

JUSTICIA

82

1982, número I

Director:

JUAN MONTERO AROCA

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ



INDICE

	<u>Pág.</u>
Editorial	5
ARTICULOS	
<i>Enrique Ruiz Vadillo</i> , Filiación, patria potestad y proceso en la Ley de 13 de mayo de 1981	9
<i>Manuel Serra Domínguez</i> , Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del juicio sumario de incapacitación	37
NOTAS	
<i>Valentín Cortés Domínguez</i> , La deuda en divisa extranjera y el juicio ejecutivo	57
<i>Vicente L. Simó Santonja</i> , ¿Hacia una ley uniforme relativa a la forma de los poderes?	65
<i>Luis Fernando Saura</i> , De los efectos y medidas "provisionalísimos" en la Ley 30/81	70
<i>José Almagro Nosete</i> , Sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al cumplirse su centenario	75
<i>Manuel Lozano Higuero</i> , La nueva legislación procesal sobre arrendamientos rústicos	81
<i>Francisco Ramos Méndez</i> , La eficacia del proceso	97
<i>Andrés Morey Juan</i> , La suspensión de acuerdos de las corporaciones locales y el artículo 118 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a la vista de la nueva regulación	114
<i>Juan de la Roca</i> , Eugenio de Tapia, "práctico" y poeta	128
JURISPRUDENCIA	
Procesal civil, por <i>Manuel Ortells Ramos</i>	143
Procesal penal, por <i>Victor M. Moreno Catena</i>	159
Procesal laboral, por <i>Juan L. Gómez Colomer</i>	179
Procesal administrativa, por <i>Julio García Casas</i>	189
Jurisprudencia constitucional, por <i>José Almagro Nosete</i> y <i>Pablo Saavedra Gallo</i>	205
<i>Blanca Pastor Borgoñón</i> , El Tribunal Supremo y la Constitución. (Selección de resoluciones en materia procesal. 1979-1980.)	217
AUDIENCIA PUBLICA	
El "ambiente" en los campos de fútbol	227
INFORMACION	
Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial	235
VII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en Guatemala	238
VII Congreso Internacional de Arbitraje	239
Otras informaciones sobre simposios, seminarios y jornadas	240

JUSTICIA 82

Director:

JUAN MONTERO AROCA

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETÉ

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ÁLVIZ CONRADI

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ

JUSTICIA 82 se publica trimestralmente.

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

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



1982

LIBRERÍA BOSCH Ronda Universidad, 11 BARCELONA

¿DONDE ESTA EL CAMBIO?

Durante décadas ha sido objeto de la crítica especializada la dispersión y proliferación de las normas procesales. Pudo afirmarse así, con razón, que el legislador español, en casi todas las leyes materiales, se sentía «obligado» a dotarlas de un proceso especial (Fairén), o bien que la exposición del sistema de enjuiciamiento civil requería altas dosis de paciencia, y hasta de humor, para coordinar el piélagos de disposiciones que lo rigen (Ramos). El caso había llegado a tal extremo que el jurista español tropieza con más dificultades para encontrar la norma aplicable a un supuesto concreto, que para solucionar con ella dicho supuesto.

La proliferación de normas procesales, y consiguientemente de procesos especiales, respondía a la necesidad de huir de la regulación de la ley de Enjuiciamiento Civil. Los sucesivos legisladores han sido conscientes de la imposibilidad de aplicar el sistema representado por el juicio de mayor cuantía a las nuevas necesidades, y para evitarlo han optado por la creación de multitud de procesos especiales.

En una compilación de las leyes procesales civiles, publicada en 1976, se incluían 225 disposiciones de esta naturaleza, aparte de otras muchas que se calificaban de «complementarias» y que no se numeraban.

El jurista español tenía colocadas buena parte de sus ilusiones en que los nuevos legisladores, resultado del cambio político, recondujeran este caos por las vías de la racionalización y de la simplificación. Sin entrar ahora en el contenido que hubiera de darse a las nuevas leyes (que merecería mejor o peor acogida según la base ideológica de la que partiera cada uno de los críticos), todos esperaban, por lo menos, que se acabara con la dispersión, la falta de sistema, la incoherencia y, en definitiva, la inseguridad jurídica.

Esa ilusión unánime está a punto de desvanecerse. Desde 1977, ¿qué frutos nos ha ofrecido el nuevo legislador? Limitándonos al

Depósito Legal: Z-1.271-81

ISSN: 0211-7754

enjuiciamiento civil en sentido estricto, por no alargar estas líneas, hay que destacar:

1.º) Decreto de 13 de mayo de 1977, sobre asociaciones sindicales, en el que se crea un proceso especial sin pies ni cabeza; y lo mismo cabe decir de la Ley de 4 de diciembre de 1978, de partidos políticos.

2.º) Ley de 17 de julio de 1978, de modificación del párrafo III del art. 273 de la LEC; parche minúsculo sin ilación con los actos procesales de comunicación.

3.º) Ley de 26 de diciembre de 1978, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, en la que no se crea un proceso especial, sino tres, si bien sólo uno de ellos de naturaleza civil.

4.º) Ley de 26 de diciembre de 1980, de inclusión del art. 921 bis en la LEC; otro parche.

5.º) Ley de 26 de diciembre de 1980, sobre procedimiento a seguir en los procesos de separación matrimonial; sin olvidar el RD-ley de 29 de diciembre de 1979, contestación improvisada a la entrada en vigor de los acuerdos con la Santa Sede de 3 de enero de 1979. La Ley de 1980 ha sido derogada por la denominada de divorcio, pero sigue siendo una muestra de lo que venimos diciendo.

6.º) Ley de 31 de diciembre de 1980, de arrendamientos rústicos, cuyo título III es todo procesal, aunque parezca redactado por personas desconocedoras de la Constitución.

7.º) Ley de 13 de mayo de 1981, que modifica el código Civil sobre filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, en la que las normas materiales y las procesales se mezclan de tal manera que el producto es, o parece, tóxico.

8.º) Ley de 7 de julio de 1981, la del divorcio, en la que la técnica procesal no es ya defectuosa, sino inexistente.

Todavía podríamos hacer mención de disposiciones procesales civiles menos importantes, perdidas en el piélago de una legislación anarquizante (no en el contenido, sino en la forma); así el reglamento de sociedades cooperativas de 16 de noviembre de 1978 (art. 54), la ley de 8 de octubre de 1980, del contrato de seguro (arts. 23, 24 y 38), la ley de 11 de noviembre de 1980, sobre montes vecinales en mano común (arts. 4, 5 y 6), etc., etc.

Sin entrar ahora en el contenido de todas estas disposiciones, su simple enumeración basta para poner de manifiesto que no existe una política procesal definida. Todavía más, que en la parcela del derecho constitucional procesal, la propia Constitución está siendo incumplida. ¿Qué se ha hecho para garantizar la seguridad jurídica (art. 9), el

derecho a la jurisdicción (art. 24.1), el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2), la gratuidad relativa de la justicia (art. 119), la oralidad del procedimiento (art. 120.2), etc.? Para el crítico imparcial sólo hay una respuesta: nada.

En el aspecto procesal civil no estamos ya como antes del cambio político; estamos peor, porque el paso del tiempo agrava día a día la situación. Procesalmente sólo se han realizado chapuzas, en las que falta la más elemental unidad de propósito, coherencia o sistema.

ARTICULOS

FILIACION, PATRIA POTESTAD Y PROCESO EN LA LEY DE 13 DE MAYO DE 1981

ENRIQUE RUIZ VADILLO
Magistrado del Tribunal Supremo
Vocal permanente de la Comisión General
de Codificación

SUMARIO:

- I. Introducción: 1. La filiación y la patria potestad.—2. Los principios inspiradores.—3. Normas civiles y procesales.
- II. Reclamación e impugnación de la filiación: 1. ¿Búsqueda de la verdad? 2. Interés preponderante.—3. Tipo de proceso.—4. Intervención del Ministerio fiscal.—5. Requisitos de admisibilidad de la demanda.—6. Posición del juez.—7. Pruebas utilizables.—8. Acciones ejercitables: A) Filiación matrimonial; B) Filiación no matrimonial.—9. Valor de la sentencia.—10. El problema de la inseminación artificial.
- III. Privación y recuperación de la patria potestad: 1. Ideas generales.—2. Procedimiento.—3. Medidas de protección y cautelares.
- IV. Otras situaciones de intervención judicial.

I. INTRODUCCIÓN

La cordial invitación de un ilustre compañero para escribir estas líneas sobre algunos aspectos procesales en relación con la Ley de 13 de mayo de 1981 en materia de filiación y patria potestad es la única razón que puedo alegar en justificación de mi entrada en este complejo y difícil terreno del Derecho procesal, lo que hago desprovisto del todo de títulos que pudieran ampararme pero con la intención de poner mi experiencia profesional al servicio de quienes, con más autoridad, intervendrán en la interpretación jurisprudencial y científica de la nueva normativa, en sede de filiación y patria potestad

que, de forma innegable, ha supuesto un giro verdaderamente importante en nuestro ordenamiento jurídico (1).

1. *La filiación y la patria potestad*

Anticipadamente, mucho antes de que la ley se promulgara, señaló ya el profesor LACRUZ BERDEJO (2) las líneas fundamentales que habrían de inspirar la normativa que, a su vez, tendría que fijar la misión del Estado en relación con el Derecho de familia, acentuando la tendencia incontrastable hacia la equiparación de los cónyuges y la emancipación del vástago capaz de sostenerse o que con su trabajo contribuye sustancialmente a la economía del hogar, acentuando el aspecto funcional de las potestades familiares y aceptando, en lo que puedan ayudar, a la fijación de los vínculos de parentesco, los descubrimientos en el campo de la biología.

Como enseguida veremos, la nueva ley supone un cambio tan importante que su correcta interpretación exigirá no sólo una lectura muy reflexiva de todo su articulado, sino una búsqueda de todos los principios e ideas que la han inspirado. Los Jueces y Tribunales, cuya sensibilidad para captar los cambios sociales me parece acreditada, aunque a veces quienes desearían modificaciones radicales los tachan de conservadores, habrán de hacer, en estos momentos, un esfuerzo ciertamente sobrehumano para captar todo el caudal de ideas y principios que, según mi opinión, subyace en la nueva normativa.

(1) Cuando el art. 115 núm. 2 y el 120 núm. 3 dicen que la filiación puede quedar determinada por sentencia firme (¿por qué unas veces se habla de firmeza y otras no?) se está refiriendo al proceso penal y al civil. Sólo a este último se refieren estas líneas.

V. Respecto al tema penal: art. 444 del Código penal.

V. Proyecto de Ley orgánica del Código penal, artículo 218 en relación con el 113.

RUIZ VADILLO, Enrique: *Proyecto de Ley orgánica del Código penal*, Cuadernos de Documentación, Instituto Nacional de Prospectiva, 1980.

V. Derecho catalán: Arts. 3 y 4 de la Compilación.

Filiación extramatrimonial. Conclusiones del "II Congres Juridic Catalá", en Rev. Jurídica de Cataluña, año LXXI, núm. 1, enero-marzo, Barcelona, 1972.

(2) LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Derecho de familia*, I, Lib. Bosch, Barcelona, 1974, pág. 20 (el cap. al que se refiere la cita ha sido escrito por LACRUZ).

DÍEZ PICAZO, Luis: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, II, núms. 340 y ss., en el que se examinan una serie de sentencias sobre problemas de filiación, de especial interés.

2. *Los principios inspiradores*

Los principios inspiradores, la frase se ha repetido tantas veces que parece un tópico, aunque no lo es, han de obtenerse de la Constitución (3) y éstos, a pesar de no haber quedado expresados con la claridad deseable —no se olvide que la falta de claridad en el legislador constitucional también es un dato a tener en cuenta por el intérprete— creemos que son los siguientes (4).

Art. 14. — Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Art. 39.1. — Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (2). 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales (6), que velan por sus derechos.

También debe tenerse en cuenta el preámbulo y los artículos de la Constitución que se refieren al principio de igualdad, valor que se sitúa en primerísimo rango en el texto constitucional (v. artículos 1.1; 9.2; 14, etc.) (7).

(3) AGÚNDEZ, A.: *Repercusiones de la Constitución española y el Derecho civil*, en Rev. de Derecho Privado, marzo 1979.

RUIZ VADILLO, Enrique: *La filiación y la Constitución*, Ponencia presentada en la Mesa Redonda celebrada los días 28 de septiembre a 1 de octubre de 1981, organizada por el Centro de Estudios Sociales, bajo la dirección del profesor Hernández Gil. Pendiente de publicación.

RUIZ VADILLO, Enrique: *La Constitución española y el Derecho civil*, en Rev. de Derecho Privado, marzo 1979.

(4) RUIZ VADILLO, Enrique: *Bases indispensables pour une réforme du procedure penal*, en Archives de Politique Criminelle, París (Francia). Pendiente de publicación.

(5) DÍEZ PICAZO, Luis: *Familia y Derecho*, Centro de Estudios Sociales, septiembre 1980, Mesa Redonda bajo la dirección del profesor Lacruz Berdejo. SÁNCHEZ AGESTA, Luis: *La ordenación de la familia en la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Sociales, septiembre 1980.

(6) V. Derechos humanos. Recopilación de instrumentos internacionales. Naciones Unidas, Nueva York, 1979.

V. Textos del Consejo de Europa.

(7) RUIZ VADILLO, Enrique: *Conceptos recogidos en la Constitución y breve*

Finalmente constituye un complemento indispensable la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley (8), al que más adelante haremos referencia y que conserva plena validez, teniendo en cuenta los cambios mínimos que dicho Proyecto recibió durante el proceso de elaboración en las Cámaras Legislativas.

3. Normas civiles y procesales

Como sabemos, la Ley de Enjuiciamiento Civil no establece ningún proceso especial en relación con el Derecho de familia, proceso especial que, a juicio de algunos tratadistas, como GUERRA SAN MARTÍN, estaría justificado precisamente en estas materias, dadas las características propias de las relaciones jurídico-familiares (9). Sí se regulan, en cambio, diversidad de actos referentes al Derecho de familia, en la jurisdicción voluntaria, que no constituyen, propiamente, procesos, aunque, en algunos de ellos, se admite cierta oposición, sin perder por esta circunstancia, por lo menos formalmente, su carácter de jurisdicción voluntaria. Los cambios operados en la legislación civil después de promulgada la ley Procesal, la han dejado en este sentido casi vacía de contenido.

Por supuesto que la inexistencia de un proceso especial (en mi opinión cuantos menos procesos especiales, mejor: Lo importante es que las normas que los regulen tengan la suficiente flexibilidad para que con plenitud de garantías pueda el juez moverse dentro del proceso, teniendo en cuenta la naturaleza de la relación jurídico civil controvertida, aunque manteniendo su imprescindible equilibrio) no implica que no existan, con relación a la filiación y patria potestad, normas de naturaleza procesal. Como señalaba con relación al sistema anterior, y la afirmación sigue siendo igualmente válida, GUERRA SAN MARTÍN —y otros muchos especialistas— son de destacar algunas de las normas del Código civil relativas a la regu-

examen de los principios que la informan, en Documentación Jurídica, núm. 20, octubre-diciembre, 1978.

Obsérvese que el respeto y defensa del honor o dignidad y de la intimidad representan también unos bienes jurídicos elevados a rango constitucional (art. 18.1 y 4, etc.).

(8) B. O. de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. I Legislatura, serie A, núm. 71, I, correspondiente al día 14 de septiembre de 1979.

(9) GUERRA SAN MARTÍN, José: *Lecciones de Derecho procesal civil*, tomo II, vol. 1 (Preparación del proceso y juicio ordinario y especiales), Universidad de Deusto, 1978, pág. 165.

La Ley 30/1981 de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, sí contiene normas procesales.

lación de la filiación en cuanto revisten cierta naturaleza procesal. Así las que se refieren a la legitimación para reclamarla o para impugnarla (artículos 110; 111, y 112 para la llamada filiación legítima y los artículos 137 y 138 para la ilegítima), las que hacen referencia a la prueba (antiguos artículos 115 y 118), la antigua prohibición de admitir en juicio las demandas que directa o indirectamente tuvieran por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurriera la condición de naturales, salvo cuando la paternidad o maternidad se infirieran de una sentencia firme, dictada en proceso criminal o civil o cuando resultare de un documento inubitado del padre o de la madre en que expresamente se reconociera la filiación (art. 141) eran normas procesales insertas en el Código civil. Todo ello es «mutatis mutandi» trasladable a la reforma.

Recordemos, por último, los artículos 1.247, que establece normas especiales en cuanto a la inhabilidad de los testigos cuando se trate de juicios en los que se pretenda probar un hecho íntimo de la familia, y el 1.252-2.º, según el cual en las cuestiones relativas al estado civil de las personas la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado.

En definitiva, como han dicho tantos autores, la naturaleza de un precepto no se obtiene del cuerpo legal en que está inserto, sino de su propio y específico contenido. Aparte de ello, la unidad del Derecho es una nota tan definitivamente importante que, a nuestro juicio, sólo razones de ordenación sistemática motivan las clásicas separaciones. Todas o casi todas las normas tienen, de alguna manera, una naturaleza compleja que participa de caracteres muy diversos.

II. RECLAMACIÓN E IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN

Como en tantas otras ocasiones, la filiación surge, generalmente, sin controversias ni polémicas, son los supuestos de normalidad. Pero, a veces, se producen situaciones patológicas, que son las que vamos a tratar de estudiar. En ellas radica la parte más importante del tema que pretendemos examinar. Para la consecución del fin perseguido resulta imprescindible el proceso (10), cuya finalidad consiste en obtener la tutela del Estado, a través de los Tribunales de

(10) GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: Define el proceso como la fórmula jurídicamente regulada de la protección del ordenamiento jurídico del Estado. (G. ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Lecciones de Derecho procesal*, vol. I, Derecho procesal civil, pág. 1.

Justicia, como expresión solemne de la existencia, o no existencia, de un derecho o de un interés legítimo (11). Por supuesto para que la sentencia declare una determinada filiación hay que demostrar, judicialmente, la existencia de sus correspondientes presupuestos.

Nuestro propósito con este modestísimo trabajo es, como ya anticipamos, apuntar una serie de problemas y señalar unas posibles soluciones con criterios fundamentalmente prácticos que, como siempre, sometemos a opiniones más autorizadas. Algunos de estos puntos de partida y de sus correspondientes soluciones, tal vez pequeños de arriesgados —y lo que es peor, estén equivocados, pero prefiero correr el riesgo de ser corregido— lo que siempre acepto con la mayor satisfacción, a omitir ideas que pienso, en este momento, pudieran ser tal vez aprovechables.

1. *¿Búsqueda de la verdad?*

Tradicionalmente se ha dicho que el estado de las personas está fuera del comercio de los hombres. De ellos deriva la presencia de los artículos 1.814 y 1.821 del Código civil (13), que prohíben, en este sentido, la transacción y el compromiso y la obligada intervención del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos. De ahí a afirmar que en los juicios sobre filiación se busca únicamente la verdad real sólo hay un paso y, sin embargo, nosotros pensamos que entre el proceso penal, en el que auténticamente se busca la verdad, y el proceso en el que se ventila el tema de la filiación, existen profundas diferencias.

En definitiva, pienso que, en materia de filiación, tanto en los supuestos de normalidad, es decir, de aceptación jurídica de una verdad formal, como en los patológicos en los que se acude a los Tribunales para obtener una resolución, no es cierto que se busque incondicionalmente la verdad. (Pensemos en la aceptación por el marido de un embarazo que sabe con certeza no ser suyo, cualquiera que sea la consideración social que el hecho merezca, o en la inseminación artificial.)

(11) El art. 24.1 de la Constitución concede a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (v. también art. 53.2).

(12) PLANIOL define los medios de prueba como los diversos procedimientos empleados para convencer al Juez de la verdad de un hecho (cit. por CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, 6.ª ed. revisada, tomo segundo, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943, pág. 666).

(13) El art. 1.814 del Código civil dice: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas..." y el 1.821 establece que lo dispuesto sobre transacciones es aplicable a los compromisos.

Que no se persigue la verdad real parece, pues, claro y lo parece incluso a partir de la Ley de 13 de mayo de 1981 (14), que admite por primera vez y con unas mínimas limitaciones que luego veremos, la investigación de la paternidad y maternidad.

En este sentido es interesante destacar dos observaciones: 1.ª) Que en el proceso de filiación siguen jugando una serie de presunciones (v. art. 117) y la aceptación del reconocimiento voluntario (arts. 120 y ss.), incompatibles con el principio de descubrimiento absoluto de la verdad real, y 2.ª) Que una cosa es que se permita descubrir la verdad biológica y otra muy distinta que el Estado tenga interés trascendente en que en los supuestos de paternidad-maternidad o filiación coincidan verdad biológica y verdad jurídica. Cuando el Estado tiene este interés (en el proceso penal y sólo para delitos públicos) monta un proceso en el que órganos oficiales e imparciales que actúan movidos por el principio de legalidad: Juez instructor, Ministerio Fiscal y Tribunal sentenciador (15), quien atendiendo a la realidad, en virtud de las pruebas aportadas, condena o absuelve, sin otros condicionamientos que los que derivan del Código penal y de los principios que lo inspiran (16). Obsérvese que, en estos casos, es el Estado el que toma la iniciativa tan pronto conoce un supuesto de posible existencia de una infracción penal.

En el proceso civil de reclamación e impugnación de filiación (o paternidad-maternidad) el Estado permite que prevalezca la verdad (en el Código civil anterior a la reforma ni siquiera acontecía esto) si alguien (generalmente un círculo muy reducido de personas) lo pide y lo prueba. Pero ni el Juez ni el Fiscal (salvo, con relación a este último, cuando es parte en sentido material) toman la iniciativa ni para comenzar el proceso ni siquiera para acreditar los hechos en que se basa la demanda, fuera los supuestos excepcionales de diligencias para mejor proveer (art. 340 LECivil). Pensemos en un proceso civil en el que una persona reclama la condición de hijo, padre o madre de otro y en otro proceso en el que se trata de descubrir la persona que ha matado a otra y que presuntivamente lo es quien jurídicamente aparece como padre o hijo. El resultado del primero dependerá únicamente de las posiciones del actor y del demandado.

(14) Nada digamos de la situación anterior en que, como sabemos, en muchos casos estaba absolutamente prohibida la investigación de la paternidad y las limitaciones a la impugnación por el propio marido eran extraordinarias.

(15) V. LEcrim. y art. 124 de la Constitución sobre el Ministerio Fiscal.

(16) V. Circunstancias de exención de la responsabilidad penal. Pero el hecho se daría como probado.

V. Principio "in dubio pro reo".

En el segundo todo quedará condicionado a las posibilidades reales de la investigación.

Es más, en determinados casos, cuando se trate de acreditar la no paternidad del marido, la duda, se sostiene en Derecho comparado (17) y en la doctrina científica (18), debe favorecer al hijo y mientras la paternidad marital sea racionalmente posible no puede, no debe, triunfar esta acción. Es decir, según la opinión más generalizada, debe aplicarse el principio «in dubio» pro filiación marital, cuando se trate de hijos de una mujer casada.

Digamos también que no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria (art. 113.1), para impedir que puedan darse dos filiaciones, desde el punto de vista formal, vigentes. Por consiguiente, en estos casos el ejercicio de la acción de reclamación por el hijo o progenitor obligará (aunque la ley dice permitirá) (19) en todo caso a la impugnación de la filiación contradictoria (art. 134, pf. 1.º) y no podrá reclamarse una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia (art. 134, pf. 2.º).

Finalmente señalemos que el art. 129 establece que las acciones que correspondan al hijo menor de edad o incapaz podrán ser ejercitadas indistintamente por su representante legal o por el Ministerio Fiscal y que el art. 130 establece que a la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones ya entabladas.

2. Interés preponderante

En esta materia más que en ninguna otra debe el intérprete intentar descubrir el trasfondo de la institución. En mi opinión, en materia de filiación, inciden principios y problemas y, en definitiva, posibles soluciones que, de alguna manera, pueden ser contradictorios: La búsqueda de la verdad, el respeto al honor y a la intimidad, la posibilidad de la investigación de la paternidad o maternidad y el riesgo (probabilidad más o menos grande) de chantajes. La protección al niño, la protección a la familia, etc. (20).

El interés preponderante (que, a mi juicio, coincide con el llamado «interés de la familia») (21) es el del hijo o el de los hijos que

(17) V. art. 1591.1 del B.G.B. y art. 254 del Código civil suizo.

(18) RIVERO HERNÁNDEZ: *La reforma del Derecho de familia*. La filiación, Cuadernos de Documentación, Instituto Nacional de Prospectiva, Apéndice, pág. 122.

(19) A pesar de que en fase de proyecto se advirtió la anomalía por el prof. Rivero Hernández, ob. cit., pág. 104.

(20) V. art. 24.1 de la Constitución y Ss. del Tribunal constitucional.

(21) V. artículos del Código civil que se refieren al interés de la familia.

deben tener siempre el derecho a descubrir su verdadera filiación, derecho que debe ser imprescriptible e incondicionado. En este sentido estamos de acuerdo con la reforma. A este interés prioritario de bieran supeditarse todos los demás.

En cambio, el círculo de los legitimados activamente debiera haberse limitado al hijo (por supuesto) y a los padres, excluyendo a los herederos, aunque aceptando —con limitaciones temporales— a los descendientes.

En cuanto a los padres, el ejercicio de las correspondientes acciones debiera limitarse con la expresa actualización, moderada pero firme, de la teoría el abuso del derecho y con plazos breves de caducidad. Es decir, el mantenimiento del «status» formalmente establecido es ya, de por sí, un bien digno de protección.

3. Tipo de proceso

El art. 483.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice: Se decidirán en juicio ordinario (22) de mayor cuantía las demandas relativas a derechos políticos u honoríficos, filiación, paternidad, interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas.

Es decir, las cuestiones de filiación deben, por tanto, ventilarse en juicio declarativo de mayor cuantía, solución lógica y coherente en la mente del primitivo legislador si tenemos en cuenta que teóricamente es aquel que ofrece mayores garantías al justiciable. Si la filiación es un dato esencial de la persona humana, afectante a la personalidad, es lógico que las controversias que afectan a este bien jurídico exijan el proceso más ampliamente concebido y desarrollado.

En cambio, pienso que hoy no resulta ya clara la cuestión. Mi experiencia judicial me permitió, en períodos cortos de tiempo, comparar el juicio de mayor cuantía y el de cognición, y considero que a este tipo de relaciones jurídicas hubiera convenido mejor este último, teniendo en cuenta las notas que le caracterizan (23) y que la naturaleza del proceso es independiente de la respectiva competencia. Es decir, de un juicio de cognición puede perfectamente conocer el Juez de 1.ª Instancia y en apelación la Audiencia Territorial (24).

(22) Que es una de las modalidades de los juicios declarativos (v. arts. 481 y 482 LECivil).

(23) Regulado con acusada tendencia a la oralidad, publicidad, concentración e intermediación y predominio de investigación oficial (G. ORBANEJA, ob. cit., pág. 332).

(24) V. R. D. 3 julio de 1981 sobre creación de los Juzgados de Familia.

Que no puede haber transacción resulta evidente, aunque no pueda evitarse que, indirectamente, se produzcan a través de declaraciones de reconocimiento de complacencia y que por consiguiente prevalezca la solución querida por los contendientes aunque no coincida con la verdad biológica.

4. Intervención del Ministerio Fiscal

El tema de la intervención del Ministerio Fiscal (25) en este tipo de procesos es importante y en él inciden aspectos muy diversos: Las contradicciones surgidas en lo interno del personaje complejo que es actualmente el Ministerio Fiscal, dice el profesor FAIRÉN GUILLÉN (26), son múltiples y múltiplemente denunciadas.

¿Por qué interviene el Ministerio Fiscal en éste y otro tipo de procesos? ¿Cuál debe ser su comportamiento cuando actúa en un proceso civil? Sin duda teóricamente para que prevalezca la verdad, impidiendo la confabulación de las partes, en que se imponga una solución arbitrada por ellos.

En mi opinión deberíamos partir de dos ideas (de las que, desde luego, no participa íntegramente la legislación española): 1.^a) El Fiscal debe actuar siempre e incondicionalmente sujeto a los principios e legalidad e imparcialidad. La unidad de actuación y la dependencia jerárquica cumplen la misión de hacer efectivos los principios de legalidad y de imparcialidad que son auténticos fines, mientras que aquellos son simples medios o instrumentos. El artículo 124.2 de la Constitución lo expresa así, sin género de dudas, y 2.^a) De ahí que

(25) V. art. 838, núm. 5, de la LOPJ; art. 450 Proy. LOPJ (que no cita expresamente los juicios sobre el estado de las personas); art. 2.º, núm. 4 del Estatuto del Ministerio Fiscal y Proyecto de Estatuto.

(26) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *La situación actual del Ministerio Fiscal*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, 1970, núm. 4, pág. 809.

LORENTE HURTADO, Fernando: *El Estatuto del Ministerio Fiscal*, Cuadernos de Documentación, núm. 4, Instituto Nacional de Prospectiva, 1980.

PASTOR LÓPEZ, Miguel: *El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal*. Prólogo de Juan MONTERO AROCA, Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones, página 59, sobre la especial posición del Ministerio Fiscal.

RUIZ VADILLO, Enrique: *Consideraciones sobre la naturaleza del Ministerio Fiscal*, en Revista de Derecho Judicial, 1960.

En el Proyecto de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal se dice en el art. 3.º-6 que es misión del mismo tomar parte en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la Ley (v. dictamen de la Comisión de Justicia, B.O. de las Cortes Generales, I Legislatura (30 de junio de 1981, número 139, II), serie A, Proyectos de Ley, pág. 1.032/32).

jamás puede ser parte, en sentido material. La parte es parcial por naturaleza; el Fiscal es, como acabamos de decir, esencialmente imparcial. Por tanto, no comprendemos cómo puede el Ministerio Fiscal ejercitar las acciones que correspondan al hijo menor de edad o incapaz (arts. 127 y 137, pf. 2 del Código civil) cuando al hacerlo se convierte en parte material y formal. En estos casos lo que el Fiscal debiera hacer es proveer para que el menor o incapaz tenga su adecuada representación y defensa, no representar y defender él porque al hacerlo contradice su propia naturaleza y pone o pueden ponerse en peligro los intereses del patrocinado precisamente por su vinculación a unos principios que no son los que, con total ortodoxia, rigen la actuación de los Abogados (27).

Impedir esa «fraudulenta» confabulación para transigir, aparte de las dificultades prácticas que para conseguirlo se ofrecen, no tenemos la seguridad, cuando no se trata de intereses bastardos o delictivos, que pueda ser positivo.

Con sólo constatar la actuación del Ministerio Fiscal en la realidad práctica —al menos a través del testimonio que puedo facilitar de una experiencia profesional— se comprueba cuanto queda dicho. Hay, además, una imposibilidad real, efectiva, de actuar, porque carece de medios para hacerlo. Meditemos sobre el contenido del artículo 129 ya citado; Las acciones que corresponden al hijo menor de edad o incapaz podrán ser ejercitadas, indistintamente, por su representante legal o por el Ministerio Fiscal. ¿Y si hay posturas contrapuestas? El verbo poder —podrá dice la Ley— supone una opción —ejercitar la acción— que ignoramos en base a qué criterios resolverá el Fiscal (28).

Al Fiscal, como dice muy acertadamente GÓMEZ ORBANEJA (29), no corresponde la acción ni propiamente posición de parte en las cuestiones de estado (30), que es la solución que nos parece ortodoxa, aplicable en general a todos los casos en que fuera de los supuestos ya vistos actúa, «interponiendo su oficio» o coadyuvando con el Juez

(27) CALAMANDREI, Piero: *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Casa Ed. Góngora, Madrid, 1936, pág. 40. Entre los oficios judiciales, dice, el más arduo me parece el de acusador público; el cual, como mantenedor de la acusación, debería ser parcial como un abogado y como un guardador de la Ley deberá ser imparcial como un juez.

(28) Lo mismo en el art. 137.

RUIZ VADILLO, Enrique: *La filiación y la Constitución*, Centro de Estudios Sociales, Mesa Redonda celebrada bajo la dirección del profesor HERNÁNDEZ GIL, septiembre 1981. Pendiente de publicación.

(29) GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Lecciones de Derecho procesal*, vol. I, pág. 477.

(30) PRIETO CASTRO, Leonardo: *Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de 1953.

para que se cumplan las previsiones legislativas, dentro de los límites de la propia ley y con los temperamentos adecuados (31).

5. Requisitos de admisibilidad de la demanda

Con independencia de los requisitos comunes a toda demanda, que es, como sabemos, el escrito con el que se inicia el proceso civil y que sirve, fundamentalmente, para delimitar subjetivamente (quién pide, contra quién se pide) y objetivamente (qué se pide) (v. art. 524 LECivil), el párrafo 2.º del artículo 127 del Código civil dice: El Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde.

He aquí una limitación, a través de una norma que, en definitiva, residencia facultades discrecionales en el Juez, en cuanto al ejercicio de estas acciones. La norma suscitó, en su momento, una cierta polémica (32). Respeto, por supuesto, todas las posiciones, pienso que es una cautela acertada porque los daños que se derivan de un proceso de esta naturaleza (al que cuando es razonablemente un instrumento para conseguir la verdad no hay que tenerle miedo, como no se le tiene, al proceso penal) pueden ser irreparables. Esta cautela tiene un cierto paralelismo, en el orden penal, con el auto de procesamiento, sin el cual en el juicio ordinario no puede entrarse en el juicio oral (art. 384 de la LECrim.), o el antejuicio para dilucidar las responsabilidades de un Juez o Magistrado, o con aquellos otros supuestos en los que se exige un principio de prueba por escrito.

¿Qué principio de prueba habrá de exigir el Juez para admitir la demanda? La rechazabilidad por el Juez, dice RIVERO HERNÁNDEZ (33) va referida tanto a las acciones declarativas como a las de impugnación, siendo aplicable a la filiación matrimonial y a la no matrimonial y tanto cuando accione el hijo como alguno de los progenitores (o de extraños), si bien el rigor con que se mida no deba ser el mismo en unos casos que en otros.

(31) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *La posición del fiscal en el orden civil*, Ciclo de Conferencias organizado por el Ministerio Fiscal en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en conmemoración del Cincuentenario del Estatuto del Ministerio Fiscal.

RUIZ VADILLO, Enrique: *Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, Prólogo de don Manuel de la Plaza, Madrid, 1955.

(32) El periódico "El País" del día 2 de abril de 1981, pág. 15, se hizo eco del problema. Mientras según unos debiera eliminarse toda exigencia suplementaria, teniendo en cuenta que el art. 39.2 de la Constitución, reconoce el derecho a investigar la paternidad con toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, otros consideraban que era una garantía necesaria para evitar abusos e intentos de fraude.

(33) RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 115.

El propio profesor RIVERO distingue entre que la acción sea de impugnación de paternidad (maternidad) o de reclamación de filiación. Para el caso de demanda impugnativa de la paternidad podrá estimarse como principio de prueba suficiente el hecho de adulterio de la esposa probado en procedimiento de divorcio (34) (civil), la existencia de caracteres raciales del hijo distintos a los de los padres o el haber cesado hace tiempo la convivencia conyugal o entre los amantes y el haber disimulado la madre el embarazo u ocultado el nacimiento al hombre a quien luego ha endosado la paternidad. Y respecto de una demanda de reclamación, cualquier documento que, aunque no reconozca la paternidad (maternidad), pruebe unas relaciones sexuales en época idónea, la convivencia entre los supuestos progenitores, aunque no sea continuada ni «more uxorio», y un pronunciamiento penal, aunque sea absolutorio, en el que resulten unas relaciones sexuales aptas para la generación cuestionada.

A mi juicio complementariamente habrán de valorarse, de forma negativa, otros datos. Quién sea el demandante: A mayor derecho o «interés», menos exigencia de pruebas, por ejemplo, que quien pida sea el hijo o un hermano; si la demanda ejercitada por una mujer en «búsqueda» de un padre para su hijo, si es la primera que se ha formulado o no, etc.

6. Posición del Juez

El Juez, sometido al imperio de la Ley, según el art. 117.1 de la Constitución, está sujeto al ordenamiento jurídico, entendido como plenitud de organización jurídica de la sociedad, y en este sentido pienso, y así lo he expresado muchas veces (35), que detrás de cada sentencia, sirviéndole de apoyo, se encuentra no sólo el artículo o los artículos que de manera específica se citan, sino la totalidad de ese ordenamiento que únicamente cobra auténtica virtualidad cuando se concibe como un todo armónico y coordinado entre sí, como una especie de entramado.

Por tanto, el Juez, refiriéndose ahora a la materia de filiación y paternidad o maternidad, constatará que el artículo tal o cual dicen ésta o aquella cosa en concreto, pero el descubrimiento de su sentido y alcance habrá de conseguirlo a través del conjunto de normas

(34) Como se sabe, el adulterio fue descriminalizado por la Ley 46/1978, de 7 de octubre.

(35) RUIZ VADILLO, Enrique: *La atenuante por analogía en el Código penal español. Según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en Información Jurídica, julio-septiembre 1971.

jerárquicamente organizadas y situando en su vértice a la Constitución. Pensemos que ésta es la razón de que seguramente el art. 5.º del Proyecto de Ley orgánica del Poder Judicial (36), diga en su párrafo 1.º que los Jueces y Tribunales aplicarán las leyes según los preceptos y principios constitucionales, lo que, en definitiva, representa que, de alguna manera, todos los artículos hoy vigentes y cuya promulgación fue anterior a la Constitución, lo mismo que los surgidos después (pero especialmente la afirmación es aplicable a los primeros) adquieren, sin variar ni una letra su redacción, un cierto nuevo contenido.

Por eso, el «interés de la familia», cuya significación restablecerá la jurisprudencia en función de la nueva ordenación, la protección del honor, la dignidad e intimidad del hijo, cuya filiación incumbe descubrir, constituirán, sin duda, elementos coadyuvantes a la decisión judicial.

En este sentido hay que esperar mucho de nuestros Jueces y Tribunales que siempre, repito otra vez, han sido especialmente sensibles a las exigencias sociales. En vigor el primitivo sistema del Código civil, decía OGAYAR (37) que un erróneo criterio de protección a la familia había llegado a consagrar normas que podían pugnar con los más elementales principios de justicia, dado que se admitía con tantas limitaciones el hecho obstativo y sus causas que era difícil, con arreglo al texto literal del Código, que un marido pudiera librarse de la paternidad del hijo que daba a luz su mujer, constante el matrimonio. He ahí una muestra de esta inquietud de un ilustre miembro del cuerpo judicial que podría multiplicarse indefinidamente.

Para ello y como consecuencia de cuanto queda dicho, el Juez habrá de utilizar las facultades que le concede la ley con sujeción a esos principios del ordenamiento, aunque estén en pugna con sus propios —y siempre respetabilísimos— criterios. Dice REVERTE (38) que el Juez no está facultado para elegir a su arbitrio la solución del conflicto, sino para concretar la norma mandando lo que la ley quiere. Indagar la voluntad de la norma es un fenómeno jurídico anterior al conflicto (39).

(36) B. O. de las Cortes Generales, serie A, núm. 192, I, 16 abril 1980.

(37) OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás: *Creación judicial del Derecho*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975, pág. 107.

(38) REVERTE: *Intervención judicial en las situaciones familiares (Notas al Código civil)*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, 1980, pág. 11.

(39) DE LA VEGA BENAYAS, Carlos: *Introducción al Derecho Judicial*, presentación al Anuario de la Escuela Judicial, núm. XIII.

Las facultades del Juez para declarar la filiación, en función de las pruebas practicadas, son muy amplias, pues aunque no haya prueba directa de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo (art. 135).

7. Pruebas utilizables

Todas las pruebas (40), más allá incluso de las que contemplan la LECivil y el Código civil creemos que son utilizables (incluso pensamos que también lo son en el resto de los procesos, por ejemplo la cinta magnetofónica, una película o un vídeo-cassette, etc., de ello podemos dar testimonio a través de nuestra vida profesional, en la que hemos visto utilizar una grabación como prueba en un proceso por adulterio y escándalo público) en los procesos de filiación y paternidad o maternidad. Como acontece frecuentemente, la razón de la declaración constitucional es simplemente histórica, es decir, se habla de las pruebas utilizables, incluyendo expresamente las biológicas porque estaban prohibidas. Espero que si dentro de diez o veinte años, por ejemplo, hubiera que redactar de nuevo ese artículo sería ya innecesario expresarlo así porque resultaría obvio, teniendo en cuenta su habitual aplicación.

En cuanto a las pruebas biológicas (41) muy resumidamente podemos decir:

1.º) Que, por supuesto, cuando se trate de prueba que exija extracción de sangre, estimamos que no puede ser impuesta a nadie,

(40) Dice la Exposición de Motivos del Proyecto: "Al regular la determinación del vínculo jurídico de filiación, la presente Ley refleja la influencia de dos criterios encontrados: De una parte, el de hacer posible el descubrimiento de la verdad biológica para que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Pero, de otro lado, se ha procurado impedir que, a voluntad de cualquier interesado, puedan llevarse sin límite a los Tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona."

(V. Separata de Documentación Jurídica, núm. 23, julio-septiembre 1979, pág. 754).

Obsérvese que en la mente del legislador el descubrimiento de la verdad biológica tiene una finalidad esencial: Que pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos (v. arts. 111, 154, 92, según la Ley de 7 de julio de 1981), etc.

(41) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *La investigación biológica de la paternidad desde el punto de vista procesal*, en Anuario de Derecho Civil, 1950.

sin perjuicio de las consecuencias que de la negativa a ser sujeto pasivo de ella pueda obtener el Juez, conforme a las normas procesales ordinarias.

2.º) RIVERO HERNÁNDEZ (42) considera que cuando se habla de pruebas biológicas hay que pensar, fundamentalmente, en la heredo-biológica, en la de grupos sanguíneos (43) y en la de grado de madurez del recién nacido.

3.º) En un trabajo colectivo de varios profesores médicos se afirma que de todos los datos que la antropología nos ofrece, únicamente permanecen invariables, en todo sujeto, las propiedades grupo-específicas y los dibujos dermopapilares, independientemente de la evolución vital de las personas al margen de posibles incidencias modificadoras, altamente improbables, de carácter patológico y demostrables por su complejo sindrómico (44).

8. Acciones ejercitables

Por supuesto, existen diferencias notables según se trate de maternidad o paternidad (45), porque la maternidad es un hecho en general fácilmente demostrable (la única dificultad radica en algunos casos especiales, en demostrar la identidad del hijo), mientras que

(42) RIVERO HERNÁNDEZ: Ob. cit., pág. 113. De él hacemos el siguiente resumen: 1.º La prueba heredobiológica o antropomorfológica se basa en el estudio de un número (hasta 100 ó 300) de caracteres diferentes del hijo, la madre y el presunto padre, valorados por el perito según las semejanzas o diferencias morfológicas, dando lugar a varios resultados que van desde la exclusión de la paternidad hasta su afirmación.

2.º La prueba de los grupos sanguíneos se realiza hoy estudiando muchos grupos y factores, pudiéndose alcanzar una probabilidad de exclusión de paternidad en más de un 98 por ciento.

3.º La prueba del grado de madurez del recién nacido se basa en estudios estadísticos y con riguroso sentido práctico, con base en miles de casos observados que han permitido comprobar que hay una íntima relación entre la duración del embarazo y el grado de desarrollo de ciertas medidas del recién nacido, prácticamente la talla, peso, diámetros y perímetros craneales, datos que son tenidos en cuenta en su valor absoluto y en sus relaciones recíprocas y completadas con otros signos de madurez o inmadurez.

(43) V. MOYA PUEYO, MUÑOZ TUERO y VILLALAÍN BLANCO: *Comentarios sobre un informe de investigación de paternidad por los grupos sanguíneos emitidos por la Escuela de Medicina Legal*.

(44) VILLALAÍN BLANCO, MUÑOZ TUERO y MOYA PUEYO: *Valoración dactiloscópica de la investigación de la paternidad*, en Revista Española de Medicina Legal, enero-junio, 1977.

(45) V. REVERTE, ob. cit., págs. 120 y ss.

DÍEZ PICAZO, LUIS: *De nuevo sobre reclamación de filiación natural*. Anuario de Derecho Civil, 1962, pág. 219.

la paternidad, a pesar de los innegables avances de la ciencia a la que ya nos hemos referido, sigue encerrando un cierto —y no sabemos si algún día descubrible (creemos que sí)— misterio. Como hemos dicho, creemos que en la consideración global del Juez influirá quién sea el que ejercite la acción (el hijo, el padre, la madre, los herederos, un extraño), contra quién se ejercita, la causa de pedir, etc.

Todo debe incidir en la decisión judicial y, sobre todo, el interés del hijo que, a mi juicio, debe estar por encima de cualquier otra consideración, hasta el punto de que, creemos, debiera haberse establecido, en este sentido, una norma claramente expresiva de la que considero es voluntad legislativa (46).

Veamos ahora de forma muy sintética, pues la finalidad de este trabajo, como ya dijimos, no es otra que una elemental toma de contacto con la nueva ley, los supuestos de filiación matrimonial y no matrimonial, distinguiendo en cada una de ellas los casos de reclamación e impugnación.

A) Filiación matrimonial.

Como sabemos son hijos matrimoniales o, en otras palabras, la filiación es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí, con arreglo al art. 118, pfo. 1.º, según la Ley de 13 de mayo de 1981.

Aunque conforme al mismo artículo la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones del Código civil (47), la distinción de los supuestos de filiación producida dentro o fuera del matrimonio, es importante para regular su determinación legal, como lo es para estos mismos efectos la existencia o no de la posesión de estado (48).

a) Reclamación.

a') Si hay posesión de estado, puede ejercitar la acción para que se declare la filiación cualquier persona con interés legítimo.

(46) V. art. 173, paf. último: "El Juez, aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción, valorará siempre su conveniencia para el adoptando, conforme a las circunstancias de cada caso, y muy especialmente si el adoptante tuviere hijos" (Ley 13 mayo de 1981).

(47) ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho civil español*, Derecho de familia.

RUIZ VADILLO, Enrique: *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil*, 12.ª ed., 1981-1982, prólogo del profesor HERNÁNDEZ GIL.

(48) V. Exposición de Motivos del Proyecto, pág. 753 de la Separata de Documentación Jurídica.

Los dos problemas más importantes que se plantean, en este sentido, en cuyo detalle no podemos entrar, son: 1.º) Qué se entiende por posesión de estado (49), para lo que puede servirnos la jurisprudencia existente en torno a los antiguos artículos 54 y 116 (50) y 2.º) Qué se entiende por «interés legítimo». Para mí, lo he dicho en muchas ocasiones, comprendiendo las razones que han movido al legislador a esta solución, lo mejor hubiera sido cerrar el círculo de legitimados, dejando dentro al hijo siempre, y a los padres con ciertas restricciones. En cualquier caso pienso que el interés legítimo debiera entenderse restrictivamente, dejando fuera las económicas y que por supuesto ha de quedar dicho interés plenamente justificado (51).

b') Sin posesión de estado. Están legitimados activamente el hijo, el padre y la madre (art. 132). Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

Aparte de una serie de problemas (por ejemplo, qué sucede si a consecuencia de la acción ejercitada se dicta sentencia y se modifican los herederos, necesidad o no de obtener la declaración de herederos por vía judicial, no distinguir herederos testamentarios y abintestato que para mí es muy importante, etc.), creo que es un error introducir la presencia de posibles extraños en una relación que afecta a la intimidad personal y familiar y que es objeto de especial atención y preferencia constitucional. Siempre he pensado que única y exclusivamente los descendientes debieron quedar legitimados para estas acciones y con ciertas limitaciones (52).

En cuanto a la legitimación pasiva habrá de dirigirse la acción contra o frente a la persona a la que directamente se dirija (el padre

(49) Aunque el art. 131 habla de "constante posesión de estado" y los artículos 133, 137, úl. pf., y 140, pfs. 1 y 2 de "posesión de estado" simplemente, no creemos que haya sido intención de la Ley, obtener consecuencias de la diversidad terminológica. Si se hubiera distinguido "posesión de estado" y "constante posesión de estado" a efectos de atribuir legitimación activa, por ejemplo, hubieran podido extraerse algunas conclusiones.

(50) V., por ejemplo, S. 15 junio 1934. Ref. Aranzadi, 118 bis. V. también sentencias posteriores en análogo sentido.

(51) RIVERO, ob. cit., pág. 118.

(52) CASTÁN establece como caracteres de las acciones de estado, y, por tanto, de las acciones de filiación, las siguientes: a) Personalísimas, intransmisibles e inalienables; b) Irrenunciables; c) Imprescriptibles; *Derecho civil español, común y foral*, 8.ª ed., con la colaboración de José M.ª CASTÁN, tomo V, vol. 2.º, Instituto Ed. Reus, Madrid, 1966, págs. 28 y ss.

y/o la madre si quien ejercita la acción es el hijo o éste si quien demanda es el padre o la madre), así como todos los directamente afectados, teniendo en cuenta el valor «erga omnes» de la sentencia que recaiga a la que más adelante haremos referencia.

También lo estará el Ministerio Fiscal, aunque con relación a esta institución nos remitimos a lo ya anteriormente indicado.

El contenido de la acción es, por supuesto, el hecho de la paternidad o maternidad como hechos reales.

Como dice RIVERO (53), el padre podrá oponerse a la demanda cuando se acciona frente a él, demostrando su no paternidad.

Las acciones son imprescriptibles (art. 133), aunque hay que tener en cuenta los plazos de caducidad antes señalados.

b) *Impugnación.*

a') Con posesión de estado de filiación matrimonial.

Legitimación activa: Están legitimados el marido y el hijo. El marido en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil, aunque el plazo no correrá mientras ignore el nacimiento (art. 136). Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo anteriormente señalado, la acción corresponde a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo, y si falleció sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero. Poco podemos añadir como no sea: 1.º) Que consideramos equivocada, en este sentido, la postura de la Ley, como ya lo hemos dicho con carácter general; creo que la legitimación debió otorgarse únicamente, como última concesión y en este caso, a los herederos, si el marido hubiera ejercitado ya la acción y el proceso estuviera en curso (pensemos que el propio marido, de haber vivido, pudo desistir de la acción), y 2.º) Que la presunción ha de ser siempre favorable al conocimiento del nacimiento, no a la inversa.

La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuera menor o incapaz el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal.

Entendemos que la expresión mayoría de edad es equivalente a 18 años y no a emancipación, a pesar de que, con arreglo a esta misma Ley de 13 de mayo de 1981, el menor emancipado podrá, por sí solo, comparecer en juicio (art. 323, pf. 2.º). Me baso en la inter-

(53) RIVERO, ob. cit., pág. 119.

pretación de los arts. 314 y 315: Una cosa es emancipación y otra mayoría de edad, aquélla es el género y ésta la especie.

El ejercicio de la acción en interés del hijo que sea menor o incapacitado corresponde, asimismo, dice el art. 137, pf. 2.º, durante el año siguiente (54) a la inscripción de la filiación, a la madre (que actúa en defensa del interés del hijo, no en el suyo propio) que ostenta la patria potestad (no por tanto cuando esté privada de ella) (55) o al Ministerio Fiscal, remitiéndose con relación a este último a lo ya señalado.

b') Sin posesión de estado.

En cuanto a la legitimación activa la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos.

Ningún problema plantea la legitimación pasiva.

En cuanto al objeto a probar será, como dice RIVERO (56), la no paternidad del marido y ello debe hacerse, como afirma este autor, de forma cumplida y concluyente, ya que la acción de impugnación pretende destruir la presunción de paternidad y obtener un pronunciamiento judicial en el sentido de que el marido no es padre del hijo impugnado.

B) Filiación no matrimonial

Filiación no matrimonial es, a «contrario sensu», aquella en la que el padre y la madre no están casados entre sí (v. art. 108, pfo. 2.º), presumiendo hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges (art. 116), aunque nacido el hijo dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica (art. 117) (57).

Por otra parte, con arreglo al art. 119, la filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo, siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme a lo dispuesto en la sección siguiente (art. 119).

(54) Esta unificación de plazos contraría el sistema precedente en el que se distinguía según los supuestos.

(55) V. artículos 111, 154 y 170 del Código civil.

(56) RIVERO, ob. cit., pág. 122.

(57) V. las excepciones que el artículo recoge.

a) *Reclamación.*

a') Con posesión de estado.

Como el art. 131, que ya hemos visto, no distingue, en este sentido, entre filiación matrimonial y no matrimonial, nos remitimos a lo que allí se indicó.

b') Sin posesión de estado.

Está legitimado activamente el hijo durante toda su vida y si fallece antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare plena capacidad o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos (art. 133).

Respecto a los demás problemas nos remitimos a lo ya indicado.

b) *Impugnación.*

a') Con posesión de estado.

Legitimación activa: Cuando exista presunción de estado la acción de impugnación corresponderá a quien como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos.

La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente (art. 140, pfo. 2.º). Pero los hijos tendrán, en todo caso, la acción durante un año después de haber llegado a la plena capacidad (artículo 140, pf. 3.º).

b') Sin posesión de estado.

Legitimación activa: Cuando falte en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique (art. 140, pf. 3.º) (58).

En cuanto al objeto y a la legitimación pasiva del Fiscal, con los adecuados temperamentos, nos remitimos a lo ya señalado.

9. Valor de la sentencia

El profesor CASTÁN (59) dice que la doctrina, aspirando a que el estado de la persona se establezca con igual alcance frente a todos,

(58) V. RIVERO, ob. cit., pág. 138.

(59) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. 2.º, con la colaboración de José M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, 1966, pág. 35.

se ha inclinado a atribuir eficacia «erga omnes» a las indicadas sentencias. A favor de esta eficacia absoluta aducen, señala, los siguientes argumentos: 1.º) Que se trata de comprobar un hecho cierto y que una vez que éste es establecido como tal, ha de serlo ya frente a todos; 2.º) Que el estado es indivisible porque no se puede ser hijo legítimo de una mujer casada, sin serlo a la vez del marido, y 3.º) Que no es posible aplicar simultáneamente al estado de la persona dos sentencias contradictorias.

En mi opinión el argumento verdaderamente sólido es el tercero, teniendo en cuenta que la verdad real no es siempre el objeto de la acción y que hoy día cabe divisibilidad en el estado de filiación. En cambio, lo que es y será siempre absolutamente inviable es que puedan tenerse simultáneamente dos estados contradictorios.

Por ello el art. 134 dice: El ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artículos anteriores, por el hijo o el progenitor (y creemos que cualquiera) permitirá (debió decir exigirá) en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria. No podrá reclamarse una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia. Esta fórmula es clásica, en este punto.

El art. 1.252, pfo. 2.º del Código civil dice: En las cuestiones relativas al estado civil de las personas (y en las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias) la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado (v. Ss. TS. 10 enero 1945, Ref. Aranzadi 10).

RIVERO (60) pregunta: ¿Cabrán la impugnación de, por ejemplo, una paternidad declarada judicialmente a resultas de una anterior acción de reclamación? Ninguna excepción contienen los artículos 139 y 140 del Proyecto pero la misma razón que impide reclamar (art. 134-2.º) una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia (el obstáculo es la intangibilidad de la cosa juzgada) habría de impedir ahora impugnar aquella paternidad judicialmente declarada, por aplicación analógica del mencionado precepto, revelador del cuál es la mutabilidad y voluntad del legislador en ese punto, que prefiere la subsistencia de un posible error judicial a la inseguridad jurídica de una ilimitada atacabilidad de estas sentencias ya firmes. Todo ello sin perjuicio, por supuesto, de los casos en que puedan proceder recursos extraordinarios, como el de revisión.

(60) RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 138.

10. El problema de la inseminación artificial

El tema de la inseminación artificial con semen de dador (61) es uno más dentro de un grupo de situaciones muy próximas entre sí. Los supuestos de tercería biológica comprenden —dice ZANNONI—, todas aquellas situaciones en las cuales el hijo, si bien ha sido concebido durante el matrimonio de quienes aparecen como sus progenitores, es el resultado de una fecundación, es decir concepción, en que ha intervenido un componente biológico extraño a ambos. Así:

1) Inseminación con semen de dador practicada a la esposa durante el matrimonio. 2) Fecundación con semen del marido de un óvulo que no es de la esposa e implantación posterior del embrión en el útero de ésta. 3) Fecundación con semen de un tercero de un óvulo que no es de la esposa e implantación del embrión en el útero de ésta. 5) Fecundación con semen del marido de un óvulo de la esposa, e implantación del embrión en el útero de otra mujer. Los supuestos de concepción genéticamente conyugal aunque institucionalmente extramatrimonial, se reducirían prácticamente a dos: a) Inseminación homóloga practicada a la esposa con semen del marido después del fallecimiento de éste. b) Fecundación extrauterina de un óvulo de la esposa, adecuadamente conservado con semen del marido practicada después del fallecimiento de aquélla.

Sé que a muchos colegas les disgusta este tema, pero en cualquier caso el problema o problemas están ahí y el panorama que se nos ofrece no tiene nada que ver con el tradicional. Una mujer, por ejemplo, puede ser madre sin más que hacerse fecundar con semen de un banco como quien se hace una simple transfusión de sangre.

Desde el punto de vista práctico hemos de señalar que en Francia (62), de 1.000 a 2.000 pequeños franceses nacen cada año a través de las donaciones de semen y en España, aunque desconocemos el número, también se producen nacimientos por este sistema.

En el Consejo de Europa se han llevado a cabo estudios y proyectos de muy especial interés, entre ellos uno elaborado en 1979, cuya suerte final desconozco, en el que se establece la necesidad del consentimiento de los esposos si la mujer está casada, el más absoluto secreto del dador de semen y la consecuencia de que el niño será

(61) RUIZ VADILLO, Enrique: *Aspectos jurídicos de la inseminación artificial con semen de dador*, en "Clínica Ginecológica", 5/2, Salvat, 1980. (Ponencia presentada al I Simposium Nacional celebrado en Bilbao, organizado por el profesor PORTUONDO.)

(62) V. THERY RENÉ: *Veritable pere et paternite vraie*, "La semaine juridique", Juris Classeur Periodique Ed. Generale, 7 fevrier 1979.

RUIZ VADILLO, Enrique: *La filiación y la Constitución*, cit.

considerado como hijo legítimo (es decir, matrimonial) de la mujer y del marido, sin que nadie pueda contestar la legitimidad (matrimonial) por el solo hecho de la inseminación, debiendo así constar en el Registro Civil.

En esta situación todos los esquemas tradicionales se vienen abajo. Con arreglo al art. 7.º del Proyecto del Consejo de Europa, el marido consentidor de la inseminación no podrá impugnar la paternidad, ni podrá tampoco hacerlo la mujer. Es decir, los hijos nacidos, sin más aclaraciones, constante matrimonio de marido y mujer que lo quieran como tal serán matrimoniales; no habiendo matrimonio, pero mediando consentimiento, lo serían no matrimoniales.

Todavía sobrevive un problema. ¿Qué sucede con el hijo? No sabemos si los razonamientos que acompañan al Proyecto del Consejo de Europa son suficientemente válidos. El dador de semen, una vez hecha la donación, no entiende ni quiere un hijo para él, sino simplemente permitir la inseminación. Lo que parece claro es que las soluciones tradicionales no nos valen, aunque, a mi juicio, la Constitución no es un obstáculo insuperable, teniendo en cuenta que el mandato de posibilitar la investigación de la paternidad no supone que haya de hacerse de manera absoluta e incondicionada.

III. PRIVACIÓN Y RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Con arreglo al art. 170 del Código civil el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

En este sentido resultan del mayor interés una serie de sentencias del Tribunal Supremo que supieron anticiparse de alguna manera a la reforma y ser sensibles a unas exigencias sociales muy generalizadas, así entre otras muchas la de 30 de octubre de 1963, en cuanto a la privación y suspensión estableciendo que el acuerdo habría de adoptarse a la vista de las circunstancias que determinan la medida, teniendo en cuenta que la patria potestad es un derecho supeditado al cumplimiento de la función para la que fue instituido. La de 23 de junio de 1965 se refiere al supuesto de una potestad ejercida sobre el hijo por la madre y cuyo hijo es posteriormente reconocido por el padre. Tal reconocimiento —dice el Tribunal Supremo— no produce el efecto, aunque aquél lo reclame, de privar a la madre de la potestad que venía ejercitando sobre el hijo (63).

(63) Diccionario índice de jurisprudencia civil, 1962-1970. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1973, tomo II, págs. 1.348 y 1.349.

1. Ideas generales

Por supuesto el Juez podrá en una sentencia decretar la privación total o parcial (v. art. 156) de la patria potestad, a nuestro juicio, siempre basado en una doble consideración: El incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, más el interés del hijo. Es decir, a nuestro juicio jamás debe producirse una privación de patria potestad de forma que podemos considerar objetiva o automática, sino en función del interés del hijo.

El art. 92, pf. 3.º, dice que en la sentencia de separación, nulidad y divorcio (situaciones que no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos), se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello (a nuestro juicio las que acabamos de señalar). Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro, procurando no separar a los hermanos.

Digamos, por último, que confiamos en que desaparezca la pena de interdicción civil (64) por las razones que hace un momento hemos expuesto, en el sentido de que determinadas penas llevan hoy asociada, automáticamente, la privación de la patria potestad, lo que no debiera acontecer.

2. Procedimiento

Con arreglo a lo que ya señalamos, las cuestiones de privación o recuperación de la patria potestad, salvo lo que enseguida indicaremos, habrán de ventilarse en juicio declarativo de mayor cuantía (art. 483, 3.º LECivil) y con intervención del Ministerio Fiscal (art. 2.º, 5.º del Estatuto y LOPJ, artículo citado).

3. Medidas de protección y cautelares

El art. 128 del Código civil dice: Mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor. Reclamada judicialmente la filiación, el Juez podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y en su caso adoptar las medidas de protección a que se refiere el párrafo anterior.

(64) V. art. 43 del Código penal.

V. Proyecto de Ley orgánica del Código penal, art. 60.

El art. 158 establece que el Juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Magistrado Fiscal, podrá adoptar una serie de medidas cautelares.

IV. OTRAS SITUACIONES DE INTERVENCIÓN JUDICIAL

En varios supuestos resulta necesaria la intervención judicial con arreglo a la Ley de 13 de mayo de 1981:

Aprobar que se dejen sin efecto las restricciones de exclusión de la patria potestad y demás tuitivas por determinación del representante legal del hijo (art. 111).

Aprobar el reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no pueden contraer matrimonio por razón de edad (65) (con audiencia del Ministerio Fiscal) (art. 121).

Aprobar la eficacia del reconocimiento de un menor o incapaz si no ha consentido expresamente su representante legal (con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido) (artículo 124).

Aprobar la determinación de la filiación cuando los progenitores del menor o incapaz fueran hermanos o consanguíneos, en línea recta, una vez determinada legalmente respecto de uno (con audiencia del Ministerio Fiscal) (art. 125).

Atribuir, en caso de desacuerdo y a petición de cualquiera de los padres, sin ulterior recurso, la facultad de decidir al padre o a la madre (art. 156) (66).

Cooperar al ejercicio de la patria potestad de un menor no emancipado, cuando no le asisten los padres o tutor, o en casos de desacuerdo (art. 157).

En relación con estas actuaciones judiciales podemos decir lo siguiente:

1.º) En todas ellas, puesto que la ley no marca el procedimiento a seguir, parece que debe buscarse el sistema procesal más adecuado que a nuestro juicio es el de los actos de jurisdicción voluntaria (v. arts. 1.811 y ss. de la LEC) con ciertas particularidades. El esquema del procedimiento debiera ser, en nuestra opinión, el siguiente: A) Recepción del escrito correspondiente; B) Audiencia de los inte-

(65) V. arts. 46 y 48 (Ley 30/1981, de 7 de julio, B.O.E. núm. 172, de 20 de julio de 1981).

(66) V. la continuación de este párrafo, en relación con los desacuerdos reiterados o cuando concurren causa o causas que entorpezcan gravemente el ejercicio de la patria potestad.

resados; C) Práctica de prueba, de oficio o a instancia de parte; D) Audiencia del Fiscal (v. art. 1.815 LECivil); E) Auto resolutorio, y F) Recurso (v. art. 1.819; v. Ley 10/1968 de 20 de junio).

2.º) La Ley unas veces se refiere a la audiencia del Fiscal y otras no. Por aplicación de las normas generales (Estatuto Ministerio Fiscal) creemos —con las observaciones ya anticipadamente expuestas— que debe intervenir siempre con la finalidad de coadyuvar con la Autoridad judicial, a la defensa del menor o incapacitado.

3.º) Como la Ley a veces (art. 156) excluye expresamente el recurso, parece que en los demás casos hay que aceptar su existencia con arreglo a las normas generales de la LECivil.

4.º) La existencia de contención no implica necesariamente que el acto de jurisdicción voluntaria no continúa manteniendo su propia naturaleza (67) y su tramitación normal. Parece claro que en todos los casos a los que nos venimos refiriendo es aplicable esta norma en el sentido de que aun existiendo posiciones contradictorias, el procedimiento debe continuar.

(67) GÓMEZ ORBANEJA, ob. cit., pág. 601.

**REFLEXIONES SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA
DEL JUICIO SUMARIO DE INCAPACITACION**

**Competencia funcional de las Audiencias Territoriales para
conocer de las apelaciones formuladas contra los autos dic-
tados en el juicio sumario de incapacitación**

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO:

I. Planteamiento del problema. — II. Naturaleza contenciosa del juicio sumario de incapacitación. — III. Competencia funcional de las Audiencias territoriales para conocer de las apelaciones que se formulen en el juicio sumario de incapacitación.

I. — PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Una reciente resolución de la Audiencia Provincial de Lérida, de fecha 22 de diciembre de 1981, al desestimar el incidente de nulidad de actuaciones encaminado a que se declarara incompetente funcionalmente para entender de la apelación del Auto que puso término al juicio sumario de incapacitación, plantea, una vez más, el debatido problema de la naturaleza jurídica, contenciosa o voluntaria, del juicio sumario de incapacitación, declarándolo acto de jurisdicción voluntaria, de naturaleza administrativa, con base en los siguientes fundamentos, que resumimos brevemente:

1.º "La declaración de incapacidad que regulan los arts. 213 y siguientes del Código civil y se materializa y concreta en el expediente sumario del art. 218 del mismo Cuerpo legal citado, es simplemente

un requisito necesario, no jurisdiccional, ya que podría ser muy bien administrativo, para poder someter a tutela a las personas mayores de edad enfermas o débiles mentales."

2.º "La declaración de incapacidad tiene como objeto y finalidad favorecer a la persona supuestamente incapaz, tanto si llega a la incapacidad, por existir la insania, otorgándole la tutela, institución de protección y guardia, como si se deniega, por haber sanidad."

3.º "No existe dualidad de partes: el enfermo no tiene, ni puede tener la posición de tal, sino solamente el de objeto de la investigación y de la declaración."

4.º "Tampoco empece al concepto de jurisdicción voluntaria el hecho de que la declaración de incapacidad sumaria o inmediata, pero definitiva, no provisional, si no se impugna, afecte al plano personal y trascendente de la capacidad de obrar, como la sentencia de 5 de mayo de 1949 estimó, para considerar como inmersa de lleno en el ámbito del procedimiento civil contencioso, puesto que declaraciones y decisiones no menos importantes, como pueden ser todas las relativas a las medidas provisionales respecto de la mujer casada, están recogidas como jurisdicción voluntaria; sin que desde luego su incardinación suponga definitivamente su definición y concepto."

5.º "Por último, decir que la declaración sumaria de incapacidad tiene naturaleza constitutiva, porque aunque declara un hecho ya existente (la enfermedad o incapacidad natural) le da por primera vez una significación jurídica, suprimiendo o limitando la capacidad de obrar adquirida al alcanzar la mayoría de edad y, por lo tanto, jurisdiccional y al margen de la jurisdicción voluntaria, no es aceptable desde el momento que sólo supone un presupuesto para el sometimiento a tutela del presunto incapaz, quien puede no estar de acuerdo, como el solicitante, y contender impugnando tal decisión, más administrativa que judicial, porque si no es con la finalidad del artículo 219 del Código civil, no se llega a comprender fácilmente, pues sería una redundancia inútil."

Personalmente estimamos que la vigente regulación del juicio sumario de incapacidad, en la forma como es aplicado en la práctica de los Tribunales, supone una manifiesta indefensión incompatible actualmente con el art. 24 de la Constitución. Creemos, no obstante, que el problema no es tanto de reforma legislativa, en todo caso necesaria, sino principalmente del desconocimiento dogmático de la distinción entre jurisdicción contenciosa y voluntaria de una parte, y de otra, de la función principalmente cautelar del juicio sumario de incapacidad, y que un correcto planteamiento de ambas cuestiones es susceptible de resolver la mayoría de los problemas suscitados en la práctica de los Tribunales.

Es muy significativo al respecto que el Auto transcrito de la Audiencia Provincial de Lérida advierta contra «el cúmulo de jurisprudencia contradictoria y doctrina fluctuante, que más que aclarar el tema lo ha venido a oscurecer»; y que los más recientes estudios sobre el proceso de incapacidad (FENECH, *La incapacidad del enfermo mental*, en «Revista de Derecho Procesal», 1979, pp. 475 y ss.,

y PÉREZ GORDO, *El juicio de incapacidad de las personas físicas*, en la propia «Revista», 1980, pp. 723 y ss.) lleguen incluso a conclusiones contradictorias entre ellos, tanto desde el punto de vista dogmático como del práctico.

Nos proponemos simplemente, mediante estas notas, dar cuenta de algunas observaciones que puedan contribuir a una mayor claridad del tema, sentando las bases de una nueva orientación doctrinal que permita superar la consideración del incapacitando como «objeto de la investigación y de la declaración», y evitar en lo sucesivo que la privación del derecho fundamental de toda persona pueda considerarse por los Tribunales de Justicia como «decisión más administrativa que judicial». No es nuestro propósito replantearnos la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, cuestión que abordamos más extensamente en anteriores trabajos (*Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, en «Estudios de Derecho Procesal», Barcelona, 1969, pp. 619 y ss., y *Naturaleza jurídica del expediente de suspensión de pagos*, en «Revista de Derecho Procesal», 1979, pp. 127 y ss.), a los que nos remitimos.

Las conclusiones a las que llegamos pueden resumirse en dos puntos que desarrollaremos en los próximos apartados:

a) El juicio sumario de incapacidad es un verdadero proceso contencioso, de carácter sumario y urgente, con dualidad necesaria de partes, cuya finalidad cautelar no ha sido procesalmente desarrollada por el legislador.

b) Independientemente de la naturaleza jurídica del juicio sumario de incapacidad, la competencia funcional para conocer de una eventual apelación contra el Auto que lo resuelve, corresponde siempre a la Audiencia Territorial.

II. — NATURALEZA CONTENCIOSA DEL JUICIO SUMARIO DE INCAPACITACIÓN

1. *Aparente contradicción entre la Ley de Enjuiciamiento civil y el Código civil*

El primer problema que se presenta al intérprete a la hora de determinar la naturaleza jurídica del proceso de incapacidad es el de averiguar las fuentes legales reguladoras de dicho proceso. De una parte nos encontramos con el art. 1.848 de la Ley Procesal que parece remitirse a un expediente de jurisdicción voluntaria: «Cuando la incapacidad por causa de demencia no resulte acreditada en sentencia firme, se acreditará sumariamente en un *antejuicio*, y se nombrará un curador ejemplar interino, reservando a las partes el

derecho que pueda asistirles en el juicio correspondiente.» De otra, el artículo 218 del Código civil, prevé que «la declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente», estableciendo los trámites que deben seguirse para efectuar dicha declaración sumaria y las personas legitimadas activa y pasivamente.

