demanda.

Dado que la Ley no prevé un trámite de contestación a la demanda, previo al acto de la vista, en aras a potenciar la oralidad, no consideramos que se puedan vulnerar garantías de la demandada causantes de indefensión si en el momento de la vista la parte actora modifica sus pretensiones. Por ende, entendemos que es posible que al inicio de la vista, cuando el Juez de lo contencioso conceda la palabra a la actora, ésta pueda variar el contenido de la demanda, introduciendo nuevos motivos de impugnación, o reduciendo los ya alegados. En todo caso, esa modificación deberá tener el límite de lo que resulte del propio expediente administrativo, sin que pueda ampliarse el objeto del proceso contencioso-administrativo a otras materias ajenas a lo que se desprenda del concreto expediente remitido por la Administración demandada.

Por lo demás, resultarán de aplicación subsidiaria los preceptos del proceso contencioso ordinario y la Ley procesal civil<sup>35</sup>.

Tras la actuación de la parte actora, se concede la palabra al demandado para que pueda formular alegaciones (art. 78.7 LJCA). Por aplicación analógica de lo previsto en el art. 54.3 LJCA, intervendrá en primer lugar la Administración; cuando hubiere otros demandados intervendrán posteriormente, aunque, a diferencia de lo que prevé el referido precepto, y dada la oralidad del acto, debiera darse la palabra a cada uno de ellos individualizadamente, si no ac-

35. En aras a fijar el objeto del debate, el Juez podrá invitar a los defensores de las partes a que concreten lo hechos y puntualicen, aclaren o rectifiquen cuanto sea preciso para delimitar el objeto del debate (art. 63.2 LJCA).

tuasen bajo una misma dirección, para que pudieran exponer lo pertinente a su defensa.

En primer lugar, esas alegaciones deberán versar sobre la posible existencia de excepciones de carácter procesal determinantes de la inadmisibilidad del recurso, ya sea con carácter definitivo, o bien mediante la remisión de las actuaciones al órgano jurisdiccional competente. Se trata de otorgar a la parte demandada la posibilidad de alegar la concurrencia de las causas de inadmisibilidad que, en el trámite de admisión, ha de examinar de oficio el Juez, con más las causas que prevén los arts. 51 y 52.3 LJCA, estas últimas sólo denunciabiles a instancia de parte. Relacionado con lo que dispone el punto 9 del art. 78 LJCA, que más adelante analizaremos, también la parte demandada podrá en este momento alegar la inadecuación del procedimiento abreviado, tanto por razón de la cuantía como de la materia litigiosa.

Si la demandada alegase la concurrencia de alguna de las causas indicadas, el Juez de lo contencioso, antes de pronunciarse sobre lo que proceda, oirá al demandante. Aunque no se prevea expresamente, debiera ser posible otorgar la posibilidad de subsanar el defecto alegado, si este fuese de los de tal naturaleza<sup>36</sup>. Además, de la redacción del precepto se infiere que, formuladas las oportunas objeciones procesales, la demandada no deberá pronunciarse sobre el fondo hasta que dichas excepciones hayan quedado resueltas.

Una vez oídas las partes, el Juez resolverá lo que proceda acerca de las cuestiones procesales denunciadas (art. 78.8 LJCA). Sin embargo, no se indica qué forma deba adoptar esa resolución, y por ende se conculca el derecho a los recursos procedentes. Si mandase proseguir el juicio se prevé que el demandado pueda pedir que conste en acta su disconformidad<sup>37</sup>; igualmente, si el Juez declinara el conocimiento del asunto en favor de otro Juzgado o Tribunal o bien declarase la inadmisibilidad del recurso, lo mismo podrá hacer el demandante. Entendemos que, en el caso de que la decisión del

36. LESMES SERRANO, *Procedimiento abreviado...*, cit., p. 872.

37. Aunque no diga nada la Ley respecto a la forma de la resolución con la que se acuerde la desestimación de las cuestiones procesales planteadas, ordenando la continuación del juicio, quizás lo más oportuno es que esa resolución adopte la forma de auto. Contra este auto sólo cabrá súplica, en su caso, pero no apelación ya que no le será aplicable el art. 80.1.c) LJCA.

Juez sea la de declinar el conocimiento de la *litis*, la resolución a dictar debiera adoptar, cuanto menos, la forma de auto, o bien de sentencia si la decisión comporta la inadmisión *a limine*. Sólo así puede entenderse la previsión que efectúa el Legislador en el art. 81.2.a) LJCA, cuando establece, con carácter general, el recurso de apelación respecto de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Contencioso que declaren la inadmisibilidad del recurso, con independencia de cuál sea su cuantía.

Sin embargo, con la interpretación aquí apuntada, aparece un problema de técnica-procesal, derivado del régimen del recurso de apelación que prevé la LJCA, que merece un tratamiento pormenorizado, a saber: si entendemos aplicable el recurso de apelación contra la sentencia que resuelve la inadmisibilidad de la demanda contenciosa, cuyo recurso está previsto en los arts. 81 a 85 LJCA, entra en juego la previsión del apartado 10 del art. 85 LJCA: «cuando la Sala revoque en apelación la sentencia impugnada que hubiere declarado la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, resolverá al mismo tiempo sobre el fondo del asunto». Evidentemente, surgen problemas difíciles de superar porque el tribunal que entiende de la apelación no tiene elementos suficientes para resolver el fondo de la *litis*; no olvidemos que en la fase del procedimiento abreviado en que nos encontramos aun no ha tenido lugar la discusión contradictoria propia de todo proceso judicial (alegaciones, prueba, conclusiones). De ahí que la única posible solución pase por concretar que los poderes del juez *ad quem* queden limitados, en el supuesto concreto analizado, sólo en lo relativo a las cuestiones derivadas de la admisibilidad de la demanda. En este caso, una vez admitido el recurso de apelación en ambos efectos (art. 83.1 LJCA), quedaría en suspenso la prosecución del procedimiento abreviado hasta que el tribunal superior resolviera la apelación en los términos indicados<sup>38</sup>.

38. La problemática que suscita el precepto analizado ha sido también estudiada por DÍAZ ROCA, *El procedimiento abreviado...*, cit., p. 4. Para este autor, la resolución que estimase las alegaciones del demandado relativas a la falta de presupuestos procesales debería adoptar la forma de auto definitivo; dado que la apelación de esta resolución lo es en un solo efecto (devolutivo y no suspensivo), en el interín, el Juez de lo contencioso, según Díaz Roca, «proseguiría el procedimiento abreviado hasta antes de dictar sentencia en espera de la resolución de la apelación. Si el tribunal superior admite la apelación, entonces concurren los requisitos procesales y se pasa a dictar sentencia. Si se desestima la apelación y se confirma la re-

Dentro de las que hemos señalado como alegaciones previas, antes de entrar en el fondo del asunto, el apartado 9 del art. 78 LJCA dispensa un trato singularizado a la impugnación del demandado de la adecuación del procedimiento por razón de la cuantía. Esta materia es especialmente relevante, en la medida en que la propia LJCA prevé que el Juzgado requiera a la parte actora para que fije la cuantía de autos, si aquella no se hubiere pronunciado sobre este extremo en el escrito de demanda (art. 40.2 LJCA).

Si el demandado entiende que la cuantía fijada por el actor es superior a las 500.000 ptas., el Juez, en el mismo acto de la vista, exhortará a las partes a ponerse de acuerdo sobre tal extremo. Aunque el precepto aluda a que esa función medidora del órgano judicial tenga lugar «antes de practicarse prueba o, en su caso, las conclusiones», es lógico pensar que, dadas las consecuencias que se derivarían de la estimación de la impugnación por razón de la cuantía de la *litis*, cuanto antes quede resuelto el incidente, mejor. Por lo demás, en la medida en que en el acto de la vista ambas partes pretenden la ulterior concreción del objeto del proceso contencioso, nada debe impedir que solucionen, o por lo menos lo intenten, acerca de la cuantía de ese objeto litigioso. Si no se alcanza el acuerdo, el Juez decide sobre la cuantía, dando al proceso el curso procedimental que corresponda. En caso de que estime que la cuantía supera la cifra competencia del procedimiento abreviado, seguirán las actuaciones por la vía del proceso ordinario. La resolución adoptará la forma de auto, que será irrecurrible.

Aunque se haya afirmado que, de la redacción del punto 9 del art. 78 LJCA, la determinación de la cuantía pueda quedar a dispo-

solución del Juez, el mismo auto resolutorio de la apelación pondría fin al procedimiento y se archivarían las actuaciones». Como apunta el citado autor, quizás esta solución pudiera retrasar algo la resolución sustantiva de estos procedimientos, amén de forzar bastante la mecánica del recurso de apelación. En todo caso, por un criterio de economía procesal, no entendemos que la solución apuntada sea la más aceptable, de entre todas las posibles interpretaciones a efectuar, sobre todo por las consecuencias que tendría la prosecución de un litigio hasta el final, teniendo la incertidumbre de si ese proceso servirá para algo, ya que la sentencia del órgano superior resolviendo la apelación será la que definitivamente determine la suerte de la *litis*.

En definitiva, como apunta Díaz Roca, la solución que definitivamente se adopte será una cuestión que deberá decidir en último término el Tribunal Supremo en casación, ya sea ésta ordinaria o bien en interés de ley.

sición de las partes, dado que parece que su acuerdo es vinculante para el Juez<sup>39</sup>, lo cierto es que, en nuestra opinión, las partes quedan obligadas al cumplimiento de las normas de la LJCA que recogen la determinación de la cuantía<sup>40</sup>. Una interpretación contraria chocaría con el carácter indisponible de las normas procesales, que revisten la consideración de normas de orden público<sup>41</sup>.

#### 5.IV. FINALIZACIÓN ANTICIPADA

En el caso de que no se hubiesen suscitado las alegaciones previas referidas anteriormente, o bien su resolución comportase la continuación del juicio, señala el art. 78.10 LJCA que el Juez dará la palabra a las partes para fijar con claridad los hechos en que fundamenten sus pretensiones. Cuando de las alegaciones de las partes se

39. SANZ GANDASEGUI, *Procedimiento abreviado...*, cit., p. 696.

40. Estas normas están previstas en el art. 41 y 42 LJCA. Así, la cuantía del recurso contencioso-administrativo vendrá determinada por el valor económico de la pretensión objeto del mismo. Cuando existan varios demandantes, se atenderá al valor económico de la pretensión deducida por cada uno de ellos, y no a la suma de todos. En los supuestos de acumulación o de ampliación, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor económico de las pretensiones objeto de aquellas, pero no comunicará a las de cuantía inferior la posibilidad de casación o apelación.

Para fijar el valor económico de la pretensión se tendrán en cuenta las normas de la legislación procesal civil, con las especialidades siguientes: a) Cuando el demandante solicite solamente la anulación del acto, se atenderá al contenido económico del mismo, para lo cual se tendrá en cuenta el débito principal, pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad, salvo que cualquiera de estos fuera de importe superior a aquél. b) Cuando el demandante solicite, además de la anulación, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, o cuando solicite el cumplimiento de una obligación administrativa, la cuantía vendrá determinada: 1. Por el valor económico total del objeto de la reclamación, si la Administración pública hubiere denegado totalmente, en vía administrativa, las pretensiones del demandante. 2. Por la diferencia de la cuantía entre el objeto de la reclamación y el del acto que motivó el recurso, si la Administración hubiera recurrido parcialmente, en vía administrativa, las pretensiones del demandante. Se reputarán de cuantía indeterminada, los recursos dirigidos a impugnar directamente las disposiciones generales, incluidos los instrumentos normativos de planeamiento urbanístico, los que se refieran a los funcionarios públicos cuando no versen sobre derechos o sanciones susceptibles de valoración económica, así como aquellos en los que junto a pretensiones evaluables económicamente se acumulen otras no susceptibles de tal valoración.

41. LESMES SERRANO, *Procedimiento abreviado...*, cit., p. 874.

desprenda la conformidad con las pretensiones del actor, el carácter meramente jurídico de la controversia, la falta de proposición de prueba o que la prueba propuesta no hubiere sido admitida, siempre que las partes no desearan formular conclusiones, el Juez dictará sentencia sin más dilación (art. 78.11 LJCA). Se trata de supuestos en los que se produce una finalización anticipada del procedimiento abreviado.

El primero de esos supuesto alude a la conformidad de todos los demandados con las pretensiones del actor. En realidad se está aludiendo a la figura del allanamiento que, con carácter general, aparece recogida en el art. 75 LJCA, y que es de aplicación también al procedimiento abreviado. Así, para que en un proceso contencioso pueda allanarse la Administración es preciso que se presente testimonio del acuerdo adoptado por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las Leyes o reglamentos respectivos. Si quien se allanare no fuera la Administración y actuase mediante representación, deberá mediar ratificación expresa o poder especial facultando para tal acto concretamente. También será necesario que en caso de litisconsorcio el allanamiento lo soliciten todos los demandados y respecto de todas las pretensiones de la actora, ya que de lo contrario, el procedimiento no podrá finalizar de la forma prevista en este supuesto. En todo caso, resulta de aplicación el régimen previsto para el proceso civil en relación a los efectos que se derivan del allanamiento: el Juez, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones de la demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso, el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oír por plazo común de diez días, dictando luego la sentencia que estime ajustada a Derecho (art. 75.2 LJCA).

Junto con el allanamiento, la conformidad a que se refiere el punto 11 del art. 78 LJCA parece que también admite la figura del reconocimiento extraprocesal de la pretensión deducida por la actora. Este supuesto está recogido en el art. 76 LJCA y prevé que cuando la Administración demandada reconociese totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante, cualquiera de las partes podrá ponerlo en conocimiento del Juez, cuando la Administración no lo hiciera. Tras oír a las partes y comprobar la realidad de lo alega-

do, el Juez dictará auto en el que declarará terminado el procedimiento, ordenando el archivo del recurso y la devolución del expediente administrativo, salvo que entienda que el reconocimiento supusiera una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso dictará sentencia ajustada a Derecho.

Otro de los supuestos que genera la finalización anticipada del proceso abreviado tiene lugar cuando no se practica prueba. Esa falta de prueba puede producirse tanto porque el objeto de la controversia afecte únicamente a la interpretación de la norma jurídica aplicable, no existiendo disconformidad en los hechos alegados, como porque no se haya propuesto prueba o bien la propuesta no haya sido admitida por el Juez. En todo caso, al igual que con relación al supuesto de conformidad-allanamiento antes analizado, es necesario que ninguna de las partes desee formular conclusiones para que pueda tener lugar la finalización anticipada.

Si concurren algunos de los supuestos de finalización anticipada que recoge el primer párrafo del art. 78.11 LJCA, el Juez apreciará tal circunstancia en el acto y dictará sentencia sin más dilación, si ninguna de las partes se opusiere. Ello no obstante, si alguna de las partes se opusiera a la finalización del procedimiento propuesto por el Juez, éste tiene una doble opción: estimar la oposición y, por ende, seguir el procedimiento por todos los trámites posteriores previstos, o bien desestimarla y dictar sentencia definitiva de inmediato, en cuyo caso, antes de resolver sobre el fondo de la *litis* deberá pronunciarse sobre las causas por las que no ha apreciado la oposición de la parte a que tuviera lugar la finalización anticipada, finalmente adoptada.

En el caso de aceptar la oposición de las partes a la finalización anticipada, con la consiguiente continuación del procedimiento, sólo faltará el trámite de conclusiones orales, ya que la prueba no es posible porque no tiene sentido que se reciba el procedimiento a prueba cuando hay conformidad de los demandados con la pretensión del actor o la controversia es estrictamente jurídica, así como porque el siguientes supuesto de terminación anticipada consiste precisamente en la no práctica de la prueba, bien porque no se proponga, bien porque no sea admisible la propuesta<sup>42</sup>.

42. LESMES SERRANO, *Procedimiento abreviado...*, cit., p. 878. Añade este

## 6.I. PROPOSICIÓN DE PRUEBA

Tras el análisis de los diversos supuestos de finalización anticipada, y cuando ninguno de ellos sea de aplicación al litigio, si no mediare entre las partes conformidad sobre los hechos, se propondrán las pruebas y, una vez admitidas las que no sean impertinentes o inútiles, se practicarán seguidamente (art. 78.10 LJCA).

La iniciativa probatoria la ostentan las partes (art. 60 LJCA). Sin embargo, el órgano judicial, de oficio, también puede acordar el recibimiento a prueba del proceso y disponer la práctica de cuantas pruebas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto (art. 61 LJCA). Aunque el procedimiento abreviado no incluya expresamente esta iniciativa probatoria de oficio, no debe haber ningún impedimento legal para que sea de aplicación al mismo, dado el carácter supletorio que tienen las normas del proceso ordinario, según indica el punto 23 del art. 78 LJCA. En todo caso, el proceso se recibirá siempre a prueba si el objeto del recurso fuera una sanción administrativa o disciplinaria cuando exista disconformidad con los hechos (art.60.3 LJCA).

Una vez recibido el procedimiento a prueba, la proposición de los distintos medios de que pretendan valerse las partes se efectuará oralmente, en el acto de la vista. En unidad de acto el Juez admitirá las pruebas que considere pertinentes, inadmitiendo las impertinentes o inútiles. Ambos conceptos, junto con los distintos medios de prueba que puedan proponerse<sup>43</sup>, arrancan de la dogmática probatoria civil, también de aplicación al proceso contencioso-administrativo, según recoge el art. 60.4 LJCA), con las particularidades a que

---

autor con razón que «resulta en todo caso bastante confuso este precepto ya que es requisito para la terminación anticipada del procedimiento abreviado que las partes no deseen formular conclusiones, por lo que no se entiende muy bien por qué han de oponerse posteriormente a la terminación anticipada si precisamente ésta no consiste en otra cosa que no celebrar dicho trámite de conclusiones orales, salvo que se entienda que el trámite que se pretende ahorrar sea el de la audiencia prevista en el número 19 del art. 78, de las personas que sean parte en los asuntos y se encuentren presentes, aunque no parece que esta sea la finalidad perseguida».

43. Los medios de prueba de que podrán disponer las partes son comunes tanto en el procedimiento abreviado como en el ordinario, y resultan del art. 578 LEC: confesión en juicio, documentos públicos y solemnes, documentos privados y correspondencia, libros de los comerciantes según las formas del Código de Comercio, dictamen de peritos, reconocimiento judicial y testigos.

expresamente hace referencia el propio procedimiento abreviado. Las pruebas admitidas deberán practicarse seguidamente; para ello, la parte proponente deberá prever tal posibilidad, acudiendo al acto de la vista junto con los testigos, si hubiere propuesto ese medio de prueba. Sería de desear, en aras a la celeridad que dispensan los preceptos que regulan el procedimiento abreviado, que las partes acudieran personalmente al acto de la vista para que, en su caso, pudiera practicarse la prueba de confesión, aunque ello, como más adelante se analizará, no está exento de pocos problemas de índole práctica, al ser siempre parte en este tipo de procedimientos una Administración pública. De no ser ello posible, se suspenderá la vista, señalando día y hora para su continuación dentro del término de treinta días que señala, para similar supuesto, el proceso ordinario (art. 78.12 LJCA). Igualmente se acordará, con carácter general, cuando no sea posible practicar la prueba en el mismo acto de la vista, como sucederá generalmente con la prueba pericial.

## 6.II. CONFESIÓN EN JUICIO

Señala el punto 13 del art. 78 LJCA una serie de particularidades concernientes a la prueba de confesión, que merecen un análisis detallado.

Según el citado precepto, las posiciones para la prueba de confesión se propondrán verbalmente, sin admisión de pliegos. Al respecto, y dada la entidad del precepto, caben varias lecturas, según cuál sea el grado de compromiso que quiera, o pueda, acogerse en relación a las directrices impuestas en la reforma del proceso contencioso administrativo, especialmente en el procedimiento abreviado.

Una primera interpretación, estricta con la letra de la ley, posibilita la adecuación del precepto con las previsiones que a tal efecto recoge la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si bien es cierto que el art. 595 LEC establece que en los pleitos en que sea parte el Estado o alguna Corporación del mismo se propondrán por escrito las preguntas que se quieran hacer, las cuales serán contestadas por vía de informe por los empleados de la Administración a quienes conciernan los hechos, en el procedimiento abreviado, y a tenor del art. 78.13 LJCA, cuando parte demandada lo sea la Administración, las posi-

ciones se efectuarán verbalmente en el acto de la vista, pero serán contestadas por escrito por la Administración requerida, pues el indicado precepto alude expresamente a la proposición de las posiciones, pero no a la emisión de las mismas. La proposición verbal de las preguntas a formular a la Administración no supone una innovación de tal envergadura que requiera la introducción de cambios sustanciales en la actuación de destinatario de la posición. Es más, el acta que levante el Secretario del Juzgado del acta de la vista oral en que se propongan las posiciones deberá recoger al detalle el contenido de las posiciones formuladas, indicando cuáles han sido declaradas pertinentes, para su ulterior remisión mediante oficio a quien deba absolverlas. En todo caso, esta forma de proceder en la prueba de confesión exigirá la suspensión de la vista al no poderse practicar la prueba en unidad de acto, pero supone una teórica adecuación a los preceptos del procedimiento abreviado, según lo previsto en el art. 78.12 LJCA.

Cabe también una segunda interpretación, que parte de la consideración de entender que la configuración que efectúa la LJCA de la prueba de confesión supone una importante contradicción con lo dispuesto en los arts. 595 y 581 de la LEC<sup>44</sup>. Al respecto, esta interpretación consideraría que el precepto de la LJCA que regula la práctica de la confesión en juicio obliga al representante de la Administración a evacuar las posiciones de forma verbal, en clara contravención con lo previsto en el art. 595 LEC; además, exige el art. 581 LEC que las posiciones se formulen siempre por escrito, obligando al Juez a rechazar las que no reúnan tal requisito. Esta interpretación entendemos que se aparta notablemente del sentido de la reforma introducido en el proceso contencioso-administrativo mediante la nueva LJCA. Inclusive, podría entenderse que es contraria al propio procedimiento abreviado, pues si bien es cierto que los medios de prueba se practicarán en este procedimiento de la forma prevista para el juicio ordinario (art. 78.12 LJCA), y que para este proceso la prueba se desarrollará tomando como referencia el proceso civil, también ha de tomarse en consideración que la práctica de esos medios de prueba no podrá resultar incompatible con los trámites del procedimiento abreviado, y es evidente que un proceso que

44. SANZ GANDASEGUI, *Procedimiento abreviado...*, cit., p. 698.

propugna la oralidad como característica principal no puede retomar la escritura como regla general, sobre todo en el período de prueba, que es donde la intermediación que favorece la oralidad alcanza su máxima expresión. Es más, la remisión que hace el art. 60.4 LJCA al proceso civil se efectúa «con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil», y la absolución de posiciones por vía de informe escrito que regula el art. 595 LEC no constituye la norma general al respecto, sino una especialidad, por no decir privilegio, que se dispensa a la Administración cuando esta es parte en un procedimiento civil. De ahí que, en puridad hermenéutica, la norma general en materia de absolución de posiciones por quien es parte procesal obliga a contestar de forma verbal y a presencia judicial (art. 585 LEC).

La anterior interpretación nos conduce a la que, a nuestro entender, debiera ser la práctica a seguir en materia de confesión en juicio en el procedimiento abreviado: proposición verbal de las posiciones, sin admisión de pliegos, y absolución, también de forma oral, por los empleados de la Administración a quienes conciernan los hechos objeto de debate ante el Juez de lo contencioso-administrativo competente para entender de la *litis*.

Es evidente que nada puede aportar a la prueba de confesión el representante en juicio de la Administración, por ser generalmente ajeno a los hechos sobre los que se pide confesión y desconocedor de la realidad fáctica que sirve de sustento al acto administrativo impugnado. Pero en ningún precepto de la ley dice que sea este representante quien deba absolver las posiciones que se le formulen, sino todo lo contrario (analógicamente, art. 595 LEC). Hay que admitir que esta materia puede ser campo abonado para dilaciones; baste pensar que la Administración retrase o dificulte la identificación de la persona que deba confesar en su nombre. Sin embargo, esta práctica común, ajena y contraria a los designios legales, no puede ser motivo suficiente como para pensar que la introducción de la oralidad en la prueba de confesión acabará derivando, de nuevo, hacia la implantación de la escritura. Ante la imposibilidad de practicar la prueba de confesión en el acto de la vista, siempre que no medie mala fe por parte de quien tuviera la carga de aportarla, el Juez podrá acordar su suspensión señalando, sin necesidad de nueva

notificación, el lugar, día y hora en que deba reanudarse (art. 78.18 LJCA).

En todo caso, el art. 78.13 LJCA debiera comportar una readaptación de la Ley 52/1997, de 27 noviembre, de Asistencia Jurídica del Estado, en donde se recoge que la mayoría de trámites que deba efectuar la Administración en un proceso judicial sean escritos y mediante informe.

### 6.III. PRUEBA TESTIFICAL

La regulación de la prueba testifical aparece en los puntos 14 y 15 del art. 78 LJCA. De la lectura de estos preceptos se desprende también que la oralidad prima casi por completo en la práctica de este medio de prueba, superando inclusive las previsiones que al respecto aparecen en el texto de la LEC para ese mismo medio de prueba (arts. 637 a 666). Las novedades que recoge la prueba de testigos para el procedimiento abreviado son las siguientes: Las preguntas y repreguntas se formularán oralmente, en el acto de la vista, ante el Juez de lo contencioso y a presencia de los testigos propuestos, por cuanto la Ley dice expresamente que no se admitirán escritos de preguntas y repreguntas. Ello no obstante, el Juez debe poder seleccionar las preguntas formuladas según las considere pertinentes o no en relación con los hechos objeto del debate.

El Juez dispone de un importante facultad en lo concerniente a la limitación discrecional del número de testigos. Cuando el número de testigos fuere excesivo y las manifestaciones de éstos pudieran constituir inútil reiteración sobre hechos suficientemente esclarecidos, el órgano judicial podrá limitar su número. Contra esa resolución cabrá recurso de súplica a interponer en el mismo acto, que se sustanciará y resolverá seguidamente (art. 78.17 LJCA). En todo caso, de la letra de la ley se desprende que deben darse ambas circunstancias conjuntamente: testigos numerosos y declaraciones reiterativas. Si las declaraciones de los testigos son variadas y ofrecen un contenido plural en relación con el objeto del proceso, el Juez no podrá limitar su número discrecionalmente.

Por último, desaparece la tacha de testigos. Únicamente en conclusiones las partes podrán hacer las observaciones que sean oportu-

nas respecto de sus circunstancias personales y de la veracidad de sus manifestaciones. Esta solución propugna una mayor agilidad en la práctica de la prueba, al evitar la paralización que siempre supone el incidente de la tacha de testigos. Sin embargo, se elimina expresamente esta figura, pero parece que se quieren mantener sus efectos, aunque traspasando a la fase de conclusiones la posible alegación de la concurrencia de los motivos de tacha. Esta alegación se presenta, cuanto menos, de difícil apreciación, ya que dependerá de cuáles hayan sido las respuestas dadas por el testigo básicamente a las repreguntas formuladas.

#### 6.IV. PERITOS

En relación a la prueba pericial, no serán de aplicación las reglas generales sobre insaculación de peritos (art. 78.16 LJCA). Esta redacción escueta e incompleta no casa en absoluto con la importancia que merece una de las pruebas más relevantes de todo proceso jurisdiccional como lo es la pericial. Si lo que se pretende es la celebración en unidad de acto de las pruebas que las partes proponen en la vista, la prueba pericial presenta no pocos problemas. Resultará difícil que esa prueba se celebre junto con las demás pruebas propuestas, pues al no ser de aplicación las reglas sobre insaculación de peritos, el perito en cuestión parece que deberá ser designado directamente por el Juez de entre la lista de expertos en la materia de que se trate, que a tal efecto disponga en el Juzgado; en este caso, no podrá celebrarse la referida prueba hasta que el perito nombrado haya aceptado el cargo y estudiado los extremos sobre los que verse la pericia a practicar. Más dudoso parece que lo que el precepto haya buscado con la redacción indicada sea que la designación del perito se produzca mediante acuerdo directo de las partes, porque la práctica del foro indica que ese supuesto es verdaderamente excepcional. En todo caso, de darse el caso, el perito que acompañe a la parte proponente al acto de la vista, y que sea aceptado por la contraparte, podrá emitir el correspondiente informe, o ratificarse en el previamente emitido, cuando el Juez haya declarado pertinente tal medio de prueba.

Por lo demás, regirán las reglas generales de la LEC para este

medio de prueba en lo concerniente al modo de practicarse, a la recusación del perito y a la valoración que de la misma lleve a cabo el juzgador.

#### 6.V. RECURSOS EN MATERIA DE PRUEBA

Señala el art. 78.17 LJCA que las partes pueden interponer recurso de súplica contra las resoluciones del Juez sobre denegación de pruebas o sobre admisión de las que las que se denunciaran como obtenidas con violación de derechos fundamentales. Este recurso se interpondrá oralmente, y se resolverá de la misma forma, previa audiencia de la contraparte y en unidad de acto, sin perjuicio de que se documente por escrito en el acta del juicio que extienda el Secretario.

Cabe entender que sólo es posible la súplica en los dos casos referidos, o denegación de pruebas, o admisión de las mismas pero mediando violación de derechos fundamentales. Este último supuesto parece referirse únicamente a la prueba documental que se aporte al acto de la vista, y que se haya obtenido con anterioridad, ya que el resto de las pruebas se practicarán en ese mismo momento y es difícil imaginar la violación de derechos fundamentales con anterioridad a su práctica<sup>45</sup>.

#### 6.VI. SUSPENSIÓN DEL ACTO DE LA VISTA

A modo de colofón en materia de prueba para el procedimiento abreviado, el art. 78.18 LJCA prevé que si el Juez estimase que alguna prueba relevante no pueda practicarse el día de la vista, sin mala fe por parte de quien tuviera la carga de aportarla, la suspenderá, señalando en el acto, y sin necesidad de nueva notificación, el lugar, día y hora en que deba reanudarse.

La suspensión del acto de la vista intenta evitarse al máximo y presenta un carácter excepcional, pues, no en vano, un aspecto nuclear del procedimiento abreviado lo constituye la celebración de ese

45. LESMES SERRANO, *Procedimiento abreviado...*, cit., p. 882.

acto dentro del plazo previsto y en los términos que recoge la Ley. Sin embargo, el acto de la vista no puede mantenerse a cualquier precio, sobre todo si hay medios de prueba relevantes, propuestos y admitidos, que no han podido practicarse por causas ajenas —la Ley alude al concepto de mala fe— a la parte que tuviera la carga de aportarla. En este caso, el Juez acordará la suspensión del acto, pero señalando inmediatamente el lugar, día y hora de su reanudación. Sobre este particular, siguiendo las normas generales previstas en la LJCA, el nuevo señalamiento debiera producirse dentro del término del mes al que alude el art. 60 LJCA para el proceso ordinario.

El carácter de prueba relevante del art. 78.18 LJCA debe entenderse en el sentido de prueba dotada de especial importancia para la ulterior resolución de la *litis*. Esta valoración sólo puede efectuarla el Juez, pues él es el destinatario final de la prueba. Entendemos que no procederá la suspensión del acto respecto de cualquier medio de prueba admitido y que no pueda practicarse en ese momento, si el Juez considera que el resultado a obtener no tendrá trascendencia para el objeto de la controversia, o bien que mediante una valoración conjunta de los otros medios de prueba practicados el juzgador ya se ha formado la convicción que necesitaba.

Tampoco será posible la suspensión del acto de la vista si el medio de prueba propuesto no puede practicarse por causa directamente imputable a la parte proponente, o que tiene la carga de aportarla. El concepto de mala fe parece que se asocia a una actuación dolosa o negligente de la parte, y, dado el carácter excepcional que reviste la suspensión del acto, este se celebrará aunque el medio de prueba de que se trate no se pueda practicar cuando el Juez valore la concurrencia de esa conducta en la parte solicitante de la prueba.

## 7.I. CONCLUSIONES

El trámite previo a la sentencia que ponga fin a la controversia es el de conclusiones. A él se refiere el art. 78.19 LJCA, pero lo hace de una manera tan escueta que ni tan siquiera nos dice en qué pueda consistir, pues ese apartado da la impresión que quiera centrarse principalmente en la particularidad, un tanto *sui generis*, por lo demás, que supone la posibilidad que se otorga a las personas

que sean parte para que puedan exponer lo que crean oportuno para su defensa.

Las conclusiones se formularán oralmente, aunque cabe la posibilidad de renunciar a ellas, según lo prevé expresamente el art. 78.11 LJCA. Aunque nada se dice sobre qué sucede cuando no haya unanimidad en las partes respecto a la renuncia a ese trámite, lo lógico es aplicar, una vez más, las normas generales previstas al respecto sobre el proceso ordinario (art. 78.23 LJCA). Así pues, será preceptivo el trámite cuando ambas partes lo soliciten, cuando lo solicite sólo el demandante, o cuando, solicitándolo sólo el demandado, se hubiere practicado prueba (art. 62 LJCA)<sup>46</sup>.

En cuanto al contenido de las conclusiones, el art. 64 LJCA indica que consistirán en unas alegaciones sucintas acerca de los hechos, la prueba practicada y los fundamentos jurídicos en que las partes apoyen sus pretensiones. No se podrá aquí introducir nuevas pretensiones ni nuevos hechos que difieran de los alegados con la demanda y contestación respectivas (art. 65.1 LJCA). Sin embargo, si el Juez entiende oportuno que se traten motivos relevantes para el fallo y distintos de los alegados, lo pondrá en conocimiento de las partes mediante providencia, dando un plazo de diez días para ser oídas sobre ello (art. 65.2 LJCA). En todo caso, el demandante podrá solicitar que la sentencia formule pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios de cuyo resarcimiento se trate, si constasen ya probados en autos (art. 65.3 LJCA).

Tras la práctica de las conclusiones, las personas que sean parte en los asuntos podrán, con la venia del Juez, exponer de palabra lo que crean oportuno para su defensa a la conclusión de la vista, antes de darla por terminada. Se trata de un trámite peculiar, que toma como precedente la regulación prevista en el art. 331 LEC para el recurso de apelación<sup>47</sup>. Es de preveer que esta regulación del art.

46. De igual parecer LESMES SERRANO, *Procedimiento abreviado...*, cit., p. 885.

47. Este artículo establece que «Los que sean parte en los pleitos podrán, con la venia del Presidente, exponer de palabra lo que crean oportuno para su defensa a la conclusión de la vista, antes de darse por terminada, o cuando se dé cuenta de cualquier solicitud que les concierna. El Presidente les concederá la palabra en tanto que la usen contrayéndose a los hechos y guardando el decoro debido».

78.19 LJCA difícilmente sea una expectativa procesal usual en la práctica. El contenido jurídico-técnico del proceso contencioso-administrativo será un aspecto disuasorio para que una persona lega en la materia opine sobre el litigio *in situ*. En todo caso, muy probablemente esa opinión no trascenderá del detalle meramente fáctico, o de la precisión sobre algún aspecto vertido en la vista, sin poder aportar hechos nuevos, ya que el Letrado de la parte afectada es quien defiende ante el Juzgado los intereses jurídicos de su patrocinado con toda amplitud de criterio.

## 7.II. SENTENCIA

El Juez dictará sentencia en el plazo de diez días desde la celebración de la vista (art. 78.20 LJCA). Se configura la sentencia como la forma normal de finalización del procedimiento abreviado. Dado que tampoco aquí se entra a regular cuál deba, o pueda, ser su contenido, será de aplicación lo previsto para la sentencia en el proceso ordinario (arts. 67 a 73 LJCA).

Es de destacar que no se prevé la posibilidad de que el Juez acuerde la práctica de diligencias para mejor proveer; al tratarse de un procedimiento oral que se desarrolla casi íntegramente en el acto de la vista y que pretende la celeridad en todos sus trámites, y donde la prueba se practica en unidad de acto, se hace difícil articular esa expectativa procesal. En el proceso ordinario, una figura similar a la de las diligencias para mejor proveer del art. 340 LEC, está recogida en el art. 61. 2 LJCA. Sin embargo, la propia dinámica de celebración de las pruebas tras la finalización de su período oportuno, en la forma en que está prevista, desaconsejan su traslado al procedimiento abreviado.

No cabe tampoco que la sentencia sea dictada de viva voz por el Juez de lo contencioso. En este caso, la previsión en favor de la oralidad debiera ser expresa, como señala el art. 245. 2 LOPJ; en su defecto, sólo cabe la forma ordinaria escrita.

La sentencia deberá decidir todas las cuestiones controvertidas en el proceso, pronunciando alguno de los fallos siguientes: inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo; estimación o deses-

timación del mismo. También contendrá además el pronunciamiento que corresponda respecto a las costas (art. 68 LJCA).

La inadmisibilidad del recurso deberá fundarse en alguna de las causas previstas en el art. 69 LJCA, y sólo producirá efectos entre las partes. La sentencia desestimaré el recurso cuando se ajusten a Derecho la disposición, acto o actuación impugnados (art. 70.1 LJCA). También en este caso, sólo producirá efectos entre las partes. Por contra, cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder (en el sentido de ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico), la sentencia estimará el recurso contencioso (art. 70.2 LJCA)<sup>48</sup>. La anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. La estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes. No obstante, tales efectos podrán extenderse a terceros en los términos previstos en los arts. 110 (en materia tributaria y de personal al servicio de la Administración Pública) y 111 (pendencia de resolución de una pluralidad de recursos con idéntico objeto) (art. 72.3. LJCA).

## 7.III. ACTA DE LA VISTA

Los apartados 21 y 22 del art. 78 LJCA se dedican a recoger, de una forma exhaustiva, todas las posibles incidencias que deberán

48. Cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo: a) Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada. b) Si se hubiese pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma. c) Si la medida consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo. d) Si fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios, se declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo quién viene obligado a indemnizar. La sentencia fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia (art. 71 LJCA).

constar en el acta del juicio que extienda el Secretario durante la celebración del mismo. Esta minuciosidad con que se detallan los diversos contenidos de la referida acta, sin embargo, no entendemos que tengan el carácter de *numerus clausus*. El afán de traspasar al papel todo lo que sucede en la vista ha impulsado al Legislador a pretender «recogerlo todo» en el acta, aunque la redacción del mencionado precepto presente también alguna deficiencia técnica<sup>49</sup>.

Aunque se haga mención a que «el acta del juicio podrá ser extendida también a través de medios mecánicos de reproducción» (art. 78.22 LJCA), la alusión resulta parca, y no se la dota de la importancia que debiera merecer atendidas las circunstancias en que se desarrolla el acto del juicio del procedimiento abreviado. Quizás se haya perdido una oportunidad de instaurar, de una vez por todas, y aprovechando la novedad legislativa que supone este innovador procedimiento en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la reproducción mediante medios técnicos de las actas de un juicio oral. Actualmente, los avanzados sistemas, tanto de reproducción viodeográfica como sonora, permiten asegurar con un alto grado de fiabilidad el éxito de su cometido. Su coste económico será, sin duda, un escollo a superar, dada la precariedad de medios de que dispone la Administración de Justicia, pero el normal avance hacia las mejoras tecnológicas que nos depara el progreso en este concreto campo no ha de ser obstáculo para su ulterior consecución<sup>50</sup>.

49. Como ha puesto de relieve SANZ GANDASEGUI, *Procedimiento abreviado...*, cit., p. 702., «especialmente criticable es lo previsto respecto de la prueba, pues no parece lógico que siendo éste un elemento esencial del proceso y de sus garantías, baste que con el 'breve resumen' de las propuestas o de su resultado. Lógicamente, las pruebas propuestas deberán consignarse explícitamente, y de su resultado el breve resumen no puede consistir sino en la transcripción concisa pero completa de su resultado, con constancia expresa de los aspectos sobre los que las partes deseen poner énfasis. Por el contrario los documentos, en tantoque aportados en incorporados a los autos, no parece necesaria su relación, pues ya existe a través de su incorporación suficiente constancia, debiendo poner atención a su posible impugnación o contradicción de su autenticidad —que es a lo que la Ley parece referirse con la expresión 'incidencias planteadas'—. Por último, en cuanto a los informes periciales, el 'resumen suficiente' de los mismos sólo tiene sentido si acaba imponiéndose la interpretación por la que éstos se convertirán en informes técnicos de partes y, además, se exponen sólo oralmente».

50. Este tema ha sido puesto de relieve por BORRAJO INIESTA, *Procedimiento abreviado...*, cit., p. 576. «no puede haber juicios orales sin actas grabadas. Las previsiones de los apartados 21 y 22 del art. 78 son importantes; pero más lo es la

#### 7.IV. RECURSOS

Un último aspecto a tratar, aunque no previsto expresamente en el artículo 78 LJCA, es el relativo a los recursos que caben contra la sentencia dictada en el ámbito del procedimiento abreviado.

En los litigios de cuantía que se tramiten por este procedimiento, dado que no serán superiores a las 500.000 ptas. (art. 78.1 LJCA), no es admisible ningún recurso, ya que la apelación sólo será posible cuando la cuantía exceda de 3.000.000 ptas. (art. 81.1 a) LJCA. Si el objeto del proceso versa sobre cuestiones de personal, salvo las relativas al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, sí será posible recurrir en apelación. También cabrá apelación respecto de la sentencia que no entre en el fondo del asunto declarando inadmisibles las demandas por falta de requisitos procesales (art. 81.2.a) LJCA).

Es de destacar que será posible, asimismo, apelación e incluso casación, respecto de los procesos en los que la Administración no ejecute sus actos firmes, al amparo de lo previsto expresamente en el art. 29. 2 LJCA, siempre que se den en cada caso concreto los requisitos para la admisión de los recursos indicados.

dación de medios materiales para extender actas mediante medios mecánicos, y la conciencia de todos los cocernidos de su importancia y la necesidad de facilitar su uso. Esta obviedad se contraponen a nuestra realidad judicial. ¿Alguien espera encontrar un estenotipista, o una grabadora, en el acto de un juicio o cualquier otro acto judicial llevado a cabo en audiencia pública? Los esfuerzos que, con mejor o peor fortuna, realizan los Secretarios judiciales son propios de las Chancillerías de otros tiempos: textos manuscritos son los que dan constancia de los trámites orales de los procesos, con una letra en la que es patente la pugna entre la legibilidad, por un lado, y la fidelidad a los términos de la conversación que se intenta transcribir, por otro. (...) No hay síntomas de que los órganos judiciales vayan a ver reforzados sus medios de constancia de actos orales, ni siquiera los nuevos Juzgados contencioso-administrativos. El principio de oralidad, impuesto por la Constitución, y negado diariamente en la mayoría de nuestros Tribunales, conforme a una práctica secular, seguirá sufriendo dificultades casi insalvables para su puesta en práctica».

## UNA RESEÑA TARDÍA CON ALGUNOS EPISODIOS TEMPRANOS\*

MANUEL CACHÓN CADENAS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad Autónoma de Barcelona

### SUMARIO:

1. Una reseña siete años después. — 2. La «historia». — 3. Otras cosas que pasaron. — 4. La «historia» entra en España.

#### 1. UNA RECENSIÓN SIETE AÑOS DESPUÉS

No voy a poder hacer, propiamente, una lectura procesalista de los **Quaderni**, como se anuncia en el Programa de estas Jornadas. Lo que me gustaría hacer es algo bastante diferente y, en cualquier

---

\* Es el texto de mi intervención en las Jornadas conmemorativas de los veinticinco años de publicación de los «*Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*», que tuvieron lugar en la Universidad Autónoma de Madrid durante los días 21 y 22 de mayo de 1998. Se han suprimido las palabras iniciales, propias de las circunstancias del acto. Asimismo, ha sido sustituido el título de la intervención («*Una lectura procesalista de los Quaderni*»), que venía dado por el objeto general de las Jornadas.

caso, muchísimo más modesto: simplemente reseñar un libro. Y además no un libro de ayer, sino de 1991, es decir, de hace siete años. Aunque, esto sí, es una obra que forma parte de la *Biblioteca* que acompaña a los **Quaderni** y, por tanto, del propio *Centro di Studi*. Se trata, en concreto, del volumen número 38 de la *Biblioteca*. A estas alturas, creo que es claro que estoy hablando del libro de Franco Cipriani *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*.

Me parece que para el lector procesalista, y no sólo para el que lee en Italia, también para el que lea y relea aquí y ahora, este libro sigue siendo —perdónenme Vds. la cursilería que voy a decir— la perla más exquisita de las muchas y valiosas que ofrecen las publicaciones del *Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno* de la Universidad de Firenze, incluyendo, por tanto, los **Quaderni** y la *Biblioteca*. Es cierto que ha pasado bastante tiempo desde su publicación. Pero, de todas formas, si se puede reseñar para invitar a leer, creo que también se puede reseñar con la esperanza de contribuir a que se escriba sobre lo que se ha leído. Si la obra de Cipriani, como era de prever, ha suscitado diversas y encontradas reacciones en el procesalismo italiano, yo diría que también ha alentado y potenciado otras iniciativas y aportaciones de algunos procesalistas italianos encaminadas a escudriñar su pasado reciente; por poner un solo ejemplo plasmado en los **Quaderni**, baste citar el germen de polémica entre Eduardo Grasso y Luigi Montesano: Grasso, *Le «storie» di Franco Cipriani, la conoscenza scientifica del processo e i metodi*, 1994, pp. 499-522; Montesano, *Fede in «verità metafisiche» e «assioma valutativo» nella dottrina processualciviltica italiana? (A proposito del saggio de Eduardo Grasso sulle «Storie» di Franco Cipriani in questi Quaderni 1994)*, 1996, pp. 653-663; Grasso, *Note a Montesano*, 1996, pp. 665-666. No ha ocurrido lo mismo en España: aquí ha predominado, con alguna excepción, el silencio sobre el libro de Cipriani.

Y eso que esta obra venía precedida, y ha ido seguida, por numerosos trabajos del mismo autor dedicados a analizar algunos de los temas abordados en el libro, o a profundizar en otros. Especialmente relevante es, en este sentido, su trabajo sobre *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti. Riflessioni e documenti nel cinquantenario dell'entrata in vigore* (Napoli, 1992) (esta obra

fue reseñada por el Prof. MONTERO AROCA, en la revista JUSTICIA, 1992, 4, pp. 1012-1014). Algunos de los estudios de Cipriani de los que estoy hablando también han tenido acogida en los **Quaderni**: por ejemplo, el dedicado a Mortara en el volumen correspondiente al año 1990 (*Le «poche cose» e la lunga vita di Lodovico Mortara*, pp. 85-105), o el trabajo sobre *Federico Cammeo e la procedura civile*, incluido en el número 22 de los **Quaderni** (1993, 561-587).

No obstante, me parece que la contribución más importante de Cipriani, hasta ahora, al estudio de la historia procesal italiana es el libro del que quería hablar hoy, sus *Storie*. Lo expresaré de otra manera, a fin de evitar el riesgo de incurrir en comparaciones poco afortunadas: es la obra que más me ha enseñado y deleitado de cuantas se han dedicado a este tema en los últimos años. Creo que no exagero si digo que se trata del intento más atrevido, más arriesgado y al mismo tiempo el mejor logrado, no sólo, y no tanto, de elaborar una interpretación nueva y original acerca de la evolución del pensamiento procesal contemporáneo en Italia, sino de reescribir la historia o, como indica el título del libro, las historias de sus protagonistas más importantes durante un largo período de tiempo, que comprende el último tercio del siglo XIX y, sobre todo, una época clave: la correspondiente al primer tercio de este siglo, que todavía es el XX.

En la reseña que Montero Aroca dedicó al libro de Cipriani, publicada en la revista «Justicia» (1991, 2, pp. 497-499), el citado procesalista español señala que esta obra viene a cuestionar «las bases de la escuela chiovendana y el sistema» (p. 498); pero, al mismo tiempo, permite conocer «las luchas internas entre los 'barones' (= oligarcas) para el control de las cátedras en Italia, y también cómo han nacido algunos de los grandes movimientos científicos sobre los que todavía seguimos discutiendo» (Montero Aroca, *ibídem*, p. 498).

Bien entendido que el enorme coraje necesario para llevar adelante una empresa como ésta no ha sido algo exclusivo del autor, de Cipriani. Y basta con remitirme al agradecimiento explícito que Cipriani dedica, en el escrito con el que se abre el libro, al director de la *Biblioteca*, al Prof. Paolo Grossi (p. VIII). Sabiendo cómo estaban las cosas, uno y otro, el autor y el Prof. Grossi, me parece que debieron tener bien presentes en su momento la cantidad y la intensidad de las tormentas que podía desencadenar la obra. Pero, por otra

parte, Cipriani no construye en el aire. Como afirma Montero en la recensión ya citada, «Cipriani no es un elucubrador, sino que documenta con todo rigor las afirmaciones que hace» (p. 499). Ciertamente, el rigor y la riqueza de los datos y fuentes documentales que aporta producen asombro, en el doble sentido de sorpresa y, a la vez, admiración. Voy más allá: pienso que el apéndice documental que se incluye en la segunda parte del libro justificaría, por sí solo, la entera publicación.

El libro se presenta, declaradamente además, como una contra-historia frente a la versión que en este terreno había acabado por consagrarse y convertirse en poco menos que oficial dentro del procesalismo italiano y, por irradiación de éste, en el español y el latinoamericano. Tampoco se le escapa este último aspecto a Cipriani. En efecto, al referirse a quienes podemos considerar sujeto activo y pasivo más destacados de esa versión tradicional —me refiero a Calamandrei y a Chiovenda, respectivamente—, Cipriani hace notar que «tutti gli scritti di Calamandrei su Chiovenda sono stati tradotti in spagnolo da S. Sentís Melendo» (p. 343). Por tanto, Cipriani, sin necesidad de proponérselo, ha reescrito también, algo así como por efecto reflejo, un fragmento importante de la historia de la doctrina procesal española. Una historia, ésta, que sería sencillamente incomprensible si se pretendiera recorrerla haciendo abstracción de la influencia decisiva que el pensamiento procesal italiano ha ejercido sobre la doctrina procesal española de este siglo. En este sentido, Alcalá-Zamora, refiriéndose a «la magnitud del aporte hispánico, y fundamentalmente español, a la difusión de la ciencia procesal italiana», llega a afirmar que «él solo supera con enorme exceso a las contribuciones similares de todos los demás idiomas cultos juntos» (*Aportación hispánica a la difusión de la ciencia procesal italiana*, en «Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)», México, 1974, II, p. 497); aunque Alcalá-Zamora no puede reprimir un cierto sentimiento de pesar cuando añade lo siguiente: «Llama por lo mismo la atención —y mis palabras no son de queja, sino de de sorpresa— que cuando Chiovenda, que tantos motivos de gratitud debía tener hacia España, publica en 1933 sus *Istituzioni* y menciona en ellas procesalistas no sólo de Francia, Alemania, Austria e Inglaterra, sino de Portugal, Suiza, Finlandia, Rumania, Argentina y Escocia, no recuerde nombre alguno español, ni siquiera el de los dos profesores,

Beceña y Xirau, que por los azares de la ordenación alfabética abren y cierran, respectivamente, el volumen de Studi en su honor» (*ibídem*). A continuación, Alcalá-Zamora prefiere templar un tanto el reproche: «Pensemos que si los dioses dormitaban a veces, el insigne maestro sufrió, al redactar el pasaje en cuestión, un ataque de amnesia, que le hizo olvidarse hasta de que España, tan ligada a Italia por siglos y más siglos de historia, existiese en la Tierra...» (*ibídem*).

Pero prescindamos de los olvidos, voluntarios o involuntarios. Lo cierto es que leer a Cipriani ayuda, y cómo, a entender por qué nosotros, procesalistas españoles de aquí y de ahora, hemos leído a unos autores italianos, y no a otros; hemos tenido noticia acerca de unas ideas sobre el proceso civil, y no de otras; hemos aprendido a estudiar el derecho procesal de una manera, y no de otra.

## 2. LA «HISTORIA»

¿Cuál es la historia, las historias, que Cipriani va desarticulando en la mayor parte de sus piezas? Naturalmente, tengo que simplificar, con todos los riesgos de omisión e inexactitud que la simplificación lleva consigo. Pero, en fin, digamos que, con tales o cuales variaciones a veces de bastante alcance, la historia que se había enseñado, la recibida, la consolidada, viene a ser ésta: la de un jurista excepcional, Chiovenda, que, una vez obtenida su graduación universitaria, se retira a estudiar en silencio por una década; que, durante este tiempo, llega a elaborar por completo las bases de una construcción sistemática del proceso civil que, arrancando de las aportaciones que habían hecho los grandes procesalistas alemanes a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX, consigue superarlas; una construcción dogmática, la de Chiovenda, que resulta radicalmente innovadora respecto a todo lo que se había hecho hasta entonces en la doctrina procesal italiana; un jurista que, desde los inicios del siglo XX, comienza a publicar y a dar a conocer su sistema procesal; que, desde el momento en que irrumpe en el mundo de los estudios procesales hasta su desaparición en 1937, es reconocido, de forma pacífica y prácticamente unánime, como muy superior a todos los autores que en Italia habían escrito acerca de temas relativos al proceso civil, y proclamado como maestro indiscutido de los procesalistas que vinieron

después de él, incluidos algunos tan geniales, con personalidad tan diferenciada, como Carnelutti, Redenti o Calamandrei; en suma: «il più grande processualcivilista di tutti i tempi e di tutto il mondo», por decirlo con palabras del propio Cipriani (p. 337).

Un jurista, siempre Chiovenda, que funda la moderna escuela procesal italiana, después extendida por otros muchos países, y que, a diferencia de las orientaciones dominantes en la doctrina procesal italiana anterior, aborda el estudio del proceso civil con método verdaderamente científico; una escuela que cuenta incluso con su propio manifiesto fundacional: precisamente la prolucción que con el título «L'azione nel sistema dei diritti», Chiovenda pronunció en la Universidad de Bolonia el día 3 de febrero de 1903 (por cierto, y como simple curiosidad, el mismo día del vigésimo segundo aniversario de la promulgación de la aún vigente —mayo de 1998— Ley de Enjuiciamiento Civil española).

Cómo serían las cosas para que, tras publicarse en 1901 el primer libro de Chiovenda (*La condanna nelle spese giudiziali*) y ser nombrado éste el mismo año profesor extraordinario de «Procedura civile e ordinamento giudiziario» —así se llamaba por entonces la asignatura en Italia— de la Universidad de Parma, Mortara, que era en ese momento el más prestigioso e influyente de los procesalistas italianos, se resignara a abandonar la Universidad y pidiera el ingreso en la Magistratura al año siguiente, 1902, ante el temor —sigue siendo la versión tradicional— por la pérdida inminente de su primacía como procesalista. Cuán imponentes debían ser las dotes científicas mostradas por el joven Chiovenda para que movieran a Mortara a tomar esa decisión, cuando era, nada menos, que profesor ordinario de la asignatura en la Universidad de Nápoles, después de haberlo sido en la Universidad de Pisa, y a pesar de que ya entonces lideraba una floreciente escuela de la que formaban parte, entre otros, juristas de la categoría de Lessona y Cammeo.

Por cierto, ya que he mencionado a Cammeo, me permito una pequeña digresión, amparada en el motivo que nos reúne; conviene señalar, aunque sea de pasada, que los *Quaderni* y la *Biblioteca* del *Centro di Studi* han prestado una especial y merecida atención a este excepcional jurista italiano: además de dedicar específicamente el volumen 22 de los *Quaderni* a examinar su trayectoria vital, su obra y su influencia en la doctrina y el derecho italianos, el estudio

del pensamiento jurídico de Cammeo ocupa una parte esencial del volumen número 20 de la *Biblioteca (Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale, 1985)*, del que es autor Bernardo Sordi; interesantes referencias a la figura de Cammeo se incluyen también en el volumen número 23 de la *Biblioteca (Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950)*, obra de Paolo Grossi.

Después de este breve rodeo, vuelvo al camino inicial. Parece claro que, a la vista de los datos apuntados, aquella historia, o aquellas historias, exigían algunas reubicaciones. Algún lugar había que asignar, en la evolución de la doctrina procesal italiana, a autores tan importantes como Mattiolo y Mortara. Respecto de Mattiolo, fallecido en 1904 y autor de un grandioso *Tratato de diritto giudiziario civile italiano*, objeto de varias ediciones en Italia y traducido en parte al español en cuatro tomos (Madrid, 1930-1936), la cuestión podía resolverse, y se resolvió, con cierta facilidad: se le concedió el papel aparentemente honroso, pero en realidad secundario, de principal exponente de una orientación metodológica ya irreversiblemente superada en la evolución de los estudios sobre el proceso civil: la exégesis. Culminación sí, pero culminación de una tendencia, la exegética, ya condenada definitivamente a ser pasado. Por utilizar la terminología que se acuñó y acabó por imponerse entre nosotros, Mattiolo habría sido, en esa historia, el más importante procedimentalista italiano (Alcalá-Zamora, *Evolución de la doctrina procesal*, en «Estudios de teoría general...», cit., II, pp. 305-306).

El problema de las recolocaciones planteaba más dificultades en cuanto a Mortara, porque este autor no sólo había comenzado a publicar mucho antes que Chiovenda, sino que también siguió haciéndolo hasta poco antes de su fallecimiento, que tuvo lugar en 1937, o sea, el mismo año en que murió Chiovenda. Y, además, Mortara también había escrito un extraordinario *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, sucesivamente reeditado varias veces, y que, a pesar del título, poco tenía de exegético. Por otra parte, Mortara figura entre los procesalistas italianos más prolíficos, desde luego mucho más que Chiovenda. Y no sólo escribió acerca del proceso civil; también dedicó algunas obras magistrales al ordenamiento judicial, y al proceso penal; y cultivó con igual primor el derecho constitucional y otras ramas jurídicas, hasta el punto de ser autor por sí solo, como dice Cipriani, de «un'intera biblioteca» (p. 235).