No debe extrañar, por tanto, que la práctica de los Tribunales se encuentre totalmente desorientada sobre el problema. La desorientación judicial es tanto más grave si tenemos en cuenta que de la decisión del proceso dependerá el futuro de una persona, que puede llegar a perder incluso sus derechos de tal. (GRANADOS, *El proceso de declaración de incapacidad. Conveniencia de que se unifiquen los criterios frente al vacío de normas procesales que sean adecuadas al trámite de la declaración de incapacidad*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1962, pp. 603 y ss., pone de manifiesto las perniciosas consecuencias derivadas de la ausencia de un claro criterio judicial.) En la práctica de los Tribunales podemos apreciar tres diversas soluciones:

a) Hay quienes entienden que debe prevalecer el art. 1.848 LEC, regulador del procedimiento, sobre los arts. 213 a 219 CC, de carácter sustantivo, y que, por consiguiente, la declaración de incapacidad debe efectuarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria.

b) Por el contrario, la doctrina más moderna estima que los arts. 213 a 219 LEC derogaron el art. 1.848 LEC, y que, por consiguiente, son dichos artículos los únicos que regulan un proceso de carácter contencioso especial y sumario.

c) No faltan Tribunales que sustentan una opinión intermedia. De no mediar oposición, la incapacidad es un acto de jurisdicción voluntaria. De existir oposición, ésta debe seguirse por el procedimiento de los incidentes, convirtiéndose el expediente en contencioso.

A mi modesto entender, el problema se ha complicado artificialmente, ya que no existe una verdadera contradicción entre el artículo 1.848 LEC y los 213 a 219 CC, que contemplan dos aspectos distintos de un único problema:

a) El Código Civil se preocupa por establecer el procedimiento a través del cual debe efectuarse la declaración de incapacidad, estableciendo que debe realizarse a través de un procedimiento sumario.

b) En cambio, la Ley de Enjuiciamiento Civil no regula la declaración de incapacidad, que debe ser efectuada en otro procedimiento (el procedimiento contencioso ordinario a que se refiere el art. 1.847 LEC, o el procedimiento contencioso sumario del art. 1.848

LEC), estableciendo únicamente la forma de proceder al nombramiento de tutor para el ya declarado incapacitado. Mientras pueden suscitarse «de iure condendo» dudas sobre el carácter contencioso o voluntario de la declaración de incapacidad, en cambio no cabe duda alguna de que el nombramiento de tutor es siempre un expediente de jurisdicción voluntaria. Sin que pueda afirmarse que dicho nombramiento tiene un carácter automático y lo efectúa el mismo Juez que decreta la incapacidad, ya que siempre será necesario arbitrar un procedimiento para la sustitución o remoción del tutor primeramente designado, procedimiento cuyo carácter de jurisdicción voluntaria es evidente.

Nuestra opinión es, por consiguiente, clara. No existe oposición entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan dos aspectos diversos de un único problema. Lo cual no impide que de existir cualquier oposición, el Código Civil, como ley posterior, derogaría los artículos contradictorios de la Ley Procesal, como ha derogado, por ejemplo, los arts. 1.849 a 1.851 LEC, incompatibles con el art. 220 CC.

El análisis de si el proceso regulado en los arts. 214 a 219 CC tiene naturaleza contenciosa o voluntaria, habrá que efectuarlo, por tanto, partiendo de otros principios.

2. *Trascendencia de la calificación del proceso de incapacidad como de jurisdicción voluntaria o contencioso*

Ante todo conviene anticiparse a la posible objeción en torno a la inutilidad de la colocación sistemática del proceso de incapacidad. Podría entenderse que, si los preceptos aplicables son los artículos 214 a 219 CC, es inútil calificarlos doctrinalmente, ya que la calificación no variará el procedimiento. Frente a dicha objeción, conviene aventurar que ello sería cierto si el procedimiento del Código Civil fuera completo, pero ante las lagunas que presenta forzoso es completarlo con las normas de la Ley Procesal, normas que son totalmente distintas según se considere al proceso de incapacidad contencioso o voluntario:

1.º Todos los días son hábiles, sin excepción (art. 1.812 LEC), para los actos de jurisdicción voluntaria, con importantes repercusiones en torno al cómputo de los plazos.

2.º Los documentos y justificaciones no precisan especiales formalidades en jurisdicción voluntaria (art. 1.816).

3.º La oposición de cualquier interesado impide la continuación del procedimiento, que debe volver a iniciarse por los trámites del proceso contencioso (art. 1.817).

4.º Las resoluciones no definitivas pueden modificarse por el Juez (art. 1.818).

5.º La parte instante es la dueña del expediente, que puede, si lo desea, desistir, y es la única que puede proponer apelaciones en ambos efectos, mientras los restantes comparecidos sólo pueden formularlas en un solo efecto (art. 1.820).

6.º La sustanciación de la apelación sigue en la jurisdicción voluntaria los trámites de los incidentes (art. 1.821).

7.º La apelación de los actos de jurisdicción voluntaria se tramita ante la Audiencia Provincial (art. 1, Ley 20 junio 1968), mientras la apelación de los procesos contenciosos competencia de los Juzgados de Primera Instancia corresponde a la Audiencia Territorial.

La inseguridad denunciada por la doctrina deriva precisamente de dichas diferencias de regulación entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa, que obligan a resolver previamente el problema de la naturaleza jurídica antes de entrar en cualquier tema relacionado con el procedimiento.

3. *La doctrina procesal más moderna se pronuncia, predominantemente, por el carácter contencioso del proceso de incapacitación*

Desde el importante trabajo de DE LA PLAZA (*El régimen procesal de la declaración de incapacidad*, en «Revista de Derecho Privado», 1946, pp. 897 y ss.) la casi totalidad de la doctrina procesal española se pronuncia por el carácter contencioso del proceso de incapacitación. Podríamos citar al respecto a PRIETO CASTRO (*Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1969, 2.º, p. 152: «Proceso ordenado según el patrón de la contenciosidad»), GÓMEZ ORBANEJA (*Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1976, II, p. 125: «Es un acto propiamente jurisdiccional que exige, por tanto, un proceso»), y GUASP (*Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1968, II, p. 413: «*El proceso de incapacitación es un verdadero proceso de partes*»), entre otros muchos.

Dos de los trabajos más recientes sobre el tema inciden en su carácter contencioso, si bien, anticipando una eventual reforma legislativa, estiman, siguiendo mis explicaciones de cátedra, que debería regularse como una verdadera medida cautelar:

a) RAMOS MÉNDEZ (*Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1980, p. 787) considera que «los principios que rigen este tipo de juicios corresponden más adecuadamente a la jurisdicción contenciosa» y que «dentro de la jurisdicción contenciosa, la declaración sumaria de incapacidad hay que considerarla como un juicio especial autónomo»,

«siendo válido el esquema de la medida cautelar para explicar el ámbito de la declaración sumaria de incapacidad».

b) PÉREZ GORDO (*El juicio de incapacitación de las personas físicas*, en «Revista de Derecho Procesal», 1980, p. 746) sostiene, igualmente, que «no es un expediente de jurisdicción voluntaria, ni un juicio incidental, sino un juicio especial para la declaración sumaria de incapacidad», y parte también de la noción de medida cautelar: «Proclamamos la necesidad de que se reformen los arts. 215 a 218 CC para hacer necesario el juicio ordinario para confirmar la medida cautelar sumaria» (p. 765).

4. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de mayo de 1949, se pronunció resueltamente en torno al carácter contencioso del proceso de incapacitación*

Aun cuando, como examinaremos más adelante, quepa a nuestro entender, recurso de casación contra el Auto que termina el juicio sumario de incapacitación, no lo ha entendido así el Tribunal Supremo quien, en reiteradas resoluciones (24 marzo 1930, 27 abril 1932, 5 diciembre 1945 y 11 junio 1980), ha estimado que dichas resoluciones no eran definitivas al proceder contra ellas un juicio ordinario (art. 219 CC) e inadmitido el recurso de casación por infracción de ley, sin tener en cuenta que lo mismo ocurre en el proceso similar de alimentos provisionales.

La ausencia del criterio nomofiláctico del Tribunal Supremo ha sido, en parte, causante de la desorientación práctica reinante sobre el juicio de incapacitación. No obstante lo cual una interesante sentencia de 5 mayo 1949 resolviendo una cuestión de competencia se pronuncia abiertamente por el carácter contencioso del juicio sumario de incapacitación:

«La llamada jurisdicción voluntaria no extiende su esfera de acción a los procedimientos en que se solicita la declaración de incapacidad de una persona para administrar sus bienes, porque tal pretensión no se traduce en mera constatación de actos "inter volentes", sino que implica ejercicio en su resolución del "ius dicere" como controversia judicial entre partes conocidas y determinadas, que entra dentro del ámbito del procedimiento civil contencioso o jurisdiccional "stricto sensu", según se infiere de los términos en que están concebidos los arts. 481, 483, 3.º, 1.811 y 1.873 LEC.»

Dicha sentencia aclara que las normas de los arts. 1.847 y 1.848 han sido modificadas por el Código Civil, pero que incluso la declaración sumaria de incapacidad efectuada en antejuicio «habrá de ser de naturaleza contenciosa por la índole de la resolución que re-

quiere, definidora de la situación jurídica de capacidad o incapacidad sometida a decisión judicial».

5. *El Proyecto de Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece el juicio de menor cuantía como el adecuado para la declaración de incapacidad, si bien con anterioridad al juicio cabe una medida cautelar de internamiento del incapacitando*

Con el deseo de adaptar la centenaria Ley de Enjuiciamiento Civil a las necesidades presentes conservando su estructura profundamente arraigada en la tradición jurídica española, los profesores de Derecho Procesal de las varias Universidades españolas celebramos, durante los años 1971 a 1973, periódicas reuniones de las que surgió un Proyecto articulado de Ley de Enjuiciamiento Civil, publicado por la Editorial Técnos (Madrid, 1974, tomo II), que reflejaba la concordancia de aspiración de los procesalistas españoles.

En dicho Proyecto, tras advertir «la gran confusión y variedad procedimental en la práctica, con grave daño de la igualdad de las personas y de la seguridad jurídica», y al objeto de «remediar este grave mal, que consideramos bastante para hacer perder crédito a un sistema procesal» (p. 142), se regulaban en los artículos 622 a 631 los «juicios sobre declaración de incapacidad y de reintegración de la capacidad», que, en cuanto interesan a este trabajo, partían de los siguientes principios:

1.º «Para la declaración de incapacidad se seguirán los trámites del juicio de menor cuantía, con las especialidades que se expresan en el artículo siguiente» (art. 626).

2.º No obstante, «antes o durante la sustanciación del juicio sobre declaración de incapacidad, el Tribunal podrá ordenar, a petición de parte o del Ministerio Fiscal, el internamiento provisional del incapacitando en un establecimiento adecuado, previo informe urgente del facultativo médico que proponga el solicitante, en su caso, del que hubiera asistido anteriormente el presunto enfermo y del médico forense», si bien «la medida de internamiento ordenada antes de presentarse la demanda quedará sin efecto, si no se interpusiere éste dentro de los diez días siguientes al de la realización de dicho internamiento» (art. 625).

6. *Necesidades prácticas que debe proteger el proceso de incapacitación*

Por poco que se reflexione sobre los anteriores puntos podemos comprender que la regulación del Código Civil no es tan imperfecta

como a simple vista parece, sino que más bien existe una mala comprensión teórica del fenómeno procesal por los redactores del Código Civil, que sí acertaron en el diagnóstico de las necesidades prácticas del proceso de incapacitación, omitieron el instrumento técnico adecuado para la resolución de dichas necesidades: la medida cautelar.

En efecto, las necesidades prácticas que debe satisfacer el proceso de incapacitación podemos centrarlas en los siguientes puntos:

a) El juicio de incapacitación, en cuanto es susceptible de privar a una persona de su atributo más esencial: la propia personalidad, debe estar revestido de las máximas garantías.

b) Ello no obstante, la regulación positiva de la incapacitación está pensada no sólo en beneficio de la sociedad, sino principalmente en beneficio del propio incapaz, que curiosamente es, a la vez, objeto y parte del proceso.

c) De ahí que la incapacitación debe hacerse en forma rápida. Habida cuenta que toda persona es capaz mientras no se declare su incapacidad, y dicha incapacidad no puede declararse en forma alguna «ex tunc», sino sólo «ex nunc», para proteger los derechos de las terceras personas que han contratado con el luego declarado incapaz se estima imprescindible que la incapacitación se declare a la mayor brevedad posible. Un retraso en la incapacitación derivado de la propia duración del proceso puede originar perjuicios irreparables.

d) Por otra parte, teniendo en cuenta que el incapacitando es capaz mientras no se dicte resolución, no cabe duda alguna sobre su condición de parte, que, como tal, está doblemente y en forma contradictoria interesada en el proceso. Si es capaz, le interesa oponerse con todas sus fuerzas a una declaración de incapacidad que supondrá su muerte civil. Por el contrario, si es incapaz, es el principal interesado en que se efectúe rápidamente su declaración de incapacidad. El drama es que su capacidad o incapacidad sólo se conocerá a través del proceso y al término del mismo, e incluso existen posibilidades de error en la sentencia final... En todo caso, basta la posibilidad de que sea capaz, para que deba ser admitido como parte con todas sus consecuencias.

e) Lo cual no excluye que, para evitar los perjuicios que pudieran derivarse de la defensa efectuada por un incapaz, sea absolutamente necesaria la presencia del Ministerio Fiscal, que interviene en el proceso en su condición de representante imparcial del posible incapaz, de no haber comparecido éste personalmente.

7. *Ventajas de regular el proceso de incapacitación como proceso ordinario contencioso, precedido de una medida cautelar adoptada sumariamente*

Las anteriores consideraciones nos orientan hacia una posible solución. La medida definitiva de incapacitación sólo puede ser declarada en un juicio declarativo ordinario, dotado de las máximas garantías, con amplias facultades inquisitivas del Juez e intervención del Ministerio Fiscal. Igualmente la modificación de la incapacitación por hechos posteriores requiere igualmente un juicio declarativo ordinario de idénticas características.

Ello no obstante, no basta con hacer las cosas *bien*, sino que hay que hacerlas *pronto*. La conciliación entre la justicia y la rapidez se consigue precisamente mediante las medidas cautelares que permiten anticipar algunos de los efectos de la sentencia, pero que carecen de sustantividad por sí mismas sin referencia a un proceso principal, que diviene siempre necesario. Creemos que es por este camino por el que pueden conjugarse las necesidades prácticas y las exigencias teóricas.

Con anterioridad o en el curso del proceso contencioso de incapacitación, cualquiera de las partes puede pretender, con carácter temporal e instrumental respecto del proceso (SERRA DOMÍNGUEZ, *Las medidas cautelares*, Barcelona, 1974) que se declare la incapacitación, o que se reintegre la capacidad a la persona sujeta a proceso. Dicha medida cautelar deberá adoptarse sumariamente, en procedimiento urgente, y podrá revocarse constantemente a lo largo del proceso principal. Para decretarla, será necesario, habida cuenta la imposibilidad de acreditar documentalmente la insanidad, que se establezca un incidente en el cual acreditada «prima facie» la posible insanidad de la persona, el Juez pueda decretar «cauteladamente», y por toda la duración del proceso, su falta de capacidad.

Dicha declaración tendría todas las características de las medidas cautelares. Sería instrumental y dependiente de un proceso principal, cuyas vicisitudes le afectarían. Sería limitada temporalmente, sin pretensiones de definitividad. Y podría ser fácilmente graduada, según las circunstancias, anticipando bien todos, bien sólo algunos, de los efectos de la futura declaración de incapacidad.

Creemos que la configuración del juicio de incapacitación como un juicio ordinario acompañado de una medida cautelar acreditada sumariamente, permite resolver todas y cada una de las dudas existentes actualmente en la doctrina y en la práctica. Y curiosamente esta configuración dogmática es la actualmente establecida en nuestro derecho positivo, con una sola modificación: el establecimiento

de un plazo preclusivo para la interposición de la demanda del juicio ordinario, que pasaría a ser necesario, en lugar de eventual como ocurre en la actualidad.

En efecto, bastaría simplemente con modificar el art. 219 CC, redactándolo, por ejemplo, en los siguientes términos: «La declaración sumaria de incapacidad deberá ser ratificada en juicio ordinario, quedando sin efecto de no formularse la oportuna demanda en el plazo de treinta días», para que quedaran resueltos todos los problemas planteados en la práctica y completada la regulación legal del Código Civil:

a) La sumariedad típica de las medidas cautelares estaría recogida en el art. 218 CC.

b) El «fumus boni iuris» quedaría integrado por la audiencia del Consejo de familia, el examen del presunto incapaz y los dictámenes médicos que deberían ser siempre necesarios.

c) La «instrumentalidad» y «temporalidad» harían referencia al proceso principal, necesario, cuyas vicisitudes modificarían la medida cautelar.

d) Dado el carácter esencialmente revocable de las medidas cautelares, cualquier modificación de circunstancias pendiente el proceso, acarrearía la modificación de la medida cautelar.

e) Al implicar la medida cautelar un proceso paralelo con notas comunes, pero con presupuestos distintos a los del proceso principal, cabría formular recurso de apelación directamente contra el auto decretando la medida cautelar, sin paralizar ni afectar por ello al proceso principal.

f) Al tener carácter voluntario la medida cautelar, sólo se solicitaría y adoptaría cuando existieran motivos suficientes para ello. La necesaria intervención en el proceso del Ministerio Fiscal, posibilitaría que éste solicitara la medida cautelar cuando ninguna de las partes la hubiera pedido.

g) El proceso de reintegración de la capacidad tendría lugar únicamente a través del juicio declarativo ordinario, pero con posibilidades de solicitar la medida cautelar de reintegración, total o parcial, de la capacidad, supeditada al resultado del proceso.

h) La capacidad o incapacidad no quedaría en absoluto indeterminada. Únicamente durante la duración del proceso existiría una incapacidad temporal. Pero al dictarse sentencia definitiva, se efectuaría una declaración con plena eficacia de cosa juzgada. Sólo por variaciones posteriores podría pedirse la reintegración de la capacidad que no atentaría a la cosa juzgada, por fundarse en hechos no juzgados en la primera sentencia.

i) Evidentemente, el presunto incapaz sería plenamente parte, tanto en la medida cautelar como en el proceso principal. En ambos actuaría como parte demandada, sin precisar la actual incongruencia de que el declarado incapaz sumariamente debe formular demanda pidiendo la revocación de la incapacidad, y mucho menos el absurdo de la autorización especial del Consejo de familia, que, de hecho, puede conducir al incapacitado fraudulentamente a la mayor indefensión.

8. *En todo caso, bien como medida cautelar, bien como proceso especial autónomo, el proceso de incapacitación tiene carácter contencioso*

Esta conclusión se desprende nítida de lo expuesto en los anteriores apartados. Si la imperfecta regulación legal deriva de haber regulado como proceso contencioso, lo que debió serlo como medida cautelar de dicho proceso contencioso, resulta manifiesto que siempre y en todo caso debe existir un proceso contencioso para privar a una persona de su posible capacidad.

Sobre el particular es terminante el art. 483, 3.º LEC que al establecer que deben decidirse en juicio ordinario de mayor cuantía las demandas «sobre interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas», establece la más clara definición del carácter contencioso de la declaración de incapacidad.

Tanto es así que juzgamos, como PÉREZ GORDO (ob. cit., p. 673), que una opinión contraria debería estimarse inconstitucional, por contraria al art. 24 de la Constitución: «Todos tienen derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión». Pues bien, tanto de estimarse aplicable el expediente de jurisdicción voluntaria, en la que el incapacitando no puede defenderse; cuanto de mantenerse la actual regulación del Código Civil sin acentuar su carácter de medida cautelar, impidiendo, de hecho, la defensa del incapacitado sumariamente en un juicio declarativo posterior que puede no existir; se produce una notoria infracción del art. 24 de la Constitución, que impide la consideración, como vigente, de la naturaleza de jurisdicción voluntaria del proceso de incapacitación.

9. *Graves inconvenientes prácticos derivados de considerar como jurisdicción voluntaria el juicio sumario de incapacitación*

El principal obstáculo debe encontrarse en la propia naturaleza de la jurisdicción voluntaria, en la que al no existir partes contra-

puestas, el instante adquiere una autonomía y un poder dispositivo sobre el expediente incompatible con los intereses esenciales debatidos en el proceso de incapacitación. De este postulado esencial resultan una serie de consecuencias que podríamos resumir en los siguientes puntos:

a) Declarada la incapacitación, el incapacitado es ya definitivamente incapaz, sin necesidad de ulterior proceso, cuyo planteamiento por el propio incapacitado se revela problemático.

b) Repugna que una condición esencial de la persona humana, como la capacidad, pueda ser despachada «sumariamente», pero con pretensiones de perdurabilidad. Permitir una variación indefinida de la capacidad o incapacidad de la persona, supone atender, contra uno de los principales postulados jurídicos: la seguridad y certeza de las relaciones jurídicas, principalmente cuando hace referencia al propio sujeto de dichas relaciones: la persona humana. La revocabilidad inherente a la jurisdicción voluntaria es incompatible con la importancia de la declaración de incapacidad. Esta puede ser modificada ciertamente, pero sólo por hechos posteriores. La persona declarada incapaz lo es desde dicho momento, sin perjuicio de que luego recobre la capacidad o viceversa. Únicamente en un proceso contencioso puede obtenerse la certeza inherente a la declaración de capacidad o incapacidad.

c) Por otra parte resulta contradictorio que una única cuestión pueda ser resuelta primero en expediente de jurisdicción voluntaria, y a continuación en un juicio ordinario contencioso. Máxime cuando el art. 1.817 LEC prevé que «de existir oposición se hará contencioso el expediente», lo que obligaría a suspender el expediente de jurisdicción voluntaria de incapacitación tan pronto mediara la oposición de cualquiera interesado, para acudir a un juicio contencioso que sería el declarativo ordinario de mayor cuantía, con lo que el art. 219 CC quedaría privado de sentido. La práctica usual de seguir en este supuesto el trámite de los incidentes, para a continuación seguir un segundo proceso ordinario, carece de la menor justificación, y no desnaturaliza la naturaleza contenciosa del expediente.

d) Pero es que, además, la posición del incapacitando varía sensiblemente de estimarse que estamos ante un expediente de jurisdicción voluntaria o ante un proceso contencioso. En el primer caso no es parte, sino simple interesado, y además sujeto a la sospecha inherente a su condición de incapacidad alegada. Puede seguirse el proceso sin darle más intervención que la mera audiencia, pero sin estar asistido de Abogado, lo que puede implicar una absoluta indefensión. En el segundo es realmente parte, debe dársele traslado de

la demanda de incapacitación, y puede comparecer y formular oposición con intervención de Abogado que le asesore. Considerar el proceso de incapacitación como expediente de jurisdicción voluntaria equivale a admitir la indefensión del incapacitando, precisamente en su atributo más importante.

10. *Los arts. 214 a 219 del Código Civil regulan un verdadero proceso sumario contencioso en el que pueden apreciarse los trámites de alegaciones, prueba y sentencia*

Completando las normas del art. 214 a 219 CC con las normas generales de la jurisdicción contenciosa surge un proceso acelerado sumario de contenido prefijado, pero con el grave inconveniente de indeterminación de plazos, en el que pueden observarse las etapas básicas de todo proceso contencioso:

a) Período de alegaciones, integrado por la demanda de cónyuge, parientes o Ministerio Fiscal (art. 214 CC); y por la defensa del presunto incapaz, asumida bien por él mismo, bien por el Ministerio Fiscal (art. 215 CC).

b) Período probatorio, integrado por la audiencia del Consejo de familia y por el examen del incapacitando (art. 216 CC), como mínimo, lo que no excluye la práctica de otras diligencias probatorias sumarias, tales como aportación documental y dictamen del médico forense.

c) Resolución judicial que pone término al expediente, y que, debido a su sumariedad, no impide que pueda proponerse juicio ordinario posterior, por el cauce del mayor cuantía, sobre la misma cuestión (art. 219 CC).

Las deficiencias del sistema expuesto pueden centrarse en dos puntos:

a) Ausencia de plazos preclusivos, que debieran haber sido fijados por la Ley Procesal. Obsérvese que tampoco el art. 1.848 LEC contiene plazo alguno al respecto.

b) Eventualidad del juicio ordinario posterior, que determina que en la práctica puede privarse a una persona de su capacidad en un proceso sumario sin suficientes garantías, lo que a nuestro entender implica una manifiesta inconstitucionalidad, que sólo podría ser corregida «de iure condendo» mediante una modificación del art. 219 CC, tendente a convertir siempre en necesario el juicio ordinario posterior, que debería iniciarse dentro de un plazo determinado, con lo que el proceso sumario del art. 219 CC constituiría, en realidad, una medida cautelar.

Conviene observar que dichos inconvenientes se derivan exclusivamente de la confianza del legislador civil en una eventual modificación, no producida aún, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El argumento definitivo a favor del carácter contencioso del juicio de incapacitación lo proporciona la necesaria intervención en el proceso del Ministerio Fiscal, que integra precisamente el contradictorio, proporcionando al juicio de incapacitación un carácter dialéctico del que sin su intervención podría carecer, integración que constituye precisamente el fundamento dogmático de la existencia del Ministerio Fiscal (ver, SERRA DOMÍNGUEZ, *El Ministerio Fiscal*, en «Revista de Derecho Procesal», 1979, p. 618: «Cuando la voluntad de los interesados no sea jurídicamente susceptible de concretarse en la norma jurídica principal la intervención del Ministerio Fiscal queda justificada como único medio de preservar la legalidad y conseguir el funcionamiento del proceso bajo el principio de controversia»).

Dicho carácter integrador del contradictorio, tendente a completar la necesaria dualidad de partes en el juicio de incapacitación, que a su vez asegura una mayor corrección en la resolución judicial, que se sitúa en el justo centro de dos posiciones jurídicas contrapuestas, está claramente delineado en el art. 215 del Código Civil:

a) El Ministerio Fiscal actúa como solicitante de la incapacitación «cuando no exista ninguna de las personas legitimadas activamente, o cuando no hicieren uso de la facultad que les concede», y «cuando el cónyuge y los herederos del presunto incapaz sean menores o carezcan de la personalidad necesaria para comparecer en juicio».

b) El incapaz no sólo es considerado como parte, debiendo ser llamado al juicio, sino que además el citado artículo considera *necesaria* su presencia, sin que pueda seguirse el juicio en su rebeldía. Para asegurar la necesidad de su presencia y defensa efectiva, el propio artículo arbitra varios medios:

a') El incapacitando puede defenderse por sí mismo.

b') El Ministerio Fiscal, cuando no sea parte demandante, «será defensor» del incapacitando.

c') Cuando el Ministerio Fiscal haya pedido la incapacitación, «los Tribunales nombrarán defensor al presunto incapaz que no quiera o no pueda defenderse».

En resumen: Si el juicio sumario de incapacitación reúne todas las notas distintivas del proceso contencioso; si la propia ley establece una dualidad de partes con carácter necesario, sin que pueda efectuarse la declaración de incapacidad sin audiencia y defensa del incapacitando; y si además, la oposición del incapacitado no altera

la tramitación del procedimiento; no deberían existir dudas a la hora de configurar el proceso de los arts. 214 a 219 del Código Civil como un verdadero proceso contencioso.

III.— COMPETENCIA FUNCIONAL DE LAS AUDIENCIAS TERRITORIALES PARA CONOCER DE LAS APELACIONES QUE SE FORMULEN EN EL JUICIO SUMARIO DE INCAPACITACIÓN

1. *Conveniencia práctica de admitir recursos de apelación en el juicio sumario de incapacitación*

La doctrina procesal discrepa sobre la admisibilidad del recurso de apelación contra el auto que ponga término al juicio sumario de incapacitación:

a) Un importante sector doctrinal (GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal* cit., p. 126; y RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal* cit., p. 789) entienden que «la única impugnación posible es la de proponer el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía», «siendo inimpugnabile en el propio procedimiento mediante recursos».

b) Por el contrario, GUASP (*Derecho procesal* cit., p. 418) advierte que «en el ámbito del Derecho procesal es importante señalar que la decisión del proceso de incapacitación no es inmediatamente firme. Pues la resolución del Juez de primera instancia es susceptible de apelación, en forma normal, ante la Audiencia».

El problema es realmente interesante, y estimamos que, dada la imperfecta dicción del art. 219 del Código Civil, caben en principio ambas soluciones. No obstante, nos inclinamos personalmente por la segunda, advirtiendo que:

1.º «De iure condendo», de regularse el procedimiento sumario de los arts. 213 a 219 como medida cautelar, procedería recurso de apelación en un sólo efecto.

2.º «De iure condito» estimamos que la admisibilidad del recurso de apelación se apoya tanto en la disposición general del art. 382 LEC, aplicable tanto a la jurisdicción contenciosa como a la voluntaria, cuanto en la excesiva duración del juicio ordinario de mayor cuantía, que podría sumir en la mayor indefensión al incapacitado que debería esperar un mínimo de cinco o seis años para obtener la revocación de una resolución de incapacidad errónea.

2. *La Audiencia Territorial es, en principio, la competente para conocer de todo tipo de apelaciones contra las resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia, de no estar concedida expresamente competencia funcional a la Audiencia Provincial*

Tal conclusión resulta manifiesta del artículo 275, 6.º de la Ley Orgánica el Poder Judicial: «Corresponderá a las Salas de lo Civil de las Audiencias Territoriales conocer, en segunda instancia, de los juicios y de los negocios civiles de que hubieren conocido en primera los Tribunales de partido de su territorio.»

Evidentemente, este claro sistema ha sido perturbado por la Ley de 20 de junio de 1960, que en determinados casos atribuye expresamente competencia funcional a las Audiencias Provinciales para conocer de apelaciones frente a las resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia. Pero la propia exégesis de dicho precepto nos demuestra que:

a) Las Audiencias Provinciales siguen siendo órganos de naturaleza primordialmente penal, que tienen confiadas residualmente algunas funciones civiles.

b) Dichas funciones civiles se limitan a los asuntos de menor trascendencia económica, como los interdictos y los procedimientos del art. 41 de la Ley Hipotecaria. Significativo es que en los juicios ejecutivos la competencia funcional de la Audiencia Provincial tenga el mismo límite cuantitativo que el de los Juzgados de Distrito: 50.000,— pesetas.

c) Por consiguiente, cualquier duda que pueda existir sobre la competencia funcional de la Audiencia Provincial frente a la de la Audiencia Territorial, debería resolverse en favor de esta última, en aplicación además del principio del art. 82 LEC.

3. *Al no hallarse regulado el proceso de incapacitación por la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino por el Código Civil, sea cual fuere su naturaleza jurídica, contenciosa o voluntaria, la sentencia dictada en primera instancia es apelable ante la Audiencia Territorial*

La competencia de las Audiencias Provinciales para conocer de las apelaciones en materia de jurisdicción voluntaria está limitada por partida doble:

a) Sólo pueden conocer de las apelaciones «en los actos de jurisdicción voluntaria contenidos en el libro tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil». La consecuencia es muy clara. Como sea que mu-

chos actos de jurisdicción voluntaria: por ejemplo, el abintestato, la testamentaria, y actualmente el proceso voluntario de separación o divorcio (Disposición Adicional 5.ª, Ley 30/81) no están regulados en el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino en el Libro II, o incluso en el Código Civil, la competencia funcional no corresponde a la Audiencia Provincial, sino a la Audiencia Territorial. De hecho así lo ha entendido la Disposición Adicional 6.ª citada en su Regla 10.ª, «contra la sentencia podrá interponer recurso de apelación ante la Sala *de lo Civil* de la Audiencia respectiva, en el plazo de cinco días».

b) Sólo pueden conocer de tales apelaciones «cuando proceda».

Resulta evidente que en el proceso de incapacitación no concurre ninguna de ambas circunstancias:

a) El proceso sumario de incapacitación se encuentra regulado en los arts. 214 y siguientes del Código Civil, que no hacen referencia alguna a preceptos procesales de la jurisdicción voluntaria. No es preciso acudir a precepto alguno del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil para integrar dichos preceptos, bastando simplemente con los contenidos en el Libro I de la propia Ley. La consecuencia es clara: al no ser aplicable el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni en sus disposiciones generales, ni en sus procedimientos concretos, la Audiencia Provincial carece de toda competencia funcional para conocer de la segunda instancia del proceso.

b) Pero es que además existen múltiples argumentos para demostrar la «absoluta improcedencia» de que la Audiencia Provincial conozca de la segunda instancia, sin necesidad de entrar en el problema exquisitamente jurídico de la naturaleza jurídica del procedimiento:

1.º Si la Audiencia Provincial conoce exclusivamente de las apelaciones civiles más sencillas, no existe justificación para que pueda determinar el futuro de una persona. Quien no puede declarar más allá de condenas económicas de cincuenta mil pesetas, mal puede incapacitar a una persona para regir su conducta sucesiva.

2.º El art. 483, 3.º LEC al establecer el juicio más importante de la Ley, expresión del «solemnis ordo iudicarium» romano, el juicio ordinario de mayor cuantía, para los procesos de «interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas», excluye expresamente cualquier equiparación, en la segunda instancia del juicio de incapacitación, con los juicios de cuantía inferior a cincuenta mil pesetas, para los que la Audiencia Provincial tiene competencia funcional.

3.º Resulta contrario a todo sistema que si la Audiencia Territorial es indiscutiblemente competente para conocer de la apelación que se dicta en el juicio ordinario de incapacitación, no lo sea para conocer de la apelación en el juicio sumario de incapacitación. Se oponen a dicha falta de simetría tres importantes razones:

a') El artículo 55 LEC al disponer que los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito la tendrán también para todas sus incidencias. Si la Audiencia Territorial tiene competencia funcional para entender de la segunda instancia del proceso ordinario de incapacitación, forzadamente debe tenerla también para conocer de la incidencia previa que es el proceso sumario.

b') No existe en nuestro Derecho positivo precepto alguno en el ámbito civil que permita una impugnación frente a la Audiencia Territorial de resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial. Si la Audiencia Provincial fuera competente funcionalmente para conocer de la segunda instancia del juicio sumario de incapacitación, se daría la paradoja de que la resolución de la Audiencia Provincial sería impugnable ante un Juzgado de Primera Instancia, y a continuación ante la Audiencia Territorial.

c') Por último, resulta ilógico que si la Audiencia Territorial es, en definitiva, la que debe pronunciarse sobre el proceso de incapacitación, no conozca también del proceso sumario anterior. La competencia funcional de la Audiencia Provincial devendría prácticamente inútil, ante la posibilidad de que la Audiencia Territorial rectificara el criterio de la Audiencia Provincial.

4. *La estructura del juicio sumario de incapacitación, similar en su relación con el ulterior juicio definitivo al juicio de alimentos provisionales, aconseja igualmente que sea la Audiencia Territorial la que conozca de la segunda instancia de ambos procesos*

El fenómeno anómalo de división del juicio jurisdiccional en dos procesos diversos, pero con contenido similar, propio del juicio de incapacitación, aparece igualmente en el juicio de alimentos provisionales: frente a los alimentos provisionales del art. 1.609 LEC, que se declaran *sumariamente*, pero en juicio contradictorio, aparecen los alimentos definitivos del art. 1.617 LEC, que se deciden en *juicio plenario*.

En este sentido, tanto el juicio sumario de incapacitación, cuanto el juicio de alimentos provisionales, se revelan como procesos extravagantes dentro de nuestro derecho positivo, que ofrecen grandes dificultades, tanto sistemáticas, situación dentro de la jurisdicción voluntaria o de la contenciosa, cuanto dogmáticas, en orden a la producción de cosa juzgada en la etapa sumaria, cuanto, por último, de índole práctica: ámbito del ulterior juicio plenario en relación con el sumario anterior; problemas todos ellos cuya envergadura excede los límites de este trabajo.

Conviene, no obstante, destacar que probablemente dichas anomalías responden a un mismo defecto legislativo: no haber regulado como cautelares ambos procesos sumarios; y que en ambos la segunda instancia corresponde a las Audiencias Territoriales. Ni siquiera la Ley de 20 de junio de 1968 se ha atrevido a atribuir a las Audiencias Provinciales competencia funcional para entender de la segunda instancia del juicio de alimentos provisionales; lo que demuestra palmariamente que, incluso sin necesidad de entrar en la discusión del carácter contencioso o voluntario del proceso de incapacitación, corresponde siempre a las Audiencias Territoriales el conocimiento de las apelaciones que se formulen en dichos procesos. Criterio éste que, además, es el corrientemente seguido en la práctica de los Tribunales, de la que es claro ejemplo la sentencia de la Sala 1.ª de la Audiencia Territorial de Barcelona de 14 de mayo de 1979, y que deviene indiscutible si, como entendemos, el juicio sumario de incapacitación tiene naturaleza contenciosa.

La analogía existente entre el juicio de alimentos provisionales y el juicio sumario de incapacitación debería permitir que el Auto dictado por la Audiencia Territorial pudiera ser recurrido en casación ante el Tribunal Supremo, tanto por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 1.694, 3.º LEC, cuanto incluso por infracción de ley. Aun cuando la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo estime inadmisibles el recurso de casación por infracción de ley, creemos aplicable la regla 3.ª del art. 1.690 LEC que al considerar definitiva la sentencia dictada en el juicio de alimentos provisionales, faculta implícitamente el recurso de casación por infracción de ley contra el Auto dictado en el juicio sumario de incapacitación. Siendo posterior la regulación del Código Civil a dicho artículo 1.690, y existiendo los mismos motivos que motivaron la regla 3.ª de dicho artículo, estimamos que el Tribunal Supremo debería admitir el recurso de casación, incluso por infracción de ley, contra el Auto que pusiera término al juicio sumario de incapacitación.

NOTAS

LA DEUDA EN DIVISA EXTRANJERA Y EL JUICIO EJECUTIVO

(Comentario al auto del Juzgado de Primera Instancia
núm. 21 de Madrid, de 23 de octubre de 1981)

VALENTÍN CORTÉS
Catedrático de Derecho Procesal

1. — Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Madrid, un importante grupo de bancos americanos presentó demanda ejecutiva contra una sociedad española en reclamación de *19.618.687,5 dólares americanos*.

El Juez, con fecha 23 de octubre de 1981, dicta un auto denegando el despacho de ejecución, que por su importancia recogemos a continuación:

“Dada cuenta: repartidos a este Juzgado el anterior escrito y documentos, se tiene por parte a las sociedades... y, en su nombre y representación al Procurador D. Juan Luis Pérez-Mulet y Suárez, con el que se entenderán las sucesivas diligencias, devuélvanse las escrituras de mandato previo testimonio por fotocopia en autos.

RESULTANDO: que el Procurador expresado, en la representación a que se acredita, por el anterior escrito deduce demanda ejecutiva contra, con domicilio en Madrid, calle, en reclamación de DIECIOCHO MILLONES DE DOLARES USA, por principal, más UN MILLON SEISCIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE DOLARES USA, CON CINCUENTA CENTAVOS, es decir, en junto DIECINUEVE MILLONES SEISCIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE DOLARES USA, CON CINCUENTA CENTAVOS al día de la redacción de la demanda, quince de octubre, actual, y que equivale, de acuerdo con su contravalor comprador —según cotización del Banco de España aparecido en el Boletín Oficial del Estado del mismo día quince y que se acompaña con la demanda a MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES CIENTO NUEVE MIL CUATROCIENTAS SESENTA Y UNA PESETAS CON TREINTA Y SEIS CENTIMOS, aplicando al cambio

comprador de 94,861 pesetas por dólar, y DOSCIENTOS MILLONES más calculadas, digo en PESETAS, para costas e intereses legales. Y al efecto alega sustancialmente los demás que se comprenden en el escrito, articula fundamentos de derecho y con la protesta de abonar pagos legítimos suplica se despache ejecución contra la entidad deudora por las cantidades mencionadas.

CONSIDERANDO que la parte actora con base en un contrato de préstamo, suplica del Juzgado que despache ejecución contra los bienes del demandado por DIECINUEVE MILLONES SEISCIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE DOLARES USA. con CINCUENTA CENTAVOS, así como se le requiera de pago por esta misma cantidad.

CONSIDERANDO que la deuda en moneda extranjera —aquella en que la unidad monetaria a través de la cual se expresa el importe de lo debido es una unidad monetaria extranjera— es admisible en función de la libertad de pacto al respecto que reconoce el artículo 1.170 del Código Civil y la Sentencia del Tribunal Supremo de seis de abril de mil novecientos sesenta y tres, si no está prohibida la contratación de la divisa elegida; pero desde la regulación por el Estado del Mercado de Divisas —Decreto de 5 de abril de 1957 y legislación anterior— la libertad de pacto y la falta de prohibición no dotan de curso legal a la moneda extranjera; y la obligación en tal clase de moneda sólo es utilizable como cláusula valor.

CONSIDERANDO que no siendo el dólar moneda de curso legal en España, no pudiéndose hacer pago con ella —salvo los supuestos de autorización administrativa generalmente referida a negocios de importación o exportación para los que el Estado tiene organizados los competentes servicios de autorización, intervención y pago— y estando prohibida su tenencia (art. 6 del Decreto-ley de 21 de junio de 1959), el pago de las deudas habrá de hacerse siempre en moneda de curso legal, es decir, en pesetas.

CONSIDERANDO que en el procedimiento de declaración ordinario, cuando la deuda pactada es en moneda extranjera, el deudor se libera, pues, abonando su importe al cambio corriente en moneda de curso legal; el juicio ejecutivo, sin embargo, tiene unas características especiales, pues si bien el deudor se sigue liberando de la misma forma, establece para el acreedor demandante que la deuda que reclame y a cuyo pago se requiera, ha de ser líquida (art. 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y no lo es sin haber hecho la conversión a pesetas, la que en moneda extranjera se pretende —supuesto de imposibilidad objetiva— y, por tanto, y sin entrar en el examen de otros documentos aportados, procede denegar la ejecución solicitada (art. 1.440, párrafo segundo y 2.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

SU SEÑORÍA ILUSTRÍSIMA DIJO:

No ha lugar a despachar la ejecución solicitada por el Procurador Don Juan Luis Pérez-Mulet y Suárez en nombre y representación de las sociedades contra la entidad demandada

Así lo acordó y firma el Ilmo. Señor Don Francisco Huet García, Magistrado-Juez de Primera Instancia número veintiuno de Madrid, doy fe ..."

2.—La importancia del auto es enorme desde todos los puntos de vista; sin embargo, esa importancia se muestra preferentemente en dos campos que queremos destacar. En el plano de la economía nacional, no despachar ejecución tras la presentación de una demanda ejecutiva por un importante grupo de bancos americanos que han hecho un préstamo internacional (en dólares americanos) a una sociedad española, significa presentar al mundo financiero internacional la duda, al menos, de que en España puedan ser utilizados los mecanismos procesales de declaración sumaria, y de preferente ejecución, cuando los títulos ejecutivos contienen deudas en moneda no nacional. Se crea, por tanto, una inseguridad jurídica clara que perjudica a la economía nacional en cuanto que, desde ahora, será más difícil convencer a los financieros internacionales de que prestar dinero a sociedades o entidades españolas es un negocio seguro; desde ahora, al riesgo del impagado (que siempre existe) tienen que añadir el riesgo de la falta de protección jurisdiccional. Este segundo riesgo es cualitativamente mucho más importante que el primero y no cabe duda que hará que la economía nacional se resienta, pues lógicamente la financiación exterior de ésta será más difícil, si es que no se paraliza.

Con ser este aspecto importantísimo, es lo cierto que nuestro comentario no es económico, sino jurídico, y en tal sentido tenemos que determinar si el auto del Juez de Madrid es o no acertado, ofreciendo las posibles soluciones al caso.

3.—Como se ve en la lectura del auto, lo que los actores pedían en su demanda era el pago de una cantidad de dólares americanos; aunque aportan con la demanda un ejemplar del «Boletín Oficial del Estado», a los efectos de cuantificar lo pedido en pesetas, la realidad es que se piden dólares americanos, y se solicita que se requiera de pago al deudor para que pague dólares americanos.

El órgano judicial rechaza el despacho de ejecución, fundamentalmente, afirmando que al no haberse hecho la conversión en pesetas (es decir, al no pedir el pago en pesetas) *la cantidad no es líquida*, supuesto que en el art. 1.435 LEC evita el despacho de la ejecución. Pero éste es el final de una argumentación judicial de gran importancia, porque el órgano judicial se ampara en ella para llegar a esa solución que, de principio, parece simplista.

El primer punto argumental del Juez de Madrid se basa en la afirmación de que una obligación de pago en moneda extranjera no existe en la realidad jurídica española, *siendo tan sólo utilizable* (la referencia a la moneda extranjera) como *cláusula valor* (considerando segundo). En este punto, el Juzgado de Madrid desconoce toda la legislación moderna que se ha venido promulgando en España,

que tiende a la liberalización del sistema financiero español en su relación con el exterior, y que permite a los residentes nacionales (a los efectos de la Ley de control de cambios) asumir deudas en divisa extranjera, comprometiéndose al pago en dicha divisa, de tal manera que no se cumple la obligación sino con el pago en unidades de la divisa pactada. A partir, pues, de la Ley de control de cambios de 10 de diciembre de 1979, no cabe duda de que el Gobierno puede autorizar a residentes nacionales a asumir deudas en divisa extranjera, y, por tanto, asumir obligaciones de pago en moneda que no sea de curso legal. De donde hay que concluir que en determinadas circunstancias la referencia a la moneda extranjera no lo es a una «cláusula valor», sino la expresión exacta de cómo hay que cumplir la obligación y cómo hay que pagar la deuda.

El segundo punto argumental del órgano judicial, tampoco se sostiene; nos dice el Juzgado que el dólar americano no es moneda de curso legal (en lo que no hay duda), deduciendo de ello que, excepto en el mundo de la exportación y de la importación, todas las deudas expresadas en esa divisa deben convertirse en pesetas. Los argumentos para rechazar esta afirmación son los mismos que empleábamos para el rechazo de la primera; pero, añade el Juez que existe una prohibición de *tenencia de divisa extranjera*, lo que, a su modo de entender las cosas, *imposibilita*, por decirlo así, el cumplimiento de la obligación. Aquí también se equivoca el órgano judicial, porque la mencionada Ley de control de cambios faculta al Gobierno para que en determinadas ocasiones permita a residentes nacionales (en el concepto de la propia Ley) a la tenencia, disposición, etc., de divisa extranjera; de modo que es ésta una materia que no está prohibida directamente en la Ley, y que el Gobierno puede autorizar, si así lo estima conveniente. Pero, además, qué duda cabe que el deudor puede ser un no residente y, por tanto, puede estar perfectamente autorizado a tener las divisas que estime conveniente.

Para finalizar, el órgano judicial, en el último considerando del auto que comentamos, admite de pasada que en un proceso declarativo ordinario este tipo de deudas podrían ser tuteladas, siempre que se hiciera la correspondiente conversión en pesetas; pero, añade, que al no haberse hecho esta conversión, una cantidad expresada en dólares es siempre una *cantidad ilíquida* a efectos del proceso ejecutivo y, por tanto, no despacha ejecución.

Sin duda que el Juez hubiera llegado a otra conclusión si hubiera admitido, como creemos que era necesario, que en la actualidad en España el Ordenamiento jurídico permite, de acuerdo con el art. 1.170 del CC (que ahora por curiosas vueltas de la historia adquiere eficacia) que el pago de deudas se haga no sólo en moneda de curso

legal, sino en moneda extranjera, si ella fue la pactada; y, naturalmente, siempre que sea posible; la referencia a la *prohibición de tenencia de divisas extranjeras* que hace el auto (que indirectamente quiere encubrir la *imposibilidad* del 1.170 del CC) se obvia claramente porque la autorización para contraer obligaciones en divisas extranjeras conlleva la autorización de compra de divisa extranjera para hacer efectivo en su momento el pago.

Por tanto, una cantidad determinada de dólares americanos reclamados en proceso ejecutivo, en base a un título ejecutivo que tiene su fundamento en un contrato causal autorizado por el Gobierno español, o permitido por la legislación vigente, es siempre una cantidad líquida a efectos del proceso ejecutivo. La razón, como se ha dicho, está en que siempre que esté permitido es factible asumir deudas cuyo pago haya que hacerlo en divisa extranjera.

Diremos, aunque sea de paso, que el órgano judicial está en su auto contraviniendo el mandato constitucional recogido en el artículo 24, pues deniega a este grupo de bancos americanos el acceso a la Justicia.

4. — Pero para nosotros, el verdadero problema que encierra este auto no es si la cantidad es líquida o no (que lo es), o si un residente español puede asumir deudas cuyo pago haya de hacerse en España en divisa extranjera (que puede si está autorizado para ello); *el verdadero problema estriba en qué hace el Juez cuando despacha ejecución por una cantidad líquida en dólares americanos o en cualquier otra divisa*. O si queremos decirlo de otra manera: *¿las normas del procedimiento ejecutivo, y las normas del proceso de ejecución permiten al Juez despachar ejecución por deuda en divisa extranjera, y permiten al Juez realizar actos de ejecución para el pago de deuda en divisa extranjera?*

No perdamos de vista que la obligación se cumple, en estos casos, sólo y exclusivamente cuando se paga en la especie pactada; no cabe pagar en contravalor pesetas. Bajo ese supuesto, la finalidad última del proceso ejecutivo es obtener la cantidad pedida de divisa extranjera, debiéndose conseguir en un país en donde la moneda de curso legal no es precisamente esa divisa, y, por tanto, con un proceso en donde todos los actos procesales están pensados bajo el patrón de la peseta: se requiere de pago en pesetas, se embarga en función de la suma de pesetas por la que se despacha ejecución, etc.

El problema no es baladí, como se puede apreciar, y su solución conlleva tener las ideas claras en diversos puntos esenciales del proceso ejecutivo y del proceso de ejecución. Veamos algunos de estos puntos:

A) Cuando se requiere de pago al deudor, si lo que se le exige es la entrega de determinada cantidad de dólares USA, la facultad de *consignar* o de *depositar* para pago, se tiene que concretar en la entrega de dólares. En buena lógica, si el deudor no se libra de su deuda pagando pesetas, tampoco debería evitar el proceso, o las molestias del embargo de bienes, si entrega pesetas. Este problema, tal como está redactado en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, es de difícil solución en la práctica, a no ser que el órgano judicial, con una amplia y muy generosa interpretación, se decida a crear normas jurídicas que completen el vacío legal; lo que desde el punto de vista técnico jurídico es dudoso que pueda hacer.

Si el órgano judicial decide admitir la eficacia del depósito o de la consignación del contravalor en pesetas, se violenta, evidentemente, la relación jurídica; si, por el contrario, decide admitir la eficacia de esas instituciones sólo si se aportan dólares USA, está poniendo al deudor (sobre todo cuando es residente español, a los efectos de la Ley de Control de Cambios) en la situación de imposibilidad de ejercer facultades procesales, porque una cosa es que el residente español pueda, con las autorizaciones correspondientes, proporcionarse divisas extranjeras y otra cosa es que las tenga en su casa en el momento del requerimiento.

Naturalmente que de *lege ferenda* la solución es fácil; el problema es cuando no hay normas jurídicas aplicables.

B) Si el Juez decide despachar ejecución por cantidad en dólares USA (o en cualquier otra divisa extranjera), posiblemente se le presentarán graves problemas con la depreciación o revalorización de la moneda nacional, y ello incidirá, lógicamente, en los embargos. Si se embargan bienes por el contravalor en pesetas de la suma de divisas extranjeras al momento del requerimiento de pago, el auto despachando ejecución debe, en cualquier caso, expresar esa suma en pesetas (a esos solos efectos, si queremos) y dado el tiempo que se tarda en tramitar un proceso ejecutivo y la correspondiente ejecución, nos podemos encontrar con que la depreciación ha podido hacer ilusorio el embargo —la peseta, por ejemplo, se ha depreciado con respecto al dólar en los últimos tiempos en más de un 40 %—, o, Dios lo quiera, un hipotético y milagroso proceso de revalorización de la moneda nacional puede hacer injustos los embargos, y las correspondientes subastas.

Se nos dirá que para eso la Ley tiene solución en la mejora y en el levantamiento de embargos cuando ya hay trabados otros bienes que manifestamente cubran la deuda y las costas; pero, aun siendo eso verdad, el Juez debe tener un baremo que le permita manejarse con justicia, porque la revalorización y depreciación no son cons-

tantes en muchas ocasiones, y, a veces, son conceptos caprichosos en su ir y venir.

C) Siendo estas relaciones internacionales muy especiales y estando sometidas en ocasiones a autorización administrativa, pudiera pensarse —tal como pensamos nosotros— que las causas de nulidad establecidas en el art. 1.467 de la LEC son insuficientes para contemplar los supuestos que pueden darse en la práctica. La moneda extranjera puede no ser convertible, o perder su convertibilidad durante el proceso; puede la moneda dejar de cotizarse oficialmente durante el transcurso del procedimiento; existe la posibilidad de que la relación jurídica de la que surge la deuda no esté permitida por la legislación vigente o no esté, en su caso, autorizada por el Gobierno. Son todos estos supuestos necesarios de nulidad del proceso, pero también deberían de ser circunstancias necesarias para el despacho de ejecución. En buena lógica, por tanto, no bastaría con presentar un título de los que llevan aparejada ejecución: habría que aportar además, al proceso, una completa documentación que cubriera al órgano judicial a la hora de despachar o no ejecución y que acreditase todos esos puntos que creemos son esenciales.

D) Se presentan, también, problemas en orden a la aplicabilidad de ciertas normas de nuestra LEC (en concreto las referentes a la *administración* como pago de deuda, o las referentes a la *adjudicación de bienes* por el acreedor, también como pago) a los supuestos en que se despacha ejecución por cantidad de divisas extranjeras; pues si el deudor sólo se libera pagando en la divisa pactada, difícilmente podrá el acreedor cobrarse todo o parte de la deuda adjudicándose bienes, o administrando los bienes del deudor.

E) Por último, y para no hacer más extenso este comentario, en los supuestos que estamos contemplando el Juez, tras la liquidación de los bienes en subasta, debe tener unas normas procedimentales que permitan la conversión de la moneda nacional en la divisa extranjera; piénsese que no cabría que el dinero proveniente del remate de la subasta se entregase al acreedor (como es lo normal), pues éste ni tiene que cobrarse en pesetas ni puede convertir tales pesetas en divisa extranjera. El Juez debería tener a su disposición normas jurídicas que le permitieran dirigirse directamente al Banco de España, o a las entidades delegadas, ordenándole la conversión de las pesetas en divisa extranjera, precisamente la pactada; arbitrándose, por demás, los mecanismos necesarios para prever la posibilidad de que con el dinero producto de la liquidación no se puedan adquirir la cantidad debida de divisas, o que aquélla sea manifestamente superior a la debida, una vez efectuada la conversión.

5.— Todo esto nos pone de frente a un gravísimo problema de política legislativa. Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil está pensada para una sociedad menos complicada que la que en estos momentos vivimos o hacemos; las deficiencias originales de esa Ley se han podido ir cubriendo, mal que bien, durante todos estos años porque la rutina, el acomodo, incluso la desesperanza de que «eso es lo que hay», ha ido acompañada de una jurisprudencia que en tonos generales ha posibilitado la aplicación práctica de ella. Pero hay un momento, o hay muchos momentos, en que la Ley nos muestra su absoluta ineficacia porque es imposible adaptarla a todo tipo de derechos que surgen con gran rapidez. Esta ineficacia o esta inadaptación es patética cuando en nuestro proceso entra cualquier elemento de conexión con el extranjero; es en esos momentos cuando la rutina o el acomodo ya no sirven para tapar tantas y tan grandes deficiencias. Nos hemos acostumbrado a lo malo, a lo sumamente mediocre; nos hemos acostumbrado a vivir procesalmente dentro de la mediocridad, de la insuficiencia; pero hay supuestos en los que ni siquiera es posible vivir dentro de la mediocridad; imagino que el juicio ejecutivo por deudas en divisas extranjeras es uno de ellos. Por tanto, de nada vale todo un conjunto normativo sustancial liberalizador del sistema de cambios, si paralelamente no va acompañado de un planteamiento legislativo procesal que venga a llenar las lagunas que en nuestra LEC hay.

En definitiva, el Juez de Madrid entorpeció la economía nacional con su auto, se equivocó en la fundamentación de la tesis de iliquidez cuando la deuda exigida se expresa en divisa extranjera, pero si hubiera despachado ejecución hubiera tenido que imaginar en muchos aspectos normas de procedimiento, interpretando las existentes, hasta el extremo de crearlas. Lo que ya no está permitido en un Estado de Derecho que se precie de serlo.

Hay, pues, que deshacer el mito de que nuestra Ley es buena, que lo único que hay que hacer es arreglar los «cuatro o cinco puntos» conflictivos. Nuestra Ley, se quiera o no, es muy mala, no sirve para la administración de la justicia, está fuera de la órbita procesal moderna y puede usarse en la realidad de todos los días sólo porque, como anteriormente se ha dicho, nos hemos acostumbrado a muy bajos niveles de calidad. La Ley, hay, pues, que enterrarla con todos los honores; solo que tenemos que ser capaces de alumbrar otra que sea mejor.

NOTAS

¿HACIA UNA LEY UNIFORME RELATIVA A LA FORMA DE LOS PODERES?

VICENTE L. SIMÓ SANTONJA
Notario

Atendiendo una sugerencia el profesor KURT NADELMANN de la Harvard Law School, el Secretariado de UNIDROIT (Institut International pour L'unification du droit privé) propuso al Consejo de Dirección incluir en su programa de trabajo la elaboración de una ley Uniforme sobre la forma de los poderes internacionales. El Consejo de Dirección, después de aprobar la idea, encargó al Secretariado la preparación de un estudio preliminar de Derecho comparado sobre esta cuestión; misión que fue encomendada al experto NICO ZACHAMANN. Su trabajo, titulado *Les procurations ou les formes des pouvoirs de representation*, fue sometido al Consejo de Dirección y discutido en las sesiones 58 y 59, y luego publicado en su original francés y traducción inglesa en la «Revue de Droit Uniforme» (1979, vol. II, págs. 1 y ss.).

El estudio en cuestión no pretende ser otra cosa que una simple compilación de las soluciones existentes en los diferentes derechos nacionales, y tiene por único fin señalar en qué Estados se admite la forma libre para los poderes de representación, y en qué otros se exige la observancia de formalidades específicas. Los resultados son tan divergentes que en principio parece poco probable que se pueda llegar a que sean muchos los Estados que acepten una Convención de Ley uniforme sobre la forma de los poderes de representación.

Los países que exigen formas rigurosas, difícilmente estarán dispuestos a renunciar a ellas; y quienes admiten una libertad de forma total no aceptarán las complicaciones formales, de modo que una ley Uniforme, creadora de una forma obligatoria que llegase a dero-

gar los diferentes derechos internos en la materia, apenas parece realizable.

Ciñéndonos al campo de la publicación que nos ocupa, hay que constatar, por lo que se refiere a los poderes procesales o judiciales que en la mayoría de países tales poderes para representar a una parte en el proceso o para ejecutar un determinado acto de procedimiento, puedan ser conferidos ante el mismo Tribunal. En estos casos cuando el Tribunal tiene directo conocimiento de la representación, o el poder correspondiente ha sido expresado en acta, no se requiere una forma determinada, bastando incluso la forma verbal. Tal solución está establecida explícitamente en los códigos de procedimiento civil de Grecia, Checoslovaquia, Yugoslavia, Suecia, Finlandia y Portugal.

Si por el contrario, lo que suele ser el caso normal, el poder no se concede en el curso del mismo procedimiento, sino antes, la situación es muy diferente: aquí, en general, para tener la claridad necesaria y proteger a la parte representada suele exigirse, en muchos países, una forma determinada. Las soluciones son tan diferentes como los ejemplos que citamos a continuación.

Se exige la forma de documento público o acto auténtico en Argentina (art. 1.184-7.º CC), Grecia (art. 97 PC), y España (art. 1.280-5.º CC). Mientras que otros países, como por ejemplo, Portugal (artículo 35 CP), Brasil (art. 1.324 CC y art. 38 CP), Italia (art. 83 CP) y Turquía (art. 65 CP), se exige alternativamente un documento auténtico o al menos un documento privado con legitimación notarial de la firma.

No faltan países en que el poder procesal puede conferirse en simple documento privado sin ninguna legitimación: República Federal Alemana y República Democrática Alemana (art. 80-1.º CP), Austria (art. 30-1.º CP), en la mayoría de cantones suizos (detalle en GULDENER, *Schweiz. Zivilprozessrecht*, pág. 123, nota 47), Checoslovaquia (art. 28 CP), Yugoslavia (art. 90 CP), Finlandia y Suecia.

En Francia, los Procuradores inscritos y los Abogados que deben actuar y representar a las partes ante el *tribunal de grand instance* y la *Cour d'Appel*, no necesitan de un poder. Cuando se admiten representantes no profesionales (*tribunal d'instance* o *Conseil de prud'hommies*), se exige que el poder tenga forma escrita.

Por otra parte, en algún caso los poderes que se conceden de forma general para un proceso civil pueden no considerarse válidos para determinados actos particulares. No faltan códigos de procedimiento civil que exigen un poder especial en determinados supuestos, así Italia (arts. 221, 365/370 CP), en los que suele exigirse la forma de documento público.

Es oportuno completar la síntesis anterior con algunos ejemplos de poderes conferidos para cumplimentar actos de procedimiento puramente administrativos.

Así en Francia y en Italia se exigen formas explícitas para los poderes dados en relación con actos del Estado civil: en Francia se exige documento público (art. 36 CC) y en Italia es bastante escrito privado legitimado (art. 47 Ordenanza sobre el estado civil).

Parece deducirse de estas soluciones encontradas que no podrá llegarse a una forma uniforme de poder internacional, como no sea facultativamente, es decir, que la parte que tenga intención de hacerse representar puede elegir entre la forma de su derecho nacional o la que pueda establecer la ley Uniforme.

Una restricción que garantizaría tal forma internacional sería reconocer que no atentaría a la validez de las disposiciones de derecho nacional y podría contribuir a aceptar una reglamentación uniforme incluso para Estados que no estuviesen dispuestos a cambiar sus propias reglas de forma, y a los que desde un principio se recomendaría que el poder internacional sólo sería aplicable cuando se tratase de un poder conferido para ser ejecutado en el extranjero, de modo que nunca pudiera descartarse la forma prescrita por el derecho nacional cuando el acto a cumplir por el representante ha de tener lugar en el mismo país donde el poder ha sido conferido. En tal caso las partes, ni siquiera facultativamente podrían elegir la forma uniforme. Pensando, por ejemplo, en el caso español, supondría que los poderes a utilizar en España seguirían con la misma forma y los poderes a utilizar en el extranjero podrían facultativamente someterse a la forma que determinara la ley Uniforme.

Excedería la extensión de esta simple nota el estudio de los intentos unificadores que suponen: la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya (sesiones 8 y 13), la Organización de Estados Americanos (Protocolo de Washington de 1940 y Convención de Panamá de 1975) la International Law Association (Conferencia de Copenhague en 1950 y Conferencia de Lucerna en 1952), la Convención entre Notariados de 8 de diciembre de 1974 (publicada en la serie «Europe des Contrats»: Esta Convención ofrece a los miembros de los Notariados contratantes modelos uniformes de poderes internacionales, generales, para constituir una sociedad de capitales, para la venta o adquisición de un inmueble, para liquidación de herencia, préstamo hipotecario y poder bancario), la International Bar Association (Projet de Convention sur les Procurations internationales), o los antecedentes del mismo UNIDROIT.

Por lo que respecta a la elección de una eventual reglamentación uniforme sobre la forma del poder internacional, cualquiera que sea

su clase, sería deseable orientarse hacia las disposiciones generales establecidas en los diferentes derechos internos, que exigen una forma determinada, bien para todas las clases de poderes, bien para algunos determinados y concretos. De «*lege conventione ferenda*» sería útil llegar a la solución más simple que pudiera ser aceptada por un mayor número de Estados.

Y si no pudiese llegarse a una regla general, valdría la pena examinar la posibilidad de crear una reglamentación uniforme sobre la forma, al menos para algunos actos y negocios que tengan un contenido o un objeto particular y concreto, como por ejemplo, los poderes procesales. La divergencia legislativa es tan amplia que incluso podría pensarse no en llegar a una forma idéntica para todos los casos, sino a establecer formas diferenciadas según cada caso concreto.

El Secretariado de UNIDROIT preparó, en marzo de 1981, un cuestionario de puntos fundamentales, para conocimiento de Academias especializadas, Organismos y Juristas. No creo que «JUSTICIA» haya recibido este cuestionario, y por su especialización procesal, no es preciso que lo transcriba íntegramente. Sí me parece conveniente plantear algunas interrogantes para que el público lector, pensando en los poderes procesales, las conteste. Desde aquí invito a todos a remitir a la Dirección de esta Revista las observaciones que consideren oportunas.

¿Existe una necesidad urgente de llegar a una reglamentación internacional de los poderes que deben ser utilizados en el extranjero?

¿Suponiendo que exista esta necesidad, es más notoria cuando se trata de poderes procesales?

¿Qué forma puede escogerse para el poder internacional? ¿Bastará una sola forma o será preciso diferenciar varias formas graduadas según las necesidades de algunos tipos de facultades a ejercitar por el representante?

¿En el supuesto de que fuese indispensable una forma solemne, cómo sería posible su creación teniendo en cuenta que son tan notorias las diferencias entre el documento público auténtico o notarial, la intervención de otro órgano o la simple legitimación de las firmas?

¿Sería conveniente que al regular la forma de los poderes internacionales se incidiera en los problemas de la lengua en que deben redactarse, de la identidad y de la capacidad jurídica de la persona representada?

Lo que está perfectamente claro es que en la situación actual de movimientos personales entre distintos países es preciso llegar a unas reglas unificadas obligatorias que sustituyan sobre el plano

internacional las disposiciones de cada país, de modo que puedan escogerse por las partes unas reglas internacionales facultativas para tener la seguridad y garantía de que el poder será formalmente válido, sin implicar por ello desprecio a la ley nacional competente conforme al Derecho Internacional Privado.

Y también está claro, al menos para mí, práctico del Derecho, que no bastará llegar a una ley Uniforme en materia de forma relativa a los poderes de representación; será preciso además llegar a un texto uniforme de tales poderes, tal y como en los antes citados ha llegado la Unión Internacional del Notariado Latino. Y ello porque es preciso que una fórmula exacta y a la vez completa pueda recoger todas las particularidades no ya formales sino de fondo o contenido que precise los poderes procesales para poder ser ejercitables ante cualquier Tribunal u Organismo extranjero.

DE LOS EFECTOS Y MEDIDAS «PROVISIONALÍSIMOS» EN LA LEY 30/81

LUIS FERNANDO SAURA

Profesor de Derecho Civil en la Universidad
de Alicante

Cuando el legislador de 1981, acometiendo la difícil empresa de modificar el Código Civil en materia de matrimonio, se enfrenta a las conocidas como «medidas provisionálísimas de separación», cae en el olvido de crear un cauce adecuado para llevarlas a efecto con la diligencia, celeridad y justicia que las mismas exigen.

Y así, efectivamente, observamos cómo la norma procesal al respecto está insita en la Disposición Adicional 4.ª de la nueva Ley, por remisión expresa a los artículos 1.884 y 1.885 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero ocurre que, leídos los numerados artículos, ninguno de ellos hace mención a procedimiento y sí, sólo, a normas simplemente complementarias, a verdaderos apéndices; al mismo tiempo, los que llama «concordantes» la citada Disposición Adicional, se deben tener por derogados y no ya por las normas sustantivas de la propia Ley de 7 de julio, sino por la mismísima Constitución que, en su artículo 14, rechaza cualquier discriminación por razón de sexo, entre otras discriminaciones.

Nos hallamos, pues, en principio, ante unas medidas sustantivas en busca de una vía para su discurso y concreción en realidad; un poco lo que ocurría a los famosos personajes de Pirandello.

Cuando el legislador de 1958 pensó en su reforma del Código Civil, lo hizo paralelamente a la de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para, adecuando una y otra, evitar dudas, perplejidades y vacíos legales. Debe decirse, en honor a la verdad, que también el legislador de 1981 ha estado atento a ambos aspectos de la cuestión, como lo acredita paladinamente la existencia en la Ley nueva de las Disposiciones Adicionales, previniendo en su párrafo inicial: «En tanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil, se observarán las siguientes

normas procesales...». Sin embargo, ya fuera debido a urgencias y prisas —que no son nunca buenas consejeras— ya lo fuera a cualquiera otra razón, lo cierto es que, en todo lo referente a las medidas provisionálísimas de separación, han quedado bastantes cabos sueltos.

Pero ocurre que el Juez ha de aplicar la norma día a día, y el Juez, como algunos filósofos, tiene horror al vacío, que ha de colmar con un material idóneo a extraer de la propia norma o del contexto legal, para interpretar aquélla precisamente y aplicarla rectamente.

Decimos que los artículos 1.884 y 1.885 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contemplan aspectos marginales del proceso, mientras que los «concordantes» no existen, técnicamente hablando, porque, en efecto, el artículo 1.881, v. gr., tenía sentido cuando la mujer, a cajas destempladas, había de dejar el domicilio conyugal —con o sin hijos del matrimonio—, designando una especie de albergue o refugio transitorio, hasta que por el Juez, conociendo ya de las medidas provisionales, se decretara cuál de los cónyuges había de quedar en el domicilio familiar y demás previsiones relativamente a los hijos, auxilios económicos, litis expensas, etc.

Tras esta decisión del Juez, premiosa y apurada, acordando la separación del matrimonio y fijando el «refugio» de la mujer, se abría un segundo período, previsto en el artículo 1.883, en el que, tras la audiencia del marido si acudía a la primera citación, podía acordar el Juez una ayuda económica con cargo al esposo y a favor de la esposa e hijos confiados a ella.

Con tan escuetas previsiones legales se iban resolviendo, mejor o peor, estas situaciones, relativamente a las que —por razón, sin duda, de su escasísima vigencia temporal, por su radical provisionalidad— no había querido el legislador entretenerse imponiendo un procedimiento, en el sentido riguroso del término, conformándose con arbitrar un trámite sencillísimo y elemental.

Con este antecedente se encuentra el legislador de nuestros días, y, planteándose la cuestión, formula los artículos 104 y 105 del Código Civil, con remisión, por parte del primero a los artículos 102 y 103 del propio cuerpo legal. Mas resulta que con tales artículos y las previsiones de la Disposición Adicional 4.ª de la Ley de 7 de julio, rectamente interpretados, se puede resolver el problema con toda dignidad, aunque persistan la carencia y defectuoso rigor que han padecido siempre las disposiciones normativas al respecto.

Conviene, pues, proceder a un análisis de tales preceptos, y así:

El artículo 104 dispone: «El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio, puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores.

Estos efectos y medidas sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a cortar desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el Juez o Tribunal competente.»

Si dicho artículo nos remite al 102 y al 103, habrá que detenerse analíticamente, en el párrafo inicial del último de ellos, que dice: «Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: ...»

Un estudio sistemático de los tres artículos mencionados nos conducirá a las consecuencias siguientes:

1.^a Legitimación activa de ambos cónyuges.

2.^a Los efectos y medidas serán acordados discrecionalmente por el Juez, que podrá pronunciarse sobre la totalidad de las medidas solicitadas por el cónyuge actor, o, únicamente, sobre las que, en atención a la necesidad y urgencia de su criterio, sean de mayor perentoriedad y exigencias de adopción.

En este sentido, debe el Juez obrar con cautela suma y no conceder más que lo imprescindible, habida cuenta de que la premura y la nula fundamentación probatoria con que habrá de decidir, aconsejan una prudencia absoluta, aun teniendo presente que en ningún caso se irroga perjuicio estimable a ninguno de los esposos, si se piensa en el escasísimo tiempo vital de tales medidas. Sin embargo, la escasez en la concesión obligará a las partes a solicitar la adopción de las medidas provisionales, cuyo cauce procesal permite una mayor profundización en las motivaciones y permite una rápida prueba que facilita la ponderación y justeza a la hora de dictar resolución.

3.^a El trámite para la adopción de estos efectos y medidas, con carácter provisionalísimo, ha de ser el indicado en el párrafo inicial del artículo 103, en cuanto establece que el Juez las decretará con audiencia de los cónyuges.

De este párrafo del artículo 103 del Código, en relación con el 1.884 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es posible concluir que, solicitados por cualquiera de los cónyuges que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio, todos o algunos de los efectos y medidas de los artículos 102 y 103 —solicitud para la que no será precisa la intervención de Abogado y Procurador— citará el Juez a los cónyuges a su presencia y, tras oírles, dictará la resolución procedente, acordando siempre los efectos del artículo 102 y concediendo las medidas del 103 que, de lo traslucido en esta audiencia a los cónyuges, entienda de mayor necesidad.

Podría apuntarse que, respecto de los hijos, será un dato objetivo y sin duda valioso, en esta primera decisión del Juez, lo dispuesto por el artículo 159 del Código Civil. Si se resuelve de acuerdo

con él, quedará, condignamente, aclarada la determinación del uso de la vivienda familiar y, en alguna forma, la contribución a prestar por los cónyuges para el levantamiento de las cargas familiares.

4.^a Será de aplicación, asimismo, el párrafo 2.º del artículo 1.885 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en tanto concede prórroga por otros treinta días, para el caso de que, por causas no imputables al actor en las medidas, no se hubiere presentado la correspondiente demanda en el plazo previsto legalmente.

5.^a Una duda puede plantear la redacción del párrafo 2.º del artículo 104 del Código, en relación al cómputo de los treinta días, porque, a su tenor, empezará éste a correr desde el momento mismo en que fueron inicialmente adoptadas, momento que puede no ser conocido por los cónyuges, pareciendo entonces más correcto interpretar que los treinta días de referencia empezarán a contar desde que se notifique la resolución a los interesados.

Comentario aparte merece, sin duda, el artículo 105 del Código, en su actual redacción, cuya lectura suscita irresistiblemente la idea de que viene a sustituir al 1.882 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dice este artículo: «No incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda o solicitud a que se refieren los artículos anteriores.»

Dice el párrafo 2.º del artículo 1.882: «Si fuese mayor de edad —la mujer— señalará en su solicitud de separación el domicilio en que habrá de residir mientras aquella subsista, especificando las razones de su elección que el Juez aprobará o denegará...»

Efectivamente, la adopción de las medidas provisionalísimas de separación se han venido justificando como remedio de urgencia a una situación de conflicto agudo; se concibieron destinadas a cortar la violencia, incluso física, ejercida por el marido sobre la mujer, porque, normalmente —pensaba antaño el legislador— la violencia, la agresión será ejercida por el hombre contra la mujer; de ahí, pues, la razón de inclusión en la Ley de Enjuiciamiento Civil de los artículos relativos al depósito de mujer casada, suavizado por Ley de 24 de abril de 1958, bajo la rúbrica de «Medidas provisionales en relación con la mujer casada».

Evidentemente, después del artículo 14 de la Constitución, tales medidas, contempladas sólo en relación a la debilidad femenina, devenían francamente discriminatorias, por lo que, no justificándose tampoco su modificación en el sentido de ir pacientemente sustituyendo del articulado el sustantivo mujer por cónyuge, la única salida posible —al artículo 1.882 en concreto— consistía en dar otra alternativa, en buscar otra fórmula que reuniera la eficacia de tal

artículo sin que de ella resultara vejación o trato discriminatorio para el hombre o para la mujer.

Esta fórmula, indudablemente feliz, se tradujo en el artículo 105 que comentamos, concediendo a cualquiera de los esposos la posibilidad de acabar radicalmente con los conflictos y tensiones, agudizados por la presencia y convivencia en el mismo hogar, mediante el expeditivo sistema de salir, sin más explicaciones, del domicilio familiar, aunque por causa razonable, y presentar, dentro de los treinta días siguientes a esta acción, la correspondiente demanda de separación, nulidad o divorcio, o las medidas provisionales del artículo 104, en relación con el 102 y el 103.

Finalmente y de todo lo expuesto, se podrían extraer las siguientes conclusiones:

1.^a No obstante la precariedad procesal, el Juez puede adquirir una idea más o menos aproximada de la situación real del problema a resolver, mediante la audiencia de los cónyuges.

2.^a Sin embargo, el Juez debe ser avaro en la adopción de medidas en estos supuestos y conceder sólo aquellas que sean en verdad imprescindibles para aliviar momentáneamente la situación de conflicto.

3.^a La misma escasez de las medidas adoptadas conducirá a la necesidad de la tramitación de las provisionales por el cauce de los artículos 1.886 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite un mayor desahogo y desenvoltura al Juez que podrá, con mayor conocimiento de causa, confirmar, modificar y completar las provisionales.

4.^a El Código permite la solución tajante de la salida del domicilio conyugal por parte de uno de los cónyuges, siempre que exista causa razonable para ello.

5.^a Sólo cuando existan suficientes Juzgados de Familia y funcionen normalmente, podrán tener el tratamiento escrupuloso que, empero la precariedad normativa, merecen siempre los efectos y medidas iniciales en los procesos matrimoniales.

6.^a La experiencia marcará la pauta en orden a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil a este respecto.

NOTAS

SOBRE LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL AL CUMPLIRSE SU CENTENARIO (*)

JOSÉ ALMAGRO NOSETE

Catedrático de Derecho Procesal de la U.N.E.D.
Vocal de la Comisión General de Codificación

I.— La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, inspirada en sanos criterios de filosofía jurídica liberal, representó un notorio avance en su época al instaurar un proceso acusatorio frente al inquisitivo que caracteriza la etapa anterior. No obstante, mantiene una fase preparatoria del proceso penal, propiamente dicho, denominada «sumario», que responde a la necesidad de investigar el hecho delictivo y la identidad de los delincuentes para configurar, en su caso, el objeto de la acusación.

Ambas fases están netamente separadas. La fase de investigación se confía a la dirección del Juez Instructor y el proceso penal (básicamente juicio oral) a un Tribunal colegiado (Audiencia Provincial). No es de suyo necesario que la fase preparatoria dependa de la autoridad judicial, pues a salvo de determinadas medidas (prisión, embargo, registros domiciliarios, etc.) que requieren del acuerdo o de la intervención judicial, estas funciones pueden realizarse perfectamente por el Ministerio Fiscal y la Policía judicial.

Lo cierto es que nuestra Ley optó por consagrar la figura del Juez Instructor, a semejanza del *Code d'instruction criminelle* francés de 1808.

Pero, también, optó por distinguir entre las funciones eventualmente judiciales de la instrucción y las auténticamente jurisdiccionales que se desarrollan en el proceso penal mediante una clara garantía de justicia que rompía el «continuo» del proceso inquisitivo; a saber, la causa de recusación número doce del art. 54: *No se puede ser instructor y juzgador.*

Este principio se mantuvo incólume desde 1882 hasta 1967.

(*) Al publicarse este artículo sobre política procesal penal, rindo merecido homenaje a la Ley de Enjuiciamiento criminal, cuyo centenario se cumplirá este año.

En efecto, las reformas procesales que sustituyeron el «procedimiento en los casos de flagrante delito» por el «procedimiento de urgencia para determinados delitos» de 1957 a 1959, mantuvieron la diferencia entre ambas. Mas la Ley 3/67 creó una modalidad del «procedimiento de urgencia», el «procedimiento para delitos cuyo fallo compete a los Juzgados de instrucción», que enturbió, gravemente, la claridad del sistema anterior. Para establecer este proceso el art. 3.º de la mencionada Ley hubo de decir: «No será aplicable la causa de recusación número doce del artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...».

Otra de las novedades de la Ley 3/67 consistía en la supresión del «auto del procesamiento» en relación con estos delitos, en línea con el criterio implantado por la luego derogada Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor.

Con independencia de qué razones de celeridad y eficacia aconsejaran o hicieran necesaria una agilización del proceso penal, las soluciones que se buscaron pugnan con el orden de principios establecido por la Ley e introducían elementos de contradicción en la misma por inspirarse en criterios doctrinales diferentes. El sistema podría haberse mantenido fácilmente, bien encargando la instrucción de determinados delitos a los Juzgados Municipales y Comarcales (hoy de Distrito) y el juicio oral, al Juzgado de Instrucción, o bien eliminando la necesidad del Tribunal colegiado para determinados delitos confiando el juicio a un magistrado, como órgano unipersonal, criterio que ya se había seguido con la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor.

II. — En esta línea, de restituir a cada nueva reforma, los fueros del fenecido proceso inquisitorio con merma del progreso científico que representó la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la reciente Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, establece una amplia gama de delitos, entre éstos los flagrantes (penas hasta de seis años), que deben enjuiciarse sin distinción orgánica entre función instructora y función decisoria. No entraremos en una crítica a fondo de esta Ley que tan graves trastornos origina, a nuestro entender, pues son múltiples los defectos en que incurre. Señalo, únicamente, que una vez más se conculcan los principios de un sano enjuiciamiento criminal. Así el art. 2.º tiene que repetir que «en ningún caso será de aplicación a los jueces de instrucción, la causa de recusación prevista en el apartado doce del artículo cincuenta y cuatro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Bien distinta era la solución de la LECRIM para los casos de delitos flagrantes, pues, tras ordenar que el sumario se concluyese en el plazo máximo de ocho días, confiaba, por medios

preferenciales y acelerados, el juicio oral, al verdadero Juez natural del caso, o sea, a la Audiencia Provincial.

III. — En nombre de una cierta ineficacia de la administración de la justicia, cuyas causas son complejas y no fácilmente eliminables si el diagnóstico se queda en lo sintomático y el tratamiento no responde a un plan elaborado y coherente (los logros no pueden ser espectaculares a corto plazo), sí pretende, a veces, impulsar reformas procesales sin una clara definición de los principios inspiradores, y sin una clara perspectiva de las metas concretas a conseguir.

En esta situación nos encontramos respecto a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

No pensamos, por supuesto, que una simple reforma procesal, por muy profunda que ésta sea, pueda resolver los problemas que hoy plantea la justicia penal en España, en gran medida originados por insuficiencia de personal en sus diversos estamentos, por carencia de los medios materiales necesarios y por falta de empleo de las técnicas de organización y control usuales en las sociedades modernas. Con todo, las previsiones presupuestarias sobre dotaciones, aumentos de las plantillas funcionariales e instrumentación de los medios materiales, exige, a su vez, que se tengan en cuenta cuáles son los criterios que inspirarán la reforma procesal criminal. No es lo mismo a estos efectos, que se prevea descargar el peso de la instrucción sobre el Ministerio Fiscal o que se piense en continuar manteniendo el tradicional criterio de la instrucción dirigida por el Juez Instructor.

Lo que en todo caso se pide y se necesita es claridad y hasta ahora el magma fluido de las reformas parciales no permite adivinar los derroteros.

IV. — Una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal demanda el adecuado enmarque de la misma dentro de las previsiones constitucionales atinentes al proceso penal. No se trataría tanto de consignar o repetir principios o disposiciones que por constitucionales, no pueden ser degradados repitiéndolos simplemente como legislación ordinaria o modalizando su aplicación con interpretaciones que si son limitativas son inconstitucionales, como de hacer vivir en los preceptos concretos los mandatos de la Constitución.

¿Y cuáles son estos mandatos combinándolos con las disposiciones de la Ley actualmente en vigor?

1.º Mantenimiento de la acción popular. La acción popular que excluye la función monopolística del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción penal, comporta una clara necesidad de mantener el principio acusatorio, con todas las consecuencias prácticas inhe-

rentes al mismo. En otro orden, parece, a mi juicio, que apoya la tesis que propugna se siga manteniendo la dirección de la instrucción a cargo del Juez, pues, aunque doctrinalmente, no es óbice, que ésta corresponda al Fiscal, lo que no puede es concederse al particular poderes investigatorios, con lo que éste tendría que acudir para la instrucción al Fiscal, de manera que su actual libertad para pedir al Juez Instructor las diligencias de averiguación que interesen a su derecho, se verían interferidas por el «filtro» del Fiscal al que habría de dirigirse, dando así al traste con el moderno derecho de acción concebido en cuanto libre acceso a la justicia.

2.º Regulación del jurado y determinación de los procesos penales en que deba intervenir.

3.º Determinación de la dependencia de la policía judicial respecto de los jueces, tribunales y Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y aseguramiento del delincuente.

4.º Determinación concreta como defensor de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos que incumben al Ministerio Fiscal, respecto de la vigilancia de la legalidad de las detenciones.

5.º Publicidad del proceso con determinación taxativa de las excepciones. Entre estas excepciones, conforme a lo ya regulado, el tradicional secreto sumarial no puede concebirse como una regla general, sino como acuerdo concreto que debe adoptarse cuando a juicio del instructor se pueda perjudicar la investigación.

6.º Configuración esencial del proceso penal como un proceso oral. Desgraciadamente, la práctica judicial española, influida por el principio escriturario, no acertó a descargar el juicio oral del peso escrito del sumario, ni se pudo llegar al ideal de un auténtico sumario entendido como breve preparación documentada de los actos preparatorios del juicio oral. Por el contrario, el «invento» de las «diligencias previas» y de las «diligencias preparatorias», que si el caso llegaba podían continuar tramitándose como sumarios, favoreció el nacimiento de la llamada pomposamente «instrucción contradictoria» como medio de convertir las diligencias de averiguación en auténticas diligencias probatorias anticipadas, con lo que en definitiva, la práctica judicial española imponía, con las dulcificaciones necesarias, su tendencia a convertir lo preparatorio del sumario en algo más definitivo, sustrayendo al acto del juicio oral la realización de todas aquellas probanzas, dato que, en verdad, tenía una importancia menor, porque se había conseguido borrar la dualidad orgánica de las dos fases características del proceso penal, respecto de determinados delitos. Es preciso establecer los medios para reconducir el sumario y toda suerte de instrucción previa escrita, llámese ésta como se llame, a su verdadera función, para

que resplandezca la naturaleza oral del proceso penal, reiterada y encarecida por el precepto constitucional.

7.º Remodelación o confirmación de las garantías que configuran el debido proceso penal, relativas a detención, regulación de «habeas corpus», prisión provisional, registro domiciliario, intervención judicial de las comunicaciones, intervención judicial en el secuestro de publicaciones, defensa y asistencia de letrado, información sobre la acusación formulada, proceso público, evitación de dilaciones indebidas y limitaciones sobre el contenido de las declaraciones, por razón de parentesco, secreto profesional, respecto a la conciencia y utilización de los medios de prueba necesarios o inconvenientes para la defensa.

8.º Consideración especial debiera merecer la relación entre las dilaciones indebidas y el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, que según la Constitución obliga a indemnizar al Estado.

9.º Introducción de la presunción de inocencia que no está, sin embargo, reñida con la tradicional institución del auto de procesamiento si a éste se le priva de adherencias jurídico-materiales extraprocesales distintas de las que son inevitables medidas cautelares.

10.º Confirmación del principio de legalidad en la imposición de las penas y ejecución de las mismas.

VI.— Las cuestiones que se consideran básicas para la prosecución de las tareas prelegislativas en este campo son:

A) Precisa delimitación del órgano oficial encargado de dirigir la instrucción.

a) Si se considera que debe ser el Ministerio Fiscal con todas sus consecuencias, la función judicial deberá limitarse a autorizar o denegar, a petición justificada del mismo, la adopción de medidas preventivas o cautelares restrictivas de los derechos fundamentales de la persona.

b) Si se considera que debe continuar en vigor el tradicional sistema del Juez Instructor, la función del Fiscal durante la instrucción debe concebirse como excitadora del celo y actividad de aquél y como petitoria de cuantas diligencias de averiguación interese para el esclarecimiento de los hechos.

c) Mantener una dualidad instructoria independiente o superpuesta o continuación una de la otra, aparte de significar un reparto de responsabilidades que impide la exacta imputación de la misma en un bien público de tanta trascendencia como es el de la persecución de los delitos, acarrearía, a la larga, retrasos y dilaciones que vendrían a obstaculizar el cauce ya entorpecido de la justicia.

B) Exacta elección del principio informador básico del proceso penal. En este punto creemos que la evolución y el progreso científico impiden que en abstracto se dude de la bondad del principio acusatorio sobre el inquisitivo. Pero no basta con determinar en abstracto el principio, sino que es preciso concretar, si de veras se pretende la efectividad del mismo.

Esta efectividad conlleva:

a) Si se opta por la instrucción a cargo del Fiscal:

1. Que el Juez no pueda proceder de oficio.

2. Que el particular instante de la acción popular no quede inerte ante el Ministerio Fiscal en relación con la práctica de las diligencias averiguatorias que solicita, por lo que debería arbitrase un sistema de recurso ante la autoridad judicial para impedir que el criterio del Ministerio Fiscal, al prevalecer sobre el del ciudadano, dejará prácticamente sin contenido eficaz a la acción popular.

b) Si se opta por la instrucción a cargo del Juez Instructor:

1. Una radical separación entre las funciones del instruir y de juzgar en todos los procedimientos que se establezcan, con revisión de los establecidos en que no se respete esta separación.

2. Una neta consideración del sumario como simple aportación de materiales instructorios para la determinación provisional del objeto del proceso penal, sin que se puedan confundir las diligencias de averiguación con las de prueba, de modo que sólo excepcionalmente y con las garantías debidas se puedan practicar pruebas anticipadas, repetibles en todo caso en el acto del juicio, siempre que ello fuera posible.

c) Reafirmación de la vigencia y necesaria revitalización del principio de oralidad, lo que exige la imposición y el cumplimiento de plazos máximos de duración de la instrucción y aligeramiento de la misma, mediante la concentración de actos, otorgando discrecionalidad al Instructor para utilizar en el juicio ordinario por delitos graves las abreviaciones previstas en el antiguo procedimiento de urgencia.

d) Mantenimiento de un sistema de inculpación uniforme. Se estima que la presunción de inocencia establecida en la Constitución, no padece si sin distinción de procesos por delitos, se considera que el auto de procesamiento, privado de adherencias jurídico-materiales ejerce una función depuradora que actúa como garantía del imputado.

e) Establecimiento de dos tipos de juicio ordinario por delitos graves y menos graves, respectivamente, que respondan a las características del principio acusatorio con separación de la fase de instrucción y de decisión.

LA NUEVA LEGISLACION PROCESAL SOBRE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

MANUEL LOZANO HIGUERO
Profesor de Derecho Procesal
U.N.E.D.

SUMARIO:

I. Introducción.— II. Jurisdicción.— III. Competencia.— IV. Acumulación. V. Representación y defensa.— VI. Medios preliminares sustitutivos del proceso.— VII. Tipos procesales.— VIII. Recursos.— IX. Cauciones.— X. Costas.— XI. Beneficios procesales.— XII. Disposición general supletoria.— XIII. Recapitulación conclusiva y crítica.

I. — INTRODUCCIÓN

La Ley de 31 de diciembre de 1980, núm. 83/80, ha dado nueva regulación sustantiva a los arrendamientos rústicos que, a tenor de su disposición final, deroga toda la normativa vigente hasta ahora en el tema y, en especial, en lo que ahora nos interesa, el Decreto de 29 de abril de 1959 que, en su capítulo IX, arts. 51 a 55, atendía a los aspectos procesales. La nueva Ley en su título III, «Jurisdicción en materia de arrendamientos rústicos y aparcerías», arts. 121 a 137, complica, en nuestro criterio, de modo notable, la regulación procesal en estas cuestiones.

Vaya de entrada nuestro reparo a la reforma. Existen graves objeciones no sólo de tipo formal sino de índole general, de política legislativa, e incluso de vulneración de principios fundamentales recogidos en la Constitución.

El Reglamento de 1959 vulneraba gravemente el principio de jerarquía normativa que establecía el art. 17 del desaparecido Fuero de los Españoles. La Ley de 1980, de manera más sutil, vulnera ahora el texto constitucional; esa vulneración se produce respecto de algunos aspectos parciales, como es el relativo a los instrumentos procedimentales preliminares, o sustitutivos, del proceso, singularmente las Juntas Arbitrales, de que se ocupó ya el profesor ALMAGRO en el número especial de esta Revista, al estudiar las garantías constitucionales del proceso civil. Pero la vulneración se refiere también a la propia existencia de la regulación procesal en la Ley de Arrendamientos Rústicos.

Aunque pudiera parecer maximalista, sostenemos que las normas procesales deben contenerse en las leyes procesales, debiendo ser rechazada la legislación extravagante, que estimamos atentatoria a la seguridad jurídica, recogida en el art. 9.3 de la Constitución. No se trata de defender la autonomía científica de las distintas ramas del ordenamiento, sino de algo mucho más de fondo. La plasmación normativa autónoma supone un avance en el camino del progreso jurídico en orden a ofrecer mayores garantías al ciudadano; la codificación, o unificación reguladora en una ley básica o eje normativo, representa un avance que no se agota en lo técnico.

Las leyes procesales extravagantes, en nuestra modesta opinión, concluimos, vulneran el principio de seguridad jurídica, y deben considerarse inconstitucionales en tanto que perturban el principio de racionalización normativa. Un código o una ley de enjuiciamiento entraña más garantías de racionalidad, de accesibilidad en el conocimiento y cumplimiento y aun de seguridad jurídica para los ciudadanos.

II. — JURISDICCIÓN

La ordinaria, a tenor de la prescripción del art. 121-1 de la ley. Empero, el punto 2 de este precepto establece que: «Todas las atribuciones asignadas al IRYDA y a las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos en la presente ley se entenderán siempre sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados para plantear la cuestión en vía civil ante el Juzgado correspondiente.» Ese: «sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados para plantear la cuestión en vía civil ante el Juzgado correspondiente» no es más que un eufemio, pues, se asumen por órganos que no pertenecen a la jurisdicción funciones de índole jurisdiccional; y, asimismo, no es ocioso recordar que se alude al juez civil con notoria ligereza,

ya que, junto a lo discutible del carácter civil de algunas funciones que la nueva ley atribuye al IRYDA, debe recordarse que éste es un organismo autónomo de la Administración del Estado adscrito al Ministerio de Agricultura (art. 9 D. 12 de enero de 1973), en suma, de carácter administrativo, camino que nos muestra la cercanía de la jurisdicción contencioso administrativa. Así, y a título de ejemplo, la prescripción del art. 58-2 de la nueva ley en cuanto al derecho de elevación de renta en proporción a la mayor productividad o rentabilidad conseguida, según determinación del IRYDA, nos resulta sumamente dudoso que la determinación de la mayor productividad o rentabilidad sea cuestión civil y no administrativa. O la viabilidad de explotación de la parte de tierra segregada de la finca arrendada, considerada la nueva rentabilidad después de las obras de mejora, que señalará, asimismo, el IRYDA, conforme al art. 59-1,c), etc.

A pesar de la determinación de la ley comentada, que podría conciliarse con el art. 2,a) de la Ley de Jurisdicción contencioso administrativa: «...y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración Pública, se atribuyan por una ley a la Jurisdicción social y a otras Jurisdicciones», nos surgen vacilaciones respecto al carácter civil de estos actos del IRYDA, y aun sobre la validez constitucional, conforme a nuestra argumentación anterior, interpretando en el preliminar de estas líneas el principio de seguridad jurídica, de la sumisión legal de actos de naturaleza administrativa a jurisdicciones distintas de la contencioso administrativa.

III. — COMPETENCIA

a) Territorial.— En todo caso será competente el Juzgado que correspondiere al lugar en que se hallare la finca, entrando el asunto a turno donde hubiere varios.

Ello aunque medie sumisión expresa a la competencia de otro Juzgado (art. 123-1). A diferencia del régimen anterior, en que se admitía la posibilidad de sumisión, lo que ahora terminantemente se veda.

Si por razón el lugar fueren competentes distintos Juzgados, la competencia se atribuirá al que corresponda al lugar en que se encuentra la parte principal de la finca, considerando como tal el de situación de la casa, labor del arrendamiento o aparcerero y, en su defecto, la parte de mayor cabida (art. 123-2).

b) Objetiva:

1.º) Cuantitativa.— Conocerán los Jueces de Distrito de cuantos litigios se promuevan en ejercicio de acciones que se funden en

derechos reconocidos por la LAR, cuando su cuantía no sobrepase las 50.000,— pesetas —salvo las excepciones funcionales que se atribuyen a los Jueces de Primera Instancia y que luego se dirán (artículo 127-1,b). Por su parte, los Jueces de Primera Instancia conocerán de cuantos litigios se promuevan en ejercicio de acciones que se funden en derechos reconocidos en esta ley, cuando su cuantía sobrepase las 50.000,— pesetas (art. 127-2,c).

La cuantía litigiosa la determinará en los arrendamientos la renta anual.

En las aparcerías la cuantía litigiosa vendrá dada por la valoración de la aportación del litigante, si estuviera determinada, y, en su defecto, la valoración de la participación que al mismo haya correspondido en la liquidación del año precedente, sin que existiere prueba adscrita de la misma. En defecto de ello se estimará como de cuantía indeterminada.

Cuando el litigio verse sobre una reclamación concreta, la cuantía se determinará por el valor de lo efectivamente reclamado (art. 124-2 y 3).

2.º) Cualitativa.

1) Los Jueces de Distrito conocerán, en primera instancia —además de lo anteriormente señalado—: Del juicio de desahucio por falta de pago de la renta convenida en los arrendamientos o cantidades asimiladas.

2) Los Jueces de Primera Instancia conocerán (art. 127-2), aparte de lo mencionado precedentemente:

a) Del procedimiento en el que se ejerza la acción de retracto.

b) Del procedimiento para obtener la anotación del crédito refraccionario que suponen los débitos del arrendador por las mejoras efectuadas por el arrendatario en la finca arrendada.

IV. — ACUMULACIÓN

Dispone al respecto el art. 126: «Tanto en los asuntos atribuidos al conocimiento del Juzgado de Distrito como en los que sean de la competencia del Juez de Primera Instancia podrá el actor acumular las acciones que le asistan contra el mismo demandado. Se exceptúan de la norma anterior los juicios de desahucio por falta de pago y los de retracto.

Igualmente podrá acumular las acciones que le competan contra distintos arrendatarios o aparceros cuando unos y otros lo sean de

la misma finca, salvo que la competencia corresponda a Juzgados distintos y siempre que se fundamenten en hechos comunes.»

Este régimen altera, en cierto modo, el del art. 153 y siguientes de la LEC, al sustentar la acumulación en la mera comunidad fáctica, lo que, ciertamente, modifica el general de la Ley Procesal básica, lo que nos permite, conforme a la argumentación anterior, dudar de su constitucionalidad.

V. — REPRESENTACIÓN Y DEFENSA

Es de alabar aquí el sistema acogido, que no es otro que el general de la LEC, art. 125, a diferencia del art. 53-5 del Reglo. de 29 de abril de 1959.

Así es, el sistema anterior prescribía que en los juicios que se tramitaran ante el Juzgado de Primera Instancia las partes no necesitarán valerse de Abogado ni Procurador cuando comparezcan por sí mismas. Cuando no lo hicieren personalmente se hará necesaria la intervención de Abogado para su defensa, pudiendo en este caso la parte encomendar su representación al Procurador o al mismo Letrado (art. 53-5 del Reglo. de 29 de abril de 1959).

A nuestro ver, esta norma, no obstante su benévola intención, conducía a resultados prácticos distintos de los deseados, pues, considerada la complejidad de la materia arrendaticia rústica, la parte que, carente de medios económicos, sustentara su actividad procesal sin el apoyo de la conveniente defensa letrada, estaría en notoria desventaja con la que, con medios económicos adecuados, litigara con asistencia letrada.

La nueva ley, en este punto, se concilia adecuadamente con el derecho a la jurisdicción que, en razón del art. 24-1 de la Constitución, concordado con el art. 119 del mismo texto legal, reconduce la gratuidad de la vía jurisdiccional a sus adecuados límites sin que, en todo caso, como en las ostentosas proclamas anteriores, se produzca pretensión de la defensa letrada en asuntos que, por su complejidad técnica, indudablemente la implican haciéndola conveniente, cuando no necesaria.

El art. 125 estatuye que en cuanto a representación y defensa se aplicarán las disposiciones vigentes en los juicios respectivos, si bien cuando el interesado, en los casos en que la ley le autorice, no haga uso del derecho a comparecer y defenderse por sí mismo, habrá de valerse de Abogado y Procurador.

El art. 126, en los supuestos de acumulación, prescribe que, tanto demandantes como demandados, podrán litigar con representaciones y defensas diferentes. Norma que, contrariando lo prevenido

en el art. 531 de la LEC, siguiendo nuestra tesis desarrollada precedentemente, nos hace dudar de su validez constitucional.

VI. — MEDIOS PRELIMINARES SUSTITUTIVOS DEL PROCESO

Ya se ha anticipado la figura, novedosa con respecto a la legislación inmediatamente anterior, de las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, que, al igual que el IRYDA, son investidas —aunque la ley no lo confiere abiertamente y se cure con la manifestación, indudablemente de cara a la galería, que el art. 121-2 refleja— de funciones jurisdiccionales.

Conceptualmente se trata de jurisdicciones de equidad, u órganos preliminares de composición extraprocesal a los que, de modo heterodoxo, se pretende atribuir funciones jurisdiccionales.

Se trata, en suma, de una manifestación de la tendencia populista, seudosocializante, de carácter corporativista que exterioriza una palmaria desconfianza del legislador hacia el proceso como instrumento, o método, para la consecución de la justicia.

Se intenta con ello remediar la cuestión de algunas categorías de controversias urgentes evitando las dilaciones del proceso ordinario. Para ello se crea esta suerte de órganos de naturaleza administrativa colegiada y a los que se imputan funciones jurisdiccionales no confesadas explícitamente.

Este instituto, de carácter corporativista y sistema electivo, y de composición marcadamente gremial y cooptativa, como luego se verá, trae su causa de la legislación social corporativa de la Dictadura primorriverista, sustancialmente del Decreto-ley de organización corporativa de 1926, que creó los Comités paritarios, que fijaban con carácter general las condiciones de los contratos individuales de trabajo, luego, a partir de 1931, sustituidos por los Jurados mixtos, y con reflejo y antecedente fundado, en el orbe arrendaticio rústico, en el Decreto de 10 de julio de 1931.

El art. 121-5 nos señala en cuanto a su composición que cada Junta Arbitral estará constituida por un Presidente, un Secretario y por seis Vocales, tres de ellos exclusiva o predominantemente arrendatarios. El ámbito de la Junta Arbitral será el de las comarcas definidas, según corresponda, por la Administración Central o la Autónoma.

Para cada Junta Arbitral la Administración de Agricultura correspondiente designará los funcionarios de la misma que asumirán la Presidencia y la Secretaría. El Secretario, que no tendrá voto, será Licenciado en Derecho.

Los candidatos a Vocal deberán estar en posición de todos sus derechos civiles, ser Vocales de las Cámaras Agrarias de la comarca y residir en la misma. Serán presentados por las Organizaciones profesionales agrarias con representación en las Cámaras de la comarca o por agrupaciones de vocales independientes en la forma que reglamentariamente se determine.

La elección de los seis Vocales, y de cuatro suplentes, se hará por el conjunto de los Vocales de las Cámaras Agrarias de la comarca. Los Vocales serán renovados cada cuatro años, pero podrán ser presentados nuevamente para un solo nuevo período.

Las normas complementarias de funcionamiento de las Juntas Arbitrales se elaborarán, según corresponda, por el Ministerio de Agricultura, los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Preautonómicas.

Dispone, por último, el art. 121 en su punto 6, reforzando su vinculación y naturaleza administrativa, que las Juntas Arbitrales podrán recabar de la Administración los asesoramientos técnicos que estimen precisos para el ejercicio de sus funciones, bien por vía de informe, bien convocando a los funcionarios que hayan de prestar dicho asesoramiento para que asistan a la sesión con voz pero sin voto.

El orden a la competencia territorial de estas Juntas afirma el art. 122-2 que lo será la de la comarca en que se encuentre la finca a que se refiera la cuestión planteada. Si la finca se encontrase en más de una comarca, la competencia de la Junta Arbitral se determinará por las mismas normas que la del Juzgado.

Las funciones que la nueva ley atribuye a las Juntas son, fundamentalmente, dos, de carácter marcadamente diferentes. De una parte, de cariz conciliador, de avenencia o composición, a semejanza de las atribuidas al acto de conciliación en el sistema general, en todo caso de condición preceptiva (art. 121-3). De otra, como procedimiento administrativo preliminar, en calidad de presupuesto procesal, y análogo a la vía gubernativa previa, como trámite antecedente a cualquier contienda judicial y con carácter ejecutivo (artículo 121-4).

Con referencia a estos supuestos, así como en orden a la intervención del IRYDA, señala la ley (art. 122-1): «Cuando por razones de urgencia, o por tratarse de plazos perentorios, se presente la demanda judicial sin el previo informe del IRYDA, sin el previo intento de avenencia ante la Junta Arbitral o sin la resolución de ésta, y estos trámites fuesen preceptivos de acuerdo con la presente ley, el Juez acordará que se cumplieren antes de dar trámite a la demanda, sin perjuicio de adoptar las medidas precautorias que procedan.»

Examinados seguidamente cuándo será preceptiva la avenencia previa ante la Junta Arbitral, empero recordar en todo caso, estos órganos, podrán intentar la avenencia en las cuestiones relacionadas con la aplicación de esta ley.

Los supuestos en que se impone la previa avenencia son (artículo 124-3) los de aquellos procesos que versen sobre:

- a) La fijación de la renta, su actualización o su revisión.
- b) La derogación de la prórroga para cultivo directo del arrendador.
- c) La realización de las obras necesarias a fin de conservar la finca en estado de servir para el aprovechamiento o explotación pactados.
- d) La determinación de la cantidad que el arrendador haya de abonar al arrendatario por las mejoras que éste opte por dejar en la finca de acuerdo con el art. 62 de la ley.
- e) La aplicación del art. 99 del texto legal (que versa sobre los supuestos de acceso a la propiedad por el arrendatario).
- f) La conversión de la aparcería o del arrendamiento parciario en arrendamiento ordinario.
- g) La liquidación y adjudicación de los frutos en el contrato de aparcería.

El art. 124-4 acota los casos en que las Juntas decidirán como trámite previo a cualquier contienda judicial y con carácter ejecutivo, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a los Tribunales de acuerdo con el apartado 2 del mismo artículo. Concretamente, las cuestiones que se planteen acerca de:

- a) La determinación del importe de la renta cuando las partes no la hayan hecho constar en el contrato, así como en los arrendamientos tácitos previstos en el artículo 4.º, apartado 2.º de la ley, y en aquellos en que el IRYDA sea arrendatario al amparo del art. 17, párrafo 1.º de la ley.
- b) La fijación de la nueva renta cuando proceda la elevación en virtud de las mejoras efectuadas por el arrendador.
- c) El señalamiento en los arrendamientos parciarios, de la cuantía en que ha de elevarse la participación del arrendatario en el supuesto de mejoras efectuadas por el mismo.
- d) La resolución de las discrepancias que surjan entre las partes sobre el valor de las aportaciones de los aparceros y su participación en los productos.
- e) La preferencia de adquisición, sobre las porciones renunciadas, entre los varios arrendatarios de una finca cuando algunos de éstos renuncian a su derecho de tanteo o retracto.

El IRYDA, por su parte, sin adquirir la preeminencia y estar dotado de las atribuciones que la ley otorga a las Juntas Arbitrales, se halla investido de funciones indudablemente exorbitadas, que algunas veces se oscurecen y complican con la intervención de terceros órganos. Así, en las hipótesis del art. 119, puntos 1 y 2, cuando, al regular la conversión de la aparcería en arrendamiento, establece que si las partes no hubieran llegado a un acuerdo mediante comparecencia ante la Cámara Local Agraria, el IRYDA formulará propuesta sobre el canon arrendaticio y la ubicación de la tierra sobre la que ha de recaer el arrendamiento, atendiendo a la viabilidad de las explotaciones resultantes y de modo que el aparcerero tenga rendimientos análogos a los que le produciría la aparcería.

Culmina la ley declarando que si persiste el desacuerdo entre las partes, cualquiera de ellas podrá plantear la cuestión ante el Juzgado competente. Proclama que implícitamente, y conciliada con el art. 122, nos viene a crear un doble filtro al acceso jurisdiccional: el intento de avenencia ante la Cámara Local Agraria y la vía administrativa previa ante el IRYDA.

A este último órgano, de manera asistemática, se le atribuyen en la ley funciones puramente civiles que enmarcan la vía administrativa previa señalada, tales como de intervención en mejoras, obras necesarias, importe de las mismas, elevaciones de renta, etc.

Se ha anticipado el juicio que nos merece la creación de estos órganos y sus funciones preliminares al proceso. Ya apuntó CALAMANDREI, al estudiar el significado constitucional de las jurisdicciones de equidad, como, en estos supuestos y análogos, no se trata de un problema restringido, de ordenamiento judicial, sino como una cuestión mucho más amplia de derecho constitucional. No ya sólo porque se haya subrogado en las funciones conciliadoras —propias en nuestro sistema de los Jueces de Distrito —al IRYDA y las Juntas Arbitrales, incluso como hemos visto a la Cámara Local Agraria, sino porque, incluso esa misma —siguiendo el criterio de ALMAGRO al respecto— función conciliatoria, ejercida e impuesta de modo preceptivo ante la Jurisdicción municipal, nos resulta marcadamente inconstitucional; en cuanto que, imperativa, constituye un obstáculo a la tutela efectiva y directa de los tribunales, al libre acceso a la Jurisdicción (art. 24-1 de la Constitución) y a la exclusividad e integridad jurisdiccional (art. 117-3).

Lo anterior no se puede obviar con la bienintencionada consideración de que estos procedimientos preliminares, como la conciliación, tratan de alcanzar la composición extrajudicial de la controversia; composición que si, en el sentido puro de la conciliación, tiene sus límites en nuestro sistema (art. 476 de la LEC), en todos

los supuestos no goza de los caracteres de cosa juzgada que alcanzan las resoluciones de la Jurisdicción y que marcan, sustancialmente, el concepto de la misma. Por si no fueran bastantes las razones antecedentes, coincidimos con ALMAGRO en que la imperatividad conciliatoria, o de las vías preliminares cuestionadas, supone al justificable un obstáculo y negativa a obtener un pronunciamiento judicial inmediato sobre su pretensión; y en los supuestos de las vías administrativas previas, sobre todo, sin las garantías de imparcialidad del órgano y bilateralidad del contradictorio ínsitas en la Jurisdicción.

En suma, reiteramos el criterio de inconstitucionalidad respecto a estos órganos en las funciones seudojurisdiccionales que la nueva ley les atribuye.

VII. — TIPOS PROCEDIMENTALES

a) *El juicio de desahucio por falta de pago de la renta convenida o cantidades asimiladas.*

A diferencia del sistema anterior, en que podían conocer en estos supuestos, si la cuantía de la renta anual excedía de 2.500,— pesetas, los Juzgados de Primera Instancia en la nueva ley se atribuyen en todo caso a los Juzgados de Distrito, además de limitarse (art. 128, párrafo primero) al supuesto de falta de pago de la renta o cantidades asimiladas.

La ley se remite al art. 1.571 y siguientes de la LEC, estableciendo ciertas particularidades:

1.^a El demandado podrá enervar la acción si, en cualquier momento anterior a ser notificado de la sentencia que no dé lugar a ulterior recurso, él u otra persona en su nombre, aunque obre sin su consentimiento, paga al actor o pone a su disposición en el Juzgado el importe de las cantidades en cuya inefectividad se sustente la demanda y el de las que en dicho instante debiere.

Sólo cuando el pago o la consignación se realice hasta el mismo día señalado para el juicio, y antes de su celebración, podrá éste proseguir por las costas, y en tal caso si el demandado intentare acreditar el ofrecimiento de las rentas al actor con anterioridad a la presentación de la demanda se admitirán otras pruebas procedentes en Derecho además de las que autoriza el párrafo segundo del artículo 1.579 de la Ley Procesal Civil.

2.^a El demandado podrá rehabilitar de plena vigencia el contrato y evitar el lanzamiento si, hasta el momento mismo en que fuere a

practicarse, él u otra persona en su nombre, aunque obre sin su consentimiento, paga al actor o pone a su disposición, depositándolo incluso en poder del encargado, de ejecutar la diligencia, que en todo caso lo tomará y dará recibo, el importe de las cantidades que por principal debiera en dicho instante, el 25 % del mismo y los intereses legales, a contar éstos desde la fecha de la demanda, por las sumas vencidas, y, desde el día en que el pago debió hacerse por las pendientes.

En tales casos se suspenderá el lanzamiento y, de haberse hecho cargo el Juzgado de las sumas pagadas por el demandado, requerirá al actor para que dentro del quinto día las reciba, procediendo a ingresarlas en el establecimiento correspondiente si transcurrido dicho plazo no lo hace.

Dentro de los diez días siguientes podrá el demandante pedir que, de cuenta del demandado, se tasen las costas y gastos legítimos que con ocasión del juicio hubiere realizado. Practicada la tasación, de resultar su importe igual o superior al 25 %, depositado por el demandado, se entregará al demandante; mas si fuere inferior, se reintegrará al demandado la diferencia, archivándose sin más las actuaciones, tanto en unos como en otros casos, sin perjuicio del derecho del actor a reclamar la diferencia ejercitando la oportuna acción personal.

Cuando el actor deje transcurrir los diez días sin instar la tasación, el Juzgado, de oficio y a cargo del demandado liquidará las costas judiciales exclusivamente y, entregando a este último la diferencia, si la hubiere, archivará asimismo las actuaciones.

3.^a Cuando se reiterare tres o dos veces consecutivas el uso del beneficio a que las precedentes reglas se refieren no tendrá efectos enervatorios la consignación efectuada, a cuyo fin el actor podrá, en el curso del litigio, alegar dicha reiteración y practicar la prueba para acreditarla.

Hasta aquí el texto legal, que hemos reproducido, y que, como vemos, junto a imprecisiones sintácticas, trata de acercar, en algunos aspectos con tintes de mayor progresividad, el régimen del desahucio de la LAR al vigente de la LAU. en el tema del desahucio por falta de pago.

b) *Retracto.*

Se aplicará el procedimiento de los arts. 1.618 y siguientes de la LEC (art. 129).

c) *Embargo de bienes para pago de deudas nacidos de contratos de arrendamiento o aparcerías, intervención de cosechas y asegura-*

miento de bienes agrícolas o pecuarios litigiosos se suscitarán por los trámites establecidos en la LEC para estos procesos (art. 1.307).

d) *Juicio de cuestiones generales.*

A diferencia del sistema precedente (art. 51-4, 3.º del Reglto. de 29 abril 1959), la nueva ley (art. 131) crea un nuevo procedimiento que, cualquiera que fuere el Juzgado competente, será el aplicable para las cuestiones no comprendidas en los supuestos anteriores, sujetándose a las reglas del juicio de cognición, con las singularidades siguientes:

— Posibilidad de usar ampliamente de las diligencias para mejor proveer, acordando toda clase de pruebas y solicitando antecedentes y asesoramientos, para dentro de cinco días dictar sentencia.

Entre dichas diligencias, si no hubiera incorporado por los litigantes, el Juez podrá solicitar informe a la Cámara Agraria del lugar de situación de las fincas en los casos en que deban tenerse en cuenta los usos y costumbres locales, aun cuando la no solicitud de este informe no constituye vicio de procedimiento ni en su falta puede apoyarse el recurso de revisión.

— El Juez o Tribunal tendrán en todo caso atribución plena para determinar la renta justa en cada caso sometida a su revisión o para establecer la cláusula de estabilización de renta en los contratos que no la tengan sin que la solicitud de aumento impida pronunciar fallo rebajando la renta o lo solicitado sobre el particular, y viceversa, no siendo preciso que el demandado haga uso de la reconvencción.

Fácil es apreciar que las particularidades que anteceden tienden hacia una socialización del proceso, conculcando seriamente principios básicos del proceso civil; ora la congruencia, ora el de aportación, en fin el dispositivo, núcleo del proceso civil liberal y, si, en aras de una mayor aproximación a la verdad material, quieren aumentarse las facultades del Juez, no se haga como aquí, con preferición de los derechos de las partes. Configúrese, tras estas mayores facultades, una audiencia a las partes para alegaciones sobre el resultado de la actividad del juzgador y se habrá salvado la bilateralidad del contradictorio y, con ello, el estigma de inconstitucionalidad que, en principio, a tenor del art. 24-2 de la Constitución, nos merece la bienintencionada, pero errónea a nuestro ver, innovación.

VIII. — RECURSOS

1) *Prohibición de impugnación aislada de las interlocutorias (art. 133).*

Salvo para las providencias de mero trámite (art. 376 LEC) en que se sigue el régimen general, se establece la novedad de que todos los incidentes, excepciones y reposiciones habrán de resolverse en la sentencia que decida la cuestión principal.

2) *Sentencias de los Juzgados de Distrito.*

Apelables ante las Audiencias Provinciales conforme al régimen general. Las resoluciones que dicten las Audiencias no serán susceptibles de recurso alguno.

3) *Resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia.*

Apelables ante las Audiencias Territoriales, se interpondrán en el plazo de diez días ante el Juez «a que» y por los trámites de los arts. 887 y siguientes de la LEC.

4) *Resoluciones de las Audiencias Territoriales en los asuntos en que conozcan por apelación.*

Siempre que la cuantía no sea inferior a 200.000,— pesetas, podrá entablarse en el plazo de diez días recurso de casación ante la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, fundado en alguna de las siguientes causas —motivos, en la terminología forense—:

1. Incompetencia de jurisdicción.
2. Quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, cuando hubiere producido indefensión.
3. Infracción de ley.
4. Manifiesto error de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas, siempre que este último resulte acreditado por la prueba documental o pericial obrante en autos.

La tramitación se desarrollará como sigue:

Preparación por medio de escrito presentado en la Audiencia Territorial dentro de los diez días siguientes a la notificación del fallo y se interpondrá y fundamentará, con firma de Letrado, ante la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, dentro del plazo de quince días, concedidos por la Sala en la providencia correspondiente. Interpuesto en forma el recurso, y recibidos los autos, la Sala ordenará que se entreguen éstos a las partes y al Ponente para instrucción por cinco días, a cada una, empezando por aquéllas. Instruido el Ponente, se manda-

rán traer los autos a la vista con citación de las partes, señalando día para su celebración, a ser posible dentro del mes siguiente. Celebrada la vista, se dictará sentencia dentro de diez días.

Como vemos, esta regulación contiene novedades con respecto al Decreto del 59. Otorga su denominación correcta al recurso, abandonando la errónea de revisión. Las causas se mantienen de modo análogo, obviando imprecisiones; se eleva a 200.000,— ptas. la cuantía para recurrir.

Se suprime, en fin, el recurso de casación en interés de ley, a imponer por el Ministerio Fiscal.

IX. — CAUCIONES (art. 136)

En los casos en que se discuta la cuantía de la renta el arrendatario deberá consignar, previamente ante el Juzgado, la pactada, de la cual podrá disponer el arrendador. Tratándose de aparcería, si fuere conocida la participación del cedente, deberá hacer la consignación de la figurada con los mismos efectos que la renta. Si no fuera conocida o determinada el aparcerero consignará o pondrá a disposición del cedente lo que estime adecuado, pudiéndose hacer cargo de ello el propietario, sin que ello implique conformidad, y el Juez, en la sentencia que dicte, atendiendo a las circunstancias del caso, prevendrá lo procedente en cuanto a lo que deba ser objeto de consignación.

En los casos de revisión, reducción o condonación de renta el Juez podrá autorizar al arrendatario o aparcerero a que consigne sólo una parte o dispensarle totalmente de consignar.

Los plazos de renta que venzan durante la sustanciación del pleito deberán ser consignados, bajo pena de tener por desistido de la reclamación del recurso al arrendatario o aparcerero.

X. — COSTAS (art. 134)

En general, para la primera instancia, se sigue el sistema objetivo o del vencimiento. En los juicios de desahucio se impondrán al demandado si se declara haber lugar al mismo o que hubiera procedido de no mediar el pago o la consignación, y al actor en los demás casos.

En las apelaciones y recursos ante la Audiencia o Tribunal, se deja en libertad al juzgador. Cuando el recurso se declare desierto se impondrán las costas al recurrente.

En los procesos sobre aumento o reducción o exoneración de renta, si no se accediera a la petición, será preceptiva en todas las instancias la imposición de costas al demandante.

En los pleitos sobre actualización de renta que tengan por objeto añadir al contrato cláusula de actualización, si el arrendatario se opusiera a su existencia será condenado en costas, si se opusiere en cuanto al módulo para fijar la renta o su cuantía se aplicará el régimen general.

En los litigios para fijar la renta o la porción de fincas sobre la que ha de recaer el arrendamiento, por conversión en aparcería, las costas serán por mitad para ambos litigantes.

El art. 121-2 «in fine» establece que cuando la resolución judicial confirme el informe o determinación del IRYDA o la decisión de la Junta Arbitral se impondrán de oficio las costas al vencido.

Esta regla, anómala y sorprendente, debe reputarse, también, inconstitucional, por violar el principio de igualdad ante la ley, pues lo lógico es que se previera la recíproca: en los supuestos en que la resolución judicial no sea conforme con el informe o determinación de los órganos en debate se impondrán las costas al IRYDA o Junta Arbitral si litigaren. En definitiva, no pueden conformarse ni órganos no jurisdiccionales, ni impedimentos económicos que limiten, obstaculicen o atemperen el derecho a la jurisdicción.

XI. — BENEFICIOS PROCESALES (art. 135)

Los procedimientos entablados y los recursos interpuestos al amparo de la nueva ley gozarán de los siguientes beneficios:

1. Serán de tramitación preferente tanto en los Juzgados de Distrito y de Primera Instancia como en las Audiencias Provinciales y Territoriales y ante el Tribunal Supremo.

2. Cuando se inste una resolución judicial que haya de surtir efectos en el futuro, como en los casos de conversión de la aparcería en arrendamiento, denegación de prórroga del arrendamiento o de la aparcería, entre otros, podrá plantearse la acción inmediatamente con el fin de sustanciar el litigio antes de que se produzca la fecha en que debe alcanzar efectividad el pronunciamiento, aun cuando no se ejecute hasta que la misma llegue y siempre que se mantengan las circunstancias que dieron lugar a la resolución.

De los dos beneficios pretranscritos el primero es una declaración fútil, dada «ad pompan vel ostentationem» y que si no fuéramos conscientes de su nula efectividad en el «usus fori», deberíamos advertir su inconstitucionalidad, por violar el principio de igualdad

ante la ley (art. 14 de la Constitución), sin que se nos alcance por qué han de ser más caros al legislador estos procesos de arrendamientos rústicos que los restantes, p. ej., si hay un interés más digno de protección en las acciones arrendaticias rústicas que en las que atañen al estado civil y condición de las personas.

El segundo de los pseudobeneficios, que merecería mayores comentarios, sobre todo de teoría general del proceso, nos indica muy bien en qué concepto tiene el legislador a las medidas cautelares.

XII.— DISPOSICIÓN GENERAL SUPLETORIA (art. 137)

Al igual que, en norma análoga, art. 51-6, dispusiera el Reglto. de 1959, establece la ley que, en todo lo no especialmente previsto, regirán en materia de jurisdicción, como supletorias, las disposiciones de la LEC y las orgánicas de los Tribunales.

XIII.— RECAPITULACIÓN CONCLUSIVA Y CRÍTICA

Hasta aquí un breve y apresurado repaso a la nueva ley que, quizá por la cercanía, no es más que una elemental aproximación. No obstante, queden planteadas nuestras advertencias y criterios respecto al paso atrás que puede suponer, cuando en aras de una malentendida progresividad, desconfianza hacia nuestros jueces e institutos procesales, cae, como ha sucedido, en un inquisitismo erróneo, acudiendo a reformas procesales en disposiciones extravagantes, además de parciales; carentes de engarce con nuestro sistema actual, que si, imperfecto, se halla dotado de una cierta organicidad, de que, sin duda, las reformas carecen, incidiendo, por lo demás, en claras y rechazables muestras de inconstitucionalidad.

NOTAS

LA EFICACIA DEL PROCESO

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
Catedrático de Derecho Procesal
Abogado

I. Inversión en la práctica de los principios que rigen el proceso.— II. El principio constitucional de eficacia del proceso: 1. El libre acceso a los Tribunales de Justicia; 2. El funcionamiento normal de los Tribunales de Justicia; 3. La duración razonable del proceso; 4. El coste soportable del proceso; 5. El cumplimiento de las resoluciones judiciales.— III. Infracción del principio constitucional de eficacia del proceso.

I. INVERSIÓN EN LA PRÁCTICA DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCESO

No es éste el momento de plantear de nuevo el problema de la significación del proceso en el ámbito del ordenamiento jurídico (1). En el fondo de cualquier concepción doctrinal se acepta en definitiva la idea de que el proceso es instrumento para aplicar o crear el derecho o para satisfacer aspiraciones jurídicas. Pero a la postre, tras el recorrido de la vía procesal, el ciudadano, la parte, se pregunta a sí mismo si habrá llegado a la meta. Y aunque el tema «satisfacción» es eminentemente subjetivo se puede observar empíricamente que en pocas ocasiones el proceso produce satisfacción, aun al litigante victorioso. Como mínimo, siempre existe en nuestra actual experiencia una importante dosis de impotencia o de frustración en cuanto a los resultados prácticos del proceso.

(1) Me remito, por todos, a las aportaciones más recientes sobre el tema de GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, 1981, págs. 239 y ss. y PÉREZ GORDO, *El concepto del Derecho Procesal*, en Estudios de Derecho Procesal, Zaragoza, 1981, págs. 48 y ss.

Esta observación empírica, acrecentada en los últimos tiempos hasta cotas que la convierten en habitual, está en pugna con los más elementales principios que rigen el proceso y que justifican su existencia en el ámbito del ordenamiento jurídico. Todos hemos sabido identificar, desde el punto de vista doctrinal, los principios rectores del proceso, pero al volver los ojos a la práctica y comprobar el funcionamiento real del proceso, observamos con estupor, que el proceso no se ajusta al paradigma preestablecido. ¿Puede acaso existir una contradicción mayor? ¿Se crea un instrumento con una finalidad bien definida, la de servir al derecho, y luego resulta que en la práctica la institución produce resultados contrarios a su objetivo! Si esta observación es cierta, el más elemental sentido común impone optar por una de estas dos soluciones: dejar de utilizar tan inadecuado instrumento, o «arreglarlo», reajustarlo para que cumpla con su cometido.

La primera solución, inviable en nuestra experiencia jurídica desde un punto de vista teórico, se impone en la práctica con inusitada frecuencia. En efecto, muchos procesos no llegan siquiera a plantearse, por diversas circunstancias que tienen que ver con los nulos resultados que previsiblemente se esperan de ellos. El ciudadano sólo acude al proceso «cuando no tiene más remedio». Esto significa que muchas aspiraciones jurídicas se frustran, se pierden o queman simplemente *non natas*. Lo grave es que la organización del Estado no proporcione otra alternativa u otro sustitutivo. En muchos de estos casos, ante la dejación de funciones del Estado, el ciudadano no ve otra salida que la autodefensa. Es ocioso señalar los peligros que encierra la producción de este fenómeno, porque en definitiva conduce a la destrucción del estado de derecho (2).

La segunda solución pasa ante todo porque exista una voluntad efectiva por parte de los poderes públicos en arreglar la disfunción del proceso. Todavía no se ha tomado conciencia clara de la urgencia y gravedad del problema. Una vez puestas las manos a la obra, el arreglo del proceso supone algunas reformas legislativas, ciertamente, pero sobre todo proporcionar medios adecuados para que las previsiones legales se puedan materializar y crear el clima favorable para un cambio de mentalidad en cuanto a la tolerancia respecto de las corruptelas procesales imperantes en la práctica. Si además se comienzan a aplicar las normas procesales desde la perspectiva de los principios instaurados en la Constitución, los resultados prácticos comenzarían a cambiar sensiblemente de signo.

(2) Sobre este problema, vid. el reciente editorial de esta Revista en el número 1 de 1982, *La quiebra de la justicia*.

II. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE EFICACIA DEL PROCESO

La experiencia acerca de la ineficacia del proceso civil es tanto más frustrante cuanto que el ciudadano dirige sus ojos a la Constitución y allí encuentra reiteradamente proclamado en diversos lugares algo que en su fuero interno ya se lo esperaba: que el proceso debe ser útil para lo que está previsto, que el proceso debe alcanzar sus objetivos, en una palabra, que el proceso debe ser eficaz. Y eso es algo que ve claramente, pero no entiende por qué en la práctica el desarrollo del proceso no se ajusta ni a la ley que lo rige, ni mucho menos al esquema constitucional.

Este desajuste constitucional del proceso debe ser revisado sosegadamente, pues si uno se atiene a la Constitución hay que llegar a la conclusión desalentadora de que la mayor parte de los procesos son inconstitucionales tal como se vienen produciendo en la práctica. ¡Hasta tal punto se han subvertido los principios que rigen el proceso! Lo relevante del caso es que una detenida lectura del texto constitucional conduce a revisar los principios de aplicación de la ley procesal y desde luego influiría decisivamente en los resultados prácticos. Es decir, la aplicación directa de la Constitución a múltiples situaciones procesales transformaría el resultado del proceso. Este saneamiento de costumbres está al alcance de la mano y es de los que no precisa reforma legislativa. Por ello no está de más exponer unos someros apuntes de lo que puede dar de sí el texto constitucional.

El art. 24,1 de la Constitución enuncia con carácter general el principio de eficacia del proceso o de la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos en vía jurisdiccional:

“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

El texto constitucional no es restrictivo, ni podría serlo por razón de su contenido. Esta observación significa que podemos leer el art. 24,1 de la Constitución de la siguiente manera: «En ningún caso se puede producir indefensión de las personas en la tutela de sus derechos e intereses legítimos por parte de los Jueces y Tribunales, pero además todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos». Esto quiere decir que la tutela efectiva no se limita a los casos en que se produzca indefensión, sino que es un principio más general ontológicamente ligado a la propia signi-

ficación del proceso en el ámbito del ordenamiento jurídico y que justifica precisamente su existencia. Por esta misma razón la tutela efectiva no es algo instantáneo, sino que se proyecta a lo largo de todas las etapas procesales. La eficacia de que habla el texto constitucional implica, cuando menos, las siguientes consecuencias:

1. La posibilidad efectiva de libre acceso a los Tribunales de Justicia.
2. El derecho a que los Tribunales de Justicia funcionen normalmente y con eficacia.
3. El derecho a que el proceso tenga una duración razonable.
4. El derecho a que el proceso tenga un coste económico soportable.
5. El derecho a que se cumplan las relaciones judiciales firmes.

Dada la amplitud del programa constitucional conviene reflexionar unos instantes sobre estas manifestaciones de lo que debe ser la tutela jurisdiccional efectiva y de los obstáculos que se encuentran en la práctica para conseguir que lo sea.

1. *El libre acceso a los Tribunales de Justicia.*

Esta es la primera consecuencia que deriva del art. 24,1 de la Constitución: Todo ciudadano debe tener libre acceso a la justicia. Insistir en este momento en los aspectos doctrinales de este principio es ocioso, por cuanto todas las posturas dogmáticas coinciden en dicha afirmación (3). El acceso a los Tribunales de Justicia se concreta, según ha tenido ocasión de decir el propio Tribunal Constitucional, en el derecho a la jurisdicción, es decir, «a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas» (4). Lo que importa, más allá de la simple enunciación del principio, es comprobar si en la práctica se cumple el programa constitucional o se queda simplemente en letra impresa, si esa libertad de acceso es o no efectiva.

A nivel de principios, a todo ciudadano sin excepción le está reconocido el derecho a acceder a los Tribunales de Justicia, es decir, *puede* acudir a ellos. En la práctica, sin embargo, las desigualdades provenientes de condicionamientos sociológicos son insoslayables y difícilmente evitables por muy avanzado que sea un sistema jurídi-

(3) Vid. por todos ALMAGRO NOSETE, *El "libre acceso" como derecho a la jurisdicción*, Rev. Fac. Der. Uni. Madrid, 1970 (37), págs. 95 y ss. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1976, págs. 113 y ss.

(4) Sentencias del Tribunal Constitucional de 8 junio 1981 (BOE 7 julio 1981) y de 14 junio 1981 (BOE 20 julio 1981).

co. Existen condicionamientos que de hecho desigulan la postura inicial de cualquier ciudadano, al menos, en términos relativos. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de elección de uno u otro Abogado, o en el hecho de que a uno le corresponda en suerte uno u otro Juzgado.

Con todo, esta inevitable desigualdad sociológica no es la más preocupante. La libertad de acceso a los Tribunales queda muchas veces abortada por otras causas, que no deberían producirse y que, aun estando anatematizadas por la propia Constitución, son determinantes de un acceso vedado. Los factores más relevantes que conducen a esta situación son el funcionamiento anormal de los Tribunales de Justicia, la excesiva duración del proceso, el coste exagerado del mismo e incluso la laxitud en cuanto al cumplimiento de las resoluciones judiciales. En diversa medida estos factores contribuyen a frustrar en reiteradas ocasiones la efectiva libertad de acceso a la justicia, en abierta contradicción con el principio de tutela jurisdiccional efectiva establecido en la Constitución. De aquí que el programa constitucional no deba quedarse en la mera enunciación del principio, sino que comporte la necesidad de eliminar esos factores que en la práctica frustran la libertad de acceso a los Tribunales.

2. *El funcionamiento normal de los Tribunales de Justicia.*

La tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos se basa asimismo en la expectativa de un funcionamiento normal de los Tribunales de Justicia. Esto exige las siguientes premisas mínimas:

a) El ciudadano tiene derecho a que exista una organización administrativa de la justicia que sea eficiente, es decir, a que haya el número de Tribunales necesarios y que éstos estén convenientemente ubicados. No puede decirse que no exista un mínimo de organización, pero al menos hay hechos notorios en contra de una buena organización: existen Juzgados saturados de asuntos y con exceso de trabajo y otros que sensiblemente tienen menos trabajo del que razonablemente podrían realizar; se crean Juzgados en base a módulos de población y no en función de la litigiosidad o de las necesidades reales de sus habitantes. ¿Es tan difícil una reorganización administrativa? A juzgar por los hechos habría que pensar en una respuesta afirmativa, pero lo que está claro es que tal situación supone un grave quebranto del texto constitucional.

b) No sólo debe existir una organización administrativa racional en la Administración de Justicia. Es preciso, además, que los

Tribunales estén dotados de suficiente personal. Y bien, ¿cuántos Juzgados están sin Juez, sin Secretario o sin personal auxiliar? ¿Cómo se justifica en los últimos tiempos la trashumancia en algunos Juzgados? Más valdría no hacer un chequeo de la situación para no llevarse la mano a la cabeza (5). Pero el caso es que es imprescindible dotar de personal a los Juzgados y a los Tribunales para adaptarse a la letra de la Constitución.

c) Además de la dotación humana, el funcionamiento normal de la Administración de Justicia exige la dotación de medios materiales suficientes para poder cumplir con su misión. Es conocida hasta la saciedad la precariedad de medios en que se desenvuelve la actividad judicial. El tema es ya tópico, el mal endémico. Hasta se podría decir que se ha creado el hábito de oír hablar del mismo sin mayor afectación. Pero entonces también es inútil hablar de eficacia.

d) Pero sobre todo, aun conociendo estos defectos estructurales y la penuria económica en que se desenvuelve la Administración de Justicia, lo mínimo que exige el principio constitucional de eficacia de la justicia es que los recursos que tiene asignados se aprovechen al máximo. En este sentido, el camino por recorrer es largo y desde luego exige que se introduzcan en los Tribunales verdaderos criterios de organización empresariales.

Las posibilidades de sacar mayor partido a los medios existentes son obvias. A título de ejemplo podrían citarse casos concretos como los siguientes:

- La unificación en todos los Tribunales de los formularios para las actuaciones que se reiteran.
- La unificación de los impresos para los actos de comunicación.
- La simplificación y unificación de los modelos de edictos.
- La centralización de pagos y cobros en una sola oficina.
- El aprovechamiento de la organización administrativa del Estado en su conjunto, vgr., la generalización de las notificaciones por correo.
- El sacar mayor rendimiento a las cuentas de consignación bancarias, que por el momento sólo rinden provecho al Banco beneficiario de los depósitos.

(5) Como muestra, vid. MARTÍ, C. y VILLAREJO, M. E., *Informe sobre el estado de la administración de justicia en Catalunya*, Anuario Sociología y Psicología Jurídicas, 1979, págs. 45 y ss. También, *Déficit de personal en los Juzgados de Cataluña*, ibidem, 1977.

e) Ahora bien, el derecho al funcionamiento normal de la Administración de Justicia no se reduce sólo al ámbito de la organización. Los problemas de organización repercuten notoriamente en la observancia de las normas procesales, que son precisamente las reglas de juego que vienen impuestas. Y en este sentido es absolutamente desconcertante que los Tribunales no observen las reglas de juego, o que se vean impotentes para cumplirlas y que además inconscientemente se generalice esa práctica y se convierta lo que es norma procesal en la excepción. Tomemos un ejemplo gráfico: Es notorio que la ley procesal impone la presencia física del Juez en múltiples actuaciones procesales, es decir, su intermediación. Por otra parte, es de sentido común que el proceso se desenvuelva ante la presencia judicial. Sin embargo, ¿qué es lo que ocurre en la práctica? El Juez es el gran ausente, las actuaciones que debían ser orales se practican por escrito, a lo sumo ante el Oficial del Juzgado. Imaginemos ahora la escena que se produce en la práctica cuando alguien —tímidamente— reclama la presencia judicial en un trámite en el que la propia ley lo exige. Inconscientemente todo el mundo se vuelve suspicaz, porque el tema se sale de la rutina habitual. Sin embargo, tal actitud supone tan sólo reclamar el cumplimiento de la ley procesal. Echándole leña al fuego, leemos en el art. 120,2 de la Constitución que el procedimiento será predominantemente oral y uno se pregunta si habrá leído bien el texto constitucional.

Por otro lado, cada vez se viene sintiendo más la necesidad de hacer más humana la justicia (6) y parece obvio que a esta humanización podría contribuir no poco la presencia del Juez en las actuaciones judiciales. Sin embargo, esta aspiración se presenta como una meta inalcanzable. Entonces, ¿por qué no borrar del programa constitucional esta previsión? Lo que parece claro es que a lo que ocurre en la práctica no puede llamarse funcionamiento normal de la Administración de Justicia.

f) Todavía otro dato: el funcionamiento normal de la Administración de Justicia implica además que los Tribunales no hagan dejación de sus funciones, sino que utilicen las posibilidades que la ley les otorga para el cumplimiento de los fines del proceso. ¿Qué duda cabe de que muchas veces ni siquiera se llegan a utilizar las propias previsiones legales?

(6) El Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil celebrado en Gante (Bélgica) en 1977 adoptó como lema: *Towards a Justice with a human face*. Vid. asimismo los estudios de FAIRÉN GUILLÉN y GELSI BIDART sobre *La humanización del proceso*, en las actas del mismo.

3. La duración razonable del proceso.

La tutela jurisdiccional efectiva según el artículo 24,1 de la Constitución significa, asimismo, que el proceso debe tener una duración razonable. Esta exigencia en cuanto a la duración del proceso viene, asimismo, reforzada por el párrafo segundo de este mismo artículo, que indica que todos tienen derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y por el artículo 6,1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, ratificado por Instrumento de 29 de septiembre de 1979 (BOE de 10 octubre 1979), en relación con la remisión que efectúa el art. 10,2 de la Constitución (7).

a) En principio, la duración razonable del proceso coincide con la duración prevista en la ley. Cuando ésta establece unos plazos para las actuaciones judiciales es porque razonablemente los considera adecuados para poder llevar a cabo dentro de ellos las actividades necesarias. Y puede decirse que, en conjunto, los plazos previstos en las leyes procesales son razonables, incluso algunos pecan de excesivamente cortos. Lo grave del caso es que esos plazos legales no se cumplen ni siquiera aproximadamente: el proceso en la práctica dura mucho más de lo que está previsto en la ley. Así que hoy en día no hay que afanarse en pedir la aceleración o el acortamiento del proceso. La reducción del tiempo de duración de los procesos pasa ante todo por la simple observancia de la ley procesal.

b) La excesiva duración de los procesos se debe a múltiples causas, entre las que ya se han señalado las que derivan de la propia organización de la Administración de Justicia (8). Pero la causa más importante de todas es el puro y simple incumplimiento de la ley procesal y de los principios que legalmente inspiran la activi-

(7) El art. 10,2 de la Constitución dispone: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España."

Por su parte, el art. 6,1 del Convenio de 29 septiembre 1950 dice: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial..."

(8) Básicamente, el excesivo número de asuntos por juez y la insuficiencia de dotaciones. Pero éstas no son las causas exclusivas, sin duda alguna. Baste pensar en los recientemente creados Juzgados de Familia que por el número de asuntos que se han presentado hay que considerar como holgados y no sobrecargados de trabajo. Sin embargo, ya se ha empezado a experimentar gráficamente cómo es prácticamente imposible tramitar un asunto en el plazo señalado por la ley. ¡Y no acabamos más que empezar!

dad jurisdiccional, lo cual hace que la dilación sea mayormente indebida.

Es de todos conocido, por ejemplo, que el Real Decreto-ley de 2 de abril de 1924 estableció el principio de impulso oficial en el proceso civil, según el cual los términos judiciales se suceden uno a otro sin necesidad de instancia de parte. Pues bien, todo el mundo sabe que uno de los principales entendimientos de los Abogados y Procuradores es gestionar cada día que los autos no se «atasquen» y sacar papeles del Juzgado. Resulta asimismo anecdótico señalar que si la previsión del artículo 3.º de dicho Real Decreto-ley se cumpliera en la práctica, Jueces y Secretarios tendrían su sueldo empuñado a final de mes, a pesar de que la multa prevista en dicho precepto es tan sólo de 50 pesetas (9).

También resulta sintomático que para justificar dogmáticamente éste, al parecer, inevitable retraso nos hayamos inventado la distinción entre plazos propios e impropios. Los primeros obligan sólo a las partes, los segundos son un paliativo dogmático para permitir a los Jueces realizar su actividad con el retraso que haga falta, no obstante lo que prescribe la ley procesal: «Las actuaciones y diligencias judiciales se practicarán dentro de los términos señalados para cada una de ellas. Cuando no se fije término, se entenderá que han de practicarse sin dilación» (art. 301 LEC). La desigualdad de la situación es sencillamente inconstitucional, pero se ha convertido en una regla de juego «consuetudinaria». Ante esta degradación de una norma procesal, no es extraño que por contagio acaben contaminándose las demás normas que todavía se respetan.

c) La duración del proceso en la práctica más allá de lo previsto por las normas legales es dilación indebida y se traduce simplemente en la *indefensión* a que alude el artículo 24,1 de la Constitución (10). Indefensión es tanto la justicia retrasada, cuanto la justi-

(9) El art. 3.º del RDL de 2 abril 1924 dice: "Los Secretarios judiciales y de Sala que no den cuenta por escrito al Juez o Tribunal respectivo de haber transcurrido los términos en el día siguiente al de su vencimiento incurrirán en la multa de 50 pesetas, que les será impuesta de plano y no podrá ser condonada. Los Jueces y Tribunales serán responsables de la expresada multa, de no haberla impuesto en el primer proveído que dictaren después de haber cometido la falta."