Pero la cosa no acaba aquí. Mortara fue autor material de numerosos e importantes proyectos legislativos, muchos de ellos convertidos después en leyes. Vuelvo a usar las palabras de Cipriani: «autore... di mezza legislazione italiana» (p. 235). Suma y sigue: Mortara, además de senador del Reino, además de titular, por algún tiempo, de la Cartera de Justicia, presidió, durante varios años, la Corte di Cassazione de Roma; y, ya que en marzo de 1923 fueron suprimidos los Tribunales de Casación de Florencia, Nápoles, Palermo y Turín, y la Corte de Casación de Roma se convirtió en Tribunal único de Casación de Italia, Mortara pasó a ser Presidente de la Corte de Casación italiana; en definitiva, la cúspide de la magistratura italiana. Cúspide por breve tiempo, ciertamente, porque poco después, mayo de 1923, el régimen fascista lo envió a la jubilación anticipada.

Entonces, ¿cómo resituar en la historia del pensamiento procesal italiano a un autor, a un jurista, de tan extraordinaria envergadura? Pues bien, mediante la siguiente operación: se le otorga la condición de precursor de las modernas doctrinas procesales, reservándole el papel de punto de conexión entre los exégetas y la escuela procesal fundada por Chiovenda. En definitiva, se trataría de un autor, Mortara, grande sin duda, pero cuyas enseñanzas también habían quedado superadas. Y eso equivalía, por lo menos, a una invitación a olvidar la obra de Mortara, o, diciéndolo a la manera de Satta, a cerrar el libro de Mortara; libro que, efectivamente, quedó cerrado durante larguísimas décadas.

Con algunas que otras matizaciones, y con estas o aquellas variantes, ésta es también, a grandes rasgos, la historia que se nos había transmitido a nosotros, procesalistas españoles. Pero, como sólo me atrevo a hablar por mí, prefiero decir que ésta es, al menos, la historia que yo me había formado, tal vez por haberla entendido mal. No se trata de citar aquí los numerosos trabajos que se ocupan de esa historia. Voy a limitarme a mencionar uno solo, que se debe a Alcalá-Zamora y lleva un título un poco largo: *Momentos, figuras, preocupaciones y tendencias del procesalismo italiano* (en «Estudios de teoría general...», cit., II, pp. 501-546); en ese trabajo, se presenta a Mattiolo como la figura máxima, la cumbre, en Italia de la escuela procedimentalista, es decir, de la tendencia exegética (pp. 502 y 513); Mortara habría sido el elemento de enlace o de tránsito entre la exégesis y el sistema (pp. 511-512), aunque la cosa no queda

del todo clara, porque después se dice que «Mortara realizará la proeza de igualar y aun de superar con frecuencia a Mattiolo, con quien, en todo caso, comparte *ex equo* el primer lugar en la jerarquía dentro de la escuela exegética, que halló en él su último expositor ilustre» (p. 514); naturalmente, a Chiovenda se le reserva el papel de fundador y maestro por excelencia del procesalismo científico italiano, esto es, de la ciencia procesal italiana moderna (pp. 512-514); se atribuye a Calamandrei y a Redenti, junto a Liebman, la condición de discípulos y continuadores directos de Chiovenda (pp. 521-528); respecto de Calamandrei, se dice incluso que «fue el discípulo predilecto de Chiovenda y el más identificado con la trayectoria del maestro, no ya en el terreno científico, sino también en el político, como opositores irreductibles del odioso fascismo» (p. 522); en fin, la variación más relevante que introduce Alcalá-Zamora se refiere a Carnelutti: éste, en el caso de haber persistido en la trayectoria que había iniciado con su monografía sobre *La prova civile*, «habría sido, como Redenti y Calamandrei, un discípulo eminentísimo de Chiovenda, pero no la cabeza de una nueva escuela procesal italiana. El cambio de actitud se produce unos años después, cuando... aparecen sus *Lezioni di diritto processuale civile*, escalonadas desde 1919 a 1931» (pp. 530-531); de manera que Alcalá-Zamora prefiere asignar a Carnelutti otro calificativo: el de «revolucionario genial» (p. 530).

### 3. OTRAS COSAS QUE PASARON

Por el contrario, la versión que propone Cipriani, a mi modesto entender con suficientes pruebas, es profundamente distinta. Veámosla, también muy simplificada, y con reiteración de los tremendos peligros que corre cualquier síntesis excesiva. Cipriani reconoce que, ya desde tiempo atrás, se habían hecho esbozos fragmentarios de una contrahistoria. Y que algunos de esos bosquejos fueron elaborados por procesalistas que habían vivido, en primera persona, aquella época, como Redenti o Satta. Otros se deben a no procesalistas, muy en especial a Tarello. Así, por ejemplo, en 1973 Tarello dedicó a este tema un extenso trabajo, con un título bastante significativo: *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*

(publicado en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1973, 1, pp. 679-787); trabajo de fuerte contenido crítico hacia la figura y la obra de Chiovenda, e incluso, en muchos de sus pasajes, de una terrible aspereza; allí Tarello trataba de explicar las relaciones, vamos a decirlo así, en absoluto pacíficas entre Mortara y Chiovenda, como manifestación del choque entre dos concepciones ideológicas, e incluso entre dos talentos, profundamente diversos: una mentalidad moralizante y autoritaria (la de Chiovenda) frente a otra realista y liberal (la de Mortara).

No niega Cipriani esa contraposición, pero encuentra raíces algo más largas. Indaga, y creo que da, con los hechos que van a alterar, tal vez sería más preciso decir trastornar, por completo y con efectos duraderos la escena procesal italiana. Muestra Cipriani un cuadro que se remonta a fechas algo más lejanas y en el que aparecen dos personajes rigurosamente coetáneos entre sí. Un cuadro en el que ya está presente Mortara, pero no, aún no, Chiovenda, aunque sí el maestro de éste: Vittorio Scialoja, romanista eminente, profesor en la Universidad de Roma y barón universitario, revestido de un poder académico ilimitado. Dos personajes, Mortara y Scialoja, con trayectorias vitales y concepciones ideológicas del todo diferentes.

Cipriani presenta, y documenta, a un Mortara declaradamente agnóstico desde su primera juventud, aunque nacido en una familia hebrea (su padre era el rabino mayor de Mantua); a un Mortara que, por supuesto, no puede ser arrancado del tiempo en el que vivió, pero al que no se le pueden negar convicciones, actitudes y comportamientos democráticos y hasta, según se decía en un tiempo, avanzados, con una visión garantista del proceso, de la que también formaba parte la preocupación por los aspectos sociales del proceso civil. No es cuestión de abrumar con los datos que ofrece Cipriani, pero a lo mejor tampoco estorban un par de ellos: a) uno cualquiera: en 1894 Mortara sostiene por escrito que «la civiltà moderna afferma la parità della condizione giuridica dei sessi» (p. 51); y unos años más tarde, en 1906, como Presidente de una Corte d'appello (la de Ancona) firma una sentencia que se haría célebre: en directa aplicación del Estatuto albertino, que aseguraba el derecho de voto a todos sin hacer distinciones, esa sentencia reconoció también el derecho de voto a las mujeres (p. 127); b) otro: allá por el año de 1920, siendo Mortara Ministro de Justicia, el Procurador General de

la Corte de Casación de Roma, De Notaristefani, llega a proponer la formación de un gobierno socialista presidido por Mortara, recordando, por si acaso, que Mortara tenía «l'anima socialista e doveva tutto a se stesso, al lavoro» (p. 210). De todas formas, el diagnóstico sobre el ideario político de Mortara, aquí simplificado obviamente, no debía andar muy desencaminado; así, Cipriani llama la atención sobre un dato significativo: en el volumen número 4 de la *Biblioteca del Centro di Studi (Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano, 1976)*, del que es autor Mario Sbriccoli, sólo vienen mencionados dos procesalistas entre los seguidores de la corriente de pensamiento mencionada: precisamente Mortara y su discípulo Lessona, maestro, a su vez, de Calamandrei (p. 385).

Vamos al otro protagonista: Vittorio Scialoja, hombre de ideología conservadora, hijo de uno de los padres de la patria italiana, Antonio Scialoja, el cual había sido —el padre, Antonio— coautor con Pisanelli y Mancini de un famoso *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi*, y varias veces ministro en los Gobiernos posteriores a la Unidad Italiana, es decir, un auténtico prohombre del derecho y la política. También el hijo, Vittorio Scialoja, que es el que ahora nos interesa, llegaría a ser ministro y hasta representante de la Italia fascista en la Sociedad de Naciones, y obtendría un sinnúmero de cargos, distinciones y dignidades. Para empezar, con sólo veintiocho años, era ya titular de la cátedra de derecho romano de la Universidad de Roma.

Cipriani hace hincapié en los tiempos difíciles por los que estaban atravesando el derecho romano y los romanistas dentro de la Universidad de un Estado, el italiano, que se había dotado de leyes positivas propias (pp. 57-58). En tales condiciones, la primacía y la influencia de antaño del derecho romano tenían que tambalearse inevitablemente. Y parece que los romanistas no se conformaban con pasar a ser considerados, sin más, historiadores. En ese cierre defensivo de filas, algunos romanistas llegaron a hablar expresamente de la «guerra» que se estaba llevando a cabo contra el derecho romano (Brugi, *La guerra al diritto romano, 1894*).

Pues bien, a finales de 1899, ocurre un hecho clave en todas estas nuestras historias: queda inesperadamente vacante nada menos que la cátedra de *Procedura civile* de la Universidad de Roma. Una cátedra respecto de la que Mortara tenía toda la legitimidad y todos

los méritos para creer que debía ser su suya. Pero, a la vista de los antecedentes y de la situación, el Presidente de la Facultad jurídica romana, casualmente Vittorio Scialoja, debió pensar que Mortara no era el candidato idóneo. Así que, al amparo de la legislación universitaria vigente entonces, el Ministro del ramo, aceptando la propuesta elevada por la Facultad jurídica de la Universidad de Roma, ordena que se traslade a dicha Universidad, como profesor de *Procedura civile*, ¿quién? pues no alguien que fuera titular de la disciplina en otra Universidad, sino un civilista, Vincenzo Simoncelli, profesor de derecho civil en la Universidad de Pavía, discípulo y futuro yerno del mismísimo Vittorio Scialoja (p. 70).

Creo que en este lugar no hace falta decir lo que ocurre cuando a la contienda ideológica se le vienen a sumar intereses corporativos, académicos, irreconciliables; sobre todo, cuando los adversarios, o alguno de ellos, pertenecen a la clase de los poderosos. Y éste era el caso.

Parece razonable pensar, como hace Cipriani, que aquella exhibición de poder de Scialoja suponía una atroz humillación para los procesalistas italianos, y muy en particular para Mortara. Cipriani ve en este hecho, también de forma convincente, el motivo inmediato que llevó a Mortara a dejar la Universidad y a buscar refugio en la Magistratura. Por tanto, no la certidumbre de haber sido superado en el plano estrictamente científico por el joven Chiovenda, ni el miedo a perder su supremacía en este aspecto ante quienes comenzaban a estudiar el proceso civil al modo germánico; esto último viene a cuento de que Scialoja había inculcado en sus discípulos, aparte de la veneración por el derecho romano, el culto por la muy superior ciencia jurídica alemana (p. 58).

Poco tiempo después, en 1905, se iba a producir una nueva manifestación de poderío por parte de Scialoja y de su escuela. Como consecuencia del ingreso de Mortara en la Magistratura, era necesario cubrir la vacante que había dejado en la importante cátedra de la Universidad de Nápoles. Seguramente, el candidato con más méritos de cuantos firmaron el concurso era alguien ya aludido: Carlo Lessona, discípulo, conviene recordarlo, de Mortara. Lessona tenía en su haber una copiosa producción científica, en la que descollaba su magnífico Tratado sobre la prueba, obra que fue traducida y reeditada varias veces en España; por cierto, la traducción al español fue

realizada por un jurista de primera fila, Enrique Aguilera de Paz, y venía precedida por una Introducción debida a otro jurista del que tampoco se puede decir que fuera precisamente un desconocido: José María Manresa y Navarro, autor principal, entre otras cosas, de la aún vigente Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881. Por lo demás, incluso prescindiendo del Tratado sobre la prueba, el nombre de Lessona podía resultar familiar a los lectores españoles de la importante «Revista General de Legislación y Jurisprudencia». Esta revista había publicado diversos trabajos de Lessona de temática muy heterogénea: *Génesis histórica del art. 737 del Código Civil español* (publicado en varias entregas a lo largo de los años de 1895 y 1896), *La institución de los hombres buenos* (1896), *Los deberes sociales del Derecho procesal civil* (también publicado por entregas en 1897 y 1898) y *El duelo en los nuevos estudios y en las nuevas ideas* (1906). Otro apunte: en la misma revista (t. 124 —correspondiente al año 1914—, pp. 200-201), don José María Fábregas del Pilar reseñó la primera monografía jurídica de Calamandrei (*La chiamata in garantia*, 1913); nos interesan las palabras con las que se abre dicha recensión: «Es notable el incremento que durante estos últimos años han tomado en Italia los estudios referentes al derecho procesal, que por su índole esencialmente formalista, parecían resistir, más que los otros, que con ellos forman la enciclopedia jurídica, la sistematización científica»; pero aún tiene más interés lo que dice el censor un poco más adelante: «El eminente Profesor Carlos Lessona, cuyas obras son tan conocidas y apreciadas por los juristas españoles, abrió la era de esta renovación del derecho procesal, y a sus meritísimos estudios han seguido otros practicados por sus discípulos, entre los cuales figura el autor de esta obra». Todavía en 1919, año de su fallecimiento, Lessona venía mencionado en el cuadro de colaboradores de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia».

Pero volvamos al concurso. Ya se sabe que, en ocasiones, hasta los pronósticos más razonables fallan. Y, en efecto, la Comisión correspondiente optó por decidirse en favor de otro candidato que, a estas alturas, también nos suena: Chiovenda. Al año siguiente, en 1906, a propuesta de la Facultad jurídica de la Universidad de Roma, Chiovenda sería nombrado profesor ordinario de «*Procedura civile*» de dicha Universidad, sucediendo en la enseñanza de la materia a Simoncelli; todo ello con sólo treinta y cuatro años. Después de todo, también

sabemos que hay concursos y concursos. Y aquél no era un concurso cualquiera. Cipriani nos ilustra, en pocos trazos, acerca de lo que estaba en juego: «se avesse vinto Lessona, la procedura sarebbe stata studiata e insegnata come voleva Mortara; se avesse vinto Chiovenda, sarebbe diventato obbligatorio, almeno per qualche decennio, conoscere il diritto romano e la pandettistica tedesca» (p. 107).

A pesar de la derrota académica de Mortara y de su escuela, Cipriani demuestra que buena parte de aquel largo período de tiempo que nos habíamos acostumbrado, también en la doctrina procesal española, a considerar como el tiempo de Chiovenda y de su primado indiscutido, no fue tal. Mortara continuó siendo el autor más prestigioso en el campo de los estudios sobre el proceso civil. Y creo que las pruebas que Cipriani aporta en este sentido vuelven a ser bastantes.

Algunas matizaciones para evitar posibles equívocos. En ningún momento, Cipriani niega los méritos y cualidades científicas, indudables y extraordinarios, de Chiovenda. Al contrario, resulta claramente perceptible, página tras página, la admiración del autor por la obra de Chiovenda. Hasta le reconoce el valor de haber hecho años después, allá por 1931, aunque sea con las debidas cautelas y reservas, la crítica y la autocritica por la instrumentalización de la que había sido objeto en su juventud.

Cierto es que la operación no quedó limitada a un hecho concreto. Y es que Chiovenda iba a iniciar, en seguida, una campaña que duraría largos años en pro de la implantación de un modelo de proceso civil radicalmente distinto al entonces vigente en Italia. Es la campaña de Chiovenda encaminada a introducir un procedimiento civil presidido por los principios de oralidad, intermediación y concentración, con incremento del poder de dirección procesal del órgano judicial. En este aspecto, son particularmente valiosas las observaciones de Cipriani sobre los argumentos aducidos por Chiovenda en su defensa de la oralidad. Mencionemos algunos: a) por ejemplo, que la oralidad tenía «precedenti prettamente latini ed italiani, orale essendo stato el processo civile romano nei migliori e più ricchi tempi della Republica e dell'Impero» (p. 177); 2) otro: Chiovenda insiste en la conveniencia de adoptar como modelo principal el proceso civil austriaco que había instituido Klein tras la reforma efectuada a finales del siglo XIX; en sucesivas ocasiones, Chiovenda ofrece estadísticas sobre

la duración del proceso civil austriaco, a fin de poner de relieve la celeridad de este proceso; pues bien, los datos estadísticos que Chiovenda da sobre el proceso austriaco nunca coinciden entre sí, y, lo que es más grave, jamás cita la fuente o las fuentes de donde extrae esos datos, ni los contrasta con estadísticas referidas al proceso civil italiano (pp. 158-159 y 201-203); 3) uno más: los análisis estadísticos que se han hecho después sobre la duración del proceso civil italiano de aquella época muestran que este proceso no adolecía en absoluto de la lentitud que le achacaba Chiovenda (p. 159).

Ya que estamos hablando de la oralidad en el proceso civil, aprovecho para hacer otro par de apuntes: a) recordemos que la Constitución española proclama la exigencia de que el proceso sea predominantemente oral; es posible que, en el caso de no haberse producido la intensa y duradera difusión en España del pensamiento procesal de Chiovenda y de su defensa de la oralidad en el proceso civil, se hubiera constitucionalizado igualmente el principio de oralidad; pero lo cierto es que primero existió aquello y después llegó esto; b) el pasado año de 1997 se dio a conocer el Libro Blanco de la Justicia elaborado por el Consejo General del Poder Judicial; pues bien, en dicho Libro Blanco se propugna expresamente la implantación de un tipo de procedimiento civil basado en los principios de concentración, oralidad e intermediación, acompañados del reforzamiento de las facultades del juez en el desarrollo del proceso; tal vez, sin la previa difusión en España del ideario procesal chiovendano, el discurso habría sido idéntico; pero el caso es que éste viene después de aquélla.

Retomo el camino abierto por Cipriani. La historia que se había contado, incluida la creación del «mito Chiovenda», al que aludiría más tarde Satta, incluido asimismo el «culto a la personalidad», del que hablaría Tarello refiriéndose también a Chiovenda, todo eso tuvo sus autores y sus propósitos. En realidad, no puede decirse que esa historia sea obra de un solo autor. Pero se ha de reconocer la solidez de los argumentos que aduce Cipriani cuando atribuye la paternidad suprema a Calamandrei. Sí, al Calamandrei discípulo de Lessona y, por tanto, integrante de la escuela vencida. Calamandrei, con su maestría inigualable, entresacando lo que él mismo y otros habían dicho en tiempos y contextos muy diversos, y añadiendo nuevos materiales de su propia cosecha, fue capaz de forjar una historia tan

coherente que ha resistido sin excesivas dificultades el paso del tiempo. A pesar de todo, como pone de manifiesto Cipriani, en la elaboración de aquella historia Calamandrei contó con diversas colaboraciones, aunque estas ayudas se prestaran, en ocasiones, mediante el simple silencio y la consiguiente presunción de aquiescencia.

Presunciones y otras pruebas aporta Cipriani sobre el probable objetivo pretendido con toda esa, vamos a llamarla así, «operación historiográfica» de Calamandrei. Un dato clave: la sucesión de escritos laudatorios mediante los que Calamandrei ensalza la figura y la obra de Chiovenda se inicia en los años veinte, cuando Lessona ya había fallecido, y se intensifica en la década siguiente. Para entonces, ya se había incorporado a la escena procesal italiana un nuevo astro, Carnelutti, dispuesto a prescribir cómo se había de estudiar y enseñar el derecho procesal, y dispuesto a iluminar al legislador acerca de cómo se tenía que legislar en materia de proceso civil. Tanto que, dentro de una Subcomisión nombrada por el Gobierno en 1924 para la reforma del *Codice di procedura civile*, una Subcomisión presidida por Mortara, con Chiovenda de vicepresidente, e integrada por otros insignes procesalistas (Cammeo, Redenti, Carnelutti y Calamandrei entre ellos), una Subcomisión en la que sufre una derrota sin paliativos el modelo de proceso civil propugnado por Chiovenda, en la que ni siquiera Mortara se ve con fuerzas para sacar adelante el Proyecto de Código de procedimiento civil que había elaborado y publicado el año antes, Carnelutti consigue que se le encargue la redacción del Anteproyecto de Código de procedimiento civil. Anteproyecto que, ante la sorpresa de todos o de casi todos, Carnelutti redacta con excepcional celeridad y con resultados geniales, y que al final otros miembros de la Subcomisión logran «bloquear». En fin, y perdón por la tosquedad, de alguna manera había que sujetar a Carnelutti, algunas barreras había que ponerle, aunque consistieran en someterlo simbólicamente a la hegemonía científica de Chiovenda.

Otra digresión a propósito de la maestría de Calamandrei: la extraordinaria riqueza y complejidad de su figura vienen estudiadas en profundidad en el libro que le dedicó, con todo merecimiento, la *Biblioteca del Centro di Studi*; especialmente afortunada me parece la elección del título: *Piero Calamandrei. Veintidue saggi su un grande maestro* (1990); invito a leerlo a quien aún no lo haya hecho.

#### 4. LA «HISTORIA» ENTRA EN ESPAÑA

No quiero aguar los elogios que he ido haciendo con reproches que carecerían de fundamento si tenemos en cuenta dónde se publica y para quiénes se escribe el libro de Cipriani. Ahora bien, si el autor hubiera considerado oportuno escarbar un poco más en los vínculos que han mediado entre el procesalismo italiano y el procesalismo español, habría encontrado fácilmente otras pruebas favorables a su contrahistoria. Incluso, habría podido comprobar que la otra historia, la consagrada por la reiteración, había comenzado a difundirse en España poco tiempo después de su nacimiento en Italia; hasta es probable que algún que otro extremo de aquella historia se diera a conocer en España antes que en la misma Italia. Precisamente sobre este punto, la pronta llegada a España de aquella historia, querría hacer algunos apuntes. Obviamente, no es posible ofrecer una relación exhaustiva de datos, pero sí me gustaría mencionar, a modo de ejemplo, unos cuantos.

Comienzo con uno simbólico, que puede parecer banal, aunque a lo mejor no lo es tanto. Entre las páginas 342 y 343 del libro de Cipriani, se insertan diversos retratos y fotografías de varios procesalistas italianos. Y, entre ellos, figura la reproducción de un magnífico retrato en aguafuerte de Chiovenda fechado en 1926. Cipriani afirma que es la primera vez que se publica en un libro ese retrato (p. 310, en nota). Pero esto no es del todo exacto: ya se había publicado en España nada menos que en 1928, concretamente en el libro que recogía la versión española de la monografía de Chiovenda sobre *La condanna nelle spese giudiziali* (*La condena en costas*, trad. de Juan A. de la Puente y Quijano, con notas y concordancias con el derecho español por J. R. Xirau, Madrid, 1928). Es un dato que nos pone ya sobre aviso acerca de las relaciones entre Chiovenda y un procesalista español, José Ramón Xirau Palau, Catedrático por entonces de Procedimiento judiciales en la Universidad de Barcelona, y autor de las notas y concordancias con el derecho español que aparecen en el libro citado.

El propio Cipriani, en un trabajo posterior (*Las conferencias no pronunciadas por Giuseppe Chiovenda en Barcelona*, trad. de Montero Aroca, en «Revista de Derecho Procesal», 1995, 1, pp. 289-294), da a conocer la invitación que la Facultad de Derecho de la

Universidad de Barcelona dirigió, por esa misma época (marzo de 1928), a Chioventa para que dictara una serie de conferencias en dicha Universidad; en este trabajo, Cipriani recuerda que «en Barcelona, en aquellos años, los procedimientos civiles eran explicados por un gran admirador de Chioventa, por José R. Xirau, que el año anterior había participado con un ensayo sobre «La funzione giurisdizionale e la equità» en los *Studi in onore di Chioventa*, y que precisamente en aquel 1928 anotó *La condanna nelle spese giudiziali* de Chioventa traducido al español por J. A. de la Puente».

Ahora bien, conviene apuntar que, además de ser un «gran admirador de Chioventa», Xirau también mantenía estrechos vínculos de colaboración científica y de amistad con Calamandrei. Veamos unos cuantos datos que ayudarán a entender lo que diré después:

a) Ya en una carta fechada el 8 de mayo de 1924 (Calamandrei, *Lettere 1915-1956*, edición a cargo de G. Agosti y A. Galante Garrone, Firenze, 1968, I, pp. 204-205), a la que también alude Cipriani en su libro (p. 269, en nota), Calamandrei agradece a Xirau las «lusinghiere espressioni che Ella adopra verso il mio lavoro su *La Cassazione civile*» y le hace saber que «sono lieto ed onorato di affidarne a un giurista autorevole, com'Ella è, la traduzione in lingua spagnola» (la traducción a la que se refiere Calamandrei nunca vería la luz; su obra sobre *La Cassazione civile* sería traducida al español por Sentís Melendo muchos años después —*La casación civil*, Buenos Aires, 1945—). Más interesante, a nuestro efectos, es el siguiente párrafo de la misma carta, en el que Calamandrei comunica a Xirau: «Sono veramente lieto di essere entrato in rapporti personali con un collega spagnolo che si interessa di argomenti processuali; e mi permetto di inviarLe a parte altri miei lavori giuridici e di farle mandare in omaggio i primi numeri della «Rivista di diritto processuale civile», di cui sono radattore capo. Avrei molto caro se noi potessimo stabilire uno scambio di collaborazione scientifica; per esempio io sarei lietissimo di pubblicare nella mia Rivista un Suo rendiconto sulle condizioni attuali del processo civile in Spagna e sulle riforme giudiziarie recenti, imminenti o sperate». Xirau aceptó la invitación de Calamandrei, ya que, al año siguiente, apareció en la «*Rivista di diritto processuale civile*» un artículo suyo que lleva, precisamente, el mismo título que le había sugerido Calamandrei: *Le condizioni attuali del processo civile in Ispagna* (1925, I, pp. 148-156).

b) En 1926 la obra de Calamandrei *Troppi avvocati!* (Firenze, 1921) fue traducida al español por Xirau (*Demasiados abogados*, Madrid, 1926).

c) Xirau no se limitó a anotar la versión española de la monografía de Chioventa sobre *La condanna nelle spese giudiziali*. También redactó un amplio escrito, incluido en el libro y antepuesto a la traducción, en el que trataba de informar a los lectores españoles acerca de la figura y la obra de Chioventa. No sabemos si esa presentación de Chioventa era necesaria, dado que algunos años antes Beceña ya había hecho otra muy elogiosa, al reseñar la publicación del primer tomo de la traducción española de los *Principii di diritto processuale civile de Chioventa*, traducción debida a José Casáis y Santaló (la reseña de Beceña se publicó en la «Revista de derecho privado», 1922 —t. IX—, pp. 379-384). Pero ahora nos interesa el escrito de Xirau. En él Xirau narra su primera y memorable visita a Chioventa. Pero se cuida de indicar quién le había facilitado las cosas para que el encuentro con Chioventa pudiera tener lugar: «Calamandrei me había dado en Siena una presentación para su admirado maestro, y, utilizándola, me disponía a visitarle» (*La condanna en costas*, p. 11).

d) En 1932 la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona comienza a publicar una «Revista Jurídica», figurando como Director de la misma Xirau. No importa ahora que esta revista tuviera, a la postre, una vida muy breve, pues dejó de publicarse en 1934. Lo que nos interesa saber es que su Director, Xirau, intentó hacer una inauguración a lo grande, y parece que Calamandrei no quiso defraudarlo. En efecto, el primer artículo del primer número de la «Revista Jurídica» es, precisamente, la versión en catalán de un trabajo de Calamandrei: *La condanna* («Revista Jurídica», 1932, núm. 1, pp. 5-19). Lo que quiere decir que la traducción catalana de este trabajo se publicó en España antes de que dicho estudio fuera publicado en Italia en su versión original (*La condanna*, en «*Studi in onore di Federico Cammeo*», Padova, 1933, pp. 193-205); por cierto, que en las *Opere Giuridiche* de Calamandrei se hace referencia a la posterior traducción al español de aquel estudio (vol. V, p. 483; y vol. X, pp. 645-646), efectuada por Sentís Melendo, pero no se alude a la versión catalana, primera de las publicadas.

e) Consuela saber que los vínculos de amistad entre Calaman-

drei y Xirau parece que perduraron en el tiempo, como se puede ver, por ejemplo, si se lee la carta que el 29 de setiembre de 1953 Calamandrei remitió a Xirau, el cual permanecía en el exilio desde el final de la guerra civil española (*Lettere...*, cit., II, pp. 376-377).

Vuelvo al escrito de Xirau con el que se abre el libro que recoge la versión española de la monografía de Chioventa sobre la condena en costas. (Para referirme a este trabajo de Xirau, utilizaré el título general del libro —*La condena en costas*—, aunque el estudio mencionado lleva, dentro de la misma publicación, un título específico —*José Chioventa*—). En ese escrito, Calamandrei sólo viene citado en tres ocasiones. Son pocas, muy pocas; me temo que no bastan para reflejar con claridad la incidencia en el trabajo de Xirau de la historia ideada por Calamandrei. Veamos algunas de las cosas que dice Xirau, y comprobemos si esa historia ha llegado ya a España. Tal vez sean suficientes unas pocas muestras:

a) En 1924 Calamandrei publica una amplia reseña a la edición de 1923 de los *Principii di diritto processuale civile* de Chioventa. Esta reseña figura incluida en las *Opere Giuridiche* de Calamandrei (X, pp. 40-50), y la citaré por dicha edición. En ese trabajo Calamandrei decía cosas como éstas: «I suoi scritti (los de Chioventa), anche i primissimi, presuppongono e rivelano un decennio di assimilazione silenziosa, di assidua meditazione. In quegli anni tra i venti e i trenta in cui è più prepotente la presunzione giovanile di dir la propria opinione ad alta voce, Giuseppe Chioventa deve essersi imposto una disciplina ferrea, comandando a sé stesso di no pubblicare una sola pagina...» (*Opere Giuridiche*, X, p. 43). Cipriani llama la atención sobre la inexactitud en que estaba incurriendo Calamandrei: «Possibile, infatti, che Calamandrei non sapesse che Chioventa, prima del 1901, aveva pubblicato due libri di poesie e quattro saggi giuridici? Possibile che ignorasse che il primo di quei saggi, nottissimo al suo maestro Lessona, risaliva a quando Chioventa aveva 22 anni?» (p. 273). Pero aquella imagen del autor que irrumpe de repente en el mundo de los estudios jurídicos, después de años de preparación y de silencio, parece que debió ejercer una fuerte fascinación sobre Xirau, porque él señala que la obra de Chioventa sobre la condena en costas «aparte de sus grandes méritos intrínsecos, tiene el singularísimo valor de marcar la aparición en el mundo de los estudios del Derecho de una figura nueva de

inextinguible valor» (*La condena en costas*, p. 5); desde luego, esta afirmación de Xirau no casa muy bien con lo que dice unas páginas después, allí donde reconoce que, antes de la publicación de la monografía sobre la condena en costas, Chioventa ya había publicado algunos estudios de Derecho romano (*La condena en costas*, p. 9).

b) Según Calamandrei, el núcleo esencial de las doctrinas de Chioventa es «quel concetto di azione como diritto potestativo, che già fin dal 1903 egli enunciò nella classica prolusione bolognesa su L'azione nel sistema dei diritti» (*Opere Giuridiche*, X, p. 46). Xirau es de la misma opinión: «El concepto básico, eje de todo el movimiento, es el concepto de acción. De aquí que, en algún modo, puede decirse que toda la obra de Chioventa está agrupada en torno a su magnífico discurso de Bolonia» (*La condena en costas*, p. 14); y, un poco más adelante, Xirau insiste en la misma idea: «La piedra angular de todo el sistema de Chioventa... es el concepto de acción como derecho potestativo autónomo» (*ibídem*). Por lo demás, el juicio que merece a Xirau la prolusión de Bolonia es muy similar al que expresaba Calamandrei; en efecto, también Xirau se refiere al «clásico y magnífico discurso de Bolonia sobre L'azione nel sistema dei diritti' (1903)» (*La condena en costas*, p. 9).

c) Dice Calamandrei: «Ma quello che mancava prima de Giuseppe Chioventa era il sistema» (*Opere Giuridiche*, X, p. 46). Y Xirau coincide plenamente: «Pero lo que se debe a Chioventa es la elaboración del sistema» (*La condena en costas*, p. 13).

d) Calamandrei hace algunas aclaraciones: «Non si dice con questo —intendiamoci bene— che prima del Chioventa non vi siano stati in Italia proceduristi insigni, continuatori della nobilissima tradizione lasciata dai commentatori del Codice sardo: l'onesta chiarezza del Mattiolo, la calda y suggestiva genialità del Lessona, la vasta mente di Lodovico Mortara» (*Opere Giuridiche*, X, p. 46). En este caso, parece que Xirau tiene algún que otro problema con la traducción: «Entiéndase bien, sin embargo, que esa vieja escuela de los comentaristas no es una escuela despreciable ni desprovista de valor» (*La condena en costas*, p. 13); «la excelente tradición de los comentaristas de la codificación sarda... posee figuras de valor entre sus continuadores: Mattiolo, por su claridad de exposición y su lealtad científica; Lessona, por su profundidad e intuición; Mortara, por su amplitud de visión» (*La condena en costas*, p. 13). Para Ca-

lamandrei, Mortara «spazia al di sopra delle scuole, a cavaliere di due periodi scientifici» (*Opere Giuridiche*, X, p. 46). Y Xirau también admite que Mortara «está ya en el límite entre las dos épocas» (*La condena en costas*, p. 6).

e) Calamandrei advierte que «Qualcheduno ha accusato il Chioventa de aver dato troppo peso, in questi suoi *Principii*, alle dottrine dei processualisti tedeschi: questo libro, in fondo, no sarebbe che un sapiente adattamento di idee tedesche alla procedura italiana» (*Opere Giuridiche*, X, p. 44); después, Calamandrei trata de rebatir esa acusación. Pues bien, Xirau se hace eco de aquella misma injusta imputación: «De Chioventa se dijo, con una ignorancia ridícula y petulante, con una precipitación y una frivolidad nunca bastante combatidas, que su doctrina era una copia o a lo más una fiel inspiración germánica; que su mérito quedaría reducido, poco más o menos, a ser el importador en Italia de las nociones elaboradas en Alemania en los cincuenta últimos años del siglo pasado» (*La condena en costas*, p. 16).

f) En opinión de Calamandrei, «I *Principii* di Giuseppe Chioventa sono in un altro cielo: chè nessuna opera più di questa ha contribuito a restituire alla scienza processualistica italiana la fede in sé stessa e a liberarla per sempre dalla servile imitazione e dall'imbastardimento!» (*Opere Giuridiche*, X, p. 44); «prima di questo libro... la dottrina italiana nel campo del diritto processuale doveva riconoscere la sua minor età e accettare la tutela degli scrittori tedeschi» (*Opere Giuridiche*, X, p. 45); «orbene, il Chioventa, se da una parte valse a rimetter gli studi processualistici su una via scientifica diversa da quella grettamente pratica battuta dai francesi, sepe dall'altra liberarci definitivamente dalla tutela dei tedeschi» (*Opere Giuridiche*, X, p. 45). Son ideas que convencieron a Xirau, el cual escribe: «La obra de Chioventa es, pues, ante todo y sobre todo, de liberación de la ciencia procesal italiana; de italianización de la ciencia italiana. Con Chioventa, los estudios del Derecho procesal se han desviado en Italia del estrecho camino tradicional de la práctica francesa, abandonando al propio tiempo la ya inútil y embarazosa tutela alemana» (*La condena en costas*, p. 17).

Por supuesto, se podría decir que nada hay de extraño en el hecho de que un autor se muestre de acuerdo con las opiniones formuladas antes por otro. Pero sorprende, ciertamente, que el grado de

coincidencia sea tan elevado también, y sobre todo, en cuanto a la forma de expresar la conformidad de las propias ideas con las ajenas. Y resulta aún más asombroso que Xirau no cite a Calamandrei en ninguno de los pasajes que he mencionado.

La coincidencia de las opiniones de Xirau con las de Calamandrei no acaba aquí. En el mismo escrito de Xirau incluido en la traducción española de la monografía de Chioventa sobre la condena en costas, se encuentran algunos juicios que se parecen muchísimo a los emitidos por Calamandrei en otro trabajo que aparece fechado en el mismo año, 1928, en que se publicó el escrito de Xirau. El trabajo de Calamandrei al que estoy aludiendo es la recensión que dedicó al volumen de los *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chioventa nel venticinquesimo anno del suo insegnamento* (Padova, 1927). Esta recensión figura incluida en las *Opere Giuridiche* de Calamandrei (X, pp. 51-57). (Citaré por esta edición).

Tampoco en este caso Xirau cita expresamente a Calamandrei. Y lo que resulta más curioso es que el trabajo de Calamandrei no se publicaría hasta el año siguiente, 1929, es decir, cuando el escrito de Xirau ya había visto la luz en España. Aunque, después de todo, ya he mencionado otra ocasión en la que Xirau pudo disponer de un trabajo de Calamandrei antes de que éste se publicara en Italia.

Hagamos algunos cotejos:

a) Calamandrei aludía en aquella recensión a «gli studiosi di tutto il mondo» para referirse a los juristas extranjeros que habían colaborado en el volumen de los *Studi* de homenaje a Chioventa. Cipriani hace notar la exageración en la que incurre Calamandrei, ya que los juristas no italianos que habían participado en aquel volumen se reducían a siete, correspondientes a cinco países (pp. 326-327). Pero a Xirau le debió agradar la fórmula de Calamandrei, y quizá la encontró insuficiente, porque prefiere hablar, no ya de «juristas de todo el mundo», sino de «juristas de todos los países» (*La condena en costas*, p. 5).

b) En la misma recensión, Calamandrei se refiere a la carta de Mortara con la que se abría el citado volumen de los *Studi* dedicados a homenajear a Chioventa. Calamandrei ofrece una interpretación muy personal de aquella carta: «Niente mi sembra più nobilmente umano e consolante di questo saluto, equanime e sereno, rivolto al capo della nuova scuola da colui che continua ad essere il

più autorevole rappresentante di una scuola ormai, se non tramontata, ferma sulle posizioni raggiunte» (*Opere Giuridiche*, X, p. 55); al aludir a las enseñanzas que se extraen de la carta de Mortara, Calamandrei añade: «Può sembrar malinconico per chi è prossimo alla vecchiaia e fu fino ad ieri il capo incontrastato della scienza procesuale italiana, accogersi che la giornata ha già superato il meriggio e che altri sta per prendere il suo posto» (*Opere Giuridiche*, X, p. 56). Una vez más, Xirau debió mostrarse conforme con la interpretación de Calamandrei, pero tal vez consideró que no aparecía formulada con la necesaria contundencia. Por ello, Xirau afirma: «Con Chiovenda se abre paso en el campo de la ciencia procesal italiana una nueva escuela. Hoy, al cumplir ésta su cuarto de siglo, no puede ya discutirse su rotundo triunfo sobre la clásica escuela exegetica, cuyo último e ilustre representante, Mortara, acaba de asociarse cordialísimamente al homenaje que se tributa al más representativo intérprete de la nueva dirección» (*La condena en costas*, p. 13).

c) Todavía dentro de la misma recensión, Calamandrei matiza: «Ma più che malinconico, questo è, per chi sa intendere, rasserenante: perché nella ricerca scientifica nulla va perduto e non esistono graduatorie di merito; c'è solo una catena ininterrotta di sforzi generosi e disinteressati, di cui i successivi si appropiano, non distruggono, i precedenti» (*Opere Giuridiche*, X, p. 56). Esta dulcificación de los juicios expresados previamente debió convencer a Xirau, que escribe: «Entiéndase bien, sin embargo, que esa vieja escuela de los comentaristas no es una escuela despreciable ni desprovista de valor. Gracias a ella ha sido posible alcanzar el actual esplendor» (*La condena en costas*, p. 13).

d) Para Calamandrei, «Mortara significa l'assimilazione e il superamento della scuola esegetica francese, i cui risultati egli elaborò e perfezionò in forma definitiva nel suo *Commentario*» (*Opere Giuridiche*, X, p. 55). Xirau está sustancialmente de acuerdo: «En cuanto al Derecho procesal, la escuela de los comentaristas que tan característicamente representa Mattiolo, y cuyo último maestro, Mortara, está ya en el límite entre las dos épocas, ha realizado una labor indiscutiblemente eficaz y prácticamente muy útil, dentro de la corriente de la ciencia francesa» (*La condena en costas*, p. 6).

e) Calamandrei considera que Castellari es un precursor de Chiovenda (*Opere Giuridiche*, X, p. 51). Xirau hace un breve prelu-

dio: «Cuando Chiovenda cursaba la carrera de Derecho en la Universidad de Roma, en los años 1889 a 1893, los estudios de Derecho procesal civil sufrían en Italia una grave decadencia y descuido» (*La condena en costas*, p. 8); y después corrobora la idea de Calamandrei: «sólo algún escritor aislado y poco conocido, como Antonio Castellari, se lanza a estudios monográficos sobre temas procesales, que trata con amplia preparación histórica y con notables aspiraciones dogmáticas» (*La condena en costas*, p. 8).

f) Volvamos a la recensión de Calamandrei. Refiriéndose a Chiovenda, dice Calamandrei: «Talché si inchinano dinanzi a lui e lo riconoscono maestro anche coloro che per temperamento intellettuale più sono lontani da lui; alludo principalmente a Francesco Carnelutti, il quale, pur essendo tra i processualisti posteriori al Chiovenda la personalità più potente, e meno portata, per il suo stesso forte rilievo, a riconoscere supremazie o derivazioni, si inchina in questo volume a Giuseppe Chiovenda, perché, anche quando il suo pensiero segue altre vie, gli strumenti logici e sistematici, di cui egli si serve per confutare il Chiovenda, sono ancora quelli che il Chiovenda ha insegnato a tutti noi» (*Opere Giuridiche*, X, pp. 52-53).

También Xirau se ocupa de esa cuestión: «con Chiovenda se abre paso en el campo de la ciencia procesal italiana una nueva escuela» (*La condena en costas*, p. 13); «hoy puede sin disputa asegurarse que la posición quiovendana (*sic*) se ha hecho enteramente dueña del campo» (*La condena en costas*, p. 15); «cierto, naturalmente, que han surgido direcciones nuevas y de indiscutible valor» (*ibídem*); «entre los nuevos procesalistas hay hombres de tanta personalidad como Redenti, como Carnelutti, como Calamandrei» (*ibídem*). Después Xirau menciona algunos de esos nuevos desarrollos que va haciendo la ciencia procesal italiana, aludiendo expresamente a las originales concepciones de Carnelutti, y añade: «Mas a pesar de estas nuevas posiciones, agudamente señaladas por Carnelutti, y cuya, a mi parecer, innegable importancia, no es ahora ocasión de comentar, creo firmemente que la doctrina formulada substancialmente por Chiovenda constituye aún el ambiente en que vive totalmente... la ciencia procesal italiana» (*La condena en costas*, pp. 15-16).

Todavía en 1928, en otra breve reseña, Calamandrei da cuenta a los lectores italianos de la traducción al español de la monografía de Chiovenda sobre la condena en costas (esa recensión figura in-

cluida en sus *Opere Giuridiche* —IX, pp. 667-670—, edición por la que vuelvo a citar). En la citada reseña Calamandrei se refiere al «prezioso riconoscimento dell'importanza mondiale assunta ormai, specialmente per merito di Giuseppe Chiovenda, dalla scienza processuale italiana» (*Opere Giuridiche*, IX, p. 666). Casualmente, en la misma obra objeto de la reseña de Calamandrei, Xirau escribe: «En una palabra, si la ciencia procesal italiana es hoy respetada y estimada en todas partes, a él (a Chiovenda) se debe, sin discusión» (*La condena en costas*, p. 11).

En la misma recensión, Calamandrei dice: «La figura científica di Giuseppe Chiovenda si trova posta in efficacissimo rilievo e perfettamente inquadrata nell'ambiente scientifico italiano anche nella colorita e calda prefazione che il prof. Xirau ha premesso alla traduzione spagnola, dovuta al dottor J. A. de la Puente y Quijano, della «*Condanna delle spese*». Il prof. Xirau... è, oltreché un profondo conoscitore della scienza giuridica italiana, un fervido amico del nostro Paese, nel quale ha soggiornato a lungo a scopo di studio: nessuno meglio di Xirau... avrebbe saputo con tanto garbo e competenza presentare agli studiosi spagnoli la monografía giovanile dei Giuseppe Chiovenda» (*Opere Giuridiche*, IX, pp. 669-670).

Después de cuanto va dicho, es el momento de preguntarse si Calamandrei, en cierta medida, no estaba reseñándose a sí mismo, si no estaba reseñando la llegada a España de su «historia». También es el momento de preguntarse si Chiovenda se abstuvo de mencionar a Xirau (y a Beceña), en la edición de 1933 de sus *Istituzioni*, a causa de un olvido involuntario, como decía Alcalá-Zamora, o por otras razones. Al fin y al cabo, como nos recuerda Cipriani, citando las palabras de D'Onofrio, «Chiovenda soleva dire di avere a fastidio i *pappagalli lusingatori*» (p. 355, en nota). Y tal vez a Chiovenda no le resultara fácil, por aquella época, distinguir los elogios sinceros frente a las alabanzas interesadas, si las loas se escribían, o se habían escrito, fuera de Italia.

## CONSIDERACIONES SOBRE LA EXCLUSIVIDAD DE LA POTESTAD DE EJECUTAR, CON MOTIVO DE LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MAYO DE 1998 SOBRE EL PROCESO NOTARIAL DE REALIZACIÓN HIPOTECARIA

LLUÍS CABALLOL I ANGELATS  
Profesor Titular de Universitat  
Universitat de Barcelona

### SUMARIO:

Introducción. — I. El principio de exclusividad y los medios alternativos en general. — II. La posibilidad de ejecutar con base en la autonomía de la voluntad. — 1. El alcance de la exclusividad de la potestad de ejecutar. — 2. La exclusividad de la función de ejecutar y las modalidades alternativas a la vía judicial de ejecución. — III. PNRH como vía alternativa a la realización judicial del bien hipotecado. — 1. Breve descripción de la figura. — 2. El PNRH como vía alternativa a la realización judicial del bien hipotecado desde la perspectiva del principio de exclusividad. — Conclusiones.

## INTRODUCCIÓN

El Procedimiento Notarial de Realización Hipotecaria<sup>1</sup>(de ahora en adelante PNRH), es una modalidad alternativa a la vía judicial de ejecución de la hipoteca. Esta figura surgió a finales del siglo XIX por iniciativa de los particulares, que la acordaban para suplir la falta de una vía notarial de realización de la hipoteca<sup>2</sup> en el Código civil, análoga a la regulada del art. 1872 CC para la prenda. La suscripción de estos acuerdos halló el reconocimiento de la jurisprudencia

1. La denominación legal de esta modalidad alternativa es la de procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. No obstante consideramos necesario replantear la terminología empleada para designarla. En particular nos interesa centrar la reflexión sobre los términos extrajudicial y ejecución, porque su uso aumenta la confusión reinante en relación con el tema de este trabajo.

El calificativo extrajudicial es una expresión acuñada para contraponer esta modalidad alternativa al proceso judicial sumario de ejecución hipotecaria. Su utilización es incorrecta ya que califica esta técnica atendiendo precisamente a aquello en lo que no consiste. En efecto, desde el punto de vista subjetivo, esta modalidad alternativa se caracteriza por que el encargado de su tramitación es un notario y no por no cursarla los Juzgados. Además, en esta modalidad alternativa la intervención judicial no queda completamente excluida por lo que resulta impreciso denominarla extrajudicial. Por ello consideramos que debería sustituirse por el calificativo notarial.

El término ejecución también nos parece desafortunado porque induce a calificar como ejecutivos los actos desarrollados durante la tramitación de esta modalidad. La doctrina no se ha cuestionado su naturaleza jurídica. Hay unanimidad en que es un proceso de ejecución. Sin embargo no nos cabe la menor duda de que los autores están pensando en una acepción amplia de ejecución definida por la finalidad, y no en la significación estricta del término que atiende al contenido de los actos. De ahí, que desde la perspectiva de la investigación que nos proponemos realizar, sea oportuno sustituir el término ejecución por otro igualmente descriptivo, que no prejuzgue el contenido de las actuaciones que se llevan a cabo en su seno.

La doctrina y la jurisprudencia han destacado que las denominadas ejecuciones hipotecarias consisten en una vía de apremio. Su objetivo es realizar a metálico un bien inmueble gravado para garantizar una deuda. Es por ello que considera preferible utilizar el término realización de la hipoteca. Con él se describe la finalidad del procedimiento pero no se prejuzga la naturaleza ejecutiva en sentido estricto de los actos que se suceden durante su tramitación. Así, al menos a priori, queda abierta la cuestión de la compatibilidad del PNRH con el art. 117.3 CE.

Concluyendo es preferible denominar a la modalidad alternativa prevista en el art. 129.2 de la LH Proceso Notarial de Realización Hipotecaria (PNRH). En sentido análogo: MEZQUITA DEL CACHO, José Luís; «Control notarial de la subasta hipotecaria» en *La Notaria*, 1992, núm. 3, pág. 26.

2. ROCA SASTRE, Ramón M.<sup>a</sup> y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Lluís; *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1998, Bosch, Octava edición. Tomo IX, págs. 470.

del Tribunal Supremo y de las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado<sup>3</sup>. Su incorporación a nuestro derecho positivo tuvo lugar en 1915 en art. 201 del Reglamento Hipotecario. Posteriormente fue objeto de reformas en los años 1947 y 1992.

Tras la promulgación de la Constitución de 1978 el PNRH continuó existiendo en nuestro ordenamiento jurídico. Pero en los inicios de la década de los 90, en un contexto de potenciación de los medios alternativos, precisamente tras una reforma que permitía pronosticar su progresiva utilización (el Decreto 290/1992 de 27 de marzo), tomó fuerza la discusión sobre la constitucionalidad de esta modalidad alternativa. El debate se concretó con la presentación de sendos recursos en sede contencioso-administrativa dirigidos a obtener la declaración de nulidad de la norma aprobada, y con la interposición de demandas en sede civil con la finalidad de conseguir la anulación de las enajenaciones notariales ya realizadas.

En líneas generales, los argumentos de las impugnaciones eran que el PNRH podría infringir el principio de exclusividad del art. 177.3 CE, el Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva art. 24 CE y el principio de reserva de ley en materia procesal<sup>4</sup>.

Los argumentos a favor de la constitucionalidad seguían dos líneas. Una negaba la naturaleza procesal de las técnicas de realización de la hipoteca, argumentando que la ejecución hipotecaria no es un verdadero proceso de ejecución puesto que en ella tan solo se ejercita, bajo supervisión judicial o notarial, el *ius vendendi* conferido al acreedor al constituir la hipoteca. Se decía que el acreedor no ejecuta si no que ejercita un derecho propio<sup>5</sup>.

3. Para un estudio de las distintas resoluciones que tuvieron lugar en los orígenes de esta figura vid. DURÁN RIVALCOBA, Ramón; «La vigencia del procedimiento extrajudicial sumario de ejecución hipotecaria» *La Notaria*, 1998, núm. 5.

4. Para un comentario crítico sobre estas y otras cuestiones ver, MARTÍN CONTRERAS, Lufs; «Acerca de la ejecución hipotecaria extrajudicial», *Actualidad jurídica Aranzadi*, de 21 de mayo de 19.

5. MAGARIÑOS BLANCO, Victorio; «El procedimiento extrajudicial de realización de la hipoteca» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 641, 1997, pág. 1261. IGLESIAS CANLE, Inés; «El procedimiento Extrajudicial hipotecario. A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 402/1998 de 4 de mayo» *La ley*, 1998 núm. 4696, 18 de diciembre de 1998, pág. 2. ROCA SASTRE, Ramón M.<sup>a</sup> y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Lluís; *Derecho Hipotecario...*, cit., págs 482 a 484.

La otra línea argumental al abordaba la cuestión desde una perspectiva procesal. Los argumentos utilizados hacían referencia al colapso de los tribunales y a la correlativa necesidad de encontrar alternativas. También se reducía al absurdo la tesis de la inconstitucionalidad del PNRH, afirmando que de ser así infringirían la Constitución el resto de medios alternativos existentes en nuestro ordenamiento<sup>6</sup>.

Con estos antecedentes las sentencias de 16 y 23 de octubre de 1995 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo declararon la plena constitucionalidad del PNRH. A pesar de ello, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, cambió de orientación<sup>7</sup> y declaró inaplicable el PNRH, por considerar que infringe el principio de exclusividad de la jurisdicción (F.J. 4.º, 5.º, 6.º, 7.º y 8.º), el derecho fundamental a tutela judicial efectiva (f. j. 9) y el principio de reserva de ley en materia procesal (f. j. 10).

Teníamos para nosotros que una sentencia con este contenido no llegaría a dictarse. EL PNRH nos parecía y continua pareciéndonos plenamente compatible con las exigencias constitucionales. Es por ello, que no podemos dejar pasar este pronunciamiento sin exponer los argumentos que nos permiten sostener esta conclusión. Además de las motivaciones científicas hay razones prácticas que nos animan a mantener abierto el debate sobre este tema. La primera es que existe la posibilidad de que el Alto Tribunal deba pronunciarse de nuevo sobre esta cuestión<sup>8</sup>. Y la segunda es que los postu-

6. GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando; «Notas sobre la inconstitucionalidad del Procedimiento ejecutivo extrajudicial del art. 129.2 de la Ley Hipotecaria» *La ley*, núm. 4589. 22 de julio de 1998. MUÑOZ ROJAS, Tomás; «Sobre el procedimiento ejecutivo civil» *Actualidad Civil* 1994-4 pág. 677.

7. He aquí la primera cuestión con alcance procesal que plantea la sentencia de 4 de mayo de 1998. ¿Cuál es el valor de las sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el proceso seguido ante la Sala Primera? ¿Qué mecanismos existen en nuestro ordenamiento jurídico para solventar contradicciones como las que se han producido? No podemos en este momento detenernos a estudiar esta cuestión puesto que nos exigiría elaborar un trabajo íntegramente dedicado a su estudio, lo cual escapa de nuestros objetivos. Insisten en este punto. DURÁN RIVALCOBA, Ramón; «La vigencia del procedimiento extrajudicial sumario de ejecución hipotecaria»..., *cit.* y GARCÍA MÁS, Francisco Javier; «breves comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo número 402/1998 (Sala de lo civil), sobre el procedimiento de ejecución extrajudicial» *La notaria*, núm. 5. maig de 1998.

8. Según la Circular 2/98 de julio de 1998 del consejo general de Notariado

lados de la sentencia de la Sala Primera del TS pueden tener repercusión en futuras iniciativas legislativas y en la propia existencia de los demás medios alternativos.

Tal y como ya se ha indicado, la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 baraja argumentos a distintos niveles. En este trabajo analizaremos únicamente el relativo a la compatibilidad del PNRH con el principio de exclusividad. Lo hemos escogido porque nos parece que es el que tiene más trascendencia jurídica. Aunque cualquiera de los criterios acogidos por el Tribunal Supremo hubiera significado la derogación del PNRH, las consecuencias del argumento que se basa en la infracción del principio de exclusividad son cualitativamente distintas. Mientras las restantes objeciones podrían salvarse, llegado el caso, con las convenientes modificaciones legislativas; las exigencias derivadas de la exclusividad, tal como resultan de esta sentencia, impiden que prospere cualquier iniciativa que se oriente a mantener en vigor esta modalidad alternativa. Si el PNRH infringiera realmente el principio de exclusividad debería desaparecer del ordenamiento jurídico.

Las consecuencias del pronunciamiento del TS no se agotan aquí. El alcance que otorga al principio de exclusividad hace que tenga un efecto demoledor sobre todas las modalidades alternativas a la vía judicial de ejecución. En un escenario como el que diseña esta sentencia no es descabellado pronosticar la pronta impugnación de enajenaciones realizadas a través de otras técnicas alternativas con base en los mismos argumentos. Aunque la sentencia que da lugar a este comentario circunscriba su alcance al PNRH, nada impide extender el razonamiento que contiene a los restantes medios alternativos a la vía judicial de ejecución<sup>9</sup>.

«se trata de un importantísimo precedente que sólo produce efectos respecto del caso juzgado». Una vez concluido este trabajo la sala primera del Tribunal Supremo ha dictado la Sentencia de 20 de abril de 1999, en la que por segunda vez declara la inconstitucionalidad del procedimiento notarial de realización hipotecaria.