(10) El Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre un aspecto del retraso del proceso por no ejercitar el Tribunal los poderes que la ley le otorga, en relación con el art. 24,1 de la Constitución. La sentencia de 14 de julio de 1981 (BOE de 20-VII-1981) contiene las siguientes afirmaciones de la mayor trascendencia:

"El artículo 24 de la Constitución supone no sólo que todas las personas tienen derecho al acceso a los Tribunales para el ejercicio de sus derechos

cia incompleta y no digamos la denegación de justicia o la producción de daños y perjuicios. Esta indefensión se pone de relieve, por ejemplo, en hechos como los siguientes:

a') Muchos asuntos no llegan siquiera a plantearse ante los Tribunales porque el tiempo que previsiblemente durarán hace desaconsejable iniciarlos. Es indefensión pura y simple que incluso pasa desapercibida y que sólo encuentra eco en la conciencia del ciudadano afectado y en el estudio de su Abogado. En estos casos la eficacia constitucional del proceso exige la puesta en funcionamiento de un adecuado sistema de medidas cautelares.

b') Otros asuntos, una vez planteados ante los Tribunales, tardan demasiado tiempo en resolverse, dando lugar a derogación o cambio de la ley, o pérdida de interés de los objetivos del proceso, cuando no a la desaparición pura y simple del objeto del proceso.

e intereses legítimos, sino también que dichas personas tienen derecho a 'obtener una tutela efectiva' de dichos Tribunales, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. La tutela efectiva supone que los recurrentes sean oídos y tengan derecho a una decisión fundada en derecho, ya sea favorable o adversa.

Este derecho a la jurisdicción reconocido en el párrafo número 1 del mencionado artículo 24 no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se otorgue por éstos dentro de los razonables términos temporales en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. El ámbito temporal en que se mueve el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales lo viene a consagrar el párrafo número 2 del mismo artículo 24 de la Constitución al hablar de un 'proceso público sin dilaciones indebidas', y aunque pueda pensarse que por el contexto general en que se utiliza esta expresión sólo está dirigida en principio a regir en los procesos penales, ello no veda que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial deba plantearse como un posible ataque al mismo las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso. Es en este sentido en que se manifiesta la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales al establecer en su artículo 6, número 1, a que 'toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial...'. A su vez, este plazo razonable fue interpretado por el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre primeramente para los procesos penales (asuntos Neumeister y Ringelsen) y posteriormente extendido para los procedimientos ante las jurisdicciones administrativas (caso König), en el sentido de que el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse según las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta fundamentalmente 'la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente y la forma en que el asunto haya sido llevado por las autoridades administrativas y judiciales' (Cour Eur. D. H., Affaire König, décision du 23 avril 1977, serie A, núm. 27, p. 34)."

Contra estos hechos ni siquiera el principio de litis pendencia parece ofrecer una protección suficiente (11).

c') Particularmente sensible en esta materia es el tema de la inflación monetaria que agrava los resultados de un proceso victorioso sobre reclamación de cantidad, convirtiéndolos en pírricos. Como es sabido, el interés legal del dinero sigue fijado en un 4 %, cuando todo el mundo sabe cuáles son los intereses bancarios que rigen en la práctica. Pues bien, sumados los factores del interés legal del dinero, más la tasa de inflación anual, junto con la casi seguridad de evitar la condena en costas, y teniendo en cuenta la duración real del proceso, resulta que éste se convierte en un gran negocio para el deudor avisado. Nadie diría que ésa es la finalidad del proceso, sobre todo cuando para paliar esos riesgos inevitables de la duración del proceso existe la litispendencia y, mucho menos, si tenemos en cuenta el contenido del artículo 24 de la Constitución. ¿Qué es lo que ocurre entonces? Que el principio chiovendiano de que la duración del proceso no debe ir en detrimento del actor (12) —cosa lógica, por otra parte— se invierte cada día en la práctica. Esta disfunción del proceso es obvio que choca con el texto constitucional y que de inmediato debe ser corregida la aplicación de la ley procesal para ajustarla a los principios constitucionales.

d') Pero también desde el punto de vista del deudor la duración excesiva del proceso puede redundar en su perjuicio, sin culpa alguna por su parte. El art. 921 bis de la LEC, introducido recientemente en dicho texto legal con criterio realmente equivocado (13), dispone: «Cuando la resolución condene al pago de una cantidad líquida, ésta devengará, desde que aquélla fuere dictada hasta que sea totalmente ejecutada, en favor del acreedor, el interés básico o de redescuento fijado por el Banco de España incrementado en dos puntos, salvo que interpuesto recurso fuera revocada totalmente. En los casos de revocación parcial, el Tribunal resolverá con arreglo a su prudente arbitrio». La pregunta es obvia: ¿Qué culpa tiene el deudor de que la ejecución se retrase más allá de lo que la ley prevé? O bien, ¿qué culpa tiene el deudor de que, por ejemplo, el ejecutante no solicite la ejecución de la sentencia?

(11) Vid., por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1980 (Aranzadi 239).

(12) Vid. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, pág. 137.

(13) Vid. LOZANO HIGUERO, *El artículo 921 bis de la LEC*, "Justicia 81", págs. 113 y ss.

4. *El coste soportable del proceso.*

La tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos también significa que el proceso debe tener un coste soportable, es decir, que guarde proporción con los resultados económicos del proceso.

Queda fuera de toda duda que el hecho de carecer de recursos económicos suficientes para litigar a nadie debe vedarle el acceso a la justicia. Este derecho a la justicia gratuita tiene también rango constitucional (14) y desde luego hay que considerarlo incluido dentro del principio de eficacia del proceso proclamado por el artículo 24,1 de la misma.

Pero la tutela efectiva de Jueces y Tribunales significa algo más: el inevitable coste del proceso no debe anular sus resultados, produciendo ya sea una justicia menguada, ya sea la indefensión más absurda que imaginarse pueda: es inconcebible tener que pagar por el proceso más del beneficio que se extrae de él. Como este resultado es una aberración, la consecuencia en la práctica también es clara: el proceso no llega siquiera a iniciarse. Por ello es un dato empírico insoslayable que existe un gran número de derechos e intereses legítimos que quedan absolutamente desprotegidos y que a nadie se le ocurre plantear en vía jurisdiccional por más que ése fuera su lógico deseo.

Esta incuestionable observación empírica afecta a gran número de procesos (15). Por no referirme más que a los ordinarios baste apuntar dos ejemplos: la desaparición en la práctica del juicio verbal civil ordinario, porque su coste supera en mucho el límite superior de la competencia objetiva en dicho juicio. Coste desproporcionado que afecta también a los juicios de mayor y de menor cuantía que sobrepasan en poca cantidad el límite inferior de la competencia objetiva en dichos juicios.

El coste del proceso viene asimismo inducido por el factor duración del proceso, sobre todo cuando se producen dilaciones indebidas. Desde este punto de vista, ya se ha señalado cómo el interés legal del dinero y la inflación añaden un coste suplementario al proceso, que cae al margen de la Constitución.

Independientemente de determinadas correcciones legislativas, la aplicación directa de los principios constitucionales haría cambiar

(14) El artículo 119 de la Constitución dice: "La justicia será gratuita, cuando así lo disponga la ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar."

(15) Vid. DE MIGUEL, *Los costos y las costas en el proceso civil español*, RDPProc., 1969, págs. 901 y ss. MUÑOZ SABATÉ, *La ineficacia de las reclamaciones judiciales de cantidad en España*, RJCAt., 1972, págs. 65 y ss.

de signo la eficacia del proceso, que queda en entredicho por razones económicas. Así, en los procesos más sencillos, la observancia escrupulosa de las normas legales acortaría el indebido retraso de los mismos y reduciría su coste. La aplicación estricta del principio de litispendencia al tema de la inflación monetaria haría cargar sobre el perdedor las consecuencias desfavorables de la misma. La imposición de costas al litigante vencido en juicio, que no ha pagado «porque no le ha dado la gana», no viola las normas procesales vigentes en la materia. Únicamente supone considerar como criterio de temeridad y mala fe el hecho del impago sin razones de peso y con el solo propósito de aprovecharse de la actual ineficacia del proceso. La adopción rápida y efectiva de una medida cautelar, con las adecuadas garantías, paliaría la inevitable duración del proceso y aseguraría la eficacia del mismo. Y así sucesivamente.

Mientras no se comiencen a adoptar criterios de actuación como los apuntados, el proceso que resulta en la práctica no tiene nada puede calificarse de sorprendente, por tautológica:

5. *El cumplimiento de las resoluciones judiciales.*

La eficacia del proceso programada en el artículo 24,1 de la Constitución implica asimismo por antonomasia el cumplimiento de las resoluciones judiciales firmes. Dicho principio está, además, explícitamente reforzado por el texto constitucional en una norma que pueda calificarse de sorprendente, por tautológica:

"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" (art. 118 de la Constitución).

Aunque no existiera este precepto, ¿qué sentido tendría la actividad jurisdiccional si sus resoluciones fuesen ignoradas? La Constitución ha querido recalcar esta consecuencia inmanente a la vía procesal, porque sin duda pensaba también en lo que ocurre en la experiencia práctica. Si existe laxitud en el proceso de declaración, la ejecución no le va a la zaga. Tal vez por esta razón, la Constitución quiso conjurar el peligro, recalando algo que era obvio.

Es sin duda en el momento de la ejecución cuando se «palpa» la eficacia del proceso. La mera declaración retórica no satisface al litigante, salvo algunas excepciones. Que la sentencia diga al acreedor que tiene derecho a cobrar y que su deudor tiene que pagarle, es algo que el litigante hubiera querido ahorrarse: «para este camino no se necesitan alforjas». Lo que él quiere desde el primer momento es

costrar, materializar ese derecho. Y esto es precisamente lo que espera de la ejecución procesal.

La satisfacción de esta lógica esperanza, que además «es de justicia» cuando hay de por medio una resolución firme, exige un cambio radical en la experiencia práctica de la ejecución. Esta debe dejar de ser una fase residual del proceso y recuperar su primacía en orden a la verdadera eficacia de la tutela jurisdiccional.

Ello supone ante todo la utilización efectiva de los medios que la ley pone al alcance de los Tribunales para cumplir con lo ordenado y aquí sí que no hay vuelta de hoja: Si el Tribunal no los utiliza está incumpliendo el mandato constitucional. La ley pone al servicio del Tribunal todos los poderes de coacción necesarios, basta con echar mano de ellos (16). ¿Quién se lo impide, entonces?

Este principio constitucional de eficacia de la ejecución exige asimismo el cumplimiento *específico* de las resoluciones judiciales en la medida en que proporcionen la satisfacción adecuada al litigante victorioso. ¿Que ello supone, vgr., revitalizar el delito de desobediencia a la autoridad judicial? Pero, ¿en qué quedamos? ¿El delito existe o no existe en el Código Penal? De vez en cuando no está de más releer los textos legales vigentes para encontrarse con sorpresas. También habrá que llevar a la práctica la «desparcelación» del ordenamiento jurídico. Por otro lado, los medios de ejecución sustitutivos de una ejecución específica sólo deben emplearse cuando realmente ésta sea imposible.

En fin, la ejecución debe ser completa y total, hasta proporcionar al ejecutante todo lo que la resolución jurisdiccional le ha dado. Sólo en este momento la tutela jurisdiccional será efectiva, de verdad.

III. INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE EFICACIA DEL PROCESO

Hasta el momento se han efectuado unas breves reflexiones sobre el contenido mínimo de la tutela jurisdiccional efectiva proclamada en el artículo 24 de la Constitución. Si se tienen en cuenta todos los datos que aporta la experiencia, resulta que la mayoría de los

(16) Como ejemplo puede tomarse el caso resuelto en el recurso de amparo 6/1981, que dio lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981 (BOE de 20-VII-81): El retraso denunciado por el recurrente tenía su origen en que el Tribunal permanecía inactivo y no utilizaba las posibilidades coactivas que le concede la ley de jurisdicción contencioso-administrativa para conseguir que la Administración Pública enviase el expediente administrativo. Casos como el presente son "el pan nuestro de cada día".

procesos se desarrollan al margen de la Constitución, o al menos poniendo en entredicho gravemente el principio constitucional de eficacia, ya sea por una u otra razón.

El remedio a esta situación hay que buscarlo sobre todo por una vía preventiva. Es preciso concienciarse del programa constitucional y obrar luego en consecuencia. Por ello, todos los que participan en la Administración de Justicia deben verificar, día a día, el caminar del proceso por la senda constitucional y, con los oportunos golpes de timón, corregir su rumbo. El hombre es una vez más el protagonista de la justicia: tiene la justicia que de verdad quiere.

A nivel operativo y como mecanismo de control secundario, la ley ofrece algunas opciones.

La violación del principio constitucional de eficacia del proceso por cualquier causa es tutelable a través del recurso de amparo constitucional, pues el artículo 24 de la Constitución se encuentra dentro del grupo de derechos y libertades fundamentales que la Constitución considera susceptibles de recurso de amparo (art. 53,2 Constitución). Se puede reparar la jurisprudencia constitucional para comprobar que el artículo 24 de la Constitución se lleva la palma en cuanto al número de casos en que se ha alegado como infringido (17). No es extraño, pues ya se ha hecho alusión a la realidad práctica del proceso.

Para utilizar esta vía se han de observar los presupuestos a que alude el artículo 44 de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (18). De hecho, y con excelente criterio, el Tribunal Constitucional está interpretando estos presupuestos con una óptica sumamente espiritualista, que es de alabar. Así, por ejemplo, el hecho de no haber agotado los recursos dentro de la vía

(17) Repasando las resoluciones publicadas en el BOE se encuentra ya más de una docena de recursos de amparo, cuyo fundamento principal era la infracción del artículo 24 de la Constitución, en todo tipo de procesos.

(18) El artículo 44 de la Ley 2/1979 de 3 de octubre señala como requisitos de este recurso de amparo:

a) Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial.

b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

c) Que se hayan invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello.

Además, se debe interponer el recurso en el plazo de veinte días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

judicial es considerado en función de las circunstancias concretas del caso (19), la alegación formal del derecho constitucional vulnerado es interpretada con criterio ampliamente favorable al recurrente (20), etc. Es de esperar que esta línea de actuación se mantenga, sin caer en la tentación de «podar» los recursos de amparo, inadmitiéndolos por criterios formalistas. Se puede ya observar cómo existe una cierta saturación en el trabajo del Tribunal Constitucional, hasta el punto de que éste tampoco puede cumplir los plazos legales para resolver los recursos de amparo. Y es que no se puede caer en la tentación de escribir determinados preceptos en la Constitución, de establecer un Tribunal Constitucional con un mecanismo de actuación que se presenta como eficaz, y luego esperar que el ciudadano no lo utilice. Si lo que éste está deseando es algo que funcione y en cuanto vislumbra una posibilidad, se encuentra con que la avalancha produce el colapso. ¡Verdaderamente el sino de los casos judiciales entre nosotros es «hacer cola» a las puertas de la justicia!

Desde otro punto de vista, la indefensión en que se traduce la ineficacia del proceso es susceptible de producir daños y perjuicios. De hecho, éstos se producen de una u otra forma casi siempre y lo grave del caso es que la reparación de los mismos se presenta erizada de dificultades y en forma incompleta. Daños y perjuicios son, al fin y al cabo, los costes suplementarios que derivan de la defectuosa aplicación del proceso tal como viene diseñado por las leyes. La dilación indebida, por ejemplo, siempre produce un coste extra, no difícil de evaluar. E incluso el éxito de un recurso de amparo contra un acto u omisión de un órgano judicial debería dar lugar, como mínimo, a la indemnización de los costes producidos por la tramitación de dicho recurso. Sin embargo, como se acaba de indicar, esta vía está prácticamente virgen en nuestra experiencia jurídica, a pesar de las previsiones legales.

Así, por ejemplo, la LEC siempre ha dejado a salvo la responsabilidad para reclamar daños y perjuicios que se produzcan como consecuencia del retraso de la justicia. Con carácter general prevé esta posibilidad del artículo 301 LEC, tras establecer el principio de que las actuaciones judiciales han de practicarse dentro de los términos señalados para cada una de ellas: «La infracción... será corregida disciplinariamente según la gravedad del caso, sin perjuicio del derecho de la parte agraviada para reclamar la indemnización de per-

(19) Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 julio 1981 (BOE 20-VII-1981) y de 2 febrero 1981 (BOE 24-II-1981).

(20) Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 enero 1981 (BOE de 24-II-1981) y de 30 marzo 1981 (BOE 14-IV-1981).

juicios y demás responsabilidades que procedan» (21). Por lo demás, este principio viene hoy avalado por lo dispuesto en el artículo 121 de la Constitución: «Los daños... que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley».

El secreto estriba en comprender que, sin perjuicio de la posible responsabilidad personal del funcionario actuante, la responsabilidad directa frente al ciudadano perjudicado es, ante todo y sobre todo, de la Administración. ¿Qué duda cabe, por ejemplo, de que el retraso, fuera de los términos que prevén las normas procesales, es funcionamiento anormal de la Administración de Justicia? No puede olvidarse que el Estado, en la experiencia jurídica actual, es el que ha asumido las cargas que comporta la Administración de Justicia, a cambio de suprimir la autodefensa privada. Es decir, el Estado se ha comprometido a proporcionar el servicio de la Administración de Justicia a los particulares. Pues bien: también es una doctrina pacífica de responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de un servicio público (22). ¿Es que acaso la justicia no lo es?

Sin embargo, hay que recordar una vez más, para concluir, que estas vías operativas no son los principales medios para lograr la tutela jurisdiccional efectiva. Son, no puede negarse, paliativos. El tema de la eficacia exige siempre una solución previa y no un remedio a posteriori. Por ello se impone desterrar ciertos paradigmas operativos imperantes en la práctica e invertir su signo. Más que nada se trata de invertir el signo de los resultados que se producen en la práctica y adaptarlo a los principios que inspiran el proceso. El apoyo legal se encuentra en la propia ley procesal y está asimismo reforzado a nivel constitucional. Sólo queda «digerir» esos principios constitucionales y convertirlos en fuente de actuación práctica.

(21) Otras disposiciones insisten en casos particulares: art. 280 LEC, por ejemplo.

(22) Vid., recientemente, BLASCO ESTEVE, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Madrid, 1981.

**LA SUSPENSIÓN DE ACUERDOS
DE LAS CORPORACIONES LOCALES Y EL ARTICULO 118
DE LA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVA, A LA VISTA DE LA NUEVA
REGULACION**

ANDRÉS MOREY JUAN

I. INTRODUCCIÓN

El cambio político español ha supuesto, naturalmente, un cambio sustancial en las estructuras del Estado. Cuestión fundamental en dicho cambio es la constitución de una nueva Administración Territorial, las Comunidades Autónomas y, con ellas, un reforzamiento y ampliación del concepto de autonomía.

La nueva concepción autonómica de la Constitución Española, no se detiene en las Comunidades Autónomas, sino que afecta, también fundamentalmente, a la Administración Local, ya que la provincia y el municipio son considerados, en sus artículos 140 y 141, como personas jurídicas plenas y autónomas a las que se dota de estructuras democráticas.

La reforma política, en este sentido, ha forzado la modificación de numerosos preceptos de la legislación local, por opuestos a la autonomía municipal, y ha afectado, pues, básicamente, a la legislación y a las estructuras administrativas.

Uno de estos cambios o modificaciones se ha producido respecto de la suspensión de acuerdos de las Corporaciones Locales por sus propios Presidentes o por el Gobernador Civil, de modo que la suspensión deja de ser una manifestación de la acción de tutela de unas Administraciones públicas sobre otras y queda únicamente concebida como un efecto previsto por la ley, en unos casos determinados, y cuya efectividad final o no queda al juicio de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El objeto de este estudio es analizar cómo este cambio en el régimen de suspensión de los acuerdos de las Corporaciones Locales ha afectado al procedimiento especial fijado en el artículo 118 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para los casos en que dicha suspensión se produjera por infracción manifiesta de las leyes. Para hacer este análisis partiremos de reflejar la situación anterior a la reforma de la Ley 40/1981 de Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, con el estudio de la misma, referido exclusivamente al tema que nos ocupa.

II. LA SUSPENSIÓN DE ACUERDOS EN LA LEY DE RÉGIMEN LOCAL

La vigente Ley de Régimen Local, Texto articulado de 1955, en ejecución y desarrollo de las bases 37 y 56 de la Ley de Bases de 1945, estableció en sus artículos 362 y siguientes un procedimiento de suspensión de los acuerdos de las Corporaciones Locales. Suspensión que primariamente correspondía a los Presidentes de la citadas Corporaciones cuando los acuerdos incurrieren en los siguientes supuestos:

- a) Cuando recaigan en asuntos que según las leyes, no son de su competencia.
- b) Cuando constituyan delito.
- c) Cuando sean contrarios al orden público, y
- d) Cuando constituyan infracción manifiesta de las leyes.

En los tres primeros casos el procedimiento de confirmación o revocación de la suspensión acordada por el Presidente de la Corporación Local, era de carácter administrativo, de modo que la autoridad a quien correspondía la revocación o no de la suspensión era del Gobernador Civil.

Además, en estos casos, cabía que supletoriamente el Gobernador suspendiera el acuerdo cuando no lo hubiere efectuado el Presidente de la Corporación, tal como prescribía el artículo 364 de la Ley. De este modo, parecía que el Gobernador solamente intervenía en los tres primeros casos y no en el cuarto, que como veremos, tiene otro procedimiento de revocación o confirmación. Sin embargo, el artículo 365 de la Ley de Régimen Local introducía la duda al decir: «Cuando los Presidentes de las Corporaciones Locales no hubieren hecho uso de la facultad de suspender los acuerdos de las mismas que se hallen en alguno de los casos que enumera el artículo 362, el Gobernador Civil deberá acordar la suspensión...». De este modo, la suspensión subsidiaria se vio ampliada de hecho a todos los casos del artículo 362 y no únicamente a los tres primeros.

El artículo 366 de la Ley, fijaba el procedimiento a seguir en la suspensión de los acuerdos en el cuarto caso; es decir, en caso de infracción manifiesta de las leyes. Este procedimiento era jurisdiccional y suponía un proceso ante la jurisdicción contencioso-administrativa en procedimiento o vía de primera instancia y ante los entonces Tribunales provinciales.

Así, el citado artículo determinaba que en este caso el Presidente de la Corporación diere traslado, en el plazo de 48 horas, al Tribunal Provincial de lo Contencioso-Administrativo, el cual en el término de quince días y con audiencia del Fiscal revocará la suspensión o declarará la nulidad del acuerdo. Contra la sentencia del Tribunal Provincial podía interponerse recurso de apelación.

El Texto Refundido de 8 de febrero de 1952 de lo Contencioso-Administrativo recogía el tema en sus artículos 20 y 69. En el primero decía que los Tribunales Provinciales de lo Contencioso conocerían en primera instancia de las suspensiones de acuerdos por infracción manifiesta de las leyes y, en el segundo, establecía la misma tramitación que hemos reseñado al analizar el artículo 366 de la Ley de Régimen Local.

El sistema no contempla, pues, al Gobernador Civil y las dudas se plantearon en torno a la posibilidad de que éstos actuaran sustituyendo la iniciativa de los Presidentes de las Corporaciones Locales en este caso, dudas que quedan definitivamente despejadas en la vigente Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa por su artículo 118, que en su momento analizaremos, el cual aclara que los Gobernadores son también órgano que suspende en el supuesto de infracción manifiesta de las leyes.

Queda por resaltar que el procedimiento jurisdiccional establecido no contemplaba la intervención ni la audiencia de la Corporación, propiamente dicha, ni de los interesados o posibles afectados por el acto suspendido o, en su caso, anulación del acuerdo de suspensión. Viene ello a colación por la afirmación legal de que la sentencia era susceptible de apelación, porque ello quiere decir que el apelante sólo podía ser la autoridad que suspendía el acto.

III. LA LEY 40/1981, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CORPORACIONES LOCALES Y SU INCIDENCIA EN LA CUESTIÓN

La situación anteriormente reflejada era la vigente en el momento de la aprobación y refrendo de la Constitución española y es claro que la misma no parecía encajar claramente en el sistema autonómico mantenida por aquélla. Ya antes de la Ley 40/1981, y aun de

la propia Constitución, hay una serie de actuaciones que conducen definitivamente al sistema hoy vigente. Estos pasos los analizaremos brevemente.

1. *Las transferencias a los Entes Preautonómicos.*

Los Decretos de transferencias de competencias y funciones a los Entes Preautonómicos, cuyo inicio es el R. D. 2.115/1978 de transferencias a la Generalidad de Cataluña, antes y después de la promulgación de la Constitución, transferían a dichos entes las facultades de suspensión del artículo 362 de la Ley de Régimen Local, con excepción de las que correspondían por infracción de orden público que continuaba invariable. Ello, según opiniones, suponía la desaparición de las facultades de suspensión del Gobernador, salvo en la excepción aludida; por tanto, la suspensión correspondía a los órganos de los Entes Preautonómicos.

No obstante esta opinión, los hechos inmediatamente posteriores no la confirman, como veremos a continuación.

2. *El Real Decreto-ley 3/1981 de 16 de enero y las Sentencias del Tribunal Constitucional.*

En 31 de enero de 1981 se publica el Real Decreto-ley de 16 del mismo mes, de Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, en cuyo artículo 8.º se establece que la Administración del Estado sólo podrá suspender aquellos actos y acuerdos de las Corporaciones Locales en los que concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que afecten directamente a materias de la competencia del Estado.
- b) Que constituyan infracción de las leyes.

Continúa diciendo: «En estos supuestos será de aplicación lo dispuesto en el artículo ciento dieciocho de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.»

Al efecto, establece la obligación de remisión a la Administración del Estado —posteriormente se concreta en los Gobernadores Civiles—, por las Corporaciones Locales de un extracto de los actos y acuerdos, dentro de los 6 días siguientes a su adopción. El mismo plazo de 6 días, siguientes a la comunicación, se fija para proceder a la suspensión. Cabe que la Administración solicite ampliación de datos, con interrupción del plazo (1).

(1) Por Real Decreto 186/1981 de 5 de febrero, se establece que a los efectos previsto en el artículo 8.º del R.D.L. 3/1981, las Corporaciones Locales

Al mismo tiempo, casi de inmediato, dos sentencias del Tribunal Constitucional, una de 2 de febrero de 1981 y otra de 29 de abril de 1981, la primera en recurso de inconstitucionalidad y la segunda en cuestión de inconstitucionalidad se ocupan de la cuestión.

En esencia y en orden al tema ambas sentencias fijan o circunscriben los límites de la autonomía al ámbito de los intereses administrados por el ente correspondiente y la declaran compatible con la existencia de controles de legalidad por parte del Estado, en los supuestos en que el ejercicio de competencias del ente incida en intereses generales concurrentes con los de la propia Entidad.

En orden a la suspensión, concretamente, la segunda sentencia señala que la misma no es procedente si se efectúa sin otra razón que el control de legalidad, por opuesta a la autonomía, ya que entraña una tutela sin otro fundamento que la defensa de la legalidad ejercitable por vía excepcional. Por ello dice que la suspensión en cuanto «sirva a la defensa de competencias del Estado u obedezca a corregir invasiones de ámbitos ajenos al municipal o se afecte a materia que corresponde a aquella Administración, no podrá decirse que entraña un atentado a la autonomía local», y consecuentemente exige para que la suspensión tenga lugar que concurra otra circunstancia además de la infracción legal.

La línea de las sentencias era pues en esencia la mantenida por el Real Decreto-ley.

3. *Las variaciones de la Ley 40/1981.*

Cuando la cuestión ya parecía clara, cuando se habían concretado los casos en que cabía la suspensión, la Ley de 28 de octubre de 1981, sustituye y deroga al Real Decreto 3 de 16 de enero anterior e introduce una sustancial variación en su artículo 8.º, que ahora dice:

deberán remitir sus comunicaciones a los Gobiernos Civiles de la respectiva provincia.

El Ayuntamiento de Madrid, dice, remitirá dichas comunicaciones al Ministerio de Administración Territorial.

De otra parte, el Real Decreto 1.262/1981 de 5 de junio, en su artículo 5.º, concreta el artículo 8.º del citado R.D.L. 3/1981, en cuanto al plazo de 6 días de suspensión, que se entienden a partir de la recepción del acuerdo y en cuanto a la concurrencia de los dos requisitos de suspensión que se entiende simultánea.

Finalmente, la disposición final 5.ª del R.D.L. 3/1981, reconoce a las Comunidades Autónomas, las facultades suspensorias que el mismo establece, pero circunscritas al ámbito de las competencias que las mismas hayan asumido y conforme a lo establecido en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

«Los actos y acuerdos de las Corporaciones Locales que constituyen infracción de las leyes y afecten directamente a materias de la competencia del Estado, podrán ser impugnados por esta Administración ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La impugnación producirá la suspensión del acto o acuerdo pero el Tribunal deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a treinta días. El procedimiento será el establecido en el artículo 118 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La sentencia contendrá alguno de los fallos a que se refieren los artículos 81 y siguientes de la Ley mencionada.»

El resto del artículo se corresponde sustancialmente con el procedimiento establecido en el Real Decreto-ley.

Además, la Ley introduce un artículo 9.º que dice:

«Estarán legitimadas para impugnar aquellos acuerdos de las Corporaciones Locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico la Administración del Estado y los miembros de las Corporaciones que no los hubieren votado favorablemente.»

La Ley ha introducido variaciones sustanciales que vamos a tratar de analizar a continuación:

a) En el acto de la Administración del Estado ya no es una suspensión sino una impugnación.

La cuestión adquiere claros matices procesales y la suspensión aparece como una consecuencia legal, como un efecto querido por la Ley y no otorgado al administrador o al ejecutivo.

b) El objeto del procedimiento que se desencadena ya no es exclusivamente la revocación o no de la suspensión.

La anterior situación suponía simplemente el estudio de la procedencia o no de la suspensión; hoy la Ley exige además la pronunciación de un fallo de los contenidos en el artículo 81 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Contenciosa. Al analizar el procedimiento del artículo 118, profundizaremos en la cuestión.

c) Además de este procedimiento con suspensión, la Ley prevé la posibilidad de una impugnación basada únicamente en la infracción del ordenamiento jurídico, sin que el procedimiento quede claramente establecido, planteándose dudas como la procedencia o no del recurso de reposición previo.

IV. EXAMEN ESPECIAL DE LA DOBLE CONCURRENCIA: INFRACCIÓN DE LEY Y AFECCIÓN DIRECTA A MATERIAS DE COMPETENCIA ESTATAL

Aun cuando el objeto principal de este trabajo es el análisis de la repercusión procesal o procedimental del nuevo sistema de sus-

pensión de actos y acuerdos de las Corporaciones Locales, para una absoluta claridad, es imprescindible estudiar el sentido que tiene la exigencia legal de la doble concurrencia citada.

El antecedente de las suspensiones encomendadas al procedimiento del artículo 118 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa es el de que el acuerdo incurriera en infracción manifiesta de las leyes. No bastaba cualquier infracción, sino que ésta tenía que ser manifiesta. Era éste un criterio restrictivo que se veía agravado por algunas interpretaciones jurisprudenciales acerca del alcance del término «manifiesto o manifiesta», y que consideraban a éste como expresión de aquello que no necesitaba interpretación ni exégesis, es decir, lo evidente, lo perceptible a simple vista.

La vigente Ley elude el término y no cabe pensar en olvidos involuntarios, dado lo tradicional del sistema anterior y de la terminología empleada. Así, pues, la cuestión se elude conscientemente.

De otro lado, la actual descentralización territorial, la autonomía de las Administraciones territoriales, las distintas clases de leyes estatales, las leyes territoriales de las Comunidades Autónomas, las leyes marco, de transferencias, delegación, etc., han proyectado, todavía más, a un primer plano un tema ya clásico en Derecho Administrativo: la competencia; el tema de la jerarquía y de la subordinación de ordenamientos jurídicos se ha visto ineludiblemente ligado a las cuestiones de competencias. La legalidad o ilegalidad de muchas actuaciones lleva implícita en este momento una clara cuestión de competencias.

Pero, además, la competencia ya no es un concepto estrecho, raquítico, ligado a las atribuciones de los órganos administrativos, no es una cuestión simplemente administrativa, hoy constituye también una cuestión política, en el sentido ortodoxo y heterodoxo de la palabra. La competencia, pues, es propia de las personas jurídicas, de las Administraciones Públicas e, incluso, de los Poderes Públicos.

La Ley al ligar la infracción de ley y la competencia estatal obedece al momento y a su problemática. El alcance de esta concurrencia tiene forzosamente que dar lugar a exégesis y a interpretaciones, pues de interpretarse estrechamente, evitaría se cumpliera la finalidad de la Ley y de, por el contrario, interpretarse con excesiva amplitud podría dar lugar a un ataque a las autonomías locales. El momento actual sin desarrollo de las competencias estatales y, en consecuencia, sin el de las competencias de las Comunidades Autónomas, puede dar lugar a un concepto excesivamente amplio de las autonomías municipales, no claramente enmarcadas por unas leyes básicas sino por leyes anteriores a la reforma constitucional, que

aunque no opuestas a la Constitución no se adecuan a los anhelos y situaciones vigentes.

V. EL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 118 DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Tras el excurso anterior por terrenos ajenos al procedimiento, pero que sitúan a éste y a las posibles decisiones en el momento social y jurídico en que la Ley aparece y en el que se van a iniciar las actuaciones primeras y los primeros problemas que se han de resolver, hay que analizar cuál era el procedimiento especial que la Jurisdicción Contenciosa tenía establecido y tiene establecido a tenor de la Ley 40/1981, para dilucidar la suspensión de los acuerdos de las Corporaciones Locales.

1. *El procedimiento propiamente dicho.*

El repetido artículo 118 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa establecía un procedimiento rápido, según el cual resulta:

1) El Presidente de la Corporación Local o el Gobernador Civil que suspende un acuerdo de una Corporación Local por infracción manifiesta de las leyes, dan traslado de la suspensión a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial respectiva en el plazo de 3 días.

La Ley no decía nada, pero el acuerdo de suspensión tenía que ser motivado, lo que implica la necesidad de exponer unos hechos y unos fundamentos de derecho en apoyo de la decisión suspensoria adoptada.

2) Recibido el traslado de la suspensión, la Sala de lo Contencioso-Administrativo debe requerir a la Corporación Local que dictó el acto para que remita el expediente del mismo y alegue lo que estime conveniente.

Debe acordar la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, de la suspensión a fin de la personación de interesados o coadyuvantes.

3) Recibido el expediente administrativo, la Sala dará traslado del mismo al Abogado del Estado, para que en 20 días informe sobre el mantenimiento o anulación del acuerdo.

4) Evacuado el anterior informe el expediente administrativo se pone de manifiesto a quienes se hayan personado, para que en 20 días realicen alegaciones.

5) Deducidas las alegaciones o transcurrido el plazo para hacerlo, el Tribunal en el plazo de 10 días siguientes, dictará sentencia en la que se levante la suspensión o anule el acto a que la misma se refiere.

6) Contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo —termina diciendo el artículo—, podrán interponer recurso de apelación cuantos hubieren comparecido en primera instancia.

La amplitud del procedimiento y las diferencias, respecto del sistema del Decreto de 8 de febrero de 1952, son sustanciables. La posibilidad de comparecencia de los interesados y, por tanto, de la Corporación propiamente dicha, requiere de unos trámites y de un período de alegaciones imprescindible.

La base del procedimiento es la suspensión y en ella se encuentran los fundamentos de derecho y, por tanto, suple la existencia de demanda. El Abogado del Estado limita su intervención a un informe pero nada impide que en él refuerce los argumentos de la Administración.

De otra parte, la Corporación al remitir el expediente, en sus alegaciones expone su punto de vista y los hechos y fundamentos tal como los estime en contraposición a la suspensión, que le ha sido trasladada por la autoridad que suspendió. Existe, pues, en el fondo, una oposición entre partes, posición que mantiene González Pérez al estimar que el procedimiento del artículo 118 constituye un proceso.

La cuestión de existencia o no de partes se plantea en el momento de la posible apelación prevista en el último apartado del artículo 118. Apelación que se estimaba procedía únicamente respecto de los comparecientes o personados en el procedimiento, pero no respecto del Estado o Corporación local que no se entendían en el sentido de partes del proceso. Como vemos, y en relación al procedimiento del Texto refundido de 1952 y el artículo 366 de la Ley de Régimen Local, la apelación ha sufrido un giro sustancial en cuanto que allí la apelación era exclusiva del único compareciente, es decir la autoridad que suspendía.

Por ello, si beneficioso y justo es admitir en el procedimiento a la Corporación Local y a los demás interesados, las posiciones de denegación de la apelación a quienes no se hubieren personado, según el concepto técnico, hay que considerarlas regresivas respecto del sistema anterior y de la defensa de la legalidad en general, más cuando el precepto legal no realiza exclusiones terminantes.

2. Cuestiones que plantea el sistema de la Ley 40/1981.

Conforme a lo inicialmente reseñado es indudable la repercusión que la Ley 40/1981 de 28 de octubre, de Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, tiene sobre el sistema del artículo 118, que nace en una situación totalmente diferente y en la que la posición de superioridad de la Administración del Estado frente a la Administración Local, es evidente.

Una primera impresión hace pensar que el sistema del artículo 118 referido a los casos de infracción manifiesta de las leyes no encaja con la nueva regulación y que es un sistema mantenido por rutina o con ignorancia de los inconvenientes de procedimiento que se pueden producir, y desconocimiento del legislador, en este caso del técnico, de las implicaciones procesales del sistema.

Veremos ahora las cuestiones que se plantean en orden al procedimiento. Cuestiones que realmente no son insalvables.

a) *La cuestión del órgano de la Administración del Estado que puede impugnar.*

El procedimiento del 118 parte del supuesto de un acto de suspensión motivado, como con anterioridad hemos puesto de relieve. Esta suspensión, primariamente, era competencia del Presidente de la Corporación Local, pero esta posibilidad, hoy, hay que considerarla claramente opuesta al principio de autonomía municipal y contraria a la estructura democrática con que se ha dotado a las Corporaciones Locales. La estructura política actual hace difícilmente concebible un Presidente de las Corporaciones Locales suspendiendo sus acuerdos y sobre todo por las razones expuestas en el artículo 8.º de la Ley 40/1981.

Por lo tanto, la cuestión quedaría circunscrita a si el órgano impugnante sería el Gobernador Civil, a quien correspondía la iniciación del procedimiento del artículo 118, cuando había suspendido un acto, o correspondería la impugnación al Abogado del Estado, a quien, conforme al artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, corresponde la representación de aquella Administración.

Una circular interna de la Dirección General de Administración Local, en contestación a la consulta de un Gobierno Civil, mantiene la interpretación de que son los Gobernadores quienes deben actuar, por legitimarles el repetido artículo 8.º de la Ley 40/1981. La interpretación parte de la competencia atribuida de examen y estudio de los extractos de acuerdos de las Corporaciones Locales y de las ampliaciones de los mismos, a petición de los Gobernadores Civiles.

Considera que el Abogado del Estado interviene en el momento señalado por el artículo 118 de la LJCA, que es el aplicable en cuanto al procedimiento según la Ley, es decir, simplemente informando.

Los argumentos favorables a esta posición partirían de la no derogación del R. D. 186/1981 de 5 de febrero, según el cual el Gobernador es el órgano de la Administración del Estado que controla la legitimidad de los acuerdos.

Frente a la circular de la Dirección General de Administración Local, otra de la Dirección General de lo Contencioso determina que la representación y defensa de la Administración General del Estado ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa corresponderá a los Abogados del Estado, bajo la dependencia de dicha Dirección General, conforme al artículo 34,1 de la LJCA y al 38 de la Ley General Presupuestaria aunque referida a la Hacienda Pública.

La excepción que podía suponer el artículo 8.º de la Ley 40/1981 de 28 de octubre, destaca esta circular, no se ha consignado expresamente y la interpretación de la Dirección General de la Administración Local no se considera ajustada al artículo 3.º del Código Civil.

Finalmente, la circular estima al Gobernador carente de la postulación propia en un procedimiento de impugnación en vía contenciosa.

Sea como sea, la Ley 40, introduce la confusión con su referencia al procedimiento del artículo 118 de la LJCA y lo importante no es el órgano impugnante, sino la voluntad de acogerse a un procedimiento rápido y sobre todo que esta voluntad debe partir de que la defensa que se propugna es la de la legalidad, fundamentalmente, y que no se trata, pues, únicamente de un conflicto de competencias. El Gobierno Civil se constituye en un controlador de los acuerdos, sin perjuicio de que la impugnación la realice la Abogacía del Estado o no; pero en uno u otro caso el plazo de impugnación conforme al artículo 8.º-3 de la Ley 40, es de 6 días.

b) *El contenido del escrito de impugnación.*

El escrito de impugnación variaría según se resuelva la cuestión anterior. Si se estima correcta la interpretación de la Dirección General de Administración Local, es indudable que el escrito de impugnación deberá contener los mismos requisitos que hemos señalado para el acuerdo de suspensión; es decir, debe ser motivado.

De considerar que quien debe impugnar es el Abogado del Estado, el escrito de impugnación podría simplemente contener los requisitos que para el escrito de interposición requiere el artículo 57 de la LJCA; o sea, citar el acto recurrido y solicitar que se tenga por

interpuesto el recurso. Con ello, el informe que prevé el artículo 118,3 pasaría a convertirse en el equivalente a la demanda procesal.

El primer sistema implicaría una excepción al artículo 34 de la LJCA, por lo menos en cuanto a la iniciación procesal, y una desventaja, el escaso plazo para estudio del asunto o tema correspondiente y para la formulación del escrito, que sería el de 6 días que fija la Ley (2).

El segundo sistema tendría la ventaja de que el escrito de impugnación no sería motivado en cuanto que no sería el equivalente a la demanda como en el primer caso y, por tanto, las alegaciones de la Abogacía del Estado se darían una vez requerido el expediente a la Corporación local y con el plazo normal establecido en la Ley de Jurisdicción Contenciosa. En contra, el plazo para levantar o confirmar la suspensión llegaría justamente cuando el Tribunal tuviera en su poder los fundamentos de la cuestión o aun antes de este hecho.

c) *La persistencia de la infracción manifiesta de las leyes.*

Ya nos hemos mostrado contrarios a la interpretación de que esta exigencia persista, sobre todo tal como el criterio jurisprudencial se ha pronunciado. Por tanto, el artículo 118 ha de entenderse modificado en este aspecto.

La razón final de la utilización del procedimiento especial del 118 y su mantenimiento por la Ley 40/1981 debe entenderse fundamentada en que la misma persigue dos efectos inmediatos: 1) La suspensión automática del acuerdo, y 2) La rapidez del procedimiento. Consecuentemente, la infracción debe ser grave y afectar al ámbito de competencias estatales.

d) *La interpretación de la expresión «directamente a materias de la competencia del Estado».*

La expresión del artículo 8 de la Ley 40/1981 por un lado debe entenderse en sentido amplio y por otro restrictivo, pero en ambos

(2) Este plazo de 6 días es el que el artículo 8.º, apartado tercero, de la Ley 40/1981, establece para la impugnación de los acuerdos, quedando en este aspecto la duda de si continúa siendo válida la aclaración que el Decreto 1.262/1981 de 5 de junio realizaba en orden a que este plazo se entendía a computar desde el día de recepción del acuerdo. La Ley sigue utilizando la expresión "dentro de los seis días siguientes al de la comunicación del acuerdo". De no entenderse vigente la concreción del citado Real Decreto el plazo sería, realmente, más breve que el de los 6 días fijado.

casos comprendiendo las infracciones graves, dejando las restantes a la vía de impugnación del artículo 9.º de la misma Ley.

El sentido amplio, supone considerar que las excepciones a preceptos de Ley, es decir, norma de rango de Ley, que puedan acordar las Corporaciones Locales, suponen no sólo una infracción legal, sino también un ataque a una reserva formal de Ley y a una competencia del legislativo, es decir, del Estado. Esta interpretación se mantiene considerando la conveniencia de evitar vacíos legales, en tanto se produce el desarrollo legislativo previsto en el artículo 149 de la Constitución española, con exclusión, naturalmente, de aquellos casos en que el precepto legal infringido sea contrario a ésta y quepa considerarlo derogado.

El sentido restrictivo es considerar que ante la doble vía impugnatoria, el término leyes no se interpreta en sentido material, como ocurría en la anterior etapa, sino en sentido formal.

Queda la interpretación del término «directamente» y el de «materias». El término materias no cabe más que interpretarlo en el sentido de que no se refiere tanto a funciones o competencias funcionales, como a competencias materiales o a ámbitos competenciales delimitados por los intereses a administrar por el Estado. No obstante, una competencia material va ligada a una competencia funcional, pero la distinción abunda en el criterio de que la Ley va más allá de las simples competencias de órganos administrativos, o conflictos de competencias.

Finalmente, el término «directamente» hay que relacionarlo con la consideración de que la infracción sea clara y grave, de modo que requiera un procedimiento como el del artículo 118 de la LJCA, de carácter rápido y que determina la suspensión del acto impugnado.

e) *La ratificación o levantamiento de la suspensión.*

La redacción del artículo 8.º de la repetida Ley 40/1981, parece plantear la ratificación o levantamiento de la suspensión del acto por parte del Tribunal como una cuestión aparte del fallo que a continuación regula, ya que el plazo de 30 días desde la impugnación que se establece para que dicho pronunciamiento, respecto de la suspensión, se produzca, es inferior al que se tiene para dictar sentencia, tenidas en cuenta además las interrupciones del plazo que para esta última suponen las notificaciones a los interesados.

Adquiere, así, el procedimiento un carácter más claramente litigioso, que confirma la siguiente y última cuestión.

f) *Los pronunciamientos del fallo.*

La exigencia de que la sentencia contenga algunos de los pronunciamientos de los artículos 81 y siguientes de la LJCA, implica también una importante concreción, ya que el artículo 118 sólo permitía, inicialmente, dos pronunciamientos: el de levantamiento de la suspensión o el de la anulación del acto.

Hoy, en cambio, cabe que la sentencia declare:

- a) La inadmisibilidad de la impugnación.
- b) La estimación o desestimación de la misma.

En caso de estimación debe declarar no ser conforme a Derecho el acto impugnado. En caso de desestimación se declarará conforme a Derecho el acto impugnado. No parece quepa declarar no ajustada a Derecho la impugnación, cosa que sí se producía respecto de las suspensiones.

El procedimiento en la actualidad supone, si es que antes podían existir dudas, que el Tribunal no estima o juzga solamente la cuestión de la suspensión, sino que tiene que entrar en el fondo y controlar, conforme al artículo 106 de la Constitución española, la legalidad de la actuación administrativa que se desprenda del expediente.

Los pronunciamientos posibles, hacen indudable la posibilidad de apelación de la sentencia, bien por el Estado, bien por las Corporaciones Locales.

En definitiva, los problemas que plantea la adaptación del procedimiento del artículo 118 de la LJCA a la nueva regulación sobre suspensión de los acuerdos de las Corporaciones no son insuperables y con este procedimiento se consigue la suspensión y rapidez como efectos distintivos de la simple impugnación por vía ordinaria, mantenida por el artículo 9.º de la vigente Ley de 28 de octubre de 1981 de régimen jurídico de las Corporaciones Locales.

EUGENIO DE TAPIA, «PRACTICO» Y POETA

JUAN DE LA ROCA

SUMARIO:

I. El éxito de la obra de José Febrero. — II. La refundición de Tapia. — III. Junto al "práctico" el académico de la lengua. — IV. La tertulia de M. J. Quintana. — V. La obra literaria de Tapia.

I. — EL ÉXITO DE LA OBRA DE JOSÉ FEBRERO

La historia de nuestro Derecho Procesal está en buena parte por hacer. La afirmación es válida en todos los posibles aspectos: legislativo, universitario, jurisprudencial, bibliográfico... Sólo así se explica que reposen en el panteón del olvido los nombres de los juristas que nos han precedido. Sin remontarnos muy lejos los nombres de Febrero, del conde de la Cañada, de Gómez Negro o de Ortiz de Zúñiga son hoy desconocidos incluso por aquellos que aspiran a no romper la tradición procesal, a respetar a nuestros predecesores. Sólo Gómez Negro ha merecido el recuerdo (ALCALÁ-ZAMORA, *Ideario procesal de Lucas Gómez Negro, «práctico» español de comienzos del siglo XIX*, en «Estudios procesales», Madrid, 1975, pp. 742-68). Entre esos nombres olvidados figura también el de Eugenio de Tapia.

Acceptando de momento la clasificación que distingue entre prácticos, procedimentalistas y procesalistas (ALCALÁ-ZAMORA, *Evolución de la doctrina procesal*, en «Estudios de teoría general e historia del proceso, 1945-1972», México, 1974, tomo II, pp. 299-300), pero advirtiendo que estamos ahora ante el inicio de la etapa de los jurisdiccionistas (MONTERO, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1979, 2.ª ed., pp. 283 y ss.), Tapia fue, indudablemente, un «práctico».

Hasta 1807 lo que después se conoció como «práctica forense», y hoy como Derecho Procesal, no se enseñaba en las universidades,

quedando confiado su aprendizaje a la pasantía obligatoria en los despachos de los abogados. Cuando en el plan de estudios de 1807 se incluyó la «práctica forense» entre las asignaturas de las facultades de leyes, se aspiraba a sustituir la pasantía, y de ahí que los «prácticos», careciendo de base científica, pretendieran enseñar experiencia profesional. En esta línea hay que incluir a Tapia.

Nuestro autor alcanzó renombre en su momento por el *Febrero novísimo*, pero publicó otras obras de cierto interés, por lo menos histórico.

Posiblemente no pueda encontrarse entre los siglos XVIII y XIX una obra con el éxito de la *Librería de Escribanos e Instrucción jurídica theorico práctica de principiantes* de José Febrero. Aparte de las ediciones originales de su autor, el libro fue adaptado, refundido, ordenado y actualizado por Gutiérrez, Aznar, Tapia, García Goyena, Aguirre, el propio Vicente y Caravantes, e incluso por una «sociedad de abogados».

En lo que yo conozco la *Librería de Escribanos* fue publicada inicialmente en Madrid, 1772, y en el siglo XVIII conoció otras dos ediciones: Madrid, 1778-81 y Madrid, 1789, constando ya de seis volúmenes.

En el siglo XIX José Marcos Gutiérrez, con el título de *Febrero reformado y anotado*, lanzó edición tras edición, desde la de Madrid 1802-3, acompañada de una *Adiciones a la primera y segunda partes del Febrero reformado y anotado*, Madrid, 1803, hasta la que él mismo califica de séptima impresión, Madrid, 1829, en cinco volúmenes. El propio Gutiérrez publicó también una *Práctica criminal de España*, que desde la primera edición de Madrid, 1804, hasta la quinta de Madrid, 1828, añadía al título *publicada José Marcos Gutiérrez, editor del Febrero reformado y anotado, para complemento de esta obra que carecía de tratado criminal*. No faltan tampoco ediciones conjuntas, como la de Madrid, 1819-24, en ocho volúmenes, con el título de *Librería de escribanos, abogados y jueces, formada sobre la que compuso Febrero y aumentada con la práctica criminal de España*.

Aparte de las anteriores hay que citar las ediciones de Miguel Aznar, Madrid, 1825, en seis volúmenes, y las de Francisco García Goyena y Joaquín Aguirre, de 1841, 1844-46 y 1852, en la última de las cuales intervino José de Vicente y Caravantes. Además, en Barcelona, 1848-49, apareció un *Febrero arreglado a la legislación y prácticas vigentes por una sociedad de abogados*, en siete volúmenes.

Desde la mentalidad actual es muy difícil comprender el éxito del *Febrero*. La obra era claramente incompleta, por cuanto en ella no existía alusión al juicio criminal, ni a los recursos de fuerza, por

ejemplo; pero, sobre todo, carecía del orden más elemental, como se comprueba con la mera lectura del índice. Y, sin embargo, las ediciones se multiplicaron durante un siglo completo, pues todavía en 1870 se hizo en París una edición en seis volúmenes.

Si atendemos a la formación jurídica que proporcionaban las facultades de leyes en el siglo XVIII e incluso en los inicios del XIX, empezaremos a comprender el éxito entre los prácticos. Incluso en el tránsito entre esos dos siglos la formación de los bachilleres y licenciados en leyes, estaba esencialmente basada en el Derecho Romano (MONTERO, *Juicio crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en prensa, parte primera, IV), por lo que su desconocimiento del derecho patrio era total. En 1744 MEDINA Y FLORES se burlaba de la ignorancia de los universitarios: «...al oír que se acusan rebeldías, concetúa que será algún hereje a quien forman proceso por su contumacia... los recursos de mil y quinientas juzgan que tienen ese nombre porque duran hasta vida perdurable, y los de fuerza aprende que dimanarán de alguna violencia torpe contra el sexo frágil» (*Representación*, publicada por CANELLA SECADES, *El Derecho español en 1774*, en RGLJ, 1878, t. 52, pp. 362-3). No hay que extrañarse, pues, de que los que pretendieran dedicarse al foro necesitaban un libro que les ofreciera los conocimientos del derecho patrio en forma «practicona», sin alardes doctrinales, pero sí con formularios, plazos, trámites procedimentales...

Cuando en la Universidad se introduce la asignatura denominada «práctica forense», la obra de Febrero, en sus diferentes reformas y adiciones, fue siempre recomendada desde los planes oficiales de estudio. A esta razón del éxito no fue extraño Tapia «individuo del Consejo de Instrucción Pública». (Para los planes de estudios, vid. MONTERO, *Introducción*, cit., p. 199.)

II. — LA REFUNDICIÓN DE TAPIA

Uno de los refundidores del *Febrero* fue Eugenio de Tapia, posiblemente el que más fama y ediciones logró. La primera de ellas apareció en Valencia, 1828-31, en la Imprenta y Librería de I. Mompí, constaba de diez volúmenes y se titulaba *Febrero novísimo*, o *Librería de jueces, abogados y escribanos, refundida, ordenada bajo un nuevo método, y adicionada con un tratado del juicio criminal y algunos otros*.

Determinar el número de ediciones que se realizaron de esta obra es difícil, porque a cada una de ellas suele calificársele de «nueva edición», sin ordinal.

A pesar de los esfuerzos que he realizado no he podido hacerme con la segunda edición. Cabe, pues, aceptar como posible la sugerencia que hace PALAU Y DULCET de que se considere segunda edición al denominado *Febrero mejicano*; o sea, *La Librería de jueces, abogados y escribanos... refundida, ordenada bajo un nuevo método, adicionada con varios tratados y con el título de Febrero novísimo... Nuevamente adicionada... por el lic. Anastasio de la Pascua*, Méjico, Impr. de Galván a cargo de M. Arévalo, 1834-35, 9 volúmenes en 8.º. Este es un libro muy raro en España, que no he podido manejar.

La tercera edición es relativamente fácil de encontrar hoy: *Febrero novísimo, o Librería de jueces, abogados y escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un tratado del juicio criminal y algunos otros*. Valencia, 1837-38. Esta edición es la más difundida pero hay que tener en cuenta que en ella figuran incrustadas otras dos obras.

1.ª) *Elementos de jurisprudencia mercantil*.

Inicialmente se publicó con el título de *Tratado de jurisprudencia mercantil*, Valencia, 1828. Sufrió después varias reelaboraciones, publicándose como *Elementos de jurisprudencia mercantil*, adicionada al *Febrero* en las ediciones de 1837-38, 1845-46 y 1850. Que yo conozca fue reeditada dos veces después de muerto Tapia, en París, Rosa y Bouret, 1861 y 1869.

2.ª) *Práctica criminal*.

El tratado del juicio criminal a que hace referencia el título de la 1.ª edición del *Febrero novísimo* es, en realidad, la obra titulada *Práctica criminal con un prontuario alfabético de delitos y penas*, que comprende los tomos VII y VIII de aquél, y así se indica expresamente en la Advertencia que precede al VII; por lo tanto Valencia, 1830. En los tomos correspondientes a la tercera edición del *Febrero novísimo*, 1837-38, también se corresponde con el VII y VIII, pero ahora ya no se dice nada de que lo integre.

A partir de la tercera, el resto de las ediciones carecen de ordinal. Yo conozco las siguientes:

- *Febrero novísimo... Nueva edición... aumentada con el nuevo Código de Comercio, Ley de Enjuiciamiento y un diccionario judicial*, París, Lecointe, 1837, 8 vols.
- *Febrero novísimamente redactado con las variaciones y mejoras expresadas en el prospecto que sirve de prólogo a la obra*, Madrid, 1845-46, 10 vols.

- *Febrero novísimo... Nueva edición...* París, Rosa y Bouret, 1850, 5 vols.
- *Febrero novísimo...* París, 1870, 5 vols.

Con lo anterior no acaba la obra jurídica de Tapia. Además de refundidos fue autor de obras originales, aunque siempre de tono menor, incluso atendido el nivel de la época. Cabe así hacer mención de:

- a) *Manual de práctica forense en forma de diálogo con el correspondiente formulario de pedimentos*. La primera edición, Madrid, 1824, se publicó sin el nombre del autor, lo que se explica teniendo en cuenta el año y los avatares políticos de la vida de Tapia, de que después haremos mención. La segunda edición no la conocemos; PALAU hace mención de una reimpresión en La Habana, 1825, también sin el nombre del autor. Existen cinco ediciones; la tercera es en Valencia, 1828, donde ya aparece el nombre de Tapia; la cuarta, Madrid, 1832, es la más frecuente hoy, y la quinta, Madrid, 1861, fue de aparición póstuma.
- b) *Manual teórico-práctico de los juicios de inventario y partición de herencias*. También fue editada con reiteración; la primera edición es de Barcelona, 1825, y la segunda de Valencia, 1829. Hay una tercera edición en Madrid, 1832, que al parecer fue reimpresa en París, 1833. La cuarta edición, Madrid, 1856, incorpora ya las modificaciones introducidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. Existen, por lo demás, dos ediciones póstumas; la que se califica de quinta, Madrid, 1872, y otra titulada *Manual teórico-práctico de los juicios de testamentos, abintestato, inventario y partición de bienes, etc., adicionado con un gran número de formularios y un suplemento por D. Julio Melgares Marín*, Madrid, 1882.
- c) *Prontuario de contratos y sucesiones hereditarias, con un discurso preliminar en que se indican las principales reformas que necesita nuestra legislación en estas materias*, Valencia, 1840, 2 vols. De él se hizo nueva impresión en París, 1846.
- d) *Tratado de los recursos de fuerza y otro de recursos extraordinarios al soberano, con los correspondientes formularios y varios documentos importantes*, Valencia, 1841.

Después de la larga lista que he ofrecido —prolija pero espero completa—, cabe concluir que Tapia fue una persona de laboriosidad indiscutible, pero al mismo tiempo el análisis de cualquiera de sus obras obliga también a concluir que tenía corto alcance creador. El

libro más curioso de todos es el manual en forma de diálogo, en el que, siendo el método del catecismo tradicional, ofrece los conocimientos comunes de su época. Pongamos dos ejemplos de esa concepción. La acción se define como «el derecho y modo legal que tenemos para pedir en justicia lo que es nuestro, o se nos debe por otro» (p. 1); en los juicios sumarios no entiende la diferencia con los plenarios y confunde lamentablemente los instrumentos que traen aparejada ejecución (p. 215 de 4.^a ed.).

III. — JUNTO AL «PRÁCTICO» EL ACADÉMICO DE LA LENGUA

Aparte de las obras jurídicas, que en alguna ocasión he utilizado y citado, mi encuentro con el Tapia literato se produjo accidentalmente. Releyendo el pasado verano la *Historia de los heterodoxos españoles*, de MENÉNDEZ PELAYO (en «Obras Completas», 2.^a ed., Madrid, 1965, t. V, p. 328, que se corresponde con el tomo XXXIX), me sorprendió este párrafo: «D. Eugenio de Tapia, literato mediano que alcanzó larga vida y más fama y provecho con el *Febrero reformado* y otros libros para escribanos, que con sus poesías y con sus dramas, de todo lo cual quizá sea lo menos endeble una traducción del *Agameón*, de Lemercier.» Además, don Marcelino alude a Tapia en otras cuatro ocasiones: tomo V, pp. 330-1, tomo VI, pp. 41, 62 y 133; prácticamente en todas ellas uniendo su nombre al del poeta Manuel José Quintana.

Esto despertó mi curiosidad y he procurado investigar un poco. El adquirir información sobre su vida ha sido relativamente fácil por cuanto, viviendo todavía Tapia, se publicó por Juan del VALLE una sucinta biografía (Madrid, 1859) de nuestro práctico-poeta. Más difícil ha sido hacerse con su obra literaria, hasta el extremo que he terminado utilizando la antología de Leopoldo Augusto de CUETO, *Poetas líricos del siglo XVIII*, tomo III, Madrid, 1953, de la B.A.E. donde se recoge (pp. 671-700) parte de la obra poética de aquél, con un catálogo, bastante incompleto, de su producción.

Eugenio de Tapia nació en Avila el 18 de julio de 1776 y murió en Madrid, ochenta y cuatro años después, el 4 de agosto de 1860. Entre esos años transcurrió una vida que se vio fuertemente condicionada por los avatares políticos de la época. Aunque inició los estudios de teología, terminó decidiéndose por el Derecho, siendo durante muchos años «abogado de los reales consejos» y «magistrado honorario». Con todo la actividad profesional no fue propiamente jurídica y en esto existe una diferencia importante con relación a los demás «prácticos». Mientras que el conde de la Cañada fue go-

bernador del consejo y cámara de Castilla, mientras que Gómez Negro fue primero abogado en Valladolid y luego fiscal en la Chancillería de Granada, mientras que Ortiz de Zúñiga fue también fiscal en la ahora Audiencia de Granada, por limitarnos a los autores de libros recomendados en los planes de estudios oficiales de la primera mitad del siglo XIX, Tapia fue durante muchos años redactor y director de la Gaceta, director de la Imprenta Nacional y de 1843 a 1847 director de la Biblioteca Nacional, aparte de miembro de la Dirección General de Estudios y vocal del Consejo de Instrucción Pública, esto es, desempeñando actividades muy alejadas del práctico o leguleyo.

La actividad literaria de Tapia se inicia en el género dramático, en algunos casos mediante obras originales (*Idomeneo. Drama trágico...*, Madrid, 1799), pero principalmente con traducciones del francés, entre las que destaca la tragedia *Agamenón* de Lemercier, representada en 1800 por Isidoro Máiquez (en *Poesías*, Madrid, 1832, tomo I).

La amistad con Quintana fue una de las constantes de su vida; amistad que se extendió por lo menos desde 1804, cuando crearon la revista quincenal *Varietades de Ciencias, Literatura y Arte*, hasta la muerte. En 1854 Tapia escribió la oda *La corona de oro*, dedicada a Manuel José Quintana, aquella que empieza:

¿Oyes cómo te aclama reverente
el pueblo en derredor? Grata armonía
suena por do quier; en resonante coro,
que inunda de placer el alma mía,
te celebran los vates y tu frente
ornar intentan con corona de oro.

El renombrado poeta, uno de los pocos que alcanzó la gloria en vida, le contestó con una carta en la que hacía referencia a «una amistad de cincuenta años, jamás desmentida ni por uno ni por otro, y entregada siempre a unos mismos estudios, a unas mismas miras y a otros mismos principios».

Con Quintana colaboraba en el *Seminario patriótico* cuando se produjo la invasión francesa. Se trasladó primero a Valencia y después a Cádiz, donde en 1810 reanudaron su colaboración. Tapia fue nombrado en Cádiz vocal de la Junta Suprema de Censura y director de la Gaceta. Regresó a Madrid en 1814 y en ese mismo año fue elegido miembro de la Real Academia de la Lengua, junto con Martínez de la Rosa y Quintana.

En los años gaditanos Tapia formó en las filas liberales frente a los serviles. Por cierto que hay que destacar aquí una curiosidad

histórica de cierto interés. Según MENÉNDEZ PELAYO, parece que fue Tapia el inventor de la denominación *serviles*. He procurado confirmar esta noticia y puedo ofrecer un testimonio de gran valía: el del conde de Toreno, que en su *Historia del levantamiento, guerra y revolución en España*, Madrid, 1848, 2.^a ed., p. 162, lo confirma, aludiendo además a que Tapia escribía *ser-vil*.

En esos mismos años colaboró con Quintana y otros en el «Informe de la Junta creada por la Regencia para proponer los medios de proceder al arreglo de las diversas ramas de Instrucción Pública» (de 9 de septiembre de 1813, en *Obras completas* de M. J. Quintana, Madrid, B.A.E., 1946, pp. 175-91), informe que sirvió de base al plan de estudios de 1821, en el que también intervino Tapia, diputado por Avila en las Cortes del Trienio Liberal y miembro de la comisión de enseñanza.

IV. — LA TERTULIA DE M. J. QUINTANA

Aun a trueque de deshilar la vida de Tapia literariamente, me siento obligado a hacer mención, aunque breve, del entorno personal del «práctico», cuya semblanza vengo ofreciendo. Es en especial interesante la tertulia de Quintana y los personajes que la integran.

La tertulia se formó principalmente en los años primeros de siglo y en torno a Quintana se reunieron personajes muy variopintos. Aparte de Tapia y del propio Quintana asistía a ella por ejemplo Juan Nicasio Gallego (1777-1853), sacerdote y director de la casa de pajes reales, fue diputado en las Cortes de Cádiz, perseguido en 1814, cuando las aguas se calmaron fue nombrado canónigo en Valencia y Sevilla, además de juez de la Rota; junto a sus conocidas odas grandilocuentes, es autor de versos muy opuestos a los que cabía esperar de su condición sacerdotal.

Juan Bautista Arriaza (1770-1837), militar y diplomático, sonaba un tanto discordante en aquella reunión, pues era más bien servil, siendo protegido por Fernando VII. Alcalá Galiano lo llamaba *poète de société* y tenía fama de fácil versificador (CUETO, *Poetas líricos del siglo XVIII*, t. III, cit., pp. 37-151).

De Antonio de Capmany es difícil comprender cómo pudo llegar a la tertulia, pues era todo lo contrario de un liberal. Posteriormente se enfrentó con Quintana calificando su lenguaje de «estéril, desconsolado y fatalista» y de «estilo anfibio con vocabulario francés», a lo que Quintana replicó calificando a su adversario de «viejo desalmado». (De las polémicas en el Cádiz de las Cortes tenemos buen ejemplo, en la que entre estos dos personajes se desató en 1811;

primero Capmany lanzó su *Carta de un patriota español, que reside disimulado en Sevilla, a un antiguo amigo suyo, domiciliado hoy en Cádiz*; el folleto de respuesta se tituló *Contestación de D. Manuel José Quintana a varios rumores y críticas que se han esparcido contra él en estos días*, y la réplica se autodenominó *Manifiesto de D. Antonio de Capmany en respuesta a la Contestación de D. Manuel José Quintana*. No hubo dúplica, pero todavía muchos años después seguía calificando Quintana a su contrincante de «viejo desalmado». Sobre todo esto, vid. MENÉNDEZ PELAYO, *Heterodoxos*, t. VI, p. 41.)

José Somoza (1781-1852) en su juventud él mismo se calificaba de «desaplicado y aun vicioso; se acompañaba con la gente más perdida, vestía de torero» y estuvo a punto de verse complicado en la causa de la Inquisición contra los hermanos Cuesta (MENÉNDEZ PELAYO, *Heterodoxos*, t. V, pp. 216 y ss.); alguno de sus libros fue después condenado por el obispo de Avila. No quiso nunca tener oficio alguno y vivió recluso en su Piedrahíta natal. Una y otra vez le ofrecieron cargos públicos (jefe político de Avila, diputado, senador), que siempre rechazó, como hizo con los sacramentos en la hora de la muerte (CUETO, *op. cit.*, t. III, pp. 451-79).

Con todo las dos figuras más interesante son el canónigo Blanco-White y el abate Marchena.

José María Blanco-White y Crespo (1775-1841) fue canónigo de la Capilla Real de San Fernando de Sevilla, pero él mismo reconoció que vivió en la inmoralidad como tantos otros clérigos que «son la polilla de la virtud femenil en todo país católico». En 1810 salió de España para no volver; en Inglaterra pasó el resto de sus días, dando carrera al hijo que había tenido en España y publicando periódicos y folletos contra su nación y contra la religión católica. Primero se declaró incrédulo, después se hizo anglicano e ideológicamente perseguidor de los católicos de Irlanda, y acabó siendo unitario, pero incluso en esta secta era considerado hereje. (Sobre su avatar religioso y bibliografía, vid. MENÉNDEZ PELAYO, *Heterodoxos*, VI, pp. 173-214; MÉNDEZ BEJARANO, M., *Vida y obras de D. José M.º Blanco y Crespo*, Madrid, 1921; en Alianza Editorial se han publicado sus *Cartas desde España*; Vicente LLORENS, *Antología de obras en español*, Barcelona, 1971, y Juan GOYTISOLO una selección de la *Obra inglesa*, Buenos Aires, 1972; sobre su poesía, CUETO, *Op. cit.*, pp. 649-63.)

Blanco es autor de uno de los sonetos más celebrados en inglés, el *Mysterious night*, «una de las cosas más delicadas que hay en lengua inglesa», decía COLERIGE; ha sido traducido dos veces por Jorge Guillén, pero en mi opinión es mejor la paráfrasis de Rafael Pombo, aquella que empieza diciendo:

Al ver la noche Adán por vez primera
que iba borrando y apagando el mundo,
creyó que, al par del astro moribundo,
la creación agonizaba entera.

Y finaliza:

¿Por qué la muerte el ánimo intimida?
Si así engaña la luz tan dulcemente,
¿por qué no ha de engañar también la vida?

El abate José Marchena (1768-1821) es uno de esos personajes que parece salido de la ficción. Nacido en Utrera, pronto tuvo problemas con la Inquisición, huyendo a Francia en los inicios de la Revolución; allí fue primero jacobino y después girondino (en la puerta de su casa podía leerse: *Ici l'on enseigne l'atheisme par principes*), terminando en la Consejería bajo Robespierre. Muerto éste fue escribiente del Comité de Salvación Pública, pero ahora lo persiguen sus antiguos amigos y el Directorio lo expulsa de Francia. El Consejo de los Quinientos le reconoció la ciudadanía francesa y fue nombrado secretario del general Moreau.

Durante el desempeño de su cargo en el ejército del Rin realizó la falsificación del fragmento del *Satiricón* de Petronio. Sabido es que el *Satiricón* ha ido apareciendo por partes y al azar de las circunstancias en diversas bibliotecas europeas (RUBIO FERNÁNDEZ, *Introducción a la traducción publicada por la Editorial Gredos*, Madrid, 1978, p. 9), y nuestro abate, *iocandi causa*, dijo haber encontrado un fragmento en un manuscrito del monasterio de San Gall. El texto latino era tan semejante al de la obra de Petronio que sesudos profesores alemanes de la Universidad de Jena lo admitieran como auténtico, y aun el Gobierno de Suiza envió una comisión oficial al monasterio para descubrir el códice (el texto puede verse en DÍAZ Y DÍAZ, *Petronio Arbitro: Satiricón*, Barcelona, Alma Mater, 1962, tomo I, pp. CIII-CV, y sobre él MENÉNDEZ PELAYO, *Biblioteca de traductores españoles*, III, Madrid, 1953, p. 15). Un segundo intento de broma literaria no tuvo tanto éxito; presentó también cuarenta versos de Cátulo que ya no engañaron a nadie.

Convertido en partidario de Napoleón, fue enviado a España como secretario de Murat; antes del 2 de mayo fue detenido por la Inquisición, pero el general francés lo sacó violentamente de la cárcel. Terminada la guerra hubo de volver a Francia, donde malvivió a base de traducciones, hasta que en 1820 regresó a España, pero aquí ni los liberales más exaltados podían olvidar su actuación en 1808. En la miseria murió a principios de 1821. Para completar su figura

hay que recordar que físicamente fue descrito como «feamente feo», un enano de genio irascible pero lleno de talento. (Sobre su bibliografía, vid. MENÉNDEZ PELAYO, *Estudios y discursos de crítica histórica y literaria*, tomo IV, en «Obras Completas», pp. 107-221, y algo más breve en *Heterodoxos*, tomo V, pp. 432-69.)

Este grupo es muy representativo del mundo intelectual de finales del XVIII y principios del XIX. En esa época de cambio algunos todavía respiraban los aires del Antiguo Régimen, otros se vieron desarbolados personal e ideológicamente por los nuevos vientos. Tapia representa el término medio; no es ni reaccionario ni exaltado; una vez más encuéntrase la virtud en el término medio.

V. — LA OBRA LITERARIA DE TAPIA

Volvamos a nuestro Tapia.

De nuevo en Madrid en 1814, por razones no muy claras, fue acusado de conspiración y permaneció nueve meses en las cárceles de la Inquisición pero fue absuelto. No tuvo tanta suerte en 1824; temiendo por su vida se exiló en Francia, en donde permaneció hasta 1831. Colaboró después en la redacción del proyecto del Código Civil de 1836 (LASO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, 4, *Código Civil*, vol. I, Madrid, 1978, p. 108) y en ese año fue nuevamente diputado por Avila, pero más que político fue lo que hoy llamaríamos un tecnócrata, de ahí sus cargos en la dirección de la Imprenta y de la Biblioteca nacionales.

Su producción literaria es variada y numerosa; podemos clasificarla en:

A) Erudición.

— *Historia de la civilización española desde la invasión de los árabes hasta la época presente*, Madrid, 1840, 4 tomos. Para CUETO «con ser un libro cuerda y ordenadamente concebido, y con sobriedad y elegancia escrito, no pasa de una reseña somera e incompleta de acontecimientos históricos, sin el suficiente examen y lógico estudio de las causas íntimas y trascendentales que constituyen la esencia de la vida intelectual, religiosa, social, artística y guerrera de España». (*Poetas líricos del siglo XVIII*, t. I, Madrid, 1952, p. CCXXXIII.)

— *Discurso histórico-crítico sobre la decadencia del Imperio musulmán en España y las causas que retardaron en la monar-*

quía castellana los progresos de la restauración y de las letras hasta el siglo II, Madrid, 1838.

— *Guía de la infancia, o lecciones amenas e instructivas*, Barcelona, 1844.

— *El museo literario. Periódico mensual*. Madrid, 1844, del que aparecieron sólo tres números.

B) Poética.

— *Poesías*, Madrid, 1821.

— *Poesías*, Madrid, 1832, 2 tomos.

— *Dupont rendido. Romance heroico*, Madrid, 1808.

— *Oda a Nicolás de Azara*, Madrid, 1853.

C) Satírica.

— *Ensayos satíricos en verso y prosa por el Licenciado Machuca, inquilino que fue de la Casa Negra*, Madrid, 1820. Una segunda edición aumentada y con el título de *Juguetes satíricos* se publicó en 1839.

— *La bruja, el duende y la Inquisición. Poema romántico-burlesco y otras composiciones satíricas por D. Valentín del Mazo y Correa*, Madrid, 1837. Una segunda edición ya con su nombre apareció en 1844.

Buena parte de su producción político-satírica fue escrita en Cádiz, durante la Guerra de la Independencia, y se publicó en semanarios y folletos, no siendo recogida después.

D) Dramática.

— *Idomeneo. Drama trágico con intervalos de música en un acto*, Madrid, 1799; una segunda edición en 1817.

— *El hijo predilecto o la parcialidad de una madre*, Madrid, 1839.

— En el tomo II de *Poesías* de 1832, aparecen otros dramas: *La madrastra*, *Amor desconfiado* o *la soltería suspicaz*.

E) Novelas.

— *Viaje de un curioso por Madrid*, Madrid, 1807.

— *Los cortesanos y la revolución*, Madrid, 1830-31, 2 tomos.

F) Traducciones.

— *El talismán, o Ricardo en Palestina*, de W. Scott, junto con J. N. Gallego, 3 tomos.

Cartas a Sofía en prosa y verso, sobre la física, química e historia natural, Madrid, 1819, 4 tomos.

Tratado de la educación de las niñas y Manual de lecturas para las mismas, de Mme. Campan, junto con Gallego, 3 tomos.

Tradujo principalmente obras dramáticas del francés, sobre todo el *Agamenón* de Lemercier.

Sobre el valor literario de estas obras ya hemos oído a MENÉNDEZ PELAYO. Para CEJADOR fue nuestro Tapia «escritor de novelas», obras dramáticas, poesía e historia, de imaginación fácil y amena, excelente hablista; señalóse por su amor al purismo, enseñándose en las voces galicistas, aunque tampoco se vio él mismo libre de tan acosadores moscones». (*Historia de la lengua y la literatura castellana*, Madrid, 1915-24, tomo VI, pp. 307-9).

Su defensa del idioma frente a lo extranjerizante puede verse, por ejemplo, en la letrilla *La nueva nomenclatura galo-hispana*, donde leo estas estrofas:

Clase y jerarquía
voces son del moro;
Rango es más sonoro,
dice el fantasmón.
¡Mira qué invención!
Club llama a la junta,
ve la trama sorda,
óyele que aborda
franco la cuestión.
¡Mira qué aprensión!

Su vena poética es especialmente feliz en la sátira, y así dice del historiador de café:

¡Que discurra un mortal con tanta prisa!
Dos siglos se ha tragado en dos minutos.
Ya no hay godos; paciencia. Los califas
vienen en procesión: Alá los guarde.

En *La provisión de un empleo* retrata con palabra dura al arrivista político y al funcionario agarrado al empleo:

El patriotismo en la boca
ten siempre; en cualquier apuro
el nombre de patria invoca,
y estarás siempre seguro
y firme como una roca.

No estamos, desde luego, ante un poeta de verdadera inspiración. Literariamente representa el neoclasicismo frente a los románticos; de ahí su enfrentamiento con éstos y la ridiculización que hace de sus efectos escénicos:

Hubo decoraciones muy exóticas:
noche de tempestad, truenos, relámpagos,
convento, panteón, ruinas, cárceles,
guerreros, brujas, campesinos, cuáqueros.

Al enjuiciar su obra poética decía CUETO (*Op. cit.*, t. I, p. CCXXXIII) que «el público, oyendo sonar continuamente el nombre de Tapia unido al *Febrero novísimo*, a la *Práctica forense*, a la *Jurisprudencia mercantil* y a otros libros de índole útil y prosaica, miró aquellas obras como pasatiempo sin entidad en un hombre consagrado a tan graves y áridas tareas. La fama del jurisconsulto dañó esta vez a la gloria del poeta».

Han pasado los años y el juicio de Cueto se ha revelado erróneo. Hoy nadie recuerda al Tapia poeta, y de hecho los historiadores literarios modernos no hablan de él. Si algún día se escribe la historia del Derecho Procesal, habrá de ser mencionado principalmente por la refundición del *Febrero*.

PROCESAL CIVIL

MANUEL ORTELLS RAMOS
Profesor Adjunto de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. Jurisdicción.—2. Competencia.—3. Partes.—4. Prueba.—5. Sentencia.—6. Recurso de casación.—7. Cosa juzgada.—8. Juicio de revisión.—9. Interdicto de obra nueva.—10. Juicio ejecutivo.—11. Proceso de ejecución.—12. Costas; beneficio de pobreza.

1. JURISDICCION

COMPETENCIA GENÉRICA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS. HONORARIOS DE ARQUITECTO FRENTE AL ESTADO.

S. 24 noviembre 1980 (RA 4212)

Se reclaman los honorarios del proyecto para la construcción de una Casa de Cultura al Ministerio de Educación y Ciencia ante los tribunales civiles.

CONSIDERANDO: Que en el único motivo del recurso interpuesto por el cauce del núm. 6.º del art. 1.692 de la Ley Procesal, se denuncia la violación de la regla 3.ª del art. 4.º de la L. C. Estado, mas tal motivo ha de percer, puesto que el D. de 4 abril 1974 en su art. 2.º establece que la contratación de profesionales por la Administración se regula por el D. de 30 junio 1966,

y ya tiene declarado con reiteración la Jurisdicción contencioso administrativa del T. S. que la materia de reclamación de honorarios profesionales es esencialmente Administrativa, aparte de que, evidentemente, la argumentación contenida en los considerandos de la sentencia recurrida es perfectamente válida y se acepta plenamente por esta Sala.

2. COMPETENCIA

TERRITORIAL: ACUMULACIÓN DE ACCIONES

S. 13 enero 1981 (RA 44)

Se presenta, ante el Juzgado del domicilio del vendedor, demanda de reclamación de cantidad adeudada por cuatro partidas de mercancías suministradas, una a portes pagados y las

restantes a portes debidos. El comprador demandado plantea inhibitoria ante el Juzgado de su domicilio.

CONSIDERANDO: Que ejercitándose por la actora doña Pilar E. G., industrial, domiciliada en Zaragoza, una acción personal en reclamación de 58.903 pesetas, que el demandado, don Raúl N. S. J., propietario del establecimiento comercial "Nave Infantil" abierto en la ciudad de Santofía, le debe, como importe total de cuatro partidas de mercancías suministradas en distintas fechas, descontado el importe de las devueltas, y no apareciendo de la documental aportada, apreciada a los solos efectos de la resolución de la presente cuestión de competencia, pacto de sumisión a determinado Juzgado y sí de la primera de las facturas de portes, el que las mercancías correspondientes a la primera de las partidas, lo eran a portes pagados, como de las tres restantes aparece lo eran a portes debidos, por lo que en verdad las consecuencias no habían de ser distintas en cuanto a aquéllas debían entenderse entregadas en el domicilio del comprador y las restantes en el del vendedor, siendo uno u otro el lugar donde el demandado debe cumplir su obligación de pago, es de tener en cuenta que tratándose de acciones acumuladas, conforme tiene declarado esta Sala es competente el Juzgado del lugar en que deban cumplirse el mayor número de obligaciones o el de su mayor número o que alcancen mayor entidad económica, y como todo ello se da con las que deben cumplirse en el domicilio del vendedor, sin que afecte el que como mera facilidad de pago se libranan unas letras de cambio que no han sido atendidas ni aun siquiera aparecen aceptadas, sin que por otra parte haya mediado circunstancia alguna de la que pudiera apreciarse una sumisión tácita a uno u otro Juzgado, procede de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1.º y regla primera del art. 62 de la L. E. Civil en relación con el art. 50

del C. Com., que remite al 1.500 del C. Civ., decidir la presente cuestión de competencia en favor del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Zaragoza como competente para conocer del procedimiento de menor cuantía promovido por la expresada actora; en cuyo sentido es conforme el Ministerio Fiscal.

TERRITORIAL: SUMISIÓN TÁCITA DETERMINADA POR EL ACTO DE PEDIR PRÓRROGA DEL PLAZO PARA CONTESTAR LA DEMANDA.

S. 11 febrero 1981 (RA 561)

El demandado, que había pedido prórroga del plazo para contestar a la demanda, alegó al contestar la incompetencia territorial del Juzgado. El Juzgado estimó la excepción y la sentencia fue confirmada en apelación.

CONSIDERANDOS: Que según el art. 58 de la L. E. Civ. "se entenderá hecha sumisión tácita: 2.º Por el demandado, en el hecho de haber, después de personado en el juicio, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria"; constando en lo actuado que el demandado solicitó, después de personado, prórroga del plazo para contestar la demanda, tal diligencia no fue considerada por ambas sentencias de instancia como gestión suficiente para dar lugar a la sumisión tácita del demandado, y tampoco fue considerada por esta Sala con ese carácter por SS. de 18 mayo 1892 y 4 junio 1946; mas estas declaraciones, basadas en que la petición de prórroga no constituye gestión que lógica ni legalmente implique reconocimiento de la jurisdicción, ni solicitud de decisión alguna que afecte al derecho de las partes, no obstaculizan el criterio opuesto, mostrado en SS. como las de 17 marzo 1906, 24 marzo y 27 noviembre 1948 y 17 febrero 1978, de las que claramente se deduce que el hecho de solicitar prórroga

ga después de personado el demandado implica una "gestión" a los efectos de entender que por ella se somete tácitamente el demandado al Juzgado que le emplazó; interpretación que ha de estimarse más conforme con el texto legal que, sin hacer distinción alguna, se refiere a "cualquier gestión", frase de sentido muy amplio que ha de incluir, por tanto, la mera petición de la expresada prórroga de plazo para contestar a la demanda, siempre que, como en el caso ahora contemplado, no se plantee en forma, o al menos se insinúe, la proposición de la cuestión de competencia por declinatoria de jurisdicción, lo que, como se indica, no tuvo lugar en este supuesto.

3. PARTES

CAPACIDAD PARA SER PARTE: SOCIEDAD ANÓNIMA NO INSCRITA EN EL REGISTRO MERCANTIL

S. 9 marzo 1981 (RA 906)

Se interpone tercera de dominio por S. A. no inscrita en el Registro Mercantil, siendo inadmitida en ambas instancias por carecer la actora de personalidad (capacidad para ser parte)

CONSIDERANDO: Que lo que en realidad se reprueba por un medio inadecuado, cual el del núm. 7.º del art. 1692 mencionado, es la interpretación errónea de los arts. 6 y 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, por haber estimado la sentencia impugnada que el apoderamiento para comparecer en el juicio de tercera se otorgó por persona jurídica inexistente por no haber sido inscrita entonces todavía la sociedad recurrente en el Registro Mercantil sino casi un año después, y por lo tanto carece de personalidad para el juicio iniciado; posición que esta Sala ha de ratificar, puesto que: a) la falta de inscripción de una sociedad anónima, sin perjui-

cio de que vincule a los socios y sea válida ante ellos, implica, conforme al art. 6 de la Ley de estas sociedades, la inexistencia para terceros de la sociedad, y por tanto para éstos carece de nacionalidad, de domicilio, y no puede demandar, ni ser demandada en juicio; b) sin embargo, el art. 7.º de la misma Ley especial permite una ratificación de tales actos siempre que sean aceptados dentro de los tres meses siguientes a partir de la inscripción, ratificación que, según los hechos probados en la instancia, no debidamente impugnados, no tuvo lugar en el caso ahora contemplado, como resulta de los considerandos 2.º de la sentencia recurrida y 4.º de la del Juzgado de Primera Instancia, admitido por la recurrida, de los que deriva que cuando se formuló la demanda, en 11 de marzo de 1977, aún no se había inscrito la sociedad recurrente en el Registro Mercantil, lo que tuvo lugar en 1 de febrero de 1978, pero no consta que dentro de los tres meses siguientes se ratificase o aceptase el otorgamiento del poder, sin que pueda estimarse que resulte probada una aceptación tácita, pues falta todo hecho concluyente en tal sentido acreditado en la instancia (considerandos 2.º y 6.º, respectivamente, de ambas sentencias de instancia); c) al no acreditarse ratificación del poder del Procurador de la tercerista recurrente, ésta compareció en la instancia sin poder hacerlo por carecer de personalidad, concurriendo así la falta de personalidad apreciada acertadamente por sentencia recurrida.

LEGITIMACIÓN ACTIVA: DE UNO DE LOS COMUNEROS PARA RECONVENIR PRETENDIENDO EL DESAHUCIO DEL APARCERO

S. 7 febrero 1981 (RA 384)

El demandado por reconversión alegó la falta de legitimación activa del actor reconvenicional, porque las fincas de las que éste pretendía el de-

sahucio, le pertenecían pro indiviso con dos hermanas no intervinientes en el proceso.

CONSIDERANDO: Que no obstante lo anteriormente, procede entrar en el examen del motivo, ya que lo que en definitiva alega el recurrente es la falta de legitimación del demandado por no haberse constituido el litis-consorcio activo necesario, al no haber sido traídas al pleito a las otras tres demandadas, a las que aquél dice representar, y que con él integran la comunidad de propietarios en proindivisión de las fincas de la aparcería objeto del contrato suscrito por dicho demandado y actor reconvenional, por sí y como representante de las otras tres comuneras, y el actor recurrente, ya que la materia relativa al litis-consorcio es cuestión de orden público y, por ello, apreciable de oficio, lo que hace deba entrarse en su examen, abstracción hecha de si se replanteó o no como cuestión nueva en la vista de la apelación ante el Tribunal "a quo", y siendo el fundamento y razón de la doctrina legal creadora de la figura del litis-consorcio, tanto activo como pasivo, la necesidad de llamar al proceso a todas cuantas personas puedan estar interesadas en la relación jurídico-procesal objeto del mismo cuando la resolución que pueda recaer haya de afectar a derechos y obligaciones de distintas personas, resulta evidente que, por lo que respecta al procedimiento origen del presente recurso se refiere, dicha relación ha sido correctamente constituida por cuanto el recurrido, que fue demandado expresamente "en su propio nombre y como representante-apoderado de sus hermanas doña Encarnación, doña Natividad y doña Sara S. E.", en tal concepto compareció, contestó la demanda y formuló reconvencción, es decir, actuando, como así lo manifiesta en el correspondiente escrito, "por sí y en representación de sus hermanas", las que nominalmente cita, lo que hacía innecesario la per-

sonal presencia de éstas en las actuaciones, como acertadamente expresa la sentencia recurrida, pero, además, ha de tenerse en cuenta que la acción principal que en la demanda reconvenional se ejercita es la de desahucio y sabido es, por ser doctrina jurisprudencial creada a través de numerosas sentencias —de esta Sala las de 19 de junio de 1964 y 15 de noviembre de 1968 y las de la Sala 6.ª de 9 de diciembre de 1953 y 3 de mayo de 1975, por citar alguna—, que cualquiera de los comuneros, puede comparecer en juicio y ejercitar acciones que correspondan a la comunidad, siempre que se actúe en beneficio de la misma, y, además, por el solo hecho de ser el actor administrador de las fincas, está legitimado activamente para promover el desahucio, estando facultados todos los comuneros para realizar actos de administración y, por tanto, para desahuciar, sin que, por otra parte, la circunstancia de que la solicitud de que se devuelvan por el recurrente determinadas maquinarias y utensilios propios para labores agrícolas se estime por la Sala de instancia que encierra el ejercicio de una acción reivindicatoria, obste a esa legitimación activa, toda vez que cualquier condueño puede entablar acción reivindicatoria, en beneficio de todos los comuneros, como lo ha hecho el demandado y reconviniente sobre bienes pertenecientes a la comunidad, SS. de esta Sala, entre otras muchas, de 5 junio 1918, 21 junio 1919, 17 junio 1927, 3 febrero 1930, 14 marzo 1969, 12 abril 1976 y 17 noviembre 1977, todo lo cual obliga a desestimar el motivo.

4. PRUEBA

TESTIFICAL: INHABILIDAD DEL ABOGADO PARA TESTIFICAR SOBRE HECHOS CUBIERTOS POR EL DEBER DE SECRETO PROFESIONAL.

S. 5 marzo 1981 (RA 899)

Se admitió y practicó prueba testifical consistente en declaración de abogado que defendió a una de las partes en un proceso anterior, acerca de hechos acaecidos en este proceso.

CONSIDERANDO: Que tampoco es de acoger el motivo segundo, también amparado en el núm. 1.º del art. 1.692 de la L. E. Civil, fundamentado en alegada violación, por no aplicación, de los arts. 1.245 y 1.247, núm. 5.º, del C. Civil, al ser de la opinión la recurrente que el abogado don Luis B. F., por haber sido letrado director de la ahora recurrente, es inhábil, por disposición legal, dada su obligación de guardar secreto por su profesión en los asuntos relativos a la misma, para declarar como testigos en los autos originadores de este recurso en orden a la existencia del documento que recoge la transacción aducida por don Benito R. O. con su esposa doña Lucía O. G., y en cuyo documento se basó la sentencia recurrida para llegar a la solución que acoge, toda vez que si ciertamente el citado núm. 5.º del art. 1.247, en relación con el 1.245, ambos del C. Civil, establece la inhabilidad, por disposición de la ley, de "los que están obligados a guardar secreto, por su estado o profesión, en los asuntos relativos a su profesión o estado", la incapacidad que al respecto implica no es absoluta, en el sentido, en lo que se refiere al abogado, de que por el mero hecho de serlo pueda ser rechazado tanto "a priori" como en las manifestaciones testificales que haya rendido, sino relativa, dependiente de que por la índole de las preguntas que se hubieren formulado y contestado afecten a un real y efectivo secreto profesional, que en manera alguna puede estimarse existente cuando, como en el presente caso ocurre, las manifestaciones testificales a las que se proyectan las preguntas formuladas a dicho testigo, y por éste contestadas, no forman parte realmente de secreto profesional, al referirse a una actividad documentada que por

serlo adquirió publicidad y en consecuencia no alcanza a materia que le hubiere sido confiada como abogado con obligada reserva profesional, pues ésta, por su propia esencia y naturaleza, no puede entenderse se extienda a la adveración de lo que quedó documentado con trascendencia fuera de su personal obligación de secreto, y, en consecuencia, se trata ya, precisamente, por la publicidad que el documento presupone, de declaraciones que no tienen relación alguna con el secreto obligado de la profesión de abogado, sin producción, en su virtud, de causa de inhabilidad, según tiene declarado este Tribunal en S. de 30 abril 1908; y sin perjuicio, claro está, del aspecto de valor que puede dar el correspondiente órgano jurisdiccional a la declaración efectuada.

5. SENTENCIA

CONGRUENCIA: NECESIDAD DE PRONUNCIAMIENTO EXPRESO SOBRE PRETENSIONES ACUMULADAS EN ACUMULACIÓN EVENTUAL IMPROPIA.

S. 5 diciembre 1980 (RA 4737)

El actor había interpuesto pretensión declarativa negativa de la existencia de un arrendamiento y, subsidiariamente, para el caso de desestimación, que se declarara el importe de la renta y se condenara a su pago. El juzgado estimó la pretensión principal, no pronunciándose sobre la acumulada; la Audiencia revocó la sentencia, pero tampoco se pronunció sobre la pretensión acumulada.

CONSIDERANDO: Que la pretensión principal ejercitada en el suplico de la demanda inicial de las actuaciones lo es, como certeramente establece la sentencia recurrida, en sus razonamientos, con base en negar la existencia de un arrendamiento a favor del demandado y relegar a éste a la con-

dición de precarista del local y terrenos donde tiene instalado el negocio de discoteca denominado "Tope-Club", estando los razonamientos de dicha sentencia orientados en su totalidad al análisis de la referida "cuestión principal", para llegar, en definitiva, a la conclusión de la existencia del arrendamiento, alzándose contra esta aseveración el primer motivo del recurso en que, por la vía del ordinal 1.º del art. 1.692 de la L. E. Civ., se acusa la infracción por interpretación errónea del art. 1.543 del C. Civ., en cuanto este precepto requiere para la locación de cosas que tipifica la concurrencia en la cesión del goce o uso por parte del arrendador de los requisitos de un tiempo determinado en su duración y precio cierto como contraprestación a cargo del arrendatario, imponiéndose la desestimación de este motivo, por cuanto la resolución impugnada con abundantes razonamientos llega a las conclusiones de afirmar "la realidad del precio del arriendo", así como la periodicidad en el pago de "merced convenida", periodicidad que a este respecto hacía pertinente la aplicación de la preceptiva contenida en el art. 1.581 del C. Civ., realidad de precio y de su abono periódico avalada incluso por la propia actitud de las partes aquí litigantes en el documento que suscriben en 2 julio 1971, siendo lo único que no puntualiza la sentencia de la Audiencia al analizar la meritada "cuestión principal" la referente al importe a satisfacer periódicamente por el arrendatario como merced locativa, quizás por ser ésta una cuestión planteada por el demandante —recurrente con carácter "subsidiario"— y entender que bastaba la apreciación de la existencia y realidad del arrendamiento para que la pretensión principal tendente al lanzamiento del demandado del local de negocio "Tope-Club", como presunto precarista del disfrute del mismo, fuera desestimada.

CONSIDERANDO: Que inexplicablemente la sentencia recurrida, obligada al desestimar la pretensión principal de las contenidas en el suplico de la demanda, a analizar y pronunciarse sobre las peticiones articuladas con carácter subsidiario en el mismo, se limita, tras afirmar la existencia del arrendamiento, a absolver al demandado de la demanda, con olvido de que, cuando la demanda contiene una pretensión subsidiaria en la que se plantea "ad cautelam" una situación fáctica y jurídica distinta a la que se podría dar lugar por desestimación de la principal, el Tribunal de Instancia al absolver de ésta ha de entrar a resolver expresamente sobre la primera, haciendo por separado los oportunos pronunciamientos, pues como dijo la sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 1951, sólo se autoriza el pronunciamiento absolutorio de todas las pretensiones formuladas, sin que haya precedido al fallo el examen jurídico de todas ellas, si, aun siendo independientes entre sí, del solo examen de la cuestión principal, al estar ligadas a la misma por vínculos de dependencia, deriva necesariamente la improcedencia de las demás a ella subordinadas, quebrando, en su consecuencia, en supuestos como el de esta litis, la regla general de que no es dable impugnar por incongruentes las sentencias absolutorias, pues el problema planteado con las pretensiones de la demanda, no es sólo como entiende la sentencia recurrida al examinarlo como única cuestión, aunque sea la principal, si el demandado es precarista de la finca urbana "Tope-Club" que ocupa, sino, también, para el caso de que se declarara su cualidad de arrendatario, se determinara la cuantía de la renta, la fecha desde la cual era debida y se condenara al mismo al pago de la que correspondía.

INCONGRUENCIA: ABUSO DE DERECHO NO ALEGADO.

S. 31 marzo 1981 (RA 1144)

La actora pretendió resolución de contrato de arrendamiento de industria. El Juzgado absolvió de la instancia por inadecuación del procedimiento, al estimarse que el contrato era de arrendamiento de local de negocio. La Sala revocó la sentencia y absolvió de la pretensión por estimar nulo el ejercicio del derecho de resolución a causa de abuso de derecho, sin que el demandado hubiera formulado esta defensa.

CONSIDERANDO: Que, en trámite de apelación, la Audiencia Territorial, que mantiene la absolución de los demandados, revoca, sin embargo, dicha sentencia y funda dicha absolución, después de calificar el contrato como de arrendamiento de industria, no ya en la inadecuación del proceso, sino, entrando en el fondo, en la existencia de una nulidad de la acción resolutoria entablada debido al ejercicio abusivo del derecho (art. 7 del C. Civ.), abuso que entiende —aunque sin más explícito razonamiento— configurado por la circunstancia de haberse hecho entrega por los demandados de la suma de doscientas mil pesetas, que califica de "prima única para que el arrendamiento subsiguiente alcance realidad", hecho, tema y cuestión ésta que en absoluto había aflorado al proceso, ni las partes habían aducido en ningún momento procesal.

CONSIDERANDO: Que ante tal decisión, la propietaria, y parte recurrente, a quien sin duda beneficia la calificación de arrendamiento de industria —que no ataca—, se alza, sin embargo, contra el extremo de la misma que desestima la acción por su ejercicio abusivo, con la utilización, en primer lugar, del cauce procesal previsto en el núm. 2 del art. 1.692 de la L. E. Civ. (motivos primero y segun-

do), es decir, por incongruencia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, con violación del art. 339 de la L. E. Civ. y doctrina de esta Sala relativa a la existencia de ese defecto cuando se estima una excepción no alegada ni discutida aun cuando el fallo sea absolutorio.

CONSIDERANDO: Que constituye también doctrina legal la de que, si bien las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruentes, ello sólo debe ser entendido en términos generales, según también añade dicha doctrina, dada la posibilidad de admitir excepciones y especificaciones en armonía con los términos del asunto o controversia y los del fallo o resolución atacada, y así ya indicaban las sentencias de 22 marzo 1934, 12 julio 1952, 24 noviembre 1966, 7 diciembre 1967, etc., que esa doctrina general relativa a las sentencias absolutorias quebraba cuando el fallo absolutorio tuviera por base un fundamento de hecho o una excepción autónoma que no se hubiera alegado o discutido en el pleito.

CONSIDERANDO: Que según la doctrina expuesta, en relación con los términos, argumento y fallo que se contienen en la segunda sentencia recurrida, es evidente que ésta incurre en el defecto que se acusa por la recurrente y así debe estimarse si, como procede hacer, se comparan aquéllos con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes (art. 359 de la L. E. Civ.), en ninguna de las cuales figura la enderezada a la declaración de inoficiosidad o ineficacia de la acción ejercitada por concurrencia de abuso del derecho en el contexto de la contienda entablada por la actora, que no pretende sino la resolución del contrato que califica de arrendamiento de industria, frente a la defensa de los demandados, basada en su definición del contrato como de local de negocio sujeto a la prórroga for-

zosa por aplicación de la L.A.U., por lo que al introducir "ex novo" la sentencia impugnada un dato de hecho extraño al proceso y ajeno a la defensa y objeciones de los demandados sin que en el juicio exista constancia de uno y otro extremo, ni por supuesto alegación de esa excepción de fondo, es vista y clara la incongruencia denunciada y la necesidad de estimar los dos motivos estudiados, en cuanto se falla sobre extremo no pedido y consecuentemente no debatido ni sometido a prueba, con la lógica pero antijurídica indefensión, de la parte a quien afecta, punto éste que, como es sabido, constituye uno de los fundamentos o justificaciones de la exigible correlación entre peticiones y fallo, porque si bien el Juez, en términos generales, es dueño del Derecho ("lura novit curia"), no lo es del hecho ("da mihi factum, dahō tibi ius"), cuyo respeto es siempre inexcusable, por ser las partes quienes deban aportarlos como integrantes de la "causa petendi".

CONSIDERANDO: Que tampoco podría estimarse como excusa de esa denunciada incongruencia la posibilidad de justificarla como resultado de una aplicación "ex officio" del deber judicial de vigilancia y sanción de los actos contrarios a la ley mediante la declaración de su nulidad, doctrina que hay que tomarla "cum grano salis" para evitar el peligro de proliferación de nulidades excesivas en materias que entran en el ámbito de la autonomía de la voluntad y que deben dejarse a la iniciativa e interés de la parte, supuesta la inexistencia de atentado flagrante al orden jurídico de cuya defensa están encargados los Tribunales, así, si bien las sentencias de 29 enero 1932, 15 enero 1949, 20 octubre 1949, 28 abril 1963 y otras admiten la posibilidad de la declaración de oficio de la nulidad para evitar que los fallos de los Tribunales, por el silencio de las partes, puedan amparar hechos torpes o constitutivos de deli-

to, también es cierto que ello sólo tiene justificación ante actos nulos de pleno derecho (art. 6.º-3 C. Civ.), pero no ante negocios no afectos de vicio o no infractores de un precepto claro y terminante —SS. de 11 marzo 1965, 22 marzo 1965—, y mucho menos respecto de actos o negocios cuya apariencia jurídica correcta merezca el debido respeto mientras no se impugnen en forma o eficazmente, dando así oportunidad a la otra parte para su defensa —SS. de 31 diciembre 1949, 15 octubre 1957, 16 mayo 1970— en atención a las posibles consecuencias de la acción (arts. 1.303 y siguientes del C. Civ., por ejemplo).

CONSIDERANDO: Que en este sentido bien puede afirmarse que el abuso del derecho (art. 9.º de la L.A.U. y 7.º del C. Civ.), por no pertenecer al ámbito de la doctrina de los actos contrarios a las normas, sino al del ejercicio de los derechos, en armonía con sus límites y el principio de la buena fe, es materia dispositiva que procesalmente ha de actuarse bien como acción, bien como excepción y remedio al perjuicio que se cause en materias no reguladas por otras normas destinadas normalmente a la solución de conflictos o colisión de derechos —S. de 14 febrero 1944— por lo que debe ser actuada por la parte y manifestarse y revelarse de modo patente y claro —S. de 29 noviembre 1960—, según el principio de contradicción y "audiatur et altera pars".

6. RECURSO DE CASACION

POR INFRACCIÓN DE LEY: REVISIBILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL REALIZADA POR EL TRIBUNAL DE INSTANCIA.

S. 6 febrero 1981 (RA 383)

La Sala, en base a una interpretación de una cláusula del contrato diferente a la efectuada por el Juzgado, declara válido y eficaz el contrato de

compraventa por estimar correcto el ejercicio del derecho de opción previamente pactado.

CONSIDERANDO: Que es doctrina reiterada de esta Sala que el criterio interpretativo de un contrato mantenido por el Tribunal de segunda instancia puede ser objeto del recurso de casación; a cuyo efecto la operación de interpretación se desdobra en dos partes: por un lado, que es la fase previa, el Tribunal "a quo" fija unos hechos a consecuencia de su actividad de valoración de las pruebas practicadas en el juicio; por otro, a los hechos así fijados aplica alguna de las normas contenidas en los arts. 1.281 a 1.289 del C. Civ.; a la primera fase pertenece la llamada "quaestio facti" o determinación de hechos; a la segunda pertenece la "quaestio juris" o determinación del derecho aplicable; sólo la primera parte de esta operación interpretativa puede impugnarse en casación articulando el recurso a base del núm. 7.º del art. 1.692 de la L. E. Civ.; la segunda parte, o determinación de la norma a aplicar, puede impugnarse solamente a través del núm. 1.º del mismo artículo, porque entonces al aplicar uno de los artículos sustantivos citados, o varios, pudo hacer "violación, interpretación errónea o aplicación indebida", según se deduce de las sentencias, entre otras, de 11 abril 1964 y 11 febrero 1967; por otro lado, desde un aspecto sustantivo, la operación de interpretación de los contratos, previa fijación de su contenido, cuestión no discutida en esta litis al ser reconocido por ambas partes el documento privado de 22 marzo 1975, ha de atender a la voluntad bilateral o "común" de ambas, quedando por tanto excluida como regla general la mera voluntad "interna" de cualquiera de ellas o de las dos, que puede servir, no obstante, para concretar aquella voluntad común; de modo que desde un punto de vista jurídico, la voluntad interna de un contratante no tendrá efecto si por

su declaración o manifestación el otro contratante, según los usos y la buena fe, entendió cosa distinta de aquella voluntad interna; dirección objetivista que conduce a que en casos como el debatido, de discordancia de interpretación, sean los Tribunales los que hayan de pronunciarse acerca del sentido que ha de darse a los pactos convenidos a tenor de las normas aplicables a su texto prefijado, reiterando que en el caso ahora contemplado no se impugnan los hechos, o contenido literal de las cláusulas, sino la aplicación a las mismas de los preceptos legales sustantivos que se estiman por los recurrentes como infringidos.

7. COSA JUZGADA

DE LA SENTENCIA PENAL QUE CONTIENE CONDENA GENÉRICA A INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS RESPECTO A PROCESO CIVIL EN QUE SE DEMANDA INDEMNIZACIÓN EN CUANTÍA DETERMINADA.

S. 27 enero 1981 (RA 41)

El Juzgado condenó en juicio de faltas a indemnizar "los gastos legítimos de curación de sus lesiones, siempre que fueran debidamente acreditados en ejecución de sentencia, así como los jornales correspondientes a los días que no pudieron trabajar". Ese pronunciamiento no se ejecutó y cuando los interesados instaron la ejecución del mismo, el Juzgado se negó a la reapertura de la ejecución de sentencia. Interpuesta la pretensión en proceso civil, el Juzgado estimó la cosa juzgada, pero la Audiencia revocó la sentencia y estimó la pretensión.

CONSIDERANDO: Que procede desestimar los motivos primero y segundo en que se basa el recurso en cuestión, planteados, respectivamente, al amparo de los números 5.º y 1.º del art. 1.692 de la L. E. Civ., por entender los recurrentes que el fallo de la sentencia impugnada es contrario a la

cosa juzgada proclamada por los artículos 1.251 y 1.252 del C. Civ. e interpreta, erróneamente, el párrafo 2.º de dicho art. 1.251 y párrafos 1.º y 3.º del meritado art. 1.252, proclamadores de la santidad de la cosa juzgada, alegándose al respecto que la cuestión planteada en el juicio declarativo que ahora se examina ya fue resuelta en el juicio de faltas precedentemente tramitado en el Juzgado de Distrito de Vinaroz, y en consecuencia que la cuestión resuelta en aquel proceso penal se reproduce en el civil de que se trata, porque si ciertamente puede llegarse a la conclusión de que en uno y otro juicio se da identidad de personas y cosas —responsables civilmente y perjudicadas y secuencia indemnizatoria en favor de éstos y a cargo de aquéllos por consecuencia de accidente de circulación—, no es de apreciar que concorra la identidad de causa, y en su derivación de acciones, precisa para que se pueda apreciar el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, ya que la referida sentencia penal lo que decidió y tomó por tanto como “causa indicandi” fue la obligación genérica indemnizatoria de abono en favor de los ahora recurridos don Francisco H. D. y doña Adelina V. de D., y a cargo de los ahora recurrentes don Pascual N. C. y don Patricio V. M., de los gastos legítimos de curación de sus lesiones, y de los jornales correspondientes a los días que no pudieron trabajar, mientras que en el juicio civil determinante del presente recurso lo que se decide es la exacta cantidad de abono que procede por derivación de ese genérico pronunciamiento, no estándose por tanto en presencia del supuesto de plena identidad decisoria que es la esencia vitalizadora de la cosa juzgada, sino, como certeramente aprecia la sentencia recurrida, de mero aspecto complementario concreto de lo genéricamente precedentemente decidido; y sin que a ello obste la circunstancia de que la indicada sentencia penal haya declarado en su pronunciamiento condenatorio civil, de

índole indemnizatoria, en orden a los gastos legítimos de curación de sus lesiones y jornales correspondientes a los días que no pudieron trabajar, “siempre que fueren debidamente acreditados en ejecución de sentencia”, pues esta expresión, si bien es claramente significativa de la posibilidad de concretar cuantitativamente el reconocimiento genérico indemnizatorio en fase de ejecución en el ámbito del proceso penal tramitado, en manera alguna impide, como asimismo con indudable acierto establece la sentencia recurrida, en tanto no se haya efectuado aquella concreta determinación en la referida ejecución de la expresada sentencia penal, el efectuarlo mediante el planteamiento de juicio civil a esa finalidad, porque en tal aspecto la referida ejecutoria penal es un título de crédito, creador de un vínculo obligacional, al que puede darse efectividad en tal marco procedimental civil si a él decide acudir el que lo obtuvo a su favor.

CONSIDERANDO: Que a igual solución desestimatoria es de llegar en lo que se contrae al motivo tercero, que los relacionados recurrentes amparan en el núm. 1.º del art. 1.692 de la precitada L. E. Civ., por pretendida falta de aplicación en el fallo recurrido de la doctrina legal, sustentada en las sentencias que cita, referente a que la jurisdicción civil no tiene como misión subsanar errores o suplir omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a Tribunales de otra jurisdicción, puesto que, como ya se deduce de lo expuesto en el precedente considerando, la sentencia recurrida no tiene como misión subsanar error o suplir omisión alguna con relación al proceso penal anteriormente seguido, sino simplemente ser su mero complemento determinando concretamente la cantidad de procedente abono correspondiente al reconocimiento genérico de obligación indemnizatoria producido en la sentencia decisoria de dicho proceso penal y lo que además

se deduce de la circunstancia de que en la expresada sentencia penal al establecer en su declaración de hechos probados que no consta la sanidad del conductor —refiérese a don Francisco H. D.—, a quien al parecer le quedará defecto físico, que no concreta ni cuantifica, indudablemente se posibilita que éste se precise y concrete a medio del ejercicio de la correspondiente acción en el juicio declarativo de que dimana el presente recurso.

8. JUICIO DE REVISION

MOTIVO DE MAQUINACIÓN FRAUDULENTA.

S. 19 enero 1981 (RA 35)

La actora, con conocimiento de que el local de negocio arrendado había sido traspasado por adjudicación en pública subasta a otra persona, insta y obtiene el desahucio del antiguo arrendatario, realizándose la ejecución de la sentencia.

CONSIDERANDO: Que no puede prescindirse, pese a no haberse personado los que fueron parte en los autos de juicio de desahucio cuya revisión se pretende, del tema de si el aquí recurrente, don Luis Ll. N., no interviniente en dichos autos como actor ni como demandado, está legitimado activamente para promover la revisión del mismo, imponiéndose la conclusión afirmativa, ya que, como estableció la sentencia de esta Sala de 23 de noviembre de 1962, tal legitimación “debe entenderse extendida no sólo a los que fueron interpelados en el litigio, sino a todos aquellos que por estar interesados directamente en su resultado, debieron ser llamados a él, pues admitir lo contrario equivaldría a tolerar que a más de no ser oídos en el proceso, negándoles los medios de defensa de sus posibles derechos, privarles de uno de los recursos que

la ley concede, sobre todo teniendo el carácter de extraordinario”.

CONSIDERANDO: Que del material probatorio que ofrece lo instruido, tanto en los autos de juicio de desahucio origen de las actuaciones, como en el presente procedimiento especial, aparece que al recurrente don Luis Ll. N. le fue adjudicado en procedimiento judicial, como consecuencia de subasta pública, el derecho de traspaso del local de negocio sito en la calle de la Luna, núm. 11, de la ciudad de Barcelona, aprobándose a su favor el remate del referido bien y adquiriendo, por ende, en principio, la cualidad de arrendatario del mismo, razón por la que no ofrece duda de que no sólo está interesado en el juicio cuya revisión pretende, sino que en realidad es el único interesado, por cuanto el anterior arrendatario fue privado de la posesión que podía ostentar con tal carácter en el propio procedimiento judicial.

CONSIDERANDO: Que la actora en el juicio de desahucio doña Victoria B., aquí recurrida, como también se deduce de las pruebas practicadas, conocía la existencia del procedimiento judicial en el que había sido embargado el derecho de traspaso del arrendatario don José O., no siendo admisible que ignorara el desenlace del mismo, ya que a través de su administrador, mantuvo conversaciones con el letrado del señor Ll., así como ha reconocido, según quedó denotado en el primer considerando de esta resolución, que presentó escrito ante el Juzgado de Primera Instancia donde se había seguido el procedimiento sumario anunciando su propósito de interponer la acción de desahucio por falta de pago, lo que hacía obvia la posibilidad de que se informara del resultado del meritado procedimiento sumario, constituyendo la ocultación maliciosa de este resultado y su trascendencia en orden a la persona que ostentara la cualidad de arrendatario

del local una verdadera maquinación fraudulenta, para cuya calificación no es óbice su alegación de que, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 33 de la L.A.U., no se le notificara la mejor postura ofrecida en la subasta, pues aunque ello le confiera el derecho de no reconocer el traspaso —art. 32, último párrafo, de la citada ley—, se requería una actuación por su parte al fin de hacer efectivo tal derecho y en el ínterin, no habiéndolo verificado así, no podía hacer caso omiso al efecto del ejercicio de la acción resolutoria del arrendamiento por falta de pago de la renta de la situación jurídica originada en orden a la titularidad de arrendatario por el auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona de 28 de octubre de 1976.

9. INTERDICTO DE OBRA NUEVA

PRETENSIÓN EN PROCESO ORDINARIO PARA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA SUSPENSIÓN DE LA OBRA

S. 5 diciembre 1980 (RA 4738)

El actor ejercita acción para que se declare su propiedad sobre una finca, comprendida determinada parte de la misma en la que había construido, motivando ello un interdicto de obra nueva en el que resultó vencedor. Accesoriamente pretende condena e indemnización por los daños derivados de la suspensión. La pretensión accesorias es rechazada en ambas instancias.

CONSIDERANDO: Que el motivo único del recurso entablado por el actor aduce, por el cauce del núm. 1.º del art. 1.692 de la Ley Procesal, infracción por inaplicación del art. 1.902 del C. Civ., razonando que la suspensión de la obra ordenada en el juicio interdictal núm. 15 de 1977 promovido por el demandado don Luis P. Z., ha de llevar aparejada la condigna indemnización de perjuicios pretendida en

el presente litigio, una vez declarado el dominio del demandante sobre la totalidad del solar donde estaba en vías de construcción el edificio y acordado el levantamiento de aquella medida cautelar paralizadora adoptada a instancia del promovente del interdicto de obra nueva; alegación que no puede prosperar, pues la doctrina jurisprudencial tiene establecido que para la viabilidad de la petición de resarcimiento ocasionado por actuaciones judiciales de cualquier índole, es menester que la parte que las inició y fue solicitante del proveído jurisdiccional haya actuado dolosamente o cuando menos con manifiesta negligencia por no haberse asegurado el alcance de la acción ejercitada —SS. de 28 febrero 1959, 12 noviembre 1960, 18 febrero 1965 y 22 mayo 1967, entre otras—, lo que significa la concurrencia de un “animus nocendi” o intención dañosa, que no existirá “cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima correspondiente, por oponerse a ello la máxima “qui iure suo utitur nominem laedit”, salvo, claro está, que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad estimando la inexistencia de justa “causa litigantis” —S. de 28 noviembre 1967, resolviendo sobre caso de acentuada analogía con el presente—, presupuestos que, en manera alguna, son de apreciar, pues la Sala de Instancia, con ponderaciones no combatidas en forma y por lo tanto inalterables, afirma que el accionante en el interdicto no ha procedido con antijuricidad ni puede censurársele por haber actuado culpablemente, ya que ha “mantenido en el juicio un criterio opinable”, además de no haber sido acreditados —según añade— los hipotéticos daños y perjuicios, con lo que falta también este requisito objetivo indispensable para que pueda alcanzar éxito la pretensión de responsabilidad por acto ilícito.

10. JUICIO EJECUTIVO

DECLARACIÓN DE NULLIDAD DEL MISMO EN JUICIO ORDINARIO A INSTANCIA DE TERCERO.

S. 4 diciembre 1980 (RA 4734)

En juicio ejecutivo se embargaron, en calidad de bienes muebles, maquinarias que eran bienes inmuebles por destino y que como tales, en unión a los locales de la fábrica, estaban sujetos a una hipoteca en favor del B.C.I. El B.C.I. pide la declaración de nulidad de los actos ejecutivos realizados respecto a los citados bienes. El Juzgado estimó la demanda y la Audiencia revocó la sentencia.

CONSIDERANDO: Que los antecedentes fácticos enunciados en el presente, conducen a la estimación del primero de los motivos en que se basa el recurso de que se trata, fundamentado, al amparo del núm. 1.º del artículo 1.962 de la L. E. Civ., en infracción, por el concepto de violación por inaplicación, de la doctrina establecida en las sentencias, de esta Sala de 10 abril 1901- 1 julio 1904, 8 marzo 1929, 30 abril 1930 y 22 diciembre 1967, porque estas resoluciones apreciadas no en la singularidad de los casos a que afectan, sino en la orientación unitaria a que conducen, claramente ponen de manifiesto la procedencia, negada por la sentencia recurrida, de solicitar y declarar la nulidad de actuaciones en un procedimiento judicial —en este caso el ejecutivo de que se deja hecha mención— en un juicio declarativo posterior —en este caso el de mayor cuantía de que dimana el recurso de casación que se examina— instado por quien no fue parte en aquél, en cuanto que se dan los requisitos precisos al respecto, cuales son: lesión o perjuicio derivado de un resultado desfavorable a quien solicita la nulidad, que en este caso se produciría de posibilitar las consecuencias eje-

cutivas proyectadas a bienes muebles de lo que tiene precedente traba de embargo en el concepto jurídico de bienes inmuebles; perjuicio injusto consecuencia de violación no de aspectos de índole meramente procesal, sino de carácter sustantivo, consecuencia precisamente de dicha proyección ejecutiva sobre bienes embargados como muebles, cuando por expresa normativa del art. 334 del C. Civ. tienen consideración de inmuebles, con manifestación de tal carácter a efectos de hipoteca, y consiguiente nota de indivisibilidad que confieren al respecto los arts. 111, núm. 1.º, y 122 de la L. H.; y medio necesario para asegurar la integridad de los derechos lesionados del tercero, porque si ciertamente por el principio de la relatividad de la cosa juzgada, reconocida en el art. 1.252 del C. Civ., determinante de que las actuaciones y resoluciones judiciales no pueden perjudicar a quien no ha sido parte en el proceso en que han tenido lugar, no siempre lleva consigo la consecuencia de nulidad, sino tan sólo, por obvias razones de seguridad jurídica, en los supuestos y en la medida en que sea indispensable para la conservación plena de los derechos del tercero afectado, que es el supuesto ahora dado desde el momento que las mencionadas actuaciones judiciales, cuya anulación se postuló en la súplica del inicial escrito de demanda, llevan, de no decretarse, a un resultado que representaría un evidente perjuicio irreparable para el actor, como sería, con la efectividad del indicado juicio ejecutivo con relación a los bienes en cuestión, la posible venta a terceros, en el embargado concepto de muebles y libres de cargas, en condiciones aptas para que el adquirente quedase en una posición inatacable, por la protección que pudiera repararle el art. 464 del C. Civ., con la consiguiente irreversible lesión del derecho de la entidad ahora demandante Banco de Crédito Industrial, S. A., que se vería perjudicada, en tal alcance, en los normales efectos

de la hipoteca a su favor constituida con proyección a los bienes de que se trata.

CONSIDERANDO: Que lo precedentemente expuesto, conducente a la solución estimatoria del primero de los motivos en que se soporta el recurso de casación examinado, posibilitador, según tiene reconocido esta Sala en S. de 30 abril 1930, de que quienes no fueron parte en juicio anterior en el que se lesionen sus derechos y se vean privados del ejercicio de éstos puedan hacerlo posteriormente en juicio distinto, de tal manera, como admite la también sentencia de esta Sala de 22 diciembre 1967, que un tercero que no fue parte en juicio ejecutivo planteado puede instar en procedimiento ordinario la nulidad de actuaciones del procedimiento de apremio para que sea declarada la existencia de una voluntad legal amparada en su derecho, no es más que el lógico reconocimiento de la precisión de arbitrar un adecuado marco procesal para que un tercero en un determinado proceso, y que por no figurar como parte en los autos que lo configura no puede normalmente insertarse directamente en él como parte, pueda actuar en defensa de los atentados que a su derecho pudieran derivarse, dando vida a lo que ya en determinadas modernas orientaciones legislativas se regula expresamente, cual sucede en el Procedimiento Civil Italiano, al prevenir su art. 404 que "un tercero puede hacer oposición contra la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, o simplemente ejecutiva, dictada entre otras personas, cuando perjudique sus derechos", y que ya viene teniendo acogida en la legislación española, cuando en el párrafo 10 del art. 132 de la L. H. viene a autorizar el planteamiento por terceros interesados, a través de juicio declarativo, de reclamaciones sobre nulidad del título o de las actuaciones de un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del art. 131 de

la misma L. H., y en igual sentido se manifiestan los párrafos 7.º de los artículos 85 y 93 de la Ley Hipotecaria Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión.

11. PROCESO DE EJECUCION

EJECUCIÓN DE SENTENCIA DE PAÍS EXTRANJERO CON EL CUAL NO EXISTE TRATADO.

A. 7 marzo 1981 (RA 10008)

Se pretende el exequatur de sentencia dictada por tribunal de Alemania Federal, país con el que no existe tratado sobre esta materia.

CONSIDERANDO: Que la sentencia, cuya ejecución en España se interesa, ha sido dictada por el "Landgericht" o Audiencia Provincial de Bonn, de Alemania Federal, con fecha 13 de julio de 1977, en pleito seguido entre la entidad mercantil alemana "Grevn's Adressbuch-Verlag Köln Cmbh & Co. Kg.", como demandante, y doña Lisselotte H., ciudadana también alemana, y no existiendo tratado sobre reconocimiento de ejecución de sentencias dictadas por tribunales de ambos países, entre España y la República Federal de Alemania, ha de acudirse, conforme establece el art. 952 de la L. E. Civ., al criterio de reciprocidad, estando acreditado en las actuaciones que el antiguo Tribunal de Reich, antecedente del actual Tribunal Supremo Federal, aceptó el principio de reciprocidad con España, reconociendo en Alemania, las sentencias de los tribunales españoles, sin que conste que, de hecho, no se haya dado cumplimiento a las sentencias españolas por haberse manifestado en contrario dicho Tribunal Federal, de lo que deriva que en principio procede la ejecución en España de la sentencia a que el presente "exequatur" se refiere, la que fue declarada firme en 6 septiembre del indicado año 1977, siempre que se

hayan cumplido cuantos requisitos exige el art. 954 de la citada Ley Procesal Civil.

CONSIDERANDO: Que la ejecución cuyo cumplimiento se pretende, recaó en pleito seguido como consecuencia del ejercicio de una acción personal, en reclamación del importe de determinados anuncios publicitarios llevados a efecto por la entidad actora ejecutante a cargo de la demandada, quien solicitó la inserción de aquéllo por medio de dos de sus empleados, en las guías telefónicas comerciales que, la demandante publica, obligación lícita en España, dicha sentencia no ha sido dictada en rebeldía, pues no obstante sostener lo contrario en estas diligencias la representación de la demandada doña Lisselotte H. está acreditado en las actuaciones que ésta fue representada en el pleito por el Procurador Abogado señor K., sin que conste le fuese revocado el apoderamiento, a quien en 28 julio 1977 le fue entregada copia legalizada del libramiento para la demandante a los fines de ejecución, a efectos de notificación, sin que el certificado aportado por la ejecutada, con su escrito de la oposición a la ejecución, solicitada, sobre su residencia en España, acredite que estuvo ausente del lugar de tramitación del juicio que dio lugar a la sentencia que ha de ser objeto de ejecución, puesto que dicho certificado lo que justifica es que don Manfred H., esposo de la ejecutada, adquirió una casa en Alfaz del Pi (Alicante) y que en 10 junio 1980, fecha del documento, reside en ella, reuniendo por tanto la ejecutoria los necesarios requisitos en la nación en que se dictó para ser considerada como auténtica y está suficientemente legalizada para que haga fe en España, sin que a ello obste, como la ejecutada pretende, el apostillado de que es necesario según el Convenio 5 octubre 1961, ratificado por Instrumento en 10 abril 1978, publicado en el Boletín del Estado 25 septiembre del mismo año, puesto que,

aparte de que la apostilla viene a sustituir a la legalización en sus efectos, es lo cierto que, en el presente caso, la legalización llevada a efecto por los funcionarios competentes para ello tuvo lugar con anterioridad a dicha ratificación del mencionado Convenio; por todo lo cual procede acceder al cumplimiento y ejecución, que de la sentencia objeto del presente "exequatur" se solicita.

12. COSTAS. BENEFICIO DE POBREZA

DENEGACIÓN POR HABERSE OMITIDO LA DECLARACIÓN DE CIERTOS RECURSOS ECONÓMICOS.

S. 10 diciembre 1980 (RA 4743)

La Audiencia denegó el beneficio de pobreza porque las actoras habían omitido en su declaración de bienes unos depósitos bancarios que, aun incluidos, no hubieran determinado la denegación del beneficio.

CONSIDERANDO: Que el único motivo del recurso, formulado al amparo del núm. 1.º del art. 1.692 de la L. E. Civ., denuncia la infracción, por aplicación indebida, de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del T. S. que cita, que son las mismas a que la sentencia objeto del recurso hace referencia y que sirven de fundamento al fallo de la misma, por entender la parte recurrente que, aun admitiendo la ocultación de esos depósitos bancarios por valor de 800.000 pesetas, a que la resolución impugnada se refiere, es lo cierto que ha de tenerse en cuenta que, como declaran las SS. de 15 marzo 1944 y 15 febrero 1945, "omisión" y "ocultación" no son términos sinónimos sino diferenciados por la nota de intencionalidad que caracteriza al segundo, y no siempre que el solicitante del beneficio de pobreza incurra en una omisión de la indicada clase ha de seguirse de ello

el efecto denegatorio de la solicitud, pues éste se produce, solamente, cuando la omisión ha sido maliciosa, y ésta no lo es si la omisión no ha podido influir en la situación económica del demandante, de manera que, una vez suplida, impida poder considerarse pobre en sentido legal, circunstancias éstas que, según afirma, se dan en el caso objeto del presente recurso, y resolviendo sobre estas alegaciones de la parte recurrente, no cabe olvidar que, efectivamente, como así lo expresa la sentencia de esta Sala de 25 enero 1978, es reiterada la jurisprudencia declarativa de que una ocultación de medios de vida es suficiente a denegar el beneficio de pobreza si no se prueba que los recursos omitidos se mantenían dentro de los límites legales per-

misivos de que tal beneficio se conceda, es decir, que la ocultación, como causa denegatoria de la pobreza, es aplicable sólo en el caso de que la ocultación de algún medio de subsistencia del solicitante pueda influir en la realidad económica de éste sustrayendo a la apreciación del juzgador elementos de juicio para conocer si la totalidad de los productos de sus bienes y demás ingresos dinerarios excede o no del doble jornal de un bracero de la localidad donde aquél tenga su residencia, y así lo proclaman las también sentencias de esta Sala de 6 febrero 1941, 7 y 9 febrero 1942, 5 enero 1943, 15 marzo 1944, 16 enero 1945, 29 abril y 31 mayo 1957, 12 marzo 1959, 4 marzo 1961 y 1 julio 1967, entre otras.

JURISPRUDENCIA

PROCESAL PENAL

VÍCTOR M. MORENO CATENA
 Profesor Ayudante de Derecho Procesal
 Universidad de Sevilla

SUMARIO:

1. Conflictos de jurisdicción.—2. Principio acusatorio.—3. Leyes procesales penales: territorialidad.—4. Competencia.—5. Partes.—6. Juicio oral.—7. Prueba.—8. Sentencia.—9. Recurso de casación.—10. Costas.

1. CONFLICTOS DE JURISDICCION

CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL CONOCIMIENTO DE PROCESO PENAL POR DELITO COMETIDO POR O CONTRA MIEMBRO DE LA POLICÍA NACIONAL.

A. 11 noviembre 1980 (RA 4476)

Con ocasión del planteamiento de conflicto negativo de jurisdicción entre la ordinaria y la militar, en el conocimiento de diligencias previas por accidente de circulación en el que intervinieron como conductor un miembro de la Policía Nacional y en el resultaron un Policía Nacional muerto y otro con lesiones, el T. S. entra a considerar los supuestos en que ha de conocer una u otra jurisdicción.

CONSIDERANDO: Que es doctrina constante de esta Sala, hasta el punto

de haberse plasmado, no sólo en las sentencias que luego se dirán sino en la Instructa de esta Sala de 25 abril 1980, para las Audiencias Provinciales su contenido en los puntos siguientes: 1.º En los delitos cometidos contra miembros de la Policía Nacional, son de competencia de la jurisdicción ordinaria, excepto que por razón del lugar o de la persona responsable sea competente otra Jurisdicción —art. 5, Ley de 4 diciembre 1978—. 2.º Delitos cometidos por dichos miembros en el ejercicio de sus funciones, también es de competencia de la Jurisdicción Ordinaria, con las mismas excepciones señaladas en el apartado anterior (art. 5, 3.º de la ley citada). 3.º Delitos cometidos por miembros de la Policía Nacional fuera de sus funciones, es de competencia de la jurisdicción ordinaria, por la misma y mayor razón que las del anterior apartado, porque no están sujetos al fuero militar, con

las mismas excepciones anteriores. 4.º Todas estas excepciones, recogidas en la ley citada, en relación con el art. 13 del Código de Justicia Militar, se reducen a los delitos estrictamente militares, o a lugares puramente militares, cuarteles, campamentos, almacenes, plazas fortificadas, zonas estrictamente de este carácter y ello en mérito de la declaración genérica de la Ley de 4 diciembre 1978, de que la Policía Nacional, aunque tenga estructura y organización militar, no está integrada en las Fuerzas Armadas y que si los delitos cometidos en el servicio por sus miembros serán enjuiciados por los Tribunales Ordinarios, con las salvedades del delito y del lugar, que afectan a la disciplina militar en la misma jurisdicción con mayor razón se mantiene, en delitos cometidos fuera del servicio, con las mismas excepciones, porque realmente en estos casos, la ausencia de fuero es evidente e innegable —Resoluciones de 21 y 30 octubre 1979 y 7 marzo 1980—.

ATENTADO CONTRA AUTORIDAD MILITAR.

A. 10 octubre 1980 (RA 3717)

En conflicto de jurisdicción suscitado entre la ordinaria y la militar para conocer del proceso incoado por la muerte del Gobernador Militar de San Sebastián, el T. S. acuerda resolverlo en favor de la jurisdicción militar.

CONSIDERANDO: Que la línea de represión y enjuiciamiento de los llamados delitos de terrorismo ha sufrido diversos avatares legislativos de los que interesa destacar —como más próximos— en la cuestión de competencia que se examina, la L. de 15 noviembre 1971, núm. 42/71, que creaba cinco tipos delictivos en la materia que bajo los núms. 294 bis, a); 294 bis, b); 294 bis, c); 294 bis, d), y 294 bis, e), incluidos todos ellos en el Código de Justicia Militar y de los que, congruen-

temente, conocía la Jurisdicción Castrense; “status” jurídico que fue modificado, en lo sustantivo y en lo procesal, por el R. D.-ley de 4 enero 1977, núm. 3/77, que, de una parte, incorporaba como anexo al C. P. los tres primeros de dichos tipos y derogaba los otros dos, y de otra parte, encomienda la instrucción, conocimiento y fallo de las causas por delitos de terrorismo, con carácter exclusivo, a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional —Organismos de la Jurisdicción Ordinaria creados en la misma fecha, 4 enero 1977, por R. D.-ley núm. 1/77—, sin más excepciones (según su art. 1.º), que las que resulten de la aplicación de los arts. 9.º y 13 del Código de Justicia Militar que, como es sabido, fijan la competencia de la Jurisdicción Castrense por razón del lugar (militar) y de la persona responsable o sujeto activo de la infracción (igualmente militar).

CONSIDERANDO: Que no obstante la terminante conclusión que, ciertamente, se obtiene de las anteriores disposiciones, en orden a adjudicar a la Jurisdicción Ordinaria (Audiencia Nacional) el conocimiento de los procesos incoados por delitos de terrorismo, sin más excepciones que las citadas; conclusión corroborada por la L. de 4 diciembre 1978, núm. 56/78, que también asigna a la Audiencia Nacional (art. 5.º), el fallo de causas por “delitos contra la vida” y otros, “siempre que sean cometidos por personas integradas en grupos organizados y armados”, tesis igualmente ratificada por el R. D.-ley de 26 enero 1979, número 3/79, sobre protección de la seguridad ciudadana, cuyo art. 4.º reitera la competencia en favor de dicha Audiencia por las causas seguidas por todos los delitos “cometidos por persona o personas integradas en grupo o bandas organizados y armados y sus conexos”, sin más excepciones que las ya determinadas por el R. D.-ley de 4 enero 1977, no es menos cierto que tal conjunto legislativo sólo excepcional-

mente deroga, por razón de la materia, la regla general estatuida como primera para resolver las cuestiones de competencia en materia criminal por el art. 18 del Código de Justicia Militar, según la cual los criterios prioritarios para resolver el conflicto jurisdiccional dan la preferencia por razón del delito o falta, después por razón del lugar y, por último, en razón de la persona responsable; es decir, que tal derogación, “ratio materiae”, alcanza estrictamente a tales delitos “cometidos por grupos o bandas organizados y armados” y no a otros, como lo prueba que especies delictivas de carácter militar, como las injurias a los Ejércitos o a Instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determinados de los mismos (art. 317 del Código de Justicia Militar), sólo a virtud de una ley, la de 26 diciembre 1978, núm. 62/78, completada por R. D. de 20 febrero 1979, núm. 342/79, han podido ser sustraídas al conocimiento de la Jurisdicción Castrense, según tiene declarado ya esta Sala de Conflictos en diversas resoluciones definitivas en el tema.

CONSIDERANDO: Que como complemento de la anterior consideración es de tener también en cuenta que el “nomen iuris” de terrorismo ha desaparecido a virtud de lo dispuesto por la L. de 28 diciembre 1978, núm. 82/78, cuyo art. 13 dispone que la expresión “delitos de terrorismo” del R. D.-ley de 4 enero 1977 se sustituirá por la de “delitos de asesinato, lesiones graves, detención ilegal bajo rescate o imponiendo cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos, estragos y delitos conexos con los anteriores, siempre que sean cometidos por personas integradas en grupos organizados o armados”; es decir, que los llamados hasta ahora delitos de terrorismo, de una parte, se diluyen en los correspondientes delitos comunes y, de otra, la nota específica determinante de su mayor gravedad y

punibilidad y de su adjudicación competencial a la Jurisdicción Ordinaria, viene dada por aquel reiterado “modus operandi”, de haberse cometido por personas integradas en grupos organizados y armados.

CONSIDERANDO: Que con todo lo expuesto anteriormente podemos ya abordar con garantías de acierto la cuestión de decidir cuál sea la Jurisdicción competente —la Ordinaria o la Castrense— para conocer el especialísimo delito de atentado contra autoridades militares si a consecuencia del mismo resultare muerte, delito previsto en el art. 314 del Código de Justicia Militar y así calificado provisoriamente, a efectos del presente conflicto jurisdiccional, según lo actuado por una u otra Jurisdicción, en cuyo trance es de destacar que la notoria especialidad de tal espécimen delictivo radica en que bajo el nombre de atentado se engloban cualesquiera modalidades de delitos contra la vida (asesinato u homicidio como más características), de modo que el resultado mortal viene a funcionar como condición objetiva de punibilidad, propia de los llamados delitos calificados por el resultado, deducida de la expresión “resultare muerte”, de suerte que basta que el atentado se dirija contra autoridad militar en el ejercicio de sus funciones y que de la acción agresiva se derive en relación causal la muerte para que se desate la grave penalidad de 30 años de reclusión; o dicho de otro modo, que tal especie cualificada de manera tan notoria por el Código Castrense, deriva toda su fuerza cualificadora del especial realce otorgado al sujeto pasivo (autoridad militar y no otro cualquier militar por alta que sea su graduación) a semejanza, en otro orden de ideas, de la relevancia otorgada al sujeto pasivo en el parricidio que sirve para dar autonomía al tipo desvinculándolo de otras especies delictivas próximas como el homicidio o el asesinato.

CONSIDERANDO: Que después de lo dicho, ya no puede entenderse que el delito de atentado contra autoridad militar —caso de autos— sea un simple delito común aunque cometido por grupos organizados y armados que, como ya se ha dicho, son los dos connotados precisos para atribuir el conocimiento a la Jurisdicción Ordinaria, sino que en dicho delito se da un “aliud” que escapa a tal estructura del ahora sedicente delito de terrorismo, nota específica que no es otra que la —ya expuesta— dimanante de su peculiar sujeto pasivo al que la ley quiere dispensar una superior protección penal, de suerte que si todo el “telos” de la punición de los delitos terroristas radica en lograr un más severo castigo, tal finalidad se frustraría de aplicarse la legislación común, más benigna que la castrense, aun reforzada la primera por la agravación que sufre el castigo de los delitos cometidos por bandas terroristas; con lo que la interpretación teleológica, unida a la lógica y sistemática antes realizadas tomando en su conjunto la legislación recaída sobre la materia, nos lleva a la conclusión de atribuir, en este caso concreto de atentado contra autoridad militar, el conocimiento de la causa a la Jurisdicción Castrense, interpretación que se refuerza, en el plano del concurso de normas, en el que es principio insoslayable el de especialidad (“lex specialis, derogat lege generale”), principio implícito en todo Ordenamiento punitivo, sin que, después de todo lo dicho, haya que esforzarse mucho para afirmar que el delito objeto del conflicto, es especial respecto del común, aunque uno y otro sean cometidos por grupos organizados y armados; como, igualmente, el principio de mayor gravedad y rango punitivo declarado expresamente por el art. 68 del C. P. ordinario y latente en el de Justicia Militar, lleva a la misma conclusión.

2. PRINCIPIO ACUSATORIO

S. 27 octubre 1980 (RA 3884)

En proceso por delito de imprudencia recurre el procesado acogiéndose al número 4.º del art. 851 de la L. E. Crim., por cuanto tanto el Ministerio Fiscal como las acusaciones particulares solicitaron en conclusiones definitivas la imposición de la pena de un año de prisión menor y la Audiencia le impuso dos años de prisión sin hacer uso del art. 733 de la L. E. Crim. El T. S. desestima el recurso.

CONSIDERANDO: Que a) porque lo que el texto procesal tutelador ordena “es que se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de acusación”, y tanto el Ministerio Fiscal como las aludidas acusaciones particulares imputaron al procesado la comisión de un delito de imprudencia temeraria, que fue el calificado y penado por la sentencia impugnada, faltando el primordial fundamento en que se sustenta el motivo, al no ser distinto más grave el delito calificado del imputado, sino de la misma naturaleza, entidad culposa e idéntica responsabilidad; b) que el delito calificado tiene asignada la pena tipo de prisión menor en toda su extensión, que los Tribunales de Instancia tienen facultad para imponerla en cualquiera de sus grados, ateniéndose a las reglas señaladas en el art. 61 del C. P. para los delitos dolosos, según concurren o no circunstancias modificativas de la responsabilidad, así como la gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, pero cuyas reglas ni siquiera son aplicables, sino en determinados casos, en los delitos de imprudencia, conforme al párrafo 3.º del art. 565, en que los tribunales podrán proceder a imponer la pena según su prudente arbitrio, no recurrible en casación; y c) que la pena solicitada por las acusaciones lo fue en su grado mínimo, y en tal grado ha sido decretada en el fallo de la sentencia, aunque en distinta extensión

del mismo, sin que contra el uso de este soberano arbitrio quepa la censura casacional.

Vid. también Sentencia 7 octubre 1980 (RA 3670).

3. LEYES PROCESALES PENALES: TERRITORIALIDAD

ABORTO REALIZADO EN EL EXTRANJERO.

S. 20 diciembre 1980 (RA 4980)

El recurso de casación se fundamenta en la aplicación extraterritorial de la Ley Penal española, o, lo que es lo mismo, la competencia de los tribunales españoles para conocer de delitos cometidos en el extranjero.

CONSIDERANDO: Que toda la línea argumental del recurso de ambos procesados tiende a poner en cuestión la aplicación extraterritorial de la Ley Penal española, a través del art. 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al castigarse en España un delito de aborto cometido en Francia con la participación de los dos recurrentes (autora la procesada, cómplice el procesado), pues si ambos es cierto que son españoles, no puede decirse que el feto, al carecer de personalidad por no haber nacido en las condiciones prescritas por el art. 30 en relación con el 29 del C. Civ., pueda ostentar la nacionalidad española, siendo requisito “sine qua non”, según lo dispuesto en el mencionado precepto orgánico, que el delito se cometa por un español contra otro español; argumento que se completa alegándose también la interpretación errónea del artículo 6.º4 del C. Civ. por la sentencia de instancia, según la cual la impunidad del delito, daría lugar a un fraude de ley, al excluir la protección jurídico-penal del nasciturus contrariamente a la exigencia del ordenamiento jurídico que postula aquella protección.

CONSIDERANDO: Que, como se habrá comprendido, la cuestión sometida a la interpretación casacional, tiene un gran alcance, no sólo jurídico, sino también criminológico y sociológico, dada la frecuencia de conductas que, como la enjuiciada, tratan de eludir la aplicación de la ley nacional, sancionadora del aborto, buscando realizar el atentado a la vida intrauterina en otros países más complacientes con tal actuación criminal, cuando no impunitas; todo lo cual crea, junto con el desprestigio de la norma española, un desasosiego claramente perceptible en nuestro entorno social, en cuanto son las clases más privilegiadas o acomodadas económicamente las que parecen tener patente de corso para llevar a cabo sus delictivos propósitos; consideración que no es —en absoluto— ajena a la tesis jurídica, una vez que la sentencia recurrida, con fino sentido hermenéutico, hace una llamada al fraude de ley hoy ya consagrado plenamente por nuestro ordenamiento; importancia que igualmente fue captada en la fase instructoria de la causa y que provocó una consulta al Fiscal General del Estado, que tras de argumentar en pro del castigo de tales conductas evasoras de la ley o estatuto personal de los encartados, brinda el pronunciamiento sobre “esta delicada cuestión” a la jurisprudencia, a fin de orientar la interpretación de los casos que en el futuro puedan depararse.