9. Como por ejemplo, la realización notarial de la cosa entregada en prenda que regula el art. 1.872 de CC o el art. 14 de la Ley 22/1991 de 29 de noviembre del parlamento de Cataluña de garantías posesorias sobre cosas mueble; la realización notarial de la cosa mueble adquirida a plazos regulada en los arts. 16 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 13 de julio de 1998; o la realización notarial de la hipoteca mobiliaria regulada en los arts. 86 a 88 de la ley de 16 de diciembre de 1954 de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

Los conceptos que acoge la sentencia del TS de 4 de mayo de 1998 ya han tenido su repercusión en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil que se está tramitando en las Cortes ya que las modificaciones que esta reforma se propone introducir en la Ley Hipotecaria dejarán sin cobertura legal al PNRH<sup>10</sup> y lo harán desaparecer. Pero, es que además, la consolidación de esta doctrina alcanzará también a alguna de las innovaciones que el propio proyecto de ley tiene previsto introducir. Concretamente la posibilidad de pactar alternativas a la subasta judicial para realizar los bienes embargados que se regula en el art. 676<sup>11</sup> del Proyecto de LEC se verá afectada de lleno por ella.

Todo lo expuesto nos mueve a profundizar en el significado del principio de exclusividad con el objetivo de comprobar si efectivamente esta exigencia constitucional tiene el contenido que le otorga el pronunciamiento de 4 de mayo de 1998 de la Sala primera del TS.

La tesis que nos proponemos desarrollar es que el criterio seguido por la sentencia del TS podría estar situando las exigencias de la exclusividad en un plano distinto al que motivo su incorporación en la Carta Magna. Por ello pese a que la potestad de ejecutar se halla informada por dicho principio el PNRH no infringe sus exigencias.

Para justificar esta posición analizaremos el significado del principio de exclusividad, en general, y el de la exclusividad de la potestad de ejecutar, en particular. Seguidamente estudiaremos si una modalidad alternativa a la vía judicial de ejecución puede realizar sus objetivos y cumplir simultáneamente con las exigencias del principio de exclusividad. Y, en caso de obtener un resultado afirmativo, finalizaremos el trabajo comprobando si el PNRH cumple con esas exigencias.

10. GIMENO SENDRA, Vicente; «Observaciones al proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el Derecho Procesal Europeo». *La ley*, 15 de febrero de 1999, núm. 4.734.

11. Esta previsión no equivale al procedimiento extrajudicial pese a que también se refiere a bienes hipotecados, puesto que en todo caso se deberá acudir al procedimiento judicial, y solo podrá pactarse la realización del bien por vías alternativas y no la completa tramitación del procedimiento ante notario.

## I. EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD Y LOS MEDIOS ALTERNATIVOS EN GENERAL

En este apartado estudiaremos si las exigencias del principio de exclusividad permiten la subsistencia de medios alternativos equivalentes a la tutela judicial<sup>12</sup>, es decir, de modalidades alternativas de contenido declarativo o ejecutivo. Empezaremos dando un enfoque global, para posteriormente circunscribir nuestra reflexión a los aspectos de la exclusividad que tienen que ver con el ámbito jurídico privado y, particularmente, con la función de ejecutar.

Los apartados primero y tercero del art. 117 CE, regulan los aspectos fundamentales de la cuestión que nos ocupa. El párrafo primero del art. 117 CE se refiere al título habilitante de la actuación de los Tribunales: la soberanía. El párrafo tercero determina las funciones que los Tribunales tienen encomendadas en ejercicio de la misma: juzgar y ejecutar lo juzgado.

Pese a la expresión literal del art. 117,3 CE «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado», este precepto no alude a una sola función, sino a dos distintas aunque complementarias. En efecto, aunque la secuencia lógica de la actuación de los tribunales sea juzgar y ejecutar lo juzgado, lo cierto es que también es posible una actividad de declaración (juzgar) sin posterior ejecución y, lo que es más relevante para el tema que nos ocupa, ejecución sin previa declaración<sup>13</sup>. Es por ello que sostenemos que en el art. 117 C.E. la función de ejecutar es objeto de una atribución en exclusiva a los tribunales de forma independiente de la función de juzgar.

La principal consecuencia de esta afirmación es que todas las modalidades de ejecución, sea cual sea la clase de título del que traen causa, están atribuidas en exclusiva a los Tribunales. Pese a la dicción literal del art. 117 CE «... haciendo ejecutar lo juzgado» las exigencias de la exclusividad no están en vigor sólo en relación con

12. «Hay que decir ya inmediatamente a continuación, que existe un espacio suficiente para buscar alternativas en todos los ámbitos del derecho. De hecho lo estamos haciendo». RAMOS MÉNDEZ, Francisco; «Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial» en *Alternativas a la resolución de conflictos*. *Iuris* 1995, núm. 4 pág. 140.

13. CABALLOL ANGELATS, Lluís; *La ejecución provisional en el proceso civil*, Barcelona 1993, Ed. J. M.ª Bosch, págs. 23 a 25.

la ejecución de sentencias y demás títulos jurisdiccionales, si no que también se aplican a la ejecución de títulos no jurisdiccionales.

La adopción de este punto de partida tiene, a su vez, consecuencias metodológicas en el desarrollo de nuestra investigación. En primer lugar, al referirnos a ambas funciones<sup>14</sup> por separado y no a la potestad jurisdiccional, quedamos dispensados de abordar la difícil y discutida<sup>15</sup> cuestión de la jurisdiccionalidad de los actos de ejecución. Parece que la propia Constitución quiso obviar este debate introduciendo el inciso «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado» tras aludir a la referida potestad jurisdiccional. El constituyente aseguró así, que aunque el debate dogmático se resolviera en favor de la no jurisdiccionalidad de la ejecución, ésta continuará atribuida a los tribunales en las mismas condiciones que la función de juzgar<sup>16</sup>. La segunda consecuencia es que nos permite analizar el significado del principio de exclusividad circunscribiendo la investigación a la función de ejecutar, sin tener que acarrear con los aspectos que tienen que ver con la función de juzgar.

En el art. 117 CE la exclusividad califica el modo en que se otorga a los Tribunales el ejercicio de las funciones de ejecutar y juzgar. En su virtud a ningún otro sujeto le corresponde su ejercicio. La finalidad genuina de este calificativo es configurar el modelo de Estado. No obstante su significación particular varía según informe la posición de los tribunales frente a órganos públicos o frente a sujetos privados.

En el sector jurídico público, probablemente el de mayor trascendencia constitucional, la exclusividad contribuye a hacer efectivo

14. «Es fundamental la Distinción de los poderes según se ejerciten en interés propio del titular o los ejercite éste por un interés ajeno o por un interés objetivo. Los poderes de esta categoría toman el nombre de 'funciones' o de 'oficios'. SANTI ROMANO, 'Poderes. Potestades' en *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, Traducción SENTIS MELENDO y AYERRA REDÍN, Buenos Aires, 1964, Ed. EJEA, SA, pág. 309.

15. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel; «Jurisdicción» en *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1964, Ed. Ariel, pág. 51. GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando; «Notas sobre la inconstitucionalidad del Procedimiento ejecutivo extrajudicial del art. 129.2 de la ley hipotecaria» ..., *cit.*

16. ALMAGRO NOSETE, José, *Constitución y Proceso*, Barcelona, 1984, Ed. Librería Bosch, pág. 83.

el Estado de Derecho en una estructura de división de poderes<sup>17</sup>. De entre los órganos públicos sólo los integrados en el poder judicial tienen encomendada la función de juzgar y ejecutar. La finalidad de esta previsión es conseguir la sumisión de todos los poderes públicos a la ley. Esta acepción de la exclusividad es lo que los autores han venido denominando el monopolio judicial de la jurisdicción<sup>18</sup>. La mayoría de los estudios sobre la exclusividad centran su atención en este aspecto.

Frente al ámbito jurídico privado, la exclusividad se ha visto como la expresión del monopolio Estatal de la jurisdicción. En su virtud ningún sujeto privado podría juzgar o ejecutar. Esta acepción de la exclusividad es la que se invoca para argumentar la posible inconstitucionalidad de los medios alternativos equivalentes a la tutela judicial. No obstante consideramos que con esta interpretación las exigencias de este precepto se extienden a aspectos que la propia Constitución no pretendía regular. Es por ello que sostenemos que cabe hacer una lectura más ajustada a los fines del principio de exclusividad en este ámbito<sup>19</sup>.

Para ello debemos retomar en la distinción apuntada al inicio de este apartado entre función y título habilitante para el ejercicio de la misma.

La función indica el objetivo para cuya obtención se otorga a

17. «La separación de poderes queda garantizada con la atribución en exclusiva de la potestad a órganos sujetos únicamente al imperio de la ley». GERPE LANDÍN, Manuel; «El gobierno del Poder judicial en el constitucionalismo europeo continental: Francia, Italia, Portugal y España». En *La división de poderes: el Poder Judicial*, Barcelona, 1996, pág. 13.

18. Por lo que respecta a exclusividad de la función de ejecutar, las principales cuestiones se han planteado en relación con la ejecución de las sentencias dictadas por las jurisdicciones contencioso administrativa y penal. En relación con la primera han sido objeto de especial estudio, tanto las facultades que tiene la propia administración para actuar los pronunciamientos realizados a su favor, como la posición y los inconvenientes con los que puede topar una parte que intenta la efectividad frente a una administración pública de los pronunciamientos obtenidos a su favor. Sobre este particular GIMENO SENDRA, Vicente; «El Derecho a la ejecución de las sentencias Contencioso administrativas y el artículo 117,3.º de la Constitución Española» en *Constitución y proceso*, Madrid, 1988, Ed. Tecnos, pág. 162 a 174. Por lo que respecta a la ejecución de penas la cuestión debatida es el rol de la administración penitenciaria en la ejecución de las penas privativas de libertad.

19. «Se podría hablar de monopolio pero no es exacto» RAMOS MÉNDEZ, Francisco; *El sistema procesal español*, Barcelona 1995, J. M.º Bosch, pág. 160.

un sujeto el ejercicio de una potestad. En ella cabe distinguir un aspecto estático: el resultado o efecto que debe obtenerse; y un aspecto dinámico: la actividad que es preciso desplegar y los medios con que cuenta su titular para conseguirlo. Por lo general un mismo efecto puede obtenerse con la puesta en práctica de un abanico amplio de técnicas o modalidades de actuación. La elección de la más adecuada para cada caso corresponde al responsable de su ejercicio en atención a las circunstancias.

El título habilitante indica la fuente de poder con fundamento en la cual se ejerce una función<sup>20</sup>. El título determina los presupuestos de ejercicio de la función y los medios con que cuenta su titular para ejercerla. En definitiva, los requisitos que condicionan la posibilidad de actuar y el techo de facultades que están a disposición del sujeto que tiene atribuido el ejercicio de una función viene establecido por el título que le habilita para llevarla a cabo.

La exclusividad no alcanza al aspecto estático de la función de juzgar y ejecutar, sino sólo a su vertiente dinámica. Es decir, tan solo impide a sujetos distintos de los tribunales obtener resultados equivalentes a la tutela judicial a través de modalidades alternativas cuyos presupuestos y cuyos medios sean los mismos que los que les corresponderían si actuaran en ejercicio de la soberanía, ya que esta posibilidad es la única que debe considerarse atribuida en exclusiva a los Tribunales en méritos del art. 117,3.

Lo expuesto nos permite plantear la siguiente hipótesis de trabajo: si cupiera juzgar o ejecutar, en su acepción estática, ejerciendo facultades basadas en un título habilitante distinto de la soberanía, ese medio alternativo no infringiría las exigencias de la exclusividad.

Para profundizar en esta línea es preciso determinar, primero, el título con base en el cual se llevaría a cabo esta función y, segundo, si las posibilidades de actuación que derivan de él permiten obtener el resultado buscado.

En el sector jurídico privado, el título alternativo que debemos

20. En nuestro sistema jurídico cabe asilar dos fuentes de poder diferenciadas, por un lado, la soberanía, o capacidad de una comunidad política de organizar sus asuntos; y, por otro, la autonomía de la voluntad o la capacidad de cada uno de los integrantes de la comunidad política de organizar sus propios asuntos.

tomar en consideración es la autonomía de la voluntad. Este título determina que los presupuestos de las modalidades equivalentes sean distintos a los de la tutela judicial. Así para que una de estas técnicas pueda llevarse a cabo es necesario el consentimiento previo de los sujetos implicados en él. En cambio para que los tribunales puedan actuar válidamente sobre ese mismo supuesto basta con que una de las partes se dirija a ellos, siendo irrelevante para su plena validez jurídica que los otros implicados consientan o se opongan.

La cuestión relativa a la posibilidad de conseguir resultados equivalentes a la tutela judicial con base en la autonomía de la voluntad, se resuelve en sentido afirmativo en lo relativo a la función de juzgar. Los árbitros no dictan los laudos en ejercicio de la soberanía, sino que lo hacen en méritos de la potestad que les han conferido los propios litigantes al someterse al arbitraje<sup>21</sup>. Por ello, el arbitraje es una modalidad alternativa plenamente compatible con el principio de exclusividad.

La posibilidad de ejecutar con base en la autonomía de la voluntad, constituye el objeto principal de esta investigación. Dedicaremos los próximos apartados a su estudio.

## II. LA POSIBILIDAD DE EJECUTAR CON BASE EN LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Estudiaremos en primer lugar el significado de la exclusividad de la función de ejecutar, para analizar posteriormente si las exigencias de este principio permiten la subsistencia de un medio alternativo a la vía judicial de ejecución.

### II.1. *El alcance de la exclusividad de la potestad de ejecutar*

Para fijar el alcance de la exclusividad de la función de ejecutar debemos tomar como punto de partida el contenido esencial de esta actividad. Es decir, el dato o el elemento que permite catalogar-

21. CABALLOL ANGELATS, Lluís; *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje...*, cit., pág. 20 a 23.

la como ejecutiva. Esta investigación previa, aunque sea somera, no puede eludirse porque sólo las actuaciones que tengan esa característica son las que están atribuidas en exclusiva a los Tribunales en méritos del art. 117,3 CE.

Un criterio al que cabe atender para realizar esta tarea es el procedimental. En su virtud serían ejecutivos los actos llevados a cabo en el seno del proceso de ejecución. Es decir, los realizados desde el despacho de la ejecución hasta conseguir la satisfacción del ejecutante. Sin embargo, este criterio no sirve para concretar la esencia de la ejecución, ya que de su aplicación resultaría que los incidentes que se plantean en una ejecución tendrían naturaleza ejecutiva. Lo cual es erróneo. El contenido de estos incidentes es declarativo y no ejecutivo<sup>22</sup>. Ello demuestra que no todos los actos del proceso de ejecución tienen naturaleza ejecutiva. Lo cual nos lleva a constatar que el criterio del procedimiento no sirve a nuestros objetivos porque es excesivamente amplio.

La ejecución se caracteriza por orientarse a obtener la satisfacción de un interés debido y por contar con medios que permiten conseguirlo ante la eventual pasividad o resistencia del obligado. De ahí que en toda actividad ejecutiva concurren dos elementos: la finalidad (satisfacción de lo debido) y el contenido de los actos (aptitud para conseguir el efecto deseado pese a la pasividad o resistencia del obligado). Analicemos en qué medida cada uno de estos elementos conforma la esencia de cualquier actividad ejecutiva.

La finalidad es un elemento de identidad de cualquier actividad ejecutiva. Todos los actos de esta naturaleza tienen un para qué previamente determinado que les sirve de referencia y límite: la realización de lo debido. Cualquier actuación que no se circunscriba a él deja de ser ejecución para pasar a ser vía de hecho. Este elemento sirve para deslindar la actividad ejecutiva de la declarativa, pero es insuficiente, por sí solo, para catalogar una actividad como ejecutiva porque se queda en los contornos de la misma. Es más, si únicamente atendemos a él, podríamos llegar a conclusiones erróneas.

22. Por ello posibilidad de tramitar y resolver estos incidentes a través de un medio alternativo ya está contemplada en nuestro ordenamiento, pero en sede de arbitraje. Según el art. 2 a) de LA «No podrán ser objeto de arbitraje: a) Las cuestiones sobre las que haya recaído sentencia firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución».

Así, por ejemplo, también se orienta a la realización de lo debido el cumplimiento voluntario del obligado y en ningún caso esta actuación es ejecutiva. En conclusión, la finalidad es un elemento necesario pero no suficiente para catalogar como ejecutiva una determinada actividad. De ahí que no podamos apoyarnos exclusivamente en él para determinar la esencia de toda ejecución.

Por ello es preciso analizar si el criterio que atiende al contenido de los actos es el elemento que nos permite formular de un concepto estricto de ejecución. Los actos de una ejecución se caracterizan por que con ellos se puede realizar lícitamente lo debido pese a la pasividad o la resistencia del obligado. Ello hace que, a nuestro juicio, sea precisamente aquello que les confiere esa aptitud lo que constituye la verdadera esencia de la ejecución. Ese elemento no es otro que la coerción. Con ella se prescinde de la participación del obligado, se vence su eventual resistencia física o se doblega su voluntad, para conseguir el fin de la actividad: realizar lo debido<sup>23</sup>.

En toda ejecución judicial el recurso a la coerción aparece siempre como la *última ratio*. Por tanto, no todas las actuaciones ejecutivas, en su acepción finalista, conllevan su ejercicio. Sin embargo, sólo las que la contienen pueden catalogarse como ejecutivas en sentido estricto.

En atención a su contenido podemos clasificar los actos de coerción en actos de coerción física y actos de coerción jurídica.

Los actos de coerción física son los que se dirigen a conseguir un resultado mediante su realización material. Su alcance se agota con la obtención del efecto buscado. Integran este grupo, entre otros, los actos consistentes en la aprehensión de la cosa embargada, la realización de un lanzamiento o la puesta en posesión del adjudicatario de la cosa adquirida en subasta pública.

Los actos de coerción jurídica son los que, junto al efecto material de su realización, generan, modifican o extinguen un vínculo jurídico para el ejecutado<sup>24</sup>. Ese vínculo se crea sin que el obligado

23. «La ejecución supone coacción sobre el ejecutado» RAMOS MÉNDEZ, Francisco; *Enjuiciamiento civil*, Barcelona, 1997, Ed. J. M.ª Bosch, Tomo II, pág. 592.

24. La trascendencia del vínculo es diferente según el tipo de efecto que se busca conseguir con ellos. En unos supuestos su finalidad es accesoria se agota con el desarrollo del proceso de ejecución. Este es el caso de actos como la anotación

intervenga en su generación. Integran esta categoría actos como la anotación preventiva de embargo, la emisión del auto de adjudicación de un bien subastado o la constitución en administración de un bien que no se consigue enajenar a través de una subasta.

De lo expuesto se deduce, que el ejercicio de la capacidad de coerción en sus distintas modalidades es la característica esencial de toda ejecución. En consecuencia la posibilidad de su ejercicio con finalidad ejecutiva es lo que debe considerarse atribuido a los tribunales en régimen de exclusividad en méritos del art. 117.3 CE.

En efecto, en el ámbito jurídico privado la exclusividad de la potestad de ejecutar del art. 117.3 CE significa que ningún sujeto privado puede hacer uso de la coerción para conseguir la satisfacción de un interés que le es debido. En un Estado de Derecho únicamente en ejercicio de la soberanía pueden llevarse a cabo actos con este contenido, y en el ámbito jurídico privado el ejercicio de la misma corresponde en exclusiva a los Tribunales. Lo cual nos permite deducir que la exclusividad de la potestad de ejecutar equivale, en cierto modo, a la prohibición de autotutela de los intereses.

## II.2. *La exclusividad de la función de ejecutar y las modalidades alternativas a la vía judicial de ejecución*

Ahora nos corresponde analizar la repercusión de las conclusiones a las que hemos llegado en apartado anterior en los medios alternativos a la vía judicial de ejecución.

La primera consecuencia que cabe extraer es que ninguna de estas técnicas alternativas puede consistir en la puesta en práctica de mecanismos de coerción física o jurídica. En un Estado de Derecho ningún título distinto de la soberanía habilita para llevar a cabo actos de coerción<sup>25</sup> con finalidad ejecutiva. Por tanto, para salvar las

de embargo de un bien inmueble. En otros es precisamente un efecto principal de la propia actividad. Integraría este grupo el auto de adjudicación del bien subastado o la emisión de una declaración de voluntad cuando esta es posible.

25. Es por ello que no consideramos viable la idea de que el derecho de realización que se funda en la hipoteca «confiere al acreedor la posibilidad de actuar por sí», MAGARIÑOS BLANCO, Victorio; «El procedimiento extrajudicial de realización hipotecaria. Su viabilidad» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1997, núm. 641, pág. 1261.

exigencias del principio de exclusividad, o basta con que la modalidad alternativa se haya pactado<sup>26</sup>. Es preciso, además, que los actos que se llevan a cabo durante su tramitación no consistan en la puesta en práctica de coerción. En definitiva, en sede de medios alternativos la autonomía de la voluntad es un presupuesto necesario aunque no suficiente para su plena constitucionalidad.

La segunda consecuencia es que la clase de título ejecutivo realizado a través de un medio alternativo no exime de cumplir las exigencias del principio de exclusividad. Estas se aplican tanto a los títulos ejecutivos jurisdiccionales como a los no jurisdiccionales. Si el dato que determina la compatibilidad de estas técnicas con el art. 117.3 CE es el contenido de los actos, la clase de título que se ejecuta no repercute en el tema que nos ocupa. Es por ello que, pese a la dicción literal del art. 117.3 («juzgar y ejecutar lo juzgado») <sup>27</sup> la ejecución de títulos no jurisdiccionales no queda fuera del ámbito de vigencia de la exclusividad. En consecuencia no cabe alegar que con el PNRH no se pretende ejecutar lo juzgado para salvar su constitucionalidad.

A nuestro juicio lo dicho hasta el momento todavía no permite sostener la inconstitucionalidad de los medios alternativos a la vía judicial de ejecución. Para ello sería preciso, además, que dichos medios consiguieran sus fines mediante la puesta en práctica de actos de coerción. Lo cual nos lleva a preguntarnos si cabe realizar lo debido ante la pasividad o resistencia del obligado<sup>28</sup> sin realizar actos de este tipo. Sólo en el caso de que la conclusión sea negativa nos veremos obligados a reconocer la incompatibilidad de estas técnicas con el principio de exclusividad.

Para dar respuesta a este interrogante necesitamos retomar la

26. «Es muy dudoso que quien pacta y acepta libremente una disposición en orden a la venta de un bien privado, sobre el que constituye un gravamen particular, penetre en normas imperativas de derecho público» GÓMEZ DE LIANO, Fernando; «Notas sobre la inconstitucionalidad del Procedimiento ejecutivo extrajudicial del art. 129.2 de la Ley Hipotecaria» ..., *cit.*

27. Esta conclusión nos lleva a abandonar el argumento según el cual el principio de exclusividad se refiere únicamente a la ejecución de lo juzgado, por lo que la cuestión que nos ocupa (la ejecución hipotecaria) quedaría fuera de su ámbito de vigencia por tratarse de la realización de un título no jurisdiccional.

28. Si se precisara la contribución directa del obligado nos encontraríamos ante un supuesto de cumplimiento voluntario y no de ejecución.

distinción apuntada anteriormente entre actos de coerción jurídica y actos de coerción física.

Los efectos que durante una ejecución judicial se obtienen mediante actos de coerción jurídica son los más aptos para ser realizados a través de modalidades de actuación alternativas. Mediante estos actos se crean, modifican o extinguen vínculos jurídicos. Lo cual hace que las maneras de conseguir esos efectos través de un medio alternativo sean, bien generar directamente esa vinculación al pactar la posibilidad de acudir a él, bien constituir en ese mismo momento los mecanismos que permitan generarla durante la tramitación de la modalidad alternativa aunque el obligado no se avenga a colaborar. Esto último se consigue haciendo que el obligado otorgue el poder preciso para realizar esos actos a terceras personas. De este modo lo realizado puede atribuírsele jurídicamente aún cuando no intervenga personalmente<sup>29</sup>.

En conclusión los efectos que resultan de actos de coerción jurídica podrían, llegado el caso, conseguirse a través de una modalidad alternativa sin que ello conllevara el ejercicio de coerción.

Por lo que se refiere a la posibilidad de obtener a través de un medio alternativo los efectos que en la vía judicial se consiguen con el desarrollo de actos de coerción física, nos resulta más difícil dar respuesta afirmativa. El hecho de que estos actos consistan precisamente en la realización material del resultado perseguido lo impide. Así, por ejemplo, el desahucio del ejecutado, cuando este se oponga al mismo, no podrá conseguirse por vías distintas a la realización material del lanzamiento. Por ello, consideramos que a través de una

29. Una de las consecuencias que se desprenden de lo dicho hasta el momento es que los medios alternativos a la vía judicial de ejecución tan sólo serán aptos para sustituir procesos cuyo desarrollo sea completamente previsible en el momento de contemplar la posibilidad de acudir a ellos. Puesto que es en este momento en el que se debe prever la manera en que se generará esa vinculación llegada la necesidad de tener que acudir a esta modalidad. Deberá saberse en ese momento los bienes concretos que quedan afectados al cumplimiento de la deuda y la persona que actuará por el deudor si llegado el caso éste no interviniera o se opusiera a la ejecución. Una ejecución cuya evolución sea abierta impide la generación anticipada de estos vínculos pudiendo frustrar la vía alternativa. Es éste quizá el motivo por el que en nuestro sistema las modalidades alternativas a la vía judicial de ejecución consisten únicamente en la realización a metálico de bienes concretos dados en garantía del cumplimiento de una deuda.

técnica alternativa es inviable obtener efectos que en el seno de una ejecución judicial resultarían de actos de esta clase.

No obstante, la necesidad puntual de realizar actos con este contenido en el curso de una modalidad alternativa no constituye un obstáculo insalvable. En primer lugar, cabe la remota posibilidad de que el obligado colabore voluntariamente a la consecución del efecto. Y, en segundo lugar, cabe prever alguna técnica de auxilio judicial en la que, una vez surgida la necesidad, se inste la actuación de los tribunales para la consecución de ese resultado.

De lo espuesto hasta el momento resulta que al menos en teoría existe la posibilidad de obtener resultados equivalentes a la tutela judicial ejecutiva a través de unos medios alternativos sin que los sujetos que intervienen en ellos tengan que protagonizar actos de coerción. Lo cual nos permite afirmar que las exigencias del principio de exclusividad no impiden a priori la subsistencia en nuestro ordenamiento jurídico de medios alternativos a la ejecución judicial. Sin embargo la compatibilidad de cada una de las modalidades existentes con el citado principio tampoco puede pregonarse si más, sino que requiere un estudio detallado de su regulación positiva.

### III. PNRH COMO VÍA ALTERNATIVA A LA REALIZACIÓN JUDICIAL DEL BIEN HIPOTECADO

#### III.1. *Breve descripción de la figura*

El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria es un medio alternativo a la realización judicial de la hipoteca. La Ley Hipotecaria pone a disposición del acreedor tres vías procesales distintas para conseguir este objetivo: el juicio ejecutivo (126 LH), el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria —de ahora en adelante PJEH— (arts. 130, 131 y 132 LH) y, si se ha pactado expresamente, el proceso notarial de realización hipotecaria (art. 129 LH y 235 y 236 RH). En relación con el bien hipotecado el objeto de estas tres técnicas es el mismo: proceder a su venta para con el precio obtenido pagar el crédito garantizado. Sin embargo, no es indiferente elegir una u otra modalidad, puesto que, junto a las peculiaridades

des de su regulación positiva<sup>30</sup>, cada una de ellas ofrece las ventajas y las limitaciones del medio en que deben ser tramitadas.

La principal ventaja del PNRH es que se tramita en una notaría. Lo cual sitúa el asunto en un ámbito de gestión menos rígido y saturado que los tribunales ordinarios, permitiendo pronosticar una mayor agilidad en la tramitación<sup>31</sup>.

Por contra, los límites de esta modalidad son debidos precisamente a que se tramita en una notaría y no en un juzgado. Lo cual provoca que los presupuestos para poder acudir a ella, los medios con los que cuenta el notario y el contenido posible del procedimiento sean distintos de los de la vía judicial de realización de la hipoteca.

En lo relativo a los presupuestos del PNRH, debemos tener en cuenta que para acudir a ella es preciso que se haya pactado entre las partes esta posibilidad<sup>32</sup>. Este acuerdo da al acreedor la posibilidad de acudir al procedimiento notarial, pero no le obliga a hacerlo, ni le impide acudir a la vía judicial<sup>33</sup>.

Suscribiendo esta cláusula no se inviste al notario de ninguna atribución pseudo-judicial. Para la tramitación de este procedimiento el notario cuenta únicamente con las facultades propias de la función notarial<sup>34</sup>. Por lo cual al notario no le está permitido hacer exactamente lo mismo que le está permitido al juzgador en el proce-

30. Sobre este particular ver GARCÍA GARCÍA, José Manuel; *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, Madrid, 1994, Ed. Cívitas, págs. 369 a 373.

31. «6 meses frente a los 14 del judicial» GIMENO SENDRA, Vicente; «Observaciones al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el Derecho Procesal Europeo»..., *cit.*

32. Sobre la posibilidad de que este pacto entre contradicción con la defensa de los Derechos de los consumidores y usuarios vid.: MEZQUITA DEL CACHO, José Luis; «Control notarial de la subasta hipotecaria»..., *cit.*, págs. 27 a 30.

33. Una de las lagunas de su régimen jurídico es precisamente que no se ha regulado la solución de la posible concurrencia de la actividad judicial y la notarial en la realización de la misma hipoteca. De todas formas si de la certificación registral correspondiente resultara que existe un una de las dos modalidades tramitándose el destinatario de la misma debería abstenerse de continuar conociendo del procedimiento.

34. «La realización notarial de la garantía hipotecaria se asienta, como hemos visto, en la reducción de la ejecución a un mero control, evitando cualquier problema que suscite contienda o exija coactividad, y en la certeza de la fe pública notarial y la publicidad registral» MAGARIÑOS BLANCO, Victorio; *op. cit.*, pág. 1282.

dimiento judicial. Por este motivo aunque el PNRH sirve para obtener el mismo resultado que el Procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, su contenido no puede ser el mismo.

Todas aquellas actuaciones que en el PJEH son llevadas a cabo en méritos de la función jurisdiccional no podrán realizarse por el notario en el PNRH.

Ello hace que esta vía alternativa no sea apta para plantear y resolver las causas de oposición que según el art. 132 de la LH pueden plantearse ante el órgano judicial que conoce del procedimiento. Si el notario pretendiera conocer de alguna de estas cuestiones estaría desarrollando una función pseudo arbitral para la cual no ha sido habilitado.

No obstante, el Reglamento Hipotecario no deja indefenso al deudor que necesita alegar alguna de las circunstancias previstas en el art. 132 LH para el procedimiento judicial. Y por ello articula mecanismos para que no se produzca indefensión.

El primero que utiliza es el de dar al PNRH un ámbito de vigencia más reducido que al PJEH. Así, no podrán realizarse a través de esta vía alternativa la hipotecas suscritas en garantía de obligaciones cuya cantidad no quede inicialmente determinada (art. 235.1 RH)<sup>35</sup>. Con ello se evita que pueda surgir la necesidad de plantear durante la tramitación del procedimiento el incidente de oposición previsto en el número 4 del art. 132, ya que este tipo de créditos es de los puede dar lugar al planteamiento de ese incidente.

La segunda técnica utilizada por el Reglamento Hipotecario para tutelar la posición del deudor en el PNRH es la de establecer mecanismos que permiten suspenderlo cuando se dan situaciones análogas a las que en el PJEH producen el mismo efecto. Así se prevé que no se continuará con la tramitación del procedimiento si se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura de cancelación de la hipoteca que se está realizando (art. 236-ñ y 236-h RH) o si tiene constancia de la pendencia de un procedimiento penal por falsedad de la hipoteca. Estas causas de suspensión del PNRH coin-

35. Para determinar el alcance de esta exclusión ver: «MAGARIÑOS BLANCO, Victorio; *op. cit.*, págs. 1282 a 1286. ROCA SASTRE, Ramón M.<sup>a</sup> y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Lluís; *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, págs. 330, 348, 386, 422, 470.

ciden con los números 1 y 3 del art. 132 LH. Con lo que caso de tener lugar se producirán los mismos efectos que cuando estas circunstancias son alegadas en el proceso judicial.

A la vista del art. 236-ñ del RH la única reclamación del deudor prevista en el art. 132 LH y que en la enajenación notarial tiene prevista la suspensión del procedimiento es la del núm. 2.º (la tercera de dominio). Esta pretensión por su naturaleza no puede ser formulada en sede notarial. Lo cual provoca que deba plantearse a través del juicio declarativo ordinario que corresponda sin que su sola pendencia suspenda, en principio, la continuación del procedimiento.

Para valorar adecuadamente el alcance de esta previsión debemos tener en cuenta la reducida probabilidad de que se plantee con visos de prosperar una reclamación que cumpla los requisitos del núm. 2 del art. 132 LH. Los autores que han estudiado el supuesto han puesto de relieve el carácter excepcional de la hipótesis contemplada en este párrafo. Tan solo un error o circunstancias muy excepcionales podrían dar lugar a su alegación justificada<sup>36</sup>. Ello explicaría que esta causa de oposición no tuviera no estuviera contemplada en el Reglamento Hipotecario como motivo de suspensión automática del PNRH. De todas formas ello no impediría, que presentada una demanda judicial con el contenido de una tercera de dominio se instara y concediera, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos, una medida cautelar de suspensión con base en el art. 1.428 LEC.

Planteadas una de estas reclamaciones ante el notario, especialmente la del núm. 2 del art. 132 LH, éste lo más que podría hacer es intentar mediar, pero sin suspender el procedimiento e indicando que la vía correcta para tramitar la demanda es la judicial.

Finalmente otra de las diferencias del PNRH con el PJEH que encuentra su razón de ser en las especiales características de esta modalidad alternativa, es la imposibilidad del notario de proceder a la entrega del sobrante a los titulares de asientos posteriores a los de la hipoteca realizada (art. 236-K.2 RH). En la medida en que esta modalidad alternativa ha sido pactada únicamente por acreedor y deudor hipotecarios, y que el notario carece de facultades jurisdic-

36. Sobre este particular ver GARCÍA GARCÍA, José Manuel; *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria...* cit., págs. 340 a 343.

cionales, la notaria no es el lugar adecuado para que terceras personas planten cuestiones sobre el destino que debe darse a esas cantidades. Por ello el notario deberá consignar estas cantidades en el establecimiento público oportuno, en lugar de proceder a su entrega a los titulares de cargas posteriores.

Hay otros aspectos del Procedimiento Notarial de Realización Hipotecaria, en los que también se pone de manifiesto el carácter estrictamente notarial de esta modalidad alternativa, que, a nuestro entender, tienen que ver con la exclusividad de la potestad de ejecutar. Por ello serán analizados en el próximo apartado.

En definitiva, el Procedimiento Notarial de Realización Hipotecaria es una modalidad de realización del bien hipotecado, en la que el notario tan sólo ejerce facultades notariales. Por tanto, pese a tener la misma finalidad que el PJEH su contenido no puede ser el mismo. De todas formas la atribución al notario de la tramitación de esta modalidad alternativa no es casual. A través de ella se intenta garantizar que por medio del PNRH no se burla la prohibición de pacto comisorio.

### III.2. *El PNRH como vía alternativa a la realización judicial del bien hipotecado desde la perspectiva del principio de exclusividad*

En este apartado analizaremos en concreto la compatibilidad del PNRH con el principio de exclusividad de la jurisdicción. Para ello nuestra investigación ha de orientarse a determinar si durante la tramitación de esta modalidad alternativa se pone en práctica alguna técnica de coerción. Lo cual nos lleva a estudiar la manera como se consiguen en el PNRH los efectos que en un procedimiento judicial se obtienen mediante actos de tal naturaleza.

Para ello en primer lugar, individualizaremos los actos que conllevan ejercicio de coerción en una ejecución judicial consistente en la enajenación de un bien y posteriormente analizaremos cómo se llevan a cabo estas actuaciones en el seno de esta modalidad alternativa.

El proceso notarial de realización hipotecaria consiste en la realización a metálico de un bien inmueble dado en garantía. Los actos

que durante una actuación de este tipo comportan el ejercicio de coerción física o jurídica son: el embargo y la traba del bien, la adjudicación del bien y la puesta en posesión del adquirente sobre el bien enajenado. También puede tener cierta repercusión en este sentido la resolución que liquida o cancela las cargas o gravámenes posteriores, y, en su caso, la entrega del sobrante a los titulares de cargas posteriores.

Ahora nos corresponde analizar la manera en que cada una de estas actuaciones se lleva a cabo en el PNRH.

El embargo y la traba del bien en todos los procesos de realización hipotecaria tiene lugar en el momento de constitución de la hipoteca. La doctrina<sup>37</sup> ha indicado que la hipoteca, desde la óptica procesal, es un embargo convencional. Es por ello que, tanto en el proceso judicial, como en el notarial es el propio deudor quien al constituir esta garantía afecta el bien al cumplimiento de la obligación. Además, al tratarse de un bien inmueble inscrito, la efectividad de la traba se consigue con el acceso al registro de la hipoteca. Lo cual hace que no sea necesario ningún acto para aprehender el bien como sucedería si fuera mueble<sup>38</sup>. En consecuencia podemos concluir, que en este aspecto el PNRH es respetuoso con las exigencias del principio de exclusividad.

En la subasta no se lleva a cabo ningún acto coercitivo. Esta actuación es una técnica para determinar el precio de la venta y para seleccionar al adjudicatario entre los posibles postores. No se produce por tanto durante su desarrollo ningún tipo de acto de coerción.

El momento en que ésta se ejerce es precisamente cuando tiene lugar la adjudicación del bien ya que en ella se perfecciona la transmisión del bien sin el asentimiento del ejecutado. En el PJEH y en

37. FENECH NAVARRO, Miguel: *Recepción de la hipoteca en el derecho procesal*. Discurso de apertura del curso 1952-1953, Madrid, 1952, Instituto Español de Derecho Procesal.

38. El art. 16 2.c.) de la nueva Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 13 de julio de 1998 prevé para supuestos en que el contrato haya sido inscrito en el Registro de Venta a Plazos de Bienes muebles, la posibilidad de acudir a una vía alternativa para proceder a la venta del bien. Durante su tramitación es un requisito esencial de la vía alternativa que el deudor entregue voluntariamente el bien al acreedor al objeto que pueda proceder a su enajenación. Si no lo hace la venta Notarial no podrá tener lugar.

cualquier otra vía de apremio tramitada ante los Tribunales de justicia este efecto se consigue mediante la emisión del auto de adjudicación. En cambio, en el PNRH la adjudicación no la realiza el notario como si de una ejecución judicial se tratara, sino que debe llevarse a cabo mediante el otorgamiento de una escritura de venta en la que el notario realiza únicamente funciones de fedatario público. Para poder proceder a realizar este acto, en el caso de que el ejecutado se niegue a otorgar el documento de venta, el PNRH tiene prevista una solución alternativa. El art. 234.1.3.º del Reglamento Hipotecario establece que al pactar la posibilidad de acudir al PNRH el deudor hipotecario otorgará poder a favor de un tercero o del propio acreedor para que intervenga en su nombre llegado el momento<sup>39</sup> (art. 236-1 RH). De este modo se garantiza que llegado el caso la escritura de venta se otorga contando al menos, con la participación jurídica del ejecutado. La falta de un poder como el indicado frustraría el PNRH a menos que el deudor consintiera en otorgar la escritura personalmente. Por tanto el PNRH encuentra una solución a la necesidad de otorgar la escritura de venta a través de mecanismos propios del ordenamiento jurídico privado sin que para ello deba recurrir al ejercicio de la coerción. Por lo que también en este aspecto el PNRH cumple las exigencias del principio de exclusividad<sup>40</sup>.

Uno de los posibles resultados de del proceso judicial de ejecución hipotecaria es que el acreedor ejecutante solicite la administración o posesión interina de la finca (art. 131, 6 LH). En el PNRH esta posibilidad en la medida en que puede escapar al poder de representación otorgando por el deudor en el momento de pactar la posibilidad de acudir al PNRH y en la medida que va más allá de las facultades de intervención del notario durante su tramitación (especialmente en lo relativo a la aprobación de las cuentas) no puede hacerse efectiva en esta técnica alternativa<sup>41</sup>.

39. Sobre la naturaleza jurídica de esta figura ver: ROCA SASTRE, Ramón M.; *Derecho Hipotecario*, Barcelona, Bosch, Sexta edición. Tomo IV, 2.º, págs. 1006 a 1008. MAGARIÑOS BLANCO, Victorio; «El procedimiento notarial de realización de la hipoteca»..., *cit.*, págs. 1278 a 1282.

40. «Lo que sucede es que la realización de la hipoteca bajo control notarial ha de eludir todos aquellos obstáculos que exijan intervención judicial porque necesita imposición coactiva» MAGARIÑOS BLANCO, Victorio; *op. cit.*, pág. 1280.

41. En el mismo sentido: MAGARIÑOS BLANCO, Victorio; *op. cit.*, pág. 1291.

Tras la adjudicación, debe procederse a la puesta en posesión del adjudicatario sobre el bien. Si el ejecutado se opone, la consecución de este efecto debe realizarse mediante actos de coerción física. Si esta actuación la realizara el notario se infringiría el principio de exclusividad<sup>42</sup>. Es por ello que el reglamento Hipotecario establece la facultad del adquirente de instar la puesta en posesión ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se halla sita la finca (art. 236-m). De este modo el PNRH salva la necesidad de realizar actos que por su contenido le están vetados, con una técnica de auxilio judicial.

La cancelación de las cargas y gravámenes posteriores es un efecto jurídico automático propio de la dinámica del Registro de la Propiedad. El notario no realiza ningún tipo de sustitución del ejecutado tan sólo plasma el efecto jurídico producido tras la realización de la garantía hipotecaria. Es por ello que consideramos que en esta actuación de mera constancia, ni el notario, ni el juzgador realizan actos de coerción física o jurídica.

En definitiva, atendiendo a todo lo expuesto cabe sostener el PNRH cumple con las exigencias del principio constitucional de exclusividad de la potestad de ejecutar<sup>43</sup>.

## CONCLUSIONES

1. La exclusividad de la función de ejecutar, impide que cualquier modalidad alternativa a la vía judicial de ejecución pueda conllevar el ejercicio de actos de coerción ya física ya jurídica para conseguir los fines del procedimiento. Esta posibilidad queda reservada a los tribunales porque sólo ellos tienen encomendado el ejercicio de la soberanía para conseguir esta finalidad. En un Estado de Derecho sólo este título habilita para realizar actos con este contenido.

2. Las exigencias de la exclusividad de la función de ejecutar

42. En el mismo sentido: MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, *ibídem*.

43. «La realización hipotecaria se desarrolla, pues, íntegramente desde una actuación que encaja plenamente dentro de la función notarial, al soslayar al legislador cualquier actuación que suponga, o bien contradicción y oposición, o bien coactividad...», MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, *op. cit.*, pág. 1267.

se extienden a todas las modalidades de ejecución independientemente de la clase de título ejecutivo que se pretende hacer efectivo a través de ella.

3. Los efectos obtenidos mediante la realización de actos de coerción jurídica son más aptos para ser realizados a través de un medio alternativo que los que se consiguen mediante actos de coerción física. No obstante las finalidades o efectos buscados por estos últimos podrían conseguirse por medio de técnicas de auxilio judicial.

4. Mediante la puesta en práctica del procedimiento notarial de realización hipotecaria cabe conseguir la realización de lo debido sin contar con la colaboración del ejecutado, a través de mecanismos distintos del ejercicio de la coerción. Por ello esta es una modalidad alternativa a la vía judicial de ejecución plenamente compatible con las exigencias constitucionales de exclusividad de la potestad de ejecutar.

## LA LEY DEL JURADO Y EL MODELO ACUSATORIO

JAIME SUAU MOREY  
Doctor en Derecho  
Abogado de los Ilustres Colegios  
de Baleares y Madrid

### SUMARIO:

I. Sistemas procesales penales y Evolución. — a) Etapa primitiva de la venganza privada y de composición. — b) Sistema acusatorio histórico. — c) Sistema inquisitivo. — d) Sistema acusatorio mixto o formal. — II. Aproximación al modelo acusatorio en España. La Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. — III. Referencia al arraigo del modelo acusatorio en algunos países continentales. — a) Italia. — b) Portugal. — c) Alemania. — d) Francia. — IV. Alcance de la Proyección del Modelo Acusatorio en la Ley del Jurado. — a) Ideas Generales. — b) La fase de investigación e intermedia. — c) Las cuestiones previas y el auto de hechos justiciables. — d) Fijación del objeto del veredicto. — e) La delimitación del objeto del proceso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley del Jurado. — f) Reacción de las partes frente a las inconcreciones del objeto de enjuiciamiento. Reflexiones finales.

## I. SISTEMAS PROCESALES PENALES. EVOLUCIÓN

No puede ocultarse que en las recientes reformas de nuestro proceso penal —la mayoría de ellas, parches colocados con el propósito de acometer una definitiva actualización de nuestro proceso penal—, surge de manera constante el decidido ánimo de implantar (o cuando menos potenciar) un modelo acusatorio en nuestro enjuiciamiento criminal.

La pauta iniciada en la Ley 7/88 reguladora del Procedimiento Abreviado, la nueva regulación de la conformidad que introduce, junto a la potenciación de la labor del Ministerio Fiscal en la fase de investigación, la reforma de las normas que regulan el procedimiento para acordar la prisión provisional<sup>1</sup> y la Ley del Jurado, en cuya Exposición de Motivos se proclama abiertamente, constituyen expresiones legislativas harto elocuentes.

De cualquier forma, justo es destacar que con anterioridad a las aludidas reformas legislativas, el Tribunal Constitucional había remarcado insistentemente esta exigencia.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, tenía declarado que de las garantías del proceso debido, que reconocemos como derecho fundamental del artículo 24.2 de la Constitución Española, forma parte la del Juez imparcial, la cual constituye no sólo una de las notas esenciales del Principio Acusatorio, que encuentra su protección constitucional en el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también y al propio tiempo, es un derecho fundamental, implícito en el derecho al Juez legal, proclamado en el mismo n.º 2 del artículo 24 de la Constitución<sup>2</sup>.

1. Con la exigencia de que exista petición de parte para que el Juez pueda acordarla, previa comparecencia «ad hoc» a la que deberán acudir Ministerio Fiscal y partes (Disposición Final 5.ª en la que se incorpora un nuevo artículo 504 bis 2).

2. Ver sentencias de 28 de septiembre de 1987 (Sentencia n.º 148/87, BOE de 20 de octubre, al igual que la sentencia n.º 113/87, 49/85). Según auto de TC 29 septiembre 1998 (Sala 1.ª, Sección 2.ª), R.A. n.º 2.685/95, R-202 «El principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el artículo 24 de la C.E.». En el mismo sentido, TC sent. n.º 225/1997 (R-TC 1997, 225; 43/1997 (R TC 1997, 43)). «El principio acusatorio constituye otra de las garantías esenciales del proceso penal que la doctrina del TC ha elevado a derecho fundamental, implícito en el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la C.E.». GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, Colex, 1997, pág. 83 (con MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ).

Recogiendo el interés del Tribunal Constitucional y del legislador por la implantación en nuestro ordenamiento jurídico del modelo acusatorio, no nos proponemos en el presente trabajo entrar en la polémica de lo que debe entenderse exactamente por principio acusatorio por cuanto constituiría en primer lugar una pretensión que excedería de los límites de nuestro estudio, en segundo lugar porque justificaría un estudio específico y particularizado y en tercer lugar porque ha habido ya numerosos y acertadísimos estudios sobre el particular<sup>3</sup>.

Sí nos parece útil recordar las confusiones padecidas por el legislador cuando nos dice que consideró justo rodear al procesado de garantías en el mismo Sumario, para lo cual le permitió actuaciones como la de solicitar la práctica de diligencias, interponer recursos, pedir que se le comunique la causa para conocer su contenido, etc.

Como expuso ya VÁZQUEZ SOTELO<sup>4</sup> «el error del legislador es patente: lo que en realidad llevó al Sumario fueron los principios de publicidad y contradicción, sin duda propios de la forma acusatoria, pero que no se confunden con el principio acusatorio correctamente entendido». La distinción es importante, entre otras muchas razones, porque los principios dan forma a los sistemas, no en vano serán continuas las referencias doctrinales al sistema acusatorio formal o mixto.

3. Además de los que se irán citando a lo largo del trabajo, ARMENTA DEU, *Principio acusatorio y derecho penal*, J. M. Bosch, Barcelona 1995. Misma autora *Principio Acusatorio Realidad y Utilización (lo que es y lo que no)*, *Revista de Derecho Procesal*, 1996, n.º 2, págs. 265-291. RUIZ VADILLO, *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994. MARTÍNEZ ARRIETA, *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Comares, Granada 1994. DÍAZ CABIALE, *Principios de aportación de parte y acusatorio*, Comares, Granada 1996. ASENSIO MELLADO, *Principio Acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid 1991. MONTERO AROCA, *La garantía procesal penal y el Principio Acusatorio* en Ensayos de Derecho Procesal, Barcelona, Bosch, 1996, págs. 581-600. LEONARDO FRANK, *Sistema acusatorio criminal y juicio oral*, L.E.A., Buenos Aires 1986. ROIG BUSTOS, UIB, n.º 16, 1988. DE LA OLIVA SANTOS en *Derecho Procesal Penal*. Los denominados principio acusatorio y sistema acusatorio. Centro de estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1995, págs. 41-44.

4. VÁZQUEZ SOTELO, *El Principio Acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, *Revista Jurídica de Cataluña* n.º 2, 1984, pág. ¿?. ARMENTA DEU, *Principio Acusatorio y Derecho Penal*, Bosch 1995. Ver págs. 34-64 sobre los elementos esenciales del sistema acusatorio.

Pese a lo expuesto, conveniente será recordar algunas notas configuradoras de la evolución histórica del proceso penal, íntimamente relacionadas con la propia evolución y consideración del delito y de la organización estatal.

a) *Etapa primitiva de la venganza privada y de la composición*

Cuando en los primeros tiempos de la civilización, no era posible distinguir todavía el ilícito penal del civil, el delito fue construido desde unas bases esencialmente privadas, siendo escasa la sensibilidad social. Como destacan numerosos autores<sup>5</sup>, los delitos privados eran, pues, la mayoría y el proceso penal era concebido, al igual que el civil, como un proceso de partes.

El lugar de la pena era ocupado por la composición. Como destaca VÁZQUEZ SOTELO, contenido de la composición era un derecho subjetivo atribuido al particular ofendido o a su grupo, para el castigo del culpable<sup>6</sup>.

b) *Sistema acusatorio histórico*

Poco a poco van apareciendo unos delitos públicos; y el derecho penal comienza a separarse del civil. Como expone GÓMEZ ORBANEJA<sup>7</sup>, «Junto a la acción privada de la víctima, se reconoce a todo miembro del grupo el poder de ejercitar la acción en nombre de la colectividad».

Como expone VÁZQUEZ SOTELO<sup>8</sup>, el proceso penal comenzó

5. Entre ellos, GIMENO SENDRA, en *Derecho Procesal Penal*, con CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, Colex, Madrid 1996, págs. 83 y siguientes.

6. VÁZQUEZ SOTELO, *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, ob. cit., pág. 94. Sigue explicando el aludido autor que el acusador hacía valer un derecho subjetivo al castigo equivalente al derecho de crédito que podía reclamar contra su deudor. En esta etapa es imposible distinguir entre pena y resarcimiento, y consiguientemente entre proceso civil y penal.

7. GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, Copyright, I.S.B.N., Madrid 1981, Novena Edición, pág. 114.

8. VÁZQUEZ SOTELO, *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, ob. cit., págs. 94 y 95.

siendo acusatorio. «Tal como se practicó en la república helénica o en la etapa republicana de Roma, arrancaba de un principio fundamental; el Juez no procede de oficio sino que es preciso que el juicio sea reclamado por una persona que sostenga la acusación, de modo que faltando la acusación, no puede haber juicio ni condena. Este principio fundamental se combina con el de los jueces populares y con los de publicidad, oralidad y confrontación entre las partes, con igualdad de posibilidades entre acusador y acusado y prueba de libre apreciación».

c) *Sistema inquisitivo*

Como destaca GIMENO SENDRA<sup>9</sup> «en la medida en que la organización estatal se va consolidando en su devenir hacia el Estado absoluto, los delitos públicos pasan a convertirse en la regla general y previa a la acusación, se instaura la pesquisa, primero en los fueros municipales y después en la legislación del Monarca.

Esta evolución del acusatorio puro al inquisitivo culminará con el Estado Absoluto, en el que este segundo principio desplazará totalmente al primero».

En este orden de ideas, tal como expone VÁZQUEZ SOTELO<sup>10</sup>, «el sistema se enfrenta así, ya en su misma raíz, con el principio acusatorio, de cuyo sistema se distancia todavía más por los demás principios informadores: Jueces técnicos y profesionales frente a Jueces populares; acusación encomendada a un órgano técnico y oficial frente a la acusación popular o cívica; escritura y secreto del procedimiento frente a oralidad y publicidad; iniciativa probatoria del Juez frente a su neutralidad y valor legal atribuido de antemano a las pruebas frente a la valoración libre de éstas por el Juez».

En el sentido evolutivo expuesto, si en un principio este sistema inquisitivo se introdujo con carácter excepcional, posteriormente

9. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal* con MONTERO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Colex, 2.ª edición 1997, pág. 84.

10. *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, ob. cit., pág. 94.

se normalizó, quedando establecido como una de las tres vías de incoación del proceso, *per accusatio*, *per denuntiatio*, *per inquisitio*<sup>11</sup>.

d) *Sistema acusatorio mixto o formal*

Con el advenimiento de la Revolución Francesa y al instauración del proceso penal moderno, el principio inquisitivo quedará reducido a la fase instructora. El nuevo sistema, implantado y aceptado en Europa por el Código Francés de 1808, se reconoce con el nombre de sistema mixto, o más propiamente, como sistema de acusación formal<sup>12</sup>.

El nuevo sistema consiste en una versión peculiar francesa del puro proceso acusatorio de partes que como dijimos, Inglaterra había logrado conservar.

Como se verá después, a efectos de nuestro estudio es muy interesante fijarnos en la exposición evolutiva que realiza GÓMEZ ORBANEJA<sup>13</sup> «Los ingleses habían guardado y desarrollado la institución del Jurado. En Francia, desde finales de la Edad Media, el *procureur du roi* era, como órgano de la acusación oficial, una pieza fundamental del sistema inquisitivo. La legislación revolucionaria —a partir de 1791— establece el Tribunal del Jurado, con juicio oral y público, y sustituye el principio de la prueba legal (con sus complementos, la pena de sospecha y la absolución de la instancia), por el principio de libre valoración de la prueba. El sistema recibe su forma definitiva en el Code de 1808, que, conservando el Ministerio Fiscal, regula detalladamente su función y consagra el sistema del monopolio de la acusación oficial».

11. A la referida evolución fue no obstante ajena Inglaterra, y a ella fueron a inspirarse los filósofos y teóricos de la Revolución Francesa. Como expone VÁZQUEZ SOTELO en *El principio Acusatorio y su reflejo en el Proceso Penal Español*, ob. cit., pág. 98, bajo la poderosa influencia del Siglo de las Luces, del culto al individuo y a las libertades, el Código de Instrucción Criminal Francés de 1808, establece y generaliza en toda Europa un sistema procesal inspirado a la vez en los sistemas acusatorio e inquisitivo, resultando el nuevo sistema, de la combinación de ambos.

12. LEONE, *Tratado de Derecho Procesal*, I, Buenos Aires, 1963, pág. 27.

13. GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pág. 117.

El derecho recibido puede calificarse —como estudia el aludido autor—, de anglofrancés, pues tanto en el terreno político como en el constitucional, las instituciones de Inglaterra y Francia, sirvieron de modelo.

Abundando en esta trayectoria evolutiva, puede decirse que en el sistema acusatorio formal, como en la forma inquisitiva, la investigación y persecución de los delitos representa una función pública que el poder organizado no abandona a la iniciativa de los particulares; pero «al mismo tiempo como en el proceso acusatorio, no es una función del Estado. El Estado, en cuanto juzga, no investiga y persigue, porque se convertiría en parte; pero el Estado no se desinteresa de la función de acusar, y adscribe a ella otro órgano suyo, independiente del judicial»<sup>14</sup>.

A la filosofía de este sistema de acusación formal, se le ha calificado por GOLDSCHMIDT<sup>15</sup>, «como la representación de una construcción artificial, en el sentido de que esta forma acusatoria está encubriendo en realidad un fondo distinto, por medio de un tipo procesal que haga compatibles los principios de autoridad y de libertad, como corresponde a las exigencias del momento histórico en que se implantó».

## II) APROXIMACIÓN AL MODELO ACUSATORIO EN ESPAÑA. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

En nuestra nación, quiso ALONSO MARTÍNEZ resolver los graves males que aquejaban a nuestro enjuiciamiento penal, aludiendo en su

14. Más el monopolio de la acción penal, no lo tendrá en exclusiva este órgano del Estado, como se deduce de la exposición de GÓMEZ ORBANEJA en *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pág. 118. Algunos países como Inglaterra y España, conocen la acción popular. Otros países, como Austria y Portugal instauran la acción penal adhesiva del ofendido. En España tradicionalmente se configuran las acusaciones particular y privada. «El juicio oral, cuyo conocimiento se encomienda a un órgano colegiado y distinto al del Juez de Instrucción, volverá a ser un proceso de partes, al estar informado por el principio acusatorio». (GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, Colex 1997, pág. 84).

15. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona 1935, ob. cit., págs. 1 y siguientes y págs. 67 y siguientes.

luminosa Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, a la necesidad de implantar un nuevo sistema liberal caracterizado por: a) la separación entre instrucción y juicio, b) un juicio oral y público, c) libre valoración para apreciar las pruebas que en él se practiquen<sup>16</sup>, d) finalmente, —siendo lo que más interesa a efectos de nuestro estudio— respecto del principio fundamental al que el legislador se remite una y otra vez llamándole «principio acusatorio» y que, según se dice, quiso llevar en cierta medida al sumario.

Por tanto, como muy bien ha significado GÓMEZ ORBANEJA<sup>17</sup>, «hay que saber previamente lo que sea ese ente majestuoso que invoca tan omnipresente como incierto de contornos, conocido bajo el nombre de principio acusatorio». Por descontado, lo que interesa averiguar no es la idea que tuviese de él el autor de la Ley, sino el alcance de los preceptos en que se articula.

En otros términos: interesa saber, no lo que haya querido o creído hacerse, sino lo que efectivamente se hizo.

Como ya dijimos, VÁZQUEZ SOTELO<sup>18</sup>, al tratar de la forma acusatoria y principio acusatorio, aludió a las confusiones padecidas por nuestro legislador y, después de delimitar el principio acusatorio como tendente a mantener la imparcialidad del Juez, sintetizó sus principales exigencias: «a) uno o varios acusadores que reclamen el juicio, b) uno o varios acusados concretos y determinados frente o contra los cuales la actividad jurisdiccional se pida, c) unos hechos

16. Sobre la valoración de la prueba, historia y jurisprudencia, ver VÁZQUEZ SOTELO en *Presunción de Inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984, págs. 456-464. ASECIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, págs. 33 y siguientes. Mismo autor *La prueba. Garantías Constitucionales derivadas del artículo 24.2* en *Poder Judicial*, n.º 4, 1986.

17. GÓMEZ ORBANEJA, *Delito continuado y principio acusatorio*, Revista de Derecho Procesal, 1946, págs. 121-130. Más tarde, en el Prólogo a *La cosa Juzgada penal* de CORTÉS DOMÍNGUEZ, Bolonia, 1975, págs. II y III, manifestaría «lo curioso es que cuando hemos acabado de leer la explicación (como el que lee el argumento de la ópera antes de levantarse el telón) y reconocemos la Ley misma, nos encontramos con que la explicación y lo explicado, en lo fundamental, se parece muy poco o no se parecen en nada».

18. VÁZQUEZ SOTELO, *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, ob. cit., págs. 102 y 103. A continuación de la mencionada delimitación, distingue el controvertido principio acusatorio, de los de publicidad y contradicción, del principio dispositivo, etc.

concretos respecto de los cuales el juicio se pide y dentro de los cuales ha de mantenerse el Tribunal, d) y un Tribunal de juicio distinto del que investigó los hechos».

Posteriormente, si bien ha sido pacífica la tesis de la necesidad de que el Tribunal se circunscriba a los hechos justiciables cuyos límites no puede traspasar, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en algunas resoluciones, ha ido extendiendo la vinculación del Tribunal a las concretas peticiones de las partes, con determinados límites derivados de la homogeneidad delictiva, reconduciendo los concretos supuestos a la imposibilidad de que pueda, en este sentido, causarse indefensión. A partir de aquí, los contornos entre el principio acusatorio y la proscripción de toda indefensión, se yuxtapondrán en determinados supuestos. En este orden de cosas y de ideas, lo determinante será ya el respeto a determinados derechos fundamentales enraizados en nuestra Constitución. El derecho a no sufrir indefensión y el previo derecho a ser informado de la acusación<sup>19</sup>, constituirán, obligada referencia interpretativa de imposible disociación con el principio acusatorio.

En este sentido el Tribunal Constitucional, en reciente auto de 29 de septiembre de 1998 (Repertorio Aranzadi 202/97; Auto dictado en Recurso de Amparo n.º 2.685/1995-M), aunque permite la imposición de la pena dentro de los márgenes correspondientes al tipo penal que resulte de la calificación jurídica de los hechos, recuerda que «el principio acusatorio conlleva, en estrecha relación con el derecho de defensa y por lo que aquí importa, la exigencia de que exista una correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia, por lo que respecta a los hechos considerados punibles que se imputan al acusado y, hasta cierto punto también, a su calificación jurídica, teniendo en cuenta que son las conclusiones definitivas las que determinan los límites de la congruencia penal».

El Tribunal Supremo por su parte, ha estimado recursos interpuestos por vulneración del principio acusatorio extendiendo la vinculación tanto a la descripción del hecho «como a la calificación jurídica que se haya realizado en las calificaciones definitivas, de tal

19. Sobre el derecho a ser informado de la acusación, entre otras, ver STC 83/92, de 28 de mayo de 1992, (BOE 1 de julio de 1992), Tribunal Constitucional de 22 de junio de 1992 (Sentencia n.º 99/1992, BOE 24 de julio de 1992), Rectificadas ambas en el BOE n.º 247 de 14 de octubre, Suplemento.

modo que nunca podrá condenarse más gravemente que lo que legalmente corresponda, ni apreciarse grados de ejecución superiores ni circunstancias agravantes que en las acusaciones no se expresan, ni tampoco condenar por delito distinto (salvo homogeneidad), ni, por supuesto, condenar por un delito o falta por los que no se hubiese formulado acusación»<sup>20</sup>.

Sin embargo la jurisprudencia no se ha movido en este aspecto dentro de unos límites claros, por cuanto en otras sentencias se exige básicamente una vinculación objetiva (el hecho objeto de acusación) y subjetiva (la persona o personas acusadas)<sup>21</sup>. Esta indefinición jurisprudencial, lejos de ser criticable, constituye, considero, un elogiado esfuerzo por conectar determinadas garantías constitucionales con el que podríamos denominar modelo acusatorio.

No es tampoco absolutamente coincidente al respecto, la formulación doctrinal. Algunos autores como GIMENO SENDRA<sup>22</sup> consideran que la vinculación del Tribunal es doble: «de un lado, existe una vinculación cuantitativa a la petición de pena de las partes, entendida ésta no con una visión procesal-civilista (extra o ultra petita) de la congruencia, sino como imposibilidad legal del Tribunal que no ha utilizado el artículo 733, de imponer pena superior a la prevista en la norma penal invocada por las partes acusadoras en sus conclusiones definitivas; y de otro lado, también subsiste una vinculación cualitativa al hecho objeto de las calificaciones y sobre el que ha recaído la actividad probatoria en el juicio».

MARTÍNEZ ARRIETA<sup>23</sup> considera que «el proceso penal ya no

20. En la aludida sentencia (T.S. 22 de septiembre 1998, Ref. 7361/98), se produjo una condena por falta de hurto sin ser objeto de acusación por ella.

21. Tribunal Supremo, entre otras 5 de febrero de 1994 (Ref. 969/94), 16 de octubre de 1993 (Ref. 7534/93). La controvertida cuestión, a efectos de Recursos de Amparo, ha planteado la cuestión acerca de los supuestos en los que con la modificación de *titulus condemnationis*, puede existir una variación del hecho esencial justiciable.

22. GIMENO SENDRA, *Fundamentos de Derecho Procesal*, Civitas, Madrid 1981, pág. 204.

23. MARTÍNEZ ARRIETA, *El principio acusatorio: Teoría General y desarrollo jurisprudencial*, Justicia, 1992, n.º IV, pág. 868. El autor, desarrollará y ampliará su punto de vista en *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Comares, Granada 1994, págs. 24 y ss. Los autores que han tratado del principio acusatorio son muchos y sus aportaciones interesantes todas. Entre ellas, ver los relacionados en pie de página n.º 3.

busca a costa de cualquier medio, la verdad material, sino que las normas que lo regulan están regidas por unos principios inspiradores del proceso que tienden a preservar los derechos del acusado. El ejercicio del *ius puniendi* por el Estado está limitado, en el ejercicio de la acción y en la imposición de la pena, por las exigencias constitucionales que se proclaman básicamente en el artículo 24 de la Constitución».

En punto al mayor ámbito de discrecionalidad judicial respecto a determinados aspectos como en la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, forma de participación, calificaciones jurídicas, etc. figuran otros autores cuya mención no podemos llevar a cabo en los límites de este trabajo; sí puede aludirse al reciente y exhaustivo trabajo de ORTEGA PÉREZ Y PICO I JUNOY<sup>24</sup> quienes apoyan esta discrecionalidad a la vez que potencian la finalidad de preservar la imparcialidad del juez, «objetivo que se logra plenamente si el Tribunal Sentenciador carece de facultades dirigidas a la determinación de los hechos que, con posterioridad, deberá enjuiciar».

Disiente de esta perspectiva de la discrecionalidad VÁZQUEZ SOTELO<sup>25</sup> quien concluye unas reflexiones sobre «*Discrecionalidad y Derecho Procesal*» afirmando que «la libertad jurídica, y dentro de ella la libertad judicial, ni es discrecionalidad o libre albedrío ni entraña en ningún caso desvinculación de los principios superiores del ordenamiento jurídico».

IGARTUA SALAVERRÍA al traar sobre la motivación y el control en el proceso penal, distingue entre la decisión y la justificación de lo que se ha decidido. Pues bien, en puridad, el control democrático no versa sobre el acierto o el error de la decisión, sino sobre las razones que la justifican».

Desde esta óptica constitucional, a los efectos de este trabajo, como al principio anunciábamos no terciaremos en la polémica so-

24. ORTEGA PÉREZ Y PICO I JUNOY, *Ámbito de la discrecionalidad judicial en la determinación de la responsabilidad penal*, Revista Jurídica de Cataluña 1995.3, págs. 27 a 67.

25. VÁZQUEZ SOTELO, *Discrecionalidad y Derecho Procesal*, Justicia 1995, n.º III-IV, pág. 60. Alude el autor previamente a los principios incorporados en el texto de la Constitución.

bre los límites del principio acusatorio<sup>26</sup>, mas si nos referiremos al mismo, en el marco del modelo acusatorio.

lo que no puede negarse, en definitiva, es que la atención y la evolución de ese denominado modelo acusatorio, fue intuida por el mismo ALONSO MARTÍNEZ, que en su Exposición de Motivos pensaba en que «algún día el legislador, echándose en brazos de la lógica» traspasase los límites con los que se configuraba el sistema acusatorio, manifestando «que no niega el infrascripto que insignes escritores mantienen esta tesis con ardor y con fe; pero hasta ahora no puede considerársela más que como un ideal de la ciencia, al cual tiende a acercarse progresivamente la legislación positiva de los pueblos modernos»<sup>27</sup>.

Sea cual fuere el alcance del modelo Acusatorio en nuestro ordenamiento, lo que es indudable es que desde la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no se han apagado las voces que han propugnado su efectiva vigencia.

Y esto es lo que ha ocurrido históricamente. En opinión de LORCA NAVARRETE<sup>28</sup>, «la falta de homogeneidad del modelo funcional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado ha sido, históricamente objeto de muy diverso tratamiento técnico. Se observa que frente a la sofisticación que en etapas pretéritas alcanzó el sistema inquisitivo, surgía el sistema acusatorio como técnicamente imperfecto y extravagante. La historia del procesalismo penal se salda con un intolerable protagonismo aplicativo de los sistemas inquisitivos».

26. Entre otros, véanse SOTO NIETO, *Correlación entre acusación y sentencia*, Montecorvo, Madrid 1979, pág. 213. Sobre el principio acusatorio en general, y por tanto, también en cuanto a sus límites, VERGE GRAU, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Bosch, Barcelona 1994.

27. Citaba en este sentido al Código de Instrucción criminal austriaco: «ha creído el que suscribe que únicamente al Ministerio Fiscal o al acusador particular si lo hubiere, corresponde formular el acta de acusación comprensiva de los puntos sobre los que en adelante deben girar los debates».

FAIRÉN GUILLÉN, ver sus versiones en *Doctrina General del Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch 1991, págs. 49 y ss. *Teoría General del Derecho Procesal*, México, Instituto de Investigación Jurídica, U.N.A.M., 1992, págs. 45 y ss.; GIMENO SENDRA, en obra colectiva (con MORENO CATENA, ALMAGRO NOSETE y CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho Procesal*, Tomo II, Proceso Penal, 3.ª edición, Valencia, Tirant lo Blanc, 1989, págs. 243 y ss.

28. LORCA NAVARRETE, *El Proceso Penal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Dykinson, Madrid 1997, pág. 30.

Manifiesta este autor que se podría afirmar que el sistema acusatorio surge históricamente emparejado no ya con una concepción privada del Derecho penal, sino con unos componentes técnicos de puesta en escena, contradictorios, orales y públicos acordes con su carácter eminentemente popular. De ahí que GÓMEZ ORBANEJA asocie la difusión del sistema acusatorio con la del jurado<sup>29</sup>.

Sin embargo, el desiderátum lanzado por ALONSO MARTÍNEZ cuando aventuraba que «si algún día el legislador se abandonara en brazos de la lógica» para avanzar en la implantación del modelo acusatorio, no recorrió en la práctica el camino trazado programáticamente en tan solemnes declaraciones.

Ya en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1979, se constataba que «si en orden a los principios, hay que anotar en el debe el fracaso del proceso por delitos menores instaurado por la Ley 3/1967 de 8 de abril, en orden a las desviaciones que se advirtieron en la práctica, habría que anotar la conversión de las diligencias previas en auténticos y larguísimos sumarios, los trámites y diligencias innecesarios, la lentitud y falta de garantías para el justiciable; en general, el fracaso del proceso de urgencia por delitos menores instaurado por la Ley 3/1967, al no lograrse el proceso rápido y expeditivo que se propuso el legislador, lográndose por el contrario la atrofia de las más elementales garantías para el justiciable»<sup>30</sup>.

Frente a este estado de cosas —o mejor de despropósitos—, nada arregló el legislador con el nuevo proceso instaurado por la L.O. 10/1980 de 11 de noviembre, que con el declarado propósito de lograr la máxima rapidez posible en el enjuiciamiento de los delitos a los que se refería<sup>31</sup>, trasladó el centro de gravedad de la investigación judicial a la investigación policial<sup>32</sup>.

29. GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pág. 117. Sobre algunos aspectos históricos del Jurado, ver SUAU MOREY, en *La reimplantación del Jurat a Espanya*, en IDEB, febrero-marzo 1995, págs. 181 y siguientes.

30. Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1979, págs. 166 a 176. Se tuvo que recordar también significativamente en la referida Memoria que las diligencias previas solamente son aplicables a los dos procedimientos de urgencia —sumario y preparatorias— y en ningún caso constituyen fase preliminar del Sumario ordinario.

31. La L.O. 10/1980, aparece publicada en el BOE como enjuiciamiento oral

De ahí la importancia que en este proceso tenía el atestado policial, de cuyo contenido y correcta formación dependerá en gran medida la eficacia del proceso. Mas en la práctica, se procuraba agotar la investigación respecto de ciertos extremos, que quedaban, de hecho, definitivamente fijados, sin que después se practicaran los correspondientes medios de prueba ante el Tribunal, en las sesiones del Juicio Oral<sup>33</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad, aunque exista una ruptura con el procedimiento escrito, inquisitivo y secreto, y un compromiso con los principios tuteladores de la libertad, contradicción, publicidad, oralidad e igualdad, continúa existiendo una dualidad de tratamiento que arranca de la fase del proceso (investigación o juicio), en la que nos movamos.

Como ha destacado ALMAGRO NOSETE<sup>34</sup>, «no recae sobre las partes acusadoras, ni siquiera sobre el Ministerio Fiscal, la responsabilidad de hacer acopio del material instructorio de cargo. Se rige la búsqueda del mismo por el principio inquisitivo, pues corresponde al Juez instructor, como director y artífice de la investigación, acordar todas las diligencias que considere convenientes o útiles para la comprobación del delito e identificación de los culpables».

de delitos dolosos, menos graves y flagrantes. Las alusiones de la citada rúbrica «enjuiciamiento oral» y «delitos flagrantes», carecen no obstante de singularidad diferenciadora, ya que los restantes procesos que se regulaban en la Ley de Enjuiciamiento Criminal eran también orales y comprendían también delitos flagrantes. Por ello, tal rúbrica podría reducirse a la de «procesos por delitos dolosos menos graves», diferenciándose de las diligencias preparatorias, que quedaban limitadas a los «delitos culposos menos graves», y de los sumarios ordinarios y de urgencia, referidos a los delitos más graves e intermedios.

32. Según el artículo 3.1 de la referida Ley, «inmediatamente que el Juez tenga conocimiento de la comisión de algún hecho que pueda constituir delito de los que han de ser enjuiciados por el procedimiento regulado en esta Ley, ordenará que por la Policía Judicial se lleven a cabo los actos de investigación que sean pertinentes con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

33. Así lo resumía LLOBEL MUEDRA en conferencia pronunciada el día 14 de enero de 1981 en el Ilustre Colegio de Abogados de Baleares. Comentarios a la L.O. 10/1980, de 11 de noviembre.

34. ALMAGRO NOSETE, *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, I, Trivium, Madrid, 1993, pág. 44. El empeño del legislador de introducir, dentro de ciertos límites el sistema acusatorio en el sumario, tampoco se da, pues la querrela es sólo uno de los medios —y no el más frecuente— de producir la actuación instructora.

Con más precisión, puede hablarse hoy de una potenciación del principio de contradicción y sobre todo del de defensa, en esta fase de investigación. Este movimiento como recuerda GIMENO SENDRA<sup>35</sup>, «surge a partir de la posguerra mundial, como consecuencia de la ratificación por los distintos Estados Europeos de los Convenios Internacionales de Derechos Humanos. El principio acusatorio pues, no sólo se mantendrá dentro del juicio oral, sino que se potenciará el derecho de defensa de la fase instructora».

En cambio, la fase de juicio oral puede hablarse sin paliativos de la vigencia del principio acusatorio. El Tribunal Constitucional, lo ha proclamado sin reservas<sup>36</sup>. De los artículos 644 y 645 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se desprende claramente que ante la inexistencia de parte acusadora, sea cual fuere, no se puede acordar la apertura del juicio.

Pero una vez acordada, según expone ALMAGRO NOSETE<sup>37</sup>, la petición acusadora condiciona la sentencia (que debe resolver sobre todo los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa) y que no puede penar por un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación.

Como exponía al principio del trabajo, la mayor o menor exten-

35. GIMENO SENDRA con ALMAGRO NOSETE, CORTÉS DOMÍNGUEZ, MORENO CATENA en *Derecho Procesal, Tomo II, Proceso Penal*, Tirant lo Blanc, Valencia 1988, pág. 63.

36. TC n.º 225/1997 (RTC 1997, 225), Fundamento Jurídico 4.º.

37. ALMAGRO NOSETE, *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, ob. cit., pág. 43. También sobre el alcance del artículo 733 L.E.Cr, págs. 43 y 44.

Afirma SERRA DOMÍNGUEZ, en *Estudios de Derecho Procesal, Incongruencia civil y penal*, Ariel, Barcelona, 1969, págs. 393 y 425, «que la incongruencia es uno de los más interesantes conceptos del Derecho Procesal, por cuanto viene influido por todos los principios que lo determinan», señalando que, «aun sin el principio dispositivo, se explica perfectamente la exigencia de congruencia en el proceso penal, pues aunque es notorio que carece de aplicación en este ámbito, es sustituido, no obstante, por el principio acusatorio».

Puede verse también ARAGONESES MARTÍNEZ, *Del principio inquisitivo al principio dispositivo (Algunos ejemplos del tratamiento procesal del principio acusatorio en el nuevo procedimiento abreviado por delitos)*, en *Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal*, Vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid 1990, pág. 1698. De gran interés, ORTELLS RAMOS, *Correlación entre acusación y sentencia: antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales*, Justicia 1992, I, págs. 529-550, y II, págs. 775 a 798. Sobre la tesis del artículo 733, ROIG BUSTOS en *El principio acusatorio*, en Cuadernos de la Facultad de Derecho n.º 16, Palma de Mallorca 1988, págs. 322 y ss.

sión de este modelo acusatorio, ha sido interpretada en el primero de los sentidos apuntados por una jurisprudencia garantista emanada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que a mi juicio, merece un vivo elogio.

Algunas de estas sentencias, han defendido enfáticamente que no puede tolerarse una modificación esencial e importante entre el factum de la conclusión definitiva y los hechos que después son juzgados por los jueces en su resolución (SS TS. Sala 2.ª, sentencia 2 de abril 1993, (Ref. 3015/93). Si se quebrantan y vulneran los límites de la acusación (decía la SS TS 13 de septiembre de 1991, Sala 2.ª (Ref. 6178/98), el proceso se desenvuelven sin garantía alguna y con la mayor de las indefensiones<sup>38</sup>.

Sin extendernos en aspectos y matizaciones que excederían del ámbito del presente estudio, la amplitud del tema no ha de impedir remarcar que el Tribunal Constitucional ha insistido en que son las conclusiones definitivas las que determinan los límites de la congruencia penal<sup>39</sup>.

### III) REFERENCIA AL ARRAIGO DEL MODELO ACUSATORIO EN ALGUNOS PAÍSES CONTINENTALES

#### a) Italia

Si como dijo GOLDSCHMIDT, el proceso penal constituye el barómetro en el que se reflejan los elementos democráticos o autoritarios de un determinado país, en el caso de Italia, la mirada retrospectiva a la historia, lo confirma plenamente.

En la Introducción al Proyecto Preliminar del Código de Procedimiento Penal, que la Comisión Ministerial elaboró en Roma en 1978, se recordaba que desde 1944, inmediatamente después de la caída del Estado totalitario, se advertía en Italia la necesidad de modificar la normativa del Código de Procedimiento Penal de 1930,

38. En estos supuestos, difícil le sería al acusado defenderse de aquello que, por no haberse planteado desconoce, según se afirma en Sent. T.S. de 23 de marzo de 1993, (Ref. 2497/93).

39. Por todas, SS TC 20/1987 (RTC 1987, 20), 62/1998 (RTC 1998, 62), Auto 202/1998 (RTC 1998, 202).

que en muchos de sus aspectos parecía incompatible con la nueva orientación del Estado democrático de Derecho.

Los primeros trabajos concluyeron con la promulgación de la primera Ley de Delegación Legislativa de 3 de abril de 1974, entre cuyos objetivos fundamentales, resumidos por VILLAGÓMEZ CEBRIÁN<sup>40</sup>, figura la dotación de una estructura básicamente acusatoria, donde la participación de la acusación y la defensa se realice en condiciones de igualdad y con el máximo respecto a los principios de contradicción y oralidad.

De todas formas, conviene recordar que la clásica doctrina procesal italiana había formulado para el proceso penal, el llamado principio de la imputación como paralelo y en cierto modo equivalente al principio de demanda del proceso civil<sup>41</sup>.

Siguiendo esta línea se redactó el Proyecto del Nuevo Código de Procedimiento Penal por una Comisión instituida al efecto mediante Decreto de 3 de marzo de 1987, presidida por D. DOMENICO PISAPIA. El texto debía adecuarse a la normativa de la ley de delegación legislativa de 16 de febrero de 1987 (n.º 81). Mediante Decreto del Presidente de la República de 22 de septiembre de 1988, se aprobó el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Se instaura, —como exhaustivamente expone VILLAGÓMEZ CEBRIÁN—, un modelo procesal *típicamente acusatorio* donde se prescinde de una fase instructora tal como es hoy entendida, para sustituirla por una fase de investigación preliminar que se encomienda al Ministerio Público, bajo el control de la nueva figura del Juez de las Investigaciones Preliminares. Actuar el modelo acusatorio significaba, así, dar vida a un proceso que se concibe como proceso de partes, donde las pruebas, de modo casi exclusivo, se forman bajo el principio del contradictorio en el juicio oral, operando la acusación y la defensa en un plano de absoluta igualdad.

40. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marco A., en *El nuevo proceso penal italiano*, Documentación Jurídica, Ministerio de Justicia, Tomo XVI, enero-marzo 1989, pág. 13.

41. Así lo recogía VÁZQUEZ SOTELO en *El Principio Acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, ob. cit., pág. 105, quien con apoyo en la doctrina italiana, concluía que se garantizaba en todo caso el «ne procedat iudex ex officio», quien constataba que no se daba actuación de oficio por parte del Juez, el cual si actúa, lo hace en virtud de requerimiento o richieta del Ministerio Público.

El órgano judicial decisor no puede tomar conocimiento de las actividades de investigación previas al juicio, evitándose así la posibilidad de cualquier *prejuicio* que pudiera haberse formado acerca de la culpabilidad del inculpaado. Al juez que conozca del Juicio Oral, en resumen, todo deberá serle contado de nuevo<sup>42</sup>.

Igual adaptación al Principio Acusatorio tuvo que sufrir el procedimiento por Decreto. Las funciones encomendadas al Pretor, (inquirenti, requirenti, e guidicanti), no podían sobrevivir a la instauración del proceso de partes delineado en el nuevo Código, máxime después de la sentencia de la Corte Constitucional n.º 172 de 1987. En este sentido GALASSO<sup>43</sup>, hablaba de la figura del Juez-Pretor, como tercero frente a las partes, refiriéndose a la «rigorosa tutela della terzietà».

Finalmente, no podemos concluir sin afirmar que el sistema acusatorio, no sólo se concibe por la moderna doctrina procesal italiana (entre ellos DRAGONE), como caracterizado por la neta diferenciación entre el órgano de la acusación y la defensa, sino que, entre otras características, se le atribuye la de la paridad de las posiciones jurídicas de la acusación y la defensa, y la exclusiva disponibilidad de los medios de prueba por las partes<sup>44</sup>.

42. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN en *El nuevo procedimiento penal monitorio italiano como modelo de simplificación y aceleración de la justicia penal* en Poder Judicial n.º 19, septiembre 1990, pág. 167. Razona el autor que por otra parte, al ser el Ministerio Público una autoridad carente de independencia judicial, nunca puede generar actos de prueba sino meros actos de investigación, por lo que el Tribunal decisor no podrá fundamentar su declaración de hechos probados de la sentencia en los referidos actos investigadores.

43. GALASSO MERCURIO, en *Il pretore nel nuovo Codice di Procedura Penale*. Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1991, pág. V. «Da qui la distinzione della funzione di pubblico ministero e di giudice imposta dalla direttiva 103 della legge delega del 1987, con la conseguente modifica dell'ordinamento giudiziario al fine di garantire tale distinta attribuzione di funzioni». La fase de investigación preliminar, se concibe en el nuevo Código en orden a la averiguación de la concurrencia de los presupuestos para la apertura del Juicio Oral. Se trata de eliminar toda exhaustividad en la realización de los actos de investigación, lo que, además, es acorde con las reglas del modelo acusatorio elegido, que exigen que las actuaciones que desarrolle el Ministerio Público tengan sólo una eficacia puramente interna en la propia fase de Investigación Preliminar, por lo que las mismas no podrán ser utilizadas en el juicio más que en clave de valoración crítica de las pruebas practicadas oralmente.

44. FORTUNA, DRAGONE, FASSONE, GIUSTOZZI, PIGNATELL, en *Manuale Práctico del nuovo processo penale*, Padova, 1991, Cedam-Casa editrice, Dott. Antonio

## b) Portugal

En la misma autorización al Gobierno para aprobar un nuevo Código de Proceso Penal (Ley n.º 43/86 de 26 de septiembre), es de resaltar ante todo la significativa y expresa preocupación de observancia de los principios constitucionales y las normas internacionales relativas a los derechos de la persona en el Proceso Penal, mediante la construcción de un sistema procesal que permita alcanzar *al máximo nivel posible* la finalidad de *preservar los derechos fundamentales de las personas* y la paz social.

Ya en el mismísimo artículo 2.3) y 4) de la aludida autorización, se habla del establecimiento de la que denomina «máxima acusatoriedade do processo penal», que se establece con la paridad en el posicionamiento jurídico de la acusación y defensa en todos los actos del proceso y el incremento de la igualdad material de armas en el proceso<sup>45</sup>.

Se fija la competencia exclusiva del Ministerio Público para promover el Proceso Penal (con estrictas excepciones relativas a delitos particulares o semipúblicos), al tiempo que se proclama la efectiva garantía de libertad en la actuación del defensor en todos los actos del proceso<sup>46</sup>. Se prevé además la obligación del Ministerio

Milani, Seconda Edizione, pág. 11. Exponen los referidos autores que «Il processo accusatorio se caracteriza per la netta differenziazione dell'organo d'accusa da quello del giudizio (soprattutto allo scopo di garantire la neutralità o cosiddetta terzietà del giudice), per la parità della posizione giuridica tra accusa e difesa, per la disponibilità esclusiva dei mezzi di prova in capo alle parti con l'esclusione del giudice, per il divieto incombente sul giudice di ogni iniziativa di accusa (ne procedat index ex officio), per l'osservanza rigorosa dei principi della presunzione di innocenza dell'accusato, con la conseguente limitazione del ricorso alla carcerazione preventiva, del contraddittorio tra le parti, ...».

45. Ley n.º 43/86 de 26 de setembro. Autorização legislativa em materia de processo penal.

46. Artículo 2.7), 9), 45) de la aludida Ley 43/86 de autorización legislativa. Se prevé en el aludido apartado 45, la «Existencia de un inquérito preliminar, a cargo do Ministério Público, coadjuvado pelos órgãos de policia criminal, com a finalidade de investigar a notícia do crime e de proceder às determinações inerentes à decisão de acusação ou não acusação, definindo-se, nestes termos, ser o inquérito bastante para a introdução do feito em juízo; tornando-se necessaria a prática de actos que directamente se prendan como os direiros fundamentais das pessoas, tais actos deverao ser presididos, practicados ou autorizados pelo juiz, o qual terá para o efeito na sua disponibilidade os órgãos de policia judiciaria.

Público de adoptar o no la decisión de acusar en el plazo máximo de doce meses, contados a partir de la consideración de imputado del que se encuentra sometido a la actuación de la Justicia<sup>47</sup>.

En el Proceso Penal Portugués, la actividad probatoria, ha de surgir en la fase del Juicio Oral, bajo la vigencia de los principios de oralidad, contradicción y publicidad<sup>48</sup>.

### c) Alemania

El Tribunal penal alemán ni puede proceder de oficio (parágrafo 165 St.PO), ni puede extender el proceso pendiente a otras personas ni a otros hechos del mismo autor independientes jurídicamente (parágrafo 155 St.PO).

En este sentido ha mantenido GÓMEZ COLOMER<sup>49</sup> que el proceso penal alemán es netamente acusatorio.

Algunos estudiosos del proceso penal alemán han recalcado en

47. Junto a esta importante previsión, se contemplan otras que estimo que en la práctica son también muy importantes: la definición de formas de documentación de las declaraciones orales, la acogida de los medios técnicos de grabación magnetofónica o audiovisual, como modos de sustituir las formas escritas de reproducción, la posibilidad incluso de que las partes —con las garantías suficientes— aporten los materiales oportunos en este sentido, etc. No se trata de una nimiedad, el jurista práctico conoce perfectamente la trascendencia de éstas limitaciones. Muchos son ya los supuestos en los que la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, ordena que se reconvierta el acto de juicio de ilegible en legible. En nuestro país, la situación es nada más y nada menos que deplorable.

48. GIMENO SENDRA en *El Nuevo Código Procesal Penal Portugués y la anunciada reforma global de la Justicia Española*, en obra conjunta en honor de Víctor FAIRÉN GUILLÉN, *Estudios de Derecho Procesal*, Tirant lo Blanc, Valencia 1990, págs. 247 y ss.

Como expone GIMENO SENDRA, «tales prescripciones aparecen muy bien reguladas en el nuevo Código Procesal Penal Portugués. En particular, los requisitos de la prueba anticipada (la necesidad de inmediación judicial y de contradicción referido por el artículo 271) o las disposiciones sobre lectura de documentos de los artículos 355 y 356, que prohíben, en principio, estimar como prueba los meros actos sumariales de investigación».

49. GÓMEZ COLOMER, *El Proceso penal alemán, introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona 1985, pág. 47. Aclarando el autor que el parágrafo 266 (ampliación de la acusación) no representa una excepción a este principio, sino su confirmación, pues tan sólo significa una excepción al principio de acusación escrita. Rigiendo el principio, —como recoge en el pág. 14—, «donde no hay actor no hay Juez».

orden a su sistematización, que se derogó la llamada fase de investigación judicial previa, semejante a nuestra fase sumarial, y en la actualidad se deja esta primera fase como explica BARONA VILAR<sup>50</sup>, en manos de la fiscalía (parágrafos 163 y 167, St.PO).

Como observa GÓMEZ COLOMER<sup>51</sup>, no se plantea en Alemania la grave cuestión que discutimos nosotros acerca de la naturaleza y distinción entre los actos de investigación y los actos de prueba. «Para que se trate de actos de prueba, su práctica ha de tener lugar, por regla general, en la fase de procedimiento principal, concretamente en el acto de la vista. Ello es así porque el Tribunal lego no conoce antes de iniciarse la vista, lo actuado». En definitiva, sólo la prueba practicada ante el Tribunal, puede fundar la sentencia (parágrafo 261 St.PO).

Sin embargo, es necesario resaltar que en el proceso penal alemán no se habla en ningún momento de «partes», sino de «participantes» en el proceso. Respecto de ellos puede afirmarse que actúan como sujetos activos: el Fiscal, los ayudantes del Fiscal, el actor privado, el actor accesorio y el actor civil. Junto con los participantes activos encontramos como intervinientes también en el proceso, por el lado pasivo, al imputado y al defensor<sup>52</sup>.

Constituye además tema vivo y preocupante el derecho que puedan ostentar los «participantes» en la solicitud de la práctica de las pruebas que consideren necesarias. Destacados autores como: ROXIN, ARZT, TIEDEMAN<sup>53</sup>, han calificado a la fiscalía como «dueña y señora» del procedimiento de averiguación. La fiscalía decide por

50. BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanc, Valencia 1994, pág. 140. En orden a una ordenada sistemática, añade la autora que existe una primera fase de averiguación (que puede terminar mediante el archivo de la causa o mediante el ejercicio de la acción penal), comenzando en este segundo caso la fase intermedia en la que se va a dictar la resolución sobre la apertura del procedimiento principal (parágrafos 199 a 211 de la St.PO) y el procedimiento principal, en el que incluirá medularmente la vista principal, caracterizada claramente por la oralidad.

51. GÓMEZ COLOMER, *El Proceso Penal Alemán*, ob. cit., pág. 150. El Fiscal —refiriéndose a los actos de investigación—, se ha limitado por tanto, a recoger, fundamentar, eliminar, ampliar, fijar o trasladar material probatorio que luego va a utilizar en la vista justificar su acusación.

52. BARONA VILAR, *La conformidad en el Proceso Penal*, ob. cit., pág. 140.

53. ROXIN, ARZT, TIEDEMAN, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Ariel, Barcelona 1989, pág. 153.

tanto sobre el comienzo y final de las investigaciones, pero también sobre el desarrollo del procedimiento de averiguación.

La fiscalía formula en su caso acusación, con la solicitud al tribunal competente de que abra el procedimiento principal; o bien en el supuesto de que las investigaciones no ofrezcan motivo suficiente para la formulación de la acusación «archivará» el procedimiento de averiguación.

En una primera aproximación, pienso que en lo que a las partes se refiere, en nuestra L.E.Cr., se regulan de forma más completa las facultades que a las mismas se le confiere, siendo además elogiable la posibilidad de ejercer la acción popular.

#### d) Francia

Quizás sería aventurado en este momento un análisis particularizado de la situación en que se encuentra la justicia en Francia, por cuanto la misma se halla en vía de reforma. El Presidente Chirac, anunciaba ya el 20 de enero de 1997 la creación de la «Comisión Truche» para tratar de problemas estructurales de la Justicia<sup>54</sup>.

En el Código de Procedimiento Penal Francés de 23 de diciembre de 1958, se prevé, en lo que al tema de estudio se refiere, la siguiente regulación: el Ministerio público es Juez respecto a la oportunidad de perseguir.

Ahora bien, como puso de relieve VÁZQUEZ SOTELO<sup>55</sup>, el Cód-

54. Así denominada por presidirla PIERRE TRUCHE, Presidente del Tribunal de Casación. Entre otras cosas, se decía en la carta que remitió el Presidente de la República a Truche: Nuestros conciudadanos sospechan que la justicia está en ocasiones sometida a la influencia del Gobierno, y que no garantiza suficientemente el respecto a las libertades individuales, en particular, la presunción de inocencia.

55. VÁZQUEZ SOTELO, *El Principio Acusatorio y su reflejo en el Proceso Penal Español*, ob. cit., pág. 106. En pág. 20, con abundante cita de la doctrina procesal francesa, ajustada al Code de procédure pénale de 23 de diciembre de 1958 se concreta que el Ministerio Público, dispone de dos vías para poner en marcha la acción penal pública: la citación directa y el requerimiento a fin de información sobre los hechos. La citación directa, supone pasar directamente al juicio sin previa instrucción, en los casos más sencillos. La réquisitoire introductif d'instance o réquisitoire à fin d'informer es un requête que el Procurador de la República o Ministerio Público dirige al Juez de Instrucción a fin de proceder a la información sobre los hechos por medio del procedimiento de instrucción, en el cual el Juez es

go de Procedimiento Penal francés establece también un principio cardinal de garantía de la imparcialidad del juez de Instrucción, separando las funciones de persecución y de instrucción: la poursuite et l'instruction doivent être séparées.

La referida Comisión, se interroga sobre como alcanzar un mejor equilibrio entre las fases de instrucción y juicio en el proceso penal. «¿Es preciso, ya desde el inicio del procedimiento, someter cualquier decisión del Juez Instructor a un debate contradictorio y público y desarrollar esta fase de instrucción sin secreto del sumario? Por el contrario, ¿convendría, siempre que quede asegurado el derecho de informar, reforzar el secreto del contenido del sumario?»<sup>56</sup>.

Entre las propuestas iniciales de la Comisión Truche, merece destacarse la consideración de que en la etapa de instrucción no debe confiarse ya al Juez de Instrucción la decisión de decretar la prisión provisional, sino a una jurisdicción colegiada. Por otra parte, propone también la intervención del Abogado desde el principio.

Considera también la Comisión que es indispensable que se proceda a la grabación de los interrogatorios y careos, a fin de poder verificar posteriormente en qué condiciones exactas han podido formularse las declaraciones e incluso las confesiones<sup>57</sup>.

independiente del Ministerio Público. Con cita, entre otros de LARGUIER, *La Procédure Pénale*, París, Presses Universitaires, 1963, págs. 95 y ss.; STEFANI ET LEVASSEUR, *Procédure Penale*, París, Dalloz, 1971.

56. Interrogantes del texto de la carta que remitió el Presidente de la República a Truche donde se marcaban (entre otras) algunas líneas marco de trabajo de la Comisión, publicadas en OTROSI (Publicación del Colegio de Abogados de Madrid, septiembre 1997, págs. 18, 20 y 21) y algunas propuestas de la Comisión, remitiendo al Gobierno el resultado de sus trabajos.

57. Estas últimas precauciones deberían también adoptarse en una reforma de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues nuestra forma de documentación de actos es, en el siglo en el que entramos, arcaica, deplorable, rudimentaria, imprecisa e insostenible.

#### IV) ALCANCE DE LA PROYECCIÓN DEL MODELO ACUSATORIO, EN LA LEY DEL JURADO

##### a) Ideas Generales

En principio es posible que el derecho de defensa y el principio de contradicción, se potencien en la nada sencilla y asequible fase de investigación de la Ley del Jurado.

Como puso de relieve LORCA NAVARRETE<sup>58</sup>, «con la nueva Ley, el instructor no podrá ya ser el origen orgánico de una **inquisitio generalis**, cuya omnipotencia instructora mediatizaba y esfumaba la relevancia constitucional del juicio o plenario. El Fiscal va a ser el contrapeso que equilibre los poderes del instructor. Su audiencia no sólo va a ser preceptiva sino además determinante en la marcha de la instrucción (artículos 306, 309 bis, 504 bis 2, 539, 781, 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Según GELSI BIDART<sup>59</sup>, tratando del proceso acusatorio y régimen de audiencias, «la vigencia predominante del principio acusatorio en el proceso significa lo siguiente. Hablamos del principio, del sistema acusatorio o del llamado proceso acusatorio, a través de cuyos nombres se procura adjetivar: en vigor, el proceso oral o por audiencia».

Si bien es cierto que en la Ley del Jurado se acentúa el principio de oralidad en la fase de investigación<sup>60</sup>, al igual que el de con-

58. LORCA NAVARRETE, *El Jurado español*, Dykinson, Madrid 1995, págs. 142-143. Como señala la Exposición de Motivos de la Ley del Jurado, «si bien debe corresponder al Juez la realización de los actos sumariales, las peculiaridades que deben presidir el procedimiento ante el Jurado y la oportunidad de que se consolide el Principio Acusatorio, hacen necesaria la potenciación de las funciones del Ministerio Fiscal».

Se nota a faltar, sin embargo la referencia a las partes. En el planteamiento de LÓPEZ GARRIDO (del GPIU-IC), quizás más completo, se alude a que «A partir de este proyecto de Ley, el Ministerio Fiscal y las partes, serán las que en realidad impulsarán toda la fase de instrucción».

59. GELSI BIDART en *Del principio acusatorio* en la obra *Estudios de Derecho Procesal* en honor de Víctor FAIRÉN, Tirant lo Blanc, Valencia 1990, pág. 229.

60. No examinamos fases anteriores como el procedimiento de selección de los Jurados y su problemática. Sobre el particular véanse, entre otros VÁZQUEZ SOTELLO, *La selección de los Jurados*, Justicia 97, J. M. Bosch, n.º 3 y 4, págs. 813-837 y MARTÍN OSTOS, *La selección del Jurado*, Justicia 97, J. M. Bosch Editor, n.º 2, págs. 405-420.

tradición, pretendiéndose realizar el mayor número de actos en las diversas audiencias (artículo 25, traslado de la imputación y señalamiento de comparecencia, artículos 30 y 31, denominada Audiencia Preliminar aunque en realidad encierra varias finalidades, entre ellas la formulación de un juicio de acusación), se ha sugerido no obstante que «las especialidades procedimentales de una Ley del Jurado, deberían comenzar sólo a partir del inicio del juicio oral»<sup>61</sup>.

Las referidas modificaciones quizás tendrían un acomodo más coherente en una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reforma a la que, hay que decirlo, se apunta. Mas lo cierto es, como puso de relieve RAMOS MÉNDEZ<sup>62</sup>, que «la situación actual del enjuiciamiento criminal, es absolutamente insostenible, porque no tenemos un modelo claro de enjuiciamiento criminal. Tenemos un abanico caprichoso, un abanico voluble y un abanico que ofrece diversidad de oportunidades procesales para situaciones que son iguales y que necesitan un tratamiento igual».

##### b) La fase de investigación e intermedia

Según el artículo 29 de la Ley del Jurado<sup>63</sup>, el escrito confeccionado por las partes acusadoras, solicitando la apertura del Juicio

Sobre el Jurado, en general: LÓPEZ-MUÑOZ y LARRAZ, *Comentarios a la L.O. 5/1995 del Tribunal del Jurado*, Dykinson, Madrid 1995 (con síntesis gráficas muy útiles). GONZÁLEZ CUÉLLAR, *Por fin, el Jurado*, Madrid, Actualidad Jurídica Aranzadi, 1994, n.º 151. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *A propósito del Jurado*, BOICAM, n.º 3 de 1980. VERGE GRAU, *Algunas observaciones al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal del Jurado de 20 de abril de 1994*, Justicia 1994, n.º 3, págs. 527 y siguientes. PEDRAZ PENALVA, *El Jurado como vía de participación popular*, La Ley, Madrid 1994, n.º 3.509 y 3.510 y SUAU MOREY en *La reimplantación del Jurat a Espanya*, I.D.E.B., febrero-mayo 1995, págs. 181-188.

61. PÉREZ-CRUZ MARTÍN en *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado*, Comares, Granada 1996, págs. 141-143.

62. RAMOS MÉNDEZ, en *La implantación del Jurado en el sistema de enjuiciamiento criminal*, Revista Justicia, J. M. Bosch, 1997, n.º 1, pág. 14. (Transcripción de su intervención en el Curso. La Reforma de la Justicia Criminal, organizado por la Universidad Jaume I, el día 28 de febrero de 1996, con ocasión del doctorado honoris causa del Profesor KLAUS TIEDEMANN).

63. Ver GISBERT, sobre *Incoación del Procedimiento para las causas ante el Tribunal del Jurado e instrucción complementaria*. (Comentarios a los artículos 24 a 29 de la Ley del Jurado). Revista de Derecho Procesal n.º 2, 1997, págs. 451 y siguientes.

Oral, tendrá el contenido a que se refiere el artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se refiere este artículo, al igual que el 652 de la misma Ley, a los escritos de calificación de las partes. Mas aunque constituya una obviedad, establece el legislador que podrán plantearse calificaciones alternativas (con la trascendencia que tienen las mismas como acto de parte, en cada resolución).

Esta expresa mención puede traslucir la preocupación latente en el ánimo del legislador por actualizar el modelo acusatorio<sup>64</sup>. Otra importante manifestación de esta preocupación se observa en la regulación del inicio de las sesiones del acto del Juicio Oral, que se abrirá con la lectura de los escritos de calificación provisional.

Es preciso remontarse a la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para constatar que después de afirmarse que las investigaciones del Juez Instructor no serán sino una simple preparación del juicio, se proclame que «El Juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal». Pero si en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado se ubica la calificación provisional prácticamente al principio de la instrucción, y la referida calificación va seguida de una Audiencia Preliminar, ello lleva aparejado un desconcierto que en nada favorece al modelo acusatorio.

Aunque la vigente normativa haya sido objeto de varias lecturas, en lo relativo a la implantación del modelo acusatorio, pese a que sería mi deseo, no puedo concordar el logro de la efectiva vigencia de un modelo acentuadamente acusatorio.

En este sentido puede observarse como la función de los escritos calificadorios de deducir con toda su amplitud la pretensión penal, queda diluida por la posibilidad que tiene el Juez de Instrucción de reducir el hecho o hechos justiciables en el momento de confeccionar el auto de apertura del juicio oral, al amparo del artículo 33a) de la Ley del Jurado. Cuando el Juez de Instrucción accede (si accede) a dictar el auto de apertura del Juicio Oral, nada le impedirá alterar el ámbito de apertura del Juicio Oral, nada le impedirá alterar el ámbito de las acusaciones eliminando hechos justiciables o personas presuntamente responsables. Por tanto, como critica FAI-

64. Idéntica intención se revela con la regulación de la audiencia para decretar la prisión provisional del nuevo artículo 504 bis 2.

RÉN<sup>65</sup>, «a tenor del mencionado artículo 33 a) y b), se puede ya romper el principio de la correlación entre acusación y sentencia ya que es potestativo de este Juez el no abrir el enjuiciamiento contra el hecho o hechos justiciables objeto de acusación (artículo 33 a)), o bien no abrirlo contra personas objeto de tales acusaciones (artículo 33b))».

Esta nueva función jurisdiccional de conformación negativa del objeto procesal se apoya en el deseo del legislador de evitar acusaciones generales e injustificadas<sup>66</sup>. Según la redacción del artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Jurado, el mismo Juez que ha intervenido en la fase de investigación es quien, en definitiva, tiene encomendada en importante medida la delimitación y determinación del contenido real (futuro del Juicio Oral), concretando hechos justiciables, personas acusadas, terceros responsables civiles. Y todo ello con la posibilidad de marginar el contenido de la calificación del Ministerio Fiscal y las demás partes.

La aludida delimitación judicial no necesariamente arranca de los escritos de calificación de las partes, y si bien es cierto que puede mantenerse que nos encontramos en fase de formación del definitivo objeto del proceso penal (en cuya formación entraremos luego), también lo es que los continuos tamices e interferencias del Juez de Instrucción, no aseguran respeto para este «progresivo avance del sistema acusatorio al que se alude en la Exposición de Motivos de la Ley del Jurado».

El problema se complica si se observa que todas estas «concreciones» no acaban aquí. Posteriormente, cuando se constituya el Tribunal del Jurado (concluida la fase ante el Juzgado de Instrucción),

65. FAIRÉN GUILLÉN en *El Jurado, cuestiones prácticas, doctrinales y políticas de las leyes españolas de 1995*, Marcial Pons, Madrid 1997, págs. 431-432.

66. GIMENO SENDRA, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*, Colex, Madrid 1996, pág. 187. A continuación ver también *El Tribunal del Jurado* editado por el Gobierno de Canarias y la Universidad Alfonso X el Sabio, 1996, pág. 31, GIMENO SENDRA y otros. Según el autor, (se ha copiado mal el modelo de las sentencias instructoras de reenvío, puesto que en Francia, 1.º se efectúa toda la instrucción, 2.º el Juez dicta su auto de conclusión incluyendo los elementos subjetivo y objetivo y finalmente el Fiscal califica. El esquema de la Ley del Jurado es, sin embargo, muy diferente: 1.º el Fiscal califica (artículo 29), 2.º el Juez instruye en la Audiencia Preliminar (artículo 31) y finalmente el Juez dicta su auto de conclusión con aquellos elementos (artículo 33 a y b)).

como denuncia FAIRÉN GUILLÉN<sup>67</sup>, «es el Magistrado-Presidente, quien finalmente resuelve sobre la amplitud del complejo de hechos sobre el que va a versar la acusación, y no el acusador en su escrito de calificación del artículo 29, aspecto que más adelante, será objeto de valoración».

Nos encontramos pues, con un complejísimo procedimiento de conformación del objeto procesal. Como la calificación provisional fue prematura y pudo quedar desvirtuada por la instrucción posterior en la Audiencia Preliminar, recalca GIMENO SENDRA<sup>68</sup> que «hay que permitir a la acusación que pueda modificarla, para lo cual se le autoriza al término de la Audiencia Preliminar (artículo 31.3) y sin tantas limitaciones (ya en la fase que tiene lugar ante la Audiencia), como cuestión previa del artículo 36.1 c). Esto es, la Ley permite, hasta tres calificaciones provisionales».

Ante el riesgo de violación del Principio Acusatorio, aconseja el autor una profunda reforma<sup>69</sup>, bien secundando íntegramente el sistema de reenvío, para lo cual es necesario en primer lugar concluir toda la instrucción, para dictar, en segundo lugar, el auto de apertura con determinación del hecho y de su presunto autor y, en tercer lugar, dar traslado al Ministerio Fiscal para que califique con vinculación a aquel contenido del auto, o bien (lo que se nos manifiesta mucho más sencillo) mantener nuestro auto de procesamiento, sistema este último que evita estas acusaciones sorpresivas y que aparece mucho más garantista que el de reenvío<sup>70</sup>.

Las continuas adiciones y exclusiones que sobre el objeto procesal se permiten al Juez y a las partes en el sentido apuntado, pueden introducir una distorsión en la importante función que tradicionalmente se encomienda a la calificación provisional.

Los escritos de calificación (o de acusación y defensa) constituyen una delimitación, aunque provisional del objeto del proceso penal, en lo que a las partes se refiere.

67. FAIRÉN GUILLÉN, *La Ley del Jurado de 22 de mayo de 1995 y modelo inquisitivo*, Revista de Derecho Procesal 1996, n.º 1, Edersa, pág. 23.

68. GIMENO SENDRA, *El Tribunal del Jurado*, ob. cit., 1996, págs. 32-33.

69. GIMENO SENDRA, *El Tribunal del Jurado*, ob. cit., 1996, págs. 32-33.

70. Sobre el auto de procesamiento, ver VÁZQUEZ SOTELO, *Reflexiones sobre la actualidad del auto de procesamiento*, Revista Jurídica «La Lley de Catalunya y Balears», Maig, 1991, n.º 9.

Como concreta ALMAGRO NOSETE<sup>71</sup>, ordenada la apertura del Juicio Oral, la dirección activa en la determinación del objeto indiciario del proceso penal a cargo del Juez Instructor, desaparece. Y es, a partir de este momento, cuando adquiere pleno relieve la función **que corresponde a las partes acusadoras y acusadas** en la configuración del objeto del proceso penal.

Pero aún retrocediendo un poco la andadura del proceso, se ha cuestionado con fundamento la imparcialidad del órgano jurisdiccional que decreta la apertura del Juicio Oral. Si quien decreta dicha apertura es el Juez de Instrucción, la dirección de la instrucción puede involuntariamente condicionarle. Si lo hace el Tribunal sentenciador (la interacción de su parte técnica el Magistrado-Presidente en el trámite de cuestiones previas artículo 36 de la L.O.T.J. en el que se le plantea y exige la resolución en la que puede incluir hechos (párrafos c) y d) del referido artículo), ello puede dar lugar a inconvenientes prevenciones.

Por las apuntadas razones, examinando el reflejo del Principio Acusatorio en el proceso penal español, ya en 1984 VÁZQUEZ SOTELO<sup>72</sup> expuso que hubiese sido un acierto haber puesto las actividades de la fase intermedia y todos los pronunciamientos devolutivos de la fase sumarial, en manos de un órgano intermedio que sin haber intervenido en el Sumario no vaya a intervenir tampoco en el plenario. Tesis que ha sido secundada por diversos autores<sup>73</sup>.

71. ALMAGRO NOSETE, *Instituciones de Derecho Procesal*, ob. cit., Madrid 1993, pág. 115.

72. VÁZQUEZ SOTELO, *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, ob. cit., n.º 2, págs. 111 y 112. Destaca además el autor que a posibles confusiones se presta la definición legal del Sumario, contenida en el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Debemos precavernos respecto de la tesis de que el Sumario lo que pregona no es el juicio sino la acusación. Porque tal afirmación encierra el peligro de regresar a un sistema de instrucción inquisitiva, preocupada tan sólo por los fueros de la acusación y olvidando los de la defensa, a la cual debe servir igualmente la investigación sumarial tal como ya estableció el propio legislador, en la disposición programática del artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo».

73. Critica también la identidad entre el Tribunal que debe resolver sobre la acción y el que debe enjuiciar, VERGER GRAU, en *El principio acusatorio y el derecho de defensa*, ob. cit., págs. 94 y 95.

Sobre el particular, ver también DE LA OLIVA SANTOS en *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueve reforma para la vieja crisis de la justicia penal*,

c) *Las cuestiones previas y el auto de hechos justiciables*

Decidida ya la apertura del Juicio Oral (artículo 32) y habiéndose dictado el correspondiente auto de apertura (artículo 33) con la deducción de los testimonios a los que se refiere el artículo 34 de la comentada Ley, emplazadas las partes para que se personen ante el Tribunal competente para el enjuiciamiento y habiendo podido las partes al tiempo de personarse, plantear alguna de las cuestiones previas que se recogen en el artículo 36, se procede (por parte del Magistrado que vaya a presidir el Tribunal del Jurado) a dictar el correspondiente auto de hecho justiciables.

En este orden de ideas, como argumento GIMENO SENDRA llama la atención la meticulosidad con que la Ley regula el contenido del «auto de hechos justiciables» (artículo 37) y que lleva a pensar que podría otorgársele un valor, importancia y significado que, creemos, no cabe atribuirle.

En efecto, la delimitación del objeto de enjuiciamiento ha quedado ya inicialmente fijada en el auto de apertura del Juicio Oral (artículo 33). Respecto de estos hechos no cabrían ya mutaciones esenciales.

El «auto de hechos justiciables» parece pues una reiteración, que no podrá apartarse del auto de apertura del Juicio Oral. Quizás la razón de este nuevo auto esté en acomodar «el de apertura del Juicio Oral» al resultado de las cuestiones previas, pero si así fuere, podría haberse solucionado de forma más clara y sencilla.

Así las cosas, creemos, que tal como viene regulado y ubicado, debiera haberse suprimido el referido «auto de hechos justiciables»<sup>74</sup>.

Mediatizando peligrosamente la labor de las partes desenvuelta en sus escritos de acusación y defensa y desplazándolas, el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, resuelve sobre la amplitud

Barcelona 1988, págs. 44 y ss. Recientemente, y con referencia a cada uno de los procedimientos penales, ORMAZABAL SÁNCHEZ, *El período intermedio del proceso penal*, Mc Graw Hill, Madrid 1997, págs. 101 a 114.

74. En definitiva, como dice GIMENO SENDRA en *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*, comentarios, ob. cit., pág. 221, «nos encontramos ante una resolución inútil, con a lo sumo un cierto valor pedagógico para el Jurado en todo lo relativo al conocimiento del objeto del juicio...».

del complejo de hechos sobre el que va a versar la acusación<sup>75</sup>. Se le encomienda dictar un «auto de hechos justiciables» que consideramos cuando menos atípico, cuando no peligroso en la forma en que viene redactado.

Aunque puede opinarse que la intervención del Magistrado-Presidente en la fijación del objeto de enjuiciamiento constituye garantía de que el juicio del Jurado no se dispersará, mayores pueden ser las dificultades dimanantes de las discusiones acerca de si en dicho auto se han incluido o no los hechos tal y como han sido fijados en los escritos de calificación. Recordábamos en este sentido que al amparo del acertado artículo 45 de la Ley del Jurado, el juicio oral comenzaba con la lectura de los escritos de calificación (no con la lectura del auto de hechos justiciables). Por ello, como razonaba TOMÉ GARCÍA<sup>76</sup>, la pretendida función de precisión del objeto del enjuiciamiento que, de cara a los miembros del Jurado, pudiera tener el citado auto, desaparece.