CONSIDERANDO: Que por tener un alcance plenario y total debe examinarse en primer término, si en la cuestión suscitada puede y debe tener entrada, con los consiguientes efectos de salvaguardia de la norma aplicable, en nuestro caso la que sanciona el aborto, la noción del fraude a la ley sancionado, desde la reforma de 31 mayo 1974, por el art. 6.º4 del C. Civ., según el cual: “Los actos realizados al amparo del *texto* (subrayamos) de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se considera-

rán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir"; es decir, se trata de averiguar si en el caso "sub iudice", al amparo del texto literal de una norma (*norma de cobertura*), la que recoge el art. 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se busca eludir la norma correspondiente del Código Penal (*norma defraudada*) que castiga el delito de aborto (concretamente el art. 414, párrafo 1.º para la procesada y el artículo 411-2.º para el procesado) y si los actos ejecutados por ambos inculpados al amparo de la primera de dichas normas son contrarios a la totalidad del ordenamiento jurídico.

CONSIDERANDO: Que planteada la cuestión en los términos expuestos deducidos del mismo precepto incardinado en el Título Preliminar del C. Civ. y por ello, de alcance general, es de recordar el verdadero sentido del "fraus legis", que no es otro que el procedimiento de salvar las palabras de la ley, esquivando su sentido, según se aprende ya en textos romanos clásicos; o, más concretamente, el eludir una prohibición o una disposición imperativa, buscando artificiosamente el amparo de otra ley dictada con otra finalidad; como es lógico, la mayor parte de la doctrina repudia tal resultado con el fundamental argumento de que el ordenamiento jurídico impone su valoración conjunta, de suerte que al aplicar una regla hay que tener en cuenta las demás, atendida la "ratio" de ellas, a fin de captar la verdadera situación real, lo que no es sino una consecuencia de la interpretación sistemática y teleológica de la ley esquivada para aplicarla a las "situaciones legales" creadas en fraude; doctrina, por otra parte, ya tenida en cuenta por la jurisprudencia tanto penal como civil, como se deduce de la sentencia de esta Sala de 7 abril 1915, en la que se afirma "que en el caso de que un español adoptara las leyes extrañas para eludir la aplicación de

las suyas naturales, habría potestad en España para exigirle responsabilidad criminal", y aún más explícita al respecto es la sentencia de la Sala Primera de 12 mayo 1944, según la cual "el admitir la licitud de los actos de los españoles en el extranjero, contrarios a las leyes vigentes en España cuando éstas sean aplicables... hace posible el fraude de ley"; declaraciones todas que han tenido ya plena efectividad legislativa tanto en el artículo 6.º4 del C. Civ., dictado para el Derecho interno, como por el art. 12-4 del mismo Código, previsto para el Derecho internacional, cuando se trata de utilizar una norma de conflicto con el fin de eludir una norma imperativa española, textos legales ambos que no hacen sino recoger la doctrina antes expuesta sintéticamente y aludida también en la exposición de motivos que acompaña a la reforma del Código Civil de 1974.

CONSIDERANDO: Que sentadas las anteriores premisas conceptuales, se puede entrar a examinar si existe auténtico fraude a la ley en la invocación de una norma de cobertura, en este caso el art. 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para evitar la aplicación de los arts. 411-2.º y 414 del C. P. que así se convertiría en norma esquivada o defraudada; pudiéndose ya adelantar una conclusión afirmativa al respecto, toda vez que el total ordenamiento jurídico español propugna la protección del "nasciturus" respondiendo a una larga tradición legal que nos ha llegado como un eco histórico a través de las Partidas al referirse a la criatura mientras está en el vientre de su madre: "...lo que fuese dicho o fecho a daño de su persona o de sus cosas no le empesce" (Partida 4.23.3), pensamiento que definitivamente consagra el Código Civil en su art. 29 cuando afirma que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, y si bien es verdad que añade a renglón seguido: siempre que nazca

con las condiciones que expresa el artículo 30, no es menos verdad que hasta que llega el nacimiento se crea una situación de pendencia, típica de la condición ("condictio iuris") representada por las palabras "siempre que", en cuya situación no dejan de producirse efectos a favor del concebido que afectan al derecho sucesorio (artículo 966 del C. Civ.) de alimentos (arts. 964 y 965 del mismo Código), no menos que a la posibilidad de aceptar donaciones (art. 623), precepto este último que se remite para tal aceptación a las personas que legítimamente representarían al "nondum natus" si se hubiere verificado ya su nacimiento, de suerte que si en el mecanismo protector del concebido se ha perdido una antigua pieza de origen romano: el "curator ventris", no por ello desconoce el Código Civil la posibilidad de representar y administrar los intereses del "nasciturus" que no son del caso señalar ahora y que se cuida de recoger la doctrina civilística; pues lo importante es señalar que es precisamente la norma penal, según unánime afirmación de todos, la que lleva a cabo la protección del futuro infante en su bien más preciado: la vida; es decir, que si aquella situación de pendencia ("condictio pendet") que ya otorga expectativas jurídicas o al menos intereses dignos de protección a favor del concebido es eliminada por aquéllos —sus padres— que son los que en primer término están llamados a representarle y, no sólo esto, sino que con la destrucción de la vida intrauterina se infringe la norma primaria penal que ampara la existencia del concebido, hablar luego por los que tal hacen, marchando al extranjero para eludir aquella norma, de que a los efectos del art. 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no puede aplicarse la norma punitiva española por no haber alcanzado el feto la categoría de persona, precisó soporte de la nacionalidad española, es, además de paradójico, perpetrar un clarísimo fraude a la ley, pues, repetimos, la

conducta de elusión de la norma penal invocando otra que se limita a señalar los requisitos de procedibilidad, está en contraste con el total ordenamiento jurídico que ya hemos visto atiende desde todos los frentes, incluido el primordial de la represión penal, a que no se frustre el nacimiento del concebido, dispensándole entre ambos momentos toda la protección jurídica posible; lo cual lleve, como situación típica de "fraus legis", a aplicar sus efectos, que no son otros que los de enervar la apariencia jurídica de la norma de cobertura invocada y hacer prevalente la norma defraudada.

CONSIDERANDO: Que la conclusión ya obtenida puede reafirmarse desde otro punto de vista, el de la interpretación de la propia norma, cuya infracción se alega por los recurrentes, esto es, el art. 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; a cuyo efecto es preciso recordar, aunque sea someramente, los principios que gobiernan la eficacia de la ley penal en el espacio que, en primer término, es el de la territorialidad, consagrado por el art. 8.º-1 del C. Civ., por los artículos 333 y 335 de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial y por el R. D. de 17 noviembre 1852, llamado de extranjería en su art. 29, aún vigente; principio que, si bien es el esencial, se complementa con el principio real o de protección aplicable a determinados delitos que atacan predominantes intereses del Estado (art. 336 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), el principio personal o de la nacionalidad, que en nuestro Derecho contempla dos supuestos esenciales: el delito cometido en el extranjero por un español contra otro español (art. 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y el cometido en el extranjero por un español contra un extranjero; amén del principio universal o de comunidad de intereses aplicable tan sólo a muy determinados delitos que por su alcance internacional reclaman la coo-

peración de los Estados para que no queden impunes; debiéndose observar como rasgo común a todos estos principios complementarios, "ratio essendi" de los mismos, que se trata con ellos de colmar las lagunas de impunidad que comportaría una aplicación exclusiva del principio territorial en alianza con la regla de Derecho penal internacional, consagrada en todos los Tratados de extradición: "aut dedere aut punire", pues si es norma común de tales convenios internacionales la no entrega de los nacionales, deben arbitrarse los medios para dar lugar a la segunda parte de la disyuntiva: el castigo de los nacionales cuando se refugian en su propio país, una vez que han delinquido en país distinto al suyo.

CONSIDERANDO: Que entrando ya en el examen más pormenorizado del principio de la personalidad, fundado en la vieja máxima: "lex ossibus inhaeret", expresión de la fidelidad que debe existir entre el Estado y sus súbditos, aunque éstos delincan en el extranjero, o como también se dijo con lenguaje beccariano que "la ley debe seguir a cada ciudadano como la sombra al cuerpo"; es de resaltar para lo que "sic et nunc" interesa, que entre los requisitos de procedibilidad exigidos por el art. 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para poder juzgar en España al español que delinca en el extranjero está el de que el delito cometido lo haya sido contra otro español, lo que bifurca el principio de personalidad en dos sentidos: activo y pasivo; pero si bien se mira, este último aspecto, según puso de relieve, la exégesis de un eximio penalista desaparecido seguido luego por toda la moderna doctrina española, lo que en realidad sucede es que sólo en su aspecto activo se da el principio de personalidad en el precepto en examen, pues respecto del sujeto pasivo lo que en realidad se actúa es el de protección: la actuación del Estado español frente al súbdito que delin-

ció en el extranjero ("erga subditus") se torna en protección del atacado ("prosubditus"), distinción de gran importancia, pues entonces lo que en realidad se consagra, del lado pasivo, es la salvaguardia del bien jurídico protegido por el ordenamiento penal español; lo que aplicado al delito de aborto perpetrado en el extranjero por un español contra una española, quiere decir que ésta es la protegida junto con el feto de que es portadora y junto con el interés del Estado en su conservación, dándose así una conjunción de sujetos pasivos o, si se prefiere, de intereses jurídicos protegidos, perfectamente posible; pero si el aborto es consensual, por haber consentido en su perpetración la propia embarazada, ello sólo indica —dado que no pueden coexistir en una misma persona las cualidades de sujeto activo y pasivo del delito por ser antagónicas— que se reducen a dos los bienes protegidos: el de la vida del feto y el del Estado, que tiene un interés ético, familiar o simplemente demográfico (según el punto de vista legislativo que al respecto se adopte) en la conservación del "nasciturus" y ya hemos visto suficientemente cuál es la posición sostenida por el ordenamiento jurídico español; por lo que, concluyendo, si se descarta una interpretación literal y textual del precepto ("contra otro español") que ya hemos visto repudiada por el propio art. 6.º4 del C. Civ. si la misma acarrea un "fraus legis", y se adopta en su lugar una interpretación sistemática y teleológica, veremos que dentro del propio sistema adoptado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya se considere el feto como sujeto pasivo del delito de aborto, según opinión mayoritaria del penalismo español, ya se considere que es el Estado quien asume tal condición en el ataque occisivo al embrión, el principio real que hemos visto juega en el art. 339 respecto de la víctima es bastante para poder aplicar el precepto, independientemente de que el "nasciturus" tenga una perso-

nalidad potencial ("spes personae"), y, paralelamente, una potencial nacionalidad española por el prevalente criterio de "ius sanguinis" adoptado en el art. 17-1.º y 2.º del C. Civ.; de otra suerte haríamos de peor condición al feto, concebido por españoles, que al mismo extranjero cuando uno y otro son víctimas de delito fuera de España a menos de un español, en cuanto que el art. 340 de la misma Ley Orgánica otorga protección al no nacional, siquiera añada el requisito de ser grave el delito perpetrado contra el extranjero; debiendo finalmente considerarse que tampoco cabe invocar en nuestro caso (como se exige para el supuesto del art. 340 por el art. 341) que el hecho constituya también delito en el país en que se perpetró, pues el art. 317 del "Code penal" francés castiga igualmente el aborto, incluido el consensual y el imposible por estar la mujer supuestamente encinta; de modo que ni siquiera es necesario recurrir al fraude de ley de ámbito internacional previsto en el art. 12-4 del C. Civ., razones todas las expuestas que llevan a desestimar el motivo primero de cada uno de los dos recursos.

CONSIDERANDO: Que el motivo segundo del procesado recurrente no tiene entidad alguna en cuanto supone que falta el requisito de la querrela del ofendido o de cualquiera de las personas que puedan hacerlo con arreglo a las leyes, entendiendo que la querrela del Ministerio Fiscal no llena esta exigencia por no ser éste persona sino una Institución; pero sí con arreglo al art. 105 de la L. E. Crim., el Ministerio Público debe interponer querrela siempre que lo considere procedente, salvo en las causas reservadas exclusivamente a la querrela privada, es obvio que está legitimado para entablar la acción penal a que se refiere el art. 339-1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tal como viene declarando la jurisprudencia de esta Sala —S. de 14 abril 1971 y 30 junio 1972,

entre las recientes—, lo que impone también la desestimación del motivo en examen.

4. COMPETENCIA

OBJETIVA; RECURSO DE CASACIÓN CONTRA AUTO DE LA AUDIENCIA QUE DEFIERE EL CONOCIMIENTO DE UN PROCESO AL JUEZ DE INSTRUCCIÓN.

S. 10 diciembre 1980 (RA 4800)

Habiendo acordado la Audiencia de Almería que al sumario incoado se le diera el trámite prevenido para las diligencias preparatorias, defiriendo, por tanto, la competencia objetiva al Juez de instrucción, recurre en casación por infracción de ley el acusador particular.

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que la L. E. Crim. no contiene ningún precepto especial en su Título III del Libro IV que permita el recurso de casación por infracción de ley contra los Autos que dicten las Audiencias Provinciales defiriendo en favor de los Juzgados de Instrucción el conocimiento de las causas penales por determinados delitos, excepción hecha del párrafo 2.º de la regla 2.ª de su art. 782 en el que se previene que resolverán lo que estimen procedente comunicando esta resolución al Juzgado de Instrucción para su cumplimiento, no menos lo es, por tratarse claramente de una resolución definitiva que causaría estado y que podría conferir competencia para el entendimiento de un asunto a Juez que careciese de ella por razón de la materia o de la pena a imponer —lo que vulneraría las imperativas normas procesales, que son de orden público y de inexorable acatamiento—, que sí contiene en cambio uno general, incardinado dentro del Capítulo II del Título II de su Libro I, al que forzosamente ha de acogerse esta cuestión para su

resolución en justicia, pues si bien no se trata de una pura cuestión de competencia legalmente planteada, por no poder trabar entre Audiencias y Juzgados, de normas competenciales se trata y de dilucidar el Tribunal competente también, y éste es el párrafo 3.º “in fine” del art. 25, que autoriza la interposición del recurso de casación contra los Autos de las Audiencias inhibiéndose del conocimiento de un asunto, y no cabe duda de que esto fue lo que hizo la Audiencia de Almería al remitir las actuaciones que se cuestionan al Juzgado de Berja, ordenándole la continuación de la causa por los trámites de las Diligencias Preparatorias, ya que sería absurdo, por negar la solución de estas cuestiones por el cauce que se indica, tener que utilizar el del art. 6-3 del C. Civ. declarando, después de rechazar el recurso, la nulidad de las actuaciones practicadas y, concretamente, del auto que se discute, lo que pugnaría con los más elementales principios de celeridad, oportunidad, economía y ecuanimidad procesal.

TERRITORIAL: EN PROCESO POR CALUMNIA VERTIDA POR ESCRITO.

A. 20 noviembre 1980 (RA 4524)

Ante el planteamiento de una cuestión de competencia negativa entre Juzgados de Instrucción de Madrid y Sevilla, para conocer en proceso seguido por delito de calumnia vertida por escrito, el T. S. acuerda declarar competente al del lugar donde se cometió el delito, que entiende ser el del lugar donde se edita y publica el impreso.

CONSIDERANDO: Que la norma primaria, fundamental y básica que en nuestro ordenamiento procesal penal tiene la competencia atribuible conforme al art. 14 de su ley reguladora, es la del lugar donde los hechos supuestos o presuntos delictivos se hayan

cometido y sólo cuando tal lugar sea indeterminado o no pueda acreditarse de forma indubitada, es cuando pueden entrar en juego las disposiciones legales que regulan la materia y se especifican en los diferentes apartados indicados en el art. 15, que consecuentemente tienen un carácter subsidiario y complementario del núm. 2.º de aquel precepto, como taxativamente se expresa en la ley adjetiva en el párrafo final de dicho art. 15 al ordenar que en cuanto conste el lugar en que se hubiese cometido el delito, “se remitirán las diligencias al Juez o Tribunal a cuya demarcación corresponda”, principio constante, uniforme y reiteradamente sostenido por la doctrina de esta Sala en Autos de 6-11-1884, 2-12-1888, 12-7-1907, 9-4-1951 y 6-12-1955, y SS. de 23-4-1913, 22-12-1928, 20-3-1941 y 10-12-1956, entre otras, por lo que en orden a determinar la competencia de los delitos que puedan realizarse por medio de la imprenta, se supone que el lugar en donde el delito o falta se comete es aquel en que se edita y publica el periódico o impreso en que se inserta el escrito denunciado —SS. de 19-5-1885, 4-7-1887, 27-4-1933 y 23-4-1949— siendo indiferente a los efectos del precepto procesal citado que la persona presuntamente perjudicada por la infracción legal, haya sufrido el daño que de ésta se derive en lugar diferente de aquel donde se haya cometido el hecho objeto de enjuiciamiento y sanción en su caso —S. de 27-4-55—.

5. PARTES

RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIO. COMPARTIBILIDAD DE ESTE CARÁCTER CON EL DE PERJUDICADO.

S. 1 noviembre 1980 (RA 4394)

A propósito de la resolución de uno de los motivos del recurso interpuesto el T. S. estima la compatibilidad entre

si de los conceptos de responsable civil subsidiario y tercero perjudicado.

CONSIDERANDO: Que los conceptos de responsable civil subsidiario y tercero perjudicado por el delito son compatibles entre sí, de suerte que pueden recaer a un tiempo en una misma persona o entidad, pues el artículo 21 del C. P., al establecer la responsabilidad civil subsidiaria de los posaderos, taberneros, personas y empresas, por los delitos o faltas que se cometieren en los establecimientos que dirijan, les obliga a devolver o a indemnizar los efectos de la infracción, o su montante económico, a los agraviados directos, y así, si lo hacen, les convierte a su vez en terceros perjudicados por el delito, desde el momento en que tuvieron que sufragar sus consecuencias, que es lo que ha hecho la sentencia recurrida, condenando al reo a indemnizar al Hotel el importe de las cantidades pagadas por éste, a los sujetos pasivos directos, a consecuencia de los apoderamientos ilícitos realizados, ello sin perjuicio de su responsabilidad civil subsidiaria, entendible en el caso de que en último extremo pagaría el Hotel si el desalmado dependiente no tuviere con qué hacerlo, lo que no excluye el derecho de aquél a resarcirse de lo abonado por el hecho criminal de éste.

LEGITIMACIÓN DEL RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIO PARA RECURRIR EN CASACIÓN. ADHESIÓN POSTERIOR DEL RESPONSABLE CRIMINAL.

S. 10 noviembre 1980 (RA 4469)

En proceso seguido por delito de imprudencia, recurre el responsable civil subsidiario, adhiriéndose al recurso el declarado criminalmente responsable, declarando el T. S. no haber lugar a ninguno de los dos, en cuanto se combate solamente la atribución de la responsabilidad criminal al procesado.

CONSIDERANDO: Que es doctrina constante de esta Sala, recogida en innumerables sentencias que el responsable civil subsidiario no puede impugnar la sentencia de Instancia en lo que se refiere a la autoría, culpabilidad y responsabilidad criminal del reo, por tratarse de un derecho individual, intransferible a toda persona ajena, cuyo abandono por parte de sus titulares no pueden asumir tampoco los terceros, ni siquiera bajo el pretexto del beneficio indirecto que les reportaría la extinción de las responsabilidades contraídas como sustitutos legales de quienes delinquieron, puesto que al combatir de manera exclusiva el aspecto penal de los hechos con la solución única de la absolución del inculpado, se están ingiriendo clarísimamente en el campo de la defensa ajena, aunque se trate del responsable civil subsidiario que actúa como verdadero recurrente en la causa de otro que acepta su propia condena —S. de 26 junio 1955, entre otras muchas del mismo tenor—, limitándose a través de todos sus motivos a la discusión sobre la existencia o inexistencia de la responsabilidad criminal del condenado como autor del delito, sin atacar el lazo de dependencia o subordinación que ligaban a éste con el recurrente, que debía ser la única materia que le era dable jurisprudencialmente atacar en su recurso.

CONSIDERANDO: Que no es óbice el que el declarado criminalmente responsable, se hubiera adherido posteriormente al recurso interpuesto por el responsable civil subsidiario, puesto que tal adhesión, no puede ir más allá del ámbito señalado al recurso principal, sino que tiene que limitarse exclusivamente a defender los motivos ejercitados por el recurrente principal, de tal forma que si éste decae al no poder ser admitidos con respecto a él, los motivos alegados, el adherido tampoco puede ser estimado, aunque éstos hubieran tenido que ser admitidos para el responsable criminalmen-

te, si éste hubiera interpuesto su recurso como principal e independiente, por lo que el segundo recurso tampoco puede prosperar en este caso por haberse colocado fuera de los límites propios del primero de los mismos, en el que tuvo que apoyarse para poder ser admitido.

6. JUICIO ORAL

SUSPENSIÓN POR INCOMPARENCIA DE TESTIGOS

S. 16 diciembre 1980 (RA 4939)

El recurrente en casación, procesado por delito de estafa, se basa justamente en el quebrantamiento de forma por haberse denegado la prueba propuesta en tiempo y forma. Sin embargo, el T. S. entiende se trataba de una sumaria información suplementaria intentada con resultado negativo, que le lleva a desestimar este motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que el problema de la suspensión del juicio escapa del núm. 1.º del art. 850 para entrar en la órbita de los arts. 744 y siguientes de la propia ley, donde se observa que el art. 745, concede al Presidente del Tribunal, una facultad "podrá suspender", el art. 746 concede un nuevo arbitrio porque según su texto procederá la suspensión: 3.º) cuando no comparezcan los testigos de cargo y descargo ofrecidos por las partes y el Tribunal considere necesaria la declaración de los mismos decretando en este caso, siendo procedente, la suspensión a instancia de parte. Por tanto, el Tribunal se mueve en el terreno de lo discrecional y potestativo, que se recoge y remacha en los nuevos arts. 802 y siguientes de la ley. De ello cabe concluir que la posibilidad de suspensión del juicio —en semejantes casos— es una facultad del Tribunal, discrecional, invulnerable e inatacable, siendo improcedente el recurso de ca-

sación del art. 850, 1.º, de la L. E. Crim. contra los acuerdos que adopte la Audiencia en el uso de la misma —SS. de 16 octubre 1973, 21 mayo 1974, 9 febrero 1976, 15 febrero 1979, 2 mayo 1979 y 16 junio 1980, entre otras—.

7. PRUEBA

PERTINENCIA Y ADMISIBILIDAD.

S. 30 diciembre 1980 (RA 5072)

Habiendo sido denegada la práctica de prueba testifical, se recurre en casación al amparo del núm. 1.º del artículo 850 de la L. E. Crim.

CONSIDERANDO: Que como de manera constante viene declarando este Tribunal, el art. 659 de la L. E. Crim. atribuye a los Tribunales de Instancia la facultad de acordar lo que estime procedente en orden a la pertinencia y admisibilidad de las pruebas propuestas por las partes en sus respectivos escritos de calificación, de modo que, aunque la resolución denegatoria que, al efecto, adopten, es revisable en casación, para que pueda prosperar el motivo es menester que el recurrente, en el momento procesal oportuno, haya dado a conocer los extremos sobre los que habría de versar la prueba testifical, cuya práctica fue denegada, ya que únicamente así podrán los Tribunales, el de Instancia primero y el de Casación después, conocer la relación de la prueba con las cuestiones debatidas y la trascendencia que la misma pueda tener para la defensa de los intereses de la parte que la hubiere propuesto.

PRUEBA. VALORACIÓN.

S. 14 octubre 1980 (RA 3702)

Al resolver un recurso de casación planteado al amparo del núm. 2.º del

art. 849 de la L. E. Crim., el T. S. considera algún aspecto del desarrollo del proceso penal y de la valoración de la prueba penal.

CONSIDERANDO: Que el ordenamiento procesal penal viene constituido por una serie de actuaciones que iniciadas por la querrela, denuncia o conocimiento de un hecho o suceso que puede ser constitutivo de infracción criminal, determina ordinariamente en proceso sumarial de esclarecimiento, averiguación y comprobación que de existir indicios suficientes de que aquél puede ser constitutivo de delito determina como primera fase el procesamiento o inculpación del presunto autor o autores, que concluida, da paso al plenario con intervención y personación de las partes legitimadas que formulan las conclusiones acusatorias y defensoras, en las que se proponen las pruebas que pueden corroborar las respectivas tesis mantenidas, las que admitidas o denegadas según su pertinencia y eficacia, abren el juicio oral, que en el desarrollo del proceso representa y constituye la actuación más importante y trascendente por sus consecuencias decisivas, puesto que bajo los principios dogmáticos de rogación, contradicción y legalidad son practicadas directamente las pruebas ante el Tribunal de Instancia, que han de ser valoradas por éste en unión de las restantes sumariales y demás elementos de juicio aportados, conduciéndole a forjar libremente su juicio declarativo y convicto respecto a todos los problemas fácticos y jurídicos planteados y discutidos, de tal modo que su soberano criterio no ha de sujetarse en ninguna manifestación dimanante del principio de prueba tasada, ni siquiera a los dictados de la sana crítica a que se refieren los artículos 632 y 650 de la L. E. Crim., ni tampoco a los imperativos de la lógica, bastando con que obtengan sus conclusiones cognitivas de acuerdo con su conciencia, es decir, sin que

se inspiren en motivos arbitrarios o parciales, pero también sin otro freno o cortapisa que los derivados de la rectitud moral de juicio y la sujeción a las normas éticas profesionales de imparcialidad y ecuanimidad que deben presidir la alta función juzgadora otorgada por la ley; pero a pesar de lo expuesto, el núm. 2.º del art. 849 de la referida ley procesal, consiente la interposición del recurso de casación cuando existen en la causa documentos que demuestran la equivocación evidente, cometida por el juzgador "a quo" en la valoración de la prueba practicada, lo que significa que la libertad de éste no es tan omnimoda como proclama el art. 741 de la citada ley, sin que por tanto el discrecional criterio de valoración establecido sobre las pruebas quede limitado exclusivamente a la soberanía de la propia conciencia de aquél.

8. SENTENCIA

CONTENIDO; HECHOS PROBADOS.

1) S. 18 septiembre 1980 (RA 3304)

El T. S. estima el recurso interpuesto por el acusado en proceso seguido por homicidio, en cuanto se enfrentan las tesis de homicidio preterintencional y de la imprudencia con resultado de muerte, y se hace precisa una puntual referencia a los antecedentes de los hechos y a las circunstancias personales de sus protagonistas, la dinámica del suceso, explicando la relación de causalidad material y factores de posible intervención.

CONSIDERANDO: Que es preceptivo, según el art. 142.2.º de la L. E. Crim., consignar en los resultados de la sentencia "los hechos que estuvieron enlazados con las cuestiones que haya de resolverse en el fallo", con la amplitud suficiente —añade la O. de 5 abril 1932— para precisar los antecedentes del caso, los detalles de ejecu-

cion, la participación del procesado, el móvil que le guiara, las circunstancias del hecho y, en general, cuantos datos puedan servir para valorar jurídicamente los hechos perseguidos; y se viene manteniendo, en interpretación extensiva que propicia la jurisprudencia de esta Sala, que las omisiones en los hechos probados de hechos esenciales y necesarios pueden y deben entenderse comprendidas en el primer inciso del apartado primero del art. 851 de la citada ley procesal, por cuanto una de las formas notorias de restar claridad y producir oscuridad es silenciar, omitiéndolos, hechos fundamentales que permitieran la adecuada subsunción en la norma penal.

Al hacer la sentencia recurrida una parca y escueta descripción del suceso, con omisión de elementos importantes para formar juicio sobre la trascendencia jurídico-penal de la acción delictiva, ha incurrido en falta de claridad que provoca la estimación del primer motivo de casación por quebrantamiento de forma fundado en el inciso primero del art. 851, 1.º de la Ley Procesal Penal.

2) S. 9 octubre 1980 (RA 3680)

El T. S. estima el recurso interpuesto por quebrantamiento de forma, por falta de claridad en los hechos probados, en cuanto que en ellos no se explicita suficientemente la base fáctica que puede conducir al fallo.

CONSIDERANDO: Que, en el sistema español de enjuiciar, las Audiencias, a tenor de lo dispuesto en el artículo 741 de la L. E. Crim., gozan de la facultad de valorar las pruebas practicadas de modo libérrimo y sin más freno o cortapisa que el de su propia conciencia y, excepcionalmente, del de la presencia de algún documento auténtico —núm. 2.º del art. 849— por cuyo contenido hayan necesariamente de pasar; pero, como contrapartida y, dado que el recurso de casación ha de partir de los hechos pro-

bados, declarados, clara y terminantemente, por dichas Audiencias, la regla 2.ª del art. 142 y el inciso primero del núm. 1 del art. 851 de la referida ley, exigen que, inexcusablemente, las sentencias de instancia, tanto condenatorias como absolutorias, contengan declaración de hechos probados y que aquélla sea explícita, expresiva, nítida y diáfana, sin incurrir en tal concisión que peque de lacónica, hermética y enigmática, minuciosa y acabada, de tal modo que no resulte insuficiente, fragmentaria, incoherente, oscura o confusa, y terminante, rotunda y categórica, sin incidir en eclecticismo, dudas, vacilaciones, inseguridad e indecisión, redactando el “factum” de forma que se afronten y resuelvan, desde el punto de vista fáctico, cuantas cuestiones han de servir de “substractum”, basamento o soporte de la calificación, de la participación, de la concurrencia o ausencia de circunstancias modificativas, de la pena, de la responsabilidad civil, de las costas y de cuantos puntos o extremos constituyen la sempiterna temática del proceso penal o integren la propia y característica del juicio de que se trate.

3) S. 22 diciembre 1980 (RA 5041)

En proceso seguido por presunto delito de apropiación indebida recurre la acusación particular por falta de claridad en los hechos probados, estimando el T. S. el recurso, habida cuenta de que, como consta en la propia sentencia del T. S., la sentencia recurrida adolece de vaguedad e indecisión, pasando a pormenorizar los extremos en que se patentizan estas circunstancias.

CONSIDERANDO: Que del examen conjunto de la regla 2.ª del art. 142 de la L. E. Crim. y del inciso primero del núm. 1 del art. 851 del mismo cuerpo legal, se infiere que, las narraciones históricas de las sentencias penales, han de ser claras, esto es, explícitas, expresas, diáfanas, nítidas y transpa-

rentes, sin incidir en oscuridad, confusión, ininteligibilidad, incoherencia o insuficiencia, y terminantes, es decir, rotundas y categóricas, exponiendo y describiendo lo sucedido de modo contundente y tajante, sin exteriorizar dudas, vaguedades, reticencias o indecisiones, expresando, el Tribunal, lo que estime acreditado según su convicción y absteniéndose de citar determinadas pruebas de mayor o menor eficacia, pues, precisamente, y para evitarlo, el art. 741 de la L. E. Crim. le atribuye una omnímoda y soberana facultad valorativa de las pruebas practicadas, en la que no se admite jerarquía ni preeminencia de unos medios probatorios sobre otros, y mediante la cual, el dicho Tribunal, puede formar libremente su convicción respecto a los problemas fácticos que defiera el proceso de que se trate, sin supeditarla a criterio racional, de sana crítica, lógico, o a cualquier otro que no sea el de su recta e imparcial conciencia, único freno o cortapisa que a esa soberana potestad apreciativa de la prueba establece el legislador en el sistema acusatorio que preside la fase plenaria del proceso penal español. Bien entendido, por lo demás, que la necesidad de que las sentencias sean claras y terminantes no sólo surge de la imperatividad de los dos preceptos mencionados, sino que la impone la propia naturaleza, así como la estructura, de dichas sentencias de instancia, y también la especial naturaleza del recurso de casación por infracción de ley al que se refiere el núm. 1 del art. 849 de la L. E. Crim.: en el primer caso, ya que, siendo la sentencia un siglismo compuesto por una conclusión a la que preceden dos premisas, sólo si la fáctica posee las cualidades antes expuestas podrá servir de soporte o de “substractum” a la temática general del proceso penal y a la especial del juicio concreto de que se trate, permitiendo la adecuada calificación y la subsunción de los hechos en los preceptos legales sustantivos procedentes que se ha de efectuar en la

premisa jurídica, desembocando, todo ello, en un fallo justo y certero y de absoluta congruencia con los antecedentes dichos; y, en el segundo, porque, la especial mecánica del recurso de casación por infracción de ley, requiere inexcusablemente una declaración de hechos probados clara y terminante que sirva de punto de partida para determinar, de modo seguro y certero, si el Tribunal de instancia incurrió o no en la vulneración de precepto o preceptos penales de carácter sustantivo o de otra norma jurídica, del mismo carácter, que deba ser observada en la aplicación de la ley penal.

4) Cfr. también S. de 10 octubre 1980 (RA 3681).

9. RECURSO DE CASACION

POR INFRACCIÓN DE LEY. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS RESULTANTE DE DOCUMENTO AUTÉNTICO. ALCANCE.

1) S. 17 octubre 1980 (RA 3711)

En el único motivo del recurso se señalan como documentos auténticos que producen error de hecho en la apreciación de las pruebas dos informes médicos, recurso que el T. S. desestima, entrando a considerar el alcance de esta vía casacional.

CONSIDERANDO: Que la autenticidad de un documento no proviene de que contenga algún requisito formalista que le pueda dar tal carácter por su apariencia o proyección externa, ni por el mero hecho de que una prueba documental aportada a las actuaciones sea recogida más o menos extensamente en la premisa narrativa, pues los documentos tienen o no aquel carácter privilegiado, sin que se le pueda conceder al que no lo tiene, y por ende las Salas de Instancia al trans-

cribir el relato probatorio parten de lo que aparece en un documento, sólo proclaman, en uso de sus peculiares facultades, que lo aceptado y afirmado del mismo lo estiman probado por deducirlo del propio documento, con independencia o en relación y con apoyo o por contraste con otras pruebas examinadas y apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica y convicción íntima que les sirve de guía y límite a su soberanía ejercitada en la valoración de cuantos elementos de juicio obran en el proceso penal; la vía procesal utilizada del error de hecho, extraordinaria por su naturaleza y excepcional al permitir desarrollar las alegaciones respectivas sin la primordial exigencia de vinculación al relato fáctico, no presupone abrir un cauce revisorio a las pruebas existentes en la causa, ni autoriza a demostrar la dudosa o mínima fuerza convincente de los elementos probatorios que pudieron servir al Tribunal de Instancia a formar su juicio declarativo de hechos probados exigido por el art. 741 de la ley adjetiva, pues tal concepción supondría convertir la casación en una segunda instancia inexistente en el ordenamiento jurídico penal, sino que el recurso tutelado por el número 2.º del art. 849, tiene una mayor angostura al quedar supeditado a conceder la oportunidad de acreditar la relación de contradicción que pueda darse entre un hecho autónomo e innegable aseverado en documento obrante en autos que por su autenticidad plena, formal y de contenido, permite ser opuesto a otro hecho formalmente sentado como probado en el "factum" de la resolución, o que ha sido omitido en el mismo, no obstante su trascendencia para la correcta calificación delictiva o de sus circunstancias modificativas de responsabilidad, documento no definido legalmente, pero delimitado por la abundante doctrina jurisprudencial sobre el mismo, revistiendo tal carácter al que por su origen dimana de personas legitimadas para dar fehaciencia de ac-

tos o hechos que reuniendo las formalidades externas requeridas, en su contenido consignan realidades de indubitable certeza y no criterios que siendo personales pueden ser objeto de crítica y valoración por otros de análoga naturaleza crediticia —SS. de 14 mayo 1970, 10 marzo 1971 y 19 octubre 1977—.

2) S. 18 diciembre 1980 (RA 4969)

Al señalarse como documento auténtico productor de error de hecho en la apreciación de la prueba de diligencia de reconstitución de los hechos, el T. S. pasa a examinar dicha diligencia realizada por el instructor desde el doble aspecto —interno y externo— de los extremos que en ella se contienen.

CONSIDERANDO: Que para la viabilidad del recurso los requisitos son: 1.º La existencia de documento auténtico, como elemento probatorio, habiéndose reconocido la autenticidad documental, únicamente, cuando, en el aspecto externo, esté otorgado con determinadas formalidades acreditativas de su existencia, y, en el interno, su contenido arroje el carácter de indubitado; 2.º Que el error, como conocimiento equivocado: sea evidente, en el sentido de que no exista la menor duda en el desacierto; esté originado en la operación valorativa sobre la apreciación de la prueba; no se encuentre desvirtuado por otros medios probatorios, y se manifieste cierta y determinada incompatibilidad, entre el contenido documental y lo adverado como supuesto fáctico en la operatividad probatoria; y 3.º Que en la preparación del recurso se guarde la formalidad de designar, sin razonamiento alguno, los particulares del documento que muestren el error de hecho padecido en la resolución impugnada.

CONSIDERANDO: Que desde la óptica de la anterior consideración, la diligencia de reconstitución de los he-

chos tiene autenticidad, en el aspecto externo, siempre que esté realizada de acuerdo con la normativa procesal, y, en el interno, solamente gozarán de este carácter de credibilidad fehaciente, aquellos extremos meramente descriptivos de hechos objetivos y no los que son fruto de la apreciación subjetiva del órgano judicial, que la realiza mediante juicios más o menos valorativos, en la que intervienen razonamientos susceptibles de conclusiones equivocadas.

POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA. POR DENEGACIÓN DE ALGUNA DILIGENCIA DE PRUEBA PROPUESTA EN TIEMPO Y FORMA. REQUISITOS.

1) S. 30 octubre 1980 (RA 4227)

Se recurre por el procesado por incomparecencia de un testigo.

CONSIDERANDO: Que la doctrina de esta Sala ha declarado de forma reiterada —SS. 2 marzo 1977, 30 noviembre 1978 y 14 marzo 1980, entre otras—, que el motivo de casación por quebrantamiento de forma, recogido en el núm. 1 del art. 850 de la L. E. Crim. —denegación de prueba pertinente propuesta en tiempo y forma—, ha de ser interpretado de acuerdo con el principio de que la inobservancia de las leyes procesales, por ser normas de orden público, en cuanto que garantizan los derechos de la persona, pueden motivar las correspondientes motivaciones casacionales e incluso la nulidad de actuaciones, y además, sin olvidar la adecuación que el procedimiento ha de tener en el tiempo, para la seguridad jurídica de esos mismos derechos, y que para su viabilidad es necesario: 1.º Que el medio probatorio se proponga en el momento procesal indicado por la ley y con las formalidades que la misma establece —adecuación intrínseca y extrínseca—; 2.º Denegación por el Órgano Judicial, bien de la admisión o de la práctica

—negación admensiva o efectiva—; 3.º Que la prueba propuesta tenga el carácter de pertinencia en la doble vertiente de que esté relacionada con el proceso —conexión material— y esté destinada al conocimiento y esclarecimiento del objeto del mismo —conexión funcional—; 4.º Que se dé a conocer el contenido del medio probatorio denegado, para apreciar la calificación del requisito anterior sobre la pertinencia; y 5.º Que conste la correspondiente protesta, como demostración de haber pedido la subsanación del defecto procesal y la no aquiescencia al mismo.

2) S. 2 diciembre 1980 (RA 4766)

La cuestión que se plantea ante el T. S. por esta vía casacional es la falta de práctica de prueba documental, que fue, según se dice, admitida por la Sala.

CONSIDERANDO: Que el recurso por quebrantamiento de forma, en su único motivo, pretende llevar al número 1.º del art. 850 de la L. E. Crim. —"denegación" de alguna diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma por las partes— la falta de práctica de la documental formulada en el escrito de conclusiones del acusado, que al ser "admitida" por la Sala impide apreciar el supuesto de la citada norma procesal, como tuvo ocasión de expresar el Auto de este Tribunal de 24 septiembre 1964; y no puede esgrimir la parte la indefensión porque teniendo la carga u obligación procesal de interesarse por el cumplimiento de las pruebas pedidas y acordadas, "antes de iniciarse las sesiones del juicio oral", no lo hizo ni solicitó en este momento la suspensión del señalamiento conforme previene el art. 745 de la Ley Procesal, provocando en su caso el acuerdo denegatorio de la Sala de Instancia que, junto con la reclamación del párrafo 3.º del art. 855, abriría la posibilidad del recurso de casación en la forma; por ello es obli-

gado desestimar el motivo propuesto, como hizo este Tribunal en los casos análogos que contemplan las Rss. de 23 abril 1965, 22 mayo 1967 y 23 octubre 1969.

10. COSTAS

CRITERIOS DE IMPOSICIÓN. NATURALEZA DE LAS COSTAS.

1) S. 17 octubre 1980 (RA 3716)

El T. S. desestima el recurso interpuesto por la acusación particular a la que se le impusieron las costas, tras la absolución del acusado.

CONSIDERANDO: Que la conjunción de los arts. 109 del C. P. y 240 de la L. E. Crim., se infiere que, en lo concerniente a las costas procesales, el sistema legal español, sintéticamente expuesto, es el siguiente: a) si la sentencia es condenatoria, las costas se deben imponer al procesado o procesados, señalando, en este último caso, la parte proporcional que cada uno debe satisfacer; b) que si la sentencia es absolutoria, nunca se pueden imponer a los procesados absueltos; y c) que, en tal caso, puede el Tribunal declarar de oficio las costas causadas o imponerlas al querellante particular o al actor civil si de las actuaciones resulta que obraron con temeridad o mala fe. Habiendo declarado, este Tribunal, interpretando el último supuesto, en SS. de 21 enero 1884, 4 junio 1888, 28 mayo 1889, 24 enero y 9 junio 1890, 3 junio 1895, 23 mayo 1889 y 20 junio 1949, que, la apreciación de la temeridad, es de la competencia exclusiva de las Audiencias sin que contra ella se dé el recurso de casación, doctrina ésta sólo desmentida en algunos casos esporádicos en los que, este Tribunal, se basó en razones tan obvias y plausibles como la de haber sido, la sentencia, condenatoria de los procesados, absolver a los mismos pero declarando probados

los hechos introducidos en el proceso por la acusación particular, o, finalmente, haberse ésta personado en unos autos ya incoados y no precisamente a su instancia. Pudiéndose concluir afirmando que, aunque esta facultad, no fuera discrecional y potestativa de las Audiencias, sino revisable en casación, en el caso presente, el querellante ha evidenciado temeridad y méritos bastantes para que la imposición pronunciada por la Audiencia de Málaga sea plausible y confirmable, toda vez que, no contento dicho querellante, con paralizar dilatoriamente procedimientos civiles con una extemporánea presentación de sucesivas querellas interpuestas cuando las sentencias civiles ya habían adquirido firmeza y por lo tanto, en buena técnica procesal, no era procedente la paralización de la ejecución de las mismas, involucró, en el presente proceso, hechos ajenos a él, que no habían sido objeto de procesamiento y que sí lo habían sido de proceso distinto archivado provisionalmente y cuya reapertura se abstuvo de solicitar.

2) S. 5 diciembre 1980 (RA 4779)

El T. S. desestima el recurso interpuesto por el procesado por delito de imprudencia temeraria y entra a considerar la naturaleza de las costas en el proceso penal.

CONSIDERANDO: Que no es pacífica en la doctrina la cuestión de la naturaleza de las costas procesales que, por imperio de los arts. 109 del C. P. y 240 de la L. E. Crim., se han de imponer preceptivamente al responsable o responsables criminales de todo delito o falta, pues, si bien unos sectores, les atribuyen una naturaleza similar a la de la pena, sosteniendo que son a modo de un apéndice, complemento o estrambote de la misma, otras opiniones entienden que pertenecen al campo de la responsabilidad civil, como lo demuestra su ubicación

en el Título IV, del Libro I, del C. P., pudiendo también mantenerse, como tercera posición o teoría intermedia, que constituyen un "tertium genus" que no pertenece al campo punitivo, sino al procesal o abjetivo, imponiéndose, tales costas, a aquél que, con su antijurídica conducta, determinó la sustanciación de un proceso y los gastos consiguientes. Pero, sea como sea, lo cierto es que dichas costas han de imponerse preceptivamente a todo responsable criminal de delito o de falta y que, sólo cuando sean varios los responsables o dos o más las infracciones enjuiciadas, cabe distribuir las costas entre los diversos agentes, o, en el caso de absolución por unas in-

fracciones y condena por otras, imponer, al responsable o responsables criminales, sólo las correspondientes a los delitos cuya existencia se declara y reputar de oficio las producidas con la persecución de los hechos punibles por los que se absuelve; por lo que si, como en el caso presente, es uno sólo el responsable criminal y único el delito incriminado y cometido, la pretensión de que el pago de las costas se comparta con la víctima —fallecida en este caso—, o que la mitad de las mismas se declare de oficio, es tan inusitada, infundada y desorbitada como digna, sin necesidad de nuevos razonamientos, de rechazo y repulsión.

PROCESAL LABORAL

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER
Profesor Agregado Interino de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. Principios del procedimiento laboral.— 2. Sentencia.— 3. Recurso de casación.— 4. Proceso de Seguridad Social.— 5. Ejecución.

1. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO LABORAL

CONCENTRACIÓN; UNIDAD DE ACTO.

S. 12 julio 1980 (RA 3020)

Velando de oficio por el cumplimiento de las normas procesales, el T. S. anula las actuaciones de la Magistratura por haberse practicado determinadas pruebas en varias sesiones.

CONSIDERANDO: Que si en un proceso se ha contravenido alguna indisponible norma procesal, pueden las partes o el Ministerio Fiscal acusarlo en el recurso que contra la sentencia de instancia se haya formulado, y si así no lo hicieran, velando de oficio esta Sala por el recto cumplimiento de las aludidas normas, al modo en que lo ha hecho en reiteradísimas ocasiones, debe poner de relieve esas infracciones a la vez que decreta la nulidad

de todo lo actuado en el proceso a partir del acaecimiento, y la devolución del procedimiento a la Magistratura de Trabajo, para que, acomodándose este Organismo a lo previsto en la Ley, reiterando los actos que fueron anulados, dicte nueva sentencia.

CONSIDERANDO: Que a fin de cumplir rectamente la Sala esta misión, le resulta obligado conocer en esta ocasión la forma en que se ha desarrollado en la instancia el proceso al que corresponde la sentencia recurrida, y del examen del mismo aparece lo siguiente: primero, en providencia del 22 octubre 1976, a la vez que se ordenaba la admisión de la demanda para el posterior trámite procesal, se mandaba dar traslado de la misma al demandado, convocándose a las dos partes para que acudan al acto de conciliación judicial y eventualmente al acto de la vista, señalados ambos para las dieciséis horas del 5 de no-

viembre siguiente, y se les advierte de que a este acto no se les cita más que para una convocatoria, que no podrá suspenderse, por ello deberán venir a él provistos de todos los medios de prueba de que quieran servirse, en relación con los cuales y habiendo pedido ambos en escrito posterior la citación de 46 testigos, se accedió a ello por la Magistratura de Trabajo; segundo, en otro escrito de la demanda se pide, y a ello se accede por el juzgador, requiriendo a la empresa "Electroquímica del Noroeste" para que facilite antes de la celebración de la vista, originales y xerocopias de determinadas facturas; tercero, llegadas las dieciséis horas del 5 de noviembre y con la asistencia de las partes, se inicia, en primer lugar, la conciliación de las partes, tentativa que resultó frustrada, y por ello, en segundo lugar, el acto de la vista, en el que la demandante ratifica el contenido de la demanda —propuesta de despido a la vez que la aclara, para después ser contestada por la contraparte, y en tiempo de réplica, aquella se desiste de proseguir el proceso en relación con algunas faltas que imputaba al demandado, insistiendo en cuanto a las demás; ambas partes proponen la práctica de los medios de prueba que creen serles útil, siendo toda ella admitida y en su virtud, se incorpora la documental al procedimiento, se recibe recíproca confesión a las partes y se da comienzo a la recepción de declaraciones testimoniales, en toda cuya actividad se ha consumido tiempo que llega a las 22,30 horas, cuando varios de dichos testigos quieren firmar el acta por tener prisa en regresar a sus hogares, razón por la cual se suspende la vista a esa sola finalidad, prosiguiéndose después para aquellos testigos que no pudieran volver a la Magistratura el día 8, es decir, tres días más tarde, actividad en que se invierte una hora más, para en definitiva suspender el acto; cuarto, se continúa la vista a las 10 horas del 8 de noviembre, dedicándose a ello tiempo que se desconoce, cuando de nuevo vuelve a suspenderse hasta las

dieciséis horas del mismo día, reanudándose en ese momento hasta agotar la prueba de testigos y la nueva confesión del demandado, a cuya terminación y sin razonamiento alguno, el juzgador requiere a éste para que en el plazo de cuatro días aporte al proceso toda la documentación que posea un hermano suyo relacionada con trabajos efectuados por Construcciones Metálicas Cereijo, pasando seguidamente a la fase de conclusiones, en la cual ambas partes elevan a definitivas las provisionales y se reservan el derecho a pedir testimonios de particulares para la formulación de posibles querellas criminales, dándose por definitivamente terminado el acto de la vista; quinto, no obstante habersele concedido al demandado el aludido plazo de cuatro días para aportar la documentación que le fue requerida, no lo hace hasta pasados doce, a cuyo recibo el día 20 se dicta providencia acordando unirlos al procedimiento, dando de ello traslado a la demandante para que en el plazo de tres días inste lo que a su derecho convenga, que deja transcurrir con exceso, pues hasta nueve días después no contesta, haciéndolo entonces para pedir que la contraparte amplíe la documental aportada con otras que conforme a su parecer existen, y además, que se pidan a terceros una serie de certificaciones, que si no resultaren coincidentes con los anteriores documentos, sean examinados por tres peritos decidentes, medio de prueba este último al que no se accede, si bien se admiten los otros dos; sexto, sin que se aprecie falta alguna de folios en el procedimiento entre el núm. 305, que es aquel en que se termina el acto de la vista, y el 331, que contiene copia de un requerimiento hecho a Electroquímica, y en el que se dice: "...acordado para mejor proveer en los autos que se indican...", y examinados todos ellos no aparece ningún acuerdo ni providencia en que se ordene la práctica de diligencias para mejor proveer que concuerde con el texto antes transcrito, apareciendo más bien

que no ha existido, por el contenido de los dos folios siguientes en los que se hace referencia al aludido requerimiento a Electroquímica y a otros, y en dichos documentos se copia providencia en la que acuerde la práctica de pruebas que en escritos ha pedido la parte demandante; séptimo, se envía por el demandado nuevo escrito, para reclamar a su contraparte el pago de cantidades que entiende le adeuda éste, pidiendo además que se tome declaración a un testigo, escrito que al recibirle la Magistratura ordena su simple incorporación al proceso, lo que no impide que el mismo demandado presente el 20 de diciembre otro escrito, cuando ya se había agotado el plazo que se le dio para entregar documentos, al que adjunta fotocopias de documentación pedida, los que en providencia del mismo día se manda incorporar al proceso, comunicándolo a la demandante para que inste lo que le convenga, y en el plazo de tres días, al igual que se hace y por plazo de cinco días, al recibir de Electroquímica la documentación que se le había requerido; octavo, en 31 de diciembre de 1976, la empresa demandante, haciéndose eco de las notificaciones anteriores, presenta nuevo escrito pidiendo la práctica de prueba pericial que había sido desestimada en principio del proceso, escrito que en providencia de la misma fecha se manda unir al proceso, a la vez que se cita para que declaren a dos testigos, señalando para dicho acto el día 14 de enero de 1977, autorizándose a las partes para que asistan a él y para que vayan acompañadas de los peritos que consideren pertinentes, según se anunciaba en el último escrito, celebrándose dicho acto con renuncia a la presentación de peritos, y como uno de los testigos no compareció, a instancia de parte, se le citó para el posterior día 21; noveno, a manera de confesión el demandado dirige nuevo escrito a la Magistratura de Trabajo el 1 de febrero, para explicar en él las razones que le han movido a tener abierta una cuenta bancaria a su nombre y al de

su esposa, donde se ingresaban y extraían cantidades para gastos familiares, a la vez que para atender al negocio de Construcciones Metálicas Cereijo, y como la Magistratura entendiese que eran insuficientes las fotocopias de dichas cuentas que acompañaban al escrito, por providencia del mismo día se le requiere para que aporte las atinentes a sus cuentas con los Bancos Pastor y Simeón, lo que el requerido cumple a su especial manera, enviando fotocopias de sus cuentas con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Vigo, para más tarde enviar nuevo escrito de 9 de febrero, acompañado de relaciones de contribuyentes del Impuesto General del Tráfico de Empresas, correspondientes a los años 1969-1975, en los cuales el propio demandado figuraba como titular de la empresa Construcciones Mecánicas Cereijo, últimos datos que parece considerar suficientes la Magistratura de Trabajo para dictar la sentencia, ahora recurrida, fechada en 10 de febrero de 1977, que, una vez conocida por la parte demandante la recurre en casación, constituyendo los depósitos legales, a la vez que pide sea requerido el trabajador demandado para que se reintegre a su puesto de trabajo, a lo que se accede por providencia de 1 de marzo siguiente.

CONSIDERANDO: Que de la lectura de la exposición que antecede, se descubre que en la fase de instancia no se ha acomodado el proceso al principio de unidad de acto que preside en la celebración de la vista, que por sabido se esconde tras la fronda del art. 76 de la L. Pro. Lab., para dar sólo clara señal de su existencia mediante la formulación de una excepción legal al mismo, permitiendo su interrupción cuando sea necesario el traslado de la Magistratura a lugar distinto al de su sede para la práctica de algún medio de prueba. Conforme al aludido principio una vez iniciado el acto de la vista no puede interrumpirse hasta que después de finalizadas las conclusiones definitivas, se man-

den traer las actuaciones a la judicial presencia para dictar la oportuna sentencia. Radicalidad del principio que sólo puede alterarse por los supuestos de excepción legalmente previstos, entre los que figuran: a) la solicitud y práctica de prueba anticipada acordada al amparo del art. 80; b) la ya citada del párrafo 5.º del art. 76, si bien haya de entenderse que la interrupción no se refiere más que al espacio real en que se comenzó el acto de la vista, sede de la Magistratura de Trabajo, para trasladarse ésta a otro lugar, pero indudablemente continuándose en él parte o todo el acto de la vista; c) quizá también sea excepción cuando parte de las pruebas hayan de practicarse, no en virtud del principio de aportación de parte, sino como consecuencia de aportación de oficio, prevenido en diligencias acordadas para mejor proveer, pues esas concretas pruebas han de practicarse fuera del acto de la vista; y d) cuando operando un caso fortuito o la fuerza mayor, en el que la voluntad del Tribunal no opera, haya de acudir a la drástica solución prevista en el artículo 442 de la supletoria L. E. Civ. No concurren ninguna de estas circunstancias cuando se producen dos interrupciones en el acto de vista que se celebraba el día 5 de noviembre de 1976, pues no lo es la firma del acta por los testigos, ya que este requisito no resulta necesario conforme al último párrafo del art. 79; ni tampoco hubiera sido posiblemente necesario el interrumpirle por espacio de tres días, del 5 al 8 de noviembre, si siendo conocido con anticipación el considerable número de testigos de que pretendían hacer uso las partes, se hubiera alterado la fecha o quizás solamente la hora de comenzar el acto, y, en vez de hacerlo en el mes de noviembre y a las cuatro de la tarde, se hubiera fijado otra temprana de la mañana. No habiéndose respetado el principio de unidad de acto, han de anularse de oficio todas las actuaciones no acomodadas al mismo, para que las repita adecuadamente la Ma-

gistratura, incluso haciendo uso de las facultades que le otorgue el art. 82 en relación con los testigos, si las circunstancias lo aconsejasen.

2. SENTENCIA

CONGRUENCIA; CONCEPTO, EXTENSIÓN Y LÍMITES.

S. 7 julio 1980 (RA 3004)

El actor recurrió en casación la, en su opinión, incongruencia de la sentencia, por entender que el expediente disciplinario en donde constaba la propuesta de sanción de despido (que equivalía según el T. S. a una demanda) y la sentencia de la Magistratura, no se correspondían, lo que sirve al T. S. para recordar y fijar qué es la congruencia y cuáles son sus límites.

CONSIDERANDO: Que por congruencia ha de entenderse la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones, que constituyen el objeto del pleito; se presenta, o aparece, como una relación de conformidad, o de disconformidad, entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia, lo que es lógico, puesto que se trata de un requisito de la misma, si bien de sus diferentes partes sólo ha de tomarse en consideración el fallo, lo que quiere decir que la sentencia no es incongruente si éste es conforme con las peticiones de las partes, aunque no lo sea en su fundamentación; y el otro término de comparación es el constituido por la demanda y demás pretensiones deducidas oportunamente en la litis; y por correlación entre pretensiones y fallo se entiende la adecuación entre uno y otro, de tal modo que no existan en el segundo ni más elementos de los que componen el primero, ni menos, ni otros distintos, por lo que la congruencia exige lo siguiente: a) que el fallo no contenga más de lo pretendido por las partes y se falta a este requisito, incurriendo en

incongruencia positiva, cuando la parte dispositiva de la sentencia concede, o niega, lo que por nadie se ha pedido; b) que el fallo no contenga menos de lo postulado por las partes, por lo que se falta a este requisito, incurriendo en incongruencia negativa, cuando la sentencia omite la decisión sobre algunas pretensiones; y c) que el fallo no contenga nada distinto de lo pretendido por las partes, y se falta a este requisito, incurriendo en incongruencia mixta, cuando la parte dispositiva de la sentencia sustituye alguna de las pretensiones formuladas por las partes por otras que no han sido postuladas.

Véase SS. 10 julio 1980 (RA 3017), 15 julio 1980 (RA 3041).

3. RECURSO DE CASACION

RIGOR FORMALISTA; DESESTIMACIÓN POR FALTA DE FIRMA DE LETRADO.

S. 3 julio 1980 (RA 2968)

La demandada recurrió en casación por infracción de ley, olvidándose su letrado de firmar el escrito de formalización.

CONSIDERANDO: Que el escrito por el que a nombre de la recurrente doña Teresa B. E. se ha formalizado recurso de casación por infracción de ley, contra la sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo núm. 4, de las de Barcelona, el día 10 de diciembre de 1975, en procedimiento sobre despido, instado por la representación de la empresa "Manufacturas Domingo Fábricas, S. A. -Madofa", aparece encabezado por el letrado don Rafael R. G., que asume la representación y defensa de la recurrente, por la no designación de Procurador, en la función que en este supuesto atribuye al letrado el art. 184, párrafo 3.º del Texto Regulador del Procedimiento Laboral, incumbiéndole, por ende, tanto la función de representar a la interesada ante esta Sala, como la de asumir su

defensa técnico jurídica, colaborando con el órgano jurisdiccional en la función especial de administrar justicia. De acuerdo con estas directrices el art. 10 del Texto Procesal Laboral dispone expresamente que: "En el T. S. y en el T. C. T. será necesaria la intervención de letrado", habiendo declarado esta Sala en su S. de 6 de marzo de 1972, que esta exigencia no se impondría si fuese posible entrar en el estudio del fondo de los recursos sin atenerse al ritualismo propio de la casación, pues ello desnaturalizaría su específico carácter, convirtiéndolos en una segunda instancia; exigencia de intervención de letrado que se reitera al tratar de la regulación de la materia referente a los recursos que pueden interponerse contra las sentencias dictadas por las Magistraturas de instancia, por lo que los escritos de formalización del recurso han de llevar firma de letrado, como se dispone en los arts. 158 en relación con el recurso de suplicación, y 172 —ambos del Texto Procesal Laboral—, por lo que hace referencia al de casación, incidiendo en vicio por falta de formalidades procesales de obligada observancia, o de uno de los requisitos exigidos para su validez y eficacia, el escrito de formalización de recurso que adolezca de falta de firma de letrado, como ocurre en el presente caso, con los efectos que se derivan de la aplicación de la regla general que sobre intervención de abogado establece el art. 10 de la supletoria L. E. Civ., diciendo que "no podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de letrado, y más concretamente la norma procesal laboral, en idéntico sentido, dice "no admitiéndose a trámite los —escritos— que no cumplan este requisito —art. 158—", y disponiendo la entrega de los autos "al abogado designado por el recurrente, o nombrado de oficio, para que formalice el recurso —art. 172—"; pues la intervención de letrado resulta indispensable para precisar y razonar el recurso, por lo que su falta, la infracción de este requisito, constituye un

vicio o defecto del acto que acarrea su nulidad, sin que produzca los efectos a que normalmente está destinado, nulidad que ha de acordarse en el momento en que el defecto se advierta, y aunque por la parte recurrida no haya sido solicitada, por tratarse de exigencia imperativa, cuyo cumplimiento ha de imponerse por los tribunales de oficio, si por las partes no ha sido pedido, y aunque debiera conducir a la inadmisión del recurso, como en esta Jurisdicción no existe dicho trámite, puesto que los recursos se entienden admitidos de derecho, se convierte en causa de desestimación, como dice esta Sala en su S. de 25 de noviembre de 1977.

RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: ERROR DE DERECHO; IMPOSIBILIDAD DE COMBATIR HECHOS A TRAVÉS DE ESTE SUBMOTIVO.

S. 1 julio 1980 (RA 2953)

El demandado recurrió al amparo del número 5 del art. 167 L.P.L. por error de derecho, alegando y basando dicho error en un documento obrante en autos, sin alegar infracción de norma valorativa de la prueba.

CONSIDERANDO: Que con amparo del núm. 5.º del art. 167 del Texto Procesal Laboral, se formula el tercero de los motivos en los que el recurso se apoya en la faceta del error de derecho, derivando no obstante al error de hecho, por una vía por consiguiente inadecuada, al basar dicho error en el documento obrante en el folio 27 de las actuaciones, con lo que claramente se incumplen los requisitos para que aquel error se produzca, y que son, la existencia de una norma legal valorativa de la prueba, su manifestación infracción, que dicho error recaiga sobre un hecho de marcado carácter sustancial, con expresa cita del precepto en el que se ampara el motivo y de los reguladores de la ponderación de la prueba, que se estiman

infringidos, con expresa concreción del concepto de la infracción, es decir, si ha sido por violación, interpretación errónea o aplicación indebida de aquél precepto, con constancia de la demostración de la misma, requisitos no cumplidos en el presente caso por la entidad recurrente en el presente motivo, sin que por tanto, el error de derecho, pueda ser, en ningún momento, cauce adecuado, como por aquélla se pretende, para combatir hechos, pues, la esencia del mismo, es la existencia de un precepto legal valorativo de un concreto medio probatorio incorporado a los autos que haya sido conculcado por el Magistrado de instancia, según se viene manteniendo en numerosas sentencias de esta Sala que por tal causa relevan de su cita, es decir, que el mencionado error de derecho, implica siempre un desconocimiento por parte del juzgador, del concreto valor que la ley concede a un determinado medio probatorio.

4. PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL

COMISIONES TÉCNICAS CALIFICADORAS; PRESUNCIÓN DE CERTEZA DE LAS AFIRMACIONES DE HECHOS CONTENIDAS EN SUS PROPUESTAS.

S. 2 julio 1980 (RA 2958)

La demandada recurrente censuró, por violación del art. 120, III L.P.P., la calificación jurídica de la enfermedad, hecha por el Magistrado. El T. S. pone de manifiesto que la presunción "iuris tantum" afecta a los hechos y no a la calificación jurídica.

CONSIDERANDO: Que el tercer y último motivo, de acuerdo también con el parecer del Ministerio Fiscal, tiene que declinar, al no haberse incidido en la sentencia de instancia en la infracción que en él se denuncia, con adecuado amparo procesal, violación

del párr. 3.º del art. 120 del Texto de Procedimiento Laboral, ya que tal precepto, dispone que cuando en el expediente administrativo haya recaído acuerdo de la C. T. C., las afirmaciones de hecho en que se haya basado, se considerarán ciertas, salvo prueba en contrario, por lo que su texto obliga a distinguir y a diferenciar entre aquellas aseveraciones de facto y la calificación jurídica del grado de invalidez permanente, en que las dolencias padecidas han de encuadrarse, pues sólo y exclusivamente las afirmaciones de hecho son las que están amparadas por la presunción "iuris tantum" de certeza, sin que el referido precepto, le conceda a las conclusiones técnico-jurídicas derivadas de aquéllas, por ser ésta, función reservada al órgano jurisdiccional; la Mutualidad recurrente, en este motivo lo que realmente censura no es ninguna afirmación de hecho, contenida en la sentencia impugnada, sino la conclusión jurídica a la que llegó el Magistrado de Instancia a la vista de las alteraciones fisio-patológicas reseñadas en el inalterado relato fáctico declarado probado, habida cuenta de la repercusión de las mismas en la capacidad laboral de quien las aquejaba, y lo dispuesto en el art. 135 de la L. Seg. Soc. y disposiciones concordantes, todo lo cual es materia extraña al contenido del citado párrafo 3.º del art. 120, al no tratarse, valga la reiteración, de una cuestión de hecho, la relativa a cuál sea el grado de incapacidad permanente del trabajador, sino de naturaleza jurídica, fracaso del motivo que lleva aneja la desestimación del recurso, con las consecuencias previstas para estos supuestos en el artículo 176 de la Ley Procesal Laboral.

5. EJECUCION DE SENTENCIA: DESPIDO NULO E INSOLVENCIA DEL EMPRESARIO

EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL ES EL ÚNICO ORGANISMO COMPETENTE PARA ABONAR LA INDEMNIZACIÓN.

S. 23 septiembre 1980 (RA 3484)

Los actores, ante la insolvencia del empresario, solicitaron del F. G. S. el abono de la indemnización por despido nulo, siéndoles concedida de acuerdo con el límite legal, pero con posterioridad reclamaron el resto al I. N. P., basándose en una norma derogada tácitamente por la Ley de Relaciones Laborales de 1976.

CONSIDERANDO: Que los dos motivos del recurso persiguen la misma finalidad de que se condene al I. N. P., con cargo a los fondos del Seguro de Desempleo, a pagar a los recurrentes cantidades complementarias de las acordadas como indemnización de perjuicios compensatorios de despido declarado nulo, que habían de ser abonadas por el empresario a cuyas órdenes habían trabajado, pero que fue declarado en estado de insolvencia por auto de la Magistratura de Trabajo de Badajoz de 27 de julio de 1977, para lo que citan como infringidos por el concepto de violación el art. 20, párrafo 1.º, de la O. de 5 de mayo de 1967, y por el de aplicación indebida los artículos 20 del D. de 4 de marzo de 1977 y 3 de la O. de 28 de los mismos mes y año, por lo que los dos motivos han de estudiarse conjuntamente y como se amparan en el núm. 1º del art. 167 Texto Regulador del Procedimiento Laboral partiendo de la relación fáctica de la sentencia recurrida, de la que importa destacar los extremos siguientes: a) que por S. de 7 de junio de 1977 la Magistratura de Trabajo de Badajoz declaró nulo el despido de que los recurrentes habían sido objeto y condenó a la empresa a cuyas órdenes trabajaban a que los readmitiera en sus mismos puestos de trabajo; b) que

por incumplir la empresa su obligación de readmitir a los trabajadores recurrentes en sus puestos de trabajo, se siguió expediente de no readmisión, terminado por auto firme de 1 de julio de 1977, en el que en sustitución de la obligación de readmitir impuesta a la empresa, por el resarcimiento de perjuicios que de ello se seguían, se señaló la cantidad metálica que cada uno de los trabajadores recurrentes había de percibir; c) que instada ejecución del auto de 1 de julio de 1977 al no tener la empresa bienes de clase alguna se declaró su insolvencia por auto de 27 de julio de 1977; d) que en esta situación los recurrentes instaron del Fondo de Garantía Salarial el oportuno expediente para el percibo de las cantidades que la empresa no les abonaba por su insolvencia, y el Fondo, en Res. de 15 septiembre 1977, estimando la petición, acordó abonar a los recurrentes la cantidad máxima legalmente permitida, en cuantía del importe de tres mensualidades de las retribuciones que habían venido percibiendo, cantidades que hicieron efectivas; e) que los recurrentes han reclamado del I. N. P. las diferencias existentes entre las cantidades acordadas por la Magistratura de Trabajo de Badajoz, en su Auto de 1 julio 1977 y las efectivamente percibidas del Fondo de Garantía Salarial como consecuencia de su Acuerdo de 15 septiembre 1977.

CONSIDERANDO: Que los arts. 176 del Texto Articulado I de la Ley de Bases de la Seguridad Social aprobado por D. de 21 abril 1966 y 79, 1.º del Texto Refundido de la L. Seg. Soc. aprobado por D. de 30 mayo 1974, establecen prestaciones complementarias y beneficios indirectos, figurando entre aquéllas "el abono a los trabajadores de las indemnizaciones que les hayan sido reconocidas por la Magistratura de Trabajo por extinción de su relación laboral, cuando aquéllos no puedan hacerlas efectivas por insolvencia del deudor", disponiendo expresamente que estas prestaciones se

determinarán reglamentariamente; disposición reglamentaria que se contiene en el art. 20, 1 de la O. de 5 mayo 1967, en el que se dispone que "cuando un trabajador al que se le hubiera reconocido en sentencia firme de la Jurisdicción Laboral una indemnización por despido no puede hacerse efectiva por insolvencia del deudor, se abonará el importe de la misma por el I. N. P. en concepto de prestación complementaria de desempleo".

CONSIDERANDO: Que el estado de derecho creado por la L. Seg. Soc. y la O. de 5 mayo 1967, en el particular a que el recurso se refiere, fue sustituido, quedando sin validez ni efecto, por el art. 31 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 abril 1976, que crea el Fondo de Garantía Salarial, al que da carácter interempresarial, con la finalidad de asegurar a los trabajadores el percibo de las prestaciones o indemnizaciones sustitutivas del salario o de las prestaciones sociales "en los casos de insolvencia, suspensión de pagos o quiebra de las empresas", por lo que en su ap. c) dispone que en los casos de insolvencia de las empresas los trabajadores afectados podrán solicitar del Fondo el pago de las indemnizaciones a que, en su caso, tuvieren derecho. En virtud del contenido de esta disposición y de las complementarias a las que después se aludirá, es por lo que, sin duda, los trabajadores recurrentes solicitaron del Fondo de Garantía Salarial el pago de las indemnizaciones reconocidas a su favor en el Auto dictado por la Magistratura de Trabajo de Badajoz el día 1 de julio de 1977, y es más tarde, cambiando de criterio, cuando dirigen su petición, en la parte que el Fondo no pudo abonarles, por la limitación legalmente impuesta, contra el I. N. P., invocando en apoyo de la misma el contenido de la legislación derogada.

CONSIDERANDO: Que es cierto que conforme a lo dispuesto en el art. 2, 2.º —no 5— del C. Civ., las leyes sólo se derogan por otras posteriores; pero

no es menos cierto que la derogación tanto puede ser expresa como tácita; expresa es la que resulta de una disposición especial de la ley nueva, que puede consistir en una fórmula de carácter general, como es la que se contiene en la disp. final 1.ª de la L. de 8 abril 1976, cuando dice que "quedan derogadas todas las disposiciones legales que se opongan a la presente ley"; pero es también eficaz la derogación tácita, que tiene lugar cuando una ley posterior contiene normas jurídicas incompatibles con las contenidas en la anterior, y resulta imposible la aplicación simultánea de las dos leyes, caso que es el que se contempla en el recurso, tanto por el contenido de los dos textos legales conforme a los cuales la insolvencia de las empresas había de suplirla el I. N. P., con cargo a los fondos del Seguro de Desempleo, en un primer momento, y que ha de solventarla el Fondo de Garantía Salarial, con sus fondos propios, en el posterior; como si se atiende a la conducta de los recurrentes que reclamaron primero del Fondo de acuerdo con la legalidad vigente, y que reclaman después del I. N. P. aunque para ello, en contra de su anterior manifestación de voluntad, opten por solicitar la aplicación de las leyes que han perdido vigencia.

CONSIDERANDO: Que el art. 31 de la L. de 8 abril 1976 tiene su adecuado desarrollo en el D. de 4 marzo 1977, de constitución y regulación del Fondo de Garantía Salarial, que entró en vigor el día 1 de abril de dicho año y en la O. de 28 de los mismos mes y año que el Decreto, y en el artículo 3.º

de la Orden se concreta la aplicación temporal de la nueva legislación diciendo que las indemnizaciones acordadas contra la empresa serán reclamables ante el Fondo de Garantía Salarial "siempre que la declaración de insolvencia, suspensión de pagos o quiebra se produzca a partir del 1 de abril de 1977", por lo que han de reclamarse ante el mismo las a que se refiere la presente litis y recurso, toda vez que la insolvencia de la empresa deudora se declaró por Auto de 27 de julio de 1977 y aunque la O. de 11 de noviembre de este año en su artículo único dice que "queda derogado el art. 20 de la de 5 de mayo de 1967", en realidad este precepto ya estaba derogado anteriormente, y no por su inaplicación o desuso, como se afirma por los recurrentes, sino por normas legales de fecha posterior y superior o igual rango legislativo, como se explica en su preámbulo o exposición de motivos, con cita de las leyes de 8 de abril de 1976 y 4 de marzo de 1977, y la afirmación expresa de que "del contexto normativo anterior se deduce que los abonos de las indemnizaciones por despido han sido asumidos por vía legal por el Fondo de Garantía Salarial, liberando, pues, de esta obligación de garantía a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, y quedando, en consecuencia, tácitamente, derogado el precepto", añadiéndose que si se procede a la derogación expresa del precepto es "a efectos de solventar posibles colisiones normativas", por lo que procede desestimar el recurso, de acuerdo con el razonado dictamen del Ministerio Fiscal.

PROCESAL ADMINISTRATIVA

JULIO GARCÍA CASAS
Prof. Adjunto Numerario de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

1. Jurisdicción. — 2. Procedimiento de 1.ª instancia: 2.0. Plazo; 2.1. Demanda; 2.2. Alegaciones previas. Inadmisibilidad; 2.3. Prueba; 2.4. Sentencia; 2.5. Caducidad del procedimiento. — 3. Recursos contra sentencias : Ordinario de Apelación. — 4. Ejecución de sentencias. — 5. Suspensión de la ejecución del acto del recurso.

1. JURISDICCION

PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN. — ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROCESO ESPECIAL.

S. 21 abril 1980 (Sala 3.ª) (RA 1392)

En un asunto contencioso tendente al reconocimiento del derecho de un alumno de Instituto en Barcelona a que le sean impartidas las clases en castellano, con utilización de los libros de texto autorizados por el Ministerio u órgano competente, el T. S. estima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de la Audiencia Territorial de Barcelona, revocándola, y estimando parcialmente el recurso interpuesto por el intere-

sado contra la desestimación presunta por la Delegación del Ministerio de Educación y Ciencia, que anula.

CONSIDERANDO: Que la sentencia objeto del presente recurso de apelación declara la inadmisibilidad del contencioso - administrativo deducido por violación de un derecho fundamental de la persona, basando tal declaración de inadmisibilidad —expresado ahora esencial y resumidamente— en la circunstancia de que acogido el demandante a las previsiones de la Ley de 26 diciembre 1978, instauradora de un especial y sumario procedimiento en esa vía contencioso-administrativa —amén de hacerlo también en lo atinente a lo penal y a lo civil— sólo son subsumibles en ese cauce procesal las pretensiones que se deduzcan so pretexto de violación de derecho o liber-

tares expresamente catalogados en la precitada Ley de 1978 (art. 1.2) comprensivo de una relación cerrada, únicamente ampliada mediante el R. D. de 20 febrero 1979 (artículo único), sin que, ni en una ni en otra se haga referencia alguna al derecho a la educación, proclamado en el art. 27 de la Constitución española, que es precisamente el que, como básico, invoca el actor como soporte jurídico de su pretensión.

CONSIDERANDO: Que, ciertamente, en determinado momento cronológico, el razonamiento que antecede, crucialmente incluido en la cuidada sentencia de instancia, pudo ser jurídicamente irreprochable, mas es de notar que, a criterio de esta Sala de apelación, la promulgación y vigencia de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre del Tribunal Constitucional, vino a suponer una alteración en este punto ya delimitado referente a las posibilidades de orden procesal para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, desde el momento que en tal Ley —que posee la condición de Orgánica— no es que se contenga precepto o disposición limitativa en cuanto a cuáles sean los derechos o libertades protegibles, sino que de modo expreso, en su Disposición Transitoria Segunda, punto dos, se establece que persistiendo —siquiera provisionalmente— como vía judicial previa al recurso constitucional de amparo, la configurada en la Ley de 26 diciembre 1978, a los efectos de la adecuada protección jurisdiccional, el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el art. 53.2 de la Constitución, de acuerdo con el cual, cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1 del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

CONSIDERANDO: Que tanto en la vía administrativa inicial, como en la jurisdiccional, concreta el actor la violación de los derechos fundamentales en el de la educación, que tiene su soporte en el art. 27 de la Constitución, pudiendo destacarse —a los fines del actual recurso— lo incluido en los números 1, 2, 5 y 8 de tal norma, que proclama el derecho que todos tienen a la educación, la que tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, garantizando los poderes públicos el derecho de todos a la educación e inspeccionando y homologando el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes, no obstante lo cual el competente órgano administrativo al que se dirigió formalmente el interesado, como padre y legal representante del alumno afectado, desatendió la solicitud deducida como consecuencia de impartirse las clases de varias asignaturas en el Instituto Nacional de Bachillerato de que se trata exclusivamente en catalán, con textos en el mismo idioma, pese a existir en el expediente administrativo informe emitido por el Inspector Jefe de Enseñanza media del Distrito Universitario, expresivo de que el Instituto en cuestión no está legalmente autorizado para impedir las enseñanzas en lengua catalana, sin que haya solicitado la reglamentaria autorización para cambiar los libros de texto utilizados en el pasado año académico de 1978-79, con la consecuencia, en el sentir de la propia Inspección, de que todo estudiante del citado Centro tiene derecho a pedir que se expongan las materias (oralmente o por escrito) en lengua castellana.

CONSIDERANDO: Que no parece sean menester muchos razonamientos para concluir que, por supuesto con absoluto respeto también de otros mandatos constitucionales, como pueden ser los del art. 3, expresivo de que todos los españoles tienen el de-

ber de conocer y el derecho de usar del castellano como lengua española oficial del Estado, siendo también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus Estatutos, las demás lenguas españolas, se quebranta el fundamental derecho a la educación, incluso cabe decir que hasta el máximo límite de negarlo del modo absoluto, cuando la enseñanza se imparte en un idioma distinto de la oficial lengua española, desconocido aquél por el destinatario de la enseñanza, sin que nada de lo afirmado, ni de cuanto se razona en esta sentencia vaya, ni de cerca ni de lejos, contra el respeto que por un igual merecen las demás lenguas españolas en todas sus posibilidades, incluida por supuesto la de su utilización en las Comunidades Autónomas al satisfacerse el derecho a la educación que a su vez asiste a quienes las conocen.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto procede la estimación del recurso de apelación, con estimación igualmente del recurso contencioso-administrativo, bien que con carácter parcial, toda vez que no es atendible la petición relativa al derecho del hijo del actor de ocupar plaza en el Instituto en cuestión, punto que no consta ni siquiera puesto en discusión en vía administrativa, ni atender otras peticiones, extrañas al ámbito en que este proceso ha de desenvolverse, cuales las de aperturas de expedientes disciplinarios y condena a indemnización de daños y perjuicios; sin especial pronunciamiento en cuanto a costas, atendidas las previsiones del art. 10.2 de la Ley de 26 diciembre 1978, y 131 de la Ley Jurisdiccional.

INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN POR CUESTIONES DE ÍNDOLE CIVIL.

S. 20 mayo 1980 (Sala 4.ª) (RA 2814)

En un pleito sobre disfrute de aguas que nacen en una finca propiedad de un Ayuntamiento, disfrute que se reivindica por particulares mediante tí-

tulos de carácter privado, la Sala de la Audiencia dicta sentencia estimando el recurso interpuesto por particulares contra acuerdo del Ayuntamiento en Pleno. Recurrida por el Ayuntamiento la indicada sentencia de instancia, el T. S. estima la apelación, declarando inadmisibile el recurso interpuesto por los particulares.

CONSIDERANDO: Que la acción ejercitada en este proceso por las partes demandantes tiene como única finalidad, según de modo claro e inequívoco se expresa en la súplica de la Demanda, obtener la declaración del derecho de los demandantes al disfrute de las Aguas de la Fuente del Pilarejo, término de Alcaucín, con fundamento en las Escrituras Públicas inscritas en el Registro de la Propiedad que se acompañan a aquel escrito. La nulidad del Acuerdo Municipal que también se demanda, en cuanto fue denegatorio de las pretensiones formuladas en aquéllos en vía administrativa no califica por sí sola la acción ejercitada, habida cuenta de que también las de carácter civil precisan la procedencia de una tramitación administrativa con el carácter de reclamación que aun no invocada formalmente correspondería otorgar a aquel trámite previo.

CONSIDERANDO: Que opuesta por el Abogado del Estado en la primera instancia, causa de inadmisibilidad de este recurso en base a la incompetencia de esta jurisdicción; reproducida virtualmente en esta apelación la misma causa y contemplado el carácter de orden público que le corresponde es obligado su análisis en el presente momento procesal.

CONSIDERANDO: Que la calificación de la acción ejercitada y determinación de su naturaleza jurídica es obligado considerar: Primero el carácter de bien patrimonial de la finca del Ayuntamiento de Alcaucín donde nacen las aguas cuyo dominio se postula y por tanto el carácter privado

de dichas aguas —arts. 344 del C. Civ. y 5.º y 13 de la Ley de Aguas; Segundo el carácter también privado del título que se invoca por los demandantes (escrituras públicas de compraventa a particulares e inscripción en el Registro de la Propiedad con invocación a la protección registral), y Tercero la ausencia de cualquier título de carácter jurídico administrativo, concesión, autorización, etc., o de cualquier situación de hecho susceptible de generar un derecho de aquella clase.

CONSIDERANDO: Que las razones precedentemente expuestas justifican la convicción de que la cuestión sometida a conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa en este recurso es de índole puramente civil en cuanto la pretensión del recurrente se basa en un título jurídico privado y lo que se demanda del Ayuntamiento afecta también a bienes de carácter patrimonial y por tanto sometidos al régimen jurídico privado, motivos suficientes para considerar de ella conforme al art. 2.º de la Ley de esta jurisdicción, incompetencia que, a su vez, determina la inadmisibilidad del recurso conforme al apartado a), art. 82 de la misma.

2. PROCEDIMIENTO

2.0. Plazo

PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO, CONTRA DESESTIMACIÓN PRESUNTA DE RECURSO DE ALZADA. — RESOLUCIÓN EXPRESA POSTERIOR, QUE NO REABRE EL PLAZO.

S. 7 mayo 1980 (Sala 3.ª) (RA 1840)

Dictada por la Dirección General de Pesca Marítima resolución, declarando caducada una concesión, e interpuesto contra la misma resolución recurso contencioso - administrativo, la Sala 3.ª del T. S. declara la inadmisibilidad del recurso interpuesto, respecto al interpuesto, contra la propia resolución como contra la denegación

presunta del recurso de alzada en la vía previa administrativa.

CONSIDERANDO: Que aunque el art. 58 de la Ley Jurisdiccional no hace mención específica del plazo en el que deberá interponerse el recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de un recurso de alzada pero al preverse posteriormente en la L. Pro. Adm. las dos clases de silencio administrativo negativo originadores del acto presunto, a saber: el automático, que no requiere la denuncia de mora que es el que se produce en vía de recurso por el transcurso de tres meses desde la interposición de la alzada sin que se dicte resolución expresa, y el que en vía de petición necesita la denuncia de mora para que pueda considerarse desestimada la petición transcurridos tres meses desde la denuncia, esta distinción de actos presuntos producidos por silencio negativo basada en que en los primeros la Administración ya se ha pronunciado sobre los fundamentos de su decisión mientras que, por el contrario, en vía de petición, la Administración aún no se ha manifestado y debe otorgarse una segunda oportunidad antes de que se entienda desestimada la petición y producido el acto denegatorio presunto, más una vez producido éste, la naturaleza del acto presunto es igual, en los dos casos, por lo que siendo las circunstancias comunes para ambos ya que tanto el automático como el otro agotan la vía administrativa, la regla aplicable sobre el plazo en que deberá interponerse el recurso contencioso-administrativo no puede ser distinta a la establecida contra los actos denegatorios presuntos de la reposición en el núm. 2 del art. 58 de la Ley Jurisdiccional el de un año a contar de la fecha de interposición del recurso, porque al existir la misma razón debe darse la misma disposición legal para las dos, ya que las diferencias existentes en el recurso de reposición con relación al de alzada son que el de reposición se interpone ante el mismo órgano que dictó el acto

recurrido y el de alzada ante el superior jerárquico y que en aquél hay que esperar un mes para que se entienda desestimado, y en el de alzada tres, pero en orden al plazo para recurrir en vía contencioso-administrativa, ninguna modificación existe entre uno y otro recurso, debiendo ser encuadrada por ello la alzada en el núm. 2 del art. 58 de la Ley Jurisdiccional por lo que habiendo sido interpuesto el presente recurso contencioso-administrativo con posterioridad al plazo de un año desde la interposición de la alzada, puesto que fue presentado el 23 de abril de 1974, y la alzada lo fuera el 27 de enero de 1973, es de estimar la causa de inadmisibilidad opuesta por el Abogado del Estado del ap. f) del art. 82 de la Ley Jurisdiccional al resultar manifiesto que en la fecha en que fue interpuesto el presente recurso 23 abril 1974 había transcurrido con exceso el plazo de un año contado desde la fecha de interposición de la alzada 27 enero 1973 sin que el hecho de que posteriormente se haya dictado resolución expresa desestimatoria de la alzada el 8 junio 1973, altere el cómputo del plazo de un año señalado para interponer el contencioso, al no aparecer que se haya efectuado la notificación de esta resolución expresa y no ser ya posible convalidar la situación jurídica creada por el ejercicio de la acción contencioso-administrativa, porque las normas procesales que rigen esta materia de los recursos no permiten ampliar o modificar a voluntad de los interesados el plazo legal para interponer el recurso contencioso-administrativo con relación a un acto que fue en realidad consentido, pues, como tiene ya declarado la doctrina jurisprudencial, el plazo para anteponer válidamente tanto los recursos de alzada como los contencioso-administrativos, son plazos perentorios o preclusivos, que una vez transcurridos fenece para todos sus efectos, no pudiendo suspenderse ni abrirse de nuevo a tenor del art. 311 de la L. E. Civ., atendido su carácter protector del orden jurídico procesal y, singularmente

en materia administrativa, de los intereses públicos implicados en la actuación ordenada de la Administración que no admite que puedan quedar tanto en su eficacia como duración al arbitrio de los particulares interesados, por lo que atendido el hecho de que el recurrente sin esperar la resolución expresa del recurso de alzada interpuso el contencioso contra el acto presunto desestimatorio de la alzada, agotó con ello la vía contenciosa para recurrir contra la resolución expresa producida posteriormente confirmatoria en realidad de un acto consentido, salvo si el acuerdo expreso reformase el impugnado, en cuyo caso podría interponerse el contencioso contra el acuerdo expreso decisorio de la alzada, procediendo en mérito de todo lo que se deja expuesto estimar el motivo de inadmisibilidad opuesto por el Abogado del Estado lo que imposibilita entrar a resolver la cuestión de fondo objeto del presente recurso.

2.1. Demanda

INEXISTENCIA DE DEFECTO EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA. — CARÁCTER ANTIFORMALISTA DE LA LJCA. — FALTA DE REPRESENTACIÓN PROCESAL, COMO DEFECTO SUBSANABLE, Y EN CONSECUENCIA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO.

S. 11 junio 1980 (Sala 3.ª) (RA 2443)

Acumulados varios recursos contenciosos contra el Real Decreto que aprobó el Estatuto Profesional de Economistas, Profesores y Peritos Mercantiles, el T. S. declara inadmisibile uno de ellos, desestimando el resto y ordenando una nueva redacción para un artículo del mencionado Real Decreto.

CONSIDERANDO: Que si bien es manifiesto que, como afirman en sus escritos de contestación los demandados, bajo la rúbrica de "Hechos" la demanda del Consejo Superior de Colegios Oficiales de Graduados Sociales, expone los supuestos fundamentos de

Derecho en los que trata de justificar o apoyar sus pretensiones, ello no puede bastar para que haya de ser acogida la causa de inadmisibilidad del recurso basada en ese defecto formal, dado que también en su segunda parte contiene el escrito nuevas citas legales, y en consideración, muy especialmente, a la claridad y concreción con que aparecen consignadas las pretensiones en la súplica final del mismo, que es a lo que han de ceñirse los pronunciamientos de la sentencia cuando las pretensiones ejercitadas aparecen claramente determinadas en ella, según lo reitera y recuerda la reciente sentencia de esta Sala de 2 mayo 1979, siendo doctrina jurisprudencial de este Alto Tribunal, según lo expresa la S. de 30 enero 1978, interpretar las exigencias del citado art. 69 de la Ley de la Jurisdicción con signo antiformalista, adecuándose así a la orientación expresa del legislador plasmada en el Preámbulo de dicha Ley, entendiendo que una mínima apoyatura fáctica y de fundamentación jurídica, en unión del principio contenido en el aforismo "iura novit curia", bastante para tener por corretamente formalizada la demanda, no obstante las irregularidades extrínsecas del documento procesal en cuestión; criterio asimismo declarado por la Sala Especial de Revisión en S. de 14 junio 1977, al afirmar que si se puede formar juicio y fundar la instancia con las indicaciones del hecho de que se parte y del precepto o principio en que se apoya la pretensión, se cumple la exigencia de la Ley; y criterio que, al ser aplicado al caso objeto de examen, lleva a rechazar la referida causa de inadmisibilidad del recurso.

CONSIDERANDO: Que por el contrario, el hecho de que el Procurador que actúa en representación del Instituto de Censores Jurados de Cuentas no dispusiera de poder notarial en el momento en que interpuso el recurso que formuló en nombre de esa Corporación, la jurisprudencia de este Tribunal ha determinado que el apode-

ramiento ha de ser anterior a la fecha en que finaliza el plazo legal para la interposición del correspondiente recurso contencioso, pues si fuese posterior se produciría un defecto procesal encuadrable en la causa de inadmisibilidad invocada y no susceptibles de subsanación por ser doctrina de la jurisprudencia que el plazo para recurrir es improrrogable y, por tanto, el otorgamiento de un poder posterior no puede subsanar la falta de apoderamiento dentro del plazo de interposición del recurso, no siendo posible consolidar actuaciones anteriores a la fecha del otorgamiento del poder, porque el alcance de tal subsanación sólo se refiere a la no presentación del poder en momento oportuno, mas no a convalidar los efectos del otorgado después de transcurrir el tiempo señalado para recurrir, lo que produciría una comparecencia sin la debida representación; declaración de inadmisibilidad pertinente aunque, como se aduce por el Instituto demandante, el acuerdo de interponer el recurso fuera tomado dentro del plazo establecido para ello, porque lo que cuenta no es la actuación interna de sus organismos de gestión, sino la fecha del apoderamiento al Procurador, que es el requisito exigido por el art. 33 de la Ley de la Jurisdicción; conferir su representación a un Procurador con poder al efecto; y declaración de inadmisibilidad, por último, que excusa de conocer de las pretensiones formuladas por dicho Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España.

2.2. Inadmisibilidad

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO POR FALTA DEL PREVIO RECURSO DE REPOSICIÓN.

S. 2 abril 1980 (Sala 5.ª) (RA 1218)

En un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una disposición de carácter general (Decreto 7 agosto 1978), que establece coeficien-

tes de escalas a extinguir de los funcionarios de la AISS, el T. S. lo declara inadmisibile por falta de trámite previo de reposición.

CONSIDERANDO: Que con carácter previo al tema de fondo, contraído a la impugnación del D. 2.146/78 de 7 agosto, en su disposición transitoria atinente a fijación de coeficientes a funcionarios de la Escuela Administrativa de la Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales (A.I. S.S.) a que pertenece la recurrente, y precisamente en derivación del explícito planteamiento que ésta hace en su demanda, ha de examinarse la admisibilidad del presente recurso en cuanto a la existencia del previo y preceptivo recurso de reposición, pues caso de no haberse interpuesto éste frente al impugnado Decreto habría de declararse la inadmisión de la pretensión actora, al amparo del art. 82, ap. e) de la Ley reguladora de la Jurisdicción.

CONSIDERANDO: Que, en efecto, la ausencia de dicho recurso previo de reposición aparece de las actuaciones, atendiendo tanto a lo manifestado por la Administración al remitir el expediente como a las alegaciones de la actora en el epígrafe "Requisitos de admisibilidad" de un escrito de demanda, en que trata de justificar la improcedencia o carácter no preceptivo de dicho recurso previo, con invocación de los arts. 53 e) y 58, ap. 3, ambos de la Ley Jurisdiccional. Mas es lo cierto que, impugnándose el Decreto de referencia directamente por la funcionaria recurrente, tal impugnación se encuadra sin dificultad en el art. 39, ap. 3 de la tan repetida Ley de esta Jurisdicción, como disposición general no necesitada, para su efectividad, de un previo acto de requerimiento o sujeción individual de sus destinatarios, y en esta hipótesis una reiterada doctrina jurisprudencial, ha establecido que el supuesto de excepción de la reposición contenido en el art. 53 e) de la Ley de 27 diciembre 1956 se cons-

triñe a la impugnación de disposiciones generales a través del art. 39-1 de la misma Ley no concurriendo la excepción en el supuesto en que se ejercita el recurso jurisdiccional por el cauce del art. 39-3, como aquí acontece; de donde, al ser preceptivo en este caso dicho recurso de reposición y no haberse formulado, previamente a la vía jurisdiccional, frente al Decreto de 7 de agosto de 1978 objeto de impugnación, se está en el caso de declarar la inadmisibilidad del recurso, al amparo de los arts. 81 a) y 82 e) de la tan aludida Ley rectora de la Jurisdicción, lo que veda, lógicamente, el examen de la legalidad del Decreto impugnado al que no se oponen, por otra parte, tachas o defectos de carácter formal en cuanto al procedimiento para su elaboración.

Véase la S. de 2 mayo 1977 (RA 1954), entre otras.

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO POR FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA RECURRIR, BASADA EN LA FALTA DE INTERÉS DIRECTO.

S. 7 abril 1980 (Sala 5.ª) (RA 1222)

El supuesto contempla un caso de posible integración en la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado, en el que la demandante impugna una disposición de carácter general utilizando la vía directa del n.º 3 del art. 39 de la Ley Jurisdiccional, por atender que le perjudica. En el recurso interpuesto, el T. S. no entra en el fondo por estimar la causa de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado, que contempla la falta de interés actual y si futuro de la recurrente a las prestaciones que solicita.

CONSIDERANDO: Que la demandante impugna en el presente recurso el Decreto 3.065/1978 de 29 diciembre, utilizando la vía directa autorizada por el párrafo 3 del art. 39 de la Ley de la Jurisdicción, por entender que el art. 2.º, apartado 1.º, de la citada dis-

posición, lesiona su derecho en cuanto prohíbe a las mutualidades modificar la cuantía de las prestaciones vigentes al 31 diciembre 1978.

CONSIDERANDO: Que, previamente a la cuestión de fondo, es necesario estudiar la causa de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado con base en el ap. b) del art. 82 de la Ley reguladora de la jurisdicción, por estimar que el recurrente carece de legitimación activa para ejercitar la acción objeto del recurso.

CONSIDERANDO: Que el demandante asociado a la Mutualidad de Previsión de Funcionarios del Ministerio de Información y Turismo, integrada por la Mutualidad General de funcionarios, conocida abreviadamente por Muface, no aduce que la norma impugnada le haya causado un perjuicio por ser un mutualista que se encuentra ya en condiciones de recibir las prestaciones a las que se refiere el precepto impugnado, sino que, según manifiesta en el hecho 12.º de la demanda, este evento puede producirse si ocurriera alguna de las causas que dan origen a la percepción de cualquiera de aquellas prestaciones poniendo con ello de relieve que su interés no es actual, sino para el futuro, lo que determina la falta de interés directo exigido por el art. 39-3.º en relación con el art. 28 a) de la Ley reguladora de la jurisdicción, por cuanto según reiterada doctrina jurisprudencial, el interés directo ha de ser inmediato, no lejano, nacido, existente, sin que baste con que sea meramente hipotético o remoto.

CONSIDERANDO: Que atendiendo a esta circunstancia que se ve confirmada al disponer el precepto impugnado que la congelación de las prestaciones tiene carácter provisional, es procedente estimar la causa de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado, por carecer el recurrente de legitimación activa, que debe declararse a tenor de lo dispuesto en el

art. 81 a) de la citada Ley, solución coincidente con la mantenida por esta Sala en supuesto idéntico.

Véase en este sentido la S. 28 marzo 1980 (RA 1096), entre otras.

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO POR FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA PREVIA.

S. 11 abril 1980 (Sala 3.ª) (RA 1330)

Interpuesta por el Abogado del Estado la apelación contra Sentencia de la Sala, que declaró admisible el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Provincial, el T. S. revoca la sentencia y declara inadmisibile el recurso interpuesto en la primera instancia, por no haber agotado la recurrente la vía administrativa previa, puesto que contra el acuerdo del Tribunal Económico Provincial había de ser interpuesto previamente el recurso de alzada.

CONSIDERANDO: Que de conformidad con lo establecido en el art. 37 de la Ley de la Jurisdicción, para que sea admisible el recurso contencioso-administrativo es menester que el acto impugnado no sea susceptible de ulterior recurso ordinario en vía administrativa, incidiéndose, en otro caso, en la causa determinante de una sentencia de inadmisibilidad, prevista en el ap. c) del art. 82 de la propia Ley; como se impone en el presente pleito, en que se impugna, en vía jurisdiccional, ante la pertinente Sala Territorial, un acuerdo adoptado por un Tribunal Provincial, del orden Económico-Administrativo, sin previo agotamiento del recurso de alzada ante el Tribunal Central, procedente, con toda evidencia, al amparo del art. 52-2 del Reglamento para las reclamaciones económico-administrativas de 26 noviembre 1959, ya que la diferencia controvertida asciende a la suma de 1.019.978 pesetas, y toda vez que la propia recu-

rente fija la cuantía como indeterminada, y el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de La Coruña, resuelve en primera instancia.

CONSIDERANDO: Que consta en autos que la parte recurrente al proceder en la forma expuesta, no hizo más que seguir las indicaciones que se le hicieron en la notificación del acuerdo impugnado; y siendo ello así es claro que no puede parar en perjuicio del interesado el error de la Administración que le indujo a interponer un recurso improcedente, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia, lo que obliga a posibilitar la prosecución de su reclamación en la vía pertinente.

Véanse, entre otras: SS. 10 mayo 1974 (RA 2485), 7 noviembre 1977 (RA 4114), 1 julio 1978 (RA 2573).

2.3. Prueba

EN ORDEN A LA PRUEBA PERICIAL, PREVALENCIA DE LOS INFORMES EMITIDOS POR TÉCNICOS DE LA ADMINISTRACIÓN.— PONDERACIÓN POR EL TRIBUNAL.

S. 10 junio 1980 (Sala 4.ª) (RA 3171)

En un expediente de ruina, el Ayuntamiento dictó acuerdo declarando en estado de ruina una finca urbana. Recurrido el acuerdo en la vía contencioso-administrativa, la Sala de la Audiencia desestima el recurso y en consecuencia declara ajustados a Derecho los acuerdos de la Corporación Municipal, absolviendo a la misma de las pretensiones contra ella ejercitadas. Apelada la sentencia, el T. S. desestima la apelación, confirmando aquélla.

CONSIDERANDO: Que la conclusión establecida por la sentencia apelada en base de un completo análisis de la problemática litigiosa planteada, debe entenderse lógica consecuencia de un estudio racional de los diferentes informes técnicos emitidos en el expediente que al resultar en la aprecia-

ción de la conservación del inmueble contrapuestos, la autoridad municipal ante la necesidad de acogerse —como soporte de su decisión— a un criterio técnico, opta por aceptar el juicio de su propio facultativo que por razones objetivas —SS. de 24 abril 1964, 7 noviembre 1977, 30 enero 1978, 5 febrero y 19 noviembre 1979, etc.—, aparece como imparcial, además de manifestarse como el único medio superador del punto muerto que presentan las irreconciliables, por contradictorias, posiciones que ofrecen los informes de los peritos de las partes, criterio de decisión que una jurisprudencia ya clásica estima aceptable en razón del argumento del mayor valor atribuible a la opinión del técnico oficial, por imparcial; amén de que en este caso es el que ofrece un estudio riguroso —por completo y fundado— del edificio, en su descripción (de planta baja, constituyendo una unidad constructiva dividido en tres locales), análisis de los daños (se califican de estructurales, debido a la vejez y mal estado de conservación: grietas en los muros y cedimientos en algunos puntos, grandes desperfectos en cubierta, etc.) estimación de la reparación en relación al valor del edificio (la reparación de la cubierta, revisión de desagües, muros y suelos, etc.) que, en todo caso se fija en cifra muy superior al 50 por 100, pues se afirma que sólo la reparación de la cubierta (dados los daños sufridos y las características de la edificación) excedería del valor del edificio; unido todo ello al hecho destacable de que esta finca (almacén de planta baja) se encuentra situada en calle principal y céntrica (Calvo Sotelo) de Novelda, disconforme con la alineación oficial, al formar la fachada un saliente en forma de disposición triangular que es necesario remitir o retranquear para acomodarse a la línea oficial establecida, con ello también se vislumbra que parte de las obras de consolidación precisas (en muros y tejados, etc.) afecten a la zona fuera de ordenación y por eso al no ser permitidas (por exceder de

las de mero entretenimiento) también por esta causa resulta correcta la declaración de ruina que la sentencia admite, al confirmar los acuerdos municipales de 23 junio y 4 octubre 1977, por ser conclusión asumible a través de una valoración conjunta de las pruebas practicadas que permitió al Tribunal de Instancia —y aquí se ratifica— establecer una fundada apreciación en adecuada correlación con el real y verdadero resultado que a las mismas, dentro del procedimiento y proceso, debe atribuírsele, al estar dotado el órgano jurisdiccional de una libertad de juicio, solamente limitada por las reglas de la sana crítica —SS. de 29 noviembre 1974, 30 abril 1975, 30 enero 1978, 19 noviembre 1979, etc.

2.4. Sentencia

LÍMITES DEL AUTO DE ACLARACIÓN.

S. 21 abril 1980 (Sala 5.ª) (RA 1314)

En un pleito relativo a abono de intereses devengados por expropiación, la Abogacía del Estado recurre en apelación la Sentencia dictada por la Sala de la Audiencia, circunscribiendo la cuestión a impugnar el Auto dictado por la Sala de Instancia al resolver el escrito en que los interesados solicitaban la aclaración de sentencia.

CONSIDERANDO: Que en el recurso de apelación el Abogado del Estado, único apelante, ha circunscrito la cuestión exclusivamente a impugnar el Auto dictado por la Sala de Instancia al resolver el escrito en que los expropiados solicitaban la aclaración de la sentencia, basando la impugnación en haber señalado en el Auto aclaratorio una cantidad superior a la fijada en el fallo por el concepto de intereses devengados por la demora en el pago de justiprecio, alegando el Abogado del Estado que no había tenido oportunidad de impugnar esta modificación de la sentencia, y, además, que

esta variación no estaba de acuerdo con el suplico de la demanda.

CONSIDERANDO: Que no habiendo impugnado expresamente el representante de la Administración los razonamientos que llevaron a la Sala de Instancia a establecer la fecha inicial y final que habrían de tenerse en cuenta para el cómputo de los intereses, debe confirmarse este particular que fue analizado con acierto en los Considerandos de la sentencia apelada y que conducen a la desestimación del suplico de las alegaciones en el que, con carácter genérico, se solicita la revocación de la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que es fundamental para resolver la cuestión capital planteada en este recurso la determinación de las fechas en que empezaba y terminaba a devengar intereses la cantidad señalada como justiprecio, que han sido fijadas en la sentencia recurrida en 21 agosto 1964, como día inicial, y el 14 febrero 1972, como el día final por ser el del abono del justiprecio, y partiendo de estas fechas recogidas en el Considerando correspondiente, la simple lectura de éste y de la parte dispositiva de la sentencia, demuestran que en ésta se padeció un error material al hacer el cálculo de los intereses sobre 6 años, 5 meses y 23 días, cuando evidentemente el tiempo transcurrido era de 7 años, 5 meses y 23 días, y aunque este error de cálculo se inicia en la demanda, ya fue puesto de manifiesto por el expropiado en el acto de la vista, según recoge la Sala de Instancia en el auto aclaratorio de la sentencia, ofreciendo a la Administración y al Tribunal la oportunidad de oponerse y examinarlo respectivamente.

CONSIDERANDO: Que la equivocación de la sentencia puesta de manifiesto por el expropiado en el escrito de aclaración indicando que se había incurrido en error al calcular los intereses devengados por el justiprecio, fue acogida por la Sala de Instancia

haciendo la modificación correspondiente en uso de la facultad que le concede el art. 363 de la L. E. Civ., sin que con ello incidiera en incongruencia, ni produjera indefensión a la parte contraria —la Administración—, ni infringiera el principio de invariabilidad de las sentencias consagrado en el expresado precepto, por cuanto no se puede sostener en sana crítica que la rectificación de un error de cálculo aritmético constituya una verdadera variación de la sentencia, ya que son subsanables las equivocaciones materiales sin afectar la sustancia de dichas resoluciones judiciales, según antigua y conocida doctrina jurisprudencial, y en este caso la corrección del error era una consecuencia lógica de los razonamientos de la sentencia que se llevaba a cabo con una simple operación de restar sin alterar las fechas inicial y final del cómputo, que constituían los datos esenciales para establecer la cuantía del interés legal, por lo que es procedente desestimar el recurso de apelación, al no haberse infringido el art. 363 del Ordenamiento Procesal Civil invocado.

2.5. Caducidad del procedimiento

PRESENTACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LA DEMANDA. DOCTRINA GENERAL SOBRE CADUCIDAD DEL RECURSO, SOBRE IMPROPRIOGABILIDAD DE LOS PLAZOS Y SOBRE EXCEPCIONES.

A. 12 junio 1980 (Sala 4.ª) (RA 3186)

La presentación fuera de plazo de la demanda en el recurso contencioso-administrativo, provoca un Auto de la Audiencia Nacional, que acordó tener por caducado el recurso interpuesto por el I.N.P. Apelado el Auto, el T. S. lo confirma, declarando no haber lugar al recurso.

CONSIDERANDO: Que expresamente el núm. 2.º del art. 67 de la Ley Jurisdiccional dispone, que si la demanda no se hubiese presentado en el

plazo concedido para ello, se declare de oficio caducado el curso del procedimiento, pues la extemporánea presentación de la demanda es causa de caducidad del recurso interpuesto y sin que produzca los efectos del transcurso del plazo previsto para realizar otros actos procesales, porque, dada la trascendencia que reviste la demanda, en cuanto contiene la pretensión que se deduce y es el escrito constituyente del proceso, resulta la inaplicación al transcurso de este plazo de la excepción establecida en el art. 121 de dicha ley reguladora de esta Jurisdicción, y la cual es doctrina acogida por la Jurisprudencia entre otras resoluciones del Tribunal Supremo, en las SS. de 18 octubre 1965 y 10 abril 1972, según las que la no presentación de la demanda en el plazo legal para ello establecido, dará lugar a la caducidad del proceso.

CONSIDERANDO: Que en vista de lo expuesto carece de eficacia la principal motivación que es aducida por la parte apelante en apoyo del presente recurso, de que habiendo de interpretarse las normas no sólo en su sentido literal sino también en relación con su contexto y fundamentalmente teniendo en cuenta su espíritu y finalidad, resulta que entonces al poner el art. 67 en relación con el art. 121, ambos de la Ley Jurisdiccional, podría, en ese caso, admitirse la demanda hasta la fecha en que se declaró caducado el plazo; mas es preciso reconocer que la aplicación de la excepcionalidad prevista en el citado art. 121 de dicha ley —según el Tribunal Supremo, como declara el Auto de 7 noviembre 1961— se limita sólo a trámites accesorios y secundarios dentro del proceso, pero no en cambio a los plazos de formalización de la demanda, toda vez que con ello se origina no sólo la pérdida de un simple trámite, sino la paralización del propio recurso contencioso, que pierde así toda su actividad y produce, desde luego, su caducidad; puesto que pese a la generalidad con que se establece la normativa del referido

art. 121 de la ley antes citada, la Jurisprudencia ha venido a limitar su aplicación atendiendo a los propios términos del mencionado art. 67, núm. 2.º del propio texto legal, y no solamente a plazos exclusivamente procesales con el fin de realizar actos en un procedimiento existente y ya iniciado, sino también aun dentro de este último ha excluido algunos plazos en los cuales una vez transcurridos se tendrá por caducado el derecho y por perdido el trámite, sin posibilidad por tanto de excepcionar en cuanto a ellos el principio general de su improrrogabilidad, por conferir de este modo plena autonomía a la institución de la caducidad del recurso contencioso administrativo.

Véanse, entre otras, SS. 18 octubre 1965 (RA 5179) y 10 abril 1972 (RA 1712).

3. RECURSOS: APELACION

EFFECTOS PROCESALES DE LA FALTA DE ESCRITO DE ALEGACIONES, EN ORDEN AL RECURSO DE APELACIÓN PLANTEADO.

S. 8 mayo 1980 (Sala 5.ª) (RA 1745)

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra acuerdo de un Juzgado Provincial de Expropiación Forzosa, la Sala de la Audiencia dictó sentencia desestimándolo, por estimar ajustados a derecho los criterios de valoración de aquél en orden a la fijación del justiprecio. Recurrída la sentencia en apelación, el T. S. desestima el recurso, confirmando la sentencia, después de analizar y pronunciarse sobre el problema procesal que se plantea.

CONSIDERANDO: Que el no haber presentado la parte apelante escrito de alegaciones, pues no lo es ni en el fondo, al no contener alguna, ni en la forma al carecer de firma de letrado, no constituye un desistimiento de su apelación, como pretende la parte apelada y expropiada, pues de las disposiciones del art. 100 de la Ley Jurisdic-

cional y concretamente de su núm. 6, que se remite en la tramitación de la apelación a las normas de la primera instancia, no resulta que pueda darse el desistimiento tácito, y en cuanto a la caducidad, sólo la contempla el número 2 del art. 67, referida a la demanda, que no es el caso presente, por lo que la única consecuencia de esa falta de presentación de alegaciones, es la pérdida del derecho a formularlas, pero ha de dictarse sentencia, examinando si la apelada lo ha sido de conformidad con los hechos acreditados y el derecho aplicable a los puntos controvertidos.

NULIDAD DE ACTUACIONES POR OMISIÓN DEL DICTAMEN PRECEPTIVO DEL CONSEJO DE ESTADO.

S. 21 mayo 1980 (Sala 3.ª) (RA 1869)

Recurrida en apelación la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, el T. S. estima la apelación interpuesta, revoca la sentencia y anula los acuerdos de la Subsecretaría de Economía Financiera, así como todas las que le precedieron, reponiendo las actuaciones al momento en que debió solicitarse dictamen preceptivo del Consejo de Estado, en relación con la autorización para ejercitar el derecho de elección de nueva moneda para el nuevo periodo de intereses.

CONSIDERANDO: Que dada la naturaleza administrativa del contrato principal de concesión de la autopista y el carácter instrumental de los de aval, previstos en aquél para garantizar recursos ajenos procedentes del mercado exterior de capitales, cualquiera que sea la forma jurídica del préstamo, en tanto que los fondos se destinarán a financiar gastos en moneda española a realizar en España, resulten acreditadas las circunstancias y requisitos establecidos en el art. 3, a) de la L. Const.-Adm. y en los precitados 16 y 17 de la Ley de Consejo de

Estado, determinantes de la competencia de esta Jurisdicción para conocer de la cuestión y de la necesidad de que, previamente, sea dictaminado el expediente administrativo por dicho Alto Organismo consultivo, subsanándose así la falta de ese esencial requisito, cuyo origen y naturaleza le otorgan valor fundamental como garantía del acierto jurídico de las decisiones administrativas y no como pura formalidad que fuere posible sustituir o eliminar, según viene reiterando este Tribunal Supremo últimamente, procediendo, por tanto, dar lugar a la pretensión de anulación de actuaciones formulada por la Sociedad apelante, sin entrar a conocer sobre la cuestión de fondo, que habrá de ser examinada y resuelta nuevamente por la Administración una vez que el defecto procesal quede subsanado en las actuaciones administrativas.

Véanse, entre otras, SS. 11 marzo 1978 (RA 1032), 13 mayo 1978 (RA 1761), 5 julio 1978 (RA 2584) y 6 junio 1979 (RA 2320).

ASUNTOS EXCEPTUADOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.—DOCTRINA GENERAL SOBRE LA REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LA DESVIACIÓN DE PODER.

S. 20 junio 1980 (Sala 4.ª) (RA 3326)

En un procedimiento para la adjudicación de plazas en una Ciudad Sanitaria de la Seguridad Social, la Delegación General del I. N. P. dicta resolución por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por el recurrente contra resolución anterior del propio organismo. Recurrido en alzada el acto administrativo correspondiente, la Dirección General de la Seguridad Social dictó resolución, desestimatoria asimismo del recurso de alzada interpuesto. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala de la Audiencia Territorial dicta sentencia desestimándolo; y promovida finalmente apelación, el T. S. la desestima, confirmando la sentencia impugnada.

CONSIDERANDO: Que en el recurso al que puso fin la sentencia dictada por esta Sala el 16 mayo 1977, se impugnó el concurso para la provisión de plazas de facultativos de la Seguridad Social, convocado el 17 noviembre 1972 por la Delegación General del Instituto Nacional de Previsión, en cuanto a la designación del Jefe de Sección de "Rehabilitación-Reumatología" de la Ciudad Sanitaria Francisco Franco de Barcelona, que es precisamente el nombramiento que también se pretende anular en el proceso que pende de esta apelación.

CONSIDERANDO: Que por consiguiente, entre ambos litigios se dan no sólo las identidades subjetiva y objetiva que, conforme al art. 102, 1, b) de la Ley Jurisdiccional, bastan para justificar la revisión de sentencias contradictorias con el designio de conseguir la unidad de doctrina que requieren los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la Ley, sino que incluso se refieren al mismo acto administrativo como exigía la jurisprudencia interpretadora del texto de dicho precepto anterior a su reforma; siendo lógica secuela de tal coincidencia que en esta resolución se reiteren los sentados en la precedente, en la que se estimó que se debatía una cuestión personal al servicio de particulares y, por tanto, que el fallo de la Audiencia era inapelable con arreglo al ap. a) del núm. 1 del art. 94 de la Ley repetida según su redacción de 17 marzo 1973, mas, también como en la sentencia mencionada y conforme al párrafo a) del núm. 2 de la expresada norma, la alegación de la desviación de poder determina el examen del recurso, aunque contrayéndolo a esta razón de defensa para evitar que su invocación constituya un medio para eludir las disposiciones restrictivas de la apelación.

4. EJECUCION DE SENTENCIA

SUSPENSIÓN O INEJECUCIÓN DE SENTENCIAS.
IMPROCEDENCIA DE DEMANDA INCIDENTAL
SOBRE INEJECUTABILIDAD

A. 4 junio 1980 (Sala 3.ª) (RA 2428)

La Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Valladolid, dicta Auto repeliendo de oficio la petición de promoción incidental sobre declaración de inejecutabilidad de la Sentencia de la Sala 3.ª del T. S., por no hallarse tal petición en los supuestos que regula el art. 743 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Promovida apelación contra el expresado Auto, el T. S. desestima la apelación interpuesta.

CONSIDERANDO: Que, como reiteradamente tiene declarado este Tribunal en múltiples resoluciones, al quedar firme una sentencia no le es lícito a las partes alterar el procedimiento o salirse del molde procesal de la ejecución para resolver cualquier cuestión que pueda presentarse dentro de los pronunciamientos del Fallo, como tampoco hacer peticiones nuevas, debiendo estarse a los pronunciamientos del Fallo sin acudir a un nuevo recurso, que, de entenderlo de otro modo se llegaría a promover nuevos litigios con lo que se enervaría, si no se anulaba, el carácter de firmeza a las sentencias de esta jurisdicción contencioso-administrativa cuya ejecución sólo cabe reclamar dentro del procedimiento legal de ejecución señalada dentro de la Jey Jurisdiccional señalan la improcedencia de la presentación de este nuevo litigio que implica la demanda incidental presentada en el mes de octubre de 1978, después de haber transcurrido más de dos años de la firmeza del Fallo judicial, con la pretensión de que se declare inejecutable el mismo, al amparo del art. 107 de la Ley Jurisdiccional, pues en esta jurisdicción el proceso de ejecución de las sentencias está encomendado a la propia Administración que dictó el acto, reserván-

dose al Tribunal la misión de adoptar, a instancia de parte, las medidas que sean necesarias para compeler a la Administración a que cumpla lo que se ordena en la ejecutoria ateniéndose a los pronunciamientos que el Fallo de las mismas contenga y a los que sean consecuencia natural de la esencia jurídica de la situación resuelta, no pudiéndose engendrar nuevas controversias sobre el contenido del Fallo como el que se pretende, cuando, como acabamos de ver, por su concreción y alcance, viene bien determinado por su propio contexto, lo que impide pueda ser revisado en el trámite procesal de ejecución con un nuevo juicio, como es el juicio incidental solicitado por la parte codemandada y hoy apelante.

CONSIDERANDO: Que sólo se puede inejecutar una sentencia en los casos y por los trámites marcados en la Ley, pero no fuera de estos casos, siendo uno de los requisitos exigidos para que el Tribunal pueda acordar inejecutable una sentencia no sólo que exista una causa de imposibilidad material o legal de cumplirla, sino, además, que sea la Administración la que adopte la medida excepcional de suspensión o no ejecución, por medio del Abogado del Estado y dentro del plazo de los dos meses que señala el art. 105-1.º de la Ley Jurisdiccional.

5. SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO OBJETO DEL RECURSO

NO SUSPENSIÓN DEL ACTO OBJETO DEL RECURSO, POR NO CONSIDERAR LA EXISTENCIA DE DAÑOS DE GRAVE O IMPOSIBLE REPARACIÓN AL RECURRENTE.

A. 8 abril 1980 (Sala 4.ª) (RA 2301)

En el recurso de apelación promovido por la Sociedad "M. Hoteles, S. A." contra el Auto de la Sala, que declaró no haber lugar a la suspensión del acto administrativo objeto del recurso

(licencia de construcción de una gasolinera o estación de servicio), el T. S. dicta Auto desestimando la apelación interpuesta, confirmando el Auto de la Audiencia y declarando, en consecuencia, la inexistencia de daños gravísimos, que alega la Sociedad recurrente.

CONSIDERANDO: Que en fundamento de dicha pretensión solamente son invocables aquellos daños o perjuicios que hubiesen de lesionar intereses de la parte que solicita la suspensión y, por ello, la primera determinación es la de excluir del debate procesal la alegación que se hace por la recurrente respecto a gravísimos daños e intereses turísticos de la zona que, en la medida en que son ajenos a su esfera patrimonial, no son motivo legítimo que le autorice a solicitar una suspensión que, en relación con el recurrente, está únicamente instrumentada en defensa de intereses propios y, delimitado así el ámbito de la cuestión, es claro que los daños o perjuicios que la instalación y funcionamiento de dicha estación de servicio puede llegar a ocasionar a la explotación del referido hotel son, en caso de producirse, de fácil evaluación

económica, sin que exista prueba ni indicio racional que permita prever que vayan a ocasionarse en cuantía tan desmesurada que no puedan ser satisfechos por quien resulte responsable, sea el Ayuntamiento concedente, sea la entidad beneficiaria, y si a ello se añade que la facultad de suspensión judicial es de naturaleza excepcional al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos; que la ejecución de la licencia concedida no entraña para la sociedad recurrente una onerosidad exorbitante de consecuencias irremediables; que la suspensión sustituiría los posibles e hipotéticos daños que puede sufrir dicha sociedad por los reales y ciertos que se ocasionarían al titular de la licencia, cuya legalidad hay que respetar mientras no recaiga resolución judicial en contrario y que el fundamento de la acción de nulidad de la licencia no es tan patente y notorio que justifique, prejudicialmente, la medida cautelar solicitada, es de todo punto incuestionable que la resolución apelada ha aplicado correctamente el citado art. 122 y en su consecuencia debe ser confirmada sin hacer especial imposición de costas por no concurrir motivos que la justifiquen a tenor de lo dispuesto en el art. 131 de la misma Ley.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

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

SUMARIO:

Autor: JOSÉ ALMAGRO NOSETE.

Sección Recursos de Amparo: 1. Sentencia de 11 de noviembre de 1981 (número 178/1981).—2. Sentencia de 23 de noviembre de 1981 (número 189/1981).

Sección Conflictos Constitucionales: 1. Sentencia de 5 de noviembre de 1981 (número 197/1981).

Autor: PABLO SAAVEDRA GALLO.

Sección Recursos de Inconstitucionalidad: 1. Sentencia de 12 de noviembre de 1981 (número 185/1981).—2. Sentencia de 16 de noviembre de 1981 (número 814/1981).

Sección Cuestiones de Inconstitucionalidad: 1. Sentencia de 10 de noviembre de 1981 (número 48/1981).

SECCION RECURSOS DE AMPARO

1.— NÚM. 178/1981. SALA SEGUNDA. SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1981. MATERIA: IMPOSICIÓN DE SANCIÓN POR MAGISTRATURA DE TRABAJO CONTRARIA AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY SANCIONADORA MENOS FAVORABLE. DESESTIMACIÓN. PONENTE: SR. TRUYOL SERRA.

I.— *No hay aplicación retroactiva de una norma posterior desfavorable.*

No hay aplicación retroactiva de una norma posterior desfavorable, al mantener el magistrado de trabajo las tres sanciones de suspensión de empleo y sueldo impuestas por la autoridad administrativa, pues tales sanciones son las previstas por el Estatuto Jurídico del personal médico de la Seguridad

Social en su grado mínimo. Es bien cierto que la interdicción en el Estatuto de los Trabajadores de las sanciones consistentes en pérdidas de haberes, consideradas precisamente más severas en términos objetivos que las de suspensión de empleo y sueldo, puede implicar desde el punto de vista subjetivo un endurecimiento del régimen sancionador existente, pero ese efecto más desfavorable de la norma posterior sólo se produciría cuando, a consecuencia de ella, se hubiera sustituido por la sanción de suspensión de empleo y sueldo una anterior de pérdida de haberes, lo que manifiestamente, no es aquí el caso, teniendo por tanto el carácter de simple "obiter dictum", la referencia que el magistrado de trabajo hace en su sentencia a la supresión de las sanciones de esa naturaleza.

II.— *La aplicación retroactiva favoreció, en todo caso, al recurrente.*

La única aplicación retroactiva del Estatuto de los Trabajadores es, en consecuencia, la que se ha hecho para sustituir la única de las sanciones impuestas que resultaba incompatible con él. Tal sustitución no se ha hecho, sin embargo, agravando la sanción, sino, por el contrario, imponiendo a una falta calificada de grave una sanción, la de amonestación, puesta sólo para faltas leves.

2.— NÚM. 189/1981. SALA SEGUNDA. SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1981. MATERIA: NULIDAD DE DESPIDOS POR INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL. ESTIMACIÓN. PONENTE: SR. AROZAMENA SIERRA.

I.— *Presupuestos del amparo.*

La demanda se funda en la nulidad de despido por infracción constitucional de los arts. (sustancialmente) 14 y 28 de la C. (vicios de nulidad absoluta). La nulidad de los despidos se basa no en que éstos sean nulos por incumplimiento de requisitos formales, sino por violación de derechos constitucionales, por lo que la nulidad debe producir la readmisión sin opción indemnizatoria tasada (los trabajadores que se presentaron como candidatos a representantes sindicales, fueron despedidos al siguiente día por necesidades económicas sin que conste si la empresa conocía o no el acuerdo de la Mesa de proclamación de candidato. La demanda considera que los despidos tienen carácter discriminatorio (art. 14 de la C.) y atentan a la libertad sindical. Los recurrentes, por tanto, no están conformes con la sentencia de la Magistratura de Trabajo, que considera nulos los despidos por incumplimiento de requisitos formales.

II.— *Posición del M.F. en cuanto a la interpretación del art. 44,b) de la L.O.T.C. en relación con los hechos probados en la sentencia laboral.*

El M. F. mantiene que como la sentencia de la jurisdicción ordinaria establece que no consta que la empresa tuviera conocimiento del hecho de que se hubieran presentado a candidatos para la representación sindical los despedidos, debe llegarse a la conclusión de que excede del marco del proceso

constitucional cualquier intento de reconducir el análisis de los elementos probatorios incorporados al proceso para posibilitar una base fáctica que fuese discrepante de la resultancia judicial de los hechos probados.

III.— *Valor de las resultancias probatorias.*

La primera de las cuestiones aludida por al Magistrado de trabajo y decidida pronto acudiendo a lo que entendió como reglas del "onus probandi" es la de si estamos en presencia de un despido causal encubierto en injerencias patronales vulneradoras de la libertad sindical. Confrontando el Magistrado las alegaciones de las partes y apreciando las pruebas llegó a la conclusión de que la invocada discriminación, violadora de la libertad sindical, no había sido probada, por lo que entendiendo que cada afirmación de los actores a ellos incumbía la prueba, desechó el indicado motivo central de la demanda y resolvió el litigio configurándolo como despido nulo con nulidad originada por el incumplimiento de requisitos formales. El "factum" del texto judicial no incorpora una negativa del carácter discriminatorio del despido, pues su conclusión es que este punto no había quedado probado. Cualquiera que sea la valoración de la prueba y lo que pueda decirse acerca del juego de los criterios apreciativos en aquellas materias que ofrecen dificultades probatorias, como es seguramente, la que nos ocupa, es lo cierto que el Magistrado resolvió este punto acudiendo a los principios comunes sobre el reparto de la carga de la prueba, desechando tanto posibles correcciones justificadas por dificultades probatorias, como soluciones que con incidencia en las reglas del "onus probandi" justifican una traslación de esta carga. La prueba de las manifestadas causas de despido hubiera rebatido el alegato de discriminación, mas al quedar aquéllas improbadas adquiere relevancia la acusada causa oculta. Si la discriminación no pasa de ser alegación de parte sujeta a las reglas del onus probandi", sin corrección alguna, y sin que opere aquí una traslación de la carga de la prueba, el obligado respeto al factum" con exclusión de toda censura, dejaría zanjada la cuestión en el sentido decidido por el Magistrado de Trabajo.

COMENTARIO

Ya habíamos advertido sobre la multiplicidad de problemas que originaría la adecuada interpretación del art. 44 de la L.O.T.C. b) (con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso...). No creo, sin embargo, que el camino para afrontarlos sea el seguido por esta sentencia que incurre, aunque se hagan protestas en otro sentido, en consideraciones sobre cómo debería haberse repartido la carga de la prueba por la jurisdicción ordinaria. Es preferible encarar este tema desde la perspectiva de la independencia de ambos poderes y por tanto desde la necesidad de tener libertad para el establecimiento de los supuestos de hecho constitucionales y de la adecuación a éstos de los elementos de hecho configuradores de aquéllos, interpretando el precepto de la L.O.T.C. más como una razón de separación que como un motivo de confluencias.

SECCION CONFLICTOS CONSTITUCIONALES

1. — NÚM. 197/81. SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1981. MATERIA: ANULACIÓN DEL R. D. 405/1981 QUE GARANTIZA EL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO PÚBLICO FERROCARRIL METROPOLITANO. ESTIMACIÓN. PONENTE: SR. AROZAMENA SIERRA.

I. — *Vía previa al planteamiento del conflicto.*

El Consejo Ejecutivo de la Generalidad (órgano ejecutivo superior de una Comunidad Autónoma; art. 63.1 L.O.T.C.) requirió al Gobierno de la Nación ("requerirá a ése para que sea derogada la disposición o anulada la resolución del acto en cuestión"; art. 63.1) para que anulara el R.D. 450/1981, por entender que no respeta el orden de competencias establecido en la C. y en el Estatuto de Cataluña ("el requerimiento de incompetencia..."; art. 63.2). El Ministro de la Presidencia comunicó al Presidente de la Generalidad la decisión del Gobierno, de no atender al requerimiento por no entenderlo fundado ("el órgano requerido... si no estimara fundado el requerimiento"; art. 63.4).

II. — *Formalización del conflicto.*

Dentro del mes siguiente a la notificación del rechazo del requerimiento el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, representado por su abogado, planteó conflicto (art. 63.5), certificando el cumplimiento infructuoso del trámite de requerimiento. En el escrito de planteamiento (la demanda, se dice más adelante) se solicita sentencia declarando que la titularidad de la competencia controvertida corresponde a la Generalidad de Cataluña, anulando consecuencia del R.D. dicho (art. 66).

III. — *Iter procedimental.*

El T.C. tuvo por planteado el conflicto positivo de competencia y acordó comunicarlo al Gobierno para que formulara alegaciones en el plazo de veinte días (art. 64.1) y al mismo tiempo acordó que se anunciara en el B.O.E. para general conocimiento (art. 64.4) e igualmente comunicarlo al T.S. (art. 61.2). Compareció el Gobierno por medio del Abogado del Estado formulando las alegaciones de oposición al conflicto.

COMENTARIO

La comunicación al T.S. supone que existía una impugnación pendiente ante la jurisdicción ordinaria sobre la misma disposición. Tiene por fin, esta comunicación, la suspensión del curso del proceso hasta la decisión del conflicto constitucional. El tema litigioso,

planteado desde la vertiente jurídico-constitucional, se convierte en prejudicial y excluyente de cualquier otro conocimiento. No se dice en los antecedentes quién promovió el recurso contencioso-administrativo ni su alcance. Con posterioridad, las cuestiones sobre legitimación en materia contencioso-administrativa han sido resueltas por Ley 34/1981 de 5 de octubre, que atribuye legitimación a la Administración del Estado para recurrir las disposiciones generales y actos emanados de la Administración de las Comunidades Autónomas y entidades sujetas a la tutela de éstas. Asimismo, las Comunidades Autónomas pueden impugnar las disposiciones de carácter general, que, dictadas por la Administración del Estado, afecten a su ámbito de autonomía. La nota diferencial entre los objetos del proceso constitucional y del proceso contencioso-administrativo, viene dada —aunque no se diga— por el distinto nivel de la infracción; en lo contencioso-administrativo, infracción de la legalidad; en lo constitucional, infracción de la constitucionalidad, no sólo por la ley, sino por cualquier disposición o acto contrario a la Constitución.

IV. — *Objeto el conflicto.*

1. *Reglas de fondo para la resolución del conflicto.* — La mención que hace el art. 62 de la L.O.T.C. no se empaña aquí con las referencias a otros instrumentos legales que (arts. 63, 67 de la misma L.O.T.C.) amplían la lista de las leyes definidoras de competencia, porque sólo la C. española (art. 149.1, 1.º y 7.º) y el Estatuto de Cataluña (arts. 11.2 y 25.2) contienen las reglas materiales de las que ha de colegirse si el Gobierno, y en ejecución de las decisiones adoptadas por el mismo el Gobernador civil de Barcelona, ostenta el poder de restringir el ejercicio del derecho de huelga...

2. *El deslinde competencial se plantea en el terreno de las competencias ejecutivas, no de las legislativas.* — Para el Gobierno las competencias ejecutivas atribuidas a la Comunidad Autónoma son las de producción de actos administrativos en su significación diferenciada de los reglamentos, mientras que la Generalidad entiende con paralelas facultades competencias y servicios que en este ámbito y a nivel de ejecución ejerce el Gobierno. La cuestión, siendo trascendente, no es de indispensable respuesta para dar solución al conflicto, pues por un lado, y esto tiene un carácter principal, la regulación del derecho de huelga, y dentro de él, lo atinente a las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios, ha de hacerse por ley. Sin embargo, la finalidad de este R.D. no fue integrar el ordenamiento jurídico definiendo por vía reglamentaria servicios esenciales y garantías precisas. Se trata de un acto aplicativo y no de ejercicio de potestades reglamentarias ... por lo que desde este aspecto se comprende el R.D. en el marco de la ejecución y no en el de la legislación.

V. — *Alcalce del fallo.*

Se declara la titularidad de la competencia controvertida en favor del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña. No se accede al pedimento de anulación por el carácter impreciso del mismo.

SECCION RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

- 1.— NÚM. 185/1981. PLENO DEL TRIBUNAL. SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1981. MATERIA: INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO NÚM. 2/1981 DE 12 DE FEBRERO SOBRE RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DE INVIOABILIDAD E INMUNIDAD DE LOS MIEMBROS DEL PARLAMENTO VASCO. ESTIMACIÓN PARCIAL DEL RECURSO. PONENTE: D. MANUEL DÍEZ DE VELASCO VALLEJO.

I.— *El Pleno del Tribunal acordó comunicar a los Presidentes del Parlamento y Gobierno vascos la suspensión de la vigencia y aplicación de la ley recurrida, producida desde la fecha de su impugnación al invocar el recurrente los arts. 161.2 de la Constitución y 30 de la L.O.T.C.*

II.— *Los niveles de inmunidad conferidos a los parlamentarios vascos por su Estatuto de Autonomía, inferiores de los que gozan los diputados y senadores de las Cortes Generales del Estado, sólo pueden modificarse mediante la reforma de la mencionada norma «institucional básica», efectuada por los cauces previstos en el artículo 147.3 de nuestra Norma Primaria, también reflejados en el Estatuto del País Vasco (arts. 46 y 47).*

“La Constitución guarda silencio..., sobre la inviolabilidad e inmunidad de los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. A falta de tal regulación han sido los Estatutos, en “cuanto norma institucional básica” de la Comunidad Autónoma —artículo 147, núm. 1, de la Constitución—, el lugar adecuado para regular el “status” de los parlamentarios... el Estatuto del País Vasco, en su art. 26, núm. 6..., fija el sistema legal en orden a la inviolabilidad e inmunidad de los miembros de su Parlamento.”

“Es de señalar que la Ley 2/1981 impugnada modifica, sustancialmente, el sistema sancionado en el Estatuto de Autonomía del País Vasco en la parte relativa a la inmunidad de los miembros del Parlamento de dicha Comunidad Autónoma. En efecto, mientras que el Estatuto referido garantiza exclusivamente en relación con el “status” de tales parlamentarios que “no podrán ser detenidos ni retenidos sino en caso de flagrante delito” —art. 26, núm. 6, párrafo segundo—, lo que supone el reconocimiento de una inmunidad parcial o limitada en relación con los actos delictivos cometidos por aquéllos, la Ley 2/1981 amplía esa prerrogativa, de manera que la convierte en una inmunidad plena o completa, ya que, según su art. 2.º, núm. 1, los miembros del Parlamento Vasco “no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización del Parlamento Vasco.”

“Tal ampliación de la inmunidad por una Ley de la Comunidad Autónoma Vasca supone la modificación del Estatuto de Autonomía —que constituye “su norma institucional básica”, tal como establecen el art. 147, núm. 1, de la Cons-

titución y el art. 1.º de la Ley Orgánica 3/1979, por la que se aprueba el mencionado Estatuto— por un cauce distinto del previsto tanto en la Constitución de 1978 —art. 147, núm. 3— como en el propio Estatuto de Autonomía del País Vasco de 1979 —arts. 46 y 47—. En especial se han obviado en el supuesto que examinamos dos trámites esenciales, concretamente la aprobación de la reforma por las Cortes Generales del Estado mediante Ley Orgánica y el referéndum por los electores del pueblo vasco...”

III.— *El Reglamento del Congreso de los Diputados y el Derecho estatal en general no mantienen, en materia de inmunidad parlamentaria, una relación de supletoriedad con el Ordenamiento Jurídico de las Comunidades Autónomas.*

El preámbulo de la Ley de referencia basa las prescripciones, “que contienen la “inmunidad” y el suplicatorio en particular, en el párrafo último de la disposición transitoria primera del Estatuto de Autonomía en relación con el Reglamento del Congreso de los Diputados —arts. 17 y 18— que se considera supletorio, y en la supletoriedad genérica del Derecho estatal respecto al de las Comunidades Autónomas que se contempla en el art. 149, apartado 3, de la Constitución de 1978”.

La referencia al Reglamento del Congreso de los Diputados “la consideramos fuera de lugar porque dichos artículos desarrollan por vía reglamentaria la aplicación del art. 71, núms. 1, 2 y 3, de la Constitución, que se refieren exclusivamente a los Diputados y Senadores de las Cortes Generales y no a los miembros de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas, sobre los que guarda un significativo silencio. De las prerrogativas de estos últimos se ocupan los Estatutos de Autonomía, y en el del País Vasco concretamente se ha excluido la prerrogativa de la inmunidad propiamente dicha o total”.

“Otro tanto cabe decir de la referencia a la supletoriedad genérica del Derecho estatal a que se refiere el artículo 149, número 3 (final), de la Constitución. En materia de inmunidad no hay laguna que deba ser llenada. Por el contrario, el legislador que elaboró la versión definitiva del Estatuto del País Vasco excluyó claramente del mismo la prerrogativa de “inmunidad total”, así como “el suplicatorio” y, con ello, toda similitud entre lo contenido en el art. 26 del proyecto de Estatuto y el art. 71, núm. 2 de la Constitución, relativo a los miembros de las Cortes Generales.”

IV.— *Los preceptos de las Leyes aprobados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, dentro de su marco competencial, podrán ser declarados inconstitucionales cuando contradigan lo dispuesto en su Estatuto de Autonomía.*

El Pleno del Tribunal entró a enjuiciar la constitucionalidad de la Ley impugnada “partiendo a tal efecto, como preceptúa el art. 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de la Constitución y del Estatuto de Autonomía del País Vasco”.

Concluyendo, que dicha “Ley (es) inconstitucional y antiestatutaria, calificación esta última que, en realidad, queda comprendida en la anterior con base en lo dispuesto en el art. 161, núm. 1, a), de la Constitución y en los arts. 27, 28, núm. 1, y 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”.

COMENTARIO

No es la primera vez que el T. C., de acuerdo con lo previsto en el art. 28.1 de la L.O.T.C., incluye normas estatutarias dentro del marco normativo que sirve de referencia para el enjuiciamiento de la legitimidad constitucional de las leyes (vide sentencia de 28 de julio de 1981), estableciéndose así un cierto paralelismo con el contenido de las sentencias del Tribunal de Garantías Constitucionales de 5 y 27 de noviembre de 1934 en las que, amparándose en el art. 29.2 de su Ley Orgánica (sancionada el 14 de junio de 1933), estimó la inconstitucionalidad de leyes regionales por contravenir las disposiciones de su Estatuto.

Antes o después el T. C. deberá pronunciarse sobre una cuestión que queda pendiente: ¿Es extensivo este acertado criterio jurisprudencial, de tomar en consideración los preceptos estatutarios al enjuiciar la constitucionalidad de las leyes, a las demás «normas interpuestas», entendiendo por éstas las leyes de carácter orgánico u ordinario a las que la Constitución remite su contenido?

2. — NÚM. 814/1981. PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1981. MATERIA: INCONSTITUCIONALIDAD DE VARIOS PRECEPTOS DE LA LEY DEL PARLAMENTO VASCO 3/1981, DE 12 DE FEBRERO, SOBRE CENTROS DE CONTRATACIÓN DE CARGAS DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS. ESTIMACIÓN PARCIAL DEL RECURSO. PONENTE: D. FRANCISCO RUBIO LLORENTE.

No advertimos en la presente sentencia cuestiones de interés procesal, por lo que nos limitamos a su registro.

SECCION CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. — NÚM. 48/1981. PLENO DEL TRIBUNAL. SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1981. MATERIA: INCONSTITUCIONALIDAD DE UN PRECEPTO DEL TEXTO DE LA LEY DE DERECHOS PASIVOS DE FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN CIVIL DEL ESTADO, APROBADO POR DECRETO 1.120/1966, DE 21 DE ABRIL. ESTIMACIÓN DE LA CUESTIÓN. PONENTE: D. RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT.

I. — *La Sala Primera el T. C. al estimar, en sentencia resolutoria de recurso de amparo, que un precepto de la ley aplicada vulnera derechos constitucionalmente proclamados, acordó elevar cuestión de inconstitucionalidad al Pleno, a tenor de lo dispuesto en el artículo 55.2 de la L.O.T.C.*

“En 6 de abril de 1981 (B.O.E. del 14) la Sala Primera del Tribunal Constitucional dictó sentencia por la que se acordó estimar el recurso de amparo (núm. 47/80)... al entender que la ley aplicada lesionaba derechos fundamentales amparados por el art. 14 de la Constitución. En concreto la disposición contemplada era el art. 28, núm. 2, última parte...”

“En 10 de abril de 1981 la Sala Primera acuerda elevar la cuestión al Pleno al objeto de que pueda, si lo considera conveniente declarar la inconstitucionalidad del mencionado precepto en una nueva sentencia, con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.”

COMENTARIO

Al comentar la sentencia estimatoria del recurso de amparo número 47/80, origen de la presente cuestión de inconstitucionalidad, tan sólo alcanzamos a suponer, pues nada se deducía de los antecedentes, que la Sala Primera haciendo uso de las facultades conferidas por el art. 55.2 de la L.O.T.C. habría planteado la cuestión ante el Pleno del Tribunal (vide núm. 1 de «Justicia 82»), hipótesis que se corrobora en la sentencia que reseñamos.

II. — *La competencia objetiva de las Salas, cuando la sentencia estimatoria de un recurso de amparo deba basarse en la violación por la Ley aplicada de derechos fundamentales o libertades públicas,*

sólo alcanza al caso concreto, pues únicamente el Pleno tiene «plenitud de jurisdicción» para examinar la licitud constitucional de las leyes.

“La resolución de los recursos de amparo es una competencia de las Salas, que no aparece limitada en el supuesto de que la sentencia haya de fundarse en que la ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas. Lo que sucede es que el juicio de la Sala se circunscribe al caso concreto planteado, por lo que su conocimiento sobre la constitucionalidad de la ley es meramente instrumental y no produce los efectos generales previstos en el art. 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional..., sin que su parecer tenga valor de cosa juzgada a los efectos de impedir el posterior enjuiciamiento por el Pleno, con plenitud de jurisdicción. En términos procesales, nos encontramos, pues, ante una cuestión previa de carácter constitucional de la que puede entender la Sala con el alcance indicado, si bien ha de elevar la cuestión al Pleno, que es el órgano competente para decidir acerca de la constitucionalidad de la ley, con efectos “erga omnes”, de acuerdo con los artículos 10, a) y 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.”

COMENTARIO

Suscita el apartado que hemos recogido de la sentencia de referencia un tema de gran dificultad, cuya resolución no ha sido aún desarrollada en su totalidad por el Tribunal y en el que están implicados aspectos del recurso de amparo y de la cuestión de inconstitucionalidad, motivos por los cuales nos limitamos a su planteamiento: ¿Al estimar una Sala un recurso de amparo «porque la ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas» está declarando la inconstitucionalidad de la norma legal al caso concreto (sin perjuicio de que posteriormente el Pleno, por vía de cuestión de inconstitucionalidad le otorgue efectos generales) o únicamente sostiene que la interpretación dada en la aplicación concreta es inconstitucional (con la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad de la Ley aplicada ante el Pleno)? Encadenada con esta primera cuestión surge otra: «Debemos considerar al recurso de amparo en el que se estima la lesión de un derecho fundamental o libertad pública producida por un acto de aplicación de una ley, como una cuestión previa al proceso por razón de la inconstitucionalidad de las leyes denominado cuestión de inconstitucionalidad, o sus conexiones son las mismas que existen, salvando las distancias, entre un proceso ordinario (en el que surge la duda sobre la constitucionalidad de la ley aplicada) y el mencionado proceso constitucional?»