En términos más tajantes se pronuncia FAIRÉN GUILLÉN<sup>77</sup> al considerar que «aquí queda claro que ese principio acusatorio deja que sea una parte del tribunal decisor el que limite el contenido de este juicio dejando aparentemente fuera a hechos y a personas objeto y sujetos de acusaciones que nunca fueron retiradas».

Es cierto que las partes, disponen de medios legales adecuados para protestar frente a lo que consideran indebidas modificaciones objetivas con decisión influencia en el enjuiciamiento. Pero no es tan claro que los medios a los que se alude, (recursos, protestas) gocen de la eficacia práctica deseable en materia tan trascendente<sup>78</sup>.

75. Según FAIRÉN GUILLÉN, esto echa por tierra la teoría del principio acusatorio, en favor del inquisitivo, ver *Ley del Jurado*, ob. cit., pág. 23.

76. TOMÉ GARCÍA, *El Tribunal del Jurado: Competencia, composición y funcionamiento*, Editoriales de Derecho Reunidas, pág. 155.

77. FAIRÉN GUILLÉN, *El Jurado*, Cuestiones prácticas, doctrinales y políticas de las leyes españolas de 1995, Marcial Pons, ob. cit., pág. 437.

78. MONTERO AROCA, *Los recursos en el Proceso ante el Tribunal del Jurado*, Comares, Granada 1996, pág. 144. Sobre la funcionalidad de este recurso desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales, ver S.T.S. 8 de octubre

En definitiva, sería aconsejable una reforma de la Ley que simplificase tan complicado procedimiento.

En tal sentido es de sumo interés el planteamiento formulado por GIMENO SENDRA<sup>79</sup>, replanteando la cuestión por el siguiente orden: a) «trasladar de la audiencia preliminar a la fase instructora la solicitud y práctica de diligencias, circunscribiendo dicha audiencia a su contenido propio (deducir sobre el sobreseimiento a la apertura del juicio oral y, en este último supuesto, confeccionar contradictoriamente el testimonio de la prueba documental; b) una vez finalizada la audiencia debe el Juez dictar su auto de apertura con el contenido del artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado; c) después del auto de apertura, las partes habrían de formalizar sus escritos de calificación provisional con expreso deber de congruencia con los hechos y acusado determinados en el auto de apertura».

#### d) Fijación del objeto del Veredicto

La determinación del objeto del veredicto por parte del Magistrado-Presidente ofrece dificultades importantes.

El objetivo propuesto por el legislador consiste primordialmente en encauzar el camino descrito del Jurado, sirviéndole de cauce metódico para la lógica de su respuesta.

La delimitación del objeto del veredicto por parte del Magistrado-Presidente, posee una importancia vital. Varios autores especializados vinculan directamente el éxito de la institución del Jurado con el acierto y el saber hacer a la hora de elaborar el cuestionario que

1998 (R 365/98).

Sobre la problemática de los autos resolviendo las cuestiones a las que se refiere el artículo 36 de la Ley del Jurado. Ver GIMENO SENDRA en *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*, ob. cit., pág. 218. Ver también VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *La apelación de la sentencia en el juicio con Jurado*, 1998, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, págs. 212-239.

Sobre el recurso supeditado de apelación, ESTEFANI LÓPEZ en *El recurso de apelación supeditado instaurado por la L.O. 5/1995 del Tribunal del Jurado*, La Ley, 15 de febrero 1996, n.º 3975, págs. 1 a 3.

79. GIMENO SENDRA, *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*, ob. cit., pág. 214.

delimitará el objeto del veredicto. Se trata de un acto jurisdiccional de síntesis que tiene un contenido eminentemente didáctico.

Como explica MARCHENA GÓMEZ<sup>80</sup> el Magistrado-Presidente cuando redacta el cuestionario, debe fragmentar el objeto del proceso. Sin embargo, la madre de todas las batallas la encuentra en la determinación legal del contenido que debe tener el escrito (artículo 52 de la L.O. 5/95). Dice la Ley en primer lugar que el Magistrado-Presidente deberá escribir los hechos alegados por las partes, y que el Jurado deberá declarar sí o no probados. Sin embargo, considera el autor que el precepto clave es el que indica al Magistrado-Presidente que deberá empezar la narración por el hecho principal de la acusación, y seguir después por los alegados por la defensa.

Ello obliga a una pulcritud sistemática que rechaza la inclusión en un mismo párrafo, de hechos favorables y desfavorables o que comprenda al propio tiempo, hechos susceptibles de tenerse por probados y otros no.

En cada una de las preguntas, no se permitirán fusiones entre la tesis lógica y su antítesis, sino que las distintas hipótesis, deberán plantearse por separado.

Por ello, la redacción de los hechos que resulten de las pruebas practicadas no puede acarrear un efecto eslabonado que opere de forma implícita a la hora de aceptar su consideración como hecho probado (artículo 52.a de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado)<sup>81</sup>.

En lo referente a la audiencia a las partes a la que se refiere el artículo 53 de la Ley del Jurado, planteará dudas sobre su alcance y formalidad. De hecho, los observadores jurídicos de los primeros juicios celebrados con Jurado, detectaron que un acto de tanta trascendencia no puede consistir meramente en adjuntar a las partes copia del objeto del veredicto para que lo examinen de forma casi in-

80. MARCHENA GÓMEZ, *Problemática del Jurado* en Revista Misser, Jornadas sobre el Jurado, Colegio de Abogados de Baleares, n.º 28, diciembre 1995, pág. 17.

81. «Cuando la declaración de probado de un hecho, se infiera de igual declaración de otro, éste deberá ser propuesto con la debida prioridad y separación».

mediata y sin mediación de su consentimiento<sup>82</sup>, sino que se les debe dar la oportunidad de realizar el estudio con el sosiego y la exhaustividad que requiere un acto de tanta trascendencia, estudio éste que no debe realizarse en audiencia pública y en presencia del Jurado y público.

Por otra parte, según el artículo 52 g) de la Ley del Jurado, el Magistrado-Presidente, a la vista del resultado de la prueba podrá añadir hechos o calificaciones jurídicas favorables al acusado, siempre que «no impliquen una variación sustancial del hecho justiciable ni ocasionen indefensión». Esta última referencia introducida por la L.O. 8/1995, debe ser interpretada en el sentido de evitar vulneraciones del principio de contradicción y defensa básicos en el proceso penal, predicables, como sostiene TOMÉ GARCÍA<sup>83</sup>, no sólo de las partes acusadas sino también, por supuesto, de las acusadoras.

Se ha criticado en fin que la aludida normativa puede suponer una importante violación del principio acusatorio, que con tanta fuerza y amplitud se quiere defender en la Ley del Jurado. En este sentido, ha expuesto GÓMEZ COLOMER<sup>84</sup> que: «si no se está muy vigilante en la práctica, siempre tan sutil en materia fáctica con relación al proceso penal, existe el referido riesgo, porque ningún Juez puede, en fase de sentencia, introducir hechos que no han sido previamente acusados, concluyendo el referido autor, que se trata de un inciso netamente inquisitivo, a pesar de su aparente nimiedad y de la protección general que se establece en contra».

Estas premoniciones han cristalizado ya en lamentables realidades, que de momento han tenido que ser corregidas por el Tribunal Supremo y por algún Tribunal Superior de Justicia.

Este es el caso del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares que en fase de apelación examinó un supuesto en el que se denunciaban defectos en la proposición del objeto del veredicto, al

82. De la literalidad del texto legal se deduce además que se trata de una audiencia a las partes, antes de entregar a los Jurados el escrito con el objeto del veredicto, pudiendo las aludidas partes, si sus peticiones fueran rechazadas, formular protesta a los efectos del recurso que haya lugar en su día contra la sentencia.

83. TOMÉ GARCÍA, *El Tribunal del jurado, competencia, composición y funcionamiento*, ob. cit., pág. 189.

84. GÓMEZ COLOMER, *El Proceso Penal Especial ante el Tribunal del Jurado*, Civitas, Madrid 1996, pág. 116.

haberse incluido en el mismo ciertos hechos no alegados por las acusaciones en su escrito de conclusiones, y que a la postre fueron determinantes de la existencia de alevosía, como hilo conductor de la posterior tipificación de los hechos como constitutivos de un delito de asesinato.

El aludido Tribunal Superior de Justicia destacó como telón de fondo del examen del recurso, ante todo, el principio acusatorio, que constituye según transcripción literal «uno de los goznes fundamentales sobre los que gira todo el procedimiento especial de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado»<sup>85</sup>.

Con rotundidad se proclama en la referida sentencia que «de entrada, hay que dejar sentado, que cuando el artículo 52 de la L.O. dispone que el Magistrado-Presidente en el escrito llamado objeto del veredicto, narrará los hechos alegados por las partes, se está refiriendo indudablemente a los hechos que las partes han establecido en sus respectivas conclusiones definitivas y que consecuentemente, no existe posibilidad legal alguna de que por parte del Magistrado-Presidente se introduzca o intercale en tal objeto del veredicto hecho alguno perjudicial para el acusado que haya quedado extramuros de los referidos escritos de las acusaciones».

Conviene recordar aquí que —se sigue diciendo— «es doctrina jurisprudencial pacífica, aplicable a los procedimientos penales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y con mayor motivo al Procedimiento Especial ante el Tribunal del Jurado, **que las conclusiones definitivas son el verdadero instrumento procesal de la acusación y que por exigencias de los principios de defensa y contradicción el acusado sólo debe defenderse de los hechos que se le achacan en tal escrito definitivo**. En este sentido la importante sentencia del Tribunal Constitucional 20/1987 (Sent. 19 febrero 1987, B.O.E. 4 marzo 1987) declaró que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas y por ello ha dicho reiteradamente el Tribunal Supremo que toda sentencia penal ha de resolver sobre las conclusiones definitivas de las partes»<sup>86</sup>.

85. Fundamento de Derecho 4.º de la sentencia n.º 1/1998 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de fecha 23 de mayo de 1998.

86. Las denunciadas ambigüedades a que se presta el artículo 52 de la Ley del Jurado, son resueltas sin ambages en la comentada sentencia (ver pág. 85): «Ciertamente, la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado en su artículo 52.1 g), en

El Tribunal Supremo en sentencia de 30 de enero de 1998 (n.º 84/1998), resolviendo un recurso de casación articulado, entre otros motivos, por variarse en el objeto del veredicto los hechos tal como fueron configurados por la acusación (y además por añadirse en el veredicto hechos favorables no recogidos por la defensa), manifiesta que «es evidente que mucho se ha de ganar si, al margen de interpretaciones extensivas, se procura la máxima rigidez en la estricta observancia de los requisitos legales, soslayando posibilidades discutidas y discutibles. En conclusión, debe procurarse el acotamiento objetivo de la norma fuera de lo que pueda ser opinable subjetivamente».

La aludida sentencia que proclama la nulidad del juicio celebrado ante el jurado, declara que no puede olvidarse que un **objeto de veredicto incorrecto, aunque** «ex post» sea asumido, va señalando y marcando de manera incorrecta unas pautas decisivas para conformar, «ex ante», el juicio de los jurados<sup>87</sup>.

La doctrina establecida completa su razonamiento aseverando

---

una concesión al criterio inquisitivo, permite al Magistrado-Presidente añadir hechos o calificaciones jurídicas favorables al acusado. Pero hay que tener en cuenta que este precepto excepcional (que sólo atañe a hechos de signo favorable), no puede ser utilizado para legitimar un determinado cambio fáctico ni para suplir carencias de las partes —ni aunque se haga con el noble y loable fin de servir a un ideal de justicia—, porque con ello se distorsionaría la imparcialidad y la asepsia con que la Ley ha querido dibujar definitivamente la figura del Magistrado-Presidente». Similar es la interpretación que el Tribunal Supremo llevó a cabo en aplicación de la antigua Ley del Jurado de 20 de abril de 1888, sentando una jurisprudencia referida al artículo 76 de la vetusta Ley, precedente del actual artículo 52. En la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1900, se declaraba que «se infringe el párrafo 1.º del artículo 76 de la Ley del Jurado cuando el Tribunal no formula las preguntas propuestas... de acuerdo con las conclusiones definitivas».

En el sentido apuntado, interesantes extractos jurisprudenciales referidos a la Ley del Jurado de 20 de abril de 1888, pueden verse en la obra de LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ, *Comentarios a la L.O. 5/95 del Tribunal del Jurado*, Dykinson, Madrid 1995, págs. 133 y siguientes. Sobre las reglas para la formación del objeto del veredicto y especiales recomendaciones dirigidas a los Presidentes del Jurado en la Ley de 1888, ver Vicente AMAT Y FURIO, *El Jurado*, Domenech, Valencia 1888, págs. 289 y siguientes, interpretativas de los artículos 70 y siguientes de la vetusta Ley.

87. La comentada sentencia razona que no se entiende que la resolución recurrida considere que ello no propicia, por su intrascendencia, indefensión alguna, por la sola circunstancia de que la resolución posterior del jurado unánimemente declaró probados los hechos contenidos en esta multivoca proposición.

que «**la sola posibilidad** anímicamente hablando, de que la incorrecta formulación del objeto del veredicto, influya subjetivamente, o pueda influir, sobre la mente de unos jueces legos, circunstancia que no puede obviarse, es suficiente como para pensar en la indefensión que el texto legal preconiza como última ratio del quebrantamiento de la forma exigible en el proceso»<sup>88</sup>.

e) *La delimitación del objeto del proceso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley del Jurado*

En relación con las apuntadas cuestiones es aconsejable la referencia a la fijación del objeto del proceso penal, y en este sentido no pueden obviarse al efecto determinadas puntualizaciones. En la fase instructora (o de investigación), es necesaria la determinación del acusado, que constituye (en la Ley de Enjuiciamiento Criminal), una de las funciones esenciales del sumario, la de determinar la legitimación pasiva (artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Que dicha función se lleve a cabo mediante la imputación judicial en el Procedimiento Abreviado o mediante el auto de procesamiento (artículo 84 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), dependerá del tipo de proceso que vaya a seguirse, pero lo cierto es que mediante dichos autos se asume ya la función de determinación de la legitimación pasiva.

El procesamiento permite pues un cierto conocimiento previo de la acusación, pero no delimita definitivamente el objeto procesal, ni la calificación jurídica contenida en el referido auto es vinculante ni para las partes ni para el Tribunal sentenciador.

Además dentro de la fase instructora, debe el Juez de Instrucción incorporar a las actuaciones cuantas circunstancias fácticas complementen el hecho (artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o cuantos nuevos hechos punibles aparezcan en conexión

---

88. La controvertida regulación del objeto del veredicto, ha dado lugar ya, en la corta vida del jurado, a juicios controvertidos (Recuérdese además de los mencionados, el denominado caso Otegui, resuelto en Sentencia TS de 11 de marzo de 1998 (R. 364/1998, de la que fue Ponente el recientemente fallecido Magistrado MONTERO FERNÁNDEZ-CID).

(artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En los procedimientos en los que es de aplicación la Ley del Jurado, la posición más activa se reserva al Ministerio Fiscal y a las partes.

Sin embargo, la dirección activa en la determinación del objeto indiciario del proceso penal, no correrá a cargo del Juez Instructor, una vez ordenada la apertura a juicio oral. A partir de este momento, será a las partes acusadoras a quien corresponderá en importante medida la configuración del objeto del proceso penal.

Será en la fase más avanzada del juicio oral, en la que, se establecerá la prohibición de condenar por delito distinto cuando éste conlleve una mutación sustancial del hecho enjuiciado o una diversidad del bien jurídico protegido, no vulnerándose no obstante el principio acusatorio cuando exista homogeneidad delictiva<sup>89</sup>.

No obstante la formalización de la acusación constituye una primera delimitación de la materia sobre la que ha de recaer el juicio, hasta el punto de que la falta de acusación o su retirada no permiten la prosecución del juicio, **proporcionando no obstante la referida acusación, sólo un aspecto del objeto del proceso**<sup>90</sup>.

Este aspecto del objeto del proceso, como ha destacado ALMAGRO NOSETE<sup>91</sup>, «se complementa con la posible introducción de otros hechos que desvirtúen los que constituyen el fundamento de la acusación como base de la defensa».

Destacada la importancia de la acusación como presupuesto

89. Con la genérica limitación establecida en el artículo 794.3 de la L.E.Cr. en referencia al Procedimiento Abreviado. El artículo 746.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reconoce además a las partes, el derecho a producir nueva prueba cuando revelaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, debiéndose aplicar dicho precepto en íntima conexión con el artículo 24.2 de la Constitución Española.

90. Ya destacó CAPPELLETTI, la acción y la defensa como integrantes *ambas*, del desarrollo de un juicio con todas las garantías procesales. Ver CAPPELLETTI en *Proceso, Ideologías, Sociedad*, EJE, Buenos Aires, 1974, págs. 477-81, con estudio del significado de garantías procesales, y función de las constituciones y de las actividades de interpretación y actuación de la norma constitucional. Evolución de la jurisprudencia estadounidense sobre la «due process of law».

91. ALMAGRO NOSETE, *Instituciones de Derecho Procesal*, Tomo Tercero Proceso Penal I, Trivium, Madrid 1993, pág. 117, Entre la pretensión punitiva y la pretensión defensiva (sea absolutoria o atenuatoria), el margen de actuación del órgano jurisdiccional tiene unos límites tanto fácticos como jurídicos. En páginas 119 y siguientes, el autor analiza los aludidos límites, desde la óptica garantista que pivota en los derechos del acusado.

condicionante en cuanto a la determinación del objeto del proceso, este concepto no se agota en la acusación por cuanto, —como ha resaltado el referido autor— contempla también las posiciones de la defensa.

Mas «la pretensión penal, no queda definitivamente fijada en el escrito de acusación»<sup>92</sup>. La determinación de las pretensiones de las partes acusadoras y **acusadas**, formulada en los escritos de calificación provisional tiene, como indica su misma denominación, valor provisional.

Será después de celebrado el juicio oral, público, bajo el principio de la inmediación, la contradicción y la confrontación de posturas encontradas, y practicada la prueba en el marco y respecto a los referidos principios, cuando las partes formularán sus conclusiones definitivas (artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), elevando a tal carácter las provisionales, modificándolas o (y) planteando en su caso calificaciones alternativas con carácter de definitivas.

**No es, sino en este momento, o sea, prácticamente al término del proceso penal, cuando las partes tienen que concretar definitivamente el objeto del proceso**<sup>93</sup>.

En los juicios ante el Jurado y en este orden de ideas, la fijación progresiva que del delito objeto del proceso se lleva a cabo en la Ley del Jurado, se nos presenta ambigua y difusa, pero sobre todo peligrosa desde el punto de vista de la instauración de un modelo acusatorio que parece se desea que sea lo más próximo posible al adversarial.

92. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch 1993, pág. 202. Considera el referido autor el escrito de calificación definitiva, como última posibilidad de fijar definitivamente la pretensión penal, estableciendo el deber de congruencia del Tribunal exclusivamente con respecto a lo afirmado en las conclusiones definitivas (Sentencia Tribunal Constitucional 20/1987), de 19 de febrero de 1987, BOE, 4 de marzo, de 1987).

93. ALMAGRO NOSETE, *Instituciones de Derecho Procesal*, ob. cit., pág. 115. El autor añade que «aún ya concluida por las partes estas calificaciones, el Tribunal puede solicitar una reconsideración de estas conclusiones al amparo del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». «La invitación a esta reconsideración no puede sustituir no obstante a estas calificaciones, porque transformaría irregularmente al Juez en acusador», según expone el autor, págs. 122-123 con cita de diversas sentencias del Tribunal Constitucional, 18 de abril y 8 de julio de 1985. Para el Procedimiento Abreviado, ver artículo 793.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así como en los procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se lleva a cabo una primera aproximación del objeto del proceso en el auto de procesamiento (o en el auto de imputación si nos ubicamos en el Procedimiento Abreviado), con un posterior acotamiento en el auto de apertura del juicio oral, y la formulación de sus conclusiones provisionales inicialmente y definitivas después, con las alternativas que en su caso pudieran formularse, quedando en este último trámite fijado definitivamente el objeto del proceso (y a su vez los límites de la congruencia con las excepcionales facultades dimanantes del planteamiento de la tesis del artículo 733 de la Ley del Enjuiciamiento Criminal), el procedimiento en la Ley del Jurado, al permitir un intervencionismo e interferencia constante en la fase del Juicio Oral, se aparta en alguna medida del modelo acusatorio que propugna.

Cierto, como ya se apuntó, que en la fase de investigación el Juez de Instrucción debe tener una intervención en la individualización del material fáctico, y que mediante la apertura del Juicio Oral se debe evitar el sometimiento de cualquier persona a la injustificada pena de banquillo.

Pero posteriormente, la facultad que al Magistrado-Presidente le concede el artículo 52 g) de la Ley del Jurado, de añadir hechos o calificaciones jurídicas (aunque favorables al acusado), no es propia de un modelo acusatorio, y menos propia de un sistema cercano al adversarial como parece que se propugna. Existe además el riesgo de que hechos aparentemente favorables al acusado, no lo sean en realidad, por las connotaciones de diverso orden que puedan tener en el ámbito en que se desenvuelve el acusado.

Practicada la prueba, el siguiente trámite procesal es el de las calificaciones definitivas. Aléguese aquí, cuanto interese alegar, con carácter principal, alternativo, o subsidiario, y recójase después en el objeto del veredicto. Que no sea el árbitro quien remate la jugada.

En este orden de ideas, la progresiva fijación que del objeto del proceso se lleva a cabo en la Ley del Jurado, como exponía QUINTERO OLIVARES<sup>94</sup> «no se nos presenta como tendente a lograr la ins-

94. QUINTERO OLIVARES, *La justicia penal en España*, Aranzadi, Pamplona 1998, pág. 205. El modelo mismo del Jurado fue el centro de la polémica, con duros enfrentamientos entre los partidarios del Jurado puro y escabinado.

tauración de un modelo acusatorio lo más próximo posible al adversarial, tal como se pretende en la Exposición de Motivos de la Ley». A mayor abundamiento, «la forma que se dio a nuestro Jurado, tenía que encajarse en una vieja estructura procesal (la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y sin resolverse previamente la adscripción de nuestro sistema judicial penal al modelo acusatorio o inquisitivo».

La realidad de los acontecimientos ha demostrado que los reparos que intento explicitar, no constituyen simples temores o exageraciones. Han sido varias ya las sentencias que han tenido que corregir desviaciones dimanantes de interpretaciones inadecuadas que pueden provenir de una ambigua redacción del texto legal.

La comentada sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1998<sup>95</sup>, casó la del Tribunal Superior de Justicia por cuanto el Magistrado-Presidente del caso enjuiciado, no planteó el objeto del veredicto en su relato fáctico, tal como fue configurado por la acusación. En cualquier caso ha de predominar —se especifica en la aludida sentencia—, «el respeto de la defensa **contradictoria** de las partes como oportunidad dialéctica de alegar y justificar en el proceso el reconocimiento judicial de sus derechos e intereses».

En conclusión, se dice «debe procurarse el acotamiento objetivo de la norma fuera de lo que pueda ser opinable subjetivamente». Se finaliza la fundamentación jurídica afirmando (después de llegar a la estimación del recurso de casación) que «no constituye obstáculo para tal decisión el que, drásticamente, la estimación del nuevo motivo implique la celebración de un nuevo juicio».

No acaba con lo dicho el riesgo que lleva aparejada la estructura normativa objeto de estudio. Se contempla la posibilidad (artículo 59.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado) de que si en trance de votación sobre los hechos, no se obtuvieren las mayorías previstas por la Ley, **se pueda someter a votación entre los miembros del Jurado, Jueces Legos<sup>96</sup>, el correspondiente hecho con las**

95. Tribunal Supremo, 30 enero de 1998, R-56/1998.

96. Ver VÁZQUEZ SOTELO en *La selección de los Jurados*, ob. cit., n.º 3 y 4, sobre sistema, procedimiento, nombramiento, recusación, incompatibilidades, excusas de los jueces legos llamados y elegidos para enjuiciar. Precisiones y objeciones críticas.

Sobre la misma cuestión, ver MARTÍN OSTOS, *La selección del Jurado*, ob. cit.

precisiones que se estimen pertinentes por quien proponga la alternativa y tras una nueva redacción, el párrafo sea sometido a votación.

Demasiadas son ya las alteraciones post-calificaciones definitivas, que pueden tener lugar. Si bien se prohíbe una alteración sustancial, no será fácil para los jueces legos diferenciar entre una alteración sustancial, accidental, complementaria o, integradora.

No será fácil evitar que en estas precisiones se incluyan o excluyan aspectos fácticos que impliquen la punición de un delito heterogéneo al contemplado en las calificaciones definitivas. No será fácil quizás que dejen intacto el cuadro de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Y no será fácil, ni propio, porque el cauce adecuado exige que estas circunstancias, al poder entrañar aspectos valorativos, queden fijadas en los escritos de calificación definitiva, por lo que lo lógico sería que si no se reúne el quórum suficiente, esta inexistencia proyecte sin más sus consecuencias en la votación y posteriormente en la sentencia.

En conclusión, si se analiza el texto de la Ley del Jurado en consonancia con lo que se dispone en la Exposición de Motivos y en la Disposición final cuarta, en la que se expresa el deseo de **instaurar un procedimiento fundado en los principios acusatorio y de contradicción entre las partes**, creo modestamente, que sería conveniente calibrar las consideraciones que anteceden.

f) *Reacción de las partes frente a las inconcreciones del objeto de enjuiciamiento. Reflexiones finales*

Es indudable que frente a lo expuesto se puede contraargumentar que la Ley concede a las partes medios para reaccionar contra tales alteraciones producidas en la fase del juicio oral, pero la cuestión consiste en determinar si estos medios son adecuados, suficientes, operativos en suma.

Según el artículo 53 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, frente a la formulación del objeto del veredicto, serán oídas las partes, en aras a la solicitud de las inclusiones o exclusiones que estimen pertinentes, más frente a las peticiones rechazadas sólo se po-

drán formular protestas a los efectos del recurso que haya lugar contra la sentencia.

Sin necesidad de mayor exhaustividad en lo que se refiere a la regulación del curso impugnativo, interesa destacar que frente a las sentencias que se dicten en el ámbito de la Audiencia Provincial, cabrá recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia.

Del examen de la regulación de dicho recurso, se desprende, y así se ha destacado por significativos autores como MONTERO AROCA<sup>97</sup>, «que el referido recurso de apelación se encuentra más cercano en cuanto a sus exigencias, a un recurso extraordinario que al ordinario de apelación, tal como se contempla en la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Aunque jurisprudencialmente ha sido interpretado (interpretación digna de elogio) soslayando excesivas exigencias formalistas. (En esta línea, TS 8 octubre 1998, R. 365/1998).

A las observaciones que se acaban de realizar, deberían unirse algunas más referidas a la disolución anticipada del Jurado, pero los límites en que se desenvuelve este trabajo nos lo impiden. Sólo mencionar, que a excepción de la retirada de la acusación, los demás supuestos de disolución deben cuando menos, ser puestos en entredichos<sup>98</sup>.

97. MONTERO AROCA, *Los recursos en el Proceso ante el Tribunal del Jurado*, ob. cit., 1996, págs. 142 y 144. Estamos, dice el autor, ante un recurso llamado de apelación, pero desde luego no ante un verdadero recurso de apelación. No estamos ante una apelación plena, o doble instancia, y ni siquiera ante una apelación limitada. Estamos ante un recurso extraordinario. Existe, afirmará después, una única instancia y luego dos recursos extraordinarios sucesivos.

Comentaba el autor, refiriéndose a la Ley de 20 de abril de 1888 los recursos de reforma y de revista, que realmente, no eran medios de impugnación. La llamada reforma se refería al veredicto y suponía que éste fuera devuelto al Jurado, bien de oficio por los Jueces de derecho, bien a instancia de parte, cuando era incompleto o contradictorio. La denominada revista atendía a la disolución del Jurado y al sometimiento de la causa a otro nuevo cuando los Jueces de Derecho, de oficio o a instancia de parte, entendían que en el veredicto se incurría en error grave y manifiesto (pág. 9 de ob. cit.).

98. En lo que a la censura de los supuestos de disolución al término del juicio oral, por conformidad del acusado, o por ausencia de prueba de cargo, nos unimos a la crítica formulada por GIMENO SENDRA en *El Tribunal del Jurado*, ob. cit., 1996, pág. 33. El mismo autor y en el mismo sentido, en *La segunda reforma urgente de la Ley del Jurado*, Actualidad Aranzadi, Año VI, n.º 232, 8 de febrero de 1996, pág. 3. Profunda reflexión suscita no obstante VERGER GRAU en *La diso-*

Ciertamente la determinación de los elementos esenciales que configuran la pretensión penal no constituye una teoría nada pacífica, pues, coexisten distintas soluciones jurisprudenciales e incluso legales<sup>99</sup>.

No obstante, en vía de integración del objeto del proceso penal, «la determinación de las pretensiones de las partes tiene valor provisional, puesto que hasta después de practicadas las pruebas en el acto de juicio oral, no se formulan las calificaciones o conclusiones definitivas; es decir, que no es sino en este momento, o sea, prácticamente al término del proceso penal, cuando las partes tienen que concretar definitivamente el objeto del proceso»<sup>100</sup>.

El escrito de conclusión, siguiendo a GIMENO SENDRA «constituye la última posibilidad de la que gozan las partes para modificar (no sustancialmente) la pretensión penal, que queda definitivamente fijada en el proceso, estableciendo el deber de congruencia» del Tribunal exclusivamente con respecto a lo afirmado en las conclusiones definitivas (SSTC 20/1997 y 91/1989)<sup>101</sup>.

En definitiva pues, si a la hora de fijar el objeto del veredicto, se toman como punto de referencia los escritos de calificación definitiva de las partes, bien sean únicas o alternativas, probablemente se evitará en gran medida la problemática que ha llegado hasta el momento hasta el Tribunal Supremo, que ha creado una doctrina jurisprudencial, en este sentido.

*lución anticipada del Jurado*, Revista Justicia, J. M. Bosch, 1996, n.º 3-4, págs. 507-511. Razona el autor que la disolución anticipada en los supuestos de inexistencia de prueba de cargo, evita tener que acudir al recurso de apelación para obtener igual resultado y que se prolongue indebidamente la prisión provisional. La presunción de inocencia merece esta doble protección. Añade que la medida tampoco es definitiva. Está sometida a revisión por el Tribunal Superior. El artículo 846 bis c), causa d) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé como causa de apelación el haberse acordado la disolución del Jurado, cuando no procediese.

99. GIMENO SENDRA con MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, 2.ª edición 1997, ob. cit., pág. 208.

100. ALMAGRO NOSETE en *Instituciones de Derecho Procesal*, ob. cit., pág. 115. Y aún ya concluida por las partes estas calificaciones definitivas, cabe, todavía, que el Tribunal si considera que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error pueda solicitar de las partes una reconsideración de estas conclusiones, como previene el artículo 733 para el proceso ordinario y el artículo 793 6.7 para el abreviado.

101. GIMENO SENDRA con MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, 2.ª edición, ob. cit., pág. 221.

Con esta perspectiva se daría una efectiva contradicción entre las partes acusadoras y acusadas, dificultándose la indefensión y proscribiéndose todos aquellos aditamentos y precisiones que impiden que finalizado el juicio oral, los miembros del Jurado puedan cumplir su función con pautas claras y sobre bases firmes.

La reciente historia impugnativa del Jurado, creo que ha constatado las denunciadas imperfecciones, que han sido resueltas por la jurisprudencia, en total coherencia con el sistema instaurado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, intentando resolver la problemática de una Ley del Jurado totalmente original<sup>102</sup>.

No se pretende con este estudio lanzar un juicio crítico a la institución del Jurado. Las notas críticas expuestas no constituyen otra cosa que puntos de reflexión tendentes a evidenciar posibles inconvenientes que puedan surgir de la actual normativa reguladora del Jurado.

La reciente jurisprudencia interpretativa de dicha Ley, de original textura<sup>103</sup>, corrobora algunas de las inquietudes reflejadas. Ello no es óbice sin embargo, para que me adhiera a las conclusiones formuladas por el Presidente de la Asociación Pro-Jurado, refiriéndose a que la institución confirma que el principio fundamental de que la Justicia emana del pueblo, no es simple retórica. La institución del Jurado, añadiría, «crea el indispensable respeto recíproco y comunicación colaboradora entre Poder Judicial y Sociedad para el fin común de una justicia más representativa y, por tanto, más cercana, más comprensible»<sup>104</sup>.

102. En lo que se refiere a precisiones sobre Hechos y Derecho, ver FAIRÉN GUILLÉN, *De los hechos al Derecho*. Uno de los sofismas de la Ley del Jurado. En Revista de Derecho Procesal, Edersa 1997, n.º 2, págs. 355 y siguientes. También FAIRÉN GUILLÉN, *Sobre la proposición no de Ley para la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*, Revista de Derecho Procesal, 1997, n.º 3, págs. 695 y siguientes.

103. SUAU MOREY, *La reimplantació del Jurat a Espanya*, ob. cit., IDEB, febrero-ayo 1995, págs. 181-188.

104. Sobre los beneficios que el sistema del Jurado ha otorgado a la sociedad americana, véase LÓPEZ MUÑOZ en *Tribunal del Jurado. Aproximación crítica al Tribunal del Jurado desde el derecho anglosajón*, Gobierno de Canarias, 1996, pág. 65.

Sobre la historia del Jurado anglosajón que se remonta al siglo pasado, ver Maximus A. LESSER, *History of the Jury System*, Rochester, 1894. Al igual que PROFFATT, Ll. B. en *Trial by Jury*, San Francisco, Sumner Whitney and Company. New York: Hurd and Houghton, 1877.

Debe reconocerse que la oralidad y la contradicción han sufrido un importante impulso en la Ley del Jurado, debiendo criticarse no obstante que la Disposición Final Cuarta de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, no haya sido tenida en cuenta pese al tiempo transcurrido. Ello pasa por, entre otras cosas, la plena implantación en todos los procedimientos, incluido el Juicio de Faltas, del principio acusatorio y de contradicción entre las partes, previstos en la Constitución, simplificando el proceso de investigación para evitar su prolongación excesiva.

Finalmente de la breve doctrina jurisprudencial interpretativa de la Ley del Jurado, se deduce que el veredicto, aún pronunciado por personas en derecho, requiere motivación, aunque sea escueta o sucinta en la línea marcada por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1998, (R. 365/98)<sup>105</sup>. Como denunciaba VÁZQUEZ SOTELO<sup>106</sup>, la motivación no debe limitarse sólo a las razones jurídicas. «Porque en una sentencia penal, esas razones jurídicas vienen condicionadas y referidas a la previa definición del hecho justificable, que condiciona prácticamente todo el contenido de la sentencia y que se realiza mediante la construcción de la premisa fáctica».

105. Si se hubiese incorporado el sistema del escabinado, no hubiere surgido la problemática de la motivación de las sentencias. La exigencia de dicha motivación, constituye a mi entender, el argumento más sólido a favor de la incorporación del sistema de escabinos.

106. VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia e íntima convicción del juzgador*, ob. cit., págs. 514-515. La motivación fáctica de la sentencia —sigue diciendo el autor—, es precisamente la que mejor entienden los justiciables y la que más trasciende a la Comunidad a la que toda obra jurídica va, en definitiva, destinada, y de cuyo fundamento van a derivar las consecuencias jurídicas que la sentencia establece.

## ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL<sup>1</sup>

DAVID VALLESPÍN PÉREZ  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Barcelona

### SUMARIO:

1. Introducción. — 2. Posición clásica y dominante en la doctrina y jurisprudencia española. — 3. El nuevo criterio jurisprudencial de «la facilidad probatoria». — 4. Aplicaciones puntuales del criterio de la facilidad probatoria en la reciente jurisprudencia.

### 1. INTRODUCCIÓN

La vigencia en nuestro proceso civil del principio de aportación de parte que se contiene bajo la regla jurídica *iudex iudicare debet secundum iuxta allegata et probata partium et non secundum cons-*

1. Este artículo tiene su origen en la Comunicación que bajo este mismo título he tenido la fortuna de presentar en el marco del XVI Congreso Mexicano de Derecho Procesal (Abril-1999).

*scientiam suam*<sup>2</sup>, pone de relieve la importancia de analizar la denominada **carga de la prueba**<sup>3</sup>, al objeto de determinar quienes deben soportar el riesgo de la posible falta de prueba de las afirmaciones sobre los hechos controvertidos<sup>4</sup>, como correctivo a la posibilidad de un *non liquet*<sup>5</sup>.

A efectos probatorios no existen afirmaciones de una u otra parte, sino tan sólo un conjunto de afirmaciones que por haber sido alegadas por las partes tienen interés propio para el proceso<sup>6</sup>. No obstante, la toma en consideración del principio de igualdad de armas procesales, hoy exigible como garantía constitucional que informa y preside el proceso civil, provoca la exigencia de acometer la inicial distribución del riesgo de la falta de prueba entre ambas partes<sup>7</sup>.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede por ejemplo en la legislación procesal civil mexicana, en que existen preceptos expresamente dirigidos a resolver todos los problemas derivados de la necesidad de demostrar al juez los hechos afirmados en la demanda y en

2. Sobre la correcta significación de este principio, véase: VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Los principios del proceso civil*, en la obra colectiva *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, dirigida por Albácar López, Tomo I, Ed. Trivium, Madrid, 1994, págs. 418-419.

3. DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, I, 5.ª ed, Editor Alberti, Buenos Aires, 1981, págs. 392 y ss; MICHELI, G. A. *La carga de la prueba*, traducción de Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1961; ROSENBERG, L. *La carga de la prueba*, Ejea, Buenos Aires, 1956; VERDE, G. *L'onore della prova nel processo civile*, Jovene Editore, Camerino, 1974.

4. EISNER, I., *La prueba en el proceso civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Contribución al estudio de la prueba*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pág. 359.

5. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972, pág. 583; SENTÍS MELENDO, S., *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires, 1979, págs. 301-302; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XVI, Vol. 2.º, dirigidos por M. Albadalejo, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, págs. 43 y ss.

6. En este sentido y tomando como punto de partida el denominado principio de *adquisición procesal* (CHIOVENDA, G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, pág. 748), véase: SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., pág. 51.

7. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, I, con Herce Quemada, Madrid, 1979, pág. 308.

la contestación, por vía de acción o de excepción<sup>8</sup>, en el caso español hemos de significar que ni el Código Civil ni la Ley de Enjuiciamiento Civil contienen un precepto dirigido a determinar quien tiene la carga de la prueba en el proceso civil.

Así las cosas, la doctrina y la jurisprudencia españolas se han visto obligadas, en orden a conocer la distribución de la carga probatoria, a fundar sus construcciones sobre la base de la generalización del principio contenido en el art. 1.214 del Código Civil, relativo a la «prueba de las obligaciones»<sup>9</sup>:

«Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone».

## 2. POSICIÓN CLÁSICA Y DOMINANTE EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS

Superada la utilización del criterio de distribución de la carga de la prueba representado por el viejo aforismo *necessitas probandi incumbit ei qui agit*, y con apoyo en la propia dicción literal del art. 1.214 CC, se ha optado por el seguimiento de un nuevo criterio en atención al cual el riesgo de la falta de actividad probatoria corresponde tanto al actor como al demandado, ya que cuando este último excepciona debe probar su excepción (*ei incumbit probatio qui affirmat non qui negat y reus in excipiendo fit actor*).

Sin embargo, conviene señalar que el mencionado art. 1.214 CC no hace más que darnos el criterio general y abstracto de repartición de la carga de la prueba<sup>10</sup>, de tal forma que los resultados que se derivan de su aplicación no son siempre del todo convincentes. De una parte, sólo se refiere a los hechos constitutivos y extintivos,

8. Sobre la importancia del art. 281 del código procesal civil mexicano: «Las partes asuminan la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión», véase: BECERRA BAUTISTA, J., *El proceso civil en México*, 15.ª ed., Porrúa, México, 1996, págs. 92 y ss.

9. GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, I, Institutos de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 327.

10. Sobre la generalidad de este principio ya afirmada en su día por la STS de 4 de diciembre de 1963 (Ar. 4716), véase: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba*, ob. cit., pág. 592.

pero olvida la prueba de los hechos impeditivos y excluyentes<sup>11</sup>. De otra, no ofrece la respuesta al interrogante de quién y cómo debe probar un hecho negativo<sup>12</sup>.

Precisamente, esta situación ha conducido a la doctrina y jurisprudencia españolas a interpretar el art. 1.214 CC teniendo en cuenta la tipología de hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes<sup>13</sup>. Así, el principio general de distribución de carga de la prueba supone estimar, por una parte, que *los hechos constitutivos que fundan la demanda deben ser probados por el actor*; y, por otra, que *cuando estemos en presencia de hechos impeditivos, extintivos o excluyentes, el riesgo de la falta de su prueba recaerá en el demandado*<sup>14</sup>.

Esta interpretación clásica es la que cabe reputar como dominante tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. No obstante, una reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, sin derogar este criterio genérico y abstracto de distribución de la carga de la prueba en el proceso civil, ante una serie de casos en los que su aplicación estricta e inflexible provoca decisiones injustas, se ha desviado puntualmente hacia una nueva interpretación en la que más que atender a una serie de principios teóricos o a la posición que cada parte ocupa en el proceso para determinar quien debe correr con el riesgo de la falta de prueba, se debe prestar una especial atención a criterios prácticos y en concreto a la proximidad real de las partes a las fuentes de prueba<sup>15</sup>. Se trata del llamado criterio de la «facilidad probatoria»<sup>16</sup>.

11. RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, I, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 346.

12. PRIETO-CASTRO, L. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Aranzadi, Pamplona, 1985, pág. 631.

13. En este sentido, y partiendo de la clasificación fáctica expuesta por CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, t. 3, traducción de Gómez Urbaneja, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1936/1940; véase: GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, I, ob. cit., págs. 226 y ss.

14. En este sentido, sirvan de ejemplo, entre otras: STS de 15 de febrero de 1985 (Ar. 555); STS de 26 de noviembre de 1993 (Ar. 9137); y STS de 24 de octubre de 1994 (Ar. 7681).

15. Partiendo de una orientación ya expuesta en su día por LESSONA, C., *Teoría general de la prueba en Derecho Civil*, traducción de Aguilera de Paz, Ed. Reus, Madrid, 1928, se han expresado en esta línea de pensamiento, entre otros: MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, Proceso Civil, Tirant lo Blanc,

### 3. EL NUEVO CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE LA «FACILIDAD PROBATORIA»

En aquellos casos en los que la jurisprudencia entiende que una aplicación literal de la construcción clásica y dominante sobre la distribución de la carga de la prueba puede conducir a soluciones injustas, incompatibles con las exigencias derivadas del principio de buena fe<sup>17</sup>, y contrarias a la obligación constitucional de colaborar con los órganos jurisdiccionales<sup>18</sup>, se está empezando a abrir paso un nuevo criterio de distribución de la carga probatoria que necesariamente debe estar impregnado por el propósito de ajustarse lo más posible a las circunstancias del caso, evitando incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad<sup>19</sup>.

El objetivo primordial de este nuevo criterio denominado de la «facilidad probatoria», estriba en excluir que por una regla dogmática y rígida un *thema probandi* se convierta en muy difícil de probar para una de las partes<sup>20</sup>, máxime cuando no son infrecuentes aquellas situaciones de la vida real en las que el que tiene la prueba trata de ocultarla, al efecto de que la otra parte no puede probar sus afirmaciones sobre los hechos controvertidos<sup>21</sup>.

Valencia, 1997, pág. 195; MUÑOZ SABATÉ, Ll., *Técnica probatoria*, Ed. Praxis, Barcelona, 1993, pág. 51; y RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento Civil*, I, ob. cit., pág. 347.

16. Vid. 3.

17. Art. 11.1 LOPJ:

«En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

18. Art. 118 CE:

«Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto».

19. PALACIO, L. E., *Manual de derecho procesal civil*, I, 10.ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 492.

20. RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, I, ob. cit., pág. 347.

21. Piénsese, por ejemplo, en lo difícil que se presenta para un paciente demostrar la responsabilidad en que ha podido incurrir un médico que se ocupó negligentemente de su atención en un centro hospitalario, ya que es muy frecuente que la clínica se niegue a entregarle su historial médico y la hoja de enfermería. Igualmente complicado resulta para un trabajador probar su relación laboral cuando la empresa en que desempeña su trabajo no le facilita la documentación correspondiente que está en su poder.

En atención a este nuevo enfoque, que no es más que una manifestación jurisprudencial del planteamiento teórico sobre las denominadas «cargas dinámicas de la prueba»<sup>22</sup>, para determinar quien debe correr con el riesgo de la falta de prueba deberá tomarse en consideración que parte estaba en posición más favorable respecto a la facilitación de las pruebas relativas a las afirmaciones sobre los hechos controvertidos.

Ahora bien, este nuevo criterio de la «facilidad probatoria», todavía en la «nebulosa» de nuestra jurisprudencia, no supone arrinconar el criterio clásico y dominante antes expuesto<sup>23</sup>, sino que debe entenderse como complementario al derivado de la división cuatripartita de los hechos en constitutivos, impositivos, extintivos y excluyentes, y únicamente para resolver los casos extremos en que dichas reglas objetivas sean inaplicables y conduzcan a resultados manifiestamente injustos<sup>24</sup>.

En esta nueva dirección de pensamiento ya acogida desde hace tiempo en el ámbito iberoamericano por la doctrina<sup>25</sup>, la jurisprudencia<sup>26</sup>, y determinados ordenamientos procesales civiles<sup>27</sup>, una reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo<sup>28</sup> ha afirmado:

22. La construcción teórica de las llamadas «cargas dinámicas de la prueba», ha sido objeto de un notable análisis en el ámbito iberoamericano por parte de PEYRANO, J. W., *Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Lima-Peru, Lima, 1995, págs. 331 y ss; para quien cabe concluir: «que el esquema del proceso moderno debe necesariamente estar impregnado por el propósito de ajustarse lo más posible a las circunstancias del caso, evitando así el incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad, de tal forma que modernamente se conciba que las cargas probatorias deban desplazar de actor a demandado o viceversa, según corresponda. El mecanismo tradicional de distribución de carga de la prueba estaba teñido por un apriorismo inaceptable que, fatalmente, distribuía las cargas probatorias de un cierto y determinado modo».

23. Vid. supra. 2.

24. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, ob. cit., pág. 61.

25. Entre otros, véanse: ARAZI, R., *La prueba en el proceso civil*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1986, pág. 92; PEYRANO, J. W., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág. 342.

26. Especialmente en materias como la responsabilidad profesional y el juicio de simulación.

27. Sirvan de ejemplo, entre otros: el art. 129 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica relativo a la *carga de la prueba*: «Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, im-

«que el artículo 1.214 del Código Civil no responde a criterios inflexibles, sino que ha de adaptarse a las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta, junto a la naturaleza de los hechos afirmados o negados, los criterios de facilidad probatoria, disponibilidad de los medios y proximidad a las fuentes de prueba».

A mi juicio, este criterio de la facilidad probatoria es muy apropiado en el marco de un modelo constitucional de proceso jus-

peditivos o extintivos de aquella pretensión. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal ni a su apreciación, conforme a las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba»; el art. 158 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, relativo a la existencia de *documentos en poder del adversario*: «La parte que quiera servirse de un documento, que según su manifestación se halle en poder de su adversario, podrá pedir al Tribunal que intime a aquel su presentación en el plazo que se determine. Cuando por otros elementos de juicio, la existencia y contenido del documento resultare manifiestamente verosímil, la negativa a presentarlo podrá ser estimada como reconocimiento de ese contenido»; el art. 367 del Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, 1993-1994 (Arazi, Eisner, Kaminken y Morello), relativo a la *carga de la prueba y los deberes del Juez*: «Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez deberá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica material del litigio. En los casos en que el interés comprometido requiera, por su gravedad, tutela especial o prioritaria, los jueces dispondrán de amplios poderes de investigación, sin perjuicio del respeto al principio de contradicción y de los propios del debido proceso legal. Las directivas para el juez contenidas en esta norma se adecuarán, asimismo, a una mayor exigencia del deber de colaboración de las partes, según les sea a éstas más cómodo aportar las evidencias o esclarecer las circunstancias de los hechos controvertidos o si, por razón de la habitualidad, especialización u otras condiciones, la atención de la carga ha de entenderse que es a esa parte a quien corresponde, según las particularidades del caso. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal, ni a la apreciación, conforme a las reglas de la sana crítica, de las omisiones, deficiencias de la prueba, o ausencia de la colaboración debida ...»; y el art. 287 del código procesal civil mexicano: «Cuando una de las partes se oponga a la inspección o reconocimiento ordenados por el tribunal, para conocer sus condiciones físicas o mentales, o no conteste a las preguntas que el tribunal le dirija, éste debe tener por ciertas las afirmaciones de la contraparte, salvo prueba en contrario. Lo mismo se hará si una de las partes no exhibe a la inspección del tribunal, la cosa o documento que tiene en su poder».

28. Entre otras, véanse: STS de 23 de septiembre de 1986 (Ar. 4782); STS de 18 de mayo de 1988 (Ar. 4314); STS de 16 de julio de 1991 (Ar. 5392); STS de 9 de febrero de 1994 (Ar. 838); y STS de 8 de octubre de 1997 (Ar. 7098).

to<sup>29</sup>, ya que como bien ha señalado nuestro Tribunal Constitucional<sup>30</sup>:

«... cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaboración con los Tribunales (art. 118 de la Constitución Española de 1978) conlleva que sea la parte quien deba aportar los datos requeridos de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, *no siendo exigible de ninguno de los litigantes una prueba imposible o diabólica*, so pena de causarle indefensión en contravención del art. 24 de la Constitución Española».

Sin embargo, paradójicamente esta nueva interpretación no ha sido acogida en el reciente Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1998<sup>31</sup>, que al seguir las normas clásicas en esta materia, no sólo desaprovecha una ocasión inmejorable para recoger las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de *onus probandi*, sino que también olvida la regulación mucho más avanzada en este punto que se contiene, por ejemplo, en el ordenamiento procesal civil mexicano, que alude expresamente a la posibilidad de que el Juez pueda compeler a las partes y terceros a exhibir cosas y documentos necesarios para la investigación de la verdad<sup>32</sup>.

#### 4. APLICACIONES PUNTUALES DEL CRITERIO DE LA FACILIDAD PROBATORIA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA

Una vez expuestas las líneas generales del correcto entendimiento del criterio de la facilidad probatoria, a continuación voy a

29. Sobre la significación del modelo constitucional de proceso justo, véanse, entre otros: COUTURE, E. J., *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en *Estudios de Derecho Procesal*, I, Depalma, Buenos Aires, 1989; MORELLO, A. M., *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*, Librería Editora Platense, Abeledo-Perrot, La Plata, 1994; y VALLESPÍN PÉREZ, D., *Las garantías constitucionales en el proceso civil español*, Tesis Doctoral, Barcelona, 1996 (en prensa-Ed. Bosch).

30. STC 7/94, de 17 de enero (BOE 17 de febrero). Sala Primera. Rec. amparo: 1.407/92. Ponente: Miguel RODRÍGUEZ-BEREIJO, FJ. 6; y STC 116/95, de 17 de julio (BOE 22 de agosto). Sala Segunda. Rec. amparo: 2.002/92. Ponente: José GABALDÓN LÓPEZ, FJ. 3.

31. Apartado IX de la Exposición de Motivos.

32. BECERRA BAUTISTA, J., *El proceso civil en México*, ob. cit., págs. 101-102.

examinar algunas aplicaciones puntuales que de este nuevo enfoque ha efectuado la reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo:

#### 1. Sentencia de 8 de marzo de 1991 (Ar. 2.200)

Los antecedentes que, como presupuesto previo, han de ser tenidos en cuenta para la adecuada resolución del presente recurso son los siguientes:

a) Los esposos D. Pablo H de P y D.<sup>a</sup> Visitación T del R, por un lado, y D.<sup>a</sup> Lucía H de P, por otro, son condueños, por mitad y proindiviso, de un edificio compuesto de tres plantas, y también son titulares, en la misma proporción ya dicha, de los dos negocios de discoteca que tienen instalados, uno de ellos, en la planta primera del mencionado edificio, y el otro en una localidad vecina. Mediante documento privado, el matrimonio vendió a Lucía H de P, su mitad indivisa, tanto del expresado edificio, como de los dos referidos negocios de discoteca, por el precio de cinco millones y medio que la compradora se obligó a pagar en sucesivos plazos. En las cláusulas tercera y cuarta del referido documento privado de compraventa se dice literalmente que el matrimonio hace entrega a Lucía H de P de las participaciones indivisas que correspondían a los primeros en la propiedad y negocios descritos. La compradora, habiendo recibido la entrega descrita anteriormente se hace cargo a partir de este momento de todas las deudas que afectan a la propiedad inmobiliaria y comercial descrita, presentes y futuras.

b) Al no haber pagado la compradora nada más que los tres primeros plazos del precio a los que se comprometió y tras el oportuno requerimiento notarial que le fue hecho, en el que los vendedores le notificaban su propósito de dar por resuelta la venta, los referidos vendedores promovieron contra la compradora el proceso en el que postularon que se declare resuelto el expresado contrato de compraventa con pérdida por la compradora de la cantidad que había entregado a cuenta del precio. Por su parte, la demandada —Lucía H de P— al contestar a la demanda, reconoció que, salvo los tres primeros plazos, no había pagado el precio estipulado, pero que ello había obedecido a que los vendedores retienen en su poder varias dependencias de la planta tercera del edificio vendido, de las

que no le han hecho entrega. En dicho proceso, y en su grado de apelación, recayó sentencia por la que, confirmando íntegramente la de primera instancia, se estima la demanda y se declara resuelto el contrato de compraventa litigioso, con pérdida por la demandada de la cantidad que ya había pagado como parte del precio. Contra dicha sentencia de la Audiencia, la demandada (la compradora), interpone recurso de casación a través de dos motivos, del cual nos interesa en nuestro análisis el primero (*infracción del art. 1.214 y de su interpretación jurisprudencial*).

La recurrente denuncia dicha infracción sosteniendo que habiendo ella centrado la oposición a la demanda de resolución del contrato de compraventa suscrito entre las partes, en un hecho negativo, cual es el de que los actores no han hecho entrega a la demandada de varias dependencias de la planta tercera del inmueble, no es a la demandada a quien incumbía la prueba de tal hecho negativo sino a los demandantes.

El Tribunal Supremo en su Fundamento de Derecho Tercero y tras afirmar que:

**«la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte»**,

termina por concluir que dicho motivo de casación ha de ser desestimado por varias razones:

1.<sup>a</sup> Porque el previo incumplimiento contractual por parte de los demandantes-vendedores, aducido como excepción por la demandada-comprador, además de no tener carácter negativo, pues consiste en la retención por los vendedores de diversas piezas o habitaciones de la planta tercera del edificio litigioso, fue alegado u opuesto por la demandada, aquí recurrente, como hecho impeditivo de la acción resolutoria frente a ella ejercitada y como tal hecho impeditivo a ella le incumbía su probanza.

2.<sup>a</sup> Porque, como acertadamente razona la sentencia recurrida:

*«la prueba de esa supuesta retención de piezas o habitaciones en poder de los vendedores, habría sido, de ser cierta, de suma facilidad a la demandada por medio del reconocimiento judicial o de la prueba testifical, que no propuso, sino que se limitó a valerse de la*

*confesión de los actores, en la que éstos negaron la certeza de dicha retención».*

## 2. STS de 16 de julio de 1991 (Ar. 5.392)

Los antecedentes que han de tomarse en consideración para la adecuada resolución del presente recurso se encuentran en la demanda que la Compañía «Beler SA» formula contra D. Gyllen Hendel A.K, sobre resolución de compraventa de un inmueble. El demandado se opuso a la demanda y formuló reconvencción solicitando la declaración de validez del contrato y la condena a la actora a su elevación a escritura pública. El Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia de Vélez-Málaga dictó sentencia en que desestimó la demanda y estimó parcialmente la reconvencción. Contra esta resolución la actora reaccionó apelando y la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Granada revocó la apelada estimando en parte la demanda y desestimando la reconvencción, declarando resuelto el contrato. Contra esta resolución el demandado acabó interponiendo recurso de casación.

A fin de decidir sobre los motivos de casación conviene señalar que la sentencia recurrida determinó, en definitiva, que la resolución del contrato de compraventa concertado por los litigantes depende de la apreciación de si se dan o no los requisitos conducentes a la resolución del contrato de compraventa concertado entre el recurrente —inicialmente demandado— y la entidad recurrida —inicialmente demandada— como consecuencia del aspecto referente al primer plazo por la cuantía de 3.350.000 pesetas asignado para el pago del precio convenido en el precitado contrato de compraventa; así como que, con relación a dicho primer plazo, si bien, en la condición A) del correspondiente documento en que tal compraventa quedó reflejada, se estipuló que su saldo sería abonado en la cantidad de 3.350.000 pts o el equivalente en coronas suecas, sin embargo, se admitió una demora en el pago del referido primer plazo, aceptándose una transferencia a través de una entidad bancaria española —por importe de 1.495.278 pesetas— y se autorizó a que 2.100.000 pesetas fueran recibidas por D. Rolf D., para que previa entrega de dicha cantidad por el demandado comprador —D. Gyllen Hendel A.K.— al precitado Rolf D., éste la hiciese llegar a la entidad vendedora

demandante, con aportación dicho demandado a las actuaciones de un recibo —de fecha posterior al requerimiento notarial resolutorio— así como tres documentos, uno por fotocopia y otros dos que, según se indicó por la Sala sentenciadora de instancia, parecen documentos mercantiles, afectantes, respectivamente, a cantidades de 25.000, 25.000 y 50.000 pesetas, los tres con la consignación del nombre de K. y los dos también con el de Rolf D., y manifestación del tan aludido demandado comprador, al rendir confesión judicial, de que entregó a Beler SA, en virtud del contrato suscrito, la cantidad de 1.495.278 pesetas y el resto depositado en el Banco y más la suma que está depositada en el Banco a disposición de Beler SA.

El Tribunal Supremo ante las referidas apreciaciones fácticas que contiene la sentencia recurrida termina por estimar el motivo de casación formulado al amparo del número 5.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basado en la infracción del art. 1.214 del Código Civil. Ello es así, entre otras razones, porque:

**«la norma del artículo 1.214 del Código Civil, ha de ser interpretada en su alcance afectante a hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes, en el sentido de ser completado en cada caso concreto por el órgano judicial teniendo en cuenta principalmente los criterios de normalidad o facilidad probatoria, derivados de la posición de cada parte en relación con el efecto jurídico pretendido».**

Por todo ello, el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo concluye afirmando que:

*«acreditado en el presente caso, incluso con reconocimiento de la entidad demandante recurrida, que ésta remitió carta al demandado recurrente en la que le daba instrucciones precisas para que hiciera entrega de parte del precio al mencionado D. Rolf D., en Suecia, y teniendo también en cuenta que dicho demandado aportó a las actuaciones justificantes de transferencias bancarias efectuadas a esa tercera persona, lógicamente consecuencia de dichas indicaciones recibidas, e incluso recibo de aquél expedido en acreditación de la entrega, de no responder estas circunstancias a la realidad, de ser negada por la entidad demandante vendedora, a ella incumbía la aportación de la prueba en contrario demostrativa de que esos abonos no habían sido reales».*

### 3. STS de 9 de febrero de 1994 (Ar. 838)

El origen de la controversia que termina por determinar este recurso de casación se encuentra en la demanda en juicio declarativo ordinario sobre existencia de sociedad civil irregular, interpuesta por don Miguel G.A. contra don Agustín E.M.

Las sentencias de instancia sientan de modo tajante, después de una apreciación conjunta y pormenorizada de la prueba, lo que constituye el «petitum» de la acción declarativa, de la que deriva la de condena, a saber: la constitución por don Miguel G.A. y don Agustín E.M. de una sociedad civil a la que aportaron sus respectivas oficinas de farmacia, previo traslado de la del segundo, a un local propiedad del primero, en la misma localidad, con acuerdo de que, para igualar el valor de las aportaciones, don Agustín E.M. había de abonar a su consocio 18.000.000 de pesetas en plazo de 6 años y 2.000.000 de pesetas por la diferencia de existencias, de manera que el primer pago sería de 5.000.000 de pesetas, conveniéndose también que, de disolverse la sociedad a petición de uno de los socios, el otro elegiría la oficina con que había de quedarse, sin perjuicio de las compensaciones pertinentes, y al declararse nulos los actos de separación realizados por el Sr. Agustín E.M., que no puso en conocimiento de su socio, se decretó la continuación de la sociedad condenando al abono de las cantidades expresadas más intereses, rendición de cuentas e indemnizaciones. Contra esta sentencia del órgano colegiado se recurre en casación por don Agustín E.M.

Concretamente, nos interesa en este punto el motivo quinto, en que se denuncia al amparo del núm. 5.º del art. 1.692 de la LEC, la infracción del art. 1.214 del CC, al entender el recurrente que al admitir la sentencia de apelación los fundamentos de la del Juzgado y afirmar éste que la parte demandada ha probado la no existencia del contrato invierte la carga de la prueba, al exigir que sea el demandado-recurrente quien acredite que no existe el contrato de sociedad que el actor afirma existir; después, en el desarrollo, analiza toda la prueba practicada para apoyar su tesis de que sólo existieron conversaciones previas, entendiéndose que las sentencias presumen numerosos extremos por la razón de que el demandado no ha podido probar lo contrario.

A juicio del Tribunal Supremo (Fundamento de Derecho Cuar-

to), la realidad no se corresponde con el planteamiento del motivo. El Juzgado sienta unos hechos y analiza la concurrencia de cuantos requisitos se requieren para la existencia de una sociedad civil, concretando en cada apartado sobre consentimiento, objeto, causa, affectio societatis y acuerdos adoptados cuales son los elementos probatorios que le sirven de base para obtener las conclusiones que sienta y sólo al final, después de minuciosos análisis, y a modo de resumen de la valoración conjunta y con cita expresa del art. 1.214 CC, afirma que el actor ha acreditado los hechos constitutivos de su pretensión, y, concretamente, la existencia de la sociedad, para, después de ello afirmar que, por el contrario, el demandado no ha probado la no existencia del contrato, ni las condiciones concretas, ni que el local que ocupa lo sea simplemente a título de precario, todo lo cual ha de entenderse como afirmación de que la parte actora ha probado los hechos constitutivos de su pretensión sin que la demandada haya probado ningún hecho obstativo, impeditivo o extintivo.

Ante la realidad descrita en las líneas precedentes, el Tribunal Supremo declara, por un lado, que no se puede mantener en casación un motivo aislando para ello una simple frase del contexto en que se halla inserta; y, por otro, que:

**«la norma valorativa de la carga de la prueba no responde a unos criterios inflexibles, sino que se deben adoptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte».**

Precisamente, con apoyo en esta última afirmación el TS concluye respecto al caso concreto:

*«que no puede utilizarse el art. 1.214 CC pretendiendo una nueva valoración de la prueba, y, además, la llevada a cabo por los órganos de instancia se ajusta a las reglas de la sana crítica y máximas de la experiencia, como comportamiento normal de las personas en hechos, actos o negocios jurídicos».*

#### 4. STS de 8 de octubre de 1997 (Ar. 7.098)

En el origen de la litis se encuentran dos hechos fundamentales de los que es preciso partir para la resolución del recurso de casación:

a) El primero, que el actor, don Agustín L.O. fue detenido, cuando en el automóvil de su propiedad, intentaba trasladar de España a Francia, por un paso fronterizo, sin autorización administrativa alguna, la suma de 14.970.000 pesetas, habiendo sido condenado en Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional como autor responsable de un delito monetario en grado de tentativa a dos penas de multa, una de 50.000 pesetas y otra de 3.743.000 pesetas; sentencia en la que se declaró probado que el procesado efectuó el referido transporte aceptando el ofrecimiento de una persona residente en Francia, llamada Pierre, sin que consten otros datos identificativos, para lo que se puso en contacto en Madrid con una persona no identificada que le entregó una bolsa con el dinero que había de hacer llegar a la localidad francesa de Saint Gaudens.

b) El segundo, que acordada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la devolución de la suma de 13.388.011 ptas. al procesado, dicha restitución se hizo efectiva por hallarse debidamente apoderado para ello, a través de su Abogado defensor, quien, tras hacer liquidación de sus honorarios y gastos y de los derechos del Procurador interviniente en la causa, extendió el cheque por importe de 10.000.000 ptas. a nombre de don Agustín L.O. que éste ingresó en una entidad bancaria para amortización parcial del préstamo concedido por dicha entidad a la mercantil «Beraiz Ganadera SA», de la que era en esa fecha apoderado don José Eugenio L.O. hermano de don Agustín.

La sentencia recurrida en casación que confirma la de primera instancia, considera ajustada a Derecho la condena al pago de la suma reclamada por el actor en el entendimiento de que, acreditada su recepción por la demandada y su aplicación a la amortización de la deuda que tenía contraída con la entidad bancaria, resulta procedente la devolución solicitada, ya se reputa entregada en concepto de préstamo o mediante un mandato, supuesto este último en el que, al no constar el cumplimiento del encargo mediante la entrega del dinero a su destinatario, el actor podrá exigir la restitución, sin que a tal pretensión fuera oponible con éxito la falta de legitimación pasiva de la sociedad ni la prescripción de la acción extemporáneamente expuesta.

La Sala de instancia, situándose en la hipótesis del mandato, sostiene el derecho del demandante a solicitar la devolución de la

suma litigiosa, por no aparecer acreditado que se cumpliera la obligación por el mandatario, dado que no consta la entrega de la cantidad a Pierre ni su devolución al actor. A combatir tal apreciación se endereza el motivo segundo del recurso de casación interpuesto en el que la recurrente (Beraiz Ganadera SA), denuncia la infracción del art. 1.214 CC sobre la prueba de las obligaciones, en el entendimiento de que, ejercitada una acción de responsabilidad por daños y perjuicios derivados de incumplimiento contractual, deberá ser el actor el que acredite, en primer lugar, que el mandatario incumplió su encargo, y además que dicho incumplimiento le ha originado al reclamante unos daños y perjuicios reales y efectivos.

La tesis sustentada en el motivo no es en absoluto de recibo por variadas razones. En este sentido conviene recordar como se desprende del Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia del TS que:

**«la norma cuya infracción se denuncia no responde a unos principios inflexibles, sino que ha de adaptarse a la circunstancia de cada caso, teniendo en cuenta, junto a la naturaleza de los hechos afirmados o negados, los criterios de facilidad probatoria, disponibilidad de los medios de prueba y proximidad a las fuentes de prueba, de suerte que como, como el Tribunal Constitucional tiene declarado, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaboración con los Tribunales (art. 118 CE), conlleva que sea dicha parte quien deba aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, no siendo exigible de ninguno de los litigantes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión en contravención del art. 24.1 CE».**

En el caso concreto que se plantea en este recurso de casación el TS entiende tras aplicar la interpretación descrita que:

*«si bien la ejecución del alegado mandato, en cuanto pertenece al ámbito de su propia actividad, es un hecho de imposible ignorancia y fácil justificación por la demandada, su inejecución, en cuanto hecho negativo y ajeno al actor, resulta de difícil conocimiento, constatación y acreditación por él, constituyendo la pretendida imputación de su probanza a este último, una manifiesta transgresión de la esencia y finalidad del art. 1.214 del Código Civil y de las exigencias del art. 24.1 de la Constitución en la que evidentemente no ha incurrido la sentencia impugnada».*

Tras este análisis de algunas aplicaciones puntuales del criterio

de distribución de la carga de la prueba, denominado de la «facilidad probatoria», quiero concluir este estudio subrayando de conformidad con lo expuesto por PEYRANO<sup>33</sup>, que estamos en presencia de un intento de verter «vino nuevo en odres viejos», de tal forma que mediante la utilización de estructuras conocidas (art. 1.214 CC y clasificación de los hechos en constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes) y adaptándolas a las exigencias constitucionales (arts. 11.1 LOPJ y 118 CE) y a las realidades propias de los tiempos que corren (quien tiene la prueba trata, frecuentemente, de ocultarla a la otra parte), podremos alcanzar un proceso más justo y eficaz.

33. PEYRANO, J. W., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pág. 342.

## DESPACHO ORDINARIO

### LOS TRIBUNALES HAN DICHO

RAMÓN ESCALER BASCOMPTE  
NOELIA FURQUET MONASTERIO  
FRANCISCO MÁLAGA DIÉGUEZ  
BELÉN MORA CAPITÁN

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. JURISDICCIÓN CIVIL.  
INCOMPETENCIA. ACCIDENTE OCURRIDO EXCLUSIVAMENTE EN LA  
EJECUCIÓN DE UNA OBRA PÚBLICA

STS 30 octubre 1998 (RJA.  
8588).

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero:* El motivo del recurso del Abogado del Estado alega, al amparo del artículo 1.692.1.º LECiv y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, infracción por no aplicación de los artículos 24.2 y 106.2 de la Constitución; 40.2 y 3 de la Ley de Régimen Jurídico

de la Administración del Estado de 20 julio 1957, Texto Refundido de 26 julio 1957; apartados b) y c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 diciembre 1956, en relación con los artículos 5.1, 9.4 y 6, 10 y 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 julio 1985, y 533.1.º y 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la Doctrina Jurisprudencial de este Tribunal Supremo. En su profusa fundamentación

se sostiene en esencia que la parte actora, ahora recurrida, ejercita una acción de responsabilidad objetiva de la Administración, aunque junto a ella se demanda a otras personas, por lo que la competencia judicial para conocer de dicha acción corresponde a los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, desarrollando los argumentos legales que apoyan estas afirmaciones.

Para juzgar este motivo hay que partir de los hechos probados que no se han impugnado en los recursos de casación interpuestos por los tres demandados que han sido condenados por la sentencia de la Audiencia, revocatoria de la de primera instancia, en cuanto que ésta desestimó la demanda, mientras que aquélla la estimó en parte, por apreciar tanto culpa de la víctima como de la Administración y de la empresa contratista de la obra pública. Consideró la Audiencia que ésta no había adoptado las precauciones legales contenidas en una Ordenanza Laboral, y que la Administración era responsable por haber abierto al tráfico la autovía que se construía antes de la entrega de la obra. En cuanto a la víctima mortal, que era culpable por haber aparcado el camión que conducía en un arcén, a las diez horas de la noche; había querido atravesar la autovía para alcanzar la parte contraria a la mar-

cha que llevaba con su vehículo, lo que determinó que para ello saltara las vallas y pretilos que señalaban impedimentos para cualquier acción, ya que existía un hueco en la mediana sin luz alguna protegido con aquellas medidas.

Así las cosas, es claro que el desgraciado accidente se produjo sólo y exclusivamente en el marco de la ejecución de una obra pública, no siendo el contratista una persona ajena al actuar administrativo, en cuyo caso la Jurisdicción Civil sería la competente como esta Sala reiteradísimo ha establecido cuando se demanda de responsabilidad a la Administración y a un tercero, por lo que procede la estimación del motivo de acuerdo con la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 20 junio 1994 (RJA 5025), a cuyos fundamentos jurídicos cuarto, quinto y sexto nos remitimos, dándolos por reproducidos aquí para evitar repeticiones.

*Segundo:* La estimación del primer motivo del recurso del Abogado del Estado hace inútil el de los demás motivos del mismo y los recursos de los otros recurrentes porque la jurisdicción competente para conocer del litigio es la contencioso-administrativa, absolviendo a los demandados en consecuencia en la vía civil. Por lo que respecta

a las costas no se impone a la parte actora la de ninguna de las instancias, pues la naturaleza estrictamente técnica del problema de jurisdicción competente aleja

toda sospecha de temeridad o fraude. Tampoco se impone a ninguna de las partes las de este recurso (artículo 1.715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La sentencia objeto de comentario trae causa en el ejercicio de una acción de reclamación de cantidad contra un particular, la empresa contratista «Cubiertas y MZOV, SA» y la Administración del Estado (Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo) con motivo de un accidente ocasionado en una autovía. En primera instancia se desestima íntegramente la demanda. Recurre la actora en apelación y la Audiencia revoca la anterior sentencia condenando conjunta y solidariamente a los demandados al pago de una indemnización. Se recurre la sentencia en casación, alegándose, entre otros motivos, la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con fundamento en los arts. 3.b) de la LJCA de 1956 y 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, al tratarse de una acción de responsabilidad de la Administración, aunque junto a ella se demande a otras personas.

La controvertida cuestión del orden jurisdiccional competente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido objeto de conflicto entre las Jurisdicciones Civil y Contencioso-Administrativa. Es por ello que puede resultar de interés realizar un breve examen de la evolución de los criterios jurisprudenciales seguidos por la Sala 1.ª y 3.ª del TS en la materia, a fin de enmarcar dentro de ésta la sentencia objeto de comentario.

La Sala 3.ª del TS ha fundamentado la competencia de la Jurisdicción Contenciosa en una definición amplia del concepto «servicio público» entendido como el actuar de las diferentes Administraciones Públicas en el ámbito de «todo giro o tráfico administrativo» [SSTS 28 enero 1993 (A. 422); 7 julio 1993 (A. 6024); 22 marzo 1994 (A. 1986); 23 junio 1995 (A. 4782), entre otras]. La Sala 1.ª, por el contrario, ha venido interpretando de forma estricta la expresión «función normal o anormal de los servicios públicos», alegando la doctrina de la culpa «in vigilando» para considerar la responsabilidad de la Administración Pública cuestión de derecho privado [SSTS 23 julio 1992 (A. 6450); 8 junio 1994 (A. 4899); 24 marzo 1995 (A. 2399) entre muchas más]. En otras ocasiones, ha fundado

la competencia de la Jurisdicción Civil en la aplicación de la doctrina de la «vis atractiva» de esta jurisdicción reconocida en el art. 9.2 LOPJ y en la evitación del «peregrinaje de jurisdicciones» [SSTS 18 de febrero de 1997, (A. 1240); 20 febrero 1997, (A. 1008); 23 diciembre 1997 (A. 8901); 23 de mayo 1998 (A. 3803) por citar las más recientes].

La Ley 30/1992 de 26 de noviembre sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común introdujo en su art. 142.6 la unidad jurisdiccional en favor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, desarrollada en el RD 429/1993 de 26 de marzo sobre procedimientos. A pesar de ello, en sentencias posteriores a dicha reforma, el TS ha seguido sosteniendo la competencia de la Jurisdicción Civil en aquellos casos en los que, frente a la producción de un daño, la Administración era demandada junto a personas privadas o jurídicas, por no poderse separar la continenencia de la causa y ante el riesgo de fallos contradictorios, [SSTS 6 junio 1997 (A. 4610); 9 junio de 1998 (A. 4283) entre otras muchas].

La doctrina anterior admite, sin embargo, matizaciones, no aplicándose cuando el particular codemandado junto a la Administración «no actúa propiamente en su condición de particular, sino como agente de la Administración titular del servicio público o cuando la sociedad particular demandada figura incorporada a la esfera de prestación del servicio público en concepto de contratista del Ente administrativo codemandado» [S. del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 20 de junio de 1994, (FJ 4), (A. 5025)]. Es precisamente a esta línea jurisprudencial a la que se adscribe la sentencia objeto de comentario. En ella, el TS estima el recurso de casación basándose en que el accidente se había producido en el marco de la ejecución de una obra pública y que, a pesar de haberse demandado a un tercero (el contratista) junto a la Administración, aquél no era ajeno al actuar administrativo (FJ 1).

Frente a este estado de cosas, la nueva Ley 29/1998 de 13 de julio (BOE del 14) reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pretende poner fin al conflicto de jurisdicciones mediante el establecimiento en su art. 2. e) de la unificación jurisdiccional en materia de responsabilidad de la Administración. Este precepto debe leerse conjuntamente con el nuevo art. 9.4 de la LOPJ, redactado

conforme a la LÓ 6/1998 de 13 de julio (BOE del 14), el cual atribuye al orden contencioso administrativo el conocimiento de «las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de la que se derive». A propósito de los casos en que se dé lugar a litisconsorcio pasivo, por concurrir la Administración y otros sujetos, añade el precepto: «Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional». En definitiva, de acuerdo a dicha norma, en materia de responsabilidad de la Administración, la única jurisdicción competente será la Contencioso-Administrativa.

NOELIA FURQUET MONASTERIO

RESPONSABILIDAD CIVIL DE PERITOS. NATURALEZA CONTRACTUAL.  
ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. PERITAJE EN VÍA DE APREMIO.  
ACTUACIÓN NEGLIGENTE DEL PERITO

STS 16 octubre 1995 (RJA. 7082)

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero:* El mérito del asunto versa sobre los perjuicios irrogados como consecuencia de la negligencia cometida por el demandado hoy recurrente que nombrado Perito en la vía de apremio de un juicio ejecutivo, efectuó la correspondiente tasación de los bienes inmuebles embargados, sin acudir a comprobar su configuración física, a través de los datos que constaban en el Registro de la Propie-

dad no coincidentes con la realidad y se fundamenta la acción en una culpa contractual al entender que, en virtud de la designación de la contraparte por él aceptada, existía entre ambos una relación de esta clase. La Sala «a quo», distingue a los fines del razonamiento entre el perito nombrado en período probatorio para la emisión de un informe sobre hechos de posible influencia en el pleito para cuyo conocimiento o apreciación sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o prácticos, como indican los artículos 610 de la Ley de En-

juiciamiento Civil y 1.242 del Código Civil, en cuyo caso se nombran de mutuo acuerdo por las partes, o en su defecto, por insaculación (artículo 616 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y se valorará la prueba por el juzgador con arreglo a las reglas de la sana crítica (artículo 632), de aquellos supuestos, como el presente, en que se designa un perito para efectuar una tasación sobre bienes inmuebles embargados en vía de apremio, ya que, en este caso, cada parte nombra un perito y ha de estarse al resultado de su valoración que servirá de tipo para la subasta de dichos bienes, no pudiendo el juzgador rechazarlo y asistiéndole únicamente la posibilidad de nombrar un tercero en caso de discordia o en los supuestos prevenidos en el párrafo 2.º del artículo 1.485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo estarse en todo caso al justiprecio que resulte. Este derecho de las partes a su designación permite entender, en opinión de la Audiencia, que existe entre ellas y el perito una relación jurídica y ello se predica tanto con referencia a la parte que lo designa como a la que, al dejar transcurrir el término establecido en el artículo 1.489 de la Ley de enjuiciamiento Civil sin efectuar otra designación acepta el nombrado por el otro, pues ello supone que ambas partes muestra-

ron su conformidad con que dicha persona efectuara la valoración. Es más, la tasación pericial tiende a proteger no solo el interés del ejecutante sino también el patrimonio del ejecutado pues su razón de ser estriba en que el tipo de la subasta se corresponda con el valor real de los bienes embargados, evitando así que una valoración inferior permita que en la posterior subasta se adjudiquen los mismos en precios muy inferiores a los de mercado.

*Segundo:* Determinada pues la existencia de una relación jurídica entre las partes es evidente que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil, la que incurra en dolo, negligencia o morosidad ha de indemnizar a la contraria en los daños y perjuicios que ésta sufra. Consideraba la reclamante que el perjuicio sufrido radica en que al ser tan baja la tasación se consiguió que se adjudicaran las fincas a un postor por un precio muy inferior al real y que, de haber sido adecuadamente valoradas, no podrían ser rematadas en dicho importe o, al menos, lo serían en tercera subasta y tendría la oportunidad de ejercitar cualquiera de los derechos establecidos en el artículo 1.506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estos criterios son compartidos por la Sala de instancia que, en la valoración de

los bienes y por lo que respecta a la finca denominada «El Heron» acepta la emitida por don Antonio A., tanto por ser la única existente como por ser acorde con los precios normales de mercado, mientras que con respecto al otro inmueble litigioso parte de la emitida por don Antonio S. B., pues del informe de éste se desprende que la edificación estaba inconclusa, debiendo estimarse que se hallaba en la misma situación que en la fecha del embargo, dado que el perito señor A. ya aporta unas fotocopias cuyo estado coincide con las incorporadas por este arquitecto y a ello ha de estarse a falta de otra justificación, además, de que no es lógico que una persona que es conocedora de la existencia de una serie de embargos sobre sus bienes invierta dinero en los mismos cuando pueden ser adjudicados a tercero. Consiguientemente se valora la edificación en cuatro millones doscientas cincuenta y ocho mil ochocientas pesetas (4.258.800), a lo que habría de sumarse el coste del terreno y del muro y la verja que circundaba que fija prudencialmente el señor A. en quinientas noventa y dos mil pesetas (592.000). Todo ello arroja un montante total de diez millones novecientas sesenta y ocho mil cien pesetas (10.968.100), muy distante de los cuatro millones quinientas

mil pesetas (4.500.000) indicadas por el demandado, por lo que el perjuicio es evidente. Ahora bien en su fijación no puede partirse del valor real pues la ausencia de la litis del demandante hubiera permitido que en la segunda subasta, como sucedió, cualquier postor se hubiera podido quedar con los bienes en los dos tercios del setenta y cinco por ciento de su avaluo (artículo 1.504 en relación con el 1.499 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) por lo que hubieran podido ser adjudicados en la suma de cinco millones quinientas diez mil ciento sesenta y cinco pesetas (5.510.165). De ahí que la diferencia entre esta suma y la ofrecida por el rematante en la subasta, dos millones treinta mil pesetas (2.030.000), sea el perjuicio realmente ocasionado por la conducta negligente del perito.

*Tercero:* El primer motivo del recurso se formula al amparo del artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (redacción legal anterior) por supuesto error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin estar contradichos por otros elementos probatorios. Pero si se examina la argumentación del motivo fácilmente se observa que el recurrente no cita documento en concreto ni particulari-

za determinados datos probatorios que puedan tenerse por erróneos en confrontación con el contenido documental, sino que lo que se intenta es una revisión de la valoración probatoria de instancia. Así se dice «del conjunto de los documentos obrantes en autos»... «no hay prueba fehaciente de la nueva edificación»... «de ninguna de las pruebas documentales practicadas»... «ni ningún otro documento...», todo ello con referencias finales a la naturaleza de la prueba de peritos y su valor probatorio. En suma, este cauce procesal no permite que la casación se convierta en una tercera instancia en la que se valoren de nuevo por el Tribunal Supremo todas las pruebas practicadas, sino que únicamente es viable para denunciar la omisión en la valoración probatoria de la instancia de un documento o documentos que de modo rotundo, sin necesidad de interpretaciones o deducciones ni de relacionarlo con otra u otras pruebas, prueben nítidamente lo contrario de lo que se declara (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 diciembre 1994 [RJA 10246]). En consecuencia, sucumbe el motivo.

*Cuarto:* El segundo y último motivo se articula bajo el ordinal 1692.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (redacción legal anterior) por vulneraciones de determinadas normas del ordena-

miento jurídico: a) Invoca, en primer término, la infracción del artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 1.242 del Código Civil y jurisprudencia sobre la valoración de la prueba de peritos, a efectos, de desvirtuar la responsabilidad del dictamen pericial sobre el valor de los bienes justipreciados en función del carácter de prueba de libre apreciación que tiene la pericial, de manera, que no es el perito sino el juez quien decide. Las facultades que al órgano jurisdiccional confiere la Ley en orden a la apreciación de la prueba pericial, practicada en el proceso civil de declaración, no exime —conforme parece dar a entender el motivo— de responsabilidades al perito que emite el dictamen que ha de actuar, desde luego, de acuerdo con su legal saber y entender, según los márgenes de discrecionalidad que la propia subjetividad del perito reclama y con las legítimas discrepancias con el parecer de otros que proceda, pero siempre con la diligencia de un buen profesional en la ciencia, arte u oficio de que se trate y, por ello, sometido a la «lex artis» de la profesión que ejerza, sin incurrir en dolo ni negligencia. Por el dolo y la negligencia en la emisión del dictamen se responde civilmente, y, a veces penalmente si se incurre en las conductas

tipificadas de los artículos 329 a 332 del Código Penal. Mas en el presente caso, la responsabilidad del perito deviene directa de su culpa, sin tomar en consideración el error actual o potencial a que indujo o podía ser inducido el juzgador, ya que, como con acierto establece la sentencia recurrida, no cumplen igual función el peritaje en el proceso declarativo que el peritaje en la vía de apremio como operación de tasación de bienes. En efecto, corresponde en el proceso de ejecución al ejecutante la carga de nombrar un perito para que efectúe el avalúo de los bienes embargados y, al ejecutado en su caso, bajo apercibimiento de tenerle por conforme con el nombrado por aquél, el nombramiento de otro (en el supuesto del artículo 1.486 el Juez, si lo estima conveniente puede nombrar un perito de su libre elección que actúe con el del ejecutante), de manera que el Juez, si el avalúo se practicó sólo por el primero o por ambos, tendrá que aceptar lo como justiprecio para sacarlos a subasta. En caso de discordia, hará nombramiento de perito tercero según establece el artículo 1.486 y concordantes. Sin duda que tanto el dolo como la culpa en la determinación del justiprecio a consecuencia del vi-

ciado y erróneo avalúo son causas de responsabilidad. b) A renglón seguido, sugiere el recurrente que la relación que vincula al perito con la parte no tiene carácter contractual, y por ello, no cabe hablar de culpa en este orden (lo que interesa a los efectos de considerar la prescripción), de donde se infiere que no es aplicable al caso el artículo 1.101 del Código Civil. Frente a esta tesis debe sostenerse que, con independencia de los deberes oficiales que impone el cargo de perito y del carácter público de la función que desempeña, al igual que ocurre con abogados o procuradores la relación que vincula al perito con su cliente o persona que lo designa desde la aceptación del encargo, tiene naturaleza contractual, concretamente de arrendamiento de servicios por la prestación de los requeridos, conforme a su profesión. Esta naturaleza con sus correspondientes efectos se extiende por adhesión al supuesto de aceptación por el ejecutado del perito nombrado por el ejecutante. En consecuencia el motivo peca.

*Quinto:* La sucumbencia de ambos motivos origina la declaración de no haber lugar al recurso con imposición preceptiva de las costas causadas (artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La sentencia aborda el tema de la responsabilidad civil de los peritos judiciales, caracterizado hasta el momento por su falta de

tratamiento en la jurisprudencia y su ausencia de regulación legal. El proceso objeto de recurso se inicia con la interposición de una demanda contra un perito designado en la vía de apremio, que había tasado los bienes inmuebles embargados atendiendo únicamente a los datos obrantes en el Registro de la Propiedad, no conformes con la realidad, a resultas de lo cual en la posterior subasta de dichos bienes, éstos fueron adjudicados por un precio inferior al de mercado. Si bien el TS no entra en toda la problemática de la materia, apunta soluciones a algunas de las cuestiones planteadas por la doctrina.

En primer lugar, está la cuestión del procedimiento seguido para la reclamación de la responsabilidad, no previsto en nuestro ordenamiento y que en el supuesto objeto de análisis es el juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad (En igual sentido se había pronunciado Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVI, Vol. 2, Edersa, Madrid, 1978, pág. 520).

Asimismo se trata el problema del reparto de la responsabilidad entre el perito y el juez, dado el carácter de prueba libre que la pericial tiene en nuestro ordenamiento (art. 632 LEC). La parte recurrente alega como motivo de casación la falta de responsabilidad del perito fundándose para ello en la valoración libre que el juez hace de la prueba pericial. El TS basa su rechazo del motivo en la diferente función que cumple el peritaje que se verifica en el proceso declarativo y aquél que se designa en la vía de apremio para la tasación de bienes inmuebles. En este último, que es el supuesto que recoge la sentencia, el juez se halla vinculado por el resultado de la valoración del perito designado, de forma que se admite la responsabilidad del perito que hubiese actuado con dolo o culpa en la determinación del justiprecio (FJ 4.º). Resulta igualmente destacable el reconocimiento por parte del tribunal de la responsabilidad en que puede incurrir el perito que no actúe con la debida diligencia profesional al realizar el peritaje en el proceso declarativo, en el que sí tiene carácter de prueba de libre valoración (FJ 4.º).

Finalmente, otro punto sobre el que se pronuncia la sentencia es el de la naturaleza de la relación entre el perito y la parte, que el TS califica de contractual desde su aceptación del cargo, y más concretamente de arrendamientos de servicios, (De la misma opinión,

Serra Domínguez, *Comentarios...*, op. cit., pág. 520) «naturaleza que debe extenderse al supuesto de aceptación por el ejecutado del perito nombrado por el ejecutante» (FJ 4.º). Con dicho razonamiento se desestima el recurso de casación y se inicia una línea jurisprudencial que reconoce responsabilidad al perito por su actuación negligente con unas tesis coincidentes con las de la doctrina estudiosa de la materia.

NOELIA FURQUET MONASTERIO

COMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: INDEMNIZACIÓN POR ASISTENCIA SANITARIA DEFECTUOSA; LEGISLACIÓN APLICABLE. VOTOS PARTICULARES

STS 10 julio 1995 (A. 5488)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero:* (...) 2. Los recurrentes invocan dos sentencias de esta Sala que certificadas obran unidas al rollo de casación, para acreditar con ellas la contradicción de doctrina que constituye el presupuesto primero de admisión de su recurso. Son las Sentencias de 5 junio 1991 (RJA 5131) y 20 abril 1992 (RJA 2662), al haberse producido también en ambos supuestos manifiestos de asistencia sanitaria defectuosa y la condena al abono de las indemnizaciones correspondientes. La segunda sentencia indicada recayó en virtud de un recurso de casación para la unificación de doctrina y declaró que, de acuerdo con la doctrina de la Sala, y entre otras

de su más reciente Sentencia de 5 junio 1991, las reclamaciones derivadas de la asistencia sanitaria defectuosa «dispensada por el INSALUD a los titulares y beneficiarios de la Seguridad Social deben tener su adecuado encaje procesal en el marco del orden jurisdiccional Social, quedando excluidas, en consecuencia, tanto el orden jurisdiccional Civil como el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo»; y con relación a éste añade que «atribuir la competencia para el conocimiento de las mismas a los Tribunales del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, ... la responsabilidad patrimonial del Estado a consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios públicos o el derecho del particular a ser indemnizado de los efectos de

un acto administrativo no impugnado no son precisamente las situaciones jurídicas que se dan en casos como el contemplado en los presentes autos en el que lo que prima, vehementemente, es una reclamación en materia de Seguridad Social, perfectamente encajable en el ámbito del artículo 2.b) del vigente Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral». En la Sentencia de 5 junio 1991 se argumentaba, ante una reclamación semejante a la anterior, que la competencia que en el escrito del recurso se dice atribuida al orden Contencioso-Administrativo con base en «el artículo primero de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que el motivo invoca, viene excluida en el apartado a) de su artículo segundo al prevenir que no corresponden a esta jurisdicción las cuestiones que aun relacionadas con actos de la Administración Pública se atribuyan por una ley a la Jurisdicción Social. Tampoco el apartado b) del artículo 3 de la Ley últimamente citada y el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, preceptos a los que el recurso se acoge, invalidan lo argumentado». Esta sentencia, con apoyo en otras anteriores de la propia Sala de 23 septiembre 1985 (RJA 4348) y de 6 octubre 1989 (RJA 7119), atribuía al orden Social

la competencia para conocer de la reclamación de daños y perjuicios causados por la defectuosa asistencia sanitaria prestada «cuando se trata de actuaciones de los entes de la Seguridad Social en prestaciones prevenidas en el Régimen General o Regímenes Especiales a sus respectivos beneficiarios».

3. Se dan, entre la sentencia recurrida y las dos que dictadas por esta Sala se aportan como contrarias, las igualdades sustanciales de hechos, fundamentos y pretensiones respecto de litigantes en la misma situación, beneficiarios todos de la Seguridad Social que reclaman contra el INSALUD, habiéndose dictado, en cambio, pronunciamientos distintos, al declarar la recurrida que la competencia viene atribuida al orden Contencioso-Administrativo y haber resuelto las sentencias contrarias precedentes que el orden jurisdiccional al que le está atribuido el conocimiento de estas cuestiones es el Social.

Es preciso advertir que la sentencia recurrida se ha dictado hallándose vigente la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que entró en vigor tres meses después del 27 de noviembre de 1992, fecha en que se publicó en el «Boletín Oficial del Esta-

do» (disposición final de la Ley), y vigente también el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 marzo, que entró en vigor el día siguiente a su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (Boletín del día 4 de mayo de 1993). Pero lo que sostiene la Sala, y así se razonará en los Fundamentos de Derecho que siguen, es que esto es irrelevante; que en virtud de lo dispuesto en las prevenciones que sobre reserva de ley están expresamente contenidas en el artículo 117.3 de la Constitución y lo que ordena el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que teniendo en cuenta que la Ley 30/1992, tanto en su artículo 2.2, que se somete, respecto de las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, «a lo que dispongan sus normas de creación», como en su disposición adicional sexta, que deja vivo lo que en materia de impugnación de los actos de la Seguridad Social se dispone en el artículo 2 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, que atribuye al orden Social jurisdiccional las cuestiones que se promuevan «en materia de Seguridad Social», salvo lo referente a la gestión recaudatoria —artículo

3.b) de la LPL—, es bien sostenible que dicha Ley 30/1992 no ha alterado el régimen aplicable sobre atribución de competencia al orden Social de la jurisdicción para el conocimiento de una pretensión indemnizatoria por la asistencia sanitaria defectuosa prestada a un asegurado o beneficiario de la Seguridad Social.

Antes y después de la Ley 30/1992, en la materia referente a las prestaciones de la Seguridad Social, conoce el orden Social pues en esto la referida Ley de 1992 deja íntegra la vigencia de la LPL. Y respecto del Real Decreto 429/1993, es cierto que su disposición adicional primera atribuye el conocimiento de la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria al orden Contencioso-Administrativo; pero esto no es la Ley 30/1992 la que lo ordena, sino ese Reglamento, que con exceso evidente y con olvido de los principios de legalidad y de reserva de ley dispone lo que manifiestamente va más allá de la potestad reglamentaria.

En resumen: porque no ha variado la legislación que atribuye competencias sobre la cuestión que nos incumbe, responsabilidad por asistencia sanitaria prestada por la Seguridad Social, la

Sala entiende, como después se dirá, invariada su doctrina y contrarias las sentencias aquí analizadas a efectos de cumplimiento del requisito que para recurrir en casación para la unificación de doctrina exige el actual artículo 217 de la Ley Procesal.

*Segundo:* 1. Entrando ahora de lleno en el examen de la competencia para el conocimiento de la acción ejercitada, hay que partir de una idea primera que permite delimitar el campo de actuación en este proceso. Aquí no se ventila una acción contra la Administración por los daños derivados del funcionamiento de un servicio público, que ya regulaban antes de la Ley de 1992 el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 diciembre 1954, el artículo 133 de su Reglamento aprobado por Decreto 26 abril 1957, el artículo 3.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 diciembre 1956, el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 julio 1957 y después de ésta el artículo 106.2 de la Constitución. En nuestro caso no se le atribuye a la Administración un deber de reparación que arranque de su responsabilidad patrimonial en virtud de una lesión resarcible e indemnizable. No se está ante una pretensión en que

se inste la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento anormal de un servicio público. La relación que liga al beneficiario de la prestación con la Administración sanitaria sitúa la cuestión determinante no ya en la responsabilidad que se reclama, sino en la deficiente prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

2. Es en ese campo de responsabilidad de la Administración donde la Ley 30/1992 ha restablecido la unidad jurisdiccional que se había quebrado con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (artículos 40 y 41), modificativa a su vez de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como resulta de los artículos 142.6 y 144 de la Ley de 1992. Pero en un sentido distinto; la acción ejercitada a que se contrae el presente recurso es la reclamación derivada de la defectuosa asistencia sanitaria producida a un beneficiario de la Seguridad Social, en el ámbito de una prestación comprendida en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social —artículo 38.1.a) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994—. Se reclama, en definitiva, las consecuencias de una prestación en que se ha producido, según se dice, una actuación negligente de los servicios médicos de la

Entidad Gestora de la Seguridad Social que han ocasionado el incumplimiento debido de la prestación sanitaria, pues dicha Entidad es la que administra y gestiona los servicios sanitarios y la consiguiente prestación sanitaria de los sujetos protegidos; es el Instituto Nacional de la Salud, como resulta del artículo 57.1.b) del Texto Refundido de la Ley General de 1994 y del artículo 41.1 de la misma, que dispone que «Las Entidades gestoras de la Seguridad Social serán responsables de las prestaciones cuya gestión les esté atribuida».

3. Ni del artículo 2.2 de la Ley 30/1992, ni de su disposición adicional sexta, ni de ninguno de sus preceptos resulta que la Ley haya restablecido la unidad jurisdiccional en el sentido de que el orden Contencioso-Administrativo haya asumido competencias en materia de prestaciones que vienen atribuidas al orden Social. No se han unificado en esa Ley la responsabilidad patrimonial de la Administración y el régimen prestacional de la Seguridad Social. Ni del artículo 2.2 de la Ley, ni de su disposición adicional sexta derivan lo que se postula en la sentencia impugnada. El artículo 2.2 deja intactas las normas de creación de esas Entidades de Derecho Público; y la disposición adicional sexta respeta en

su integridad el artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral. Si no se entendiera este planteamiento en los términos expuestos, es obvio que sobraría por superflua la disposición adicional sexta. Lo que en ella se dice, en definitiva, es que la materia prestacional de la Seguridad Social, incluido el desempleo, escapan de la nueva Ley y se rigen por la de Procedimiento Laboral. Aquí no se ventila una responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, sino una reclamación referida a la prestación de asistencia sanitaria, y por tanto, en los términos del artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral, una reclamación de la Seguridad Social.

4. No se diga que no se está ante una prestación de la Seguridad Social. A menos que se quiera trocear lo unitario, esto es la asistencia sanitaria como prestación comprendida en la acción protectora del sistema (artículo 38 de la Ley General de la Seguridad Social).

La asistencia sanitaria en un régimen público de Seguridad Social, que garantiza el artículo 41 de la Constitución, es una prestación propia de la Seguridad Social, articulada como derecho público subjetivo frente a la Entidad Gestora de la misma, el INSALUD o el Servicio o Instituto de la Comunidad Autó-

noma al que se haya verificado la transferencia correspondiente. Es una prestación técnica en especie, de finalidad reparadora, consistente en la asistencia de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar y restablecer la salud, cuya actualidad como tal Entidad Gestora de la Seguridad Social está reconocida en el artículo 57 de la Ley General de 1994 «para la administración y gestión de los servicios sanitarios».

*Tercero:* 1. Lo que acepta la sentencia recurrida equivale a sostener en definitiva que la Ley 30/1992, en contra de la reserva que en favor de la Ley de Procedimiento Laboral, artículo 2, proclama su disposición adicional sexta, ha modificado lo que se dispone en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el propio artículo 2 de la Ley Procesal.

2. El artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha establecido el marco competencial básico de cada orden jurisdiccional. Ha definido la jurisdicción de cada una de sus ramas y lo ha hecho de forma genérica y a veces repetida y tautológica; pero después de dejar claro que los distintos Juzgados y Tribunales «ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley».

El artículo 117.3 de la Consti-

tución instituye una reserva legal que exige, en esta materia de atribución de competencias, la ley formal. Más aún: como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 224/1993, de 1 julio, hay aquí una reserva reforzada instituida por el artículo 81.2 de la Constitución, la de la Ley Orgánica del Poder Judicial, indisponible para el legislador ordinario, de modo que la ley ordinaria «no pueda excepcionar frontalmente o contradecir el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la Ley Orgánica». Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán —apartado 5 del artículo 9— «de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social...». Ni siquiera dispone la atribución de competencias para el orden Social en lo referente a prestaciones de la Seguridad Social; sino de las «reclamaciones en materia de Seguridad Social», que son exactamente los términos empleados por el artículo 2.b) de la Ley Procesal, al que se remite la disposición adicional sexta de la Ley 30/1992.

Es admisible que la Ley ordinaria —dice la sentencia constitucional citada— concrete las materias específicas que tengan cabida en la definición efectuada

«in abstracto» por el legislador orgánico, produciéndose «una colaboración entre ambas formas normativas —Ley Orgánica y Ley ordinaria—, que no obsta a la reserva establecida en el artículo 122.1 CE y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícito» (Sentencia 224/1993, que se remite a la Sentencia 137/1986); pero siempre resta verificar el grado de acomodo de una en otra. En definitiva, no se puede sustraer del orden Social de la jurisdicción, vulnerando lo dispuesto en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica, una materia que según ésta corresponde al conocimiento del orden Social. Se trata, como queda dicho, de una reclamación en materia de Seguridad Social que versa sobre el incumplimiento, o el cumplimiento, en su caso, de una prestación de la Seguridad Social; servicio público estatal, jurisdiccionalmente parcelado para el orden Social por el artículo 9.5 referido.

*Cuarto:* 1. Pero no es la Ley 30/1992, como ya se ha dicho repetidamente y en contra de lo que se sostiene en la sentencia recurrida, la que se ha alzado del mandato contenido en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De conformidad con la Ley Orgánica y con su desarrollo procesal contenido en el artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral, establece

en su disposición adicional sexta que en materia de impugnación de los actos de la Seguridad Social —«reclamaciones en materia de Seguridad Social», en la dicción del artículo 9.5 de la Ley Orgánica— habrá de estarse a «los términos previstos en el artículo 2» de la citada Ley Procesal, en favor de la que hace una remisión literal y expresa.

2. Hay, sobre esta materia, una norma concreta que atribuye la competencia al orden Contencioso-Administrativo; es la disposición adicional primera del Real Decreto 429/1993, de 26 marzo, según el que «la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de la Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa y la contencioso-administrativa prevista en dicha Ley y en el presente Reglamento». El artículo 2.2 de la Ley, que invoca dicha disposición adicional sexta, lo que hace es delimitar el ámbito de aplicación de la Ley, esto es, qué se entiende por Administraciones Públicas (la General del Estado, la de las Comunidades Autónomas y la de las Entidades que in-

tegran la Administración Local, así como las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia). Pero a renglón seguido advierte que estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley «cuando ejerzan potestades administrativas, sometándose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación». Como se ve, deja a salvo la singularidad prestacional de una Entidad Gestora de la Seguridad Social, que cubre una prestación de la Seguridad Social (disposición adicional sexta).

El mencionado Real Decreto 429/1993 es inoperante, en el sentido en que se extralimita y excede de su condición de Reglamento y se atribuye competencias en contra de la Ley. El Reglamento vulnera el principio de legalidad (artículos 9.3 de la Constitución y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) en lo concerniente a la asistencia sanitaria incluida en el repertorio prestacional de la Seguridad Social, aunque pueda estar ajustado en la actividad sanitaria del Sistema Nacional de la Salud.

*Quinto:* 1. Como queda dicho, la pretensión interpuesta contiene una petición derivada de la prestación de asistencia sanitaria defectuosamente realizada por la Entidad Gestora de la Seguridad Social. El título, fundamento o razón de la petición

que se formula está en la prestación de asistencia sanitaria, comprendida en la acción protectora del sistema, referida, entre otros, en los artículos 38, 41, 57 y 126 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 y en sus correspondientes de igual Ley de 1974. El artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial incardina esta pretensión y la atribuye al orden Social de la jurisdicción.

2. Frente a la unidad jurisdiccional que se pretende con alcance a esta materia, con atribución común del conocimiento al orden Contencioso-Administrativo, debe repetirse aquí la indicación ya hecha de que no se está ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

3. Para desvirtuar y eludir la regla tradicional que residencia en el orden Social el conocimiento de esta reclamación derivada de la responsabilidad producida por la prestación defectuosamente realizada, se argumenta la inexistencia de una base normativa de reconocimiento de dicha responsabilidad a la Administración de la Seguridad Social. Como dijo la Sentencia de esta Sala de 24 abril 1990 (RJA 3486), exigir las consecuencias de la prestación asistencial insuficiente, como exigir la prestación misma o como pedir el reintegro de los gastos ocasionados por la utili-

zación de los servicios ajenos a la Seguridad Social (artículo 102 de la Ley General de 1974, vigente por mandato expreso de la disposición derogatoria de la nueva Ley General de 1994 al hallarse incluido en el capítulo IV del título II de aquélla; y artículo 18 del Decreto 2.766/1967, de 16 noviembre) son acciones comprendidas en el desarrollo de la acción protectora del sistema. Dividir los tres miembros del planteamiento indicado para escoger uno y excluir otro resulta artificial, pues si cabe exigir la prestación toda ante su incumplimiento total y hasta reclamar lo gastado por la negativa a la asistencia, no debe deducirse que el incumplimiento parcial o erróneo escapen del mismo marco prestacional. Estas, además, la solución que domina en el mismo planteamiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, situada en el ámbito de las lesiones resarcibles e imputables a que se refieren los artículos 139 de la Ley 30/1992, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de 1957 y 3.b) de la Ley Reguladora de 1956. No hay razón para sostener que la aquí analizada carece de basamento normativo. En la teoría de la responsabilidad administrativa subsisten los principios comunes a la teoría general de la responsabilidad, en que se da una lesión antijurídica e indem-

nizable, porque el sujeto que la sufre no tiene el deber de soporlarla.

En definitiva, de todo lo razonado procede reiterar que el fundamento o título de la indemnización que se reclama no está situado en la responsabilidad de la Administración pública por el funcionamiento de un servicio público, sino en el contenido mismo de la prestación de asistencia sanitaria; y esto está legalmente atribuido al orden jurisdiccional Social.

*Sexto:* El planteamiento de esta materia ha llevado a soluciones de diversidad que ha hecho decir a alguna sentencia de este Tribunal Supremo que se daba, respecto de lo Civil, lo Social y lo Contencioso-Administrativo un «lamentable peregrinaje jurisdiccional» (Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 julio 1983 [RJA 4068] y 1 julio 1986 [RJA 4559], citadas por los Autos de la Sala de Conflictos de Competencia de este Tribunal de 7 julio y 27 octubre 1994 [RJA 7998 y RJA 10587]; y Sentencia de esta Sala Cuarta de 24 abril 1990, que descubre la frecuente postura de la Entidad Gestora responsable que deduce el exceso en el ejercicio de la jurisdicción Social o Civil, según se ventile el proceso en los órganos jurisdiccionales de uno u otro orden, por entender que el cono-

cimiento viene atribuido al orden jurisdiccional opuesto). Pero para superar esta dificultad acaso hubiera sido preciso que el Tribunal dispusiera de una Sala de composición mixta y con un número paritario de miembros procedentes de las tres distintas Salas del Tribunal, donde hubieran podido debatirse y resolverse definitivamente estas cuestiones, con carácter de generalidad, sin daño a los principios de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución) y de certeza del Derecho.

Esta Sala ha dictado multitud de sentencias sosteniendo la doctrina de la competencia del orden Social para el conocimiento de la materia que aquí se ventila. Son prueba de esa línea jurisprudencial, entre otras, las Sentencias de 20 noviembre 1982 (RJA 6848), 23 septiembre 1985, 6 octubre, 12 y 15 diciembre 1989 (RJA 8955 y RJA 9244), 5 abril 1990 (RJA 5458) («a sensu contrario», en que la responsabilidad que se reclamaba a la Administración no era una responsabilidad de prestación de la Seguridad Social), 24 abril 1990, 5 junio 1991, 10 febrero, 20 abril y 6 mayo 1992 (RJA 958, RJA 2662 y RJA 3511) y 21 abril 1993 (RJA 3344). La comentada Ley 30/1992 no ha alterado las reglas de atribución de la competencia y, consiguientemente, la Sala ha

de mantener su doctrina tan reiterada.

*Séptimo:* Por todo lo razonado y de acuerdo con lo que informa el Ministerio Fiscal debe estimarse el recurso interpuesto y casando y anulando la sentencia recurrida y dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 225.2 de la Ley Procesal debe declararse que la sentencia recurrida quebranta la unidad de doctrina, y resolviendo el debate planteado en suplicación debe estimarse el recurso de esta clase en su día interpuesto por los demandantes y declarar que el orden Social de la jurisdicción es el competente para el conocimiento de la reclamación interpuesta, por lo que procede devolver las actuaciones a dicha Sala para que por el Juzgado y la Sala, en su caso, se pronuncien sobre el fondo del debate planteado. Todo ello sin hacer pronunciamiento sobre costas.

#### VOTO PARTICULAR

##### FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero:* La raíz de la controversia interpretativa se encuentra en el caso enjuiciado en la tensión existente, en las reclamaciones de Seguridad Social, entre los títulos competenciales del orden Social y del orden Contencioso-Administrativo, tal como están formulados en el artículo 9

LOPJ y los artículos 2.b) y 3.a) LPL; el título competencial del orden Social se define por razón del objeto («en materia de Seguridad Social»), mientras que el título competencial del orden Contencioso-Administrativo se define por la condición de las personas («actos de las Administraciones Públicas»). Buscando el punto de conexión jurisdiccional en la causa originaria o «causa de la causa», la indemnización por asistencia sanitaria defectuosa daría lugar, con un criterio objetivo amplísimo, a un litigio en materia de Seguridad Social; desde el punto de vista subjetivo, en cambio, es indudable que la resolución administrativa que deniega el reconocimiento de dicha indemnización debe ser calificada como un acto de una Administración pública.

Para resolver la tensión reseñada entre uno y otro título competencial el legislador proporciona un criterio de asignación de atribuciones jurisdiccionales, que es el de la rama o sector del ordenamiento que regula el punto litigioso. Si se trata de pretensión promovida «dentro de la rama social del Derecho» su conocimiento corresponde al orden Social (artículo 1 LPL); si se trata de pretensión sobre un acto de la Administración pública «sujeto al derecho administrativo» el enjuiciamiento se atribuye al orden Contencioso-Administrativo. La con-

creción de este criterio en el ámbito de la Seguridad Social ha dado lugar a doctrina jurisprudencial consolidada de esta Sala de lo Social del Tribunal según la cual la competencia de esta jurisdicción se extiende a la acción protectora o actividad prestacional de la Administración de la Seguridad Social. Así, pues, una de las claves de la decisión del caso enjuiciado es si la indemnización por prestación sanitaria defectuosa puede calificarse o no como una prestación de la Seguridad Social. Nuestra respuesta, ya adelantada y que vamos a desarrollar a continuación, es la negativa.

*Segundo:* La acción protectora o actividad prestacional del sistema de la Seguridad Social comprende, en los términos de la legislación vigente, cinco clases de prestaciones, que son «a) la asistencia sanitaria»; «b) la recuperación profesional»; «c) prestaciones económicas» de incapacidad temporal, invalidez, desempleo y muerte y supervivencia; «d) prestaciones familiares»; y «e) las prestaciones de servicios sociales» (artículo 38 de la Ley General de Seguridad Social en su actual redacción —LGSS—, sustancialmente idéntica a la del artículo 20 de la redacción anterior —LGSS 1974—). Por su parte, la asistencia sanitaria de la Seguridad Social es configurada en el sistema español de Seguridad

Social como una prestación en especie, o más exactamente como un conjunto de prestaciones en especie, que sólo en casos excepcionales tasados puede dar lugar a su sustitución por el equivalente pecuniario del reembolso de gastos médicos (artículos 103, 105 y 108 de la LGSS de 1974, que mantienen vigencia en virtud de la disposición derogatoria de la LGSS).

En el concepto legal de «prestación de Seguridad Social» se incluyen por tanto con seguridad las prestaciones sanitarias en especie. Y se incluyen también los supuestos de prestaciones de reembolso de gastos médicos, supuestos que en nuestro sistema de Seguridad Social son excepcionales, pero que en otros países e incluso entre nosotros en algunos regímenes de previsión social, pueden ser el modo normal de dispensar la prestación de asistencia sanitaria (sistema llamado de «pago por tercero» o «tiers payant»). Lo que, a nuestro juicio no tiene cabida en el concepto de prestación de Seguridad Social, por mucho que éste se quiera dilatar, es la indemnización por asistencia sanitaria defectuosa, que no se menciona para nada en la legislación de Seguridad Social, y cuyas reclamaciones se acogen expresamente a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Admi-

nistraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En efecto, una cosa es el equivalente pecuniario o reembolso de gastos de una prestación en especie, que satisface el derecho a la asistencia sanitaria mediante restitución patrimonial, y otra cosa distinta es el resarcimiento de daños por asistencia sanitaria defectuosa. En este segundo ya no es posible la prestación de asistencia sanitaria, ni en forma de prestación directa en especie, ni en forma de prestación en metálico restitutoria; lo único que cabe es una genérica compensación indemnizatoria, que tiene su causa no en la recuperación de la salud, ya perdida o disminuida inevitablemente como consecuencia de defecto en la actividad asistencial, sino en el hecho de que tal asistencia no se prestara en su momento en las condiciones requeridas. Esta indemnización supone una protección resarcitoria del daño causado, pero no una protección restitutoria del bien jurídico lesionado.

En el terreno de la interpretación gramatical la conclusión anterior tiene aún más fuerza, a la vista del tenor literal del ya citado artículo 38 de la LGSS (20 de la LGSS-74) que contiene la enumeración arriba reproducida de las cinco clases de prestaciones de Seguridad So-

cial. El párrafo segundo de esta disposición prescribe, con virtualidad a nuestro juicio indudable para la resolución del presente caso, que «la acción protectora comprendida en los números anteriores establece y limita el ámbito de extensión posible del Régimen general y de los Regímenes especiales de la Seguridad Social» (artículo 38.2 LGSS y artículo 20.2 LGSS de 1974).

*Tercero:* La exclusión para la indemnización por asistencia sanitaria defectuosa de la calificación de prestación de Seguridad Social aconseja descartar para la reclamación de la misma la vía del orden Social de la jurisdicción. El paso siguiente y definitivo del razonamiento debe ser la comprobación de que dicha acción resarcitoria debe ser encauzada hacia el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

Para tal comprobación conviene tener en cuenta los tres siguientes datos normativos: 1) la asistencia sanitaria de la Seguridad Social se presta bajo la responsabilidad de entidades que tienen carácter de Administraciones públicas (artículo 2.2 Ley 30/1992); 2) en la legislación administrativa vigente, los artículos 139-144 de la Ley 30/1992 regulan las líneas generales de un procedimiento administrativo para la reclamación de indemnizaciones a la Administra-

ción pública por lesiones de bienes o derechos de los particulares que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y 3) este procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, cuya regulación reglamentaria ha correspondido al RD 429/1993, de 26 marzo, culmina con una resolución administrativa, dictada «por el Ministro respectivo, el Consejo de Ministros... o por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las entidades que integran la Administración local» (artículo 142.2 Ley 30/1992), que «pone fin a la vía administrativa».

Es obvio a la vista de lo anterior que la resolución administrativa que se pronuncia sobre la reclamación de indemnización por asistencia sanitaria defectuosa es un acto de Administración pública sometido al Derecho administrativo. Y es evidente también, a juicio de los firmantes de este voto, que el procedimiento diseñado en la Ley 30/1992, por la identidad de los órganos de la Administración que en él pueden intervenir («Ministro», «Consejo de Ministros», órganos correspondientes de entidades territoriales) y por la propia terminología empleada («fin de la vía administrativa»), no es un procedimiento que pue-

da ser asimilado a la vía previa a la acción de reclamación de prestaciones de Seguridad Social. En fin, late en la Ley 30/1992, de manera implícita pero con claridad, que la resolución con que termina este procedimiento puede ser impugnada ante un solo orden jurisdiccional y no ante dos o más órganos de jurisdicciones distintas.

Así las cosas, la conclusión que se impone es que el único orden jurisdiccional competente para conocer de la cuestión enjuiciada es el Contencioso-Administrativo.

*Cuarto:* Como ya se ha dicho, el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 7 julio 1994 ha resuelto un litigio sustancialmente igual al presente en el sentido de asignar la competencia para la reclamación de indemnización por asistencia sanitaria defectuosa al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

Los firmantes de este voto particular reconocen que el formato de las resoluciones que resuelven conflictos de competen-

cia no es el adecuado para fijar jurisprudencia en las cuestiones interpretativas de que pueden conocer diferentes órdenes jurisdiccionales. Ello no quiere decir que no haya de atenderse la doctrina legal establecida en estas resoluciones; sobre todo en supuestos como el presente en que la falta de un criterio uniforme da lugar, como ha señalado la Sala primera del Tribunal Supremo, a un «lamentable peregrinaje jurisdiccional» (Sentencias de 5 julio 1983 y de 1 julio 1986), al que la propia Ley 30/1992 ha decidido poner fin. En tanto se pone en práctica un medio jurisdiccional adecuado de unificación de la jurisprudencia de las distintas Salas del Tribunal Supremo en las materias de decisión coincidente, los autos de la Sala de Conflictos deben constituir una referencial doctrinal de la que no cabe apartarse más que por causas muy justificadas y en circunstancias excepcionales; y por todo lo ya dicho, para quienes suscriben este voto, tales causas y circunstancias no concurren en el caso enjuiciado.

cauce adecuado para tramitar el asunto era la jurisdicción contencioso-administrativa. Ante dicha resolución se formuló recurso de suplicación y el Tribunal Superior de Justicia, en la sentencia ya mencionada, confirmó la postura del Juzgado de lo social. En cambio, la Sala 4.ª del Tribunal Supremo, estimó el recurso y atribuyó la competencia para conocer del asunto al orden social.

A grandes rasgos, las líneas argumentales en las cuales el TS fundamentó su decisión fueron las siguientes: la regulación relativa a la atribución de competencias en la materia discutida no ha sufrido modificación tras la Ley 30/1992 y, por lo tanto, la Sala mantiene la doctrina reiterada repetidamente en su jurisprudencia atribuyendo la competencia al orden social. El aspecto relativo a los posibles cambios que podía haber sufrido la legislación ocupó gran parte de la resolución. En concreto, el análisis se ciñó en la Ley 30/92 y el RD 429/1993 de 26 de marzo. El TS consideró, a diferencia del TSJ, que de ninguno de los preceptos de la Ley 30/92, a pesar de reestablecer ésta la unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad, se desprende que el orden contencioso-administrativo haya asumido competencias en prestaciones de la Seguridad Social, respetándose así los arts. 2 LPL y 9.5 LOPJ. Los problemas surgen con el reglamento 429/1993, el cual atribuyó la responsabilidad de Entidades Gestoras y Servicios Comunes al orden contencioso-administrativo. Para el TS el citado reglamento, atendiendo al art. 117.3 CE, el cual instituye una reserva de ley en materia de competencias, y al art. 81.2 CE, al afectar a la LOPJ en su art. 9.5, infringe el principio de legalidad.

Ahora bien, en esta sentencia resulta tan significativa el contenido de la misma como el voto particular formulado por el Magistrado Sr. Martín Valverde. No en vano, se adhirieron al mismo cuatro magistrados más. Ello debe servirnos de muestra de que se trata de una materia muy controvertida. En el voto particular se defendió lo contrario a la sentencia, atribuyendo la competencia al orden contencioso-administrativo y salvando la legalidad del Real Decreto. En síntesis, su argumentación se basó en que la responsabilidad por asistencia sanitaria defectuosa debe ser calificada como un acto de administración pública, excluido del orden social por el art. 3.a) LPL, y que el reglamento se limita a desarrollar el procedimiento de

responsabilidad de las Administraciones Públicas previsto en los arts. 139 a 144 de la Ley 30/92.

Probablemente tanto la sentencia como el voto tengan su parte de razón. Todo dependerá de si catalogamos a la indemnización por asistencia sanitaria defectuosa como una prestación de Seguridad Social o no, es decir, de si se trata de una competencia del art. 2 LPL atribuida al orden social o se trata de una materia excluida del art. 3a). Por lo tanto, el meollo de la cuestión no pasa tanto por la legalidad o no del reglamento sino por la inclusión en el art. 2 o 3a) de la LPL de la materia debatida. Lo grave de la situación es que no nos hallamos ante un caso puntual en el cual se ha originado un problema de este tipo. Tradicionalmente viene existiendo una gran confusión entre los ámbitos de ejercicio de la función jurisdiccional por los órdenes contencioso-administrativo y social. El intervencionismo de la Administración en materia laboral ha sido el causante de ello. La falta de un criterio uniforme delimitador de competencias, como en el supuesto de la sentencia comentada, conduce a situaciones de diversidad calificadas por el propio TS (FJ 6) como de «*lamentable peregrinaje jurisdiccional*». Tanto la sentencia como el voto particular coinciden en que lo que debe hacerse en materias controvertidas, como la debatida por los mismos, es buscar una seguridad jurídica hallando algún sistema que resuelva definitivamente las cuestiones. En este sentido, la sentencia aboga por la configuración de una Sala mixta del TS formada por miembros de las distintas Salas. El voto particular, por su parte, postula por dar una mayor valor a las resoluciones de las Salas de Conflictos, a pesar de que reconocen que su formato no es el adecuado para fijar jurisprudencia. A la espera de que se articule alguna solución para estos casos, situaciones como la comentada están prestando un flaco favor al derecho a la tutela judicial efectiva.

Para terminar el comentario, creemos oportuno hacer una breve mención a las posibles modificaciones que haya podido aportar en la materia la reciente Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de 13 de julio de 1998. El legislador, consciente de la problemática, en la exposición de motivos, defiende que las cuestiones relacionadas con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas deben ser competencia del orden contencioso-administrativo, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y ga-

rantizando la uniformidad jurisprudencial. Ahora bien, pocas líneas después nos desilusiona, pues, reconoce que la nueva ley respeta la atribución de ciertas competencias relacionadas con la actividad administrativa a otros órdenes jurisdiccionales. En este sentido, si acudimos al texto legal, observamos como el vigor del artículo 2e), el cual nos indica que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o tipo de relación de que derive, será competencia del orden contencioso-administrativo, queda desvirtuado en el art. 3a). Este último señala que las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la administración pública, no corresponden al orden contencioso-administrativo. En definitiva, mucho nos tememos que problemas como los discutidos en nuestra sentencia puedan seguir produciéndose. Como muestra de ello, recordemos que la cuestión discutida giraba en torno a la inclusión de la indemnización por asistencia sanitaria defectuosa en el artículo 2 LPL, como competencia del orden social, o a la exclusión de la misma, de dicho orden, por el art. 3 LPL. Pues bien, la LJCA ha dejado inalterado el art. 2 LPL y ha modificado levemente el art. 3 LPL, pero lo ha hecho de tal modo que el conflicto planteado en nuestra resolución podría suscitarse de nuevo. A la vista de tal situación, tendremos que estar muy atentos a la orientación que tome la jurisprudencia al aplicar esta nueva Ley, para poder valorar el alcance de las posibles modificaciones que esta reforma haya podido generar en el ámbito competencial.

RAMÓN ESCALER BASCOMPTE

RECURSO DE CASACIÓN: A) INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO: DESESTIMACIÓN POR PLANTEAR CUESTIÓN NUEVA; B) ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: DESESTIMACIÓN POR PRETENDER UNA NUEVA VALORACIÓN INTENTANDO SUSTITUIR EL CRITERIO DEL JUZGADOR; C) EL QUEBRANTAMIENTO DE ESTATUTOS DE SOCIEDADES, EN PRINCIPIO, NO CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE DÉ ACCESO A CASACIÓN

STS 31 mayo 1995 (A. 4208)

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

(...) *Segundo*: En cuanto al recurso formulado por «Rafael Hinojosa, SA» e «Inversiones en Ondulados, SA», el primer motivo al amparo del número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa el defecto de la inadecuación del procedimiento en razón de la cuantía que superando los cien millones de pesetas, según las conclusiones y fallo de la Sala de instancia, le correspondía la sustanciación del procedimiento por el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía. El motivo parece a la sola consideración de que lo que cuenta es el momento inicial del proceso cuando esa cuantía no está perfectamente especificada y las partes no hacen la menor objeción como en este caso, ni en los escritos de contestación a la demanda, ni tampoco en la comparecencia de 6 de abril de 1989 a que se refiere el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que no es lí-

cito en este recurso extraordinario suscitar esta nueva cuestión, que va derechamente dirigida contra el principio de conservación de los actos jurídicoprocesales cuando de su realización o ejecución no resulte indefensión de las partes (artículos 238.1.º y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [RCL 1985'1578, 2635 y ApNDL 8375]) habida cuenta que no se quebranta con el procedimiento de menor cuantía sustanciado con consentimiento de todos los contendientes ni la falta de jurisdicción ni la competencia objetiva ni funcional (...).

*Cuarto*: El recurso formalizado por don Eduardo G. V., tiene un primer motivo que se ampara en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que acusa el error en la interpretación de la prueba que no puede prosperar: A) Sobrentendiéndose por el fundamento normativo del motivo, que se trata de interpretación de la prueba con error de hecho no indica cuál sea el error de esa naturaleza en la que haya incurrido la sentencia por lo que no

hay margen especulativo para su determinación; B) Incurrir en el grave defecto de no señalar el documento o documentos en los que en forma inequívoca se acredite tal error supuesto en las declaraciones fácticas de la sentencia recurrida, lo que implica desobediencia al mandato de la propia norma de amparo del motivo y del artículo 1.707 de la misma Ley procesal; y C) Al hacer una relación de documentos con sus apostillas y razonamientos, habiendo sido todos ellos examinados y valorados por la Sala de apelación, viene el recurrente a convertir este recurso en tercera instancia, pretendiendo con ello, además, preterir el criterio objetivo e imparcial del juzgador por el propio e interesado del recurrente.

*Quinto*: El motivo segundo, con sede, —aunque no lo explicita—, en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la violación del artículo 8 de los Estatutos, que dice el recurrente, ha sido textualmente respetado por él. En principio, ha de entenderse que el Estatuto Societario no es norma jurídica como tal, de las previstas en el artículo 1.1.6 del Código Civil, cuyo quebranto dé acceso al recurso de casación. Su estructura de carácter convencional o contractual, sirve de regla de conducta a la sociedad y a sus integrantes; de ahí,

que si como en el caso presente, se da vigencia entre todos los socios a un acuerdo, plasmado en documento privado de 28 de marzo de 1988 en punto a la venta por tres de los cuatro socios de la totalidad de las acciones de las que son titulares para su adquisición por el cuarto socio, este acuerdo es vinculante, aunque condicionado a la fijación del precio que también lo fue de mutuo acuerdo, aunque formalizado el mismo no en forma unívoca y unidad de acto sino, a través de la carta de 11 de mayo de 1988, y escrituras de venta de 15 de junio del mismo año, por lo que es evidente que quiso orillarse por los socios el planteamiento que el artículo 8.º de los Estatutos establece como cauce para determinar el precio y al haberse especificado de hecho de la forma antes señalada, y ya que según el procedimiento no hay disonancia alguna en cuanto a la cifra que de una u otra manera todos han hecho uso de la misma, es por lo que, no hay ni había necesidad de acudir a las previsiones del apartado d) del artículo estatutario antes mencionado ya que parte del supuesto de «En caso de desacuerdo en cuanto al precio...» que en el presente analizado no se da en forma alguna, por todo lo cual ha de rechazarse el motivo.

*Sexto:* Desestimados los dos motivos de cada uno de los dos recursos, han de declararse im-

procedentes ambos con costas (artículo 1.715 «in fine» de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Los hechos relevantes en la siguiente sentencia son los siguientes: los cuatro socios de «Cartonajes Guillén SA» habían llegado a un acuerdo referente a la compraventa de acciones de los demás accionistas. Uno de los socios, Eduardo G., vendió acciones a «Rafael Hinojosa SA» y a «Inversiones en Ondulados SA». Fruto de ello, Alfredo G., otro de los socios, basándose en el pacto ya mencionado, formuló juicio ordinario sobre declaración de derechos y nulidad de transmisión de acciones. En primera instancia el Juzgado de Alcoy n.º 1 desestimó la demanda, pero la resolución fue revocada en apelación. Tanto Eduardo G. como las dos empresas a las cuales había intentado transmitir las acciones recurrieron en casación, siendo desestimados ambos recursos. Eso sí, entre los distintos recurrentes hicieron uso de casi todos los motivos de casación que ofrece el art. 1.692 LEC, con lo cual la sentencia puede resultarnos una buena muestra de las posibilidades que ofrece dicho recurso en la actualidad. A lo largo de los distintos fundamentos encontramos opiniones sobre temas muy diversos. Así, por ejemplo, resulta de lo más interesante la manifestación relativa a que los estatutos societarios no pueden entenderse como una norma jurídica que dé acceso a casación. Ahora bien, nuestro comentario se centrará en dos de los motivos de casación tratados por la sentencia. Ambos han aparecido en dos de las reformas procesales de los últimos años y esta sentencia nos sirve de muestra de cómo opera el TS cuando se le presentan. Uno de ellos hace referencia al error en la apreciación de la prueba, que tiene su vía de entrada por el apartado 4 del art. 1.692. Necesariamente, para comentar al mismo, tenemos que hacer mención a la reforma de la Ley 10/1992 que suprimió el acceso a la casación del error en cuanto a los hechos. Con ello se eliminó a una de las notas que dotaban de peculiaridad a la casación española. La finalidad que tuvo en mente el legislador era la de reducir los recursos que accediesen al TS. Ciertamente la intención era loable, pero poco iba a arreglar porque en la práctica escasos recursos se fundamentaban sólo en esta causa. Lo que sí comportó la reforma fue el negativo resultado de limitar el ámbito de conocimiento del TS. A pesar de ello, la práctica ha seguido intentando introducir en casación

problemas de hecho. Eso sí, se ha visto obligada a realizar auténticos malabarismos jurídicos para que el Tribunal conociese del asunto porque, ante el menor atisbo de que el motivo tiene relación con la valoración de la prueba y que intenta convertirse el recurso en un tercera instancia, el Tribunal lo rechaza de plano, tal y como sucede en nuestra sentencia.

El segundo motivo que merece nuestra atención es el del apartado 2 del art. 1.692, que hace referencia a la incompetencia o inadecuación de procedimiento. En ésta sentencia se plantea sólo la inadecuación de procedimiento, pero el comentario nos sirve para ambos. Resulta inconcebible que cuestiones como éstas puedan llegar a casación aún sin resolver. Poca tutela efectiva puede predicarse si a estas alturas del procedimiento aún no se ha acertado con cuestiones tan elementales. Lo mínimo que puede esperarse de los órganos jurisdiccionales inferiores es que dejen zanjados correctamente aspectos como éstos. Más aún, cuando se trata de cuestiones que, en la mayor parte de los casos, además de las partes, pueden controlar los propios jueces de oficio. Ya tiene suficiente trabajo el TS como para que se prevean motivos de este estilo de forma específica y tenga que pronunciarse sobre ellos. Una muestra ejemplificadora de ello la encontramos en nuestra sentencia, en la cual el TS se ve obligado a desestimar el motivo referente a la inadecuación de procedimiento por la sencilla razón de que las partes no habían objetado nada al respecto hasta casación. No queremos decir con todo ello que el TS no deba actuar en estos casos. Al contrario, defectos de esta índole deben corregirse y, en el supuesto que lleguen al TS, éste, sin duda, debe conocer de ellos. Eso es lo que debió pensar el legislador de la reforma de la Ley 34/84, al introducir el motivo relativo a la inadecuación de procedimiento. Ahora bien, entendemos que el estar tipificados en el art. 1.692 LEC puede inducir a que se utilicen de forma desmesurada y con ello se multiplique el trabajo de TS. Es posible que ésto sea lo que ha sucedido en nuestra sentencia. Para evitar este riesgo, probablemente, lo mejor sería no haberlos previsto de forma expresa ya que para casos flagrantes, en los cuales se quebrante el cauce procesal idóneo, siempre queda la posibilidad de acudir a casación apelando a la garantía del juez natural.

RAMÓN ESCALER BASCOMPTE

DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE CAUSA DE PEDIR EN UN SUPUESTO EN EL QUE EL JUZGADO HABÍA APRECIADO DE OFICIO UNA ACUMULACIÓN SUBJETIVA DE ACCIONES, A LOS EFECTOS DE EXCLUIRLA Y APRECIAR *MUTATIO LIBELLI* E INCONGRUENCIA

STS 26 mayo 1995 (RJA 4129)

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero:* Para la mejor comprensión y análisis del presente recurso, ha de dejarse constancia de los siguientes hechos, sin perjuicio de aquellos otros que el estudio de los motivos exija examinar: 1.º «Empresarios Ingenieros, SA» (Emins) interpuso demanda contra «Grup. Disc. 2, SA», el Ayuntamiento de Madrid y «Parque Jardín, SA» en solicitud de que se les condenase solidariamente a pagarle 3.484.706 ptas. de principal, más intereses legales, con base fundamentalmente, respecto del Ayuntamiento, en el artículo 106.2.º de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 405 y 406 de la Ley de Régimen Local y los artículos 376 y 377 del Reglamento o, «en el mejor de los casos, por el enriquecimiento del mismo»; y respecto a las dos Sociedades Anónimas los 1.100, 1.101, 1.106 y 1.108 del Código Civil. 2.º Resulta que el Ayuntamiento de Madrid, en 22 de febrero de 1982, otorgó a «Grup. Disc. 2» la concesión pertinente para que explotara el Restaurante

y Sala de Fiestas «Florida Park», sitos en la denominada Casa del Contrabandista del Parque del Retiro de Madrid, estableciéndose, de conformidad con el artículo 114.13 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que, al término de la concesión, cualquiera que fuese su causa, revertirían al Ayuntamiento las instalaciones, incluso las incorporadas con carácter fijo al servicio, tales como cafeteras, frigoríficos u otros elementos de que se lo dotase, considerándose de tal naturaleza todos aquellos que, teniendo como destino la normal explotación, requiriesen para su uso y funcionamiento la adhesión a alguna parte del inmueble; y como «Grup. Disc.» fuese declarado en estado legal de suspensión de pagos el 3 de febrero de 1983, por Decreto 6 abril del propio año 1983 denunció la concesión, disponiendo se instruyese expediente para la convocatoria de nuevo concurso, habiéndose producido el lanzamiento por vía administrativa de «Grup. Disc.». Esta última sociedad había celebrado el 8 de junio de 1982, contrato de compraventa e instalación de aire acondicionado

(refrigeración, calefacción y ventilación) con «Emins» en «Florida Park», con precio aplazado durante el pago de letras, reserva de dominio de los bienes vendidos hasta el completo pago, facultad resolutoria y obligación del comprador de obtener del propietario del inmueble (en el caso, el Ayuntamiento) autorización para instalar «sin que los bienes perdiesen su carácter de cosa mueble». Como «Grup. Disc.» no pagase, «Emins» promovió contra ella juicio ejecutivo (Juzgado 20 de Madrid, Autos 252/1983), en el que, a virtud del artículo 1.460 de la LECiv, como se ignorase el paradero de la ejecutada, por Providencia de 3 noviembre 1983 (posterior a la reversión) se la citó de remate por edictos y se decretó el embargo sin previo requerimiento de pago de los bienes que señaló la ejecutante, no otros, al parecer, que los vendidos a «Grup. Disc.» e instalados en «Florida Park». El Ayuntamiento sacó a nuevo concurso el Restaurante y Sala de Fiestas de «Florida Park», que fue adjudicado a «Parque Jardín, SA» 3.º El Juzgado de Primera Instancia número 10 de los de Madrid, por Sentencia de 1 junio 1989, entendió que la acción ejercitada por «Emins», «aunque argumentada jurídicamente por daños extracontractuales, no lo era» y estimó que la condena

solidaria era «relativamente adecuada», pues cada uno de los demandados era responsable por el total, pero «con origen y título distinto»: «Grupo Disc.» por incumplimiento contractual; el Ayuntamiento por accesión inadecuada; y «Parque Jardín» por enriquecimiento sin causa; «tres acciones acumuladas» que no autorizaban la solidaridad, sino «responsabilidad íntegra en régimen de alternatividad por acumulación de acciones» y así condena a los tres demandados (el fallo consta de modo literal en los antecedentes), encontrándose «Grup. Disc.» en rebeldía. 4.º Apelaron el Ayuntamiento y «Parque Jardín» y la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Madrid, por Sentencia de 10 septiembre 1991, estimó el recurso y absolvió a los apelantes, manteniendo la condena de «Grup. Disc.» y teniendo en cuenta para ello que: dicha conducta había quedado firme por aplicación del artículo 408 LECiv; la absolución de «Parque Jardín» procedía por no haber sido parte en el contrato de instalación del aire acondicionado, ser concesionaria con obligación de devolver lo recibido al terminar la concesión, no serle oponible pacto de reserva de dominio no inscrito en la forma prevenida por el artículo 23 de la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles de 17 julio 1965, y no

poder imputársele ilícito civil alguno en base a accesión ni enriquecimiento injusto; y la del Ayuntamiento porque no cabía la acumulación de acciones contra varios si nacían de distinto título o se fundaban en diferente causa de pedir, aunque la acción contra el Ayuntamiento se basase en el artículo 1.902 del Código Civil como parecía desprenderse de la demanda, ni el Juzgador ni la parte podían convertirla en otra de accesión o enriquecimiento injusto, al producir la «mutatio libelli» indefensión a la parte contraria y no haber la acción de enriquecimiento contra el Ayuntamiento, al tener éste causa en la reversión y la entidad actora acción contra aquella a la que vendió y con la que contrató la instalación. 5.º) Recurre en casación «Eminsa».

*Segundo:* Renunciados en el acto de la vista los dos primeros motivos, el tercero y el cuarto se amparan en el número 3.º del artículo 1.692 de la LECiv, denunciando aquél infracción del artículo 154, número 1 de la Ley Procesal, por ser la causa de pedir única, cual ser tercero de buena fe, ajeno a la relación administrativa y haber vendido e instalado unos bienes de los que estaban disfrutando el Ayuntamiento y «Parque Jardín», que no querían asumir responsabilidades a pesar de conocer, antes de la adjudicación del local, que

los bienes habían quedado instalados en el mismo, con lo que existe responsabilidad por culpa, objetiva y además, enriquecimiento injusto por parte del Ayuntamiento, complementándose unas y otras acciones; y el último infracción del artículo 359 al apreciar incongruencia, no obstante estar vigentes los principios procesales «iura novit curia» y «da mihi factum, dabo tibi ius», pues en ningún caso se pretendió cosa distinta que la indemnización de los 3.484.706 ptas., mas intereses legales y costas, sin alteración de la «causa petendi» y no afectando a la congruencia el cambio del punto de vista jurídico.

Respecto a la acumulación de acciones, para nada se refiere la Audiencia al artículo 154.1 y como pretende el motivo, sino que el supuesto ha de incardinarse en el artículo 156 en cuanto establece que «podrán acumularse y ejercitarse simultáneamente las acciones que uno tenga contra varios individuos... siempre que nazcan de un mismo título o se funden en una misma causa de pedir», lo que implica que tengan conexidad jurídica y no mera homogeneidad y aunque en nuestro derecho prime la teoría de la sustanciación, han de respetarse el principio dispositivo, el derecho de defensa del demandado y las reglas sobre congruencia sin que

la «causa petendi» pueda entenderse sólo como un relato histórico de hechos, pues éstos sirven para individualizar, fundamentándola, la pretensión que se actúa (ver Sentencia de 14 abril 1986 [RJA 1851]) única forma de entender las exigencias del artículo 1.252 del Código Civil sobre la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, no bastando que se busque un arbitrario enlace en el relato fáctico, por lo que mal puede decirse que no hay «mutatio libelli» cuando se actúa contra el Ayuntamiento por un funcionamiento normal o anormal de un servicio público (véase fundamentación de la demanda) después se pasa a la culpa extracontractual o aquiliana del artículo 1.902 y se termina por unas acciones de accesión o enriquecimiento injusto, pretendiendo que todas pueden desembocar en indemnización de daños y perjuicios, cosa no permitida ni al demandante ni al Juzgado, cambiando aquél su posición jurídica para seguir las tesis de éste por la circunstancia de haberle sido favorable, ya que el juez no puede variar los términos del debate, ni introducir en el mismo puntos no alegados ni discutidos, pues de hacerlo estaría fallando en su sentencia y bajo una aparente cobertura del principio «iura no-

vit cura», sin concordar en sus decisiones las cuestiones de hecho y de derecho que los litigantes sometieron a su conocimiento, alterando la causa de pedir y transformando el problema planteado en otro distinto, ya que, en caso contrario, quedarían alguno o ambos contendientes sin la posibilidad de rebatir los argumentos de sus adversarios ni de practicar prueba acerca de los mismos, con la consiguiente indefensión (ver Sentencias de 25 abril 1966 [RJA 2042], 1 abril 1982 [RJA 1930] y 9 febrero 1990 [RJA 674]). Y es que en definitiva, tal como se verá al examinar otros motivos, la realidad fáctica es mas compleja, al existir dos relaciones jurídicas diferentes (cada una de ellas sometida al principio de la relatividad contractual) y tener que tomarse en cuenta la buena fe y la publicidad que pudieran haber tenido una y otra relación. En resumen: ambos motivos han de ser desestimados.

(...)

*Quinto:* El Juez de Primera Instancia incurrió en incongruencia y «mutatio libelli», cual señala la Audiencia, al condenar por enriquecimiento injusto o sin causa, a «Parque Jardín» y por normas de la accesión al Ayuntamiento, por lo que «Eminsa» no puede basar su recurso en los razonamientos vertidos por aquél, ni cambiar nuevamen-

te su pretensión contra el Ayuntamiento, que tiene justa causa para su adquisición produciéndose los perjuicios para «Eminsa» bien por su propio actuar, ya, o también, por el actuar de «Grup. Disc.», más nunca por acción u omisión del Ayuntamiento o «Parque Jardín», ni por el funcionamiento normal o anormal de su servicio público.

(...)

La complejidad y extensión de la presente Sentencia, unidas a su transcripción parcial, aconsejan iniciar este breve comentario con una síntesis de los antecedentes que condujeron a la misma y de la suerte que corrió el recurso de casación. El litigio gira en torno a un Restaurante y Sala de Fiestas situado en Madrid, que viene siendo explotado en régimen de concesión administrativa por «Grup. Disc. 2, SA». Durante dicha explotación, la sociedad concesionaria suscribe un contrato de compraventa de aire acondicionado con «Empresarios Ingenieros, SA» (Eminsa), en el que se pacta, entre otros extremos, el pago aplazado con reserva de dominio de los bienes vendidos hasta la completa satisfacción de su precio. Sin embargo, «Grup. Disc.» es declarada en suspensión de pagos algunos meses después, lo que a su vez produce dos consecuencias: por un lado, el Ayuntamiento de Madrid denuncia la concesión, procediendo seguidamente al lanzamiento de la concesionaria y a una nueva adjudicación, que correspondió a «Parque Jardín, SA»; por otro, «Eminsa», tras intentar cobrar su deuda acudiendo a un juicio ejecutivo contra «Grup. Disc.», decide entablar una demanda de responsabilidad extracontractual contra esa misma sociedad, el Ayuntamiento de Madrid y «Parque Jardín, SA», como deudores solidarios. En este último pleito, que es el que termina en la resolución que se está analizando, los demandados («Grup. Disc.» en rebeldía) son condenados en primera instancia por los motivos que serán objeto del presente comentario; pero tanto el Ayuntamiento como «Parque Jardín» apelan y resultan absueltos, al entender la Audiencia que el pacto de reserva de dominio no podía afectar a la nueva concesionaria, y que

el Ayuntamiento había actuado bajo la cobertura legal que le proporcionaba su derecho a la reversión. La actora recurre en casación, pero el Tribunal Supremo confirma los razonamientos de la Audiencia y declara no haber lugar al recurso.

Las cuestiones procesales que justifican estas líneas tienen su origen en la sentencia pronunciada en primera instancia, donde el Juzgado entiende que la acción de responsabilidad extracontractual ejercitada por la actora constituye en realidad una acumulación subjetiva de acciones, lo que le lleva a condenar a cada uno de los tres demandados por la totalidad de lo reclamado pero por distintos motivos: a «Grup. Disc.» por incumplimiento contractual, al Ayuntamiento de Madrid por accesión inadecuada, y a «Parque Jardín» por enriquecimiento sin causa. En cambio, el Tribunal Supremo rechaza ese pronunciamiento, confirmando al hacerlo la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, con dos argumentos: en primer lugar, se razona en la Sentencia que esas tres acciones no presentan la conexión jurídica necesaria para permitir su acumulación; en segundo término, se afirma que el Juez ha variado la *causa petendi* aportada por el demandante, incurriendo al hacerlo en una modificación esencial del objeto litigioso y en incongruencia. Ambos argumentos merecen un análisis separado que, dicho sea desde ahora, ha de ser necesariamente crítico:

a) El primer razonamiento mencionado parece enlazar con la jurisprudencia mayoritaria del propio Tribunal Supremo. Como es sabido, son innumerables las resoluciones de la Sala Primera en las que se hace hincapié en la flexibilidad que ha de presidir el tratamiento y aplicación de la acumulación subjetiva de acciones, entendiéndose que procede la misma aunque no exista entre dichas acciones la identidad de causa de pedir a la que se refiere el artículo 156 LEC, siempre que presenten una cierta conexidad jurídica y no se vulneren las prohibiciones de los artículos 154 y 157 del mismo cuerpo legal (cfr. por todas las recientes SSTs 17 diciembre 1997 [RJA 8779] y 30 mayo 1998 [RJA 4539]). Sin embargo, la argumentación efectuada en la Sentencia suscita algunas dudas: por un lado, esa exigencia de una cierta conexidad jurídica dista de ser unánime, ya que existen diversas resoluciones en las que se opta por la simple inaplicación del artículo 156 (vgr. las SSTs 19 octubre 1996 [RJA 7508] y 4 noviembre 1996 [RJA 7910]); por otro lado,

no resulta tan evidente es que esa conexidad no concurre en el caso concreto: al fin y al cabo, la demanda contenía una única reclamación de cantidad dirigida contra tres deudores presuntamente solidarios, y algunos de los hechos y fundamentos de derecho invocados, al parecer de forma algo confusa, se referían a esos tres demandados por igual, o cuando menos a dos de ellos (véase el FD 1.º). Desde este punto de vista y con las limitaciones que impone el carecer de una copia de las actuaciones, el escueto pronunciamiento de la Sala sobre el particular no puede calificarse de incorrecto, pero desde luego dista de ser satisfactorio.

b) El segundo argumento referido reviste una mayor complejidad y, en consecuencia, es objeto de una atención mucho más detenida por parte de la Sala. Como se advertía anteriormente, la conclusión que se alcanza es la de que el Juez de Primera Instancia ha incurrido en incongruencia y en *mutatio libelli*, a cuyos efectos se efectúan una serie de consideraciones en torno al concepto de causa de pedir. En síntesis, el ponente rechaza la concepción de la *causa petendi* como un mero relato fáctico (teoría de la sustanciación), afirmando que una alteración de los fundamentos de derecho por parte del Juez, efectuada invocando el principio *iura novit curia*, produce indefensión en los otros litigantes, que no podrían rebatir los argumentos de sus adversarios ni practicar prueba acerca de los mismos. Este razonamiento no puede convencer. La causa de pedir sólo puede incluir hechos y el órgano jurisdiccional es libre de modificar su calificación jurídica y los fundamentos de derecho, ya que tiene la obligación de resolver aplicando el sistema de fuentes por encima de eventuales errores cometidos por las partes. Un cambio de calificación jurídica operado por el Juez no puede producir indefensión en ningún litigante en el terreno probatorio, sencillamente porque sólo los hechos controvertidos son objeto de prueba, nunca el Derecho. Lo que ocurre es que, lógicamente, los elementos fácticos que individualizan la pretensión varían en función de la acción ejercitada, y lo que en ningún caso puede hacer el Juez es tener en cuenta hechos no alegados por las partes para sustentar un cambio de calificación, ya que ello vulnera el principio de aportación de parte (no el dispositivo al que se refiere la Sentencia).

Si se aplica lo expuesto al caso concreto, necesariamente debe concluirse que es posible que haya existido *mutatio libelli* e incon-

gruencia (es difícil valorarlo sin contar con el escrito de demanda); pero de ser así el motivo sólo puede haber sido la introducción *ex officio* de nuevos hechos por el Juzgado de Primera Instancia al convertir la pretensión originaria en tres acciones acumuladas. Por contra, si en la sentencia se respetó el material fáctico y probatorio aportado por la actora y no se modificó el *petitum* contenido en el suplico de la demanda, la mera modificación de la calificación y fundamentación jurídicas no afecta a la litispendencia o a la congruencia de la sentencia, ya que no constituye una alteración esencial del objeto del proceso.

FRANCISCO MÁLAGA DIÉGUEZ

LITISPENDENCIA: INEXISTENCIA POR NO CONCURRIR LAS NECESARIAS IDENTIDADES OBJETIVA Y CAUSAL. INCONGRUENCIA: NO LA PRODUCE LA FALTA DE PRONUNCIAMIENTO EXPRESO SOBRE LA RECONVENCIÓN CUANDO LA ESTIMACIÓN DE LA DEMANDA PRODUCE EL RECHAZO IMPLÍCITO DE AQUÉLLA

STS 19 abril 1995 (RJA 3426)

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero* Promovida por don Juan M. G. y doña María P. F., ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Sant Boi de Llobregat demanda de juicio ordinario de mayor cuantía sobre acción reivindicatoria contra doña Soledad G. M., doña Carmen R. O. y don Andrés Angel V. S., que formularon reconvencción, con fecha 23 junio 1989 recayó Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en la que confirmando la dictada por el referido Juzgado el 11 de

diciembre de 1987, se estimaba la demanda, e implícitamente se desestimaba la reconvencción, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de ley y en la que se sientan, entre otras, las siguientes conclusiones: A) Que la excepción de litispendencia, destinada a impedir la simultánea tramitación de dos procesos con el mismo contenido, mediante la exclusión del promovido en último lugar, constituye una institución preventiva de la cosa juzgada y presupone, como ella, además de una identidad subjetiva entre ambos, unas identidades objetiva y cau-

sal que no concurren en este caso, ya que (como luego se detallará) en el primer proceso los aquí actores dedujeron contra los aquí demandados pretensión de resolución de la venta de dos viviendas y en éste deducen pretensión reivindicatoria sobre un local de negocio distinto, por posesión sin título. B) Que afirma el recurrente que compró el local a los demandantes, el 30 de octubre de 1969, junto con dos viviendas, con las que aquél forma una unidad física y jurídica, que destina a un mismo fin comercial; mas es lo cierto (a) que de los claros términos del contrato resulta que lo que los actores le vendieron fue dos viviendas de la planta baja, puertas primera y segunda, del edificio; (b) que, según los planos por los que éste se construyó, la planta baja del mismo está constituida por dos viviendas y dos locales de negocio y lo propio resulta de la escritura de división en propiedad horizontal, en la que aparecen claramente distinguidas unos de otras como unidades distintas; (c) la circunstancia, admitida por ambas, de que las viviendas compradas por el demandado y el local litigioso están comunicados interiormente y sean utilizados como sede de un mismo negocio de venta de bebidas, no altera la conclusión de que lo que compró fueron aquéllas y no éste,

pues a la referida claridad de los términos del contrato, ley entre las partes, se une la ausencia de prueba de un consentimiento sobre ese otro objeto, que no puede inferirse sólo de esa unidad de destino y comunicación. C) Que por reconvencción, pretendió el demandado comparecido que se declarase la nulidad de la escritura de división en propiedad del edificio y rectificase el registro correspondientemente, con la alegación de que del litigioso local no eran dueños en la fecha de su otorgamiento los declarantes, sino él, por virtud del contrato de compraventa repetido. Demostrado que no es así, procede desestimar tal pretensión y, por si no resultase ello del fallo recurrido, declararlo expresamente (fundamentos de derecho segundo, tercero y cuarto de la resolución recurrida).

*Segundo:* Fundado el recurso que nos ocupa en tres motivos, de ellos, el primero y el tercero se amparan en el ordinal tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y alegan quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y deben ser estudiados con prioridad al segundo que afecta a la cuestión de fondo, motivos que deben ser ambos rechazados en atención a las siguientes razones: Primera.— Por lo que

se refiere al primero que con alegación de infracción del artículo 359 denuncia que la sentencia recurrida incurre en incongruencia, por no haberse pronunciado sobre los pedimentos contenidos en la reconvencción, porque, aun cuando es cierto que por los demandados se formuló reconvencción, también lo es que contenida en la demanda una acción reivindicatoria de unos determinados inmuebles, y opuesta por los demandados en la reconvencción una acción contraria en la que se solicitaba la nulidad de la escritura de venta de los inmuebles otorgada por los demandados reconvinientes, es obvio que, aun cuando lo procesalmente aconsejable, para mayor claridad en el enjuiciamiento, hubiera sido el expreso rechazo de la reconvencción, como corolario a la estimación de la demanda, la declaración de la estimación de ésta comportaba el implícito rechazo de aquéllas, máxime cuando el fundamento de derecho quinto de la resolución recurrida, haciéndose eco, tanto de la postura de la resolución de primera instancia en la que se omitía la desestimación expresa de la reconvencción, como de las alegaciones vertidas en torno a ello en la vista de la apelación por los demandados, declara expresamente, aunque sin traducirse

tampoco en el fallo, que la alegación de que no eran los actores dueños del local litigioso se ha demostrado no ser cierta, por lo que procede desestimar tal pretensión reconvenccional. Segunda.— En lo que afecta al motivo tercero en el que se aduce la infracción del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no haberse estimado la excepción de litispendencia alegada por los hoy recurrentes en la instancia, el rechazo de la misma viene ya suficientemente razonado en la resolución recurrida, en la que acertadamente se aprecia que no concurren en el caso que nos ocupa las identidades de objeto y causa de pedir que son exigibles para la apreciación de la excepción de litispendencia, ya que en el anterior proceso, en cuya existencia pretende fundarse la excepción, los actores hoy recurridos dedujeron contra los demandados recurrentes una pretensión de resolución del contrato de compraventa de dos viviendas y, en el que hoy nos ocupa se deduce una acción reivindicatoria sobre un local de negocio distinto, basándola en la inexistencia, por su parte, de título suficiente. Razones todas ellas por las que procede la expresa desestimación de los dos aludidos motivos.

(...)

En la presente resolución, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre dos cuestiones procesales de un considerable interés teórico y práctico: la identidad entre procesos como presupuesto para la admisión de la excepción de litispendencia y los perfiles de la congruencia en las hipótesis de demandas reconventionales conexas. El supuesto fáctico subyacente a dichos pronunciamientos es sencillo: se celebra un contrato de compraventa de dos viviendas, situadas en la planta baja de un inmueble, que dan acceso a un local de negocio y que de hecho vienen formando parte junto con dicho local de un establecimiento de venta de bebidas. Posteriormente, los vendedores entablan dos demandas sucesivas contra los adquirentes: en la primera solicitan la resolución del contrato de compraventa, mientras que en la segunda ejercitan una acción reivindicatoria por posesión sin título referida al local de negocio. Por su parte, el demandado sostiene haber adquirido el local de negocio junto con las dos viviendas basándose en la referida unidad de destino y comunicación, por lo que opta por reconvenir solicitando la nulidad de la escritura de venta y división en propiedad horizontal del edificio, al tiempo que formula una excepción de litispendencia con base en el pleito precedente. Sin embargo, el Juzgado estima la demanda sin pronunciarse sobre la reconvencción y la Audiencia confirma su sentencia.

De los tres motivos que sustentan el recurso de casación interpuesto por el demandado, son el primero y el último (correctamente fundados en el ordinal tercero del art. 1692 LEC) los que presentan interés procesal por referirse a las cuestiones anteriormente apuntadas:

a) Se trata en primer término de la alegación de incongruencia por falta de pronunciamiento expreso sobre la reconvencción en el fallo de la sentencia recurrida, alegación que la Sala desestima aduciendo que, al prosperar la acción reivindicatoria, quedaba implícitamente rechazada la acción de nulidad ejercitada por vía reconventional, lo que además habría tenido su reflejo en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida. Pese a su aparente lógica, nos encontramos ante una argumentación no exenta de polémica, ya que la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo sobre la materia es contradictoria: mientras que las resoluciones más

antiguas se limitaban a prever que la desestimación implícita de la reconvencción no producía incongruencia cuando ésta se encontraba directamente vinculada a la demanda (SSTS 30 enero 1947 [RJA 135], 19 abril 1984 [RJA 1965] y 4 julio 1984 [RJA 3797]), otras más recientes llegan a la conclusión contraria, apreciando infracción del art. 359 LEC incluso aunque en los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida se hubiese hecho expresa alusión al rechazo de la reconvencción (cfr. principalmente la STS 6 abril 1990 [RJA 2702], pero también la de 3 mayo 1995 [RJA 3889], posterior a la que se está examinando). En realidad, esta segunda línea jurisprudencial resulta más convincente. La ausencia de una expresa mención a la desestimación de la reconvencción en el fallo (exista o no dicha mención en la fundamentación de la sentencia) no constituye una cuestión meramente formal, sino que puede afectar a las propias garantías constitucionales del demandado (derecho a una resolución fundada en derecho, prohibición de indefensión...), al tiempo que es susceptible de generar efectos indeseables en materia de cosa juzgada, sobre todo en aquellos supuestos en los que la petición de nulidad se haya formulado acompañada de otras accesorias (vgr. de indemnización por daños y perjuicios). Piénsese por ejemplo en la posibilidad de que el litigante vencido inicie un nuevo pleito instando la nulidad de la escritura de venta: es evidente que los demandados se opondrán alegando cosa juzgada, pero la inexistencia de mención alguna al problema de la nulidad en el fallo podría generar dificultades para su apreciación, sobre todo cuando el tribunal no acepte que esa cosa juzgada cubre por igual todos los hechos impositivos, extintivos y excluyentes oponibles a la acción reivindicatoria estimada en el pleito precedente. Puesto que se trata de inconvenientes fácilmente evitables, quizás habría sido preferible exigir que el órgano jurisdiccional se pronuncie expresamente sobre la reconvencción en el fallo de su sentencia, con independencia de la mayor o menor conexidad y dependencia que aquélla presente respecto de la demanda.

b) Por lo que se refiere a la excepción de litispendencia, que el recurrente estima indebidamente desestimada, el Tribunal Supremo se limita a confirmar la sentencia recurrida, afirmando que dicha excepción es inadmisibile porque no concurren entre ambos

juicios las necesarias identidades de objeto y causa de pedir. Sin embargo, la aparente sencillez de este pronunciamiento esconde un problema que en los últimos años viene adquiriendo una relevancia creciente. Al parecer, el demandado basaba su alegación en la identidad subjetiva y en el hecho de que, a su juicio, el local de negocio había sido también objeto del contrato de compraventa, lo que determinaría a su vez una identidad parcial del *petitum* mediato de ambos pleitos. Sin embargo, parece evidente que, aún aceptando esto último, la eficacia excluyente de la litispendencia sería igualmente inadmisibles en el presente supuesto, ya que seguiría existiendo una divergencia en el *petitum* inmediato (pretensión de resolución frente a pretensión reivindicatoria), así como en la *causa petendi* subyacente a cada pleito (la existencia de un contrato y de una causa de resolución en el primer proceso, frente al hecho de la posesión sin título en el segundo). En última instancia, el porqué del planteamiento de la excepción en un supuesto en el que la falta de identidad es tan patente debe buscarse en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y, en concreto, en la tendencia que éste viene mostrando a admitir dicha excepción en supuestos de mera prejudicialidad entre litigios (cfr. por todas las recientes SSTs 16 enero 1997 [RJA 14], 12 diciembre 1997 [RJA 9335], 22 junio 1998 [RJA 4907] y 14 noviembre 1998 [RJA 8169]). Esta línea jurisprudencial ha introducido una notable inseguridad jurídica en materia de litispendencia, y está llevando a la admisión de la excepción en supuestos en los que la falta de identidad objetiva produce una verdadera indefensión del litigante interesado en la continuación del segundo juicio. Desde este punto de vista, la decisión del Tribunal Supremo es desde luego correcta pero, lamentablemente, también minoritaria.

FRANCISCO MÁLAGA DIÉGUEZ

RECUPERACIÓN DE LOS COSTES E INTERESES LEGALES: EL TRIBUNAL SUPREMO MANTIENE UNA CONCEPCIÓN RESTRICTIVA QUE ES NECESARIO SUPERAR. COMPARECENCIA EN JUICIO: EL RECONOCIMIENTO EXTRAPROCESAL DE LA PERSONALIDAD

STS 20 de febrero de 1995  
(RJA 2770)

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero:* La parte actora en el juicio de menor cuantía del que trae causa el presente recurso de casación, autodenominándose «Comunidad de Propietarios de la Urbanización Sitio de Calahonda, domiciliada en Mijas-Costa, Málaga», demandó a la también Comunidad Buenavista «Complejo Residencial Buena vista, zona Especial, Ap. A, sito en Urbanización Sitio de Calahonda, Partido Calahonda, Término de Mijas, Málaga», como integrante de la primera, a fin de que se le condenase al pago de 4.050.292 ptas. como gastos y cargas a que había de contribuir, correspondientes a las cuotas y períodos de los años 1987, 1988 y 1989, descontadas ya 199.152 ptas., que decía tener recibidas a cuenta, a cuyo efecto acompañó, aparte de las certificaciones emitidas por la propia actora sobre el saldo deudor, lo que llamaba Copia de los Estatutos de la Comunidad, alegando como fundamentos de derecho diferentes artículos de la Ley de Propiedad Horizontal.

La entidad demandada opuso, por cuanto aquí interesa, la falta de personalidad en la actora por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio o por no acreditar el carácter o representación con que reclamaba, y su falta de legitimación pasiva (artículo 533.2.º y 4.º LECiv), dado que: la copia acompañada por la actora decía «Estatutos de la Entidad Urbanística Colaboradora Comunidad de Propietarios de la Urbanización Sitio de Calahonda», pero tal entidad jurídico-administrativa no se hallaba inscrita en el Registro General de EUC, sus estatutos se habían formado de manera unilateral, arbitraria y al margen de toda legalidad, la demanda no se había integrado en tal entidad, tampoco constaba en sus propios estatutos cláusula alguna de adhesión y los supuestos intereses y servicios que decía gestionar la actora le eran ajenos; porque si bien había abonado una cantidad a cuenta por el consumo de agua, lo había hecho al Centro de Servicios de la Urbanización Calahonda y no a la entidad actora, dejando de pagar al no justificarse el agua consumida ni el precio estipulado.

[...]

*Segundo:* El primer motivo del recurso, al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la LECiv, denuncia infracción del artículo 359 de la propia Ley, en cuanto exige que las sentencias sean congruentes con las pretensiones deducidas en el pleito, siendo así que la sentencia recurrida otorga más de lo pedido «al condenar a la demandada recurrente al pago de los intereses legales correspondientes al principal, que no figuran solicitados por el actor en el suplico de la demanda».

Es cierto que en la demanda se solicita que se condene a pagar «la suma de 4.050.292 ptas., que adeuda por las cuotas y períodos que se señalan, con imposición de costas al mismo», es decir, sin hacer referencia alguna a los intereses de tal cantidad, pero no lo es menos que la sentencia se refiere a los intereses «legales», expresión que no alude a los moratorios previstos en los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del CC, cuya imposición es necesario solicitar, sino a los procesales-legales del artículo 921 de la LECiv, cuya producción se genera de forma automática, «ope legis», desde que se concreta en la sentencia la cuantía debida, actuando sin petición expresa de condena, pues surgen por mandato de la ley, correspondiendo al trámite ejecutorio

su determinación, de forma que no existe incongruencia «extra petita» cuando se alude a ellos en la sentencia, aunque no se hayan solicitado, ni «infra petita», cuando nada se dice sobre ellos en el fallo, que silencia un «petitum» de tal naturaleza (ver Sentencias de 10 abril 1990 [RJA 2715], 25 febrero 1992 [RJA 1554], 18 marzo 1993 [RJA 2023] o 5 abril del propio año [RJA 2787], con las que en ellos se citan); por otra parte el hoy recurrente pudo desvanecer sus dudas, si es que las tenía, en trámite de aclaración de sentencia y sabido es, por ser doctrina jurisprudencial reiterada y constante, que lo que es susceptible de ello o de ventilarse en ejecución de sentencia, no justifica motivo casacional.

*Cuarto:* El motivo tercero, amparándose en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, considera infringido por la Audiencia el artículo 1.253 del CC cuando afirma que la demandada, hoy recurrente, ha venido satisfaciendo parte de los gastos de mantenimiento a la demandante, por lo que no puede negarle personalidad en el pleito cuando se le tenía reconocida con anterioridad al mismo.

El motivo tiene que ser acogido, porque lo cierto y verdad es que la demandada ha negado en todo momento personalidad y legitimación a la parte actora, que

es la que afirma que «le ha abonado a cuenta la suma de 199.162 ptas.», a lo que contesta aquella que «no ha abonado cantidad alguna en concepto de gastos comunes», «que abonó en su día una cantidad a cuenta por consumo de agua», pero «el pago se realizó al Centro de Servicios de la Urbanización Calahonda y no a la entidad actora», extremos que ratifica su representante legal al absolver posiciones y afirmar que «a quien ha pagado el agua es al Centro de Servicios» y que «ignora de quién es la propiedad de aquellos servicios, si la Comunidad o el Ayuntamiento», aspectos fácticos de los que no se puede deducir de modo lógico, natural y razonable que la demandada tenga reconocido fuera del pleito la personalidad de la actora, por faltar el nexo causal o enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, que exigen el precepto y la jurisprudencia, de manera que lo que se impugna es la incorrecta deducción o nexo lógico, máxime, cabría añadir una vez acogido el motivo, cuando la supuesta supra comunidad de urbanizaciones no aparece inscrita en Registro alguno, ni constituida por documento público o privado que firmase representante de la Urbanización demandada o de quien ésta trae causa, o que se demostrase la existencia de acto posterior de

adhesión, ni que en la asamblea constituyente, que se dice celebrada en 1975, tomase parte la demandada, que tampoco consta de modo claro esté comprendida en el ámbito territorial que señalan los Estatutos aportados por la actora, cual se desprende de comparar su artículo 2.º («Ámbito espacial») y las cuatro fincas a que se refiere con aquella sobre la que se construye la Urbanización Buenavista (Escritura Pública de 28 de enero de 1985, en la que en ningún momento se dice que forme parte de la supracomunidad actora, como tampoco consta que «Invecal, SA» (o sus antecesores) que declara la obra nueva y constituye la comunidad plana, participasen en la constitución de aquella mancomunidad. Y es por todo ello por lo que se acogen por la sentencia de primera instancia las excepciones planteadas, sobre todo en su aspecto de falta de legitimación activa y pasiva, en relación con el objeto litigioso y como cuestión procesal de examen previo a la cuestión de fondo, aunque íntimamente ligadas con ésta, todo lo cual permite prescindir del análisis del último motivo, en el que se insiste en la independencia de la entidad demandada y su falta de adhesión a la actora, de la que afirma no haber recibido comunicación, citación, ni convocatoria alguna, todo lo cual

justifica que la demanda no pueda basarse en la Ley de Propiedad Horizontal, a cuyo régimen jurídico para nada se refieren los Estatutos presentados por la actora.

La Comunidad de Propietarios de la Urbanización Sitio de Calahonda formuló demanda, en juicio declarativo ordinario sobre reclamación de cantidad, contra la Comunidad de Buenavista en su condición de parte integrante de la demandante. La oposición de la demandada, basada en la falta de legitimación pasiva y en la falta de personalidad en la actora, prosperó en primera instancia y, en consecuencia, se dictó sentencia absolutoria. En grado de apelación, las excepciones de la demandada no prosperaron, por lo que la AP de Málaga revocó la sentencia. Finalmente, el TS declara haber lugar al recurso de casación, anula la sentencia recurrida y confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

En la presente sentencia el TS aborda dos cuestiones de profundo calado. La primera de ellas hace referencia al tema de los intereses legales (FD 2.º). Según argumenta el Tribunal, los intereses denominados legales-procesales del art. 921 LEC no precisan pedimento expreso de parte y se devengan desde que se pronuncia sentencia en primera instancia. Por el contrario, los intereses moratorios, que se devengan desde la presentación de la demanda, no pueden concederse si no han sido expresamente solicitados en el suplico de la demanda. Esta doctrina, constante hasta la fecha, contrasta con la establecida por el propio TS en su sentencia de 5 de marzo de 1992 (RJA 2389) al atenuar la regla conocida mediante el brocardo «*in illiquidis no fit mora*»:

«... junto a la consideración de la condena al abono de los intereses producidos por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, precisamente por su conducta renuente en el pago que da lugar a la mora, cabe también concebir que, si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello, no por tratarse de una deuda de valor, sino también, y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos —léase frutos civiles o intereses—, no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, al acreedor.»

«... la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento mismo en que se procedió a su exigencia judicial...» (FD 5.º).

El TS debería llevar estos argumentos hasta sus últimas consecuencias equiparando los intereses moratorios a los previstos en el art. 921 LEC. Y aún más. La doctrina ya ha puesto de manifiesto que la teoría de la litispendencia en relación al valor económico de la cosa litigiosa, exige que la sentencia incluya implícitamente la condena por los conceptos siguientes: valor nominal de la cosa litigiosa al tiempo de la demanda, su valor actualizado en el momento del cumplimiento de la sentencia, los intereses de demora y los gastos producidos (RAMOS MÉNDEZ, MÁLAGA DIÉGUEZ).

La segunda cuestión planteada alude a la comparecencia en juicio (FD 4.º). En primera instancia se acogió la oposición de la demandada fundada en la falta de personalidad de la demandante. Posteriormente, la AP de Málaga, siguiendo la doctrina del TS, revocó la sentencia de instancia con base en que se había producido por parte de la demandada un reconocimiento extraprocésal de la personalidad de la demandante, y en el distinto alcance de la personalidad jurídico-administrativa y de la personalidad como entidad de Derecho privado. Finalmente el TS mantiene su doctrina relativa a la admisión de la sociedades irregulares cuando se haya producido un reconocimiento extraprocésal de la personalidad, no obstante, considera que en el caso concreto no se ha producido tal reconocimiento. Tal vez, lo realmente importante en este caso no es si la demandante tiene o no tiene personalidad jurídica o si el demandando la ha reconocido, sino si la demandada efectivamente se benefició de determinados servicios y consiguientemente debía contribuir a sufragarlos. Parece un despropósito que se hayan agotado dos instancias más la vía casacional para solventar una cuestión que debió quedar resuelta al inicio del juicio. En definitiva, no se trata más que de un problema de comparecencia en juicio. Si se considera que la demandante no podía personarse como «Comunidad de Propietarios de la Urbanización Sitio de Calahonda, domiciliada en Mijas-Costa, Málaga», existía la posibilidad de que sus integrantes hicieran uso de la representación voluntaria para comparecer en el proceso.

## AUDIENCIA PÚBLICA

### LA PUESTA AL DÍA DE LOS FORMULARIOS

La historia que se narra a continuación permite valorar las diversas sensibilidades que concurren en el foro a la hora de salirse de las rutinas acuñadas por el aluvión de siglos de hacer lo mismo.

En un juicio ejecutivo se presenta la siguiente demanda:

<b>TRIBUNAL:</b> <b>Juicio:</b>	<b>JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE BARCELONA n.º 0</b> Ejecutivo: ***/96
<b>Demandante:</b> 3.000.000.000 <b>Procurador:</b> <b>Letrado:</b> 96000	<b>CAJA DE AHORROS DEL PRINCIPADO</b> Diagonal 900 08000 BARCELONA <b>SALVADOR PIERA VALENZUELA</b> Florencio Flórez Rico
<b>Demandado(s):</b>	CARLOS PÉREZ PÉREZ San Doroteo 25 00000 BARCELONA
<b>Escrito:</b> 15/06/96	Demanda ejecutiva póliza de préstamo

### H E C H O S

CAJA DEL PRINCIPADO, entidad que por ley litiga con el beneficio de justicia gratuita, suscribió con el demandado la póliza de

préstamo adjunta, que, vencida, arroja el siguiente saldo a favor de la Caja:

**Pesetas: \*\*\*\*\* (000.000,-)**

*Documento n.º 1:* Original de la póliza de préstamo.

*Documento n.º 2:* Certificación de conformidad con libro registro y fecha

*Documento n.º 3:* Extracto de cuenta de préstamo

*Documento n.º 4:* Certificación fehaciente de liquidación y saldo

*Documento n.º 5:* Notificación previa al deudor (es)

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

*I. ASPECTOS PROCESALES:* El título es ejecutivo (arts. 1.429, 6.º y 1.435 LEC), por el cauce del juicio ejecutivo (art. 1.439 LEC), y su conocimiento corresponde a este Juzgado (art. 1.439 LEC y 1.171 CC).

*II. FONDO DEL ASUNTO:* El prestatario (s) está obligado a devolver al prestamista las sumas prestadas (art. 312 CCo), junto con los intereses (art. 315 CCo), comisiones y gastos pactados en el contrato (arts. 1.091 y 1.255 CC) y costas (art. 1.474 LEC).

## SUPLICO AL JUZGADO

Despache ejecución contra los bienes del (los) aquí demandado (s) por importe de \*\*\*\*\***(000.000,- pts.)**, más **(000.000,- pts.)**, que provisionalmente se fijan para intereses pactados, comisiones y costas, dictando en su día sentencia de remate, mandando seguir la ejecución adelante, con costas y desglose de poder.

Florencio Flórez

Salvador Piera

El escrito motivó la siguiente providencia judicial solemne:

PROVIDENCIA. Dada cuenta; por turnado el anterior escrito y documentos acompañados, con copia simple, regístrese. Visto el escrito presentado a guisa de escrito de demanda, o más bien sucedáneo de demanda, ya que no se ajusta a las prescripciones establecidas en el art. 524 de la L.E.C., toda vez que amén de su parquedad, no se relacionan en párrafos numerados los hechos, ni los fundamentos de derecho en que se funda la pretensión actuada, ni se explicita de manera clara y diáfana el objeto de la pretensión, y, como quiera que no se cumplen los requisitos formales objetivos exigidos por la Ley procesal, y dado que el escrito presentado más bien parece una ficha in-

terna de despacho profesional, a modo de resumen de una demanda, perfectamente válida para uso interno del profesional que conoce de antemano la pretensión que actúa, pero que no puede calificarse en puridad de principios como demanda, y pudiendo el escrito presentado causar indefensión a la parte demandada, y, atendida la naturaleza ejecutiva de la acción ejercitada, y la consecuencia jurídico-procesal que se deriva de la admisión a trámite de la demanda, con el consiguiente auto despachando ejecución e hipotético embargo de bienes, y, habida cuenta de que tampoco se consigna en el escrito inicial la identidad del Abogado signante del escrito, ni su número de colegiado, ni tampoco si se halla o no habilitado para actuar en este partido judicial, como requisitos inexcusables, procede requerir a la parte actora para que en el término de CINCO DÍAS a contar desde el siguiente a la notificación de esta resolución, subsane los defectos advertidos, con el apercibimiento de que en caso contrario se procederá al rehúse de plano, *ad limine litis*, del escrito postulatorio, procediéndose al archivo de las actuaciones.

El examen de la providencia suscitó la siguiente reflexión metafísica, ética y profesional:

<b>TRIBUNAL:</b>	<b>JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE BARCELONA n.º 0</b>
<b>Juicio:</b>	Ejecutivo: ***/96
<b>Demandante:</b> 3.000.000.000	<b>CAJA DE AHORROS DEL PRINCIPADO</b> Diagonal 900 08000 BARCELONA
<b>Procurador:</b> <b>Letrado: 96000</b>	<b>SALVADOR PIERA VALENZUELA</b> Florencio Flórez Rico, Col. 000
<b>Demandado(s):</b>	CARLOS PÉREZ PÉREZ San Doroteo 25 00000 BARCELONA
<b>Escrito: 15/07/96</b>	Alegaciones providencia defectos demanda

Ilmo. Sr. Juez:

Es obvio que ha sorprendido al Juzgado la fórmula de demanda ejecutiva que Caja del Principado, a través de los profesionales que le defienden y representan, ha presentado en este juicio. El desconcierto parece haberse apoderado del Juzgador, como si de repente todas las rutinas de funcionamiento de un juicio ejecutivo se hubieran venido abajo. ¡Qué osadía se encierra en la fórmula! ¡Dónde se habrán formado sus autores! El veredicto que ha merecido el escrito no deja lu-

gar a dudas, pues se plasma explícitamente en la providencia: «A guisa de escrito de demanda», «o más bien sucedáneo de demanda», «ficha interna de despacho profesional», «a modo de resumen de una demanda», son calificativos rotundos y reiterados, como si uno quisiera cargarse de razón a fuerza de repetirlo. El hecho nos ha traído a la mente, instintivamente, el pasaje del Evangelio de San Juan, 18, 22-23: ταῦτα δὲ αὐτοῦ εἰπόντος εἰς παρεστηκῶς τ'ν ὑπηρετ'ν ἔδωκεν ῥάπισμα τῷ Ἰησοῦ εἰπὺν Οὕτως ἀποκρίνη τῷ ἀρχιερεῖ· ἀπεκρίθη αὐτῷ ὁ Ἰησοῦς Εἰ κακ'ς ἐλάλησα, μαρτύρησον περὶ τοῦ κακοῦ· εἰ δὲ καλ'ς, τί με δέρεις; Pero en este caso, la situación es naturalmente de mayor lenidad y casi intrascendente.

Es comprensible la desazón del Juzgado y la respetamos. Pero queremos tranquilizarle de inmediato. El profundo respeto que sentimos por las cosas de la justicia nos hubiera vetado a priori cualquier intento de sorprender a un órgano judicial con una chanza o con un sucedáneo. Nuestro pundonor profesional, además, nos obliga a realizar actuaciones solventes y meditadas concienzudamente. Por eso le confesamos que no hay alegría alguna en la utilización de la fórmula, sino sería meditación y estudio no improvisado.

Hay que reconocer que muchos de nuestros órganos jurisdiccionales tienen como libros de fórmulas de cabecera los modelos de MANRESA, BROCA, y obras de corte similar no menos famosas. Habrá que convenir que son modelos entrañables *old fashion*, estilo retro, decimonónicos, respetabilísimos y admirados sin duda, a juzgar por su larga longevidad y éxito en el foro. Con sana envidia, hay que admitir que la vitalidad de estos ancianos monumentos jurídicos es un punto de referencia inexcusable para cualquier profesional. Pero, de la misma manera que ya se han introducido los tratamientos de textos en las oficinas judiciales, desplazando a las venerables «*Lexicon 80*», también es legítimo que se vayan introduciendo modelos de escritos de nuevo cuño, más acordes con las exigencias de una administración de justicia del ya inminente siglo XXI.

En materia de gustos estéticos no hay nada escrito y cada uno es libre de decantarse por el gótico o el barroco, el realismo o el cubismo, y, por supuesto, por fórmulas artísticas mucho más avanzadas y comprometidas, no siempre al gusto de la mayoría. La imagen es apropiada para valorar el sentimiento subjetivo que puede haber producido al Juzgado nuestro escrito de demanda. No le ha gustado, porque ni siquiera ha llegado a considerarla como tal. Ahora bien, una cosa son las preferencias subjetivas y otra muy distinta la realidad objetiva de las cosas. Que sepamos nuestras leyes procesales no prescriben fórmulas sacramentales para los escritos judiciales, al estilo de las XII Tablas romanas. Mas bien se diría que apuestan justo por lo contrario: libertad absoluta de forma y contenido mínimo. El Juzgado

acierta plenamente en el diagnóstico cuando enuncia el criterio de medida: «no se cumplen los requisitos formales objetivos exigidos por la ley procesal». En efecto, las demandas judiciales tienen unos presupuestos objetivos regulados en la ley que hay que cumplir. Por supuesto, podemos adelantar al Juzgado, para su tranquilidad, que el escrito presentado lo cumple con creces. Aunque en los juicios civiles es el demandado el que se encarga de escudriñar los defectos en el modo legal de proponer la demanda, aquí esta tarea ya está hecha. En este caso, el Juzgador se ha adelantado tutelarmente, no fuera a causársele indefensión a dicho ciudadano, y ha formulado la excepción de oficio. Tan loable intento ha tenido la delicadeza de explicitar los motivos de cuita. Ello es de agradecer sobremanera, porque permite, una vez más, un ulterior estudio de perfeccionamiento de la fórmula elegida y un acto de reflexión conjunta sobre su idoneidad. Es hora pues de pasar revista a los obstáculos que han sorprendido al Juzgador para no dar categoría de demanda ejecutiva al escrito presentado.

El primer reproche que brota de la providencia es el referente a la *parquedad* del escrito. ¡Pardiez, que al Letrado que suscribe todavía le parece extenso, pues se haya enfrascado en reducirlo todavía más, en la medida de lo posible! ¡Y se puede adelantar que sí lo es! Tareas personales aparte, lo cierto es que la parquedad no constituye ningún reproche legal que se sepa. Antes bien, nuestra sabiduría popular proclama que «lo bueno, si breve, dos veces bueno». La economía, por su parte, se afana por reducir los costes de explotación a la mínima expresión, y la ecología agradece día a día el menor consumo de papel. La verdad es que creíamos que estábamos en la buena dirección, al reducir la demanda ejecutiva a una sola cara de un DIN A4, con la consiguiente comodidad para el Juzgado de no tener que aumentar innecesariamente las montañas de papel que ahogan las oficinas judiciales. Pero tal vez la parquedad es inexcusable, porque afecta a la bondad del escrito, como darían a entender los reproches que siguen.

A reglón seguido, la providencia se queja de que «no se relacionan en párrafos numerados los hechos». Este lamento nos ha dejado pensativos y no es para menos. De entrada, no conocemos jurisprudencia alguna o autor de época, que se aventure a apuntar como defecto de la demanda, según el art. 524 LEC, la falta de numeración de los hechos. Tal vez ello se debe a una laguna de formación, que estamos dispuestos a subsanar tan pronto se nos indiquen las fuentes. Pero, en este caso, podemos dejar la tarea para otra ocasión. Por simple lógica, hay que admitir que los hechos necesitarán de numeración cuando sean más de uno. La numeración podría sin duda ser excusable cuando el hecho sea único, solo, aislado. Y hete aquí que, el Letrado que suscribe, calentando el caletre y haciendo caso de lo que ordena el art. 524 LEC —«expuestos *sucintamente*»— ha creído de

buena fe que en un caso así bastaba con un solo hecho: el impago de una póliza de préstamo vencida. Y eso es lo que ha tratado de plasmar en el papel. Claro que parece que ha resultado incomprendido, por haber sido, tal vez, atrevidamente sucinto. El enredo tiene fácil arreglo, porque la frase utilizada podría descomprimirse fácilmente en las oraciones simples que la componen, tras un sencillo ejercicio gramatical. Así:

- 1.º Caja del Principado (es) entidad que por ley litiga con el beneficio de justicia gratuita.
- 2.º (Caja del Principado) suscribió con el demandado, en su calidad de prestatario y avalista, la póliza de préstamo adjunta.
- 3.º (La póliza está) vencida.
- 4.º (La póliza) arroja el siguiente saldo a favor de la Caja: pesetas 000.000.

Expuestos los hechos de este modo aparecen numerados, por lo que es de creer que este punto habrá dejado de suscitar preocupación en el Juzgador.

La providencia aduce a continuación que tampoco se relacionan «*los fundamentos de derecho en que se funda la pretensión actuada*». Esta afirmación parece un juicio precipitado, sin duda por la sorpresa que el modelo de demanda ha causado en el Juzgador. Una reconsideración más reposada podría llevar a valorar que los fundamentos de derecho aducidos son prolijos. ¡Se citan nada menos que nueve artículos, de tres textos legales! Se hace separadamente, en este caso con numeración romana, y criterio académico, aspectos procesales y fondo del asunto. ¡Qué más se puede pedir! Tal vez la transcripción de los artículos, pero ello podría excusarlo el brocardo *iura novit curia*. No creemos tampoco que el órgano jurisdiccional necesite una explicación concienzuda y detallada de las instituciones jurídicas cuya aplicación se reclama. Ciertamente, el elenco de las que entran en juego, es extenso: los títulos ejecutivos, el juicio ejecutivo, la competencia objetiva y territorial, el préstamo, los intereses, las obligaciones contractuales, las costas, etc. Aun así, también es pacífico que son instituciones que cualquier órgano judicial tiene por la mano. No son normas señeras, de uso escaso o que exijan estudio acendrado. Mas bien son artículos de administración ordinaria. Por ello pudiera considerarse prudencial la fórmula utilizada, que se limita a no reiterar lo obvio. Ello no obstante, si el Juzgador insiste en la queja de escasez, estamos dispuestos a documentar jurídicamente la demanda en lo que todavía se eche de menos.

Los defectos del escrito presentado alcanzarían su culmen cuando se dice abiertamente que «*no se explicita de manera clara y diáfana al objeto de la pretensión*». Aquí sí que no podemos juzgar benévolamente la apreciación del Juzgado. La única explicación plausible de

la queja es que el original de la demanda presentada que obra en el Juzgado carezca de suplico por un error de impresión. O, que tal vez, bajo los efectos de la desazón por lo inusual del escrito, no se haya reparado en el suplico del escrito. Quizá, el formato del texto respondía a un tipo de letra demasiado pequeña. Para disipar cualquier duda, repetimos íntegramente el suplico de la demanda en letra perfectamente legible:

«**SUPLICO AL JUZGADO** despache ejecución contra los bienes del demandado por importe de \*\*\*\* pesetas (000.000,- ptas.), más pesetas (000.000,- ptas.), que provisionalmente se fijan para intereses pactados, comisiones y costas, dictando en su día sentencia de remate, mandando seguir la ejecución adelante, con costas y desglose de poder.»

En buena lid, y aun manteniendo las preferencias subjetivas por los modelos de escritos judiciales, nadie puede achacar razonablemente a este suplico que no sea claro, diáfano, preciso, escueto, total, agotador, en cuanto a la pretensión ejercitada en el juicio ejecutivo. En cualquier caso, este Letrado carece de recursos lingüísticos para decirlo con menos palabras y más claras. Aquí sólo cabe encomendarse a la benevolencia del órgano judicial.

También llama la atención el celo anticipado del Juzgado por la tutela de la parte demandada. Según la apreciación ponderada del Juzgador, un escrito tan parco como el que se ha presentado podría «*causar indefensión a la parte demandada*». No sabemos si el Juzgado se refiere a los teóricos agravios formales que él mismo se ha apresurado a detectar y corregir, o si se refiere al fondo del asunto. Nos preguntamos si no está suficientemente claro que lo que se reclama es una deuda, que se cuantifica al céntimo, contra un moroso. Uno se pone en el trance del moroso al leer el escrito y se interroga si del mismo se deduce que le están pidiendo el pago de \*\*\* pesetas o no. En la misma secuencia vivencial, uno se pregunta si el respetable ciudadano moroso habrá tenido en su día mayor o menor grado de dificultad para entender la prosa y letra cuidada del préstamo, o ahora, la sencilla operación aritmética de liquidación de intereses, e incluso, la lectura sosegada de la cédula de citación de remate, que probablemente se encuentre en el buzón de su casa o que le entregará un amable vecino de escalera. Ciertamente, las estadísticas nos dicen que no somos un país de lectores, probablemente tampoco de matemáticos, pero, al parecer, todos nos manejamos por la cuenta de la vieja. Tal vez, en aras de la prudencia, el juicio sobre la indefensión habría que dejarlo para un momento posterior y no adelantar acon-

cimientos. Si tan ofensiva es la demanda ejecutiva y tan desafortunada es su formulación jurídica, mayores posibilidades de éxito tendrá una oposición formal a la ejecución e incluso mayor satisfacción psicológica acumulará un ciudadano moroso al vencer en buena lid a una entidad financiera. ¡Se puede dejar un margen de actuación para todo el mundo, qué caramba!

En fin, en un orden menor de cosas, se aduce que «*tampoco se consigna en el escrito inicial la identidad del Abogado signante del escrito, ni su número de colegiado, ni tampoco si se halla o no habilitado para actuar en este partido judicial*». Una vez más, la desazón que sin duda ha causado al Juzgado el escrito le ha jugado una mala pasada. El nombre del Letrado firmante del escrito figura en el segundo recuadro superior derecho de la demanda, justo debajo del nombre del demandante, de su domicilio y del Procurador que le representa. Sin duda que ha pasado inadvertido al Juzgado, pero allí sigue estando y también, ahora, en el mismo lugar, en el encabezamiento y en el pie de este escrito, para mayor seguridad. No ha sido posible incluir en la demanda el número de colegiado y en esa falta sí que lleva razón el Juzgado. El motivo es que, paralelamente a la demanda, el Letrado firmante del escrito solicitó la colegiación en el Ilmo. Colegio de Abogados de \*\*\*, que es el que corresponde al partido judicial. Como es de ver, se trataba probablemente del primer asunto de este Letrado en dicha zona. Para información del Juzgado, al Letrado se le ha asignado el número de colegiado 000 y así se hace constar ya en la cabecera de este escrito. Parece, pues, que este punto ha quedado satisfecho.

Un último apunte que quisiéramos transmitir al Juzgado. Es obvio que para este órgano judicial es la primera ocasión también que ha tenido de confrontarse con un modelo de demanda del género. Tenemos intención de seguir usándola, y, con toda seguridad, será todavía más breve. No es éste el único Tribunal que se ha sorprendido por la fórmula. Un porcentaje insignificante (dos, de cincuenta) de los que han tenido que pasar por la experiencia con anterioridad, también se mostraron inquietos inicialmente. Pero, tras la sorpresa inicial, vino la reflexión sosegada y no dudaron en dar el visto bueno al escrito, porque, más allá de los gustos personales, cumple escrupulosamente, por exceso, todos los requisitos formales que exige la ley procesal. En este momento, la fórmula está homologada en todos los órganos judiciales que han tenido ocasión de ensayarla. Por si el dato estadístico le sirve de referencia, son ya más de cincuenta, como queda dicho.

Para concluir este ya largo alegato, le agradecemos sobremanera el hecho de que haya dedicado su atención a plasmar por escrito, una a una, las cuitas que le suscitaba el modelo de demanda ejecutiva. En justa correspondencia con tal atención, y para no contrariar sus legíti-

mos gustos personales, nos avenimos a desistir de su prosecución ante este Juzgado.

En su virtud,

**SUPLICO AL JUZGADO** me tenga por desistido de la incoación ante este Juzgado del juicio ejecutivo promovido, devolviéndome a la mayor brevedad la documentación original presentada.

Fecha *et supra*, que reitero.

Fdo. Florencio Flórez Rico

Colegiado 000

Ilustre Colegio de Abogados de \*\*\*

El caso se cierra caballerosamente con el adecuado broche procesal:

ÚNICO.— El desistimiento (*sic*) supone la crisis subjetiva del proceso que se produce al apartarse el actor de la acción intentada con lo que rompe los principios de dualidad y contradicción esenciales en la relación procesal. La renuncia de los derechos reconocidos en la L.E.C. es válida cuando no contraríe el interés o el orden público, ni perjudique a terceros (ex. art. 6 del C.C.) y dado el principio dispositivo que rige nuestro ordenamiento procesal el desistimiento tiene cumplida cabida en el mismo. Dicha figura viene específicamente recogida respecto al proceso de cognición pero de aplicación generalizada disponiéndose que si el actor desistiere, transcurrido el término del emplazamiento se dará vista al demandado y el Juez dictará Auto resolviendo la petición de desistimiento contra el que cabe recurso de apelación en ambos efectos (ex. art. 42 Decreto 21 de noviembre de 1952), hipotético legal de aplicación al presente caso en que se cumplen las prescripciones previstas en los artículos 409, 410 y 846 de la L.E.C., ya que en el poder para pleitos presentado por la actora consta apoderamiento especial para desistir a la acción ejercitada, y habiéndose desistido de la pretensión actuada procede decretar el archivo de estas actuaciones, previo desglose de los documentos unidos a la demanda, sin efectuar pronunciamiento relativo a costas, toda vez que el desistimiento se efectúa en la fase preliminar del procedimiento ejecutivo, sin existir parte procesal demandada, citada ni comparecida, y antes de recaer pronunciamiento admisorio de la demanda.

Francisco Ramos

**Traba inmejorable**

León Páramo Vallés

¡Quién pudiera so hipoteca  
de tanto en tanto bregar!  
No para ganar La Meca,  
sólo hablo de ejecutar.  
La carga se torna enteca  
frente a un crédito fiscal,  
si aparece un laboral,  
toda esperanza se seca;  
peor es no hipotecar.

En la Ley de Enjuiciamiento  
se halla el juicio ejecutivo,  
de desdicha y sufrimiento  
no pocas veces motivo.  
Es grave acaecimiento  
que el cándido acreedor reciba  
de su deudor como pago un escarmiento,  
que en nada mengua el pasivo.

Más aflige la amargura  
del que quiso pleitear  
y encontró su desventura  
en tribunal insular.  
Dio a la pretensión soltura  
al amparo de la acción,  
creyendo, sin discusión,  
que era ejecutiva y pura;  
sólo faltaba cobrar.

A ejecución despachada  
presto la traba tiene hecha,  
sin una excepción fundada  
la oposición se desecha.  
La sentencia está dictada:  
dése principio al apremio  
por derecho y no de premio,

la deuda será saldada;  
¡ajo! que el desaire acecha.

Pasado el oscuro trance  
se celebra la subasta,  
pero se cierra el balance  
y el magro precio no basta.  
No lo amilana el percance:  
si el embargo se mejora,  
puede soñar, desde ahora,  
en librar con suerte el lance;  
afán que en lucha se engasta.

La petición se sustancia  
como pieza de ampliación,  
se desenvuelve la instancia  
y se alza la apelación.  
Ni una pizca hay de arrogancia  
en reputar precedente  
el mencionado incidente,  
ni rezuma petulancia;  
mas vendrá la decepción.

La mejora es otorgable  
mientras dura la pendencia,  
deviene más tarde inviable  
y de imposible existencia.  
No parece tan loable  
la otra tesis de la Sala:  
veremos cómo la avala  
y si se juzga encomiable  
a tenor de la prudencia.

Si el remate es comprensivo  
de cuanto estaba embargado,  
muerto está el ejecutivo  
y ampliar la traba vedado.  
Se acompaña un paliativo  
a la idea medular:  
podrá el actor entablar

un juicio declarativo,  
que es remedio muy apropiado.

¡Cómo atruena el estupor  
del confiado acreedor!

¿no ha de ser ejecutado  
lo que ya ha sido juzgado?

¿por qué ir a un declarativo  
con título ejecutivo?

¿por qué emprender un camino  
que lleva al mismo destino?

¿son cuestiones de buen tino?

Con más fino ordenador  
debieron ser ensamblados estos ripios  
remendados, que te suplican,  
lector, a la par que tu clemencia,  
prestar alguna atención  
al auto de referencia  
que viene a continuación  
sin título de lección.

#### **AUTO DE 23 DE MARZO DE 1995 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3A)**

(publicado en la «Revista General de Derecho»,  
1995, diciembre, pp. 14409-14410)

#### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**Primero.**— La apelación planteada lo es contra auto dictado en Juicio Ejecutivo que desestimó la petición de mejora de embargo. Y tal denegación lo fue por el Juzgador de instancia al estimar que había que entender concluso el procedimiento ejecutivo, al haberse subastado y adjudicado los bienes embargados.

**Segundo.**— La interpretación del artículo 1.455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ajustada a la especial naturaleza del juicio ejecutivo lleva a la Sala a las siguientes consideraciones: 1.º, que la mejora de embargo tiene su razón de ser cuando, evaluados los bienes embargados éstos no cubren la cuantía de la deuda que se reclama, pero tal mejora debe solicitarse, como indica el artículo 1.455 citado «en el curso del juicio», debiendo entenderse tal expresión como en el

tramo del procedimiento que abarca hasta hacer el remate (subasta y adjudicación de los bienes embargados) y no después, pues con tal adjudicación ha llegado al «trance y remate» que es el fin de la sentencia ejecutiva y, terminado, en este aspecto, el proceso de ejecución; 2.º, el que con la referida subasta y adjudicación no haya podido conseguir el acreedor el total pago de su deuda, no implica ello que el procedimiento ejecutivo no se encuentre terminado pudiendo procederse, como desea el apelante, mejoras de embargo, sino que queda abierta la posibilidad a quien no ha logrado la total satisfacción de su crédito en este juicio de especial naturaleza jurídica, y de rápida y contundente efectividad, acudir para el logro de la total satisfacción de su crédito a la vía declarativo ordinaria, como ocurre en el caso presente.

**Tercero.**— Procede, en consecuencia, desestimar el recurso de apelación planteado, confirmando el auto recurrido, y sin perjuicio de acudir al juicio declarativo ordinario el apelante, para el logro de la total satisfacción económica de su derecho. No se hace especial condena en las costas del recurso.

**ARANZADI, EDITORIAL**

Carlos III, 34  
31004 PAMPLONA

FERNANDO SÁNCHEZ CALERO (DIRECTOR) ET ALS., *La Ley de Contratos de Seguro, Comentarios a la Ley 50/1980, y a sus modificaciones*, pp. 2016.

**TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES**

- Preliminar.
- Conclusión, documentación del contrato y deber de declaración del riesgo.
- Obligaciones y deberes de las partes.
- Duración del contrato y prescripción.

**TÍTULO II. SEGURO CONTRA DAÑOS**

- Disposiciones generales.
- Seguro de incendios.
- Seguro contra el robo.
- Seguro de transportes terrestres.
- Seguro de lucro cesante.
- Seguro de caución.
- Seguro de responsabilidad civil.
- Seguro de defensa jurídica.
- Reaseguro.

**TÍTULO III. SEGURO DE PERSONAS**

- Disposiciones comunes.
- Seguro sobre la vida.
- Seguro de accidentes.
- Seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria.

**TÍTULO IV**

- Normas de derecho internacional privado.

**ANEXO LEGISLATIVO**

LEY DE CONTRATO DE SEGURO  
Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre,  
y a sus modificaciones

Fernando Sánchez Calero  
Director de la Ley de Seguros  
(Comentarios)  
Fernando Sánchez Calero, Director de la Ley de Seguros  
Pablo de los Angeles Rodríguez y Fernando Sánchez Calero, Directores  
de la Ley de Seguros  
Alfonso López de Letamendi, Director de la Ley de Seguros  
Vicenç Ferrer i Carbonell, Director de la Ley de Seguros

**ARANZADI**  
EDITORA

Ángel Carrasco Perera,  
Catedrático de Derecho Urbanístico  
Universidad de La Rioja

RELACIONES CIVILES CON CONTENIDO  
URBANÍSTICO

ARANZADI  
EDITORIAL

ÁNGEL CARRASCO PERERA, *Relaciones Civiles con Contenido Urbanístico*, pp. 170.

- ¿Qué interesa a un civilista del régimen urbanístico de la propiedad inmueble?
- Conflictos privados con determinaciones urbanísticas.
- El problema del Derecho aplicable y la atomización de las fuentes del Derecho Urbanístico.
- Modelos de vinculación del «ius aedificandi» a la propiedad del suelo.
- El «excedente de teoría».
- Contenido del derecho, relaciones interprivadas y título competencial en la STC 61/1997.
- La aplicación de la Ley del Suelo en la jurisprudencia civil.
- Propiedad estatutaria y eficacia interprivada.

- La posición de los terceros ante las vinculaciones urbanísticas.
- Apéndice jurisprudencial.

MARÍA DE LA SIERRA FLORES, *Participaciones Recíprocas entre Sociedades de Capital*, pp. 585.

- Evolución y tendencias en el tratamiento de las participaciones recíprocas entre sociedades de capital.
- Limitaciones legales a la adquisición de participaciones recíprocas. Fundamentos y alcance.
- Situación de participación recíproca.
- Incumplimiento al régimen de participaciones recíprocas.
- Bibliografía.

María de la Sierra Flores Díaz,  
Profesora Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Complutense de Madrid

PARTICIPACIONES RECÍPROCAS ENTRE  
SOCIEDADES DE CAPITAL

ARANZADI  
EDITORIAL

RAFAEL BONARDELL LENZANO & RICARDO CABANAS TREJO, *Separación y Exclusión de Socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, pp. 227.

- Introducción.
- Los supuestos de reconocimiento legal del Derecho de separación.
- Las causas estatutarias de separación.
- Ejercicio del Derecho de separación.
- Las causas legales de exclusión de socios.
- Causas estatutarias de exclusión.
- Procedimiento para la exclusión de socios.
- Efectos de la separación y de la exclusión de socios.
- Bibliografía.

Rafael Bonardell Lenzano,  
Catedrático de Derecho Urbanístico  
Universidad de La Rioja

SEPARACIÓN Y EXCLUSIÓN DE SOCIOS  
EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD  
LIMITADA

Rafael Bonardell Lenzano,  
Catedrático de Derecho Mercantil

ARANZADI  
EDITORIAL

DIEGO LÓPEZ GARRIDO, *La Ingeniería Técnica y la Arquitectura Técnica*, pp. 294.

- Prólogo.
- Introducción.
- La ingeniería técnica en la Unión Europea.
- Los ingenieros técnicos en España: el marco legal.
- El ejercicio de la profesión de ingeniero técnico.
- Las competencias.
- La arquitectura técnica.
- El acceso a la función pública española y europea de los ingenieros técnicos.
- Anexo de Legislación.

Diego López Garrido,  
Catedrático de Derecho Constitucional

LA INGENIERÍA TÉCNICA Y LA  
ARQUITECTURA TÉCNICA  
La profesión y el reto de Europa

Prólogo:  
Antonio Ferrás Acuña  
Presidente del IITTE

ARANZADI  
EDITORIAL

Estela Sánchez Trigueros  
Doctora en Derecho  
Profesora Titular III de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social

LOS PERMISOS RETRIBUIDOS DEL  
TRABAJADOR  
(Régimen jurídico de las interrupciones no periódicas,  
prenatales y justificadas del contrato de trabajo)

ARANZADI  
EDITORIAL

- La lactancia del hijo menor de nueve meses.
- Exámenes para obtención de títulos.
- Otros permisos remunerados.
- Anexo legislativo.
- Anexo jurisprudencial.
- Bibliografía.

CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Los permisos Retribuidos del Trabajador, (Régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)*, pp. 293.

- Introducción.
- Configuración general de los permisos retribuidos.
- El matrimonio del trabajador.
- Nacimiento de hijo.
- Enfermedad grave de parientes.
- Fallecimiento de parientes.
- Traslado del domicilio habitual.
- Cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal.
- Funciones sindicales y análogos.
- Exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto.

VENANCIO GUTIÉRREZ COLOMINA, *Urbanismo y Territorio en Andalucía. Régimen vigente tras la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones*, pp. 337.

- Legislación sectorial y de ordenación del territorio en Andalucía.
- El nuevo marco competencial del urbanismo y su repercusión en Andalucía.
- El régimen sancionador de las corporaciones locales en materia urbanística y medioambiental en Andalucía.
- La repercusión de la nueva Ley del Suelo en el sistema urbanístico andaluz.
- Anexo legislativo (normativa andaluza).
- Proyecto de Ley de Urbanismo de Andalucía.
- Índice de normativa andaluza vigente.

Vicenço Gutiérrez Colomina

URBANISMO Y TERRITORIO EN ANDALUCÍA  
Régimen vigente tras la Ley 6/1998, de 13 de abril,  
sobre Régimen del Suelo y Valoraciones

Prólogo  
José Luis Díaz  
Coordinador de Justicia Administrativa

ARANZADI  
EDITORIAL

- Bibliografía.

JAVIER RIBAS ALEJANDRO, *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, pp. 269.

- Introducción.
- Protección de la oferta: propiedad intelectual e industrial.
- Marketing y publicidad en internet.
- Formulario de pedido.
- Requisitos de contrato On Line.
- Prueba de la aceptación.
- Prevención de responsabilidad civil.
- Prevención de delitos.
- Impuestos en internet.
- Recomendaciones.
- Modelos contractuales.
- Links.
- Legislación.

José Ribas Alejo

ASPECTOS JURÍDICOS DEL COMERCIO  
ELECTRÓNICO EN INTERNET

ARANZADI  
EDITORIAL

F. JAVIER ENÉRIZ OLAECHEA ET ALS., *Comentarios a la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones. Ley 6/1998, de 13 de abril*, pp. 831.

- Prólogo.
- Comentario a la Ley 6/1998, de 13 de abril, artículo por artículo.
- Anexo legislativo.
- Relación de disposiciones estatales y de normativa sobre la ordenación del territorio y urbanismo.
- Relación enunciativa de sentencias del TC referidas a la ordenación del territorio y el urbanismo.
- Índice analítico.

Francisco Javier Enériz Olaechea  
José Luis Bustos Aguirre  
Hortensio Maza, Nerea Soriano  
Blas Otero Arribas

COMENTARIOS A LA LEY SOBRE RÉGIMEN  
DEL SUELO Y VALORACIONES  
Ley 6/1998, de 13 de abril

Prólogo  
José Manuel Rodríguez  
Coordinador de Justicia Administrativa

ARANZADI  
EDITORIAL

Araceli Blanco Jiménez  
Divulgación Jurídica  
Universidad Complutense de Madrid

PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS INVENCIONES  
UNIVERSITARIAS Y LABORALES

Prólogo  
Néstor Balboa Barrantes Coto  
Catedrático de Derecho Mercantil

ARANZADI  
EDITORIAL

ARACELI BLANCO JIMÉNEZ, *Protección Jurídica de las Invenciones Universitarias y Laborales*, pp. 345.

- Problemática de la protección jurídica de la tecnología generada en la universidad.
- Las invenciones laborales: régimen jurídico general.
- Derecho y obligaciones relativos a las invenciones laborales.
- Las invenciones universitarias: régimen jurídico general y regímenes establecidos en la legislación universitaria.
- La titularidad de las invenciones universitarias.
- Derechos y obligaciones relativas a las invenciones universitarias.
- Las invenciones universitarias resultantes de la cooperación internacional.

Formularios  
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

Contencioso-Administrativos

Faustino CORDÓN MORENO  
Catedrático de Derecho Procesal  
Murcia

ARANZADI  
EDITORIAL

FAUSTINO CORDÓN MORENO, *Formularios Contencioso-Administrativos*, pp. 237.

- Presupuestos procesales.
- El objetivo del proceso contencioso-administrativo.
- Desarrollo del procedimiento.
- Los recursos en el proceso contencioso-administrativo.
- La ejecución de sentencias.
- Los procedimientos especiales.
- Costas y beneficio de justicia gratuita.

COMENTARIOS  
A LA LEY GENERAL DE  
TELECOMUNICACIONES

COMENTARIOS A LA LEY GENERAL DE  
TELECOMUNICACIONES

Prólogo  
JOSÉ AUGUSTO DE VEGA RUIZ  
Magistrado del Tribunal Supremo

ARANZADI  
EDITORIAL

DESPACHO DE ABOGADOS GÓMEZ ACEBO Y POMBO, *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, pp. 1021.

- Nomenclatura, términos técnicos y conceptos de los mercados de las telecomunicaciones.
- Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley.
- Equipos, aparatos e instaladores.
- Estatuto de los operadores.
- Derecho Internacional y Derecho Comunitario de las telecomunicaciones.
- El derecho a prestar servicios de telecomunicaciones.
- El dominio público radioeléctrico.
- Las obligaciones de servicio público.
- Interconexión y acceso a redes.
- Numeración y selección de operador.
- Los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones.
- Contabilidad, financiación y régimen fiscal en el mercado de las telecomunicaciones.
- Servicios de telecomunicaciones y derecho inmobiliario.
- La administración de las telecomunicaciones.
- Anexo legislativo.
- Índice de disposiciones normativas.

JOSÉ AUGUSTO DE VEGA RUIZ, *Las Agresiones Familiares en la Violencia Doméstica*, pp. 345.

- Historia del pasado y del presente.
- Estadística oficial.
- La victimología.
- La prueba del delito.
- La violencia doméstica, clases, planteamientos generales de las agresiones, código aplicable, el problema de la redención de penas por el trabajo a los condenados por estos delitos.
- Legislación aplicable y comparada entre los Códigos de 1873 y 1995.
- La agresión sexual en familia.
- La penetración vaginal, anal y bucal en la violencia sexual familiar, posibilidad de delito continuado.
- La intimidación, la violencia y la resistencia en la violencia sexual familiar.
- El error de prohibición.
- La violencia en el matrimonio o en las relaciones de pareja.

José AUGUSTO DE VEGA RUIZ  
Ex Presidente de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo  
Magistrado del Tribunal Supremo

LAS AGRESIONES FAMILIARES EN LA  
VIOLENCIA DOMÉSTICA

ARANZADI  
EDITORIAL

- El parentesco como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.
- Agresiones sexuales en la familia a través de casos concretos.
- La corrupción de menores en la familia.
- La corrupción de menores en la familia a través de casos concretos.
- Las agresiones físicas y psíquicas en la familia, estudio legislativo.
- Los malos tratos y las agresiones físicas o psíquicas a través de casos concretos.
- El parricidio a través de casos concretos.
- Panorámica de hoy: medios existentes para la mayor eficacia en la lucha contra la violencia doméstica.
- Reformas necesarias.
- Plan de acción contra los malos tratos, el Instituto de la Mujer, el Ministerio del Interior y el Ministerio Fiscal.
- Cuadros generales de estadística.
- Anteproyecto de modificación al Código Penal en el Título VIII del Libro II.
- «In fine».
- «Post scriptum».
- Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del CP 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la LECrim.

JOSÉ JAVIER GALÁN RUIZ & EMILIA ZOZAYA MIGUÉLIZ, *Procedimientos Tributarios: Estudio de algunas Cuestiones Polémicas*, pp. 831.

- Introducción.
- Gestión.
- Inspección.
- Recaudación.
- Extinción de la deuda tributaria: prescripción.
- Infracciones y sanciones.
- Revisión de actos.

José Javier Galán Ruiz  
Titular de Derecho Económico y Tributario  
Escuela de Estudios Jurídicos de Ciudad Real  
Alcázar  
Emilia Zozaya Migúeliz  
Alcázar

PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS: ESTUDIO  
DE ALGUNAS CUESTIONES POLÉMICAS  
Análisis jurisprudencial

ARANZADI  
EDITORIAL

JAVIER LÓPEZ SÁNCHEZ, *El Embargo de la Empresa*, pp. 690.

- El embargo de la empresa en el ordenamiento jurídico español.
- Presupuestos objetivos del embargo de la empresa.
- Dinámica del embargo de la empresa.

El Embargo de la Empresa  
Derecho de Empresa

EL EMBARGO DE LA EMPRESA

J. López Sánchez  
Titular de Derecho de Empresa  
Escuela de Estudios Jurídicos

ARANZADI  
EDITORIAL

M. Susana Quicios Molina  
Doctora en Derecho  
Profesora Ayudante de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

EL CONTRATO BANCARIO DE CAJAS  
DE SEGURIDAD

M.<sup>a</sup> SUSANA QUICIOS MOLINA, *El Contrato Bancario de Cajas de Seguridad*, pp. 210.

- Introducción al contrato.
- Naturaleza jurídica.
- Norma aplicable y contenido.
- Incumplimiento y responsabilidad.

ARANZADI  
EDITORIAL

CONSEJO DE REDACCIÓN DE EDITORIAL ARANZADI, *20 Años de Ordenamiento Constitucional. Homenaje a Estanislao de Aranzadi*, pp. 527.

- Veinte años de ordenamiento laboral y de la Seguridad Social conforme a la Constitución, por Manuel Ramón Alarcón Caracuel.
- El poder judicial y su desarrollo constitucional, por José M.<sup>a</sup> Álvarez-Cienfuegos Suárez.
- El nuevo Derecho Mercantil, por Alberto Berco-vitz Rodríguez-Cano.



20 Años de  
Ordenamiento  
Constitucional  
Homenaje  
a  
Estanislao de Aranzadi

ARANZADI  
EDITORIAL  
1999

- La cultura en el marco de la Constitución de 1978 y de su desarrollo legislativo, por Luis M.<sup>a</sup> Cazorla Prieto.
- El sistema procesal en el marco de la Constitución de 1978, por Faustino Cordón Moreno.
- 1978-1998: Veinte años de Derecho Administrativo postconstitucional, por Luis Martín Rebollo.
- El Derecho penal desde la Constitución, por Javier Moscoso del Prado Muñoz.
- El criminalista ante la Constitución, por Gonzalo Quintero Olivares.
- El Derecho Civil tras veinte años de Constitución, por Enrique Rubio Torrano.
- El sistema tributario en veinte años de Constitución, por Eugenio Simón Acosta.

EDITORIAL ARANZADI, *Código Penal*, pp. 1950.

CÓDIGO PENAL

Autores

Gonzalo Quintero Olivares *Fuente: Manuel Prieto*  
*Catedrático de Derecho Penal*  
*Universidad de San Sebastián*  
*(Director de la obra)*  
 I. Miquel Martí Casot *Prof. Titular de Derecho Penal*  
*Catedrático de Derecho Penal*  
*Universidad Rovira i Virgili de Tarragona*  
 Ramon Garcia-Albiol *Profesor Titular de la Universidad de Lérida*  
*Profesor de la Escuela Judicial*

**Colaboradores**  
 Eloy Ponsuarez Pallas *Catedrático de Derecho Penal*  
*Universidad Autónoma de Barcelona*  
 Marc Gual Sala *Profesor de Derecho Penal*  
*Universidad Autónoma de Barcelona*  
 María Magdalena Escudé *Profesora de Derecho Penal*  
*Universidad Rovira i Virgili de Tarragona*  
 María Martínez García *Profesora de Derecho Penal*  
*Universidad de Cantabria*  
 Carolina Velázquez Estrella *Profesora de Derecho Penal*  
*Universidad de Lérida*

ARANZADI  
 EDITORIAL  
 1999

EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO

PRECIO Y RENTA EN LAS VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL  
 Doctrina y Jurisprudencia

Prólogo  
 Francisco Javier Cazorla Prieto  
*Catedrático de Derecho Civil*

ARANZADI  
 EDITORIAL

- Esta obra recoge el nuevo Código Penal de 1995, así como un amplio índice cronológico de la jurisprudencia que se incluye intercalada, de forma extractada. Los índices cronológico de legislación y analítico facilitan el acercamiento al estudio de la norma.

EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO, *Precio y Renta en las Viviendas de Protección Oficial*, pp. 204.

- Prólogo.
- Introducción.
- Posibles soluciones a la luz del Derecho comparado.
- Planteamiento de la problemática en España.
- Las cuestiones sobre la competencia civil y/o administrativa.
- Normativa sobre precios máximos.
- Conclusiones.
- Tablas y gráficos.
- Legislación.
- Índice de jurisprudencia.

JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ, *Las Jornadas Especiales de Trabajo*, pp. 330.

- El marco jurídico del reglamento sobre Jornadas Especiales de Trabajo y su ámbito de aplicación.
- Ampliaciones de jornada en actividades de guarda, vigilancia, trabajo en el campo, comercio, hostelería, trabajos en condiciones especiales y trabajo nocturno.
- Las ampliaciones de jornadas en los transportes por carretera y ferrocarril.
- Las ampliaciones de jornada en el transporte aéreo y el trabajo en el mar.

José Manuel Gómez Muñoz  
 Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
 Universidad de Sevilla

LAS JORNADAS ESPECIALES DE TRABAJO  
 (La jornada de trabajo en los transportes terrestres y aéreos, trabajos en el campo o el mar, actividades de guarda y vigilancia, minería, actividades agrícolas, actividades de comercio, trabajos nocturnos, hostelería, y relaciones laborales de carácter especial)

Prólogo  
 Manuel Rubio Torrano  
 Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ARANZADI  
 EDITORIAL

CEDECS EDITORIAL, S.L.

Rector Triadó, 88  
 08014 BARCELONA

La Declaración Formal de Quiebra y sus Efectos

MARÍA MARCOS GONZÁLEZ LECUONA, *La Declaración Formal de Quiebra y sus Efectos*.

- Introducción.
- El sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones como presupuesto objetivo de la declaración de quiebra.
- Instrumentación procesal del presupuesto objetivo de la declaración de quiebra.
- Naturaleza y efectos del auto de declaración de quiebra.
- Crítica del sistema vigente.
- Bibliografía.

María Marcos González Lecuona  
 Profesora de Derecho Procesal  
 Universidad de Alcalá

Cedecs Editorial S.L.  
 C/Doctor Triadó, 88  
 08014 BARCELONA  
 Edición 2007

DECLINING JURISDICTION  
IN PRIVATE  
INTERNATIONAL LAW

Reports to the XIVth Congress  
of the International Academy  
of Comparative Law  
Athens, August 1994

J. J. FAWCETT  
Professor of Law  
and Director of the Institute of Law,  
University of London, England

CLARENDON PRESS · OXFORD  
1995

## CLARENDON PRESS OXFORD

Walton Street  
Oxford ox2 6DP  
Reino Unido

JAMES J. FAWCETT (ED.), *Declining jurisdiction in private international law*, pp. 509.

- Table of cases.
- Table of legislation.
- Table of Conventions and Treaties.
- General report.
- Argentina. — Greece.
- Australia. — Israel.
- Belgium. — Italy.
- Canada. — Japan.
- Finland. — The Netherlands.
- France. — New Zealand.
- Germany. — Sweden.
- Great Britain. — United States of America.

## EDITORIAL EUROLEX

Españoleto, 23  
28010 MADRID

RAFAEL ARENAS GARCÍA, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, pp. 362.

- Introducción.
- Control de oficio y normas de competencia judicial derivadas del derecho internacional público.
- El control de oficio de la competencia judicial en los Convenios de Bruselas y Lugano.
- Control de oficio de la competencia judicial internacional en el derecho internacional privado autónomo.
- Conclusiones.
- Bibliografía.
- Documentos citados.
- Decisiones citadas.

## COLECCIÓN ESTUDIOS INTERNACIONALES

EL CONTROL DE OFICIO  
DE LA COMPETENCIA  
JUDICIAL INTERNACIONAL

RAFAEL ARENAS GARCÍA

XIV

Prólogo:  
José Carlos Fernández Rosas  
Fundación de Estudios Internacionales privados  
de la Universidad Complutense

EUROLEX  
EDITORIAL EUROLEX  
MADRID-España

ELENA CANO BAZAGA, *La litispendencia comunitaria*, pp. 288.

- La litispendencia internacional.
- La situación de litispendencia comunitaria.
- La solución de la situación de litispendencia comunitaria.
- Conclusiones.
- Bibliografía consultada.
- Decisiones citadas.

## COLECCIÓN ESTUDIOS INTERNACIONALES

LA LITISPENDENCIA  
COMUNITARIA

Elena Cano Bazaga

XXIII

Prólogo:  
Mariano Aguilera Bascuas de Laga  
Catedrático de Derecho Internacional Privado  
de la Universidad de Sevilla

EUROLEX  
EDITORIAL EUROLEX  
MADRID-España

VÍCTOR FUENTES CAMACHO, *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, pp. 230.

- Introducción.
- Precisión del supuesto y la función de la norma convencional.
- Determinación del criterio que habilita al juzgador para adoptar la medida que ha sido instada.
- Otras condiciones de aplicación del precepto convencional.
- Índices de autores y de decisiones judiciales.
- Doctrina.
- Jurisprudencia.

## COLECCIÓN ESTUDIOS INTERNACIONALES

LAS MEDIDAS PROVISIONALES Y  
CAUTELARES EN EL  
ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

Estudio del art. 24 del Convenio de Bruselas  
de 27 de septiembre de 1968  
con especial referencia a la posición española

EUROLEX  
EDITORIAL EUROLEX  
MADRID-España

COLECCIÓN ESTUDIOS INTERNACIONALES

LOS ACUERDOS  
ATRIBUTIVOS DE  
COMPETENCIA JUDICIAL  
INTERNACIONAL  
EN DERECHO  
COMUNITARIO EUROPEO

Andrés Rodríguez Benot

XI

Prólogo:  
Mariano Aguilera Rodríguez de Lizaola



EDITORIAL BERAMAR  
MADRID (España)

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en derecho comunitario europeo*, pp. 618.

- La virtualidad atribuida a la voluntad de las partes en la determinación de la competencia judicial internacional: consideraciones generales, derecho comunitario europeo y sistema español.
- Las condiciones de aplicación del artículo 17 del Convenio de Bruselas.
- Los requisitos de validez de los acuerdos de elección de foro contenidos en el artículo 17 del Convenio de Bruselas.
- Los efectos de los acuerdos de elección de foro.
- Acuerdos de elección de foro concluidos por una parte más débil en la contratación.
- Apéndice de la jurisprudencia manejada.

— Apéndice de la más relevante bibliografía consultada.

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET  
DE JURISPRUDENCE, E.J.A.

31, rue Falguière  
75741 París

OLIVER MERLIN WALCH, *Dictionnaire juridique*, p. 1151.

OLIVER MERLIN WALCH  
Alfredo del Busto (Código de Aragón de Madrid)  
Luis María del Real (Código de Aragón de Navarra)  
Domingo del Real (Código de Aragón de Cataluña)

DICIONNAIRE JURIDIQUE  
DICCIONARIO JURÍDICO

FRANÇAIS/ESPAGNOL  
ESPAGNOL/FRANÇAIS

Préface à la deuxième édition de  
Gaston VESSEL  
Dirigé par le Professeur de Droit et des Sciences Associées de Paris

Préface à la quatrième édition de  
Antonio PEASENCA y MONTEÓN  
Alfredo del Busto (Código de Aragón de Navarra)

4<sup>e</sup> édition

L.G.D.J.

McGRAW-HILL  
Edificio Valrealty, 1.ª planta  
Basauri, 17  
28023 Aravaca (MADRID)

TERESA RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, pp. 173.

- La administración desleal del patrimonio ajeno: su tratamiento como delincuencia patrimonial.
- Los modelos del derecho comparado y los proyectos de reforma del modelo español.
- La tipificación del delito de administración desleal. Criterios político-criminales.
- Bibliografía.

M.ª TERESA ORTUÑO BAEZA y ANTONIO DORAL ÁLVAREZ ET ALS. (Dir), *Derecho de la propiedad intelectual e industrial y Derecho de la competencia*, pp. 1790.

- Disposiciones generales de orden interno y comunitario.
- Propiedad intelectual.
- Competencia.
- Addenda.

TERESA RODRIGUEZ MONTAÑES  
Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Navarra

La responsabilidad penal  
del administrador desleal  
y los nuevos delitos societarios

Prólogo de  
Diego Maza, Excmo. Fiscal  
General de España

Montañes



McGraw-Hill

Responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios  
Teresa Rodríguez Montañes  
173 páginas, 17 x 24 cm, 1997, ISBN 84-491-3111-1

Derecho de la propiedad  
intelectual e industrial  
y Derecho  
de la competencia

Normativa interna, comunitaria  
e internacional

Topalcan



Topalcan



Topalcan

Normativa interna, comunitaria e internacional  
Teresa Ortuno Baeza y Antonio Doral Álvarez et als.  
1790 páginas, 17 x 24 cm, 1997, ISBN 84-491-3111-1



RAFAEL GARCÍA VILLAVERDE (Coordinador), *El contrato de factoring*, pp. 640.

- Introducción.
- Formularios usados en la práctica española.
- Derecho comparado.
- Derecho español.
- Jurisprudencia.
- Legislación.
- Bibliografía.
- Anexo: Reciente normativa en materia de cesión empresarial de crédito.

#### Derecho procesal penal

##### Enjuiciamiento penal

Segunda edición  
Actualizada a octubre de 1998

Legislación



Madrid, 1998



MARCO Y ANTONIO SANFULGENCIO GUTIÉRREZ ET ALS. (DIR.)  
LA PRUEBA DE CONFESIÓN JUDICIAL EN EL PROCESO LABORAL Y EN EL PROCESO PENAL  
MADRID, 1998. 193 PÁGS. 14.000 PTAS. ISBN 84-7609-111-1

*Derecho procesal penal. Enjuiciamiento penal, segunda edición*, pp. 972.

- Constitución y convenios internacionales sobre derechos humanos.
- Antecedentes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.
- Reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Legislación complementaria.
- Circulares e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado.
- Índice analítico.

CARLOS MOLERO MANGLANO, (DIR.) *Prescripción y caducidad de acciones en el proceso laboral*.

- Introducción.
- Caracteres generales de la prescripción.
- Prescripción ordinaria.
- La prescripción del crédito salarial.
- La prescripción de obligaciones de trato único.
- La prescripción de las faltas laborales.
- Otros supuestos de prescripción.
- Caducidad.
- Caducidad de la acción de despido.

CUADERNOS DE DERECHO PROCESAL LABORAL

Director: Carlos Molero Manglano

#### Prescripción y caducidad de acciones en el proceso laboral

José Luis Gil y Gil  
Pilar Corcuera  
Joaquín Barja  
José Rafael Vuelta de la Torre  
Juan Sebastián Lizarbe  
CUATRECASAS  
ALFONSO



JOSÉ ANTONIO SANFULGENCIO GUTIÉRREZ ET ALS., *La prueba de confesión judicial*, pp. 193.

- Introducción.
- Antecedentes legislativos
- Su regulación en la Ley de Procedimiento Laboral y la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil como norma procesal subsidiaria.
- La determinación de quién está facultado para confesar.
- Momento procesal de su práctica.
- La posible posición de compatibilidad de una persona como confesante propuesto por la parte actora y como testigo a petición de la demandada.
- La confesión del colitigante.
- La valoración de la prueba de confesión judicial.
- La *facta confessio*.
- La técnica probatoria.
- La utilización de la confesión en los recursos de suplicación, casación para la unificación de doctrina y casación ordinaria.
- Consideraciones finales en torno a la incidencia de los principios constitucionales informadores de la prueba sobre la confesión judicial en el proceso laboral.
- Formularios.

CUADERNOS DE DERECHO PROCESAL LABORAL

Director: Carlos Molero Manglano

#### La prueba de confesión judicial

José Antonio Sanfulgencio Gutiérrez  
José Miguel Calhazero Brad  
Rafael González Aranda Peltre  
M. Jesús López Villalba  
Susana Pizarro González  
Juan Val Calderín  
GARRICUES & ANDRÉSSEN  
Abogados y Autores Libres





ÍÑIGO SAGARDOY & MARTÍN GODINO, *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, pp. 76.

- Consideraciones generales.
- La especialidad del proceso.
- El objeto del proceso.
- Vías procesales para situaciones litigiosas en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo.
- Procedimiento.
- La sentencia.
- La ejecución de la sentencia.
- La impugnación a través del proceso de conflicto colectivo.



CARLOS MOLERO MANGLANO ET ALS., *La oposición a la demanda*, pp. 168.

- Consideraciones introductorias.
- Tiempo y forma.
- La actividad procesal del demandado previa a la vista.
- La oposición en alegaciones configuración general.
- La oposición a los hechos.
- Excepciones procesales.
- Oposición a los fundamentos de derecho.
- La oposición al suplico.
- Oposición con posterioridad a la fase de alegaciones.

JOSÉ GARRIDO PALACIOS & IGNACIO AIZPURU ARROYO, *La fase ejecutiva en el proceso laboral. Problemas derivados de la acumulación de ejecuciones*, pp. 96.

- Preámbulo. Inseguridad jurídica en el proceso ejecutivo y dejación por el estado de la potestad exclusiva de ejecución de las resoluciones judiciales.
- Consideraciones generales sobre el proceso de ejecución.
- De la acumulación de ejecuciones.
- De la ejecución dineraria y las soluciones previstas para el caso de la acumulación de ejecuciones.
- Bibliografía.



**La fase ejecutiva en el proceso laboral. Problemas derivados de la acumulación de ejecuciones**

José Garrido Palacios  
Ignacio Aizpuru Arroyo  
JOSÉ GARRIDO  
IGNACIO AIZPURU  
ARROYO

**LLP Reference Publishing**  
69-77 Paul Street  
London EC2A 4LQ  
Reino Unido

**INTRODUCTION TO  
ARBITRATION**

BY  
HAROLD CROWTER  
FRANCIS AND TAYLOR

FOREWORD BY  
THE RT. HON. LORD JUSTICE  
ANTHONY EVANS

**LLP**  
LONDON HONG KONG  
1996

HAROLD CROWTER, *Introduction to arbitration*, pp. 180.

- A brief history of arbitration in Great Britain.
- Introduction to arbitration law in England, Wales and Northern Ireland.
- Arbitration agreements.
- Appointment.
- The arbitrator.
- Multi-member Tribunals.
- The preliminary meeting.
- Preparation for the hearing.
- Court assistance and intervention.
- The hearing.
- The award.
- Costs of the arbitration.
- Other types of arbitration.
- Appendix 1. Arbitration Act 1996.
- Appendix 2. Arbitration Act 1996 (Commencement N.º 1) Order 1996.
- Appendix 3. High Court and County Courts (Allocation of arbitration proceedings) Order 1996.
- Appendix 4. Rules of the Supreme Court (Amendment) 1996.
- Appendix 5. Uncitral notes on organizing arbitral proceedings-United Nations Vienna 1996.

WHAT IS  
DISPUTE  
RESOLUTION?

BY  
Dr. Peter L. d'Ambrumenil

LLP  
LONDON HONG KONG  
1998

PETER L. D'AMBRUMENIL, *What is dispute resolution?*, pp. 250.

- Dispute? What dispute? What to do?
- In dispute? What to do.
- Litigation.
- Mediation.
- Medarb.
- Arbitration.
- Enforcement.
- Why and how ADR?
- Sample letters.
- Arbitration Act 1996.
- UNCITRAL Rules.
- Glossary.