III. — *Es admisible la cuestión de inconstitucionalidad que verse sobre derecho preconstitucional.*

Al tratarse de un supuesto de “inconstitucionalidad sobrevenida... el Tribunal se remite a la doctrina contenida en sus sentencias de 2 de febrero de 1981..., 8 de abril de 1981..., 1 de junio de 1981...”.

Incidentalmente el magistrado señor Rubio Llorente, al formular un voto particular, del que daremos cuenta en el siguiente apartado, manifiesta lo siguiente: “La cuestión de inconstitucionalidad se plantea a partir de un concepto, el de inconstitucionalidad sobrevenida, con el que ya en su día expuse mi desacuerdo por razones que sería impropio repetir ahora; baste con indicar que las consecuencias a que tal concepto ha llevado en la Sentencia de 6 de abril de 1981..., en donde se origina la cuestión presente, no han hecho sino reafirmar mi convicción”.

IV. — *Estimó el Tribunal que la declaración de inconstitucionalidad del precepto impugnado no es extensiva, por conexión o consecuencia, a otras normas del texto legal al que pertenece.*

“La declaración de inconstitucionalidad del art. 28, núm. 2, última parte, del texto refundido no conduce..., a que debamos entrar en el examen, por conexión o consecuencia, del art. 28, núm. 1, a efectos de su posible declaración de nulidad, dado que se trata de situaciones distintas con peculiaridades específicas. Lo único procedente, a la vista de las manifestaciones del Ministerio Fiscal, es aclarar su alcance en el sentido de que no comprende el supuesto del número 2...”.

DEL VOTO DE LA MAYORIA DISINTIO EL MAGISTRADO SR. RUBIO LLORENTE.

“La norma a considerar ha debido ser, ..., no la contenida en el art. 28.2, sino la genérica contenida en el art. 28.1, y ello no por uso de la facultad que el art. 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional da a este Tribunal para extender la declaración de invalidez de un precepto a otro de la misma ley por vía de conexión o consecuencia, sino por exigencia lógica, por la simple razón de que el apartado 2 del art. 28 no hace sino aplicar el principio general del apartado 1 a supuestos concretos, pero de idéntica naturaleza.”

COMENTARIO

No constituye el objetivo de esta sección, según tenemos manifestado, considerar los aspectos sustantivos de las sentencias constitucionales, en consecuencia aceptamos la posición adoptada por la mayoría de los magistrados, al entender que el segundo inciso de la norma en cuestión no es consecuencia ni está conectado con el primero, sin entrar a dilucidar aspectos de fondo.

No podemos compartir, en cambio, la tesis patrocinada por el voto disconforme, porque al pretender ampliar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad a un precepto distinto al impugnado, basándose en razones de «exigencia lógica» y desplazando la incidencia en este punto del art. 39,1 de la L.O.T.C., se vulnera el principio de congruencia, que impone una necesaria correlación entre las pretensiones y el contenido dispositivo de la sentencia, excluyendo la posibilidad de fallar sobre temas no litigiosos. Sin que quepa considerar a la facultad de extender los efectos anulatorios de la declaración de inconstitucionalidad a preceptos no impugnados como una excepción al mismo, sino que es una consecuencia de la adaptación de tal principio a la naturaleza especial del proceso por razón de la ilegitimidad constitucional de las leyes, que requiere, en muchas ocasiones, pronunciamientos accesorios del principal.

JURISPRUDENCIA

EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA CONSTITUCION
Selección de resoluciones en materia procesal (1979-1980)

BLANCA PASTOR BORGONÓN
Profesora Ayudante de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

1. Artículo 24 de la Constitución (tutela jurisdiccional, presunción de inocencia y principio de contradicción).— 2. Artículo 26 (tribunales de honor).— 3. Artículo 53 (tutela de libertades y derechos fundamentales).— 4. Artículo 117 (jurisdicción militar).

Se ofrece, en las páginas que siguen, una selección de resoluciones jurisdiccionales del Tribunal Supremo, en las que, en materia procesal, éste aplica directamente la Constitución durante los años 1979 y 1980. Además de las aquí reseñadas, existen otras en las que, de pasada y accidentalmente, se cita la Constitución, aunque sin realizar en ellas esa aplicación directa a que nos referimos.

Cuando iniciamos esta selección, pensábamos encontrar un número muy superior de resoluciones, porque teníamos la esperanza de que el Tribunal Supremo se hubiera mostrado sensible al cambio profundo que en el Ordenamiento jurídico produjo la promulgación de la Constitución. Esta esperanza se ha visto, en buena medida, defraudada. A ello hay que añadir que en alguna resolución (caso por ejemplo de la S. de 24 de septiembre de 1980, Sala 5.ª) parece insistirse en el viejo tópico del carácter programático de la norma fundamental y se olvida que la Disposición derogatoria 3 de la Constitución significó la desaparición pura y simple de todas las disposiciones contrarias a ella. Justo es reconocer, también, que no faltan resoluciones ejemplares (como la S. de 27 de junio de 1980, Sala 3.ª).

Las resoluciones están aquí. El lector juzgará.

1. ARTICULO 24**CORRECTO USO DE LA TUTELA JURISDICCIONAL.**

S. de 30 mayo 1980. CRIM (Sala 2.ª) (RA 2158)

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la acusación particular, contra la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial, por no concurrir en el caso los requisitos que desarrollan como constitutivos de una estafa procesal (doctrina que limita el derecho a acudir a los tribunales reconocido por el art. 24 de la Constitución).

CONSIDERANDO: Que es principio fundamental de Derecho que toda persona puede ejercitar ante los Tribunales las acciones que la Ley otorgue para la defensa de su derecho, principio consagrado por la Constitución vigente, que en su art. 24 establece que, "todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión", sin que ese derecho tenga otra limitación que la señalada por la jurisprudencia de esta Sala, que, en S. de 12 noviembre 1975, declaró no ser moral ni lícito ni permisible en el Ordenamiento del Estado de Derecho utilizar un proceso administrativo, civil o laboral para con plena conciencia de la falta de razón de lo que se postula, obtener una resolución favorable que lleve consigo un perjuicio defraudatorio para el demandado.

CONSIDERANDO: Que sigue declarando esta misma doctrina jurisprudencial que no resulta jurídicamente superflua la concepción y apreciación de la estafa procesal como resultado de actuaciones seguidas ante Jurisdicciones diversas, pues aunque no sea en principio admisible la idoneidad abstracta del proceso como medio de configurarla, sí cabe y es posible admitir

su idoneidad concreta, cuando las maniobras preparatorias del mismo y las torticeramente empleadas en su tramitación y desarrollo, presentan un grado de verosimilitud suficiente para engañar, hacer ineficaces los medios de control del Organismo jurisdiccional y determinar que el juzgador sea razonablemente persuadido a pronunciar una decisión así predeterminada, de la que sobreviene un perjuicio económico para el demandado con equivalente y correlativo beneficio del actor, como reiteradamente ha venido declarando la más moderna doctrina de esta Sala, de las que son claramente significativas las SS. de 10 marzo 1960, 3 octubre 1967, 7 octubre 1972, 2 octubre 1974, 12 noviembre 1975, 19 abril 1976 y 25 octubre 1978.

ALCANCE DE LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES (art. 24) Y EJERCICIO DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL (art. 117, 3).

S. de 24 septiembre 1980. CONT-ADM (Sala 5.ª) (RA 3278)

Se interpose recurso contencioso-administrativo contra una resolución del Consejo Superior de la Armada sobre clasificación para el ascenso, alegando que la Ley de 5 de diciembre de 1968, que dispone que contra el contenido de este tipo de actos del Consejo no se dará recurso alguno, ha sido derogada en este punto por el art. 24 de la Constitución.

CONSIDERANDO: Que en el presente recurso se impugna la clasificación efectuada al recurrente, Coronel de Infantería de Marina, por los acuerdos del Consejo Superior de la Armada de 31 mayo y 15 septiembre 1978, resoluciones en las que fue declarado "elegible" con el núm. 6 entre los nueve Coroneles clasificados; en sus alegaciones pretende que el párr. 2.º de la disp. adic. 3.ª de la Ley 78/68, que dispone que contra las resoluciones del Consejo Superior de la Armada no se dará recurso alguno, incluso el Con-

tencioso-Administrativo, con la única excepción de que se aleguen defectos de procedimiento, ha quedado derogada por el art. 24 de la Constitución, y puede entrarse también a decidir sobre el fondo del asunto, o sea, sobre la calificación efectuada, y realizarse la procedente por el Tribunal; pero, aparte de que tal disposición constitucional es una declaración de derechos, y no expresa la forma y medios en que tales derechos han de ser protegidos por los Tribunales, el párrafo 3 del art. 117 de la misma Constitución, establece que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan", lo que lleva a que la extensión de la competencia ha de ser fijada por éstas, sin que haya quedado derogada ni la disposición citada, ni el art. 40 de la Ley de esta jurisdicción, pero además de lo expuesto el suplico de la demanda pide se declare la nulidad de todo lo actuado en el expediente de clasificación del actor, y su nueva clasificación como elegible, por la Administración, en el lugar que por justicia le corresponde, por lo que declarar sobre la clasificación que le es debida, fallar sobre el fondo del asunto, sería una incongruencia, en relación con lo pedido en la demanda, infringiéndose el art. 43 de la Ley Jurisdiccional.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

S. 27 junio 1980. CONT-ADM (Sala 3.ª) (RA 2686)

La Sala 1.ª de lo contencioso-administrativo de Madrid anuló el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Central que desestimaba el recurso de alzada contra el fallo del Tribunal Provincial de Contrabando de Madrid, en base a la falta de pruebas de culpabilidad suficientes. El Tribunal Su-

premo confirma esta sentencia, desarrollando el significado de la presunción de inocencia contenida en el art. 24-2, último de la Constitución, que no ha sido destruida en este caso.

CONSIDERANDO: Que el art. 24-2, inciso último de la Constitución de 27 de diciembre de 1978, declara el derecho de todos los españoles a la presunción de inocencia, declaración que según el art. 53, vincula a todos los poderes públicos, por lo que hay que partir de esta presunción "iuris tantum" de inocencia que, como todas las de su clase, puede ser destruida mediante la prueba en contrario que en este caso concreto será la de la culpabilidad del agente, lo que significa que la falta de prueba de esa culpabilidad equivale a la prueba de inocencia en virtud de la presunción constitucional; y no pueden invertirse los términos y entender que es el inculpado a quien corresponde probar que es inocente, sino que esto debe presumirse siempre, y sólo entender destruida la presunción cuando los órganos encargados de efectuar la correspondiente acusación o la persecución de las infracciones prueben su culpabilidad en forma cierta e inequívoca, puesto que en caso de duda ésta deberá actuar en beneficio del imputado; por ello, por muy hábiles o sofisticados que sean los medios o los procedimientos para realizar las infracciones de contrabando, en virtud de la presunción anteriormente establecida, es preciso llevar al ánimo del Tribunal —cualquiera que sea su naturaleza— la convicción de la realización del hecho criminal y la indicación del culpable, por lo que la prueba que se practique para destruir la presunción de inocencia ha de ir dirigida, primeramente, a convencer al juzgador de la existencia o realización de los hechos delictivos que puedan ser relevantes y, posteriormente, a acreditar que estos hechos fueron realizados por la persona del imputado, para lo cual, pueden emplearse todos los medios de prueba que legalmente se ad-

mitan y que puedan servir para producir en el juzgador ese convencimiento, pero perteneciendo a éste, como facultad indeclinable, la libre valoración de toda la que se practique.

PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.

S. 5 noviembre 1979. CRIM (Sala 2.ª)
(RA 3814)

Luis S. G., que según propia confesión había dado muerte a su esposa, fue procesado por parricidio por el Juzgado núm. 15 de Madrid. La Audiencia Provincial, dado que los dictámenes periciales afirmaban que el procesado padecía una paranoia incurable, y a instancia del Ministerio Fiscal, decretó el sobreseimiento en base al núm. 3 del art. 637 de la LECRIM, ordenando que el procesado debía quedar internado en el Sanatorio Psiquiátrico Penitenciario a perpetuidad. Recurrido el Auto por el procesado, la Sala 2.ª del T. S. lo casó de oficio por vulneración del principio de contradicción procesal, ya que al procesado se le había impuesto una medida de seguridad asimilable a una pena sin haberse realizado el juicio contradictorio. Como la búsqueda de un acusador privado o particular no dio resultado, y al insistir el MF en su dictamen, la Audiencia Provincial dictó nuevo Auto reproduciendo al anterior, que también fue recurrido por el procesado.

La Sala se muestra de acuerdo con la nulidad del primer Auto de sobreseimiento, debido a la medida de internamiento acordada en el mismo, porque el art. 367-3.º de la LECRIM permite cerrar el proceso antes del juicio oral cuando la persona que realizó el hecho aparece exenta de responsabilidad criminal, pero en estos supuestos ninguna otra medida restrictiva de derechos debe contradecir la libre absolución decretada, ya que lo contrario vulneraría el principio de contradicción.

CONSIDERANDO: Que... al haberse repetido en el Auto subsiguiente al que

se contrae este recurso, con la sola modificación de no ser a perpetuidad el internamiento, pero por tiempo absolutamente indeterminado, a que se refieren los párrafos 2.º y 3.º del art. 8.º del C. P., sin que haya precedido a su decisión juicio oral, ni contradicción, ni que la defensa del procesado haya tenido oportunidad de emitir su opinión, intervenir en las pruebas practicadas o proponer las que considerase atinentes a su misión defensiva, o a exponer la tesis que estimara procedente en patrocinio del reo, hace surgir la inevitable y consistente duda de que el Auto recurrido sea el vehículo procesal adecuado para la imposición de tal medida de seguridad, sustitutiva y afianzadora de pena no decretada, postdelictual y judicial, habida cuenta... que, en consecuencia, aparece de aplicación a tal medida de seguridad lo establecido para las penas en el art. 1.º de la L. E. Crim., en el art. 80 del C. P., y en la fecha de comisión del hecho subjujice los arts. 17, 18 y 19 del Fuero de los Españoles, en el momento actual recogidos en el art. 24 de la Constitución española, que tutela el derecho de la persona: a la defensa y asistencia de Letrado, a proceso público con todas las garantías, a utilizar las pruebas pertinentes a su defensa y a que en "ningún caso pueda producirse indefensión"; y... que esta trayectoria, aunque esporádicamente presentada por infrecuente en la praxis judicial, ha venido siendo observada por la doctrina jurisprudencial al declarar en casos similares al actual "que con la apertura del juicio, calificación de los hechos y responsabilidad de los mismos, no se prejuzga más que la necesidad de esclarecerlos" —S. 3 abril 1901—, "que por altos que sean los intereses de la Ley, no menos y respetable son los del particular, siendo práctica de los Tribunales hacer restringido uso de la facultad de sobreseer libremente, a pesar de la amplitud que la pueda concederles" —S. 12 abril 1950—, "que la celebración del plenario es la garantía completa para las partes contendientes, siendo la Sentencia el modo

normal de terminar el proceso" —SS. 3 mayo 1965 y 5 febrero 1968—, que "la medida de seguridad de internamiento debe acordarla el Tribunal juzgador en la respectiva Sentencia que aprecie la eximente de enajenación" —S. 19 febrero 1955—, sin que su adopción bajo tal clase de resolución, tenga acceso a la casación —SS. 16 octubre 1920 y 30 octubre 1973—, que la posibilidad de prescindir del juicio oral dictando Auto de sobreseimiento libre, sólo será asequible "pro reo", pero no a la inversa, cuando se impone una medida de seguridad asimilable y sustitutiva de la penal, lo que sólo podrá ocurrir a través del juicio contradictorio, nunca de un modo ausente de toda defensa, en que la del procesado no pudo expresar y mantener su tesis —S. 31 mayo 1977—...

2. ARTICULO 26

PROHIBICIÓN DE LOS TRIBUNALES DE HONOR.

S. 25 junio 1980. CONT-ADM (Sala 4.ª)
(RA 3343)

Al recurrente, arquitecto, se le impuso por la Comisión de Depuración Profesional una sanción de suspensión de su actuación profesional por el plazo de un mes; apelada esta resolución ante el Tribunal Profesional del Colegio Oficial de Arquitectos de Andalucía Oriental, éste confirmó la resolución y aumentó la sanción a tres meses. La Sala de lo contencioso-administrativo de Granada estimó, en parte, el recurso del interesado, reduciendo nuevamente la suspensión a un mes.

El sancionado apeló ante el Tribunal Supremo alegando, entre otras cosas, que los citados organismos profesionales constituían tribunales de honor, prohibidos por el art. 26 de la Constitución, de inmediata y directa aplicación.

CONSIDERANDO: Que igualmente es rechazable la cuestión relativa a la infracción del art. 26 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, al no hacerse objeto de inmediata revisión la actuación colegial y del Consejo General, pues aunque es cierto cuanto se asevera sobre el contenido del citado artículo y su inmediata y directa aplicabilidad, de acuerdo con la doctrina establecida en la sentencia de esta Sala de 3 julio 1979 con relación a los derechos y libertades definidos en la Sección 1.ª, del Capítulo 2.º, del Título I de la Constitución, donde se halla ubicado el citado artículo, debe tenerse en cuenta que no es factible confundir un expediente disciplinario tramitado conforme al Capítulo VII de los Estatutos colegiales de 1931 y una actuación de Tribunal de Honor, pues, con independencia de su existencia o inexistencia en el ámbito profesional de los arquitectos, lo que es cierto es que el expediente tramitado al recurrente tiene aquel carácter y no éste y ello, tanto por razones de su contenido e históricas, cuando de fondo, pues, en cuanto a éste, es claro que termina el expediente con una suspensión temporal del ejercicio profesional, que no puede darse en Tribunales de Honor, donde sólo cabe, como alternativa, la separación total o expulsión o la absolución y en cuanto a los antecedentes históricos debe tenerse en cuenta que la denominada jurisdicción disciplinaria de los Estatutos de 1931 fue establecida por un Gobierno y ratificada en 4 noviembre del indicado año por una Cámara que poco más de un mes más tarde aprobaba una Constitución que contenía en su articulado la misma norma prohibitiva que la actual y ninguna duda hubo entonces, ni puede surgir ahora, sobre la aplicabilidad del expresado régimen disciplinario, que desde aquellas datas permanece sin modificación.

3. ARTICULO 53

TUTELA JURISDICCIONAL DE LAS LIBERTADES Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

- 1) S. 4 febrero 1980. CONT-ADM (Sala Especial de Revisión) (RA 392)

La parte plantea recurso extraordinario de revisión contra la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, de 14 de agosto de 1979, en base a dos motivos: la sentencia encierra contradicción en la parte dispositiva (ap. a) del art. 102 LJCA), y la sentencia recurrida no es congruente con las alegaciones de las partes ni resuelve las cuestiones básicas que se plantean (ap. g) del art. 102). El recurso queda delimitado en determinar la aplicabilidad al supuesto de la Ley de 26 de diciembre de 1978 (sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales) o si se trata de un problema contencioso-administrativo que debe ser enjuiciado por la LJCA de 27 de diciembre de 1956.

CONSIDERANDO: Que el estudio del primer motivo de esta revisión y de la lectura de su fallo, que debe ser la parte dispositiva a que alude el recurrente, no es fácil advertir la contradicción que se denuncia, pues allí se desestiman las causas de inadmisibilidad alegadas por la Administración y asimismo se desestima el recurso interpuesto por los señores que recurrieron; la contradicción no se advierte por ninguna parte; sus dos pronunciamientos podrán ser acertados o no, pero la contradicción no es posible mantenerla, pues es perfectamente concorde, procesalmente hablando, que una sentencia cualquiera rechace unas causas de inadmisibilidad y no acoja la pretensión actuada en el proceso de que se trate; por lo demás, en cuanto a este motivo, es ajustado a Derecho que no obstante proclamar el art. 20 de la Constitución Española el derecho, entre otros, a la libertad de pensamiento oral o escrito y legitimar el 53 de la misma Constitución a cual-

quier ciudadano para recabar la tutela de este derecho, ha de entenderse que tal protección debe postularse en la forma y con los requisitos establecidos en las normas procesales, porque si el cumplimiento de la Ley obliga a todos, el procedimiento es garantía para todos los ciudadanos que pretendan un derecho que estime que les pertenece y como el derecho que se actúa en este proceso no está referido a la tutela del derecho de libertad de expresión, sino a la defensa administrativa de quienes profesionalmente pueden haber sido lesionados por el Decreto de 16 julio 1979, relativo a los medios de prensa, no es aplicable al caso debatido las normas de las normas de la Ley de 26 diciembre 1978, que protege exclusivamente los derechos fundamentales de la persona.

- 2) S. 21 abril 1980. CONT-ADM (Sala 3.ª) (RA 1392)

El actor interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Territorial de Barcelona, acogido a las previsiones de la Ley de 26 de diciembre de 1978, alegando como violado el derecho a la educación, proclamado por el art. 27 de la Constitución, por no impartirse a su hijo clases en castellano. La sentencia de la Audiencia de 21 de marzo de 1980 declara la inadmisibilidad del contencioso administrativo en base a que en el cauce procesal establecido por la Ley de 26 de diciembre de 1978 únicamente pueden discutirse pretensiones que se derivan de la violación de derechos o libertades expresamente catalogados en la misma o en el Real Decreto de 20 de febrero de 1979, y en ninguna de ellas se hace referencia al derecho a la educación, proclamado por el artículo 27 de la Constitución. El Tribunal Supremo no se muestra de acuerdo con esta postura.

CONSIDERANDO: Que, ciertamente, en determinado momento cronológico, el razonamiento que antecede, crucial-

mente incluido en la cuidada sentencia de instancia, pudo ser jurídicamente irreprochable, mas es de notar que, a criterio de esta Sala de apelación, la promulgación y vigencia de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre del Tribunal Constitucional, vino a suponer una alteración en este punto ya delimitado referente a las posibilidades de orden procesal para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, desde el momento que en tal Ley —que posee la condición de Orgánica— no es que se contenga precepto o disposición limitativa en cuanto a cuáles sean los derechos o libertades protegibles, sino que de modo expreso, en su Disposición Transitoria Segunda, punto dos, se establece que persistiendo —siquiera provisionalmente— como vía judicial previa al recurso constitucional de amparo, la configurada en la Ley de 26 diciembre 1978, a los efectos de la adecuada protección jurisdiccional, el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el art. 53.2 de la Constitución, de acuerdo con el cual, cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1, del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

CONSIDERANDO: Que el hecho de que tanto en el momento de ejercitarse la acción por el demandante, como en la actualidad no haya tenido lugar la constitución del Tribunal creado por nuestra Primera Ley, no puede determinar la inaplicabilidad de los preceptos de la Ley Orgánica del mismo, de 3 octubre 1979 —en lo que ahora interesa— porque esa demora no viene impuesta de modo expreso por el Texto de que se trate, de lo que se infiere la tesis que sustentamos, y, más todavía, no parece que deba ser otra la solución desde el punto en que

ha previsto el legislador (Disposición Transitoria Segunda, núm. 1) que los plazos previstos en la misma Ley para interponer el recurso de amparo comenzarán a contarse desde el día en que quede constituido el Tribunal, cuando las resoluciones o actos que originen el recurso fueran anteriores a aquella fecha y no hubieran agotado sus efectos, previsión o supuesto que puede convenir al de autos, por lo que ha de reputarse que nada obsta a que —interin se constituye el Tribunal— puedan agotarse por los interesados las vías judiciales que imperativamente le son impuestas por la normativa como previas, para aguardar en su caso, y si así conviene a los legitimados al efecto, el momento de funcionamiento del Tribunal Constitucional, con el consiguiente inicio en el cómputo del plazo para recurrir en vía de amparo, y efectivamente hacerlo.

4. ARTICULO 117.5

JURISDICCION MILITAR EN EL AMBITO ESTRICAMENTE CASTRENSE

- 1) A. 2 mayo 1980. CRIM (Sala 2.ª) (RA 1917)

El Juzgado de Instrucción de Morón de la Frontera y la Capitanía General de la Segunda Región Militar se consideraban competentes para conocer de la causa instruida contra un paisano por insultos a la Guardia Civil. El Tribunal Supremo afirma la competencia de la jurisdicción ordinaria.

CONSIDERANDO: Que para la adecuada resolución de cualquier conflicto jurisdiccional en el que surjan fundadas dudas sobre la determinación de la jurisdicción competente para el enjuiciamiento de determinadas conductas punibles, se han de tener en cuenta dos principios fundamentales y de superior rango: el de la unidad jurisdiccional, proclamando en el nú-

mero 5 del art. 117 de la Constitución, el cual conlleva la expansión de la jurisdicción ordinaria y el constreñimiento de las jurisdicciones especiales y excepcionales, las que sólo serán competentes cuando les corresponda el conocimiento para enjuiciar hechos punibles merced a preceptos legales claros, expresos y terminantes; y el emanado del art. 3-1 del C. Civ., conforme al cual las normas se interpretarán acudiendo no sólo a los tradicionales métodos gramatical, lógico, histórico y sistemático, sino también al sociológico —realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas— y, de manera fundamental, al teleológico —espíritu y finalidad de dichas normas—.

CONSIDERANDO: Que, el inciso 2.º del núm. 5 del art. 117 de la Constitución, establece que “la Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”, suponiendo este precepto un mandato para que, en el futuro, se dicte una Ley que regule esta materia conforme a las directrices emanadas de la Constitución, actuándose así, y puesto que ella misma lo previene, el carácter meramente programático o de declaración de principios que suelen tener los textos constitucionales, y que precisa, para su aplicación y efectividad, del adecuado desarrollo legislativo, el que, en este caso, todavía no se ha efectuado aunque se halla en preparación. Infiriéndose de lo dicho que, no derogado o modificado todavía el Código de Justicia Militar, no puede sostenerse que lo ha reemplazado o recortado el núm. 5 del art. 117 citado.

CONSIDERANDO: Que la Ley de 26 de diciembre de 1978 sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, en su art. 1-2 se refiere a los derechos de reunión, expresión y asociación, a los de libertad personal, inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, y a otros

entre los que no figura el derecho al honor, estableciendo en su art. 2, que los delitos y faltas cometidos contra los derechos fundamentales de la persona comprendidos en el ámbito de esta Ley serán juzgados por los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria, añadiendo, en su disp. transit. 2.ª, que los Juzgados, Tribunales y autoridades de cualquier orden y jurisdicción distintos de la ordinaria que estuvieran conociendo de delitos de la índole reseñada se inhibirán inmediatamente a favor de la referida jurisdicción ordinaria. Como el D. de 20 febrero 1979, en su art. 1 y cumpliendo la autorización concedida al Gobierno por la Ley analizada, incorporó al texto de la misma, entre otros, el derecho al honor, el cual gozará de la misma protección penal atribuida a la jurisdicción ordinaria, no resta más problema que el de determinar si el honor a que se refiere el precepto es el individual, correspondiente a las personas físicas o si puede extenderse también al de las personas jurídicas, Cuerpos, Instituciones, clases del Estado u Organismos públicos o privados, derecho al honor éste que es reconocido unánimemente por la doctrina y, de modo palmario, por el C. P., en el párrafo 3.º del art. 467 y por la L. de 26 diciembre 1978, en su art. 4.4, los cuales mencionan expresamente a las Corporaciones y a las clases determinadas del Estado.

2) S. 31 octubre 1980. CRIM (Sala 2.ª) (RA 4239)

El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Madrid y la Primera Región Militar se consideraban competentes para conocer de la causa dirigida contra un paisano por delito de injurias por escrito contra el Ejército. El Tribunal Supremo afirma la competencia de la jurisdicción ordinaria.

CONSIDERANDO: Que como ha venido declarando esta Sala al resolver cuestiones de competencia análogas a

la aquí planteada, a efectos decisorios del tema objeto de enjuiciamiento, han de tomarse como base los dos principios fundamentales y de superior rango siguientes: el de unidad jurisdiccional, proclamado en el artículo 117 de la Constitución, a medida del cual se consagra la expansión de la jurisdicción ordinaria y el correlativo constreñimiento de las jurisdicciones especiales y excepcionales, cuya competencia para conocer queda limitada a aquellos casos en los que el enjuiciamiento de determinados hechos punibles les venga atribuido por claros, expresos y terminantes preceptos legales; y el estatuido en el art. 3-1 del C. Civ., conforme al cual, las normas se interpretarán acudiendo no sólo a los métodos gramatical, lógico, histórico y sistemático, sino también al sociológico o a la realidad social del tiempo en el que deben ser aplicadas.

CONSIDERANDO: Que la Ley de 26 diciembre 1978 sobre Protección de Derechos fundamentales de la persona, hace expresa referencia, en su art. 1-2, a los derechos de reunión, expresión y asociación, a los de libertad personal, inviolabilidad de domicilio y de correspondencia y otros, estableciendo en su art. 2.º que los delitos y faltas cometidos contra los derechos fundamentales de la persona comprendidos en el ámbito de esta Ley serán juzgados por los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria y en su disposición transitoria segunda se ordena que los Juzgados, Tribunales y Autoridades de cualquier orden y jurisdicción distintos de la ordinaria que estuvieron conociendo de delitos de la reseñada índole, se inhibirán inmediatamente a favor de la jurisdicción ordinaria. Siendo de notar, que aunque entre los derechos expresamente aludidos en la Ley no se encuentra el del honor, fue incorporado al texto legal, por el D. de 20 febrero 1979, de modo que no queda la menor duda respecto a la atribución a la jurisdicción ordinaria de la competen-

cia para conocer de los delitos atentatorios este bien jurídico al que se hace extensiva la protección penal, así como la jurisdicción a quien compete prestar tal protección, quedando, pues, como único problema, el relativo a si el honor al que se refiere el precepto es el individual o de las personas físicas o si ha de entenderse extendido también a las personas jurídicas, Cuerpos, Instituciones, clases del Estado, u Organismos públicos o privados.

3) S. 8 noviembre 1980. CRIM (Sala 2.ª) (RA 4461)

El recurrente es procesado por la jurisdicción militar por supuestos insultos de obra a Fuerza Armada y por tenencia ilícita de armas. A continuación formula ante la Audiencia Provincial cuestión de competencia, a fin de que se requiera de inhibición a la jurisdicción militar. La Audiencia Provincial dicta auto denegando su competencia y declarando no haber lugar al requerimiento de inhibitoria. Contra este auto recurre el interesado en casación.

CONSIDERANDO: Que aceptando que los miembros de la Guardia Civil se hallaban en el ejercicio de las funciones señaladas en la Ley de 4 diciembre 1978 —art. 2.º-2 b)— al tratar de evitar en el cuartel la comisión de un delito de robo con armas, no puede afirmarse la competencia de esta jurisdicción ordinaria, como propicia el recurrente, porque el art. 5.º-1, párr. 2.º de dicha Ley mantiene para la Guardia Civil el fuero militar, y este fuero atribuye la competencia a la jurisdicción de guerra para los delitos que sin estar comprendidos en el art. 16 del Código de Justicia Militar, como no lo está el enjuiciado, se cometen en los lugares militares que menciona el art. 9.º, 1.º a) de este último texto legal, entre los que se encuentran los cuarteles; a esta misma conclusión coadyuva la interpretación sistemática y lógica del art. 5.º de la Ley de Policía antes citada, pues si los delitos co-

metidos "por" los miembros de la Guardia Civil en el ejercicio de las funciones que dicha Ley les encomienda serán enjuiciados por la jurisdicción ordinaria "salvo que por razón del lugar sea competente otra jurisdicción", esta misma salvedad debe hacerse para los delitos que se cometan "contra" los mismos, con fuerza lógica reforzada por el hecho de conservar, en este caso, el fuero militar; y como razón decisiva basta traer, finalmente, a colación, el art. 117-5.º de la Constitución Española, que al reconocer el principio de unidad jurisdiccional, restringe el ejercicio de la jurisdicción militar al

"ámbito estrictamente castrense", ámbito que en el aspecto objetivo viene definido por los llamados lugares o espacios militares, y entre ellos, comprendidos, con significación propia y relevante, los locales destinados al acuartelamiento, todo ello conduce a desestimar el motivo de casación formulado por la vía del núm. 1.º del art. 849 de la L. E. Crim., invocando la infracción del art. 5.º-1, párr. 2.º de la Ley de Policía de 4 de diciembre de 1978, debiendo ser mantenido el Auto de la Audiencia Provincial que rechazó la competencia por inhibitoria propuesta.

AUDIENCIA PUBLICA

EL «AMBIENTE» EN LOS CAMPOS DE FUTBOL

Ante la proximidad de la celebración de los Mundiales de Fútbol en nuestro país, no está de más traer a colación el pensamiento de nuestros Tribunales en torno al alcance del «ambiente» en estas manifestaciones deportivas, aunque sólo sea como un mero ejercicio de precalentamiento. Los componentes que intervienen en la creación de este caldo de cultivo social son sumamente variados: desde la gestión de la directiva de un club, sometida a críticas acervas, hasta las manifestaciones de la «hinchada» en lenguaje rotundo y «de costumbre» soez, que a veces desciende de las gradas y pasa a la acción, pasando por las «aventuras» protagonizadas por los que corren en el terreno de juego y por las bandas. Los ánimos se acaloran poco a poco, las pasiones se desatan a raudales y el juego se convierte en espectáculo no sólo en el campo, sino también en todo su entorno. Una vez más, el *panem et circenses* se actualiza, saltando incluso a las páginas frescas y actuales de las decisiones de nuestros Tribunales.

1. Ciertamente, la jurisprudencia reconoce que los campos de balompié no son precisamente escuelas de educación ciudadana y que por lo tanto hay un cierto margen para los improperios, denuestos o imprecaciones que crean el «ambiente», ajeno a intenciones injuriosas. Sin embargo, todo tiene un límite, cuando las expresiones sobrepasan los cánones *acostumbrados y admitidos por la generalidad*. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1979 (Aranzadi 2144) confirma la condena por injurias del ex-directivo de un Club que se extralimitó en sus apreciaciones críticas sobre la labor del Presidente del mismo:

"Los campos de balompié, en lo que concierne principalmente al público que asiste a dichos espectáculos, no son precisamente escuelas de educación ciudadana ni de exquisitos ni refinados modales, sino lugares donde hierven las pasiones pseudo-deportivas adobadas

Esta sección está abierta a la colaboración de los lectores, rogándoles nos remitan sus sugerencias, de las que daremos debida cuenta.

por rivalidades regionales o locales, deseo de humillar al adversario y excesivo y fanático amor a los propios colores, con lo cual, el ensañamiento verbal con los jugadores contrarios y hasta con los del conjunto local, con los jueces de la contienda, con el público forastero, con los directivos y con las autoridades federativas, mientras no sobrepase el impropio, el denuedo a la imprecación, acostumbrados y admitidos por la generalidad como "ambiente" natural de esta clase de manifestaciones deportivas, difícilmente, y sea cual sea su calibre, podrá revestir los caracteres del delito de injurias ni entenderse que el agente se comportó de ese modo incivil o ineducado con auténtico "animus injuriandi"; pero si, como en el caso presente, y aprovechando una incidencia adversa del juego, ante tres personas que sin ser periodistas colaboran con diarios regionales, se censura acremente la actuación del Presidente del "Club local" y, horas más tarde, evidentemente serenado y tranquilizado el agente, ante el interrogatorio telefónico de uno de los mencionados —corresponsal del "C. E."— ratifica las manifestaciones que luego se publicarían en el periódico antedicho, en las cuales afirma que "La marcha del equipo es catastrófica. Deportivamente estamos en el nivel más bajo de toda la historia del L. Respecto a la Junta Directiva actual pongo en duda su existencia, puesto que sólo veo una "cabeza de turco" y un ayudante que trabaja en una empresa suya. El señor L. C. es muy inteligente, está haciéndolo muy bien. Está intentando crear un nivel bajísimo de fútbol o buscando el descenso de categoría con la cual la necesidad de utilización de L. G. no sea perentoria y entonces tirar la anunciada calle por medio del campo...", es indudable que, por más que se reconozca que el procesado sea persona muy adicta al club citado y que, en otra época, figuró en la dirección del mismo, cualquier pretendido propósito de enjuiciamiento crítico de la situación de la referida asociación deportiva, al rebasar los límites de la compostura más elemental y del respeto y consideración que los demás merecen —véanse sentencias de este Tribunal de 9 mayo 1911 y 1 marzo 1942— cae de lleno en un claro y duro propósito de denigrar, vilipendiar y desacreditar al querellante, propósito que late en el seno de todas las manifestaciones realizadas por el procesado pero que llega al cénit o al apogeo cuando imputa al Presidente del Club no ya desaciertos, gestión desafortunada o fracaso evidente, lo que pudiera constituir crítica apasionada pero nada más, sino una intención tan bastarda y proterva —como lo es la de tratar deliberadamente de crear un nivel bajísimo de fútbol y de buscar el descenso de categoría con el fin de, una vez libre el terreno de juego —L. G.—, consumir un negocio inmobiliario trazando una "calle por medio del campo"—, intención, la atribuida, que, suponiendo, en el querellante, una inmoralidad patente y una falta de la más elemental ética, le desacredita y deshonra del modo grave a que se refiere el núm. 2.º del art. 458 del C. P., perjudicándole, de modo notorio y con evidente "animus infamandi", en su buena fama y en su reputación social. Procediendo, a virtud de lo expuesto, y habida cuenta también de las razones aducidas tan atinadamente, por el Tribunal "a quo", y que es ocioso repetir, desestimar conjuntamente los tres motivos del presente recurso, amparados todos ellos en el núm. 1.º del art. 849 de la L. E. Crim., por aplicación indebida, los dos primeros, del art. 457 del C. P., e inaplicación, el último, del núm. 1.º del art. 586 del referido Cuerpo legal."

2. Las viscerales reacciones que producen en la lucha electoral por una poltrona de directivo dan lugar a un intercambio de calificativos entre los candidatos, que pueden hacer las delicias, en uno u otro sentido, de los hinchas, pero que acaban por no gustar al interpelado. Estos métodos electorales tienen su trascendencia jurídica, tal como pone de relieve la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1978 (Aranzadi 2852), pues si bien el libelo por escrito y con publicidad tiene la condición de delito, los Tribunales deben interpretar circunstanciadamente las injurias nacidas en el marco de este caldo de cultivo social. Lo cual no obsta tampoco para llegar a una sentencia de condena por el hecho de calificar la conducta de un contricante electoral como «propia de reptiles»:

CONSIDERANDO: Que no obstante el criterio general antes sentado, no debe perderse nunca en el delito de examen el elemento circunstancial, de tal modo que es el que decide la gravedad de las injurias según expresa dicha dicción del núm. 4.º del art. 458 del Código punitivo, hasta el punto de que dicha circunstancialidad puede refluir en el mismo "animus iniuriandi", alma antijurídica y culpable de la infracción, si no para negarlo por la abierta y contrapuesta concurrencia de otro ánimo, sí al menos para paliarlo por la velada o manifiesta oposición de "animi" distintos, tal el "retorquendi" que si bien en veces sirve para desplazar la intención deshonorante y con ello el delito —S. de 10 abril 1973 entre otras—, en otras servirá para rebajar dicha intención en orden a medir la gravedad de aquél; doctrina que encuentra especial aplicación cuando los particulares acuden a los medios de comunicación social (prensa y radio como más significativos) para solventar sus diferencias de apreciación en múltiples temas, así ideológicos, como referidos a la propia conducta y en cuyos casos los dichos, réplicas y contrarréplicas de las partes afectadas forman un estrecho entramado que es preciso abordar en su conjunto para la mejor valoración de la respectiva intención infamante; como asimismo habrá de tenerse en cuenta la propia naturaleza del tema en que se ven incursos los antagonistas, pues algunos de ellos, tal el deportivo, se ve enormemente influido por la propia valoración, cuando no emocional reacción social a través de los respectivos clubs y gestión casi siempre sometida a la acerba crítica de sus directivos; contexto sociológico el indicado que es necesario tener también muy en cuenta para la debida interpretación jurídica de las injurias nacidas en tal caldo de cultivo social.

CONSIDERANDO: Que a la vista de la anterior consideración, es preciso reconocer el acierto de la sentencia de instancia al calificar las injurias de leves —siquiera producidas por escrito y con publicidad y por ello delictivas— a las emitidas por el procesado en su carta abierta, cuya publicidad, denegada primero en el periódico al que iba destinada como réplica de otra del querellante, logró finalmente en tres emisoras de radio locales; pues es lo cierto que el hecho de tratarse de una respuesta a otra carta —siquiera la autoría de la del querellante quedara velada por la firma de su secretaria, lo que ya indica el temor a las consecuencias— implica un cierto grado

de retorsión, si bien al exceder ésta los límites convenientes se cae en la infracción contra el honor perseguida, como lo demuestran los propios conceptos aplicados a la conducta del querellante (elemento ontológico), calificándola como "propia de reptiles" y al encuadrar la condición humada de aquél como de "bajo fondo moral"; por lo que en trance de graduar la gravedad de tales expresiones hay que atender a todos los antecedentes concurrentes (elemento circunstancial), de suerte que además de aquel ingrediente retorsivo antes aludido, hay que situar los hechos en el polémico ambiente de la Directiva de un club de fútbol local a cuya Presidencia era candidato el querellante, aspiración a que trató de oponerse el procesado con la aludida carta abierta, resentido, además, por el juicio desfavorable vertido por el acusador particular en su misiva contra persona a la que el acusado se considera vinculado moralmente; por lo que atendidas todas dichas circunstancias, en particular el grado de apasionamiento que yace en tales disputas, reflejo del que rodea la misma práctica del fútbol como deporte multitudinario, se hace preciso ratificar la calificación de la sentencia recurrida al encuadrar la conducta del procesado en el art. 460 del C. P., cuya indebida aplicación se postula por el motivo primero del recurso que, por lo mismo, hay que desestimar.

3. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de julio de 1980 (RJCat. 1980, pág. 1223) tampoco considera excusables penalmente las imputaciones de falta de pulcritud en el manejo pecuniario, mediante una alusión al pago de «cubatas» a sus amigos, efectuadas por un periodista contra el Secretario de una entidad deportiva. Los hechos y sus consecuencias jurídicas son los siguientes:

El procesado José, mayor de edad, sin antecedentes penales, de las restantes circunstancias ya consignadas, en el mes de octubre de 1979, publicó en el número 255 del Butlletí d'Informació Municipal Ciudadana de Sant Feliu de Llobregat, un reportaje bajo el título de "Antonio R. M., Secretario del Santfeliuense F. C., ni aprendiz de periodista", en el que en constante referencia al citado se contienen, entre otras, las siguientes frases: "Señor M., no es ser ni aprendiz, ni periodista, eso es ser un individuo postulante que sólo desea que su ego sea admirado por algunos que se dicen sus amigos mientras les vaya pagando "cubatas", lo único que no he podido comprobar es si de su peculio particular o a cuenta del club"; se afirma que prefiere jugadores "foráneos", "quizá para con sus fichas esconder un dinero, esto sí que se ha comprobado y el señor P. presidente, sabe mucho de ello"; y se añade que era desleal a dicho señor P.

CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de injurias, previsto y penado en los artículos 457 y 458, 2.º, 459, 462 y 463, todos del Código Penal, como acertadamente propone el Ministerio Fiscal, pues ésa es la calificación jurídico-penal que corresponde a las frases relacionadas en la narración histórico-fáctica consignada en el primero de los Resultandos de esta resolución, valoradas ya en sí mismas, según el sentido semántico gramatical, ya en relación con el resto del relato periodístico en el que se inserta, atendidas las circunstancias concurren-

tes en el hecho encausado, entre ellas la personalidad del destinatario de aquel texto —conocida por el cargo desempeñado en la entidad deportiva anteriormente mencionada—, la publicación del artículo en el boletín de información editado en la localidad de residencia de los sujetos activo y pasivo del delito, así como la calidad de periodista del procesado, que apoya sus manifestaciones prestándoles mayor fuerza, datos de valor que llevan a la convicción de real existencia y concreción del elemento principal del delito de injurias, es decir, la intención malsana de causar deshonra, descrédito o menosprecio del sujeto pasivo del delito, abiertamente apartada y separada del "animus criticandi" encaminado a la noble defensa de la causa comunitaria o de intereses generales, en el que aparecen deslindados —cuando es rectamente entendido y ejercitado— el interés público del puro interés privado, de modo tal que el juicio crítico que pueda merecer determinada actuación o gestión, con precisión de fracasos o resultados negativos, no autoriza —fuera de los cauces legales— a desacreditar a la persona o a las personas de los dirigentes, encargados de la resolución de asuntos propios de una asociación, no ya con la alegación de ineptitud para el desempeño del cargo, sino con la imputación de falta de pulcritud en el manejo pecuniario.

4. También los ánimos de los espectadores se calientan a veces en exceso hasta el punto de irrumpir en el terreno de juego, saltando la valla, y no precisamente para correr detrás de la pelota. Veamos sino el resultado de hechos probados de la sentencia en apelación de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana de 4 de marzo de 1974 (Col. Min. Just. núm. 120):

RESULTANDO probado y así se declara que el día 9 de junio de 1973 con ocasión de celebrarse en el Estadio Castalia de esta ciudad el partido de fútbol correspondiente al campeonato de liga entre los equipos del Castellón y el Betis, saltaron al campo de juego algunos espectadores, motivando la intervención de los Agentes del orden y cuando el policía armado don F. S. M., que estaba de servicio ostentando el uniforme e insignias de su cargo trataba de sujetar a uno de los espectadores que había contribuido a la perturbación, el acusado, ejecutoriamente condenado con anterioridad por un delito de robo a la pena de cinco años de presidio menor, le dio al citado Agente un manotazo en el brazo para obligarle a soltar al que tenía aprehendido, ocultándose luego entre el público, e impidiendo con su acción que aquél fuera identificado.

Hay quien en arrebatado «forgiano» utiliza métodos estruendosos, no se sabe si para despistar al portero contrario y convertirse en el jugador número doce de su equipo, o para desfogarse de los ímpetus acumulados en las jornadas precedentes a la celebración del «round». El resultado de tal actitud, con poco esfuerzo, acaba en tóxico: el altercado con las fuerzas del orden, adobado con sonoros improperios que caldean mucho más el ambiente. Como muestra

valga el resultando de hechos probados de la sentencia en apelación de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de abril de 1978 (Col. Min. Just. núm. 357):

RESULTANDO que el resultando de hechos probados de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: Primer resultando probado, y así se declara, que en la tarde del 22 de mayo de 1977 los acusados Vicente C. P., de treinta y tres años y sin antecedentes penales; Adelino J. S., de treinta años y sin antecedentes penales, y Joaquín J. S., de veinticinco años y condenado por el delito de escándalo público (sentencia de 18 de octubre de 1973), con pena de arresto mayor y multa, se encontraban presenciando el encuentro de fútbol Hércules-Elche, detrás de una de las porterías, junto a la barandilla de separación del campo, y ante el alboroto promovido por Vicente C., quien insistentemente se dirigía al portero del Elche, que se encontraba muy próximo, diciéndole a gritos "loco, loco, loco" y golpeaba la barandilla que rodea al campo, el policía armado de servicio que se encontraba en las inmediaciones, José Román, le llamó varias veces la atención para que cesase en su actitud, sin que el citado Vicente le hiciese caso, continuando dando los golpes y gritos mencionados, por lo que el policía le pidió la documentación, negándose a ello Vicente, aunque finalmente se la entregó al sargento de la Policía Armada, sin que se haya acreditado que Vicente C. dirigiese al señor P. la frase que éste le atribuye: "al sargento se la doy, a ti te voy a dar una mierda", refiriéndose a la documentación pedida. Finalizado el partido de fútbol, el sargento le devolvió la documentación a C. y el policía armado se dirigió a éste, diciéndole que le había insultado y que le acompañara a la Comisaría, y ante la oposición de Vicente C. se produjo un alboroto, en el curso del cual los tres acusados, dirigiéndose al señor P. y al también policía armado de servicio Manuel, les gritaron que eran unos hijos de puta, cabrones y sirvergüenzas que merecían estar todos muertos, que no les extrañaba que los estuvieran matando, y que eran unos asesinos. Al acudir al alboroto el cabo de la Policía Armada, señor U., ordenó la detención de los tres, adoptando Adelino una actitud de resistencia a la detención, y Joaquín Juan incitó al público para que se pusiera a favor de los acusados y criticara la actuación de la fuerza pública."

Claro está que también los Tribunales son conscientes de que dichas actitudes desafortunadas son, en gran medida, producto de la excitación nerviosa y de los «vapores» que se producen en los «derbys» ligueros. Por ello no es de extrañar la ponderación de las condenas pronunciadas. En los dos casos anteriores, ambas sentencias de la Audiencia Provincial, en grado de apelación, revocan la condena por delito pronunciada por el Juzgado de Instrucción y degradan la infracción a la falta del artículo 570, 5.º del Código Penal.

5. Pero en ocasiones la furia de los hechos no se queda en una mera verborrea y pasa a las manos. Uno de los personajes preferidos para entrar en calor es, sin duda, el árbitro, sobre todo cuando la música que emite su silbato no es del agrado del respetable. El ciu-

dadano, al que la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1967 (Aranzadi 3362) condena por lesiones, logró, salvando todos los obstáculos, aproximarse al «trencilla» de turno y le espetó un sopapo a bocajarro, que le causó conjuntivitis traumática en el ojo derecho y cefalea frontal que le obligó a estar asistido médicamente durante 28 días. ¡Y todo por un pitido que le sonó fuera de tono!

Los peligros que acechan al colegiado aumentan cuando el sujeto al que no le gusta un silbido «contestado» es uno de los jugadores que también corren por el césped, sobre todo si resulta ser más fortachón que el árbitro. ¡Hay que ver en qué puede desembocar un empujón de tú a tú, mientras el colegiado recula en retirada defensiva! La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1978 (Aranzadi 3366) no vacila en casar la sentencia de la Audiencia que había condenado por simple falta y elevar la calificación de los hechos a delito:

CONSIDERANDO: Que la aplicación de la doctrina que se acaba de exponer al hecho de autos, conduce a sentar la conclusión, de que procede estimar el primer motivo de los alegados al recurso formulado por el Ministerio Fiscal, pues del relato fáctico de la sentencia resulta, que el procesado, jugador del equipo de fútbol "C. y C. de S." se dirigió al árbitro increpándole su proceder, a la vez que le empujó sin intención de agredirle, pero provocando, dada la diferencia de fortaleza física entre el procesado y el árbitro, que caminaba de espaldas, la caída de éste que determinó el resultado lesivo que en el propio Resultando se describe. De donde resulta, pues, que el empujón, acto desencadenante del proceso que terminó con el resultado lesivo, fue un acto indiscutiblemente intencional e ilícito, que, normalmente, y salvo casos excepcionales en que su levedad y circunstancias concurrentes aconsejen no estimarlo así, constituye un acto de acometimiento o agresión, de modo que cuando de él no se deriva resultado lesivo alguno para la integridad física del sujeto pasivo, es enmarcable en el número 1.º del art. 585 del C. P., como maltrato de obra, en cuanto atenta al bien jurídico protegido por la norma, y que de sobrevenir un resultado dañoso para la integridad física del agraviado genera el correspondiente delito de lesiones o la falta del número 1.º del art. 583 del propio C. P., en cuyas figuras queda subsumido el empujón como constitutivo de la acción típica; de ahí pues, que el empujón, que en determinadas circunstancias de personas, lugar, etc., es un medio perfectamente idóneo para producir los más graves daños, en el caso de autos, dadas las circunstancias fácticas que se describen en el Resultando de hechos probados, ha de reputarse como adecuado y eficiente para producir un resultado lesivo aun cuando el real y efectivamente producido aparezca haya sobrepasado al querido y, en consecuencia, que en modo alguno se puede estimar que en el caso que aquí se enjuicia haya habido tal ausencia de acto inicial intencional con el que el resultado se halle en relación de causa a efecto, único supuesto en el que, como quedó dicho, el hecho puede y debe ser calificado como culposo.

6. En fin, las reglas de juego excluyen el dolo en las lesiones que eventualmente pueden ocasionarse los jugadores de los equipos en el fragor al «macht». Pero no siempre, como recuerda la sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Toledo de 13 de octubre de 1977 (Col. Min. Just. núm. 237):

RESULTANDO que la sentencia recurrida estimó probado que: el 2 de enero de 1977, en ocasión de celebrarse un partido de fútbol entre los equipos de los pueblos de Magán y Cobeja, en el campo de deportes de esta última localidad, el encartado J. F. C. de la F., a la sazón de veintiséis años de edad y sin antecedentes penales, jugador del equipo mencionado en último lugar, y actuando con propósito agresivo, propinó varios golpes al jugador del otro equipo contendiente, V. C. del V., produciéndole conmoción cerebral y contusiones múltiples, estando impedido para sus trabajos habituales durante diecisiete días, durante los cuales necesitó asistencia médica o vigilancia facultativa, no habiéndole quedado defecto, deformidad, ni impedimento físico alguno para dedicarse a sus habituales ocupaciones; y después de invocar los preceptos legales y consideraciones jurídicas que el Juez estimó procedentes, pronunció el fallo, condenando a J. F. C. de la F. como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones menos graves previsto y penado en el artículo 422 del C. P., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de un mes y un día de arresto mayor y a que en concepto de indemnización civil satisfaga al perjudicado V. C. del V. la cantidad de 17.000 pesetas, con las accesorias legales correspondientes y al pago de las costas procesales.

CONSIDERANDO que de todo lo actuado directamente se desprende, al ser apreciado en su conjunto, que con motivo de intervenir V. C. en defensa de sus hermanos J. L. y Q. en un incidente producido al final del partido de fútbol en cuestión y en el que los mismos resultaron lesionados, de cuyo hecho fue absuelto el denunciado J. F. C. de a F., al estimarse producidas las lesiones dentro de las reglas del juego, éste propinó varios golpes al citado V., conforme se relata en el resultando de hechos probados, habiendo reconocido a éste respecto al repetido J. F. que desde el inicio fue identificado por el número —el 6— de su dorsal, “que dio un golpe a un jugador del Magán”, al que pertenece V., que fue quien resultó con conmoción cerebral y contusiones en el maxilar inferior, lesiones que no pueden considerarse como producidas dentro de las reglas del juego y como un incidente más del mismo, sino ocasionadas con un claro propósito agresivo, tal como reconoce la sentencia apelada, por lo que procede su confirmación.

FRANCISCO RAMOS

INFORMACION

JORNADAS DE ESTUDIO SOBRE EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (Madrid, 10 a 13 de diciembre de 1981)

El art. 122.2-3 de la Constitución y la ley orgánica de 10 de enero de 1980 (la primera de las leyes orgánicas en el sentido del art. 81 de la Constitución), han supuesto la aparición de un órgano totalmente nuevo en nuestra tradición jurídica: el Consejo General del Poder Judicial. El propio Consejo ha sido consciente de su radical novedad y ha estimado conveniente organizar unas jornadas de estudio para autoanalizarse.

Convocadas en principio para octubre de 1981, es decir, justamente para un año después del momento de la constitución del propio Consejo, y luego trasladadas, las Jornadas se celebraron los días 10 a 13 de diciembre de 1981. Han participado en ellas principalmente miembros de la magistratura y en menor medida del secretario judicial, de la carrera fiscal y de la Universidad. El Consejo ha declarado su propósito de publicar las ponencias, comunicaciones y en general las actas de las sesiones, por lo que aquí nos limitaremos a dar noticia de la celebración de las Jornadas.

El acto de apertura se celebró el día 10, en el auditorio del Ministerio de Cultura, con la presidencia del presidente del Consejo y la asistencia del ministro de Justicia, Fiscal General del Estado y presidente del Senado, haciendo la presentación el consejero delegado para relaciones externas Diego Palacios Luque. Inmediatamente empezó la discusión de las ponencias y comunicaciones.

DÍA 10 DE DICIEMBRE

A) 1.ª ponencia: *La modernización de los sistemas de selección y perfeccionamiento de los funcionarios judiciales*: Joaquín Salvador RUIZ PÉREZ, director de la Escuela Judicial. Se presentaron y expusieron siete comunicaciones debidas a Gabriel GARCÍA CANTERO, catedrático de Derecho Civil de Zaragoza; Luis Fernando MARTÍNEZ RUIZ, magistrado-juez de primera instancia de Madrid; José JIMÉNEZ VILLAREJO, fiscal de la Audiencia Provincial de Huelva; Juan MONTERO AROCA, catedrático de Derecho Procesal de Valencia; Jesús SEGANE CACHARRÓN, secretario de juzgado de primera instancia de Salamanca; José ARREGUI GIL, magistrado de la Audiencia Territorial de Pamplona; Carlos M.ª ENTRENA KLETT (sustituído por el Sr. Albacar), presidente de la Audiencia Territorial de Cáceres; y Colegio Nacional de Secretarios Judiciales.

Las intervenciones posteriores se centraron principalmente en el secretariado, atendiendo a las aspiraciones de este cuerpo, no compartidas al parecer por la magistratura, aunque falta decisión en la negativa; en el sistema de oposición, partiendo de la base de estimar que este sistema de ingreso debe

ser mantenido en sus principios para perfeccionarlo en su práctica; y sobre todo en la necesidad de que a la judicatura lleguen personas de todas procedencias sociales.

B) 2.ª ponencia: *Naturaleza jurídica del Consejo General del Poder Judicial*: José Luis ALCABAR LÓPEZ, magistrado adscrito a la Presidencia del Tribunal Supremo. Se presentaron dos comunicaciones debidas a Jorge CARRERAS LLANSANA, catedrático de Derecho Procesal de Barcelona y Juan GARCÍA-BARBÓN CASTAÑEDA, vocal del Consejo (que no la expuso).

La naturaleza administrativa (frente a la jurisdiccional) del Consejo quedó claramente establecida. En las intervenciones de los participantes se alzó ya un tema que, a lo largo de los debates posteriores, iba a preocupar a todos los asistentes: política y justicia.

C) 3.ª ponencia: *El Consejo General del Poder Judicial y la independencia de la función jurisdiccional*: Luis BURÓN BARBA, magistrado del Tribunal Supremo. Siete fueron los comunicantes, aunque no todos comparecieron: César ALVAREZ-LINERA URÍA, magistrado de la Audiencia Territorial de Oviedo; Juan José GONZÁLEZ RIVAS, facultativo del Consejo; Pablo MAQUEDA IBÁÑEZ, presidente de la Audiencia Territorial de Burgos; Claudio MOVILLA ALVAREZ, magistrado de la Audiencia Territorial de La Coruña (sin comparecer); Ricardo ALCAIDE ALONSO, magistrado de la Audiencia Territorial de Las Palmas (sustituido por el Sr. Manzanares); Rubén de MARINO BORREGO, magistrado de la Audiencia Territorial de Valladolid; y Miguel A. APARICIO, profesor de la Universidad de Barcelona.

La independencia, una vez más, se reveló como el tema crucial de la organización judicial, en torno al cual gira todo lo demás, hasta el punto que el Consejo se justifica como defensor de la independencia. Hay que destacar la preocupación de la magistratura española ante el mismo, ahora frente a los poderes fácticos.

DÍA 11 DE DICIEMBRE

D) 4.ª ponencia: *El Consejo General del Poder Judicial y los conflictos constitucionales*: Plácido FERNÁNDEZ VIAGAS, magistrado del Tribunal Constitucional. Con tres comunicantes; Manuel GORDILLO, magistrado del Tribunal Supremo; Juan José GONZÁLEZ RIVAS, facultativo del Consejo; y Salvador DOMÍNGUEZ MARTÍN, magistrado de la Audiencia Territorial de Barcelona.

A pesar del título de la ponencia, el ponente y los comunicantes atendieron más a un problema de gran actualidad, el de la revocación de las resoluciones de órganos jurisdiccionales por el Tribunal Constitucional (el caso de la sentencia de éste de 28 de julio de 1981, en amparo es el más destacado). Lástima de la falta de defensa técnica de la posición del Tribunal Constitucional.

E) 5.ª ponencia: *Las facultades financieras del Consejo General del Poder Judicial*: Rafael MENDIZÁBAL ALLENDE, presidente de la Audiencia Nacional. No hubo comunicaciones. La ponencia puso de manifiesto la ausencia de autonomía financiera del Consejo, la diferencia entre presupuesto del Consejo y presupuesto del Poder Judicial y la falta de atención económica en que la sociedad española ha tenido tradicionalmente a este Poder; quizá faltaron números para completar la visión.

F) 6.ª ponencia: *Funciones disciplinarias e inspectoras del Consejo General del Poder Judicial*: José Ignacio JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, vocal del Consejo. Los

comunicantes, que no comparecieron, Mario DEÁN GUEL BENZU, presidente eventual de la Audiencia Territorial de Pamplona, y José M.ª RIFA SOLER, profesor de la Universidad de Barcelona.

Los presentes, en su mayor parte de la carrera judicial, se mostraron especialmente sensibles a este tema, posiblemente como ración al carácter preponderante de la antigua Inspección de Tribunales. Hubiera sido interesante conocer el número de expedientes de que se hizo cargo la Sección Disciplinaria al constituirse, como "herencia" de la Inspección, y el número de sanciones impuestas en el año en que había funcionado el nuevo sistema. Aún mayor sensibilidad, si cabe, levantó la Sección de Calificación y el modo de hacer los nombramientos (el juez juzgado).

H) 7.ª ponencia: *Régimen jurídico de los actos del Consejo: su impugnación*: Francisco PERA VERDAGUER, presidente de la sala del Tribunal Supremo. Tres comunicaciones de Javier DELGADO BARRIO, magistrado de la Audiencia Territorial de Burgos; José A. MARTÍN PALLÍN, fiscal de la Audiencia Territorial de Madrid, y Fernando de MATEO LAGE, magistrado del Tribunal Supremo.

La competencia del pleno del Tribunal Supremo para conocer de los recursos pareció poco realista. Una opinión para declarar los actos del Consejo inimpugnables fue duramente criticada por la mayoría. La aplicación supletoria al Consejo del Derecho Administrativo creado por el Poder Ejecutivo es hoy una necesidad.

DÍA 12 DE DICIEMBRE

I) 8.ª ponencia: *Relaciones entre el Consejo General del Poder Judicial y el Poder Ejecutivo*: Fernando LEDESMA BARTRET, vocal del Consejo. Sin comunicaciones. Hay que partir del Consejo como órgano de rango constitucional y de su indeclinable carácter político (que no es lo mismo que partidista), y tener en cuenta que sus competencias provienen básicamente del Ministerio de Justicia, el cual, por otra parte, subsiste y no se ha visto privado totalmente de competencias.

J) 9.ª ponencia: *Procedimiento electoral para la designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial*: Antonio AGUNDEZ FERNÁNDEZ. Sólo una comunicación de Jesús SEDANE CACHARRÓN, secretario de juzgado de primera instancia de Salamanca.

Nuevamente el secretariado planteó el tema de su "marginación" (aquí obra de la Constitución que en su art. 122.3 dice "entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales"), con olvido de temas trascendentales en la composición y elección de los miembros del Consejo.

K) 10.ª ponencia: *El Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas*: Luis M.ª DÍAZ VALCÁRCEL, vocal del Consejo. Comunicantes: José CANO BARRERO, magistrado de la Audiencia Territorial de Granada; Ramón CARBALLAL PERNAS y Claudio MOVILLA ALVAREZ, magistrados de la Audiencia Territorial de La Coruña; José ARREGUI GIL, magistrado de la Audiencia Territorial de Pamplona; Carlos JIMÉNEZ VILLAREJO, fiscal de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Aquí, como en otros ambientes, el Estado de las Autonomías divide las opiniones. La conclusión que puede extraerse de las comunicaciones y de la discusión es que no hay conclusión, que la indeterminación es tal que no sabemos dónde estamos y que tres años después de la Constitución todavía estamos esperando soluciones legislativas a problemas básicos.

L) 11.ª ponencia: *Responsabilidad del Consejo General del Poder Judicial*: Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, catedrático de Derecho Administrativo de Madrid, excusó su asistencia.

DÍA 13 DE DICIEMBRE

LL) 12.ª ponencia: Lo mismo hay que decir de Gregorio PECES BARBA, diputado en el Congreso por el Partido Socialista Obrero Español y *La evolución del Poder Judicial en el constitucionalismo moderno*.

M) 13.ª ponencia: *La potestad reglamentaria y la iniciativa legislativa del Consejo General del Poder Judicial*: Adolfo CARRETERO PÉREZ, vocal del Consejo. Dos comunicaciones: Fernando LORENTE HURTADO, facultativo del Consejo, y José ARREGUI GIL, magistrado de la Audiencia Territorial de Pamplona.

El problema no está en los reglamentos de carácter interno (los autoorganizativos), sino en los reglamentos externos, los referidos a todo el Poder Judicial, y aquí empiezan las dudas en torno a las materias reglamentarias.

N) 14.ª ponencia: *Justicia e información*: Gonzalo CASADO HERCE, vocal del Consejo, sustituido por enfermedad por Diego Palacios Luque. Comunicante: Fernando ZUBIRI DE SALINAS, magistrado de la Audiencia Territorial de Pamplona.

En los últimos tiempos el tema se ha revelado especialmente espinoso, posiblemente por no distinguir entre crítica y acatamiento de las decisiones judiciales. El coloquio registró diecinueve intervenciones, naturalmente de variadas tendencias.

A última hora de la tarde del domingo trece de diciembre, se celebró el acto de clausura de las Jornadas, con un discurso del presidente del Consejo, Federico-Carlos SÁINZ DE ROBLES, en presencia del presidente del Tribunal Constitucional, del secretario de estado de Universidades, del subsecretario de Justicia, del Fiscal General del Estado y de los presidentes de sala del Tribunal Supremo, y ante numeroso público, compuesto principalmente por personas del mundo judicial. Se puso fin así a cuatro días de intenso trabajo; confiamos ahora en que frustifique.

J. M. A.

VII JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL EN GUATEMALA

Los días 8 al 14 de noviembre de 1981 se han celebrado, en Guatemala, las VII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. La Comisión organizadora estuvo presidida por el Prof. Dr. Mario AGUIRRE GODOY, e integrada asimismo por los licenciados Joaquín RIVERA KUNZE, presidente del Colegio de Abogados, Byron DÍAZ ORELLANA, Alberto HERRARTE GONZÁLEZ y Adolfo GONZÁLEZ RODAS.

Asistieron a la reunión los profesores doctores Adolfo ALVARADO VELLOSO (Argentina), Pedro ARAGONES ALONSO (España), Humberto BRISEÑO SIERRA (Méjico), Alfredo BUZÁID (Brasil), Jaime BERNAL CUÉLLAR (Colombia), José OLYMPIO DE CASTRO FILHO (Brasil), Fernando DE LA RÚA (Argentina), Hernando DEVIS ECHANDÍA (Colombia), Víctor FAIRÉN GUILLÉN (España), Jorge FLORES GACHARNE (Colombia), Bernardo GAILAN MAHEGHA (Colombia), Mario A. HOVED VEGA

(Costa Rica), Winfried KRALIK (Austria), Julio B. J. MAIER (Argentina), Francisco J. MICHEL (Argentina), Carlos DE MIGUEL Y ALONSO (España), Luis Paulino MORA MORA (Costa Rica), Hernando MORALES MOLINA (Colombia), Carlos A. PARODI REMÓN (Perú), Jairo PARRA QUILJANO (Colombia), Hugo PEREIRA ANABALÓN (Chile), Héctor E. QUIROGA CUBILLOS (Colombia), Francisco RAMOS MÉNDEZ (España), Aristides RENGEL ROMBERG (Venezuela), Jorge HUGO RENGEL VALDIVIESO (Ecuador), Elsa ROJAS RAMÍREZ (San Salvador), José Gabriel SARMIENTO NÚÑEZ (Venezuela), Guillermo J. STRAZZA (Argentina), Enrique VESCOVI (Uruguay), Eduardo LUCIO VALLEJO (Argentina), Jorge Antonio ZEPEDA (México). También participaron en las Jornadas más de un centenar de abogados, notarios y jueces del foro guatemalteco.

Los temas generales de las Jornadas fueron dos:

I. Bases para orientar la unificación legislativa en materia procesal penal, sobre Ponencia General del Prof. Dr. Jorge A. CLARIA OLMEDO y exposiciones de los profesores FAIRÉN GUILLÉN, DE LA RÚA, MAIER y GAITAN MAHEGHA.

II. Bases para orientar la unificación legislativa en materia procesal civil, sobre Ponencia General de los profesores VESCOVI y GELSI BIDART.

Durante el desarrollo de las Jornadas pronunciaron diversas conferencias los profesores DE MIGUEL Y ALONSO ("El recurso de casación"), MORALES MOLINA ("El recurso de casación"), ALVARADO VELLOSO ("El juicio oral") y ARAGONES ALONSO ("La reforma legislativa en España").

Tanto la organización como el desarrollo de las Jornadas constituyó un resonante éxito, al que contribuyó la exquisita hospitalidad de los colegas guatemaltecos. En el acto de clausura se dedicó un emocionante recuerdo al doctor Adolfo MOLINA ORANTES y al licenciado Eduardo CÁCERES LENTHOFF, que perdieron su vida en los infaustos sucesos de la Embajada de España cuando preparaban la realización de estas Jornadas.

Las actas completas de las Jornadas se hallan en curso de publicación.

Las próximas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal tendrán su sede en Quito (Ecuador), en el curso del presente año.

Francisco RAMOS

VII CONGRESO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE

Los próximos días 7 al 11 de junio de 1982 tendrá lugar, en Hamburgo (Alemania Federal), el VII Congreso Internacional de Arbitraje, organizado bajo los auspicios del International Council for Commercial Arbitration (ICCA), por el Deutsches Institut für Schiedsgerichtswesen e.V. y la Cámara de Comercio de Hamburgo.

El tema general del Congreso es: Las nuevas tendencias en el desarrollo del Arbitraje Comercial Internacional y el papel de los organismos arbitrales y de otras instituciones.

Asimismo están previstos cuatro grupos de trabajo sobre los siguientes temas:

1. La contribución que los tratados y convenciones, así como los convenios entre instituciones, puede aportar al desarrollo del arbitraje.
2. La solución de los litigios relativos a los productos básicos y a las materias primas.
3. Nuevos métodos para resolver los litigios de comercio internacional.
4. Nuevas tendencias en el campo del arbitraje marítimo.

SIMPOSIO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN ESTOCOLMO

Para el 4 y 5 de marzo de 1982 está prevista la celebración de un Simposio sobre Arbitraje Comercial Internacional en Estocolmo. Los temas objeto de consideración son los dos siguientes:

1. Las reglas de arbitraje UNCITRAL y la resolución de los litigios comerciales internacionales.
2. El arbitraje en las relaciones comerciales Este-Oeste.

SEMINARIO SOBRE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN FRANCIA

La Fundación para el Estudio del Derecho y de los Usos del Comercio Internacional (FEDUCI) organiza, para los próximos días 18 y 19 de marzo de 1982, en París (Francia), un seminario sobre "El derecho y la práctica de arbitraje internacional en Francia".

JORNADAS DE ESTUDIO SOBRE EL PODER JUDICIAL

La Dirección General de lo Contencioso del Estado organiza unas Jornadas de estudio sobre "El poder judicial" para el próximo mes de mayo de 1982. Los temas que serán objeto de consideración son los siguientes:

1. El poder judicial en la Constitución.
2. La jurisdicción: Unidad jurisdiccional y conflictos jurisdiccionales.
3. Poder judicial y Comunidades Autónomas.
4. El Ministerio Fiscal en la Constitución.
5. La participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia.
6. La jurisprudencia.
7. El derecho a la tutela jurídica de los Tribunales de Justicia.
8. La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia.