

JUSTICIA

84

1984, número II

Director:

JUAN MONTERO AROCA

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ÁLVIZ CONRADI

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ



INDICE

	<i>Pág.</i>
EDITORIAL	
<i>Prisión provisional</i>	261
ARTICULOS	
<i>Juan-Luis Gómez Colomer, La asistencia extrajudicial gratuita en la República Federal de Alemania</i>	263
<i>Juan Montero Aroca, Del Derecho Procesal al Derecho Jurisdiccional</i> ...	311
NOTAS	
<i>Manuel Cachón Cadenas, Embargo, tercerías y opción de compra</i>	349
<i>Carlos Cima García, Algunas consideraciones en torno a la aligeración de la subasta</i>	365
<i>Francisco Ramos Méndez, Arbitraje internacional: confirmación de la doctrina jurisprudencial</i>	375
JURISPRUDENCIA	
Procesal civil, por <i>Manuel Ortells Ramos</i>	399
Procesal laboral, por <i>Juan L. Gómez Colomer</i>	429
Procesal administrativa, por <i>Julio García Casas</i>	443
AUDIENCIA PUBLICA	
<i>Carta a un empresario sobre cómo montar una suspensión de pagos</i> ...	477
BIBLIOGRAFIA	
Recensiones	481
INFORMACION	
<i>José C. Barbosa Moreira, Legislación orgánica y procesal del Brasil</i> ...	493
El penúltimo cambio en materia de prisión provisional	505

JUSTICIA 84

NUMERO II

Director:

JUAN MONTERO AROCA

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ



1984

LIBRERIA BOSCH · Ronda Universidad, 11 · BARCELONA

PRISION PROVISIONAL

Las reformas de la regulación de la prisión provisional que en los últimos años hemos padecido, si no se refirieran a un capítulo importante de nuestra legislación procesal penal, con profunda incidencia en la realidad social, serían motivo para la broma, la chanza y el chascarrillo. Su importancia nos impide tomarlas a chacota, pero no puede impedirnos denunciar la imprevisión e imprudencia de nuestros legisladores.

Los artículos 503 y 504 de la ley de Enjuiciamiento Criminal permanecieron con la redacción originaria desde 1882 hasta 1980. Es cierto que se les fueron añadiendo párrafos que se referían a los delitos políticos, pero los tres requisitos esenciales del art. 503, y especialmente el segundo, quedaron inalterados. Frente a esa permanencia hemos asistido a una reforma en 1980, a otra en 1983 y estamos ahora pendientes de un proyecto de ley. Tres reformas en cinco años; tres reformas que han consistido en tejer y destejer.

En 1980 el gobierno que la propuso y el parlamento que aprobó la reforma utilizaron la prisión provisional como medida de seguridad. El aumento de la criminalidad fue combatido con un medio no previsto para ello. En 1983 se dio marcha atrás con evidente inoportunidad y dogmatismo.

La reforma fue inoportuna porque, al ir unida a otra reforma, la del código Penal, en la que se rebajaron las penas en los delitos contra la propiedad, significó la salida de la cárcel de unas seis mil personas; el problema del hacinamiento en las cárceles se «solucionó» a base de trasladarlo a las calles, y el aumento posterior de la delincuencia ha sido reconocido por el propio Gobierno.

Fue, además, dogmática porque respondió a un planteamiento ideológico que no tuvo en cuenta la realidad. El dogmatismo es enfermedad juvenil y consiste en que la ideología dice qué se debe hacer en cada caso, y eso es lo que se hace, sin tener en cuenta las circunstancias. Se olvida algo tan elemental como es que lo adecua-

Depósito Legal: Z-1.271-81

ISSN: 0211-7754

do en una situación sociológica determinada, puede ser un desastre cuando el paro y la droga son problemas de primera magnitud.

Con todo, lo más grave es que desde el Gobierno no se quiere reconocer el error cometido. Se buscan excusas por todos los lados y, como es común en estos casos, se quiere desplazar la responsabilidad. Ahora la cabeza de turco son los jueces; a ellos se les quiere achacar la responsabilidad, y se ha llegado a decir oficialmente que son ellos los responsables del aumento de criminalidad, cuando los jueces se han limitado, como siempre, a aplicar la ley.

Incluso después de remitir un proyecto de ley a las Cortes, proyecto que significa de hecho un reconocimiento expreso del error cometido, se pretende negar con las palabras lo admitido con los hechos. Hubiese sido para todos más razonable no negar lo evidente. En política hay veces que la ética obliga a admitir errores y a asumir la responsabilidad correspondiente.

ARTICULOS

LA ASISTENCIA EXTRAJUDICIAL GRATUITA EN LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA *

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

I. *Introducción*: a) Concepto; b) Fundamento; c) Finalidad. — II. *Instituciones que prestan asistencia extrajudicial*: a) Antecedentes históricos; b) Las Oficinas Públicas de Asistencia Jurídica Extrajudicial: 1. La ÖRA de Hamburgo; 2. La ÖRA de Bremen; 3. La ÖRA de Berlín; 4. Los Modelos I y II de Baviera; c) Otras instituciones que prestan asistencia; d) Incidencia de la Ley de Asistencia Extrajudicial sobre los sistemas ya existentes. — III. *Materias jurídicas objeto de asistencia extrajudicial*: a) Disciplinas jurídicas incluidas; b) Disciplinas jurídicas excluidas. — IV. *Requisitos exigidos para la concesión de la asistencia extrajudicial*: a) Económicos; b) Ausencia de temeridad; c) Falta de otras posibilidades de ayuda; d) Otros presupuestos; e) Tratamiento legal. — V. *Contenido de la asistencia extrajudicial*: a) Asistencia; b) Representación. — VI. *Organos que prestan la asistencia*: a) El Rechtsfleger del Amtsgericht; b) El Abogado. — VII. *Procedimiento*: a) Solicitud; b) Justificación de las circunstancias personales y económicas; c) La licencia; d) Tasas económicas exigidas; e) La denegación de la licencia y su impugnabilidad. — VIII. *Efectos*: a) De la concesión: 1. Económicos; 2. Con relación a la posible ayuda para costas procesales; 3. Respecto al contrario; b) Efectos de la denegación. — IX. *Apéndice Legislativo*: La Ley de 18 de junio de 1980, sobre Consejo Jurídico y Representación para Ciudadanos con escasos ingresos económicos (Ley sobre Asistencia Extrajudicial). — X. *Apéndice Bibliográfico*.

* Trabajo de investigación elaborado gracias a la concesión de una Beca DAAD para Doctores, en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, de Freiburg im Breisgau (Alemania Federal), durante los meses de octubre y noviembre de 1983. Nuestro agradecimiento por ello al Prof. Dr. SCHULTE, Presidente del DAAD, al Dr. KÜPPER, Referent para Südeuropa del DAAD, al Prof. Dr. JESCHECK y al Prof. Dr. ESER, Directores emérito y actual del MPI, al Dr. MADLENER, Referent para Spanien y Lateinamerika en el MPI, y al Sr. PERRON, doctorando del MPI, quien ha corregido la traducción y supervisado este trabajo. Debemos agradecer asimismo al Prof. Dr. LEIPOLD, la ayuda prestada y la puesta a nuestra disposición de la Biblioteca Jurídica del Seminario Jurídico de la Albert-Ludwigs-Universität, de Freiburg, de la que es catedrático de Derecho civil, laboral y procesal civil. Agradecemos asimismo a la Editorial de Munich C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung la concesión del necesario permiso para la traducción de la Ley, títulos de los parágrafos y notas, de la obra por ella editada de Schönfelder, Deutsche Gesetzestextsammlung, 62.ª ed., München, 1983, Número 98b.

ABREVIATURAS:

AG: Amtsgericht (sólo con muchas reservas podría traducirse por Juzgado de Distrito).

AnwBl.: Anwaltsblatt.

ap.: apartado.

BB: Der Betriebs-Berater.

Bd.: Band (tomo).

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil).

BGBL: Bundesgesetzblatt (Boletín Oficial Federal).

BerHG: Beratungshilfegesetz (Ley sobre Asistencia Extrajudicial).

BH: Beratungshilfe (Asistencia extrajudicial).

BRAGO: Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung (Ley Federal sobre Tasas para Abogados).

BRAO: Bundesrechtsanwaltsordnung (Ley Federal sobre la Abogacía).

BR-Drucks: Bundesrat-Drucksache (Diario del Bundesrat).

BSHG: Bundessozialhilfegesetz (Ley Federal sobre la Ayuda Social).

BT-Drucks: Bundestag-Drucksache (Diario del Bundestag).

BVerfG: Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal).

BVerfGE: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal).

CDU/CSU-Fraktion: Grupo parlamentario Demócrata-cristiano alemán.

Ed.: Editorial/Edición.

FGG: Freiwilliges Gerichtsgesetz (Ley sobre Actos de Jurisdicción Voluntaria).

GG: Grundgesetz (Ley Fundamental de Bonn).

GKG: Gerichtskostengesetz (Ley sobre Costas Judiciales).

GVBl.: Gesetz- und Verordnungsblatt (Boletín de Leyes y Reglamentos).

GVG: Gerichtsverfassungsgesetz (Ley Orgánica de los Tribunales).

Hrsg.: Herausgeber (Editor).

JRR: Jahrbuch für Rechtstheorie und Rechtssoziologie.

JZ: Juristenzeitung.

JurBüro: Das juristische Büro.

loc. cit.: lugar citado.

MDR: Monatschrift für Deutsches Recht.

NJW: Neue Juristische Wochenschrift.

Nr.: Número.

ÖRA: Öffentliche Rechtsauskunftsstelle (Oficina Pública de Información Jurídica).

österr. AnwBl.: österreichisches Anwaltsblatt.

pág.: página.

§: parágrafo.

PKH: Prozeßkostenhilfe (Ayuda para Costas Procesales).

PKHG: Prozeßkostenhilfegesetz (Ley sobre Ayuda para Costas Procesales).

RBerG: Rechtsberatungsgesetz (Ley sobre Asesoramiento Jurídico).

Rpfleger: Der Deutsche Rechtspfleger.

RpflegerG/RPflG: Rechtspflegergesetz (Ley sobre el Rechtspfleger).

RuP: Recht und Politik.

ss.: siguientes.

StPO: Strafprozeßordnung (Ley Procesal Penal).

ZPO: Zivilprozeßordnung (Ley Procesal Civil).

ZPR: Zeitschrift für Rechtspolitik.

I. INTRODUCCIÓN

a) Concepto

El acceso gratuito a la Justicia en la República Federal de Alemania se ha visto notablemente reforzado con la entrada en vigor, el día 1 de enero de 1981 (§ 16 BerHG y art. 7 PKHG, con las excepciones allí previstas), de dos Leyes reguladoras de esta materia, tanto procesal, como, y he aquí la novedad más importante, preprocesalmente.

En efecto, por Ley de 13 de agosto de 1980, denominada «Ley sobre Ayuda para Costas Procesales», se modificó radicalmente el antiguo beneficio de pobreza, reformando los §§ 114 y ss., además de otros parágrafos de otras Leyes, de la ZPO (1). A través de esta regulación, el legislador alemán ha tratado de garantizar el acceso a la Justicia (2) y la tutela judicial de los derechos individuales de los necesitados, intentando superar la barrera que suponen las costas procesales para esas personas, al establecer la exención total de las mismas o el pago aplazado, con un límite máximo de plazos, según los casos. Dicha regulación afecta a la facilitación del derecho de acción, pero en un plano exclusivamente procesal (3).

Quedaba, no obstante, sin resolver un importante problema social (4), que podía impedir gravemente a aquellos mismos necesitados el acceso a la Justicia: la falta de asistencia extrajudicial o preprocesal, por medio de la cual se adelantaban, en general, los efectos de la posible futura ayuda para costas procesales, garantizándose dicha ayuda también fuera del proceso (5), con el fin de gozar de la exención de los gastos preprocesalmente (6). La asistencia extrajudicial ha quedado garantizada precisamente por la segunda Ley a que hacíamos referencia al principio, la Ley de 18 de junio de 1980, sobre Consejo Jurídico y Representación para Ciudadanos con escasos ingresos económicos, denominada comúnmente, también por el propio legislador, Ley sobre Asistencia Extrajudicial (7), anterior en su aprobación a la de ayuda para costas procesales.

(1) Los §§ 114 y ss. ZPO han sido traducidos por nosotros, v. Gómez Colomer, Justicia 84, I, págs. 243 a 252.

(2) Reifner, JZ 1976, pág. 506.

(3) Un artículo nuestro sobre la ayuda para costas procesales alemana se encuentra en estos momentos pendiente de elaboración.

(4) Derleder, MDR 1981, págs. 448 y 449.

(5) Grunsky, NJW 1980, pág. 2047.

(6) Bischof, NJW 1981, pág. 894; BT-Drucks, Nr. 8/3311, pág. 11.

(7) Cuya traducción completa se recoge en el Apéndice Legislativo de este trabajo.

Aquí va a ser estudiada tan sólo, y brevemente por razones obvias, la Ley sobre Asistencia Extrajudicial, exponiendo sus rasgos fundamentales, con dejación consciente de los detalles que poco o nada interesan al jurista español.

b) *Fundamento*

Tanto respecto a la ayuda para costas procesales, cuanto respecto a la asistencia extrajudicial, la doctrina alemana funda la existencia de ambas regulaciones, generalmente, en el principio de igualdad, en concreto, en el principio de igualdad de oportunidades, garantizado por los arts. 3 (8) y 19, ap. (4) (9) GG (10).

La fundamentación incidía precisamente cuando se exigía la introducción en el plano legislativo de la asistencia extrajudicial, laguna legal importante, que colocaba a la República Federal en una posición inferior respecto a los países como Estados Unidos, Gran Bretaña, Holanda, Países Escandinavos, Francia, Bélgica, etc., que desde hacía tiempo tenían introducida en su legislación la asistencia extrajudicial (11).

Como veremos al considerar sus antecedentes históricos, se afirmaba por la doctrina alemana que la falta de asistencia extrajudicial, sin perjuicio de centrar sus críticas también en el beneficio de pobreza, significaba una flagrante violación del principio de igualdad (12). No basta, se decía, con que el legislador posibilite que se pueda instar judicialmente el cumplimiento del derecho subjetivo vulnerado por el perjudicado, sino que hace falta además que ese particular sepa cómo debe instar la tutela. Para lograrlo no queda más remedio, cuando las circunstancias económicas desfavorecen la

(8) El Tribunal Constitucional alemán ha declarado al respecto que la situación económica no desigual a la posición jurídica de las partes (BVerfGE, Bd. 22, pág. 86; Bd. 9, pág. 131; Bd. 10, pág. 270; y Bd. 35, pág. 355), pero la existencia de dificultades estatales en el acceso a la Justicia del necesitado económicamente, no significa desigualdad en sentido jurídico (BVerfGE, Bd. 10, pág. 270; Bd. 51, pág. 302), v. asimismo Leibholz-Rinck, págs. 180/1 a 184.

(9) Según el Tribunal Constitucional alemán, el art. 19, ap. (4) GG, garantiza no sólo el derecho formal y la posibilidad teórica de acudir a los Tribunales, sino también la efectividad de la tutela jurídica (BVerfGE, Bd. 35, pág. 274, entre otras muchas), v. Leibholz-Rinck, pág. 440/3.

(10) Baumgärtel, JZ 1975, pág. 425; Id., *Gleicher...*, pág. 1; Blankenburg, JRR, pág. 233; Blankenburg-Reifner, *Rechtshilfe für sozial...*, pág. 11; Blankenburg-Reifner, *Rechtshilfe als Teil...*, pág. 29; Lindemann, NJW 1981, pág. 1638; Rudolph, *Referat...*, págs. L23 y L24; y Schoreit-Dehn, págs. 34 y 35.

(11) Finger, MDR 1982, pág. 362.

(12) Baumgärtel, JZ 1975, pág. 425; Id. ZRP 1979, pág. 302; Fechner, JZ 1969, pág. 350; Scherl, págs. 35 y ss.; Trocker, *Gutachten...*, pág. B86; y Wassermann, RuP 1975, págs. 1 y 2.

aprehensión del «modus tutelandi», que crear las bases legales para que ello no ocurra. Y ahí la desigualdad existente, puesto que el particular económicamente fuerte puede permitirse los gastos que acarrea la información jurídica preprocesal necesaria, mientras que el débil no (13). No existiendo beneficio de pobreza preprocesal, «los menos privilegiados deben renunciar a realizar y defender sus derechos» (14). La Ley intenta acercar, pues, la posición jurídica del necesitado a la del potente, persiguiendo que el principio de igualdad sea un poco menos «imposible» de alcanzar, garantizando la información, asistencia, asesoramiento o representación jurídicas, de aquellas personas que por circunstancias normalmente culturales, derivadas de su estado económico, no saben cómo lograr el cumplimiento o, si fuera necesario, la tutela judicial, de su derecho subjetivo vulnerado, en base a la ayuda que un Tribunal específico o los propios miembros de la Abogacía le pueden prestar, conforme a los presupuestos legales exigidos.

c) *Finalidad*

Basándose en consecuencia la asistencia extrajudicial en el principio de igualdad, cumple la misma finalidad que la ayuda para costas procesales en el proceso, sólo que fuera de él y, normalmente, previamente a él (15). Son dos instituciones, por tanto, que tienen una finalidad idéntica: facilitar el derecho de acción de las personas, en terminología legal española, pobres, una antes del proceso, con el fin de intentar solucionar el problema extraprocésalmente por medio de acuerdo o, v. gr., para informarse sobre las perspectivas de éxito, actitud previa del oponente, garantías de cumplimiento del derecho, etc., la asistencia extrajudicial; y otra, en el proceso, para lograr que la amenaza de las costas no aparte a un gran sector de la población de la Administración de Justicia, la ayuda para costas procesales (16). Ambas gozan pues de la misma naturaleza y cumplen la misma finalidad, sólo que en dos fases distintas del iter realizativo del derecho.

Ciertamente, la Ley debe allanar para lograr ese fin los graves obstáculos con los que se ha encontrado siempre el justiciable necesitado económicamente, a la hora de intentar la defensa jurídica de

(13) Vide sobre ello, Trocker, *loc. cit.*

(14) Baumgärtel, *Gleicher...*, pág. 1.

(15) Nöcker, Rpfleger 1981, pág. 1; Reifner, JZ 1976, pág. 506; Röper, pág. 10; Rosenberg-Schwab, pág. 512; Rudolph, *Referat...*, págs. L23 y L24; y BT-Drucks, Nr. 8/3695, pág. 7.

(16) Vide la fundamentación del Proyecto del CDU/CSU-Fraktion, en BT-Drucks, Nr. 8/1713, pág. 5.

los derechos vulnerados. En resumen, estos obstáculos han sido fundamentalmente tres:

1) Desconocimiento por parte de esas personas de sus propios derechos: Ya nos hemos referido indirectamente a esta cuestión, pero parece conveniente insistir en que el necesitado tiene ante todo que superar dos barreras. En primer lugar, tomar consciencia de que la cuestión suscitada es un problema jurídico y, además, ser consciente después de que el problema jurídico puede resolverse por medio de los instrumentos jurídicos existentes; en segundo lugar, debe «animarse» a emprender una acción jurídica, es decir, debe convenirse de que quiere y va a ejercer su derecho de acción (17).

2) Temor al Abogado y entorno que le rodea, por su lenguaje, «modus actuandi», categoría social, etc.: La diferencia de clases, la utilización de distinto lenguaje entre Abogados y clientes de clases bajas, la desconfianza de éstos acerca del interés y capacidad del Abogado ante un asunto poco atractivo económicamente (18), etc., son factores importantes que operan negativamente a la hora de que el necesitado se decida a mover los resortes jurídicos que tutelan su derecho (19).

3) La más importante dificultad o barrera estriba sin duda en el temor a la posible condena en costas (20). Este impedimento de

(17) Véanse Trocker, *Gutachten...*, págs. B87 y B88; y von Aulock, JRR, págs. 94 y 95. Wassermann, RuP 1975, pág. 2, propone como buen camino para acabar con la desinformación jurídica la enseñanza en escuelas y colegios, así como programas informativos en televisión. De hecho, el segundo canal de televisión alemana, ZDF, emite desde hace tiempo programas dedicados a los problemas jurídicos de los jóvenes («Spielregeln»), o a los de tráfico («Verkehrsgericht»); por su parte, el Prof. Eser dio varias lecciones televisivas sobre el funcionamiento del proceso penal alemán a principios de 1983.

(18) Scherl (en Rasehorn, Hrsg.), págs. 46 y 47; von Aulock, JRR, págs. 94 y 95, con especificación de varias causas más respecto al Abogado.

(19) Reifner, JZ 1976, pág. 506, da a conocer el preocupante resultado de una encuesta realizada en Berlín en 1975. La pregunta fue: «¿Por qué, cuando Vd. ha tenido un problema jurídico, no ha consultado a un Abogado?». Las respuestas, las siguientes: 1) Un abogado es demasiado caro; 2) Yo soy demasiado pobre para pagar a un Abogado; 3) No sé cómo debo comenzar ante el Abogado; 4) Sólo quiero que me asista o aconseje una vez y no que me represente; 5) Porque no quiero acudir a él; 6) El consejo del Abogado es demasiado superficial; 7) Porque no quiero ir al proceso; 8) A los Abogados les es exactamente igual si gano o si pierdo, porque en cualquier caso cobran; 9) Porque no he tenido contacto nunca con los Abogados y por ello no conozco ni su práctica, ni sus posibilidades.

(20) En el proceso civil alemán rige, en materia de costas y como regla general, el principio del vencimiento (§ 91, ap. (1) ZPO), v. sobre este principio, Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, págs. 185 y 190; Rosemberg-Schwab, págs. 471 a 476; y Zöllner, pág. 370. Vide asimismo los comentarios al art. 54 GKG de Hartmann, págs. 222 y ss.

acceso a la Justicia ha sido señalado prácticamente por la totalidad de los autores que, directa o indirectamente, han estudiado la asistencia extrajudicial (21), aportando cifras y estadísticas altamente preocupantes en la República Federal (22). Este temor opera indefectiblemente de forma negativa, apartando de la Justicia a quienes, de darse la condena, no podrían sufragar las costas (23).

Las cuestiones jurídicas que la Ley sobre Asistencia Extrajudicial trata de cubrir son amplísimas. Como ejemplos prácticos ilustrativos del campo de aplicación de la misma, podemos citar los siguientes:

a) *Ejemplo 1:* A, casado, con un hijo, con ingresos netos mensuales de 800 DM, en malas relaciones matrimoniales, lleva meses pensando en divorciarse de B, quien está de acuerdo con él, pero no se atreve a dar el paso necesario para acudir a un Abogado porque ignora: Primero, si el mutuo consenso matrimonial, como único motivo, es causa de divorcio; segundo, cuánto le costará el proceso y los alimentos de su mujer y de su hijo; y tercero, cuánto le costará el Abogado.

b) *Ejemplo 2:* A, obrero con ingresos netos mensuales de 1000 DM, compra un coche nuevo a la empresa B, descubriendo un mes después de la compra que el coche tenía un defecto interno por el que le piden de reparación 2000 DM, no estando cubierto en la garantía por entender B que se ha debido a

(21) Baumgärtel, *Gleicher...*, pág. 2; Blankenburg, ZRP 1976, pág. 94; Borkelmann, ZRP, pág. 165; Fechner, JZ 1969, págs. 352 y 353; Redeker, *Referat...*, pág. L31, pero restando importancia al problema de las costas, por considerar mucho más graves otros; Reifner, JZ 1976, pág. 505; Röper, ZRP 1975, pág. 252; Scherl, pág. 53; y Wassermann, *Der soziale...*, págs. 186 a 188.

(22) Una idea exacta del problema la dan Baumgärtel, *Festschrift...*, pág. 948, y Grunsky, *Gutachten...*, pág. A8, aquél por medio de estadísticas y éste por medio de ejemplo:

1) En 1976, las costas de un proceso civil, con Abogado, en el que se ha practicado prueba, eran las siguientes:

Cuantía litigiosa	Costas
1000 DM	1274,70 DM
2000 DM	1947,— DM
3000 DM	2822,— DM
4000 DM	3396,70 DM
5000 DM	4267,91 DM
10000 DM	7668,50 DM
20000 DM	12264,— DM

2) El ejemplo por medio del cual explica Grunsky el riesgo que pueden significar las costas para una persona necesitada, es el siguiente (también año 1976): El objeto litigioso es de 1000 DM; existen dos instancias que terminan ambas con sentencia, habiéndose practicado prueba en la primera instancia. Las costas son 253,50 DM las judiciales y 874,40 DM las de los Abogados de ambas partes, debiendo añadirse todavía las eventuales indemnizaciones a testigos y peritos, así como los gastos exigidos por la GKG. Las costas son así muy superiores a la cuantía del objeto litigioso.

(23) Baumgärtel, *Gleicher...*, pág. 2.

mala conducción de A. Este quiere saber: Primero, si la Ley obliga a B a cubrir cualquier defecto interno estando el coche en garantía, sea cual fuere la causa; segundo, si tiene derecho a que B le devuelva el dinero que pagó entregando el coche o a un coche nuevo; tercero, si puede reclamar daños y perjuicios; y cuarto, si ganando aquella cantidad tendrá derecho a la asistencia extrajudicial gratuita que le resuelva estos problemas y, en su caso, a la ayuda para costas procesales.

c) *Ejemplo 3:* A, trabajador en paro, yendo caminando por una acera cubierta de nieve y hielo en el mes de enero, que, conforme obliga la Ley, no había sido limpiada por B, propietario de la casa de enfrente obligado a ello, resbala y se rompe el brazo izquierdo. La lesión es cubierta por el seguro de enfermedad de A, quien repercute sobre B los costes, pero A quiere saber si puede reclamar además daños y perjuicios, porque durante los 2 meses que estuvo escayolado perdió dos oportunidades de volver a trabajar.

De lo expuesto hasta ahora, se deduce, pues, que la asistencia extrajudicial es la institución que ha sido regulada por el legislador para ofrecer, a quien no pueda costear los honorarios de un Abogado, asistencia y representación prácticamente gratuitas, de forma tal que pueda consultar al Abogado o a un órgano específico de un Tribunal, el problema jurídico que, en principio, no está pendiente ante el Tribunal.

La asistencia engloba casi todas las ramas del Derecho, y no es sino la generalización legal de determinadas formas de asistencia extrajudicial que se prestaban, y se siguen prestando, en la República Federal de Alemania desde hace ya tiempo.

La institución es regulada por la Ley de forma sencilla en cuanto a su estructura, quizá excesivamente breve para los importantes problemas que se plantean o se pueden plantear, como veremos. En efecto, el esquema seguido parte de las siguientes premisas:

1. Regulación de la competencia y órganos que prestan la asistencia extrajudicial (§§ 3, 4 y 7).
2. Presupuestos objetivos y subjetivos que debe reunir el solicitante de la asistencia extrajudicial para que le sea concedida (§ 1), y su justificación (§§ 4 y 7).
3. Extensión de la asistencia y materias jurídicas sobre las que puede recaer (§ 2).
4. Procedimiento a seguir (§§ 5 y 6).
5. Efectos (§§ 6 y 9).
6. Tasas a pagar por el solicitante de la asistencia extrajudicial si le es concedida (§ 8).
7. Otras disposiciones particulares (§§ 13 a 16).

Además, la Ley se ha visto obligada necesariamente a reformar otras Leyes, tanto en lo relativo a las tasas a percibir por el Abogado del propio Estado (§ 10, que modifica los §§ 131 a 133 BRAGO), como la obligatoriedad de aceptación de la asistencia por parte del Abogado (§ 11, que añade el § 49a a la BRAO), y la adaptación de la nueva regulación a la RPfIG (§ 12, que modifica el § 3 RPfIG, redacta de nuevo el título del Tercer Apartado de la RPfIG, y añade el § 24a a dicha Ley).

Veamos en consecuencia el desarrollo de esta estructura legal, describiendo previamente, de forma breve como es lógico, la evolución histórica que se ha producido en la República Federal de Alemania hasta la entrada en vigor de la Ley de 1980.

II. INSTITUCIONES QUE PRESTAN ASISTENCIA EXTRAJUDICIAL

a) Antecedentes históricos

En efecto, desde hace aproximadamente unos 100 años, han existido en Alemania diferentes instituciones que, en desarrollo de los fines por los que habían sido creadas, han prestado a sus miembros asistencia jurídica extrajudicial, bien es verdad que nunca con carácter general, como ahora determina la Ley de Asistencia Extrajudicial, sino limitada a los asuntos propios de su competencia, fijada en sus estatutos. Tampoco se prestó, y se presta, siempre por Abogados, puesto que era un derecho coligado a la cualidad de miembro de la institución, sin que se exigieran más presupuestos que éste normalmente, siendo la persona encargada por esa institución, fuera o no Abogado, quien prestaba la asistencia.

Los hitos históricos más importantes en el desarrollo de esta institución, pueden resumirse de este modo:

1. La asistencia se prestó en primer lugar por asociaciones benéficas y por sindicatos. Se registra así la Oficina de Información Jurídica de la Asociación Popular Católica de Essen, en 1890, cuyo sistema se propagó rápidamente a otras organizaciones católicas y a las Oficinas Populares Evangélicas protestantes; y, en cuanto a los sindicatos, por la creación de las Secretarías de los Trabajadores. Asimismo, las comunidades de las diferentes poblaciones introdujeron poco después las Oficinas de Información Jurídica, v. gr., en 1896 en Hamm i. W., generalizándose a finales de siglo. La de Frankfurt a. M., en 1905, sirvió como modelo a todas las demás. A comienzos de siglo se dio otro paso más, pues nacieron las Oficinas Públicas de Información Jurídica, en Hamburgo (1901), que permanece hoy y a la que nos referiremos más adelante, en Lübeck (1905), etc., fundándose en 1906 la Federación de Oficinas de Asistencia Jurídica, siendo el número de ellas en 1914 de unas 500 aproximadamente (24). Por su parte, la Abogacía comenzó a preocuparse por el tema, proponiendo en 1894 que los Abogados estuvieran obligados socialmente a prestar asistencia jurídica a los necesitados, comenzando a concretarse ello en Frankfurt a. M. y en Karlsruhe, en 1905, recogiendo como acuerdo de las XIX Jornadas de Abogados Alemanes, que tuvieron lugar en 1909 (25).

2. La crisis siguiente a la I Guerra Mundial retrasó y dificultó el desarrollo de la asistencia extrajudicial, que volvió a resurgir en 1933, contabilizándose unas 230 Oficinas de Información en toda Alemania, en las que participaba activamente la Abogacía, sobre todo, tras la crisis mundial de 1929 (26). El sistema fue destruido por el nacionalsocialismo, creándose y funcionando

(24) Baumgärtel, *Gleicher...*, pág. 7; Falke, págs. 14 y 15; Finger, págs. 5 y ss., con estadísticas más completas; y Röper, pág. 26.

(25) Véase Baumgärtel, *Gleicher...*, pág. 8, en donde se recoge textualmente el acuerdo.

(26) Vide Klinge, págs. 29 y 30.

desde 1933 a 1945 la nueva organización «Asesoramiento Jurídico de los Abogados Alemanes», que asumió la defensa de los necesitados en el campo extrajudicial, siendo asistido el necesitado miembro del partido nacionalsocialista por las «Oficinas Jurídicas Regionales», del propio partido nazi (27).

3. Tras la II Guerra Mundial, se reinstauran en Hamburgo (1946) y en Lübeck (1947), las Oficinas Públicas de Asistencia Jurídica, y en Berlín en 1947 (28). La asistencia se prestó, pues, por Abogados, autoridades y por asociaciones específicas, con fines eminentemente sociales y de defensa de sus socios o de los necesitados, según los casos (29). Con posterioridad a 1957, multitud de asociaciones y autoridades han venido desarrollando la asistencia extrajudicial, pero generalmente tan sólo en el campo que era propio de sus actividades (30). A ellas nos referiremos brevemente más adelante, así como a las Oficinas de Asistencia más importantes (las ÖRA y los Modelos bávaros), debiendo en este momento enlazar la línea de exposición con la preocupación legislativa por el problema (31).

4. En efecto, ante la existencia de tal variedad de instituciones asistenciales (32), se fue formando un movimiento prounificación de la asistencia y extensión a todos los campos jurídicos, prestada por Abogados (la denominada «Solución-Abogado»), pero manteniendo las Oficinas Públicas y las formas de asistencia existentes (33). De ese movimiento se hicieron eco tanto la Abogacía como el Parlamento. Así, en 1973, el Ministro Federal de Justicia JAHN, invitó a la Asociación Alemana de Abogados a que propusieran un Modelo de Asistencia Extrajudicial sobre el que discutir (34), que una vez presentado, fue comunicado a la Conferencia de Ministros de Justicia de los Länder, para que a su vez lo discutieran (35). Consecuentemente, dicha Conferencia (6 y 7 de mayo de 1974), decidió investigar y dar solución al problema de la asistencia extrajudicial de las personas económicamente débiles, aceptándolo el Ministro Federal de Justicia e introduciéndolo en su programa de trabajo para la VII

(27) Baumgärtel, *Gleicher...*, págs. 8 y 9; Finger, *pág. 9*; Kierdorf (en Rasehorn, Hrsg.), *pág. 69*; y Klinge, *pág. 30*.

(28) Baumgärtel, *Gleicher...*, *pág. 9*; y Klinge, *págs. 30 y ss.*

(29) Con la excepción de la Zona Ocupada por los Estados Unidos, en donde la asistencia se presta también por el Amtsgericht, v. Baumgärtel, *loc. cit.*

(30) Véase Trocker, *Gutachten...*, *pág. B86*; y Röper, *pág. 10*.

(31) Sobre la situación en Austria, v. König, *österreich. AnwBl.*, *págs. 60 y 61*.

(32) Citamos como ejemplo, además de los ya dichos en el texto, de personas e instituciones que prestan asistencia, las siguientes: Notarios, autoridades públicas (§ 3 RBERG), la Oficina Social prevista en el § 8, II BSHG, corporaciones públicas, asociaciones profesionales, expertos en materia fiscal, automóvil-clubes en el campo de seguros de vehículos de motor, etc., etc., v. Baumgärtel, *Gleicher...*, *págs. 9 a 32*, Blankenburg, *JRR*, *págs. 246 y ss.*; Klinge, *págs. 33 y ss.*; Blankenburg-Reifner-Gorges-Tiemann, *págs. 187 y ss.*; Finger, *págs. 14 y ss.*; Scherl, *págs. 67 y ss.*; y Schoreit, *págs. 24 y ss.*

(33) Véanse, con diferentes propuestas de modalidad de introducción de asistencia, desde el mero consejo al seguro obligatorio de protección jurídica, Baumgärtel, *JZ 1975*, *pág. 425*; Bokelmann, *ZRP 1973*, *pág. 165*; Demmer, *AnwBl. 1979*, *pág. 251*; Redeker, *Referat...*, *pág. L46*; Rudolph, *Referat...*, *pág. L173 a L175*; Scherl, *pág. 52*; Trocker, *Gutachten...*, *págs. B90 y B91*; y With, *AnwBl. 1974*, *pág. 305*.

(34) Publicado en *AnwBl. 1974*, *págs. 254 y ss.*; vide además, Klinge, *pág. 24*.

(35) Véase Klinge, *pág. 25*.

Legislatura (36). Posteriormente (37), entre 1974 y 1977, la actividad sobre esta materia fue intensísima, desarrollándose en los diferentes Länder ensayos sobre modelos de asistencia (38), discutiéndose además sobre ello en las XXXVIII Jornadas de los Abogados Alemanes (Berlín, 1974), en las LI Jornadas de Juristas Alemanes (Stuttgart, 1976), y en las XXXIX Jornadas de los Abogados Alemanes (Munich, 1975) (39).

5. Los antecedentes más próximos culminan con la presentación por parte del Grupo Parlamentario del Partido demócrata-cristiano alemán (CDU/CSU-Fraktion), entonces en la oposición, del «Proyecto (proposición) de Ley sobre la Asistencia Jurídica Extrajudicial y Representación para Ciudadanos con escasos ingresos económicos» (40). Este partido político fundamentaba la oportunidad de la presentación del proyecto en las siguientes consideraciones: a) El Estado, como titular del Ordenamiento Jurídico, está obligado a asegurar que sea posible a cada ciudadano, incluso a los de modestos ingresos económicos, obtener de los estamentos especializados la ayuda necesaria para que pueda tener conocimiento de sus derechos y sepa cómo realizarlos (41); b) La asistencia y representación extrajudiciales, así como la PKH, son deberes de la Administración de Justicia, estando encargados de esos deberes como únicas personas los abogados (42); c) Las ÖRA deben rechazarse porque no garantizan totalmente el principio de igualdad de oportunidades y tampoco la libertad de elección del Abogado (43); d) El Abogado debe recibir por su actividad un pago adecuado del Estado, pero subsidiariamente, es decir, cuando el Abogado no pueda cubrir sus honorarios por otros medios legalmente establecidos (44); e) El procedimiento debe ser muy simple, pudiendo el solicitante dirigirse tanto al AG, como al Abogado de su elección (45). Este Proyecto (46) fue discutido en el Bundestag el día 27 de abril de 1978, y admitido en sus líneas esenciales por todos los partidos parlamentarios.

6. Pero también desde principios de 1978, el Ministro Federal de Justicia trabajaba en un proyecto similar (47), presentado finalmente ante el Bundes-

(36) Baumgärtel, *Gleicher...*, *págs. 4 y 5*.

(37) Debe indicarse ahora que el Consejo de Europa se ocupó del tema en el VI Coloquio Europeo (mayo de 1976).

(38) Klinge, *pág. 26*; Scherl, *págs. 82 y ss.*; y von Aulock, *JRR*, *págs. 99 y ss.* Estos autores estudian dichos ensayos en particular.

(39) Véanse los diferentes temas de esas jornadas y propuestas más importantes en Klinge, *págs. 26 a 29*.

(40) Publicado en BT-Drucks, Nr. 8/1713, el día 17 de abril de 1978.

(41) BT-Drucks, Nr. 8/1713, *pág. 5*.

(42) BT-Drucks, Nr. 8/1713, *loc. cit.*

(43) BT-Drucks, Nr. 8/1713, *loc. cit.*, fundamentación que luego no cuajó, como veremos.

(44) BT-Drucks, Nr. 8/1713, *loc. cit.*

(45) BT-Drucks, Nr. 8/1713, *loc. cit.*

(46) Basado en gran medida en el Proyecto de la Asociación Alemana de Abogados, v. Klinge, *pág. 41*.

(47) Que se basaba igualmente en la «Solución-Abogado», es decir, en asignar la asistencia extrajudicial a los Abogados, v. Klinge, *loc. cit.* Sirva esta nota para aclarar que la BerHG no tiene nada que ver con la Rechtsberatungsgesetz (RBERG), de 13 de diciembre de 1935, cuya finalidad es proteger a la Abogacía, pues según ella los Abogados son los únicos legitimados a asesorar jurídicamente sobre problemas jurídicos, salvo las personas que la propia Ley (§ 3 RBERG), por motivos especiales, exceptúa.

tag bajo el título «Proyecto de Ley sobre Ayuda a través de Asistencia y Representación gratuitas en los asuntos jurídicos fuera de un procedimiento judicial» (48). Las líneas básicas del Proyecto del Gobierno, entonces el partido socialdemócrata alemán (SPD), eran: a) El asesoramiento es un trabajo conjunto de las Oficinas estatales y de los Abogados, pero previéndose dos excepciones por motivos prácticos: la posibilidad de dar información rápida por el AG, en base a que en la práctica buen número de ciudadanos acuden a los Tribunales en busca de información jurídica, solución que descarga de trabajo a la Abogacía y es más cómoda para el ciudadano; y en segundo lugar, que, en casos de urgencia, el Abogado debe poder decidir sobre la autorización de utilización de la BH (49); b) La asistencia extrajudicial es una parte de la asistencia en el proceso, pero dada la existencia de múltiples leyes procesales, es preferible regularlo en una sola (50); c) La limitación económica que se hace en la Ley se adecúa a lo previsto en el § 3 BSHG, previéndose excepciones en el § 3, ap. 4) del Proyecto (51); d) Atribuir la competencia al AG, concretamente al Rechtspfleger (52), porque el peso más grave de las interpellaciones pertenece al campo del Derecho civil (53); e) La determinación del pago al Abogado, que ha asistido al necesitado, no debe complicarse por medio de acuerdos administrativos sobre el valor de la consulta profesional y las circunstancias enumeradas en el § 12 BRAGO, de ahí que el Proyecto prevea un pago global independientemente del valor comercial de la consulta (54); f) En Berlín, Bremen y Hamburgo, existen ya desde hace tiempo sistemas de asistencia extrajudicial, prestada por autoridades administrativas o corporaciones de Derecho público, en base a las especiales relaciones territoriales de esas Ciudades-Estado. No deben sustituirse, ni debe ordenarse, que rija para ellos el sistema del Proyecto, que sólo debe ser aplicado en ellas, cuando sea necesaria la representación del solicitante frente a un tercero o autoridad por un Abogado (55).

7. Sin embargo, el Bundesrat consideró, en su Sesión de 28 de septiembre de 1979 (56), estando de acuerdo con la finalidad de garantizar la asistencia extrajudicial a los ciudadanos con escasos ingresos económicos, que no existían razones esenciales para dar solución legal al problema, pues, en su opinión, bastaba con las soluciones alternativas ya existentes; por otra parte, el Proyecto del Gobierno no alcanzaba la meta de dar forma a la BH en todos los Länder, meta sobre la que podrían no existir intereses esenciales (57). El Bundestag (58) contestó afirmando claramente que la regulación por medio de Ley era necesaria, porque las soluciones alternativas no eran suficientes, debiendo servir ello no obstante las existentes para ayudar a la BH, y no para sustituirla; por otro lado, que todas las fuerzas parlamentarias la consideraban necesaria en la República Federal, fundamentalmente la oposición, que ya

(48) Publicado en BT-Drucks, Nr. 8/3311, el día 2 de noviembre de 1979; v. el comentario de Finger, págs. 29 a 40.

(49) BT-Drucks, Nr. 8/3311, pág. 9.

(50) BT-Drucks, Nr. 8/3311, loc. cit.

(51) BT-Drucks, Nr. 8/3311, loc. cit.

(52) Sobre el concepto de Rechtspfleger, v. págs. 289, 290 y nota 151.

(53) BT-Drucks, Nr. 8/3311, loc. cit.

(54) BT-Drucks, Nr. 8/3311, loc. cit.

(55) BT-Drucks, Nr. 8/3311, págs. 9 y 10.

(56) Véanse BT-Drucks, Nr. 8/3311, pág. 17; y Finger, pág. 40.

(57) Vide Klinge, pág. 42.

(58) BT-Drucks, Nr. 8/3311, pág. 18.

había presentado su propia proposición en este sentido y, por último, que las soluciones alternativas a las que se ha hecho referencia, no existen en todos los Länder y que, donde existen, presuponen normalmente la colaboración voluntaria de la Abogacía, razones todas ellas que no apoyan las dudas del Bundesrat, considerándose necesario regular legalmente la BH (59), dándose al Proyecto la tramitación constitucional exigida para convertirse en Ley (60).

8. En consecuencia, el Proyecto pasó a comisión (61), que dictaminó formulando unas recomendaciones, bajo la idea fundamental de aunar y resumir los dos Proyectos existentes (62), de entre las que destacamos las siguientes (63): a) Rechazar la opinión contraria del Bundesrat en base a que las soluciones alternativas no existen en todos los Länder y porque se basan en disposiciones administrativas desiguales; b) Facilitar los presupuestos, combinando este proyecto de Ley con el Proyecto de Ley sobre Ayuda para Costas Procesales; c) No extender la asistencia a todas las materias jurídicas, eliminando la representación del campo del Derecho penal, y excluyéndola totalmente en el campo del Derecho social y laboral; d) Facilitar hasta el máximo posible el camino para obtener el consejo, el asesoramiento o la representación; e) Regular las relaciones entre esta Ley y las ÖRA ya existentes en Berlín, Bremen y Hamburgo, manteniendo la preferencia en esas Ciudades-Estado por el sistema allí vigente desde hace tiempo.

9. Tras los pasos legales necesarios y con las modificaciones pertinentes en las que se sintetizaron acertadamente ambos Proyectos (64), se promulgó la Ley vigente, objeto de nuestro estudio en este trabajo.

b) Las Oficinas Públicas de Asistencia Jurídica Extrajudicial

El § 14 BerHG mantiene la competencia de las ÖRA de Berlín, Bremen y Hamburgo para la prestación de la asistencia extrajudicial, sin que sea aplicable la BerHG, salvo para Berlín, en donde el legislador ha facultado al solicitante para que elija entre el sistema de la ÖRA y el establecido en la Ley (§ 14, 2). Pero la Ley ha tenido en cuenta también, a la hora de regular la asistencia extrajudicial, las experiencias habidas en el seno de los más recientes Modelos I y II bávaros.

1. *La ÖRA de Hamburgo.* La Oficina Pública de Asistencia Extrajudicial (ÖRA) de Hamburgo se fundó, como sabemos, en 1901, si bien solamente a partir de 1946 puede decirse que goza de las características actuales (65). Legalmente es una institución pública de Derecho social y laboral, bajo el control de las autoridades del Ministerio de Justicia, en la que trabajan personal especializado, Jueces y Abogados, existiendo una Oficina central y 23 sucursales,

(59) Klinge, págs. 42 y ss.; y Finger, págs. 41 a 46.

(60) Arts. 76 a 78 GG, v. Hamann-Lenz, págs. 532 y ss.; Leibholz-Rinck, págs. 731 y ss.; y Maunz-Dürig, t. II, comentarios a los arts. 76 a 78.

(61) La VI Comisión Jurídica.

(62) BT-Drucks, Nr. 8/3695, de 22 de febrero de 1980, pág. 7, v. Finger, MDR 1982, págs. 362 y 363.

(63) BT-Drucks, Nr. 8/3695, págs. 7 a 9.

(64) Grunsky, NJW 1980, pág. 2047; sobre el desarrollo final del Proyecto, v. Finger, págs. 46 y ss.

(65) Falke, JRR, pág. 17.

distribuidas por los diferentes barrios, siendo libre la colaboración de los Abogados en esta institución (66).

Su función consiste en aconsejar y asistir gratuitamente en los asuntos jurídicos de todas clases a los necesitados económicamente (67), que lo soliciten (68). Su competencia se extiende, resumidamente, a la prestación de las siguientes funciones: a) Análisis de si la demanda o solicitud tienen perspectivas de éxito; b) La mediación del Abogado si el asunto está ya pendiente ante un Tribunal; c) Contacto telefónico o por escrito con la otra parte; d) Logro de un buen acuerdo a través de las gestiones necesarias (69); e) Es órgano de conciliación civil, siendo título ejecutivo el contrato de conciliación ante ella firmado (§ 794, ap. (1), Nr. 1 ZPO), así como para conocer de la conciliación penal (§ 380, 1 StPO) (70); f) Expide los certificados de pobreza necesarios para acreditar la situación económica y poder gozar del beneficio de pobreza, hoy ayuda para costas procesales (71); y, en general, todo acto de asesoramiento o dación de consejo.

De las estadísticas se deduce (72), que la asistencia extrajudicial se prestó fundamentalmente por los Abogados de la ÖRA en las siguientes materias: un 25,2 %, en Derecho de familia; un 20,5 %, en materia de deudas contractuales; un 17,3 %, en arrendamientos urbanos y rentas arrendaticias; y un 11,2 %, en Derecho laboral (año 1977) (73).

Se ha criticado a esta institución, por la doctrina (74), y por el Parlamento (75), que no puede abarcar fructíferamente todo el campo que requiere la prestación de la asistencia extrajudicial, no siendo clara en ocasiones la frontera entre actividad mediadora y representación de intereses; por otro lado, se aparta muchas veces de las exigencias de neutralidad y de imparcialidad, además del problema que puede suponer el ser voluntaria la colaboración de la Abogacía. Sin embargo, el Parlamento, por medio de su VI Comisión, no consideró conveniente que la BerHG rigiera en Hamburgo, sino el sistema de la ÖRA, en base al argumento de que el mismo era ya conocido por los habitantes de dicha ciudad (76).

2. *La ÖRA de Bremen.* La Oficina Pública de Asistencia Extrajudicial de la ciudad hanseática libre de Bremen, está regentada, por encargo del Senado de Bremen de 1 de septiembre de 1975, por la Cámara de Trabajadores, corporación de Derecho público (77), prestándose la asistencia extrajudicial por las

(66) Hennings (en Rasehorn, Hrsg.), págs. 80 y 81; Finger, págs. 16 y 17; Schoreit, págs. 38 y 39; y Schoreit-Dehn, págs. 124 y 125.

(67) Se aplica el concepto de necesidad desarrollado en el § 79 BSHG, v. Hennings (en Rasehorn, Hrsg.), págs. 84 y 85.

(68) Falke, JRR, pág. 18; y Finger, pág. 17.

(69) Baumgärtel, *Gleicher...*, pág. 38; y Schoreit, pág. 40.

(70) Falke, JRR, págs. 18 y 19; y Schoreit, págs. 41 y 42.

(71) Falke, JRR, pág. 19; y Schoreit, pág. 42.

(72) Consultense Blankenburg, ZRP 1976, pág. 96; Hennings (en Rasehorn, Hrsg.), págs. 85 y 86; Falke, JRR, págs. 21 y ss.; Finger, pág. 21; y Röper, pág. 32.

(73) Finger, pág. 21.

(74) Por ejemplo, Trocker, *Gutachten...*, pág. B89.

(75) Véase BT-Drucks, Nr. 8/3311, pág. 18.

(76) BT-Drucks, Nr. 8/3695, pág. 10.

(77) Kühl (en Rasehorn, Hrsg.), pág. 90; Schoreit, págs. 49 y 59; Schoreit-Dehn, págs. 125 a 129.

personas que tengan la capacidad de ejercer el cargo de Juez, aunque no lo ejerzan, o por personas que hayan aprobado el examen superior del allí denominado Servicio Jurídico (78), es decir, por las personas que hayan aprobado el segundo examen exigido para la obtención del título equivalente a nuestro «Licenciado en Derecho».

Su función consiste (79), como la ÖRA de Hamburgo, en prestar gratuitamente asistencia extrajudicial a todos los ciudadanos del Land de Bremen que justifiquen patrimonialmente que no pueden costearse un Abogado (80).

3. *La ÖRA de Berlín.* La Oficina Pública de Asistencia Extrajudicial berlinesa, occidental lógicamente, proviene de 1907, gozando del carácter público a partir de 1948, y habiendo sido regulada su actividad últimamente, por disposiciones administrativas, en 1974 (81).

Al igual que la ÖRA de Hamburgo, las personas que cumplen los presupuestos exigidos por la BSHG, pueden solicitar y obtener la asistencia extrajudicial gratuitamente (82), pero no se concede la asistencia o se procede a la dación del consejo jurídico, en sentido propio, cuando el solicitante puede ser ayudado mediante una mera información (83).

La asistencia se extiende a todas las ramas del Derecho, incluso cuando el solicitante pretenda demandar al Land de Berlín o impugnar actos administrativos (84), y es prestada fundamentalmente, bien por los Abogados (85), bien por empleados especializados que no tienen dedicación exclusiva (86).

4. *Los Modelos I y II de Baviera.* Como consecuencia de un acuerdo del Gobierno bávaro de 30 de julio de 1974, y de posteriores acuerdos con las Asociaciones Territoriales de Abogados, se ensayaron en el Estado Libre de Baviera dos Modelos (87):

a) *Modelo I.* Las oficinas de asistencia extrajudicial, ocupadas por Abogados, están instaladas en el Amtsgericht, teniendo derecho a acudir a ellas en busca de asistencia las personas que cumplieran los presupuestos del, hoy derogado, § 114 ZPO. El solicitante debía pagar 10 DM, recibiendo el Abogado 30 DM por hora, siendo pagada la diferencia por el Estado. Este Modelo se implantó definitivamente en Munich, Aschaffenburg y Rosenheim (88).

b) *Modelo II.* La gran importancia de este Modelo es que ha inspirado decisivamente a la Ley vigente (89). En efecto, las personas que puedan obtener la asistencia conforme al Modelo I, recibirán del Amtsgericht una licencia

(78) Kühl (en Rasehorn, Hrsg.), pág. 92.

(79) Véanse estadísticas sobre la práctica en Kühl (en Rasehorn, Hrsg.), págs. 92 a 94.

(80) Se le hacen las mismas críticas que a la Oficina de Hamburgo, v. notas 74 y 75.

(81) Las disposiciones pueden consultarse en Schoreit, págs. 118 a 121.

(82) Röper, págs. 34 y 35; Schoreit, págs. 46 y 47; y Schoreit-Dehn, págs. 129 y 130.

(83) Schoreit, pág. 47.

(84) Schoreit, *loc. cit.*

(85) Véase la explicación y estadísticas que da Reifner, JRR, págs. 49 a 51, y 59 a 63, y en JZ 1976, pág. 505.

(86) Schoreit, *loc. cit.*

(87) Véanse Finger, pág. 22; y von Aulock, JRR, pág. 99.

(88) Finger, *loc. cit.*; y von Aulock, *loc. cit.*

(89) Finger, *loc. cit.*; y BT-Drucks, Nr. 8/3311, pág. 10.

con la que podrán dirigirse a un Abogado de su confianza (90), y, pagando 10 DM, ser asistidos en consecuencia por él, quien recibirá otros 20 DM del Estado, siempre y cuando la cuestión no pueda ser resuelta directamente por el Rechtspfleger del Amtsgericht. Entre otras ciudades bávaras, se ensayó en Würzburg y Bamberg (91).

c) Otras instituciones que prestan asistencia

La asistencia jurídica para unos concretos fines estaba ya garantizada en la República Federal de Alemania por determinados preceptos legales (92), los cuales concedían y conceden al solicitante la facultad de obtener información jurídica frente a las autoridades. Así, los §§ 14 y 15 del Primer Libro del Código Social; el § 8, ap. (2) BSHG; el § 25, frase 2.ª de la Ley Procesal Administrativa; el § 89, frase 2.ª de la Ley Tributaria; el § 42e de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio (impuesto sobre la renta) (93), etc.

Aparte de esa obligación de asistencia consagrada legalmente en esos casos, multitud de instituciones alemanas han prestado y siguen prestando asistencia jurídica, limitada ciertamente a los fines que son propios de las mismas, pero de gran valor indudablemente de cara al administrado. A título meramente informativo (94), podemos citar: asociaciones de consumidores, sindicatos, comunidades y asociaciones benéficas, automóvil-clubes, compañías aseguradoras (a través del llamado seguro de protección jurídica), etc.

d) Incidencia de la Ley de Asistencia Extrajudicial sobre los sistemas ya existentes

La idea central en este tema del Proyecto del Gobierno, contrariamente a la del Proyecto de la oposición (95), era mantener los sistemas de asistencia extrajudicial ya existentes en las Ciudades-Estado, pero completándolo con las disposiciones de la Ley (96). Sin embargo, la Comisión Jurídica no consideró conveniente la coexistencia de ambos sistemas, el ya vigente y el de la Ley, decidiéndose por mantener los ya existentes (97). El resultado final fue, no obstante, también distinto, puesto que la Ley no rige en Hamburgo ni en Bremen (§ 14, 1 BerHG), en donde siguen funcionando las ÖRA, es decir, no se requiere para la prestación de la asistencia jurídica extrajudicial que el

(90) Véase von Aulock, JRR, pág. 95 y el sorprendente resultado de su encuesta.

(91) Finger, págs. 22 y 23. Para las estadísticas, v. von Aulock, JRR, págs. 99 y 100.

(92) No entramos ahora en las disposiciones particulares de los Länder de Berlín, Bremen y Hamburgo.

(93) Vide el razonamiento del Proyecto del Gobierno, BT-Drucks, Nr. 8/3311, pág. 8.

(94) Véase una exposición detallada de las más importantes en Baumgärtel, *Gleicher...*, págs. 9 y ss.; Blankenburg-Reifner-Gorges-Tiemann, págs. 187 y ss.; Klinge, págs. 33 y ss.; Reifner, JZ 1976, págs. 507 y ss.; Scherl, págs. 67 y ss.; Schoreit, págs. 76 y ss.; Schoreit-Dehn, págs. 35 y ss.; y von Aulock, JRR, págs. 102 y ss.

(95) Vide BT-Drucks, Nr. 8/1713, pág. 5.

(96) Véase el § 17 del Proyecto y la fundamentación en BT-Drucks, Nr. 8/3311, págs. 7 y 16.

(97) BT-Drucks, Nr. 8/3695, pág. 10.

solicitante reúna los presupuestos y siga el procedimiento previsto en la BerHG, sino los exigidos por las leyes vigentes en esas ciudades, es decir, fundamentalmente la BSHG; mientras que en el Land de Berlín, el solicitante tiene la opción de acogerse al sistema ya introducido de la ÖRA, o acogerse al sistema establecido por la BerHG (§ 14,2 BerHG).

El grave problema que plantea el § 14 BerHG es la posible violación del art. 3, ap. (1) GG, es decir, del principio de igualdad. En un doble sentido, en primer lugar, por la diferencia de tratamiento en Hamburgo y Bremen respecto a los demás Länder, dado que en éstos no pueden los ciudadanos acogerse al sistema de las ÖRA, y en aquéllos, al sistema de la BerHG; pero, en segundo lugar, por la diferencia de tratamiento en Hamburgo y Bremen respecto a Berlín, pues, como sabemos, en Berlín, siempre que las Leyes de este Land no dispongan lo contrario, extremo que no ha ocurrido hasta la fecha, el ciudadano tiene la posibilidad de optar por uno de los dos sistemas (98), pero en Hamburgo y Bremen no (99). Ello trae como consecuencia, ciertamente, que fuera de Hamburgo y Bremen, ninguna ÖRA o entidad que preste asistencia pueda oponerse a la concesión de la BH conforme a la Ley (100).

La Ley no interfiere, por último, en el campo de aplicación de otras Leyes que, como hemos visto, obligan a prestar asistencia respecto a determinados problemas concretos, pues siguen vigentes esos preceptos, ni tampoco a la asistencia a cargo de instituciones, organismos o personas jurídicas privadas, las cuales pueden seguir prestándola en el campo de actividades que es propio de sus fines estatutarios.

III. MATERIAS JURÍDICAS OBJETO DE ASISTENCIA EXTRAJUDICIAL

La Ley no garantiza la asistencia extrajudicial en todas las ramas del Derecho, sino que excluye determinados campos jurídicos de la aplicación de la misma, distinguiendo a su vez entre asistencia extrajudicial en sentido estricto, es decir, consejo, información, y representación o defensa.

El Proyecto del CDU/CSU-Franktion garantizaba la asistencia extrajudicial en todos los campos, siempre que se tratara de dación de consejo, pero excluía la representación en las causas penales y de contravenciones al orden (§ 1, ap. (2), Nr. 2) (101). Sin embargo, el Proyecto del Gobierno era más restrictivo aún, pues excluía los asuntos de Derecho laboral y social, los asuntos en los que tenía que aplicarse el Derecho de otro Estado y que no tuviesen relación alguna con el Derecho alemán, los asuntos sobre Derecho de protección jurídica profesional, con excepción de la Ley contra la Competencia desleal y, por último, tampoco garantizaba la representación, pero sí el consejo, en los asuntos penales y de contravenciones al orden (§ 2, ap. (2), Nr. 1; ap. (3), Nr. 1 y 2 y párrafo final) (102). El Gobierno fundamentaba estas exclusiones, en gene-

(98) El § 15 BerHG, dado el «status» político de Berlín, dispone la aplicación de la Ley en el Land de Berlín.

(99) Véase Klinge, pág. 76; y Schaich, AnwBl. 1981, pág. 4.

(100) Klinge, *loc. cit.*

(101) BT-Drucks, Nr. 8/1713, pág. 3.

(102) BT-Drucks, Nr. 8/3311, pág. 4.

ral, en base a la novedad de esta materia y dificultades encontradas al respecto en los modelos ya existentes, de ahí que fuera aconsejable limitar y concentrar el empleo de fondos públicos para la BH en las materias en que su utilización fuera más alta (103); en particular, se excluía el Derecho laboral y social, porque en estas materias se cuenta con el asesoramiento prestado por sindicatos y asociaciones sociales (104); tampoco se concedía BH respecto al Derecho extranjero por los elevados costes y graves dificultades que ello supondría (105); igualmente, en cuanto al Derecho de protección jurídica profesional (patentes, modelos y usos registrados), porque existe ya la posibilidad en esta materia de obtener un representante profesional, existiendo además regulación específica para el beneficio de pobreza (106); por último, en cuanto al Derecho penal y de contravenciones al orden, no se garantiza la representación o defensa, porque en los casos graves ya se designa de oficio un abogado defensor (107). En Comisión, se rechazó la exclusión de la BH en el campo del Derecho de protección jurídica profesional (108), y se admitió en lo demás la fundamentación del Gobierno, limitando la BH a los campos en los que se vea que es necesaria su prestación, si bien la minoría de la Comisión solicitó la extensión de la BH a todas las ramas del Derecho, postura que fue rechazada (109).

El campo de aplicación de la Ley es, conforme a su § 2, el siguiente:

a) Se presta asistencia y representación en las ramas correspondientes al Derecho civil, Derecho administrativo y Derecho constitucional (§ 2, ap. (2), Nr. 1, 2 y 3), así como en cualquier otra rama del Derecho, no prevista en la Ley, si fuera necesario (§ 2, ap. (2), párrafo II «in fine»).

b) Se presta sólo asistencia, pero no representación, en los asuntos de Derecho penal y de contravenciones al orden (§ 2, ap. (2), párrafo II, frase 1.ª).

c) Se excluye tanto la asistencia como la representación en los asuntos de Derecho laboral (§ 2, ap. (2), Nr. 1 «in fine»), y en los asuntos en que tenga que ser aplicado Derecho extranjero, salvo, en este último caso, que estén relacionados con el Derecho alemán (§ 2, ap. (3) BerHG).

a) Disciplinas jurídicas incluidas

Tanto en lo referente al Derecho civil, como al Derecho administrativo y constitucional, parece clara su inclusión. Lo que puede no resultar fácil siempre es la delimitación de cuándo un asunto perte-

nece al Derecho civil y cuándo al Derecho administrativo, o cuándo es social y cuándo es administrativo (110).

No plantea tampoco problema la inclusión del asesoramiento, consejo o asistencia en los asuntos penales y de contravenciones al orden administrativo.

Más espinosa es, sin embargo, la cuestión relativa a la inclusión de cualquier otra rama del Derecho «si en su relación de conjunto fuera necesario permitir la...» (§ 2, ap. (2), párrafo II «in fine» BerHG). En general, puede decirse que la Ley hace depender la concesión de la BH, no sólo de los presupuestos que ella misma establece para los casos permitidos, sino además de otro: La necesidad de que en esa rama jurídica no prevista por la Ley se deba prestar asistencia extrajudicial, bien por conexión del asunto principal, para el que sí está prevista la asistencia extrajudicial, con aquel otro asunto, principal o no, para el que no está prevista la misma, bien por la propia naturaleza del caso. Un ejemplo claro sería la extensión de la asistencia extrajudicial a las cuestiones jurídicas referentes a la seguridad social, que se plantean en la regulación del necesario equilibrio de prestaciones económicas a establecer en el convenio de divorcio (111).

b) Disciplinas jurídicas excluidas

Por imperativo legal está excluido, como sabemos, el Derecho laboral (§ 2, ap. (2), Nr. 1 «in fine»), pero también el Derecho social y el fiscal, porque no están previstas especialmente estas ramas en el § 2, ap. (2) de la Ley. La justificación dada por el Proyecto del Gobierno y por la Comisión (existe ya asesoramiento por parte de sindicatos y expertos fiscales), no ha sido aceptada por la doctrina (112). En general, la crítica se centra en los siguientes tres puntos: 1) No se comprende cómo una persona puede obtener en el proceso laboral la ayuda para costas procesales y no el asesoramiento previo (113); 2) Justificar la falta de asistencia por la existencia de sindicatos no es sino un método de captación y propaganda, y, en

(110) Vide sobre ello, Klinge, pág. 58, puesto que en Alemania Federal el Derecho administrativo incluye también materias con contenido social; y Schoreit-Dehn, págs. 57 a 60.

(111) Klinge, pág. 59; y Schoreit-Dehn, pág. 65.

(112) Vide Demmer, AnwBl. 1979, págs. 251 y 252; Finger, MDR 1982, pág. 364; Grunsky, NJW 1980, pág. 2047; Klinge, págs. 55 a 58; Maydell, NJW 1981, pág. 1183; Plagemann, AnwBl. 1981, pág. 170; Schaich, AnwBl. 1981, pág. 3; y Schoreit-Dehn, págs. 62 y ss.

(113) Vide Schaich, AnwBl. 1981, pág. 3.

todo caso, deja en desamparo a los obreros no organizados (114);
3) Es inconstitucional, por violación del principio de igualdad del art. 3, ap. (1) GG, entre otros principios constitucionales (115).

Existe una posibilidad indirecta de colmar esa exclusión. En efecto, por iniciativa de varios Länder (Baden-Württemberg, Baja Sajonia, Baviera, Renania-Palatinado, Sarre y Schleswig-Holstein), el Senado convocó una Comisión de Mediación para incluir esas materias, que no tuvo éxito. Ante ese resultado, los Länder han cubierto la laguna (116) dictando disposiciones, en base a las cuales la BH se aplica en el campo del Derecho social y laboral (117). Claro es que regular esta materia unos Länder y otros no supondría cerrar definitivamente el círculo, dado que se volvería a infringir el principio de igualdad.

La asistencia sí se presta en cambio cuando la cuestión jurídica laboral, social o fiscal planteada por el solicitante, está en íntima conexión con otra rama del Derecho para la que sí esté permitido el asesoramiento o representación, conforme al § 2, ap. (2), párrafo II «in fine» BerHG (118).

Queda excluida asimismo toda posibilidad de asistencia extrajudicial (asesoramiento y representación), cuando tenga que ser aplicado el Derecho extranjero, salvo que su aplicación signifique, a su vez, la toma en consideración o aplicación del Derecho alemán (§ 2, ap. (3) BerHG). Aunque los Tribunales civiles alemanes son ya competentes si al menos una de las partes tiene domicilio en la República Federal (por aplicación analógica del § 13 ZPO), lo cual significa en consecuencia, la concesión de la asistencia extrajudicial, en opinión de la doctrina, la asistencia no puede obtenerse cuando la aplicación del Derecho extranjero deba realizarse en una cuestión de mínima importancia, o con fines abusivos. No plantea problemas el Derecho supranacional, es decir, v. gr., el Derecho de las Comunidades Europeas, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Hu-

(114) Véanse Demmer, AnwBl. 1979, págs. 251 y 252; Finger, MDR 1982, pág. 364; Grunsky, NJW 1980, pág. 2047; Plagemann, AnwBl. 1981, pág. 170; y Schoreit-Dehn, págs. 63 y 64.

(115) Véase Klinge, pág. 56; y Grunsky, *loc. cit.*, quienes consideran que hay argumentos de inconstitucionalidad en la exclusión, además de ser extremadamente arriesgada. Se violaría también el principio de acceso a la Justicia (art. 19, ap. (4) GG), el principio de garantía de audiencia judicial (art. 103, ap. (1) GG), y el fundamento de la libertad de coalición (arts. 9, ap. (1) y 2, ap. (1) GG).

(116) Admitida por la doctrina, v. Bischof, NJW 1981, pág. 895; Klinge, págs. 56 y 57; Lindemann, NJW 1981, pág. 1640; y Schaich, AnwBl. 1981, pág. 3 y nota 9.

(117) Por ejemplo, Renania-Palatinado, Decreto administrativo de 22 de diciembre de 1980, v. Bischof, NJW 1981, pág. 895, nota 6.

(118) Lo cual ocurre, v. gr., cuando el problema tiene un fondo laboral y otro civil.

manos, etc., que haya sido incorporado a la legislación alemana, pues en este caso es Derecho alemán (119).

Por último, dado que el § 141, en relación con el § 140 StPO, establecen la obligatoriedad de nombrar Abogado de oficio al inculcado, en casos graves, la BerHG excluye la representación o defensa, pero garantiza el asesoramiento (§ 2, ap. (2), párrafo I), al igual que cuando el asunto sea de contravenciones al orden (120). No obstante, dado que el asesoramiento puede requerir en ciertos casos conocer la marcha del proceso penal o del procedimiento por contravención, la doctrina entiende que, en todo caso, debe quedar garantizado al solicitante que el Abogado pueda consultar y examinar la causa o autos, y tomar los datos necesarios de ellos para la correcta prestación del asesoramiento, derecho que viene regulado, para el proceso penal, en el § 147 StPO (121).

IV. REQUISITOS EXIGIDOS PARA LA CONCESIÓN DE LA ASISTENCIA EXTRAJUDICIAL

Los requisitos exigidos por la BerHG para la concesión de la asistencia extrajudicial son fundamentalmente tres: Económicos, ausencia de temeridad y falta de otras posibilidades de ayuda.

a) Económicos

La Ley exige, para que pueda procederse a la prestación de la asistencia extrajudicial, que «el solicitante no pueda pagar, de acuerdo con sus circunstancias personales y económicas, los medios exigidos» (§ 1, ap. (1), Nr. 1), lo cual sucederá, «cuando al solicitante se le hubiera de conceder, conforme a las disposiciones de la Ley Procesal Civil, la ayuda para costas procesales, sin ninguna contribución propia para las costas» (§ 1, ap. (2) BerHG).

Ello supone que los presupuestos económicos que debe reunir el solicitante de la BH, que intenta salvaguardar sus derechos fuera de un procedimiento judicial, están en relación con los presupuestos económicos exigidos para la concesión de la ayuda para costas procesales, concretamente los exigidos en el Anexo I al § 114 ZPO, que

(119) Vide Schoreit-Dehn, págs. 65 y 66.

(120) Las contravenciones al orden se hallan reguladas por la Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Ley de Contravenciones al Orden administrativo), de 24 de mayo de 1968, cuyo § 60 regula el nombramiento de defensor en relación a lo previsto en el § 140, ap. (1), Nr. 4, y ap. (2), y en el § 141, ap. (3), frase 1 StPO.

(121) Vide Finger, MDR 1982, pág. 364.

regula la Tabla de ingresos económicos y la cantidad a pagar a plazos, en su caso, de las costas (122). De esa Tabla se deduce que están legitimados para pedir y obtener la asistencia extrajudicial:

1.— Las personas solas que tengan unos ingresos netos mensuales (123) no superiores a 850 DM, porque en este caso no pagarían cantidad alguna de las costas de haber sido parte procesal con derecho a ayuda, ahora exención, para las costas procesales, exigencia requerida por el § 1, ap. (2) «in fine» BerHG (124).

2.— Las personas casadas que tengan unos ingresos netos no superiores a 1300 DM mensuales, puesto que tienen a su cargo una persona, excepto si trabaja, o personas no casadas que deban prestar alimentos a una persona con ese límite económico (125).

3.— Las personas casadas con un hijo, que tengan unos ingresos netos no superiores a 1575 DM mensuales, porque en este caso hay dos personas con derecho a alimentos, excepto si trabajan, o personas no casadas que deban prestar alimentos a dos personas (126).

4.— Por cada ulterior persona con derecho a alimentos, los ingresos netos se incrementarán en 275 DM, conforme a esa Tabla (127).

Es importante recalcar que si el solicitante, de obtener la ayuda para costas procesales, debería pagar a plazos las costas, incluso el mínimo previsto en la Tabla de 40 DM mensuales, ya no tiene derecho a obtener la asistencia extrajudicial, y es importante porque la doctrina considera que ese casuismo puede significar en la práctica dificultades insalvables (128), sobre todo, teniendo en cuenta que la BerHG, a diferencia de la PKHG, no prevé el pago aplazado de la asistencia (129). Ello es muy grave, porque, partiendo de la argumentación dada por el Gobierno de no existir fondos para más en

(122) Véase en Gómez Colomer, Justicia 84, I, pág. 243, nota 5.

(123) De los ingresos brutos hay que deducir, pues, las cantidades previstas en el § 115, ap. (1), frase 3 ZPO, que se remite al § 76, ap. (2) BSHG, es decir, las cantidades satisfechas en concepto de impuestos, contribuciones a la seguridad Social, pública o privada (seguro de enfermedad), seguro de paro, etcétera, v. Bischof, NJW 1981, págs. 894 y 895; Klinge, pág. 49; Mümmeler, JurBüro 1980, pág. 1603; Schoreit-Dehn, pág. 28; y la traducción de dicho precepto en Gómez Colomer, Justicia 84, I, pág. 244, nota 7.

(124) Bischof, *loc. cit.*, Finger, MDR 1982, págs. 362 y 363; Klinge, pág. 48; Rosenberg-Schwab, pág. 512; y Schoreit-Dehn, pág. 26.

(125) Bischof, *loc. cit.*; Finger, *loc. cit.*; Klinge, *loc. cit.*; Schoreit-Dehn, *loc. cit.*

(126) Bischof, *loc. cit.*; Finger, *loc. cit.*; Klinge, *loc. cit.*; y Schoreit-Dehn, *loc. cit.*

(127) Véase Bischof, *loc. cit.*; y Klinge, *loc. cit.*

(128) Finger, MDR 1982, pág. 363; los ejemplos de Grunsky, NJW 1980, pág. 2047; y Schoreit-Dehn, págs. 26 y 27.

(129) Grunsky, *loc. cit.*

el Ministerio de Hacienda, la asistencia extrajudicial resulta demasiado exigua. Todos los alemanes y trabajadores extranjeros en Alemania pueden pagar los 200 DM que cuesta, en números redondos, la actividad preprocesal del Abogado, como veremos, pero también 40 DM mensuales durante dos años; sin embargo, el que pueda pagar esa cantidad en base a la ayuda para costas procesales obtenida, no tiene derecho a la asistencia extrajudicial, porque se entiende que puede pagarla. ¿Es ello justo? La denominada «cláusula de rigor» prevista en el § 3, ap. (2), Nr. 4 del Proyecto del Gobierno (130), podría haber evitado esos problemas (131), pues se tenía en cuenta la situación económica del solicitante, de su cónyuge y de las personas a las que debía prestar alimentos, en base a las prestaciones necesarias que caían fuera del presupuesto familiar.

Por último, se discute si cumple los presupuestos el solicitante que esté al cubierto de la prima correspondiente al seguro de protección jurídica (132), aunque parece que ello dependerá en definitiva sólo del patrimonio del solicitante y no del hecho de estar asegurado (133). El argumento realista debe imponerse en nuestra opinión definitivamente, puesto que quien puede pagar ese seguro, gana más de 850 DM netos al mes.

b) Ausencia de temeridad

Además de los presupuestos económicos, la Ley exige que «la defensa de los derechos no sea temeraria» (§ 1, ap. (1), Nr. 3). La Ley tan sólo exige la falta de temeridad y no, a diferencia de la PKHG (v. § 114, frase 1.ª, «in fine», ZPO), las suficientes perspectivas de éxito. La razón parece obvia, puesto que, normalmente, lo primero que deseará saber el solicitante de la asistencia extrajudicial es si su problema será resuelto, es decir, saber si la cuestión planteada tiene precisamente suficientes perspectivas de éxito (134).

La Ley no define la ausencia de temeridad, ni la temeridad lógicamente, conceptos que se ha ido encargando de perfilar la Jurisprudencia (135). En general se entiende por la doctrina alemana que la

(130) BT-Drucks, Nr. 8/3311, págs. 4 y 13.

(131) Véase Baumgärtel, ZRP 1979, págs. 303 y 304; y Grunsky, *loc. cit.*

(132) Bischof, NJW 1981, pág. 895; y Klinge, pág. 53.

(133) El Proyecto del Gobierno excluía la posibilidad de tener asistencia si el solicitante estaba asegurado (§ 1, Nr. 3), v. BT-Drucks, Nr. 8/3311, pág. 4, pero luego desapareció en Comisión, v. BT-Drucks, Nr. 8/3695, pág. 8.

(134) Véase Bischof, *loc. cit.*; y Grunsky, *loc. cit.*, quien añade, justificando el distinto tratamiento, que no puede esperarse de los ciudadanos sin cultura jurídica que valoren las perspectivas de éxito de sus deseos; v. también Schoreit-Dehn, págs. 48 a 50.

(135) Zöller, págs. 501 a 503.

defensa de los derechos es temeraria cuando una parte inteligente, no pobre, habría perseguido sus derechos de forma distinta (136), o, dicho con otras palabras (137), es temeraria la realización del proceso (solicitud de asistencia), cuando la misma no está motivada por consideraciones reales, lo cual ocurre, v. gr., cuando la falta de perspectivas de cobro puede motivar a una parte rica a abstenerse del proceso o a deducir sólo una parte de la pretensión (138).

Siendo temeraria, pues, no se concede la asistencia extrajudicial.

c) Falta de otras posibilidades de ayuda

La Ley ha previsto además una «cláusula de subsidiariedad» (139), conforme a la cual se exige que el solicitante no pueda hacer uso de otras posibilidades de ayuda que estén a su disposición, cuya utilización les sea exigible.

Por tanto, es presupuesto de la concesión que el solicitante no esté obligado a solicitar la asistencia a otras autoridades, organismos, personas jurídicas, sindicatos, etc., que deban prestársela por la relación jurídica existente entre ambos, o por los fines estatutarios de las mismas. Tal ocurrirá, fundamentalmente, cuando el solicitante pueda pedirle el dinero a sus padres (140), cuando deba dirigirse a una autoridad pública obligada a dar la información (141), etcétera.

d) Otros presupuestos

La Ley exige dos presupuestos más en el § 7 para que pueda ser concedida la asistencia extrajudicial: 1) Que el solicitante asegure que hasta ahora no le ha sido concedida la asistencia extrajudicial en el mismo asunto; 2) Que asegure también que no le ha sido denegada por el Rechtspfleger del Amtsgericht.

No se exige la justificación, sino tan sólo el aseguramiento, evidentemente, porque la Ley está pensando en que el solicitante ha buscado directamente al Abogado (§ 7, al principio) (142). Si se hubiera dirigido directamente al Amtsgericht, el Rechtspfleger sería el

(136) Bischof, NJW 1981, págs. 895 y 896; v. también Schoreit-Dehn, págs. 48 a 50.

(137) Sobre el concepto nos remitimos a nuestro trabajo sobre la ayuda para costas procesales en Alemania, en preparación.

(138) Rosemberg-Schwab, pág. 500.

(139) Bischof, NJW 1981, pág. 895; Klinge, pág. 49; Schaich, AnwBl. 1981, pág. 2; y Schoreit-Dehn, pág. 31.

(140) Schaich, loc. cit.

(141) Grunsky, loc. cit.

(142) Vide sobre ello, Schoreit-Dehn, pág. 78.

encargado de comprobar en sus archivos si ya ha obtenido asistencia extrajudicial en el mismo asunto, o si ya le ha sido denegada (v. § 4, ap. (2) BerHG).

En la Ley no viene exigido expresamente que el proceso no haya comenzado. Ciertamente, si el proceso estuviera ya pendiente, debería la parte solicitar la ayuda para costas procesales, pero es posible pensar en situaciones en las que la parte no tenga Abogado (en los procesos ante el AG no se requiere) y sin embargo necesite un consejo sobre su forma de enfocar la cuestión litigiosa, en cuyo caso debería de concedérsele sin problema alguno la asistencia extrajudicial, siempre y cuando reúna los presupuestos exigidos.

e) Tratamiento legal

La vigilancia de la existencia y certeza de los presupuestos antedichos corresponde a los dos órganos que pueden prestar la asistencia según el sistema de la Ley, el Rechtspfleger y el Abogado (§ 3 BerHG), como se deduce claramente del § 6, viniendo obligado el solicitante a justificar sus circunstancias personales y económicas, es decir, a justificar los presupuestos económicos y la falta de otras posibilidades de ayuda (§ 4, ap. (2) y § 7 BerHG). Más problemática es, sin embargo, como veremos, la cuestión de la falta de temeridad.

Téngase en cuenta, por último, que la justificación es una institución propia en el Derecho Procesal alemán (§ 294 ZPO), considerada como una modalidad de la prueba, de valor inferior a ésta por basarse en la probabilidad («semiplena probatio»), tan sólo admitida en los casos, como éste, autorizados por la Ley (143).

V. CONTENIDO DE LA ASISTENCIA EXTRAJUDICIAL

Conforme al § 2, ap. (1) BerHG, «la asistencia extrajudicial consistirá en el consejo y, si es necesario, en la representación», es decir, por un lado, en la asistencia, dación de consejo, de información, asesoramiento, etc., al solicitante, y, de otro, en la representación y defensa extrajudiciales del mismo.

a) Asistencia

La asistencia extrajudicial es un concepto genérico empleado por el legislador, en el que se comprenden multitud de conceptos. Conceder asistencia extrajudicial al solicitante, en efecto, puede signifi-

(143) Rosemberg-Schwab, pág. 654.

car: Dación de una información rápida, v. gr., sobre si en la República Federal puede reclamarse contra la denegación de la ayuda familiar por hijos; dación de un consejo fundado acerca, v. gr., de si la causa de despido alegada por el empresario es legal y si se puede reclamar jurisdiccionalmente contra esa decisión por tales hechos; dación de información rápida fundada, v. gr., sobre el coste de los alimentos en caso de divorcio, etc.

El problema que se plantea es quién decide si basta con la asistencia o, por el contrario, si es necesaria también la representación. La Ley sólo distingue un supuesto, y es la prestación de la mera información por el Rechtspfleger del AG, siempre que se pueda prestar rápidamente y consista en dar la solución exacta al problema, o indicar cómo se puede solucionar o a quién debe acudir, o si para resolver la cuestión ha de presentar el peticionario una solicitud o una declaración (§ 3, ap. (2) BerHG). De ello debe deducirse que el Abogado es quien decidirá si basta con la asistencia o si él debe actuar además, en la cuestión planteada, como representante o defensor legal fuera del proceso (144).

Por otra parte, tampoco prevé la Ley la posibilidad de que el asunto requiera varias consultas (145), al menos, directamente, dada la disposición del § 7. Las posibilidades son dos: O bien el solicitante debe seguir cada vez el procedimiento legal para la obtención de la asistencia, o bien se entiende que concedida una vez se extiende hasta la resolución del asunto o hasta el inicio en su caso del proceso. Aunque lo lógico sería lo segundo, el sistema de la Ley parece que adopte la primera posibilidad, pues, obsérvese, el Abogado recibe sus tasas por «un» consejo, o por «una» información (§ 132 BRAGO), y porque el solicitante, como sabemos, debe asegurar al Abogado que hasta ahora no le ha sido concedida la asistencia extrajudicial en el mismo asunto (§ 7 BerHG). En nuestra opinión, no se trata en estos casos de argumentos definitivos, pero en la práctica se sigue el primer sistema, por tanto, cada vez se deberá seguir el procedimiento previsto para la obtención de la asistencia (146).

La doctrina propugna que la información o consejo se den por escrito al solicitante y no oralmente, como también autoriza la Ley (§ 3, ap. (2) BerHG y § 132 BRAGO) (147).

(144) Así, Klinge, pág. 55; en contra, Bischof, NJW 1981, pág. 896.

(145) Vide Derleder, MDR 1981, pág. 449.

(146) Agradecemos a Herr Heine, abogado en ejercicio y Assistent del Prof. Dr. Eser, en el Max-Planck-Institut de Freiburg i. Br., la información dada en este sentido; v. Schoreit-Dehn, pág. 72.

(147) Véase, con muestrario práctico de la finalidad, Klinge, *loc. cit.*

b) Representación

La representación o defensa de los intereses de una persona fuera de un proceso es otra de las modalidades en que puede consistir la asistencia extrajudicial, conforme al § 2, ap. (1) «in fine» BerHG, pero, para la Ley, la representación no viene garantizada en todo caso, sino tan sólo «si es necesario». No hay duda aquí de quién representa, pues el único autorizado es el Abogado.

También son variadas las actividades extraprocesales que en este campo pueden desarrollarse, pues engloban todas las necesarias, fundamentalmente, para lograr un acuerdo o transacción con la otra parte, es decir, escritura de cartas, llamadas telefónicas, visitas, etc., y así evitar el proceso. Es claro, en este sentido, que el solicitante no puede obligar al Abogado a que le represente, pues, como experto, y según hemos visto se considera en la República Federal, como órgano independiente de la Administración de Justicia, es el único que decide (148).

VI. ORGANOS QUE PRESTAN LA ASISTENCIA

La asistencia extrajudicial puede prestarse por dos órganos distintos: por el Rechtspfleger del AG, y por el Abogado. Esta doble competencia se justifica legalmente por el deseo legislativo de facilitar al máximo el acceso del solicitante a la asistencia extrajudicial (149).

a) El Rechtspfleger del Amtsgericht

La escala inferior de los Tribunales alemanes está ocupada por los Amtsgerichte (§§ 22 y ss. GVG), los cuales deciden tanto sobre cuestiones civiles (§§ 23, 23a, 23b y 23c GVG), como sobre cuestiones penales (§§ 24, 25 y 26 GVG). Dichos Juzgados están servidos por Jueces unipersonales (§ 22, ap. (1) GVG) (150).

El Rechtspfleger es un órgano de la Administración de Justicia que cumple, desde el punto de vista español, funciones en parte coincidentes con las de nuestros Secretarios Judiciales, y en parte coincidentes con funciones judiciales, predominando éstas, aunque son de

(148) Bischof, *loc. cit.*

(149) Así lo afirmó la Comisión, v. BT-Drucks, Nr. 8/3695, pág. 8.

(150) Véanse Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, págs. 1776 a 1784; y Zöllner, págs. 2177 a 2188.

mucha menos importancia que las atribuidas a los Jueces (151). Así, y tan sólo a título de ejemplo, conoce y falla, en asuntos civiles, en el proceso monitorio (§ 20, Nr. 1 RPfIG), pero también tasa las costas (§ 21, ap. (1), Nr. 1 RPfIG).

Pues bien, una de las funciones judiciales es precisamente la competencia para conocer del procedimiento y decidir sobre la solicitud de asistencia extrajudicial (§ 3, ap. (1) BerHG, en relación con el § 24a RPfIG). Esa función le ha sido atribuida porque las competencias del Rechtspfleger en el proceso civil son más amplias que en el proceso penal, y según las experiencias prácticas recogidas por el Proyecto del Gobierno, el 80 % de los casos de asistencia fueron sobre asuntos de Derecho civil; también, porque las Oficinas de asistencia Jurídica se hallaban ya instaladas en los Amtsgerichte (152).

El Rechtspfleger tiene dos competencias: Prestar la asistencia en forma de consejo o asesoramiento, pero no de representación (§ 3, ap. (2) BerHG) (153), o, en caso de que no la pueda prestar, otorgar la licencia al solicitante para que acuda al Abogado de su elección con el fin de ser asistido (§ 6, ap. (1) BerHG), función esta última a la que nos referiremos infra. En cualquier caso, no debe dar parte al Juez del Amtsgericht de estos asuntos, tal y como obliga el § 5 RPfIG, pues el § 24a, ap. (2) de la misma Ley le exime de ello.

Es claro, pues, que según el sistema de la Ley, la competencia para admitir o rechazar la asistencia extrajudicial, la tiene únicamente el Rechtspfleger (§§ 3, ap. (2); 4, ap. (1) BerHG; y 24a RPfIG). El es quien decide si el solicitante tiene derecho a la misma, pues aunque aquél se dirija en primer lugar al Abogado, éste debe presentar la solicitud posteriormente en el Amtsgericht (§ 4, ap. (2) «in fine» BerHG).

Pues bien, decidiendo que el solicitante tiene derecho a la asistencia extrajudicial por reunir los presupuestos exigidos, el Rechtspfleger puede entender que él mismo está en condiciones de prestar la asistencia extrajudicial, bien dando una información rápida, bien indicando qué posibilidades de asistencia existen y quién puede prestarla, o bien, por último, admitiendo una solicitud o cualquier otra aclaración (§ 3, ap. (2) BerHG). La diferencia respecto a la otra po-

(151) De ahí que sea incorrecta la traducción de Secretario Judicial, v. sobre esta figura, breve, pero claramente, Rosemberg-Schwab, págs. 137 y 138, y bibliografía que cita. Su existencia se fundamenta en el exceso de trabajo de los Jueces, pues les descarga de tareas que, se entiende en la República Federal, no deben ser realizadas por aquéllos.

(152) BT-Drucks, Nr. 8/3311, pág. 14; en contra del asesoramiento por parte del Rechtspfleger, Lindemann, NJW 1981, pág. 1641.

(153) Véase Schaich, AnwBl. 1981, pág. 3.

sibilidad estriba en que, prestando la asistencia el Rechtspfleger, el solicitante no tiene derecho a que se le conceda la licencia para acudir a un Abogado (§ 6, ap. (1), a contrario sensu) (154). Además, en este caso, la asistencia es verdaderamente gratuita (155).

1.— Información rápida: La asistencia quedará cumplida, v. gr., cuando el Rechtspfleger conteste al solicitante que el mutuo consenso es causa de divorcio en el Derecho alemán, en base a los §§ 1565 y 1566, ap. (1) BGB y 630 ZPO. La Ley no distingue, en consecuencia, la información puede ser dada tanto por escrito como oralmente (156), pero en base a la expresión «rápida información», parece que será fundamentalmente oral (157).

2.— Indicación de otras posibilidades de ayuda o asistencia: El Rechtspfleger debe asesorar al trabajador, v. gr., que su problema respecto a la plantilla de la empresa lo debe resolver el sindicato, pues el Derecho laboral no está incluido en la asistencia extrajudicial, y el sindicato viene obligado a prestar asistencia jurídica laboral (158).

3.— Admisión de una solicitud: En los casos en que conforme a las disposiciones vigentes sea competente para admitir la solicitud y, naturalmente, que con la mera admisión quede satisfecha la petición de asistencia del solicitante (159).

4.— Cualquier otra aclaración: La extensión de la frase indicada el deseo del legislador de que la asistencia pueda prestarse por el Rechtsfleger, de forma rápida y directa. Claro es que si esa otra aclaración no soluciona el problema del solicitante, el Rechtspfleger debe venir obligado a expedir la licencia (160).

Las posibilidades de ayuda por parte del Rechtspfleger son, pues, bastante amplias. Pero el problema reside en la efectividad de la disposición del § 3, ap. (2) BerHG. En efecto, enfocada así la cuestión legalmente, se está obligando a los Rechtspfleger a tener una gran preparación jurídica, lo cual hace pensar a la doctrina que, dada la complejidad de todas las ramas jurídicas, el Rechtspfleger solamente podrá asistir en los casos claros (161).

(154) Grunsky, NJW 1980, págs. 2047 y 2048.

(155) BT-Drucks, Nr. 8/3311, pág. 15.

(156) Klinge, pág. 61; y Lindemann, NJW 1981, pág. 1640; sin embargo, el proyecto del Gobierno preveía sólo la información oral (§ 6, ap. (1), BT-Drucks, Nr. 8/3311, págs. 5 y 14.

(157) Bischof, NJW 1981, pág. 897; y Finger, MDR 1982, pág. 365.

(158) Klinge, págs. 61 y 62.

(159) Schoreit-Dehn, pág. 71.

(160) Schoreit-Dehn, *loc. cit.*

(161) Bischof, *loc. cit.*; y Finger, *loc. cit.*

b) *El Abogado*

Así como la decisión sobre si se ha de conceder asistencia extrajudicial al solicitante es competencia exclusiva del *Rechtspfleger*, la prestación de la misma, en caso de concederse, puede realizarse también por el Abogado. Realmente, no hay una interferencia de funciones, dado que el *Rechtspfleger* solamente asistirá en los casos vistos anteriormente, mientras que en todos los demás la prestará el Abogado, único autorizado, como experto jurídico, a realizar dicha función (§ 3, ap. (1) BerHG y §§ 1 y 3, ap. (1) BRAO) (162).

Pero el legislador alemán ha sido consciente, al decidirse por la «Solución-Abogado», es decir, al decidir que la asistencia debía ser prestada fundamentalmente por Abogados (163), de que toda declaración ideal era insuficiente. En consecuencia, estableció dos normas tendentes a dar efectividad práctica a esa solución: De un lado, retribuir la asistencia (§§ 131, 132 y 133 BRAO); de otro, obligarle a prestarla (§ 49a BRAO).

Dejando ahora la retribución, dispone el § 49a BRAO la obligatoriedad por parte del Abogado de aceptar la asistencia extrajudicial prevista en la Ley, pudiendo, no obstante, rechazarla en determinados casos, siempre que dicho acto se base en importantes motivos. El precepto enlaza así con la obligatoriedad general del Abogado de aceptar la designación de oficio (§ 48, ap. (2) BRAO, para el proceso civil; y § 49, ap. (2) BRAO, para el proceso penal) (164). La BRAO no prevé las consecuencias del incumplimiento de la obligación, pero, además de la obligación de indemnizar daños y perjuicios (v. § 44 BRAO), suelen ser muy duros los Tribunales de Honor para Abogados con los Abogados que rechacen sin fundamento la designación (165). Tampoco se especifican en la Ley qué motivos justifican el declinar la asistencia, tan sólo que deberán ser «importantes» (§ 49a, «in fine» BRAO) (166), pero parece claro que no se admitirá como excusa el exceso de trabajo (167).

(162) Véase Röper, pág. 10.

(163) Lo cual fue muy discutido en el Parlamento, v. Grunsky, NJW 1980, pág. 2047.

(164) Véase Isele, págs. 865 a 878.

(165) Isele, págs. 871, 872, 975 y 623 a 525; y págs. 547 y ss., sobre la jurisdicción de honor para Abogados.

(166) El Proyecto del Gobierno preveía el procedimiento para conocer de la excusa aducida por el Abogado para rechazar la obligación de prestar asistencia (§ 11), v. BT-Drucks, Nr. 8/3311, págs. 6 y 15, párrafo no incorporado al texto definitivo.

(167) Grunsky, NJW, pág. 2048; de cualquier modo habrá que estar al caso concreto para la determinación de la importancia de la excusa, v. Schoreit-Dehn, pág. 109.

La prestación de la asistencia pueden, desde el punto de vista organizativo, realizarla de dos formas: Individualmente, o en Oficinas o Despachos de Consulta creados en base a un Acuerdo con la Administración de Justicia de los Länder respectivos (§ 3, ap. (1) BerHG). Con ello pretende la Ley, además de que la asistencia se pueda prestar en los bufetes particulares o colectivos de los Abogados, dejar abierta la posibilidad de que los Abogados se puedan organizar en Oficinas de Asistencia o Centros de Consulta y prestarla desde allí (168). La apertura de dichas Oficinas requiere un Acuerdo con la Administración de Justicia del Land, en el que, v. gr., se podrá determinar que tales Oficinas estén sitas en los *Amtsgerichte* (169); en tanto ese Acuerdo no se haya firmado, y téngase en cuenta que la Ley no obliga a los Abogados a firmarlo (170), los solicitantes podrán dirigirse al bufete del Abogado que deseen, que, por cierto, puede ser de cualquier parte de la República Federal, y no obligatoriamente de la ciudad o población en que tenga su sede el *Amtsgericht* que haya concedido la licencia (salvo, naturalmente, en Hamburgo y Bremen, y Berlín en su caso, conforme al § 14, ap. (1) BerHG), puesto que la Ley nada prevé al respecto (171).

Por último, recuérdese, es el Abogado quien decidirá si basta con la dación de consejo, información, etc., o, por el contrario, si es necesario pasar directamente, o además, a la representación y defensa extrajudicial, debiendo en cualquier caso tener informado sobre ello al solicitante. No influye en la modalidad de asistencia ni la licencia expedida por el *Rechtspfleger*, ni las propias exigencias del solicitante. La Ley descarga sobre el Abogado fundamentalmente esa tarea

(168) Posibilidad que se realizará fundamentalmente en las grandes ciudades. Existe ya una Oficina en Colonia, v. Klinge, pág. 60; Schaich, AnwBl. 1981, pág. 3, y la respuesta que dan a éste Schoreit-Dehn, pág. 68.

(169) El propio Proyecto del Gobierno citaba como ejemplo el recogido en el texto, v. BT-Drucks, Nr. 8/3311, pág. 14; v. también Lindemann, NJW 1981, pág. 1639.

(170) Schaich, *loc. cit.*

(171) Así, Grunsky, NJW 1980, pág. 2048; y Schoreit-Dehn, págs. 72 y 73. Ello es importante, porque en la República Federal, en los Tribunales ante los que es necesario estar asistido por Abogado (Tribunal del Land —*Landgericht*—, Tribunal Superior del Land —*Oberlandesgericht*—, y Tribunal Supremo —*Bundesgerichtshof*—, para el proceso civil), el Abogado debe estar admitido ante este Tribunal y sólo en éste, salvo excepciones (v. § 78 ZPO y §§ 18, 24 y 25 BRAO). En los AG, respecto al proceso civil, y tratándose de procesos penales, no es necesaria la admisión, por lo que todos los Abogados de la República Federal pueden actuar ante todos los AG alemanes y ser defensor en todos los procesos penales. Ello no obstante, a pesar de la autorizada opinión de Grunsky, pensamos que es una suposición, la recogida en el texto, excesivamente teórica, pues rara vez se dará en la práctica.

y, sin duda, dependerá del Abogado alemán la efectividad práctica de la Ley y el cumplimiento de los fines por ella previstos (172).

VII. — PROCEDIMIENTO

El procedimiento para la obtención de la asistencia extrajudicial no está regulado en la BerHG sino muy parcialmente, remitiéndose ésta al procedimiento establecido en otra Ley (173). En efecto, conforme al § 5 BerHG, el procedimiento a aplicar es el regulado en la Ley sobre actos de Jurisdicción Voluntaria, de 17 de mayo de 1898, siempre y cuando la BerHG no disponga lo contrario (174). La razón por la que el legislador ha optado por el procedimiento contenido en esa Ley ha sido por la sencillez del mismo (175), aunque ciertamente, presenta algunos problemas prácticos de importancia. Las disposiciones a aplicar de la FGG son los §§ 1 a 33, regulándose en ellos un procedimiento en el que rige plenamente el principio inquisitivo y los principios de él derivados, actuando en consecuencia el Tribunal siempre de oficio (176), actuación de oficio que no rige en el procedimiento para la concesión de la asistencia extrajudicial, dada la necesidad de solicitud de parte interesada (§ 1, ap. (1), y § 4, ap. (2) BerHG).

Muy brevemente expuestas, las fases fundamentales del procedimiento de concesión de la asistencia extrajudicial son las siguientes:

a) *Solicitud*

La asistencia extrajudicial sólo se concede a instancia de parte (§ 1, ap. (1) BerHG), pero el peticionario de la asistencia tiene legalmente dos posibilidades: 1) Dirigirse al Amtsgericht y solicitar la asistencia al Rechtspfleger (§ 3, ap. (2) BerHG); 2) O bien, caso normal si hay motivos de urgencia, dirigirse directamente al Abogado con la misma petición (§ 4, ap. (2) «in fine» y § 7, al principio, BerHG).

1. *Solicitud al Amtsgericht.* — Al ser a instancia de parte, la Ley hace de la solicitud presupuesto de la concesión, pero facilita inclu-

(172) Véase Redeker, ZRP 1976, pág. 100, con escépticas perspectivas al respecto; y Lindemann, NJW 1981, pág. 1640, más esperanzado.

(173) Véase un resumen apretado del mismo en Grunsky, *loc. cit.*

(174) Lo cual ocurre, v. gr., en el § 4, ap. (1), y ap. (2), que regula la competencia y forma de la solicitud, y en el § 6, ap. (2), que regula los recursos que caben contra la decisión del Rechtspfleger.

(175) Así lo declaró expresamente la Comisión, v. el § 5 del Proyecto dictaminado en Comisión, BT-Drucks, Nr. 8/3695, págs. 4, 8 y 9.

(176) Véase Bumille-Winkler, pág. 40.

so su interposición, puesto que, además de por escrito, permite que se haga oralmente (§ 4, ap. (2) BerHG). Amtsgericht competente territorialmente no es el del domicilio o residencia del solicitante (177), como proponía el Proyecto del Gobierno (178), sino aquel «en cuyo partido judicial esté actuando una necesidad para asistencia extrajudicial» (§ 4, ap. (1), «in fine» BerHG). La frase no es, ciertamente, clara. Primero, porque como acertadamente se ha dicho, de ella se deduce que en definitiva es competente territorialmente cualquier Tribunal en cuyo partido judicial pueda interponerse la solicitud (179); segundo, porque la necesidad de asistencia puede repercutir sobre más de un partido judicial (180). Parece que con esa frase la Ley ha pretendido asegurar, bajo el prisma de facilitar al máximo el procedimiento, en suma, el acceso a la Justicia, la competencia del Amtsgericht en cuyo partido judicial viva el solicitante, haya tenido o tenga su residencia habitual, tenga su puesto de trabajo, esté situado el hospital en el que está internado, esté de vacaciones, etc. (181).

Si la solicitud no se interpone oralmente, sino por escrito, el solicitante debe rellenar y presentar el formulario que el Ministro Federal de Justicia, en base a la autorización contenida en el § 13 BerHG, ha publicado (182). Es de suponer que el Rechtspfleger rellenará el correspondiente formulario si la solicitud es oral.

2. *Solicitud al Abogado.* — Dado que el Abogado es de libre elección por el solicitante, éste puede dirigirse al que haya determinado y solicitar la prestación de asistencia. Aunque es comprensible la regulación de los §§ 4, ap. (2), «in fine», y 7, al principio, BerHG, un grave inconveniente presenta esta posibilidad. En efecto, puesto que, como sabemos, la solicitud es presupuesto de la concesión, el Abogado que entienda que el solicitante tiene derecho efectivamente a asistencia, rellenará el formulario y presentará la solicitud en el Amts-

(177) En virtud del principio «donde la Ley no distingue, no debemos distinguir», el solicitante puede ser tanto alemán, como extranjero, no exigiéndose ni siquiera la reciprocidad. Así, el Proyecto del Gobierno, BT-Drucks, Nr. 8/3311, pág. 11; y Rosenberg-Schwab, pág. 512.

(178) § 4, v. BT-Drucks, Nr. 8/3311, págs. 5 y 14.

(179) Grunsky, *loc. cit.*

(180) Grunsky, *loc. cit.*

(181) Vide sobre ello, Klinge, pág. 63; y Schoreit-Dehn, pág. 72.

(182) Por medio del Reglamento sobre la Introducción de Formularios en el campo de la Asistencia Extrajudicial, de 2 de enero de 1981, BGBl. I, págs. 26 y ss., concretamente, el recogido en el Anexo I. Dice gráficamente Lindemann, NJW 1981, pág. 1640, que la dificultad para rellenar las cuestiones exigidas en el Formulario es tal, que probablemente el solicitante que sepa rellenarlo no necesitará la asistencia extrajudicial, porque él mismo sabrá ya la respuesta jurídica al problema que se le ha planteado.

gericht, conforme autoriza el § 4, ap. (2), «in fine» BerHG (183). El procedimiento subsiguiente sería la concesión de la licencia al solicitante, y éste volvería con ella al Abogado, percibiendo por ello las cantidades a que nos referiremos más adelante. Pero si el Abogado presta la asistencia antes de presentar la solicitud y obtenerse la licencia, puede correr el riesgo de no percibir las tasas, salvo los 20 DM que debe pagar el solicitante, si luego se deniega la licencia (184).

La solicitud debe de ir acompañada, en ambos casos, de una justificación de las circunstancias personales y económicas.

b) Justificación de las circunstancias personales y económicas

El solicitante viene obligado a declarar y justificar, conjuntamente con la presentación de la solicitud, las circunstancias personales y económicas que fundamentan su derecho a la asistencia extrajudicial (§ 4, ap. (2), si se dirige al Amtsgericht, y § 7, si se dirige al Abogado).

Ello significa que el solicitante viene obligado a aportar documentos justificativos o a acreditar por cualquier otro medio:

1.— El sueldo neto mensual que gana, en base al § 1, ap. (1), Nr. 1 y ap. (2) BerHG, aportando la correspondiente nómina, talón de ingreso, cheque, certificado de renta, etc.

2.— La existencia del problema jurídico (§ 4, ap. (2), frase 2) (185). En caso de no existir documentos, deberá realizar una exposición fáctica del mismo. De ambos modos debe quedar clara asimismo la falta de temeridad del solicitante (§ 1, ap. (1), Nr. 3). Presenta problemas la cuestión de quién debe vigilar la existencia o inexistencia de temeridad. Parece que no debe ser el Abogado, sino el Rechtspfleger, pues es presupuesto de la concesión de la licencia, y ésta sola-

(183) Obsérvese que en este caso no hay problema de competencia alguno, pues el Amtsgericht será, con toda seguridad, el del partido judicial en donde resida o tenga su despacho el Abogado.

(184) Hemos hablado de ello también personalmente con el Abogado Herr Heine, agradeciéndole asimismo la información, y ha confirmado nuestras sospechas. En su opinión, lo correcto debe ser solicitar antes la licencia, aun en casos claros, es decir, aun suponiendo que la concesión de la licencia se efectuará sin problema alguno. Solamente en casos urgentísimos y claros debe prestarse antes la asistencia. Sin embargo, es discutido en la doctrina si la licencia es presupuesto del cobro de la tasa: A favor de la licencia, Finger, MDR 1982, pág. 366; Klinge, pág. 67; Schaich, AnwBl. 1981, pág. 3; Mümmler, JurBüro 1980, pág. 1604; y Nöcker, Rpfleger 1981, pág. 3; en contra de que sea presupuesto, Grunsky, loc. cit.; y Bischof, NJW 1981, pág. 897; con serias dudas, Schorrit-Dehn, págs. 78 y 79.

(185) Vide Klinge, pág. 63.

mente puede ser expedida por éste (186). Ello tiene una importante consecuencia: Ante la licencia, el Abogado debe aconsejar aunque piense que el solicitante actúa temerariamente, y, obsérvese, si el Abogado concluye en su asesoramiento que la defensa de los derechos intentada es temeraria, el problema es insoluble legalmente.

3.— Debe justificar asimismo, pero es muy difícil que pueda hacerlo documentalmente, que no tiene más posibilidades de ayuda que la asistencia extrajudicial conforme a la Ley (§ 1, ap. (1), Nr. 2). En caso negativo, tanto el Rechtspfleger, como el Abogado, deben venir obligados a averiguar este extremo, pues la ley prohíbe la asistencia si existen esas otras posibilidades.

El problema que se plantea es, dada la pretendida finalidad de rapidez y sencillez, y teniendo en cuenta la vigencia del principio inquisitivo, si, ante la falta de justificación, puede exigirse al solicitante que asegure bajo juramento la veracidad de sus ingresos y demás circunstancias personales y económicas, bastando con ello para la concesión de la asistencia (187). En nuestra opinión, dado que la Ley habla de justificación y no de prueba, debe bastar la probabilidad para conceder la asistencia, luego debe bastar también el juramento. Pero el problema no está resuelto legalmente.

El solicitante debe, además, asegurar, no justificar, puesto que ello es en el fondo un problema burocrático y es el Rechtspfleger quien se encarga de comprobar la afirmación, que no le ha sido concedida la asistencia extrajudicial en el mismo asunto, y que tampoco le ha sido denegada con anterioridad. Ello tan sólo, lógicamente, por el mismo argumento, si se ha dirigido directamente al Abogado (§ 7 BerHG).

c) La licencia

Dándose los presupuestos exigidos y habiéndose cumplido con las formalidades de solicitud y justificación de las circunstancias personales y económicas, el Rechtspfleger del Amtsgericht, siempre que no pueda resolver él mismo el asunto, entregará una licencia al solicitante, que le facultará para acudir al Abogado que desee y obtener de él la asistencia (§ 6, ap. (1) BerHG) (188).

(186) Así, Bischof, NJW 1981, pág. 896.

(187) A favor, Klinge, pág. 64. Téngase en cuenta que la declaración de hechos justificativos, en el sentido del § 294 ZPO, falsos, es delito conforme al § 156 StGB, ciertamente, como en España, no regularmente perseguido, pero que en todo caso fundamenta la reclamación de los honorarios devengados y no percibidos por el Abogado, en base a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios (§ 823, ap. (2) BGB). Podría existir, en su caso, también estafa.

(188) En el caso de que no conozca ningún Abogado, el Rechtspfleger deberá mostrarle la lista de los admitidos a ejercer en ese partido judicial (ante el

Igualmente, si el solicitante ha acudido directamente al Abogado, pues éste está obligado a presentar la solicitud y obtener la licencia (§ 4, ap. (2) «in fine»), so pena de correr él con los riesgos económicos de la asistencia, como hemos visto.

La concesión de la licencia tiene otra ulterior consecuencia, ésta meramente económica, pero que desvirtúa parcialmente el carácter gratuito de la institución. En efecto, así como si el Rechtspfleger prestaba la asistencia, el solicitante no debía pagar nada por ello, si concede la asistencia, el autorizado a ser asistido deberá pagar al Abogado que haya elegido una tasa de 20 DM (189), tal y como dispone el § 8, ap. (1) BerHG, la cual podrá condonar discrecionalmente el Abogado (§ 8, ap. (1), «in fine», BerHG). Desde dos puntos de vista puede criticarse esa disposición, pues tanto se puede afirmar que la asistencia deja de ser así gratuita, como que el Abogado percibe una cantidad ínfima por su consejo (190), pero el Abogado puede percibir más dinero, como veremos enseguida. Somos de la opinión de que el legislador se ha decidido por establecer esa baja cantidad de 20 DM para poner un primer freno al aluvión de solicitudes de asistencia que se produciría si fuera totalmente gratuita, pero el aluvión está por probar.

En cualquier caso, la finalidad de la institución queda cumplida cuando el Abogado asesora o representa a la persona que a él ha acudido con una licencia del Rechtspfleger. Recuérdese que es el Abogado quien determina el alcance y finalización de la asistencia o representación, así como su contenido. No está prevista en la Ley la posibilidad de que el asistido quede descontento con la asistencia o representación prestadas, así como tampoco la posibilidad de obligar al Letrado a encauzar la asistencia o representación en un determinado sentido, por lo que la doctrina entiende, respecto a la segunda cuestión, que ello son facultades exclusivas del Abogado (191), lo cual es lógico partiendo de la base de que el Letrado es el experto jurídico. En nuestra opinión, la falta de regulación puede suponer un desamparo respecto al solicitante, pues el derecho a la asistencia queda consumido cuando el Abogado aconseja o representa, en base a la licencia entregada, sea cual fuere el resultado del asesoramiento o representación. La licencia solamente mantiene su validez ulterior-

mente, si el Abogado se ha acogido a especiales motivos para rechazar la asistencia, en base al § 49a BRAO.

d) Tasas económicas exigidas

Las tasas que debe percibir el Abogado por su actividad están detalladamente reguladas por la Ley. Partiendo de la base de que la asistencia no se presta por el Rechtspfleger y que, en consecuencia, ha expedido la licencia necesaria, o de que el Abogado ha cursado la petición de la licencia si el solicitante se hubiera dirigido directamente a él, le corresponden a aquél las siguientes tasas:

1. — Una tasa de 20 DM, a pagar por el solicitante, por la mera dación del consejo o asesoramiento, o por la representación (§ 8, ap. (1) BerHG). Esta es la única tasa que el Abogado puede condonar, discrecionalmente, al solicitante (§ 8, ap. (1), «in fine», BerHG), normalmente, en base a sus circunstancias económicas, pero no se excluyen las razones de amistad o parentesco, en definitiva, el motivo de la condonación no viene controlado por nadie. No lo prohíbe la Ley, y ciertamente, no tiene más trascendencia, el que el Abogado condone parcialmente los 20 DM, exigiendo, v. gr., 10 DM.

2. — Una tasa, además, de 30 DM, a pagar por el Estado (§ 131 BRAGO), como complemento a la dación de aquel consejo, asesoramiento o representación (§ 132, ap. (1) BRAGO).

3. — Además de esos 50 DM, 20 DM a cargo del solicitante y 30 DM a cargo del Estado, si la asistencia extrajudicial hubiera consistido en desarrollar alguna de las actividades previstas en el § 118 BRAGO (192), percibirá el Abogado otros 80 DM (§ 132, ap. (2) BRAGO) (193), también del Estado (§ 131 BRAGO).

4. — Además de los 50 DM, u 80 DM en su caso, si la actividad del Abogado lleva a la solución extraprocesal del problema, es decir, al convenio o acuerdo, en el sentido de los §§ 23 y 24 BRAGO (194), el

(192) Las actividades que se recogen en el § 118 BRAGO son, resumidamente, la realización de negocios (tasa de negocios), realización de gestiones ante el Tribunal (tasa de gestiones), y la participación en la práctica de las pruebas (tasa de práctica de pruebas), v. sobre ello, Gerold-Schmidt, págs. 1158 y ss.

(193) La Ley no es clara sobre si esos 80 DM son además de los 50 DM o no, pero en la práctica se realiza como se afirma en el texto, y así nos los ha comentado el Abogado Herr Heine. La doctrina no se muestra unánime. A favor, Grunsky, NJW 1980, pág. 2048; Lappe, pág. 130; y Mümmler, JurBüro 1980, págs. 1605 a 1610; en contra, v. la fundamentación del Proyecto del Gobierno, BT-Drucks, Nr. 8/3311, pág. 16; Klinge, pág. 71; con serias dudas, Bischof, NJW 1981, pág. 898; y distinguiendo los diversos supuestos, Schoreit-Dehn, págs. 90 a 96.

(194) Vide Gerold-Schmidt, pág. 378 a 423.

Landgericht u Oberlandesgericht, se entiende), para que elija, v. Klinge, pág. 66, quien añade que la labor debería facilitarse al máximo, a cuyo fin sería oportuno que los Abogados indicaran su especialización jurídica al inscribirse en dicha lista; en igual sentido, Schoreit-Dehn, pág. 76.

(189) Cuando escribimos este artículo, 1 DM eran exactamente 58 ptas.

(190) Vide la opinión de Schaich, AnwBl. 1981, pág. 4.

(191) Véase Bischof, NJW 1981, pág. 896.

Abogado percibirá otros 100 DM (§ 132, ap. (3) BRAGO) (195), asimismo a cargo del Estado (§ 131 BRAGO).

En total, pues, puede percibir el abogado 230 DM por su actividad, si se ha llegado al convenio, y nada más, pues cualquier pacto sobre honorarios y, por ende, cualquier exigencia superior del Abogado, están prohibidos (§ 8, ap. (2) BerHG).

e) *La denegación de la licencia y su impugnabilidad*

Volviendo al inicio del procedimiento, hay que considerar ahora la parte negativa de la cuestión, es decir, la denegación de la licencia al solicitante, por no cumplir éste los presupuestos exigidos o no haberlos justificado. La Ley se limita a afirmar que «contra el auto que rechace la solicitud, solamente será admisible el recurso de recordatorio» (§ 6, ap. (2) BerHG).

El recurso de recordatorio (196) es un medio de impugnación que cabe contra las decisiones del Rechtspfleger (§ 11, ap. (1) RPfIG), sólo que en este caso no está sometido al plazo que dicho párrafo y apartado fijan, por disposición del § 24a, ap. (2) RPfIG. Es, en cierto sentido, un remedio y no un recurso, pues conoce de él el propio Rechtspfleger. En caso de que lo desestimara, decidirá el Juez del Amtsgericht en última instancia, siendo su resolución inimpugnable (§ 11, ap. (2) RPfIG) (197).

VIII. EFECTOS

Además de los efectos propios de la institución que hemos ido estudiando a lo largo de este trabajo, hay que distinguir en estos momentos brevemente, según se haya concedido la licencia para obtener la asistencia o se haya denegado.

a) *De la concesión*

Hay que subdistinguir a su vez entre efectos económicos, efectos relacionados con la futura ayuda para costas procesales, y los efectos respecto al contrario,

1. *Económicos.* — Admitido, por los menos en la práctica, que la licencia es presupuesto de las percepciones, por medio de tasas, del Abogado, la licencia faculta a éste, en consecuencia, a exigir al

(195) Nos remitimos a la observación hecha en la nota 193.

(196) Traducción literal del alemán (Erinnerung), pero no existe equivalente.

(197) Véanse Klinge, pág. 66; y Schoreit-Dehn, págs. 76 y 77.

solicitante y al Estado las tasas que hemos visto anteriormente. No caben pactos sobre honorarios, aunque sí la condonación de los 20 DM al solicitante, como sabemos (§ 8). El Abogado debe solicitar el pago de las tasas correspondientes al Amtsgericht, presentando el formulario pertinente (198). Por último, dándose los presupuestos del § 9 BerHG, el Abogado tiene también derecho a exigir las tasas al contrario.

2. *Con relación a la futura ayuda para costas procesales.* — En el caso de que por medio de la asistencia no se resolviera el problema jurídico del solicitante y se requiriera acudir al proceso, la concesión de la asistencia extrajudicial significa que se le concederá en dicho proceso la ayuda para costas procesales, con exención total de los pagos, dado que para haber obtenido la asistencia extrajudicial ya se requirió no tener que contribuir con cantidad alguna para las costas (§ 1, ap. (2) BerHG y § 114 ZPO, con su Anexo correspondiente). Se plasma así la idea de la Comisión del Bundestag, ya vista, de facilitar los presupuestos combinando ambas leyes.

Ahora bien, la exención de las costas procesales no es automática, puesto que la Ley no lo regula así, sino que deberá solicitarla la parte, conforme a los §§ 114 y 117 ZPO. Claro es que la presentación de la licencia o documento justificativo de haberla obtenido (§ 117, ap. (2) ZPO), será decisiva al respecto, sin perjuicio del examen que deba realizar el Juez competente.

3. *Respecto al contrario.* — La concesión de la asistencia extrajudicial afecta tan sólo al solicitante, de ahí que si el contrario, la persona frente a la cual se ha planteado el problema jurídico, viniera obligado legalmente a pagar las costas causadas por la representación extraprocesal o la defensa de los derechos realizada fuera del proceso, deberá pagar también las tasas del Abogado que asistió extraprocesalmente al solicitante, no pudiendo aducir para la exención de dichas tasas que el Abogado percibe ya una tasa del solicitante y otras del Estado (§ 9 BerHG) (199).

Para entender esta disposición hay que comprender antes que la actividad extraprocesal de los Abogados genera unas costas (§ 91 ZPO y § 31 BRAGO, donde se regulan las más importantes), las cuales en principio deben pagarse por la parte que ha solicitado los servicios del Abogado, salvo que por contrato, legalmente en base

(198) Publicado en el Anexo 2 al Reglamento sobre Introducción de Formularios en el campo de la Asistencia Extrajudicial, de 2 de enero de 1981, *cit.*

(199) Véase el § 12 del Proyecto del Gobierno y su fundamentación, BT-Drucks., Nr. 8/3311, págs. 6 y 15; así como el Dictamen de la Comisión (§ 9), BT-Drucks., Nr. 8/3695, págs. 5 y 9; Grunsky, *loc. cit.*; y Lappe, pág. 131.

al derecho material o a causa del vencimiento en el proceso si esa actividad desembocó en él, deba pagarlas el contrario (200). Pues bien, lo que significa el § 9 BerHG, es que el crédito que el solicitante de la BH tenía contra el contrario de cobrar las costas, se transmite al Abogado, en la extensión necesaria para cubrir sus tasas, convirtiéndose el Abogado en acreedor del deudor obligado a pagarlas. Pero, además, el § 9, frase 3.^a BerHG, prohíbe que la reversión o transmisión pueda perjudicar al asistido extrajudicialmente, es decir, que la única cantidad que vendrá obligado a pagar éste serán los 20 DM, no estando obligado a pagar más dinero al Abogado aunque por aplicación de la legislación de costas, tasas, o pactos entre las partes, resultara una cuota mayor a esa cantidad.

No se dice nada, sin embargo, de la situación inversa, es decir, del resarcimiento al contrario en el caso de que el solicitante venga obligado a abonar las costas causadas por el contrario (201), con lo cual habrá que entender que, de no obtener otra posibilidad, vendrá obligado a pagarlas por aplicación de las reglas generales de los §§ 91 y ss. ZPO.

De otro lado, los pagos que reciba el Abogado del contrario, serán descontados del pago por el Estado (§ 9, «in fine» BerHG), de donde se deduce que el Abogado, según los casos, podrá percibir más tasas de las fijadas en el § 132 BRAGO, en cuyo caso el Estado no vendrá obligado a pagarlas. Tampoco se afirma nada respecto a los 20 DM pagados por el solicitante, de ahí que parezca que el Abogado deba descontar dicha cantidad de la reclamada al contrario (202), pero la cuestión no es clara legalmente.

Obsérvese que la Ley no ha previsto como causa de revocación la mejora de fortuna, lo cual plantea una injusticia típica en estos casos. El ejemplo normal sería el premio de lotería o de quinielas, v. gr., de 100.000 DM, que ha obtenido posteriormente una persona que solicitó y obtuvo asistencia extrajudicial, habiéndose solucionado su problema jurídico extrajudicialmente, es decir, sin necesidad de acudir al proceso. Conforme al § 9 de la Ley, no se le pueden reclamar las tasas que debería haber abonado como rico en sentido legal en su momento, porque ello no está previsto expresamente. Ciertamente, los casos se darán rara vez, con lo cual, el montante a recuperar será ínfimo comparado con el global de la asistencia prestada en la República Federal, pero, técnicamente, no se acaba de comprender cómo el Parlamento, que limitó la asistencia extrajudi-

(200) Véase Rosenberg-Schwab, pág. 468; y, en particular, Grunsky, *loc. cit.*; y Schoreit-Dehn, pág. 81.

(201) Finger, MDR 1982, pág. 367.

(202) En ese sentido, Schaich, AnwBl. 1981, pág. 4.

cial por causas económicas, ha dejado escapar la oportunidad de recuperar el desembolso realizado, regulando la mejora de fortuna en el campo de la asistencia extrajudicial.

b) Efectos de la denegación

La denegación de la asistencia extrajudicial tiene como consecuencia la obligatoriedad por parte del solicitante de pagar las tasas al Abogado, tanto si desea a pesar de ello la información, como si ya le hubiese consultado, además de tener derecho a interponer el llamado recurso de recordatorio contra la decisión del Rechtspfleger (§ 6, ap. (2) BerHG).

No está prevista en la Ley la revocación de la licencia concedida, v. gr., por resultar falsos con posterioridad los presupuestos económicos aducidos, pero la posibilidad de su existencia y sus consecuencias son claras: Dejando ahora de lado las posibles responsabilidades civiles y penales del solicitante, deberá pagar las tasas al Abogado, debiendo haber, en nuestra opinión, contra la revocación asimismo recurso de recordatorio.

IX. APÉNDICE LEGISLATIVO: LA LEY DE 18 DE JUNIO DE 1980, SOBRE CONSEJO JURÍDICO Y REPRESENTACIÓN PARA CIUDADANOS CON ESCASOS INGRESOS ECONÓMICOS (LEY SOBRE ASISTENCIA EXTRAJUDICIAL)

El texto completo de la Ley sobre Asistencia Extrajudicial, de 18 de junio de 1980 (203), es la siguiente:

El Bundestag ha aprobado, con el consentimiento del Bundesrat, la siguiente Ley:

PRIMER APARTADO. ASISTENCIA EXTRAJUDICIAL

§ 1 [Presupuestos]. (1) Se concederá, a instancia de parte, la ayuda para la defensa de los derechos fuera de un proceso judicial (asistencia extrajudicial), cuando:

1. El solicitante no pueda pagar, de acuerdo con sus circunstancias personales y económicas, los medios exigidos;
2. Otras posibilidades de ayuda, cuya utilización sea exigible el solicitante, no están a su disposición;
3. La defensa de los derechos no sea temeraria.

(2) Se darán los presupuestos del apartado (1), número 1, cuando al solicitante se le hubiera de conceder, conforme a las disposiciones de la Ley Pro-

(203) Publicada en el BGBl. I, pág. 689.

cesal Civil, la ayuda para costas procesales, sin ninguna contribución propia para las costas.

§ 2 [Consejo y representación]. (1) La asistencia extrajudicial consistirá en el consejo y, si es necesario, en la representación.

(2) La asistencia extrajudicial según esta Ley se concederá en los asuntos:

1. De Derecho civil, excepto en los asuntos para cuya decisión sean exclusivamente competentes los Tribunales laborales.
2. De Derecho administrativo.
3. De Derecho constitucional.

En los asuntos de Derecho penal y de Derecho de contravenciones al orden, sólo se concederá el consejo. Si en su relación de conjunto fuera necesario permitirla en otro campo jurídico, se concederá también para éste la asistencia extrajudicial.

(3) La asistencia extrajudicial según esta Ley no se concederá en los asuntos en los que se tenga que aplicar el Derecho de otro Estado, en el caso de que las circunstancias no muestren ninguna relación con el interior.

§ 3 [Concesión por abogados o por el Amtsgericht]. (1) La asistencia extrajudicial se concederá por los abogados, también en Oficinas de Asistencia, que, en base a un acuerdo con la Administración de Justicia del Land, estén dispuestos.

(2) La asistencia extrajudicial podrá ser concedida también por el Amtsgericht, en cuanto pueda corresponderse a la petición por medio de una rápida información, de indicación de otra posibilidad de ayuda o por la admisión de una solicitud o de una declaración.

§ 4 [Resolución sobre la solicitud]. (1) Sobre la solicitud de asistencia extrajudicial decidirá el Amtsgericht, en cuyo partido judicial esté actuando una necesidad para asistencia extrajudicial.

(2) La solicitud podrá interponerse oralmente o por escrito. Se declararán las circunstancias en base a las cuales se solicita la asistencia extrajudicial. Se justificarán las circunstancias personales y económicas del solicitante. Si el solicitante, con motivo de la asistencia extrajudicial, se dirigiera directamente a un abogado, podrá interponerse la solicitud posteriormente.

§ 5 [Procedimiento]. En cuanto al procedimiento, regirán respectivamente las disposiciones de la Ley sobre Actos de Jurisdicción Voluntaria, en tanto que por esta Ley no se disponga lo contrario.

§ 6 [Licencia para la asistencia extrajudicial]. (1) Si se dieran los presupuestos para la concesión de la asistencia extrajudicial, y no se resolviera el asunto por el Amtsgericht, otorgará éste al solicitante la licencia para la asistencia extrajudicial por parte de un abogado de su elección, en la que se expresará exactamente el asunto.

(2) Contra el auto que rechace la solicitud solamente será admisible el recurso de recordatorio.

§ 7 [Obligaciones del solicitante]. El solicitante que haya buscado directamente al abogado, justificará sus circunstancias personales y económicas, y asegurará que hasta ahora ni le fue concedida la asistencia extrajudicial en el mismo asunto, ni le ha sido denegada por el Amtsgericht.

§ 8 [Tasas del abogado]. (1) Corresponderá al abogado, contra el solicitante al que se le haya concedido la asistencia extrajudicial, una tasa por importe de 20 DM, que podrá condonar según las circunstancias de aquél.

(2) Serán nulos los pactos sobre honorarios.

§ 9 [Reembolso de las costas por la parte contraria]. Si la parte contraria estuviera obligada a reembolsar al solicitante las costas ocasionadas por la

defensa de sus derechos, pagará los honorarios legales por la actividad del abogado. La pretensión revertirá al abogado. La reversión no podrá hacerse valer en perjuicio del solicitante. Los pagos que reciba el abogado conforme a la frase 2.ª, serán descontados del pago por el Estado.

SEGUNDO APARTADO. MODIFICACION DE LEYES FEDERALES

§ 10. La Ley Federal sobre Tasas para Abogados, según la redacción subsanada publicada en la Parte III del Bundesgesetzblatt, número marginal 368-1, últimamente modificada por el art. 2, núm. 4 de la Ley de 13 de junio de 1980 (BGBl. I, pág. 677), queda modificada como sigue:

Tras en doceavo apartado se añade el siguiente apartado:

TRECEAVO APARTADO. PAGO DE LA ASISTENCIA EXTRAJUDICIAL

§ 131 [Pago por el Estado]. El abogado, en tanto no se hayan tomado especiales acuerdos por la actividad en las Oficinas de Asistencia, según el § 3, ap. (1) de la Ley de Asistencia Extrajudicial, recibirá el pago conforme a esta Ley del Estado.

§ 132 [Tasas por asistencia extrajudicial]. (1) El abogado recibirá por un consejo oral o escrito y por una información, que no esté conexas con otra actividad sujeta a otras tasas, una tasa por importe de 30 DM. Se aplicará el § 20, ap. (1), frase 3.ª.

(2) Respecto a las actividades descritas en el § 118, recibirá el abogado una tasa por importe de 80 DM. Se descontará esta tasa en su mitad respecto a las tasas por el procedimiento judicial o administrativo que se siga a continuación.

(3) Si la actividad del abogado, según el ap. (2), frase 1.ª, hubiera llevado a un convenio o a la solución del asunto judicial (§§ 23 y 24), recibirá por ello una tasa por importe de 100 DM.

§ 133. Se aplicarán respectivamente los §§ 125, 126, 128 y 130, ap. (1). La tarifa global del § 26 se imputará a las tasas del § 132. Será competente el Amtsgericht que haya otorgado la licencia, y, en los casos del § 7 de la Ley de Asistencia Extrajudicial, el Amtsgericht en cuyo partido judicial tenga el abogado su despacho.

§ 11. La Ley Federal de la Abogacía, según la redacción subsanada publicada en la Parte III del Bundesgesetzblatt, número marginal 303-8, últimamente modificada por el art. 4, núm. 7, de la Ley de 13 de junio de 1980 (BGBl. I, pág. 677), queda modificada como sigue:

Tras el § 49, se añade el § 49a:

§ 49a [Obligación de aceptación de la asistencia extrajudicial]. El abogado queda obligado a aceptar la asistencia extrajudicial prevista en la Ley sobre Asistencia Extrajudicial. Sólo podrá rechazar en casos particulares la asistencia extrajudicial, basándose en importantes motivos.

§ 12. La Ley sobre el Rechtspfleger, de 5 de noviembre de 1969 (BGBl. I, pág. 2065), últimamente modificada por el art. 4, núm. 5 de la Ley de 13 de junio de 1980 (BGBl. I, pág. 677), queda modificada como sigue:

1. El § 3 queda modificado así:
 - a) Se sustituye el núm. «24» por el núm. «24a» en el núm. 3.
 - b) En el núm. 3 se añade la siguiente letra f:
 - «f) En el campo de la asistencia extrajudicial».
2. El Título del Tercer Apartado queda redactado como sigue:

«Asuntos encomendados al Rechtspfleger en cuestiones litigiosas civiles, procedimientos de tasación de costas, procedimientos en caso de resoluciones judiciales en el proceso penal o en el proceso de imposición de multas por infracciones al orden administrativo, procedimientos ante el Tribunal de Patentes, en el campo de toma de declaraciones y de la asistencia extrajudicial».
3. Tras el § 24 se añade el siguiente § 24a:

§ 24a [Asistencia extrajudicial]. (1) Quedan encomendados al Rechtspfleger los siguientes asuntos:

 1. La resolución sobre las solicitudes de concesión de la asistencia extrajudicial.
 2. Los asuntos asignados al Amtsgericht, según el § 3, ap. (2) de la Ley de Asistencia Extrajudicial.

(2) No se aplicarán el § 5, ni el § 11, ap. (1), frase 2.ª y ap. (5).

§ 13. [Formularios]. El Ministro Federal de Justicia quedará autorizado a establecer, con el fin de simplificar y unificar el procedimiento, formularios para la solicitud de concesión de la asistencia extrajudicial, y para el pago de los honorarios del abogado después de la finalización de la asistencia extrajudicial, por medio de Reglamento aprobado por el Senado, y a ordenar su aplicación (204).

TERCER APARTADO. DISPOSICIONES FINALES

- § 14. [Regulación especial para Bremen, Hamburgo y Berlín]. (1) En los Länder de Bremen y Hamburgo sustituirá el introducido consejo jurídico público a la asistencia extrajudicial conforme a esta Ley, siempre y cuando el Derecho del Land no disponga lo contrario.
- (2) En el Land de Berlín, tendrá el solicitante la elección entre la utilización del allí introducido consejo jurídico público y la asistencia extrajudicial por parte del abogado conforme a esta Ley, siempre y cuando el Derecho del Land no disponga lo contrario.
- § 15. Reserva para Berlín. Esta Ley regirá conforme al § 13, apartado (1) de la Tercera Ley Transitoria también en el Land de Berlín (205). Los Reglamentos que se promulguen en base a esta Ley, regirán en el Land de Berlín conforme al § 14 de la Tercera Ley Transitoria.
- § 16. Entrada en vigor. Esta Ley entrará en vigor, excepto el § 14, el día 1 de enero de 1981. El § 14 entrará en vigor al día siguiente de su publicación (206).
- La precedente Ley es firmada a continuación y publicada en el Bundesgesetzblatt. Bonn, 18 de junio de 1980.

(204) Reglamento sobre la Introducción de Formularios en el campo de la Asistencia Extrajudicial, de 2 de enero de 1981 (BGBl. I, pág. 26), cit.

(205) Aceptado en Berlín por Ley de 3 de julio de 1980 (GVBl., págs. 1146 y 1157).

(206) Publicada el 21 de junio de 1980.

X. APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO

- BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARTMANN, *Zivilprozeßordnung* (39.ª Ed.), Ed. C. H. Beck, München 1981.
- BAUMGÄRTEL, G., *Chancengleichheit vor Gericht durch Pflichtrechtsschutzversicherung oder Prozeßhilfe? — Zugleich ein Beitrag zur Funktion der Prozeßkosten*, JZ 1975, págs. 425 y ss.
- *Id.*, *Gleicher Zugang zum Recht für alle*, Ed. Heymans, Berlin-Bonn-München 1976.
- *Id.*, *Chancengleichheit vor Gericht — Utopien und Möglichkeiten*, en «Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag», Ed. Walter de Gruyter, Berlin-New York 1976, págs. 943 y ss.
- *Id.*, *Außergerichtliche Rechtsberatung Minderbemittelter*, ZRP 1979, págs. 302 y ss.
- BISCHOF, H. H., *Praxisprobleme des Beratungshilfegesetzes*, NJW 1981, págs. 894 y ss.
- BLANKENBURG, E., *Rechtsberatung als Hilfe und als Barriere auf dem Weg zum Recht*, ZRP 1976, págs. 93 y ss.
- *Id.*, *Rechtshilfebedürfnis und Rechtsberatung — Theoretische Überlegungen zur rechtspolitischen Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland*, en JRR, Ed. Westdeutscher, Opladen 1978, Bd. 5, págs. 231 y ss.
- BLANKENBURG-REIFNER, *Rechtshilfe für sozial Schwache*, Ed. Internationales Institut für Management und Verwaltung, Berlin 1976.
- *Id.*, *Rechtshilfe als Teil eines Beratungssystems*, Ed. Internationales Institut für Management und Verwaltung, Berlin 1978, y en RASEHORN (Hrsg.), págs. 21 y ss.
- BLANKENBURG-REIFNER-GORGES-TIEMANN, *Rechtsberatung*, Ed. Luchterhand, Neuwied-Darmstadt 1982.
- BOKELMANN, E., «Rechtswegsperr» durch Prozeßkosten, ZRP 1973, págs. 164 y ss.
- BUMILLER-WINKLER, *Freiwillige Gerichtsbarkeit* (3.ª Ed.), Ed. C. H. Beck, München 1980.
- BUNDESRATS-DRUCKSACHEN, *Gesetzentwurf der Bundesregierung*, Nr. 404/79 (17 de agosto de 1979).
- BUNDESTAGS-DRUCKSACHEN, *Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion*, Nr. 8/1713 (17 de abril de 1978).
- BUNDESTAGS-DRUCKSACHEN, *Gesetzentwurf der Bundesregierung*, Nr. 8/3311 (2 de noviembre de 1979).
- BUNDESTAGS-PROTOKOLLE, *Entwurf des Beratungshilfegesetzes*, Nr. 8/188 (7 de febrero de 1980).
- BUNDESTAGS-DRUCKSACHEN, *Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuß) zu dem Entwurf eines Gesetzes über die Außergerichtliche Rechtsberatung und Vertretung für Bürger mit geringem Einkommen*, Nr. 9/3695 (22 de febrero de 1980).
- DEMMER, J. H., *Tätigkeitsbericht 1978/79 des Deutschen Anwaltsvereins*, AnwBl. 1979, págs. 250 y ss.
- DERLEDER, P., *Rechtsformen anwaltlichen Beratungshilfe*, MDR 1981, págs. 448 y ss.
- DEUTSCHER ANWALTSVEREIN (bajo la Presidencia del Abogado Dr. KLINGE), *Diskussionsentwurf eines Gesetzes über die Außergerichtliche Rechtshilfe für Minderbemittelte*, AnwBl. 1974, págs. 254 y ss.
- ENTSCHIEDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS, Ed. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

- FALKE, J., *Zugang zum Recht — Ein Fallstudie über die öffentliche Rechtsauskunft— und Vergleichsstelle in Hamburg*, en JRR, págs. 13 y ss.
- FECHNER, E., *Kostenrisiko und Rechtswegsperre — Steht der Rechtsweg offen?*, JZ 1969, págs. 349 y ss.
- FINGER, P., *Reform der Rechtsberatung*, Ed. Athenäum, Königstein 1981.
- *Id.*, *Das Beratungshilfegesetz vom 18.6.1980*, MDR 1982, págs. 361 y ss.
- GEROLD-SCHMIDT, *Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte. Kommentar* (6.ª Ed.), Ed. C. H. Beck, München 1977.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., *La Ley alemana de 13 de agosto de 1980, sobre Ayuda para las Costas Procesales*, Justicia 84, I, págs. 241 y ss.
- GRUNSKY, W., *Gutachten A: Empfehlen sich im Interesse einer effektiven Rechtsverwirklichung für alle Bürger Änderungen des System des Kosten— und Gebührenrechts?*, en «Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages», Bd. I (Gutachten), Ed. C. H. Beck, München 1976, págs. A1 y ss.
- *Id.*, *Die neuen Gesetze über die Prozeßkostenhilfe und die Beratungshilfe*, NJW 1980, págs. 2041 y ss.
- HAMANN-LENZ, *Grundgesetz. Kommentar* (3.ª Ed.), Ed. Luchterhand, Neuwied-Berlin 1970.
- HARTMAN, P., *Kostengesetze* (21 Ed.), Ed. C. H. Beck, München 1983.
- HENNINGS, C. P., *Einrichtung und Tätigkeit der Öffentlichen Rechtsauskunft— und Vergleichsstelle in Hamburg (ÖRA)*, en RASEHORN (Hrsg.), págs. 79 y ss.
- ISELE, W., *Bundesrechtsanwaltsordnung. Kommentar*, Ed. Juristische Fachbuch, Essen 1976.
- KIERSDORF, A., *Gedanken zum Rechtsberatungsgesetz*, en RASEHORN (Hrsg.), págs. 69 y ss.
- KLINGE, E., *Das Beratungshilfegesetz. Kommentar*, Ed. Luchterhand, Neuwied 1980.
- KÖNIG, B., *Chancengleichheit im und vor dem Gerichtssaal*, österr. AnwBl. 1978, págs. 55 y ss.
- KÜHL, J., *Die öffentliche Rechtsberatung in Land Bremen*, en RASEHORN (Hrsg.), págs. 90 y ss.
- LAPPE, F., *Justizkostenrecht*, Ed. C. H. Beck, München 1982, págs. 130 y ss.
- LEIBHOLZ-RINCK-HELSELBERGER, *Grundgesetz. Kommentar* (6.ª Ed., actualizada en enero de 1983), Ed. Otto Schmidt, Köln 1979.
- LINDEMANN, K., *Rechtshilfe in der Praxis*, NJW 1981, págs. 1638 y ss.
- MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Grundgesetz. Kommentar*, 3 tomos (actualizada en abril de 1983), Ed. C. H. Beck, München 1983.
- MAYDELL, B. VON, *Sozialrecht und Anwaltschaft — nach Inkrafttreten des Prozeßkosten— und Beratungshilfegesetzes*, NJW, 1981, págs. 1181 y ss.
- MÜMMLER, A., *Zur gesetzlichen Regelung der Beratungshilfe in Rechtsangelegenheiten*, JurBüro 1980, págs. 17 y ss.
- *Id.*, *Das Beratungshilfegesetz ab 1.1.1981*, JurBüro 1980, págs. 1601 y ss.
- NÖCKER, K., *Das Beratungshilfegesetz. Eine Überblick zum Inkrafttreten*, Rpfleger 1981, págs. 1 y ss.
- PLAGEMANN, J., *Der Rechtsschutz im Sozialrecht*, AnwBl. 1981, págs. 170 y ss.
- RASEHORN, T., *Außergerichtliche Rechtsberatung in einem «schwierigen Vaterland»*, en RASEHORN (Hrsg.), págs. 7 y ss.
- RASEHORN (Hrsg.), *Rechtsberatung als Lebenshilfe*, Ed. Luchterhand, Neuwied 1979.
- REDEKER K., *Zur Stellung der Anwaltschaft im außergerichtlichen Rechtsberatungssystem*, ZRP 1976, págs. 97 y ss.
- *Id.*, *Referat zum 51. Deutschen Juristentag*, en «Verhandlungen...», cit., Bd. II (Sitzungsberichte), págs. L31 y ss.

- REIFNER, U., *Das System der Rechtsberatung in der Bundesrepublik Deutschland. Probleme und Tendenzen*, JZ 1976, págs. 504 y ss.
- *Id.*, *Unentgeltliche Rechtsberatung in West-Berlin*, en JRR, cit., págs. 43 y ss.
- RÖPER, E., *Rechtsschutzversicherung für sozial Schwache*, ZRP 1975, págs. 252 y ss.
- *Id.*, *Rechtsschutz für sozial Schwache*, Ed. Otto Schmidt, Köln 1976.
- ROSEMBERG-SCHWAB, *Zivilprozeßrecht* (13.ª Ed.), Ed. C. H. Beck, München 1981, págs. 512 y 513.
- RUDOLPH, K., *Referat zum 51. Deutschen Juristentag*, en «Verhandlungen...», Bd. II, cit., págs. L8 y ss.
- SCHAICH, A., *Zum Inkrafttreten des Beratungshilfegesetzes*, AnwBl. 1981, págs. 2 y ss.
- SCHERL, H., *Verbilligte außergerichtliche Rechtshilfe für sozial Schwache. Probleme einer neuen Sozialleistung*, Ed. Haag + Herchen, Frankfurt a. M. 1977.
- *Id.*, *Rechtsberatung für Sozialschwache — die Frage nach der besten Lösung*, en RASEHORN (Hrsg.), págs. 43 y ss.
- SCHOREIT, A., *Rechtsberatung unentgeltlich*, Ed. C. F. Müller (2.ª Ed.), Heidelberg-Karlsruhe 1976.
- SCHOREIT-DEHN, *Beratungshilfegesetz. Prozeßkostenhilfegesetz. Kommentar*, Ed. C. F. Müller, Heidelberg 1982.
- TROCKER, N., *Gutachten B: Empfehlen...», cit., en «Verhandlungen...», cit., Bd. I (Gutachten), págs. B1 y ss.*
- VON AULOCK, G., *Rechtshilfe für untere Schichten und Anwaltschaft*, en JRR, cit., págs. 94 y ss.
- WASSERMANN, R., *Gleicher Rechtsschutz für alle*, RuP 1975, págs. 1 y ss.
- *Id.*, *Der soziale Zivilprozeß*, Ed. Luchterhand, Neuwied und Darmstadt 1978.
- WITH, H., *Prozeßkostenhilfe und außergerichtliche Rechtshilfe. Auszug aus einem Vortrag vor dem Bundesvorstand der Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischen Juristen*, AnwBl. 1974, págs. 304 y 305.
- ZÖLLER, *Zivilprozeßordnung* (13.ª Ed.), Ed. Otto Schmidt, Köln 1981.

DEL DERECHO PROCESAL AL DERECHO JURISDICCIONAL**JUAN MONTERO AROCA**Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia**SUMARIO:**

1. Introducción. — 2. Los orígenes: la práctica forense. — 3. La práctica forense en la primera mitad del siglo XIX. — 4. Los inicios del procedimentalismo. — 5. La influencia francesa. — 6. El contenido de los procedimientos judiciales. — 7. El nacimiento del derecho procesal en Alemania e Italia. — 8. Las características del derecho procesal: A) Método. B) Autonomía. C) Contenido. — 9. Ante una nueva etapa: el derecho jurisdiccional. — 10. El objeto del derecho jurisdiccional: A) El Poder Judicial, la jurisdicción, la organización y el personal judicial. — 11. Sigue: B) La acción. C) El proceso.

1. INTRODUCCIÓN

Todavía hoy sigue siendo lugar común en la doctrina definir el derecho procesal con referencia al proceso. Se afirma así —y por lo extendida no es precisa la cita de autores concretos— que el derecho procesal es o bien el conjunto de normas que regulan el proceso, o bien la ciencia jurídica que atiende al estudio del proceso. Naturalmente en este tipo de conceptos el elemento a definir se ha desplazado, y lo fundamental en ellos es la consideración del proceso; es por ello por lo que buena parte de los manuales y tratados de nuestra disciplina, empiezan por el examen del proceso.

A pesar de lo anterior, la doctrina que sigue esta orientación se da inmediatamente cuenta de que otras realidades, aparte de la del proceso, son reguladas por normas que ella misma califica de procesales, y, dando un salto en el vacío en su línea argumentativa, incluye dentro del derecho procesal algo más que el proceso; ese algo más

es la acción (y/o la pretensión) y sobre todo la jurisdicción, y por esta vía la organización judicial y todo lo relativo a los titulares de la jurisdicción. De todo ello resulta que el derecho procesal no es ya el derecho del proceso, ni éste es el contenido único de aquél, pero la fuerza de la tradición es tal que la doctrina a que venimos haciendo referencia, no llega a dar el paso final, no llega a percibir que estamos en los inicios de una nueva etapa en la evolución de esta rama de la ciencia jurídica.

Podríamos poner muchos ejemplos de autores de categoría internacional con los que demostrar la situación doctrinal que venimos describiendo, pero por razones obvias vamos a limitarnos a un autor español, y nos centraremos en él, aparte de por sus méritos relevantes, porque su obra, en la parte que aquí nos interesa, se refiere al derecho procesal en general.

Nos referimos a Leonardo PRIETO-CASTRO, el cual muy recientemente nos ha dado una última exposición de su pensamiento en una obra importante cualitativa y cuantitativamente (1). Después de definir el proceso como actividad jurídicamente regulada (2), y de afirmar que el derecho procesal es el que se refiere al proceso, incluye en la definición de aquél otras realidades aparte del proceso. En efecto, el derecho procesal en sentido objetivo es definido como «el conjunto de normas que regulan el proceso como medio para la finalidad de tutela del orden jurídico y la protección de los derechos subjetivos, intereses y situaciones, prescribiendo todo lo que afecta a la constitución, funcionamiento y gobierno interior de los órganos jurisdiccionales, a las condiciones de los sujetos que ante él actúan y a los requisitos y efectos de los actos de unos y otros, constitutivos del procedimiento» (3).

La definición llega más allá de las bases sobre las que se asienta, pues si el derecho procesal es el derecho del proceso, y éste es actividad, cómo puede luego incluirse en aquél todo lo relativo a la constitución y gobierno interior de los tribunales; más aún, si se centran las analogías entre el derecho procesal civil y el penal única y exclusivamente en el proceso, cómo puede luego afirmarse que el concepto de jurisdicción es el que da unidad teleológica a ambas manifestaciones procesales (4).

Creemos que estas faltas de coherencia interna responden a un planteamiento de lo que el derecho procesal fue en una etapa de su

(1) L. PRIETO-CASTRO, *Tratado de derecho procesal civil*, Pamplona, 1982, 2 vols.

(2) PRIETO-CASTRO, op. cit., I, p. 70.

(3) PRIETO-CASTRO, op. cit., I, p. 75.

(4) PRIETO-CASTRO, op. cit., I, pp. 78-82.

evolución; responden a una concepción que hoy debemos esforzarnos todos en superar. Ese esfuerzo nos llevará, en mi opinión, al derecho jurisdiccional. De ahí el título de esta intervención: «Del derecho procesal al derecho jurisdiccional».

La justificación de esta opinión y de este título requiere volver la vista atrás; es necesario examinar de dónde partimos, por dónde hemos pasado y dónde estamos en una ciencia jurídica que hoy es comúnmente conocida como derecho procesal.

Antes de exponer los resultados de mi investigación, quiero resaltar que he atendido fundamentalmente a la evolución doctrinal en España. Las razones de esta elección creo que no necesitan ser detalladas, y tampoco precisa de justificación el por qué no me voy a remontar a lo que ALCALÁ-ZAMORA denomina «período primitivo» (5); no se trata de retroceder a Adán y Eva, o al mono desnudo, según prefieran.

2. LOS ORÍGENES: LA PRÁCTICA FORENSE

Las facultades de leyes de las universidades hispánicas de los siglos XVI, XVII y XVIII no formaban juristas para la aplicación cotidiana del derecho. Las universidades formaban juristas expertos en derecho romano, pero el derecho español a aplicar por los tribunales no se estudiaba en ellas, debiendo aprenderse, después de obtener el título de bachiller o licenciado, mediante la pasantía en los bufetes de abogados. «El abismo entre la teórica universitaria y la práctica no se salva hasta el siglo XIX, hasta el descenso de los estudios de derecho clásico. Hasta entonces el núcleo fundamental de las facultades de leyes es la *Instituta* —bien aprendida— y algunas partes de *Código y Digesto*» (6).

Hoy puede parecer extraño pero a lo largo del siglo XVIII el Consejo de Castilla hubo de ordenar dos veces (en 1713 y en 1741) a las universidades que en ellas se explicaran las «leyes patrias» (7), aspirándose únicamente a que se siguiera el sistema de concordancias de éstas con el derecho romano. Más aún, la reiteración de la orden supone su incumplimiento, y es indudable que encontró resistencia, no sólo por los que debían cumplirla, los catedráticos, sino incluso en los abogados.

(5) N. ALCALÁ-ZAMORA, *Evolución de la doctrina procesal*, en «Estudios de teoría general e historia del proceso», II, México, 1974, p. 295.

(6) M. y J. L. PESET, *La universidad española (siglos XVIII y XIX)*, Madrid, 1974, p. 287.

(7) Autos de 4 de diciembre de 1713 (Auto 2, 1, 1 de los Acordados) y de 15 de noviembre de 1741 (Auto 2, 1, 3).

El Auto Acordado de 1741 le hizo decir a Gregorio MAYANS Y SISCAR, sin duda uno de los hombres más ilustrados de la época: «No considero otro inconveniente sino que los Cathedráticos que la han de practicar, casi todos ignoran las leyes de Castilla, e no tienen libros ni manuscritos, ni arte que los guíe. De aquí, pues, resultará una nueva Jurisprudencia que se podrá llamar *Juris Imprudencia*» (8). Y NEBOT, un abogado valenciano, un «práctico», se lamentaba: «El amor que tengo a las Leyes Romanas me hace sentir que se vayan introduciendo en las Universidades las Leyes Patrias» (9).

Dos siglos antes, en 1573, Gonzalo SUÁREZ DE PAZ, catedrático de la Universidad de Salamanca, iniciaba su libro *Praxis ecclesiasticae et secularis cum actionum formulis et processum* diciendo que, después de ocho años de explicar la teoría de los dos derechos, esto es, del civil y del canónico, se me ocurrió que sería también de utilidad la práctica, el estilo y el modo común de proceder. Habida cuenta de que *parum prodesse habere theoreticam absque praxi*, decidí —decía— enseñar también la práctica, fijándome en el modo y estilo del foro, y en el pasado año de 1572, con gran aplauso de los asistentes y el aula llena de estudiantes, impartí esas enseñanzas; y viendo el beneficio que produjo a los jueces, abogados y principiantes, y los beneficios que reportará en el futuro, he decidido dar estas páginas a la imprenta (10).

No sabemos cuánto duró el experimento de SUÁREZ DE PAZ, pero sí que fue excepcional, no siendo imitado. Con evidente acritud MEDINA Y FLORES, en 1744, se burlaba de los titulados universitarios y de su ignorancia: «...al oír que se acusan rebeldías, conceptúa que será algún hereje a quien forman proceso por contumacia... los recursos de mil y quinientas, juzgan que tienen ese nombre porque duran hasta la vida perdurable, y los de fuerza aprende que dimanarán de alguna violencia torpe contra el sexo frágil» (11).

Así las cosas era lógico que los grados universitarios fueran meramente académicos, no habilitando para el ejercicio de la abogacía. La denominada «práctica» no se enseñaba en las Universidades, quedando relegada a la pasantía, siendo controlado su conocimiento, para

(8) G. MAYANS Y SISCAR, *Epistolario*, IV. *Mayans y Nebot (1735-1742)*. Un jurista teórico y un práctico, Transcripción, notas y estudio preliminar de M. PESET, Valencia, 1975, p. 584.

(9) MAYANS, op. cit., p. 581.

(10) La *Praxis* de SUÁREZ DE PAZ se publicó por primera vez en 1583, y se multiplicaron después las ediciones, recomendándose incluso en los planes de estudios de principios del siglo XIX. En total se hicieron doce ediciones, la última en 1790.

(11) MEDINA Y FLORES, *Representación*, publicada por CANELLA SECADES, *El derecho español en 1744*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1878, t. 52, pp. 362-3.

ejercer como abogado, mediante un examen a realizar en las Audiencias, Chancillerías o Consejo de Castilla, que no desaparece hasta 1843 (12).

En este ambiente hay que encuadrar las numerosas «prácticas forenses» escritas hasta mediados del siglo XIX, empezando por las de MONTEROSO Y SUÁREZ DE PAZ, y acabando por las de GÓMEZ NEGRO y las primeras ediciones de la de ORTIZ DE ZÚÑIGA. Y hay que incluir aquí autores de obras de gran difusión, como CARLEVAL, SALGADO DE SOMOZA, HEVIA DE BOLAÑOS, VILLADIEGO, ELIZONDO, MARTÍNEZ, FEBRERO, CONDE DE LA CAÑADA y tantos otros.

Con evidentes matices, en los que no puedo detenerme en estos momentos, todos estos autores, y sus obras, tienen unas características comunes que pueden resumirse así (13):

1.º Los destinatarios de los libros de práctica forense no son los estudiantes universitarios, sino los jueces, escribanos y abogados. Ello es consecuencia de lo que hemos dicho sobre la enseñanza universitaria, y de la necesidad de que los que habían de actuar judicialmente suplieran las deficiencias de aquella enseñanza. Este destino de los libros se descubre incluso en los títulos, pues junto al más utilizado de práctica forense, se utilizan por ejemplo: FEBRERO, «Librería de escribanos, e Instrucción jurídica teórico práctica de principiantes», Madrid, 1786; MARTÍNEZ, «Librería de jueces, utilísima y universal para abogados, alcaldes mayores y ordinarios, corregidores e intendentes...», 3.ª ed., Madrid, 1766; COLOM, «Instrucción de escribanos, en orden a lo judicial, utilísima también a los procuradores y litigantes», 1736.

2.º Los autores no suelen ser profesores universitarios, sino «prácticos», personas con experiencia judicial que pretenden transmitir conocimientos, no adquiridos científicamente, sino a través de su vida profesional. Los ejemplos pueden ser también aquí muy significativos: HEVIA DE BOLAÑOS fue al parecer procurador en la Audiencia de Lima (14), el CONDE DE LA CAÑADA gobernador del Consejo y Cámara de Castilla, MATIENZO oidor en Charcas y Lima y presidente de aquella Audiencia, ALCARAZ y CASTRO juez en Cartagena, ALVAREZ POSADILLA corregidor, ELIZONDO fiscal en Granada, etc.

3.º Dada la formación no científica sino práctica de los autores,

(12) M. PESET, *La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII y XIX*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1971, t. 230, pp. 616 y ss., y *Universidad y enseñanza del derecho durante las regencias de Isabel II (1833-1843)*, en *Anuario de Historia del Derecho*, 1969, p. 535.

(13) Puede verse ALCALÁ-ZAMORA, *Estudios de teoría general*, II, cit., pp. 299-300.

(14) LOHMANN, *En torno a Juan de Hevia Bolaños*, en *Anuario de Historia del Derecho*, 1961, pp. 121-61.

en sus obras no aspiran a hacer ciencia sino a enseñar un modo de proceder, un estilo de la curia, una «práctica». También esta orientación se pone de manifiesto en los títulos de las obras, en los que llega a hablarse de curias determinadas. Más ejemplos: VILLADIEGO, «Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de Corte y otros ordinarios del Reino», Madrid, 1612; ELIZONDO, «Práctica universal forense de los tribunales de esta Corte, Reales Chancillerías de Valladolid y Granada y Audiencia de Sevilla...», 1.ª ed., Madrid, 1764; se editó ocho veces, la última en 1796 y el título era ya «Práctica universal forense de los Tribunales de España y de las Indias»; HERBELLA DE PUGA, «Derecho práctico y estilos de la Real Audiencia de Galicia», Santiago, 1768, 2.ª ed., 1844.

4.ª) Atendida la calidad de los autores y el público al que se dirigen, las obras se escriben en castellano, no en la universal lengua de la ciencia en la época, esto es, el latín. Sólo los más antiguos lo hacen en latín, como SUÁREZ DE PAZ, CARLEVAL o SALGADO DE SOMOZA, pero incluso los formularios del primero están en castellano. La mayoría escriben en la lengua que conocen sus lectores no científicos, en la lengua en que van a actuar judicialmente. Por otra parte, mientras un COVARRUBIAS, por ejemplo, aspira a ser leído en toda Europa, y de hecho sus *Opera omnia* se publican en Ginebra, los «prácticos» no esperan ser leídos más que en España y América, donde existen tribunales de los que ellos están describiendo su estilo o modo de proceder (15).

5.ª) La recepción del derecho común produjo, en buena medida, la unificación jurídica de Europa, y los libros jurídicos eran patrimonio común. Todavía en el siglo XVIII, MAYANS era editado en Holanda, y HEINECCIO, CUJACIO o VINNIO eran estudiados en España y en toda Europa. Hay que esperar a finales del siglo XVIII y principios del XIX para que aparezcan libros de derecho material de carácter netamente español, como las *Instituciones del derecho civil de Castilla* de ASSO y MANUEL (publicadas en 1771) o la *Ilustración del derecho español* de Juan SALA (publicada en 1803). Sin embargo, los «prácticos» son, no diré nacionalistas, pero sí que se sienten reducidos a un ámbito geográfico determinado. Para un jurista alemán los «prácticos» españoles no tenían interés (y viceversa).

6.ª) Los autores de práctica forense no están haciendo ciencia; limitan sus enseñanzas a los trámites procedimentales, a la forma de realizar los escritos, a los plazos. En SUÁREZ DE PAZ la diferencia entre teoría y práctica aparece expuesta de modo expreso; él es un profesor universitario de teoría de los dos derechos que en una oca-

(15) SALGADO DE SOMOZA es la excepción, pero posiblemente su *Labyrinthus creditorum concurrentium* no deba ser considerado obra de un «práctico».

sión ha «descendido» a enseñar práctica. El lector curioso que conozca el *Directorium inquisitorum* de Nicolás EIMERIC (16), recordará en su parte tercera un ejemplo paradigmático de lo que era esa práctica forense, aunque fuera referido a la Inquisición. La expresión «derecho ritual» sirve muy bien para caracterizar a aquella.

7.ª) Ante el maremagnum legislativo producido desde el siglo XIII al XVIII, su falta de unidad y sistema, y la imposibilidad de saber en un momento dado lo que está vigente o en desuso, la fuente principal de los «prácticos» no es la ley, sino el estilo de la curia o la opinión de otros «prácticos»; de ahí que en sus obras se realice un gran alarde bibliográfico (a veces de segunda mano). Estas circunstancias van desapareciendo a finales del siglo XVIII, cuando se aligera literariamente el estilo y se tiende a una exposición más fluida. Lo que ahora queremos destacar es que los autores de prácticas forenses no son exégetas.

3. LA PRÁCTICA FORENSE EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XIX

La entrada de la práctica forense en las universidades se inicia con las órdenes del marqués de Caballero en 1802 y se refuerza en el plan de estudios de 1807. Hay retrocesos posteriores, pero el movimiento es irrefrenable.

Las órdenes de 29 de agosto y de 5 de octubre de 1802 introducen la práctica forense dentro de una aspiración más general. Aparte de otros fines, que aquí no nos interesan (17), el ministro de Carlos IV aspiraba a que los bachilleres y licenciados en leyes ampliaran su formación en derecho patrio, frente al dominio casi exclusivo del derecho romano. Y esta aspiración se perfila en el plan de estudios del mismo ministro de 12 de julio de 1807, según el cual era preciso estudiar diez años en las facultades de leyes para ejercer como abogado. Además de los seis cursos para alcanzar el grado de bachiller y tres más para licenciarse, los que quisieran ejercer precisaban de un año más en la cátedra de Práctica y Retórica. La *Curia Filipica* y la materia de toda clase de procesos y recursos eran su contenido.

Lo anterior significa un cambio importante de orientación. La práctica forense en la situación anterior se aprendía únicamente en la pasantía y en las academias, siendo la primera obligatoria y con una duración de cuatro años. La pasantía tiene su origen en la Ley 2.ª

(16) Este manual de inquisidores de EIMERIC se escribió hacia 1376, pero se imprimió por primera vez en 1503, reeditándose luego muchas veces, especialmente desde las adiciones de Francisco PEÑA.

(17) Vid. M. PESET, *La formación de los juristas*, cit., pp. 632-4.

de Toro, pero es difícil precisar su contenido y efectiva realidad (18), y a ella se añadía el examen ante las Chancillerías y Audiencias, o ante el Consejo de Castilla, regulado por las Ordenanzas de Abogados de los Reyes Católicos de 1495. Pues bien, en el nuevo sistema la cátedra de Práctica y Retórica sustituye a la pasantía y, además, suple al examen.

Habrán retrocesos posteriores, como fue el caso de la Circular de 27 de octubre de 1818, que derogó el plan de 1807, o el reglamento de instrucción pública de 29 de junio de 1821, que relegaba las «fórmulas y práctica forense» a academias y tribunales, pero en el Plan General de Estudios del Reino de 14 de octubre de 1824 se consuma finalmente la entrada definitiva de la práctica forense en las universidades. No se trata aquí de ofrecer el desarrollo universitario de la asignatura, pero puede ser conveniente transcribir en nota los artículos oportunos del Plan de 1824 (19) y aludir a su desarrollo posterior hasta el Plan de 1845 (20).

Lo que importa precisar es que la asignatura universitaria pretende sustituir a la pasantía y al examen, cumpliendo su misma finalidad, esto es, se pretende enseñar a los estudiantes... experiencia judicial. La incorporación a la universidad no supone cambio alguno en el contenido de las enseñanzas, ni siquiera se trata de dar base científica a la asignatura. Las características que antes señalábamos van a seguir informando el sistema.

(18) Los comentaristas de las Leyes de Toro no profundizaron en el tema; vid. A. GÓMEZ, *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Madrid, 1870, pp. 11 y ss.; PALACIOS RUBIOS en *Opera varia*, Amberes, 1616, pp. 515-6; LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Madrid, 1827, I, pp. 63 y ss.; y lo mismo cabe decir de CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempo de paz y de guerra y para jueces...*, Amberes, 1750, I, 12, núm. 16.

(19) Art. 65. Dos tardes a la semana, durante dos horas, asistirán los profesores de sexto y séptimo curso a la Academia de Jurisprudencia Práctica forense, que se organizará por un reglamento particular, cuyas bases son las siguientes:

Art. 66. En el primer tercio de cada curso se explicará la teoría del orden judicial, civil y criminal por el *Febrero*, adicionado y corregido por Gutiérrez, consultándose para ampliar la enseñanza al Navia (sic) Bolaños, Lacañada (sic), y los Tiempos de Paz. Los otros dos tercios se ocuparán en ejercicios prácticos de demandas de toda clase, recursos, acusaciones, defensas y demás que se expresarán en el reglamento.

(20) En el Plan de 1836 continuaba la práctica forense, ahora en el curso séptimo, recomendándose las obras de Gómez Negro y el *Febrero novísimo* (el de Tapia). En 1842 se destinaba el octavo curso a la Academia teórico-práctica de jurisprudencia, dedicada a «seguir causas y procesos de todo género con las mismas solemnidades que se observaren en los tribunales». La Academia subsiste en el Plan Pidal de 1845, en el curso séptimo, recomendándose como textos el *Febrero* y las obras de Gómez Negro y Ortiz de Zúñiga.

Con todo hay que advertir que el paso del tiempo va a ir produciendo un cambio paulatino de esas características, pues el final de esta etapa de la evolución del derecho procesal y el inicio de la siguiente, la de los procedimientos judiciales, no se produce de modo brusco. Cabe así destacar:

1.º) Los destinatarios de los libros son ahora, además, estudiantes universitarios; no exclusivamente, pero sí además de jueces, escribanos y abogados. Cabe así referirse, por ejemplo, a la 1.ª edición de la obra de ORTIZ DE ZÚÑIGA, «Elementos de práctica forense para que puedan servir de texto en las Universidades», Granada, 1841, o a los «Apuntes sobre la práctica forense», Sevilla, 1840, de Juan María RODRÍGUEZ, autor también de las «Instituciones prácticas o Curso elemental completo de práctica forense», Sevilla, 1842. Ello sin olvidar que siguen reeditándose obras del siglo anterior, como el «Febrero novísimo», que en manos de TAPIA llegará hasta 1870 (21).

2.º) A pesar de lo que podría creerse, los autores de prácticas forenses de la primera mitad del siglo XIX no son profesores universitarios. No lo era GÓMEZ NEGRO, abogado en Valladolid y fiscal en Granada (22), ni JAUMAR, abogado en Barcelona, ni TAPIA, ni ORTIZ DE ZÚÑIGA fiscal en Granada. El único que podría calificarse profesor es RODRÍGUEZ (23).

3.º) La condición no científica de las obras es también indudable. En la primera mitad del siglo XIX se pretende seguir enseñando estilo de la curia. Con todo esta circunstancia empieza a necesitar ser matizada, y así GÓMEZ NEGRO precisará ya que la práctica es ciencia, no arte, y clamará contra la concepción que considerándola arte, estimaba que debía aprenderse por tradición, limitándola al estilo y uso de los juzgados. Hay en este autor una clara aspiración científica cuando espera que algún «talento profundo y laborioso... coloque todas las partes de la Práctica en el orden conveniente, para que formen un Cuerpo de doctrina regular, o sistemática, dando a todas

(21) Sobre las ediciones del *Febrero*, vid. DE LA ROCA, Eugenio de Tapia, «práctico» y poeta, en JUSTICIA 82, II, pp. 128 y ss.

(22) ALCALÁ-ZAMORA, *Ideario procesal de Lucas Gómez y Negro, «práctico» español de comienzos del siglo XIX*, en «Estudios procesales», Madrid, 1975, pp. 742-68. Hay que advertir que aunque la primera edición de los *Elementos de práctica forense* es de Valladolid, 1825, se trata de obra póstuma, escrita en 1806.

(23) El mismo RODRÍGUEZ en las *Instituciones prácticas* citadas en el texto, tomo I, alude en el prólogo a los cursantes de leyes de esta Universidad (Sevilla), a los que tenía la satisfacción de instruir en dicha ciencia, pero sin embargo, precisamente en ese año de 1842, y por real orden de 19 de octubre, se distribuyen los profesores de leyes de las distintas universidades, y en la de Sevilla no aparece Rodríguez, sino José de Mier.

la solidez necesaria por el medio de reducirlas a sus primeros principios...» (24).

4.º) Evidentemente en el siglo XIX se escribe en castellano, y continúa, y aún se acrecienta, la limitación geográfica de las obras de práctica forense.

5.º) Los inicios del siglo XIX conocen, primero, en el campo doctrinal un auge del valor de la ley, como consecuencia de la ideología liberal, y, segundo, un claro movimiento legislador tendente a la codificación, todo lo cual va a repercutir sobre las fuentes de los «prácticos». Ya en 1793 el CONDE DE LA CAÑADA había reaccionado contra «la arbitrariedad con que entendían las leyes del reyno y se autorizaban en los juicios prácticas enteramente contrarias o muy poco conformes a ellas» (25). La hipervaloración de la ley de los revolucionarios franceses y el movimiento unificador que inician, van a influir en los «prácticos» que, poco a poco, se convertirán en exégetas. En el campo procesal posiblemente el primer comentario de una ley sea el de BRAVO MURILLO al Reglamento de 1835 (26).

Es posible que una visión concreta de lo que pretendía enseñarse con la práctica forense, se desprenda nitidamente de la forma y contenido del examen para el grado de licenciado. En la orden de 23 de mayo de 1843 se reglamentan los exámenes en la carrera de jurisprudencia, y en especial los de los grados de bachiller y licenciado. Este último requería dos ejercicios, uno teórico y otro práctico, consistiendo éste en que el ejercitante hiciera la historia de los trámites de un proceso civil o criminal, según el tema que hubiere tocado en suerte. Si el juicio era civil manifestaría la acción del demandante y las excepciones del demandado, decidiría si el asunto admitía prueba y de qué clase, formulando todos los trámites del proceso hasta la sentencia, que dictaría, recorriendo asimismo los demás trámites del juicio ante los tribunales superiores. Si la causa fuera criminal haría lo propio con los trámites de este proceso.

4. LOS INICIOS DEL PROCEDIMENTALISMO

La segunda etapa, la del procedimentalismo, no se inicia en un momento concreto al son de las trompetas, sino que, como sucede en la evolución de cualquiera de las realidades del hombre, es muy

(24) GÓMEZ NEGRO, *Elementos de práctica forense*, Valladolid, 1825, p. 11.

(25) LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles...*, 2.ª ed., tomo I, Madrid, 1794, p. IX. La 1.ª ed. es de 1793.

(26) BRAVO MURILLO, *Observaciones sobre el Reglamento provisional para la Administración de Justicia*, en *Boletín de Jurisprudencia y Legislación*, tomo I, Madrid, 1836.

difícil, sino imposible, marcar el momento del fin de una etapa y comienzo de la siguiente. Hay que preguntarse, por tanto, por qué en la década de los treinta y, sobre todo, en la de los cuarenta del pasado siglo, la doctrina española empieza a hablar de procedimiento, incluso en los títulos de sus obras, como ocurre en 1839 con CARRAMOLINO (27), en 1841 con RUIZ PRADAS (28) y TORRENTS Y RICART (29), y en 1842 con VERLANGA (30), generalizándose después, aunque todavía haya quien sigue insistiendo en la anterior terminología de práctica forense (31).

El cambio de denominación, además de doctrinal, es también académico. En el plan de estudios de Pastor Díaz (decreto de 8 de junio de 1847 y reglamento de 9 de agosto del mismo año) la asignatura de práctica forense ya no es la única; en el séptimo año, el último, había de estudiarse Teoría de los procedimientos y Práctica forense. Hay que advertir, sin embargo, que el cambio no afectó a los libros recomendados, por lo menos inicialmente. La real orden de 1 de septiembre de 1846 recomendaba los de Ortiz de Zúñiga, Gómez Negro y el *Febrero*, tanto en la versión de Tapia como en la de García Goyena y Aguirre. Después del Plan de Pastor Díaz, la real orden de 14 de septiembre de 1848 recomendaba exactamente los mismos libros.

Académicamente la nueva denominación se mantuvo en el plan de estudios de Seijas de 1850 y, sobre todo, en el de Moyano de 1857, en el que en el sexto curso se estudiaba «teoría y práctica de los procedimientos judiciales», y en el séptimo «práctica forense». Esta denominación perdurará hasta 1931, con algún breve paréntesis al que haremos mención después.

(27) CARRAMOLINO, Juan Martín, *Método actual de la sustanciación civil y criminal en la jurisdicción ordinaria, o compilación lógica y metódica por el orden de materias, y de las atribuciones de cada funcionario en la administración de justicia, que comprende todos los procedimientos judiciales, dictados o restablecidos desde la publicación del Reglamento provisional de 1835 hasta el fin de diciembre de 1838*, Madrid, 1839.

(28) RUIZ Y PRADAS, Juan Julián, *Instrucción práctica y ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas pertenecientes a la real jurisdicción ordinaria, o sea curso completo y metódico de procedimientos para la administración de justicia en lo civil y en lo criminal*, Alcoy, 1841.

(29) TORRENTS Y RICART, Ramón, *Manual de procedimientos, o exposición metódica de las leyes, decretos, órdenes y demás disposiciones antiguas y modernas, que arreglan los trámites y la sustanciación de toda clase de juicios civiles y criminales*, Barcelona, 1841.

(30) VERLANGA HUERTA, Fermín, *Procedimiento en materia criminal. Tratado que comprende todas las reglas progresivas de dicha materia, respecto a la jurisdicción ordinaria, dividido en cinco partes*, Madrid, 1842-44, 2 vols.

(31) Este es el caso, por ejemplo, de NOUGUES SECALL, Mariano, *Tratado de práctica forense novísimo según la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, 1856, 3 vols.; de HIDALGO, Santos, *Manual de práctica forense civil y criminal de España*, Madrid, 1860, que realizó por lo menos seis ediciones; y varias más.

La comprensión del cambio creo que debe partir de la constatación de un hecho que se desprende, por otra parte, incluso de los títulos de las obras que se publican en ese período y de su sistemática. Si los «prácticos» atendían al estilo de la curia, los procedimentalistas van a centrarse principalmente en la ley. Hemos visto antes como los últimos «prácticos» habían empezado a reaccionar contra las prácticas poco conformes a la ley y como buscaban un método distinto de la mera exposición del estilo y modo de proceder. En esa reacción y búsqueda se profundizará hasta llegar al procedimentalismo. En éste se pretenderá explicar la ley y el método será la exégesis.

Los años centrales del siglo XIX se caracterizan en España por un gran movimiento legislativo, que aunque no siempre desemboque en la codificación, siempre produce leyes de importancia orgánica y procesal. Las nuevas leyes van a ser un reto para los juristas de la época, que necesitarán entenderlas, primero, explicarlas después y, naturalmente, aplicarlas. En 1848 decían GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN que en las actuaciones judiciales se estaba produciendo una «revolución lenta» que llegará a su término cuando se promulguen los códigos de procedimientos civiles y criminales, pero que mientras tanto se están produciendo continuas alteraciones que requieren nuevos libros que sigan ese movimiento (32).

La ideología liberal, a que responderán los gobiernos en España a partir de 1833, era eminentemente centralizadora y pretendía la desaparición (en lo que ahora nos interesa) de prácticas específicas de los distintos tribunales; ello va a producir leyes de trascendencia, tanto por su número como por su contenido.

Se asiste así a un cambio de enfoque. Decía LASTRES que se llamaba procedimientos judiciales a «las formas solemnes con que se proponen, discuten y resuelven las pretensiones deducidas ante los tribunales» (33), pero esas formas no son ya las impuestas por la práctica de los tribunales, sino las establecidas por las leyes, y de ahí que en las obras de los procedimentalistas, incluso en sus títulos, se destaque su objetivo de explicar la ley. Ejemplo destacado de ello es el mejor de los procedimentalistas españoles, José de VICENTE Y CARAVANTES, cuya obra se tituló *Tratado histórico, crítico y*

(32) GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Tratado académico-forense de procedimientos judiciales*, 1.ª ed., Madrid, 1848, tomo I, p. IV.

(33) LASTRES y RUIZ, Francisco, *Procedimientos civiles y criminales con arreglo a las novísimas leyes de enjuiciamiento civil y criminal y demás disposiciones vigentes...*, 9.ª ed., Madrid, 1887, p. 1. La primera edición apareció en 1871 y aunque el título no era exactamente el mismo sí se refería a «las últimas leyes y disposiciones vigentes».

filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento (34).

Naturalmente el mejor método para explicar la ley era el comentario, la exégesis de la misma, y por ello la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 provocó la aparición inmediata de los comentarios de MANRESA, MIQUEL y REUS (35), de HERNÁNDEZ DE LA RUA (36) e infinidad de ediciones de la Ley anotada y concordada (37), y otro tanto cabe decir de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (38) y de la Compilación de 1879 (39).

5. LA INFLUENCIA FRANCESA

Afirma ALCALÁ-ZAMORA que el procedimentalismo es un producto fundamentalmente francés (40) y nosotros compartimos esa opinión, pero creemos que la afirmación necesita ser explicada. La explicación en sus orígenes se encuentra en la base ideológica que ROUSSEAU dio a la concepción de la ley.

El Antiguo Régimen se había caracterizado en esta materia, por una concepción de la ley que la hacía emanar de la voluntad del soberano, y bastará recordar ahora que la ley era *quod principi placuit*. ROUSSEAU va a cambiar radicalmente esta concepción y concebirá la ley como expresión de la voluntad general (41). Su influencia en la Revolución Francesa va a ser literal; el artículo 6 de la *Déclaration des Droits* de 1789 establecía que «la ley es la expresión de la voluntad general», y el artículo 4 de la declaración que precede a la Constitución de 1793 decía que «la ley es la expresión libre y solemne de la voluntad general». Está aquí la base de la hipervaloración de

(34) Madrid, 1856-58, 3 vols.; Apéndice, Madrid, 1867; otro apéndice, Madrid, 1879.

(35) MANRESA, MIQUEL y REUS, *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y explicada para su mejor inteligencia...*, Madrid, 1855, 5 vols.

(36) HERNÁNDEZ DE LA RUA, Vicente, *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1856, 5 vols.

(37) Así las ediciones de ALCUBILLA (Madrid, 1867), un Abogado de Madrid (hay dos, una de 1872 y otra de 1876), de CUBILLO DE MEIA (Madrid, 1868), MORAGAS y PARDO (Madrid, 1869, aunque hicieron por lo menos nueve ediciones), RÍOS BIOSCA (Valencia, 1876).

(38) Las ediciones de BAS CORTÉS (Madrid, 1873), el Consultor de los Ayuntamientos (Madrid, 1873), FERNÁNDEZ VÁZQUEZ y GÓMEZ MARRODÁN (Madrid, 1873), MALUQUER, etc.

(39) Las ediciones de el Consultor de los Ayuntamientos (Madrid, 1879), BRAVO TUDELA (Madrid, 1880), RUIZ RODRÍGUEZ (Madrid, 1880), MORA, etc.

(40) ALCALÁ-ZAMORA, *Estudios de teoría general*, II, cit., p. 303.

(41) Realmente toda la obra *Du contract social* aborda este tema; para la distinción *volonté générale* y *volonté de tous*, libro II, capítulo III.

la ley e incluso de su deificación; de aquella concepción que verá en los códigos la fuente de todo el derecho, la plenitud del ordenamiento jurídico. De aquí nacerá la escuela exegética y el positivismo jurídico.

Desde esta posición ideológica se realizará la codificación napoleónica y, en lo que ahora nos afecta, el *Code de procédure civile* de 14 de abril de 1806 y el *Code d'instruction criminelle* de 17 de noviembre de 1808, y desde la exégesis se estudiarán doctrinalmente estos cuerpos legales. Puede ser conveniente recordar aquí que para los revolucionarios franceses, y en concreto para ROBESPIERRE «la palabra jurisprudencia de los tribunales, en la acepción que tenía en el antiguo régimen, no significa nada en el nuevo; debe ser borrada de nuestra lengua. En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es sino la ley» (42). Desde aquí es fácil pasar a la afirmación de BUGUET: «Yo no conozco el derecho civil, yo enseñé el Código de Napoleón» (43).

Los excesos contra la jurisprudencia desaparecieron pronto, pero la hipervaloración de la ley se mantendrá en los procedimentalistas franceses. Cuando GARSONNET define la *procédure* se refiere al conjunto de formas que los ciudadanos deben seguir para obtener justicia y los tribunales deben observar para otorgarla, pero esa definición se sitúa bajo el epígrafe relativo a la necesidad de las leyes de procedimiento (44), y ello porque esas formas son las de la ley. El objeto a estudiar es, pues, la ley.

Es cierto que ocasionalmente algún autor dirá que conocer únicamente los términos de la ley es conocer mal la propia ley, por lo que el estudio de ésta consiste sobre todo en la búsqueda de su espíritu y de su razón; pero el propio BONCENNE, autor al que nos referimos (45), parte de la idea de que lo único a estudiar es la ley, de que los autores de los códigos derogaron todo lo anterior, costumbres, reglamentos, usos, por lo que el intérprete de después de la codificación se enfrentaba sólo a la ley, aunque su estudio no se limitara a la letra de la misma, y ello es especialmente significativo si se tiene en cuenta que las leyes de procedimiento eran para este autor fundamentalmente arbitrarias, es decir, inventadas por el

(42) Archives parlementaires, 1.ª serie, tomo XX, p. 516, col. 1, citados por GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2.ª ed., tomo I, París, 1919, p. 91.

(43) BONNECASE, J., *L'école de l'exégèse en droit civil*, París, 1924, pp. 29-30.

(44) GARSONNET y CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, citamos por la 3.ª ed., tomo II, París, 1912, p. 3. La primera edición apareció entre 1882 y 1897; la segunda de 1878 a 1904, y en ella se inicia ya la colaboración de Cézar-Bru.

(45) BONCENNE, *Introduction a l'étude de la procédure civile*, 2.ª ed. tomo I, París, 1859, p. 31.

hombre y, por tanto, modificables según los tiempos y de acuerdo con la razón (46).

La búsqueda del «espíritu» o de la «razón» de la ley, en la mayoría de los autores franceses, quedó de hecho reducida a la descripción de las formas, en cuanto reguladas por la ley. No podía ser de otra manera, cuando se partía de la base de que las leyes de procedimiento tenían por objeto principal describir las formas de los actos judiciales, señalando su sucesión y sus efectos (47). Resultaba así que la ley describía la forma de los actos y el autor procedimentalista describía cómo la ley describía los actos. Todo se reducía, pues, a descripciones de formas legales, y naturalmente el mejor sistema para ello era el método de la exégesis, método que fue utilizado incluso por los que escribieron «tratados teóricos».

¿Cuál es el objeto de las leyes de procedimiento? Para el mejor de los procedimentalistas franceses, para GARSONNET, había que distinguir un sentido amplio, en el que se comprendería la organización judicial, la teoría de las acciones y de la competencia, las pruebas y el procedimiento propiamente dicho, de otro estricto reducido a los dos últimos: prueba y procedimiento. En este último sentido se trataba de derecho privado (48).

6. EL CONTENIDO DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

De el procedimentalismo francés hay que partir para comprender el procedimentalismo español. La influencia francesa es notoria, aunque no sea única. El lector del *Tratado* de VICENTE Y CARAVANTES encontrará en él citados más de veinticinco autores franceses, por lo menos diez alemanes y algún italiano, aparte del inevitable Jeremías BENTHAM, cuyo prestigio en toda Europa no precisa ser resaltado. En conjunto hay que afirmar que la decisiva es la influencia francesa, manifestándose tanto en el concepto de procedimiento, conjunto de formas, como por el método de la exégesis y por el contenido de la disciplina.

En VICENTE Y CARAVANTES es manifiesta la voluntad de describir las formas, aunque ello no suponga limitarse a la letra de la ley. «La imponente austeridad de las formas del procedimiento no prohíbe que se expliquen, que se investiguen sus fundamentos, para hacerlas más inteligibles... Y por lo mismo que la letra de la ley debe ser

(46) BONCENNE, op. cit., pp. 20 y ss.; las leyes arbitrarias se oponen a las naturales o inmutables, que son las que no pueden ser abolidas sin destruir el orden de la sociedad.

(47) GARSONNET y CÉZAR-BRU, op. cit., II, pp. 78-9.

(48) GARSONNET y CÉZAR-BRU, op. cit., pp. 5-6.

corta y precisa, porque es la expresión desnuda de un mandato, la inteligencia del que la lee aspira para ejecutarla mejor, a ponerse en contacto con la inteligencia del que la ha escrito. ¿Y quién duda de que la letra de la ley se grava más profundamente en la memoria cuando sirve de buril el raciocinio?» (49).

Esta postura que aspira a explicar la ley y sus fundamentos, como sucede en Francia, puede referirse sólo a los autores de gran categoría. Junto a la obra de VICENTE Y CARAVANTES puede hacerse mención de otros muchos autores y obras que se limitan simplemente a describir, y se encuentran así en la bibliografía española del siglo XIX y de los primeros años del actual, libros que no pasan de ser mera perfrasis de la ley, a los que se ha añadido alguna nota jurisprudencial y formularios.

El método de la exégesis es también ampliamente utilizado. Junto a los comentarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, hay que destacar los de la Ley de 1881. El más importante es, sin duda, el de MANRESA, uno de los coautores de la Ley, que publicó los comentarios con mayores repercusiones prácticas ante los tribunales, hasta el extremo de que si la primera edición empezó a publicarse el mismo año de 1881, la séptima apareció de 1953 a 1961 (50). Junto a ellos, pero a mucha distancia, los dirigidos por REUS (51), los de ATARD Y CERVELLERA (52), HERRERO (53) y MIGUEL ROMERO (54). Tampoco han faltado comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882; el más importante ha sido el de AGUILERA DE PAZ (55), pero antes de éste se habían publicado los dirigidos por REUS (56) y los de MARTÍNEZ DEL CAMPO (57) y HERRERO (58).

(49) VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado*, I, cit., p. 6.

(50) MANRESA Y NAVARRO, José M.^a, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*, Madrid, 1881-89, 6 vols.; que en la 7.^a ed., Madrid, 1952-61, se convierten en nueve. Naturalmente las sucesivas ediciones han sido puestas al día por diversos autores, empezando por RIVES Y MARTÍ.

(51) Emilio REUS, dirección de, *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, anotada y concordada con gran extensión*, 2.^a ed., Madrid, 1907-8, 6 vols.

(52) ATARD Y CERVELLERA, *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, anotada, concordada y comentada*, Madrid, 1881; la 3.^a ed. es de 1902.

(53) HERRERO MARTÍNEZ, Mariano, *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881...*, Valladolid, 1888-89, 2 vols.

(54) MIGUEL ROMERO, Mauro, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, Valladolid, 1977.

(55) AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, manejamos la 2.^a ed., Madrid, 1923, 6 vols., corregida por RIVES Y MARTÍ.

(56) E. REUS, dirigida por, *Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, concordada y anotada extensamente*, Madrid, 1883, 2 vols.

(57) MARTÍNEZ DEL CAMPO, E., *Notas al libro primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1885-86, 3 vols.

(58) HERRERO, *Ley de Enjuiciamiento Criminal reformada, anotada y comentada*, Valladolid, 1908.

Hay que advertir que incluso en las obras que no adoptan la forma de comentarios, la exégesis es en el fondo el método utilizado; y no me refiero sólo a algunos libros tan apegados a la ley, que no hacen más que reproducirla con alguna leve explicación y formularios, sino incluso a aquéllos que gozaron en su época de gran éxito, como es el caso de ORTIZ DE ZÚÑIGA o de LASTRES. Cualquiera que lea la obra fundamental del primero, que se reeditó durante cuarenta años en España (59), se convencerá de ello, aún en contra de lo que el autor advierte en el prólogo (a partir de la 4.^a edición), cuando dice que no ha tenido el propósito de escribir unos comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

Por último, con relación al contenido de la asignatura, con matices más o menos importantes, las obras no de comentario abarcan la organización judicial, la competencia de los tribunales y el procedimiento. Esta orientación aparece ya en España en los años cuarenta del siglo XIX y GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN decían que tres eran los puntos capitales a estudiar: límites a que el poder judicial tiene circunscritas sus funciones, organización judicial en sus diferentes líneas y escalas, y todo lo que hace relación al modo de proceder los tribunales (60). Este es también el esquema base de VICENTE Y CARAVANTES, precedido de una larga introducción histórica. Y lo mismo cabe decir del último procedimentalista conocido, de FÁBREGA (61).

En un breve lapso de tiempo, que abre el plan de estudios de 2 de septiembre de 1883 y cierra el de 26 de julio de 1892, la asignatura universitaria se denominó derecho procesal, pero ello no significó cambio de contenido. A las tres materias dichas se siguieron refiriendo LÓPEZ MORENO y LÓPEZ RUEDA (62), ROBLES POZO (63) y PARRA IBÁÑEZ (64) y en todo caso las aguas volvieron a su cauce en 1892, restableciéndose la denominación de procedimientos judiciales.

No ha faltado en España el autor dedicado a la filosofía del procedimiento, aunque se trata de mala filosofía. Nos referimos a Gu-

(59) La 1.^a ed. se titulaba *Elementos de práctica forense para que pueda servir de texto en la Universidad*, Granada, 1841, y la 8.^a ed. *Práctica general forense. Tratado que comprende la constitución y atribuciones de todos los tribunales y juzgados y los procedimientos judiciales*, Madrid, 1878.

(60) GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Tratado*, tomo I, cit., p. 3.

(61) FÁBREGA Y CORTÉS, Magín, *Apuntes de procedimientos judiciales*, Barcelona, 1907, que se convierten luego en *Lecciones de procedimientos judiciales*, 3.^a ed., Barcelona, 1928; la 2.^a ed. es de 1921.

(62) LÓPEZ MORENO y LÓPEZ RUEDA, *Derecho procesal civil, penal, canónico y administrativo*, Sevilla, 1885, 4 vols.

(63) ROBLES POZO, *Derecho procesal de España*, 1888.

(64) PARRA IBÁÑEZ, *Curso elemental de derecho procesal español civil, penal administrativo y canónico*, Madrid, 1889.

TIÉRRIZ CAÑAS, el cual en los inicios del siglo XX vivió intelectualmente en el Antiguo Régimen (65). Especial también, pero en otro orden muy distinto de cosas, es el caso de MONTEJO RICA (66), al que nos referiremos después.

El procedimiento español conoció su cumbre precisamente con VICENTE Y CARAVANTES; después de él sólo hay rutina y abandono. He estudiado en otro lugar la situación de las cátedras españolas de procedimientos judiciales en 1923 y la he calificado de «deplorable» (67); ¿qué recuerda hoy la ciencia de los GADEA OROZCO, COMÍN, PALACIOS, BONILLA, MARCOS PELAYO, XIRAU (68), CORUJO o DOMÍNGUEZ BALLARÍN? Inútilmente se buscará en cualquier publicación actual una cita de ellos, y ello a pesar de que las leyes procesales no han cambiado. Desde la cumbre de VICENTE Y CARAVANTES se descendió a la llanura pedregosa y estéril.

7. EL NACIMIENTO DEL DERECHO PROCESAL EN ALEMANIA E ITALIA

En la tercera década del presente siglo se empieza a hablar en España de derecho procesal y es perceptible en nuestros autores la influencia primero de la doctrina italiana y después de la alemana.

Creo que de entrada hay que afirmar que la doctrina española por sí misma, sin influencias extranjeras, no hubiera llegado al derecho procesal; o, dicho de otra manera, habida cuenta de la evolución de la práctica forense y de los procedimientos judiciales, no se ve cómo una evolución interna, desarrollándose por sus cauces normales, hubiera concluido en el derecho procesal. No se trata, naturalmente, de entrar en el terreno de la ucronía, pero a nuestros efectos hay que resaltar que la influencia italiana y alemana produce un cambio brusco en la doctrina española.

No vamos a incidir en la polémica de quién fue el primero que cita autores extranjeros de la nueva corriente procesal. Lo cierto es

(65) GUTIÉRREZ CAÑAS, Demetrio, *Ensayo sobre la filosofía del procedimiento judicial, la técnica y la moral en el foro*, Valladolid, 1900-05, 4 vols. Al final del tomo IV recoge una bibliografía en la que los títulos en latín predominan, lo que indica la época de sus fuentes de conocimiento.

(66) MONTEJO Y RICA, Tomás, *Tratado de derecho judicial*, tomo I, Madrid, 1886.

(67) MONTERO, *Aproximación a la biografía de Francisco Beceña*, en «Estudios de derecho procesal», Barcelona, 1981, p. 618.

(68) ALCALÁ-ZAMORA, *Necrología de José Ramón Xirau Palau, decano de los procesalistas españoles*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1982, I, pp. 143-50, se esfuerza inútilmente en convencernos, pues Xirau procesalmente tuvo muy escaso valor; otra cosa son, naturalmente, los valores y afectos personales, que ni siquiera cuestionamos.

que cuando en 1922 CASÁS Y SANTALÓ publica el tomo I de la traducción de los *Principios* de CHIOVENDA (69), BECEÑA, en la recensión a la misma (70), demuestra conocer el original y además los *Saggi* y *Nuovi saggi*, hasta el extremo de que el propio Chiovenda, en la edición de 1923, la tercera, de los *Principii*, llega a considerar inútil su traducción para los juristas españoles (71). A partir de aquí, y antes de 1936, la recepción de la doctrina italiana e inmediatamente de la alemana es evidente, aunque no faltan reacios a su asimilación (72).

Lo anterior nos exige examinar, aunque sea muy brevemente, el origen del procesalismo en Alemania e Italia, si bien ello se hará únicamente en la medida necesaria para comprender la evolución española.

Aunque parezca una paradoja la doctrina procesal alemana tuvo la suerte, en el siglo XIX, de no contar con un código que comentar (por lo menos hasta la Ordenanza de 1877). Mientras que la codificación napoleónica lanzó a la doctrina francesa tras las huellas de lo consagrado en los dos códigos, el de procedimiento civil y el de instrucción criminal, la doctrina alemana se vio libre de esta servidumbre, y pudo plantearse desde la raíz los problemas que la realidad que es el proceso suscita. Podría decirse que si en el siglo XIX los franceses explican un código ya promulgado, los alemanes se dedican a poner las bases científicas para elaborar el suyo. Creo que esta circunstancia es la que origina, junto con otras evidentemente, que el procesalismo científico naciera en Alemania, y precisamente a mediados del pasado siglo.

Ya en el siglo XVIII la entrada del «derecho procesal» en la universidad alemana había significado un cambio profundo. En sus inicios se escribía para y como prácticos, atendiendo a las fuentes del derecho común y a Mevius, Karpzov, Brunnemann, etc., explicando las singulares regulaciones de la marcha del proceso. A mediados de siglo se modificó esta situación; se escribía, además de para los prácticos, para la enseñanza universitaria, con lo que el método ca-

(69) CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, tomo I, Madrid, 1922, trad. de Casás y Santaló.

(70) En *Revista de Derecho Privado*, 1922, pp. 380 y ss.

(71) Literalmente decía CHIOVENDA en la 3.ª ed., 1923, p. XIV, nota 2: «Critiche così acute, minute e precise da dimostrare una conoscenza assoluta del testo originale e delle finezze della nostra lingua, e da provare l'unitarietà della traduzione nell'ambiente dei giuristi spagnuoli».

(72) Por ejemplo MIGUEL ROMERO en su estudio *Antiguo y moderno concepto de la acción procesal*, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1928, t. 153, pp. 31-72, después de exponer las principales teorías siguiendo a Chiovenda, califica de «meros escauceos literarios» las diversas teorías, concluyendo que en la reforma de nuestro procedimiento civil «no deberá alterarse ni el concepto ni la clasificación de las acciones».

súístico se reveló inadecuado, acometiéndose la tarea de incluir en un sistema la variedad de las regulaciones del proceso civil, ofreciendo reglas comunes sobre el procedimiento, a las que pudieran atenderse los estudiantes, y líneas directrices para los prácticos (73).

Esta orientación condujo a los alemanes a plantearse los problemas de fondo, sin quedarse en las formas del procedimiento. Lo expresaba KOHLER con gran claridad cuando decía que sin atender a la calidad jurídica de un fenómeno no es posible un tratamiento que corresponda a exigencias científicas; ¿cómo sería posible un tratamiento del contrato que no tuviera en cuenta su naturaleza de negocio jurídico?, ¿con una descripción externa de los esquemas contractuales?, ¿con una descripción del desarrollo histórico de las particulares relaciones obligatorias? Nadie consideraría suficiente semejante tratamiento (74).

Si el procedimentalismo se había conformado con la descripción del desarrollo temporal de los distintos procedimientos, la doctrina alemana comprendió, a mediados del siglo XIX, que el proceso no es un mero devenir fáctico, sino jurídico, que no es una mera relación fáctica, sino jurídica, que afecta a las esferas jurídicas de las partes haciendo surgir derechos, modificándolos y extinguiéndolos. De ahí el descubrimiento de BÜLOW de que el proceso es una relación jurídica de derecho público, que se desenvuelve de modo progresivo, entre el tribunal y las partes (75).

Además de lo anterior, elemento decisivo fue también la discusión en torno a la acción entablada por WINDSCHEID y MÜLLER (76). De ella resultó que el derecho de acción se independizó del derecho subjetivo material, siendo concebido como un derecho, de naturaleza pública, frente al Estado en sus órganos jurisdiccionales, a obtener la tutela jurídica. Si el destinatario de la acción no es el demandado sino el Estado, han quedado distinguidas dos esferas jurídicas; el derecho privado material y el derecho de acción tendrán contenido, sujetos y efectos distintos. Desde aquí se pudo pasar a la consideración del proceso como relación jurídica, en la que el juez será uno

(73) ROMSDORF, Falk, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, Berlin, 1971, pp. 105-6.

(74) KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim, 1888, p. 1.

(75) Oscar von BÜLOW, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, B. Aires, 1964, trad. de Rosas, pp. 1 y ss. La edición alemana es Giesen, 1868.

(76) Los trabajos que integran esa polémica son sobradamente conocidos y han sido publicados en castellano con el título *Polémica sobre la acción*, B. Aires, 1974, trad. de Banzhaf. Originalmente se publicaron en 1856 y 1857.

(77) WACH, *Manual de derecho procesal civil*, I, B. Aires, 1977, trad. de Banzhaf, p. 1. El original alemán se publicó en Leipzig, 1885.

de sus sujetos, y además a la consecuencia de que el proceso es el objeto fundamental de estudio del derecho procesal.

Así quedaron sentadas las bases del desarrollo posterior que fue obra de WACH, KOHLER, HELLWIG, KLEIN (en Austria), KISCH, SAUER, GOLDSCHMIDT, ROSENBERG, etc. En todos ellos el proceso será el concepto clave, y con él iniciarán las exposiciones, *handbuch* y *lehrbuch*, llegando a afirmar WACH que de propósito había eliminado todo lo justicial-administrativo y específicamente político, aunque tuvo que incluir la organización de tribunales en cuanto afectara directamente al proceso (77), y GOLDSCHMIDT se refirió a la organización de tribunales como «bases de derecho político del proceso» (78).

A finales del siglo XIX y principios del XX el procedimentalismo italiano había alcanzado su cumbre con MATTIROLI (79) y con MORTARA (80), y fue CHIOVENDA quien comprendió en este país que ya no rendiría más frutos, por lo que era preciso buscar en otro lado, lo que en aquel momento sólo podía hacerse en Alemania. Lo reconoció así expresamente al decir: «La mayor parte de nosotros, los juristas italianos de mi generación, recibimos la primera formación jurídica de un gran jurista nuestro: Vittorio Scialoja. Después, dirigidos por él mismo, nos volvimos a la ciencia alemana... Encontramos así casi un segundo formador de nuestro pensamiento. Este 'segundo formador' para mí fue Adolfo Wach» (81).

ALCALÁ-ZAMORA ha destacado la influencia de WACH sobre CHIOVENDA, poniendo también de manifiesto que si la renovación del derecho procesal en el mundo se debe a los procesalistas alemanes (o mejor, germánicos), no es menos cierto que su difusión se debe a los italianos, los cuales la italianizaron y la difundieron pasada por su tamiz (82), y sin duda el autor más difundido ha sido CHIOVENDA (83).

Atendiendo, pues, a los *Principii* de CHIOVENDA se advertirá que el proceso es el concepto básico, en torno al que gira todo el sistema, definiéndose como el conjunto de los actos dirigidos al fin de la

(78) J. GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1936, trad. de Prieto-Castro y adiciones de Alcalá-Zamora, p. 118.

(79) MATTIROLI, *Trattato di diritto giudiziario civile*, Torino, 1875; la 5.ª ed. es de 1902-06 y sobre ella se realizó la traducción española de Ovejero, Bernaldo de Quirós, López-Rey y Garrido, Madrid, 1930-36, 4 vols.

(80) MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1923, 4.ª ed.

(81) CHIOVENDA, *Adolfo Wach*, en «Saggi di diritto processuale civile», Roma, 1930, pp. 267-8.

(82) ALCALÁ-ZAMORA, *La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda*, en «Estudios de teoría general», II, cit., pp. 564-5.

(83) Aparte de que todas sus obras han sido traducidas al español, la profundidad de esa difusión la denotó la Revista de Derecho Procesal (arg.) dedicando el núm. de 1947, I, a conmemorar el décimo aniversario de su muerte.

actuación de la ley (respecto de un bien que se pretende garantizado por ésta en el caso concreto) mediante los órganos de la jurisdicción ordinaria (84), y que su «plan para el estudio del derecho procesal» (85) parte de los conceptos fundamentales de acción y proceso, estudiando la jurisdicción, la organización judicial y la competencia como presupuesto procesal, esto es, como condición necesaria para que pueda constituirse la relación procesal. Por otra parte, en *L'azione nel sistema dei diritti*, trabajo que ha sido considerado el manifiesto de la escuela italiana (86), decía que la ciencia del derecho procesal tiene tres partes: la teoría de la acción, la teoría de los presupuestos procesales y la teoría del procedimiento (87), con lo que la jurisdicción se entendía incluida entre los presupuestos procesales.

8. LAS CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PROCESAL

Científicamente el derecho procesal español encuentra su origen, primero, en la influencia italiana y, después, en la alemana. En España la influencia es perceptible en primer lugar en BECEÑA y después en PRIETO-CASTRO, ALCALÁ-ZAMORA, GUASP, GÓMEZ ORBANEJA y los continuadores.

Antes de 1936 domina la figura de Francisco BECEÑA, el «creador del nuevo Derecho procesal» (88), «nuestro primer procesalista científico» (89), al que se debe el impulso inicial. Aunque no llegó a publicar un manual, en 1932, litografiadas, se distribuyeron entre los alumnos de la Facultad Complutense unas *Notas de derecho procesal civil*, recogidas de las explicaciones de clase por dos discípulos. En ellas se evidencia su dominio de la bibliografía italiana y alemana. La exposición se inicia con la consideración del proceso como realidad social, determinante de la «materia prima» del derecho procesal, en cuanto que su regulación da lugar a esta rama del derecho, que define como el conjunto de normas reguladoras de los supuestos o condiciones, contenido, forma y efectos de la tutela jurídica pro-

(84) CHIOVENDA, *Principios*, I, cit., p. 86.

(85) Recuérdese también que fue CHIOVENDA el que dio a la disciplina esta denominación en Italia, cuando en 1903 exclamó: «Così dicasi una buona volta: diritto processuale», en «Saggi», I, cit., p. 31.

(86) Vid. por ejemplo SENTÍS MELENDO, en *La prueba*, cit., p. 462.

(87) CHIOVENDA, en «Saggi», I, cit., p. 30.

(88) GUASP, *La prueba en el proceso civil*, en *Revista de la Universidad de Oviedo*, 1945, enero-junio, p. 21.

(89) MONTERO, *Aproximación a la biografía de Francisco Beceña*, en «Estudios», cit., p. 603.

cesal (90). El juez y la organización judicial se estudian en cuanto «elementos personales del proceso civil».

Con el mismo sistema de reproducción aparecieron después las *Notas* relativas al proceso penal, y en ellas define el derecho procesal penal como «el conjunto de normas que regulan el proceso penal», entendiendo como contenido propio de éste la declaración del delito, la determinación de la pena, la ejecución de la sentencia, la adopción de medidas de seguridad y la actividad necesaria para conocer de la acción civil proveniente del delito (91).

Antes de 1936 ninguno de los continuadores de Beceña había publicado obra destacable (92). La renovación de la ciencia procesal se va a producir a partir de la publicación en 1941 de la *Exposición del derecho procesal civil de España* de PRIETO-CASTRO y del inicio de los *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en 1943, de GUASP. Vendrán después el *Derecho procesal civil español* de DE LA PLAZA (fortísimamente influido por Chiovenda y Carnelutti) y el *Derecho procesal civil* de GÓMEZ ORBANEJA (y HERCE, aunque éste en tono menor), a lo que hay que añadir las monografías de FAIRÉN. Pero no se trata de ofrecer un elenco de nombres y obras, sino de dar las características del derecho procesal español.

No es fácil ofrecer, en apretada síntesis, los elementos caracterizadores de este conjunto tan amplio de autores y obras, especialmente porque entre ellos existen matices trascendentales que el resumen puede desvirtuar. Aun siendo conscientes de los riesgos creemos que las características comunes son:

A) Método

Con relación al método, el sistema sustituye a la exégesis. Esta mutación ya ha sido advertida por ALCALÁ-ZAMORA (93), pero requiere ser explicada y detallada.

a) Si los procedimentalistas se vieron costreñidos a estudiar la ley, y las formas del procedimiento eran las formas legales, los procesalistas elaboran sistemas científicos, intentando acomodar la ley

(90) BECEÑA, *Notas de derecho procesal civil*, recogidas por Perales y Enciso, Madrid, 1932 (litografiadas), pp. 13-14.

(91) BECEÑA, *Notas de derecho procesal penal*, recogidas por Perales y Enciso, Madrid, s.f. (litografiadas), p. 25.

(92) Posiblemente lo más destacado sea el trabajo de PRIETO-CASTRO, *La acción en el derecho español*, en *Boletín de la Universidad de Granada*, 1931, núm. 13, pp. 101-30, y en menor medida el libro de ALCALÁ-ZAMORA, *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1934.

(93) ALCALÁ-ZAMORA, *Estudios de teoría general*, II, cit., p. 309, el cual se refiere también a otras características de las que indicaremos.

dentro del sistema. En WACH —y lo citamos por su influencia decisiva— hay un reconocimiento expreso de ello cuando decía: «Nos hemos librado de la pueril creencia de que el legislador pudiera quitar a la ciencia esa tarea (la de elaborar un sistema), que no medimos por el volumen del material ni hallamos tampoco en la interpretación de los párrafos de la ley. La ciencia comienza su turno reconociendo y comprendiendo lo que el texto legal quiere decir. Su finalidad es descender al plano de aquellas fuerzas vitales y pensamientos fundamentales que han creado y sostienen esa ley y construir sobre tal base el edificio en el que lo singular se ensambla para formar un todo. Nuestra misión es comprender el proceso en su conexión interna con el ordenamiento jurídico global y la conveniencia y eficacia de la función de lo singular» (94).

El sistema es, pues, el método utilizado y ello incluso cuando se trata de comentarios. Ejemplo paradigmático de lo que afirmamos es GUASP, pues si formalmente su obra básica son unos comentarios inacabados a la Ley de Enjuiciamiento Civil, el lector, aún el no excesivamente atento, descubrirá en ellos una gran diferencia con los de MANRESA, por ejemplo. El propio GUASP advertía en las páginas iniciales, que «escribir un comentario sobre un texto legal no es, a mi juicio, renunciar a la construcción y aplicación de fórmulas generales que ayuden a interpretar dicho texto, porque la exégesis no es aquí una cuestión que se refiera al sistema sino al plan»; o bien que «si no he hecho ninguna concesión a la exégesis en lo que al sistema se refiere, le he reconocido, por el contrario, todo su imperio en lo que afecta al plan» (95).

b) Lo anterior supone que el procesalista no se limita a describir las formas procedimentales, sino que hace teoría del proceso. Gráficamente se ha dicho que si los procedimentalistas estudiaban la anatomía del fenómeno procesal, el procesalista hace fisiología (96). Ello es también evidente y CHIOVENDA, por ejemplo, lo manifestaba expresamente cuando dividía la ciencia del derecho procesal en tres teorías: de la acción, de los presupuestos procesales y teoría del procedimiento (97). Si se quiere apreciar la diferencia, en este punto concreto, entre procedimentalismo y procesalismo puede verse hoy el *Derecho procesal civil* de FENECH, recientemente publicado (Madrid, 1979), el cual, a pesar de su título, representa una vuelta al más

descarnado procedimentalismo (98), y compararlo con el también reciente *Tratado* de PRIETO-CASTRO.

c) El sistema se centra en torno al proceso, que es el concepto base. El proceso se concibe normalmente como relación jurídica, estudiándose sus sujetos, los actos procesales, sus principios configuradores, sus fases: alegaciones, prueba, conclusión, y sus efectos. Este es el esquema fundamental y de ahí que la de proceso sea la noción inicial, que da unidad al sistema. Aquí pueden señalarse buena parte de las obras generales publicadas: PRIETO-CASTRO, GUASP en el manual, DE LA PLAZA, GÓMEZ ORBANEJA, respecto del proceso civil; y con relación al penal GÓMEZ ORBANEJA, VIADA, ARAGONESSES, IBÁÑEZ.

Los demás conceptos quedan supeditados al de proceso. La jurisdicción interesa, por ejemplo, a GÓMEZ ORBANEJA considerada desde el punto de vista del proceso, y por eso se resuelve en un presupuesto procesal, el primero de todos (99), en lo que por otra parte no hace sino seguir a Chiovenda. Igualmente la acción se estudia tomando en consideración su valor sistemático para el estudio y manejo del proceso (100).

B) Autonomía

Sólo los procesalistas han llegado a la elaboración de una rama autónoma de las ciencias jurídicas, y ello mediante la consideración en profundidad de algunos conceptos fundamentales; se ha producido así la separación del derecho material, lo que en buena medida se ha hecho a base de la conquista de terrenos hasta entonces ajenos.

a) Desde Justiniano, por lo menos, era tradicional la división del derecho privado en tres partes: personas, cosas y acciones, quedando incluida en esta última lo que ahora llamamos derecho procesal; éste era, pues, simplemente un capítulo, generalmente el último, del derecho privado (o del derecho penal). Como decía SPERL el proceso civil era un siervo del derecho privado, y el proceso penal lo era de la ley penal. La conciencia de la distinción entre derecho material y proceso fue iniciada por la codificación, al dedicar al procedimiento códigos propios (101), pero la autonomía se alcanza con los procesalistas.

(98) La recensión de CARRERAS, *Un nuevo manual de «Derecho Procesal Civil»*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1980, 2-3, pp. 599 y ss., no puede salvar lo insalvable. El manual no es de derecho procesal; lo es de procedimientos judiciales, y desde luego de calidad inferior a algunos del siglo XIX. Con todo, quedamos a la espera de un segundo tomo.

(99) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1976 (con HERCE), p. 49.

(100) GÓMEZ ORBANEJA, Op. cit., p. 225.

(101) H. SPERL, *Il processo civile nel sistema del diritto*, en «Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda», Milano, 1927, p. 811.

(94) WACH, *Manual*, I, cit., p. 9.

(95) GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Madrid, 1943, pp. V y VI.

(96) ALCALÁ-ZAMORA, *Estudios de teoría general*, II, cit., p. 309.

(97) Vid. supra texto sobre nota 87.

Hasta tal punto se alcanza que por GUASP se sostiene que el derecho material es instrumento del procesal, por cuanto aquél indica los criterios que el juez ha de tener en cuenta en el fallo, proporcionando los instrumentos necesarios para la labor procesal (102). Con todo, lo normal en la doctrina sigue siendo la consideración de la instrumentalidad del derecho procesal, aunque no falten atisbos críticos.

Hay que advertir, por último, que la autonomía no se ha logrado completamente en el ámbito de los procesos laboral y administrativo, y todavía es frecuente en España la publicación de obras de derecho administrativo o del trabajo, en las que al final se aborda el proceso correspondiente (103). En cambio el proceso penal no es en España tratado por los penalistas.

b) La conquista de terrenos ajenos es un fenómeno propio de la fase juvenil de las nuevas ramas de la ciencia jurídica. En el derecho procesal se ha manifestado este afán conquistador respecto de instituciones muy diferentes, como son la prueba, la cosa juzgada, la acción o la caducidad y prescripción.

El tema de la prueba fue uno de los primeros sobre los que se ejerció la reivindicación, y ya en la fase procedimentalista dio lugar a libros muy importantes, como los de MITTERMAIER (104), BONNIER (105) o LESSONA (106), con el antecedente de BENTHAM (107), y después han continuado. Hoy no se duda de la naturaleza procesal de las normas sobre prueba, que se llevaron en parte al Código Civil de 1889 por influencia del código francés, como consecuencia de la concepción de POTHIER sobre las obligaciones y su prueba.

Otra conquista ya plenamente consolidada es la de la acción, que desde el punto de vista procesal ha dado lugar a una bibliografía desbordante que parece no tener fin, habiéndosele considerado como «tema eterno», preferido de los procesalistas (108).

(102) GUASP, *Derecho procesal civil*, I, 2.ª reimpresión de la 3.ª ed. de 1968, Madrid, 1977, p. 34.

(103) Para un caso concreto vid. MONTERO, *El proceso laboral y los manuales de Derecho del Trabajo*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1979, 2, pp. 449-61.

(104) MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, 1.ª ed., Madrid, 1851, trad. de González de Alba; la edición alemana es de 1834.

(105) BONNIER, *Tratado teórico práctico de la prueba en derecho civil y en derecho penal*, 1.ª ed., Madrid, 1869, trad. de Vicente y Caravantes; la edición francesa es de 1843.

(106) LESSONA, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, 2.ª ed., Madrid, 1907, 6 vols., trad. de Aguilera de Paz; la edición italiana es de 1894.

(107) BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, B. Aires, 1959, trad. del francés de OSSORIO; se editó en Francia por Dumont en 1823.

(108) ALCALÁ-ZAMORA, *Veinticinco años de evolución del derecho procesal*, 1940-1965, México, 1968, p. 141.

C) Contenido

Respecto del contenido las diferencias sobre los procedimentalistas radican menos en las materias estudiadas que en la profundidad con que se abordan.

a) No pretenderé poner aquí ejemplos de instituciones estudiadas antes y después de la renovación procesal, con el fin de comparar sus frutos, y ello porque no creo que esta conclusión necesite ser demostrada. Me limitaré a poner de manifiesto el distinto talante que revela GÓMEZ ORBANEJA cuando se enfrenta al comentario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; dice: «La sola doctrina jurídica que vale es la que coge el precepto de frente, y trata de exprimirlo para que suelte el sentido que encierre en sus palabras y en función de todos los otros preceptos; no la que gira en torno al texto legal para acabar colgándole, antes de escaparse de él, unos adornos de mejor o peor retórica» (109).

b) En cuanto a las materias estudiadas asistimos a un dejarse llevar por la tradición, sin replantearse críticamente el campo cubierto por el derecho procesal. Desde mi actual perspectiva quiero destacar el abandono en que ha sido mantenida la jurisdicción.

Se ha insistido en que pertenecen al derecho político o constitucional las normas básicas de la función jurisdiccional como función o poder del Estado, y al derecho administrativo los preceptos sobre el estatuto jurídico de los servidores de la función jurisdiccional en su calidad de funcionarios (110). Resulta, pues, que se publican tratados o manuales de derecho procesal, sin abordar los temas del Poder Judicial, de la jurisdicción, de la organización judicial, del estatuto de los jueces, etc., y no sólo en Alemania o Italia, donde ello es casi lo normal, sino también en nuestro país.

9. ANTE UNA NUEVA ETAPA: EL DERECHO JURISDICCIONAL

De la evolución que hemos expuesto, de manera resumida desde luego, pero espero que suficiente para comprender el camino seguido por la ciencia que es objeto de nuestra dedicación, puede deducirse que los cambios de denominación experimentados —práctica forense, procedimientos judiciales, derecho procesal—, no se han reducido a cuestiones terminológicas más o menos bizantinas, sino que

(109) GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo I, Barcelona, 1947, p. XX.

(110) En este sentido últimamente DE LA OLIVA, *Lecciones de derecho procesal*, I, Barcelona, 1982, p. 132, pero antes de él prácticamente toda la doctrina española.

han respondido a cambios sustanciales. De la misma manera cuando por nuestra parte pretendemos que del derecho procesal se pase al derecho jurisdiccional, no lo hacemos con el ánimo de cambiar simplemente de palabras, sino porque creemos que la nueva denominación servirá para denotar un nuevo paso trascendente en esta rama de las ciencias jurídicas.

Este paso está implícito ya en algunos autores, por lo que, en realidad, nosotros ahora no estamos —ni lo pretendemos— descubriendo nada radicalmente nuevo; nos limitamos a extraer las consecuencias de lo ya consolidado por la doctrina que nos ha precedido.

Cuando CALAMANDREI emprendió el estudio del derecho procesal desde el punto de vista del Estado que administra justicia, desde la potestad o función jurisdiccional (111), o cuando ALLORIO preveía que la teoría del mañana buscaría apoyo en los conceptos de potestad jurisdiccional y jurisdicción (112); cuando en España la más reciente doctrina centra su concepto del derecho procesal en la jurisdicción (113), en todos estos casos, y en muchos más que podríamos citar (114), estaba implícitamente el paso que nosotros ahora pretendemos dar expresamente.

(111) CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil, según el nuevo Código*, I, B. Aires, 1962, trad. de Sentís, pp. 114 y ss. La primera edición italiana es de 1941.

(112) ALLORIO, *Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale*, en «Problemi di diritto», tomo III, Milano, 1957, p. 204; trabajo publicado por primera vez en 1950.

(113) MORÓN, *Sobre el concepto de derecho procesal*, en *Revista de Derecho Procesal* (esp.), 1962, 3; SERRA, *Jurisdicción*, en «Estudios de Derecho Procesal», Barcelona, 1969, pp. 20 y ss.; G. DE CABIEDES, *Una nueva reflexión acerca del concepto del derecho procesal*, en «Estudios de Derecho Procesal», Pamplona, 1974, pp. 37 y ss.; GIMENO SENDRA, *Fundamentos de derecho procesal*, Madrid, 1981; DE LA OLIVA, *Lecciones*, I, cit.; y mi *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 1979, 2.ª ed.

(114) En España, ya en el siglo pasado, MONTEJO Y RICA (1856-1933) (*Apuntes de procedimientos judiciales*, Madrid, s.f., manuscritos, pp. 20 y ss.) entendía que el derecho del Estado, constituido por aquellas ramas del derecho que se refieren al ser Estado, lo integran el derecho político o constitucional y el derecho de la actividad; el primero contempla el aspecto estático, la estructura fundamental del Estado y, el segundo, el dinámico, por lo que a su vez se divide en las diferentes ramas que se corresponden con los distintos poderes del Estado. Aparece así «el derecho judicial, rama del derecho que estudia el poder, la función y el procedimiento judicial, o bien la ciencia que partiendo de los principios del derecho político o constitucional trata de las funciones judiciales en su más amplio desarrollo; porque claro es que de tal suerte trata de esas funciones se está dando a entender que estudia el órgano, el procedimiento y la función hasta sus más pequeños pormenores». Nuestro autor rechaza la denominación derecho procesal por estimar que, si debe responder a tal nombre, la rama del derecho así titulado debería abarcar todos y cada uno de los procedimientos por los cuales el Estado realiza sus dife-

Las páginas anteriores han servido para demostrar que la evolución ha seguido un movimiento centrípeto, de la periferia al centro, de la apariencia a la esencia, pero la médula de la esencia no es el proceso sino la jurisdicción (115), no es el ente subordinado sino el ente principal (116), por cuanto que el proceso no es sino el instrumento utilizado por los tribunales para cumplir su función.

La discusión, más que centenaria, en torno a la naturaleza jurídica del proceso, se ha perdido en ocasiones en un piélago de palabras, olvidando qué es lo que se busca. COUTURE planteó correctamente los términos del problema: «El estudio de la naturaleza jurídica del proceso civil consiste, ante todo, en determinar si este fenómeno forma parte de alguna de las figuras conocidas del derecho, o si, por el contrario, constituye por sí solo una categoría especial» (117).

La respuesta de BÜLOW fue que sí existía una categoría jurídica más general en la que encuadrar el proceso, concibiéndolo como una relación jurídica de derecho público (118), y sirvió para construir la autonomía del derecho procesal frente al derecho material. Sin embargo esta explicación fue insuficiente y GOLDSMIDT demostró el «significado ornamental» que la referencia a la relación jurídica tenía en la mayor parte de las obras generales (119), concluyendo que el proceso no forma parte de las categorías conocidas del derecho, sino que constituye por sí mismo una categoría no reducible a otra más general (120). Ahora bien, calificado el proceso de categoría propia,

rentes funciones, además de los principios a que las formas pueden obedecer en su desarrollo, excluyendo lo referente a los organismos y sus funciones.

La orientación fue seguida por AGUILERA DE PAZ y RIVES Y MARTÍ, autores de un *Derecho judicial español*, tomo I, Madrid, 1920 y tomo II, 1923, obra inacabada, y con menos desarrollo por FÁBREGA (*Lecciones*, cit., prólogo de la 2.ª ed.) y MARCOS PELAYO (*Guía para un curso de procedimientos judiciales*, Madrid, 1929).

En Italia recuérdese a PESCATORE, GARGIULO, MANFREDINI y sobre todo a MATTIROLI y el *diritto giudiziario*. En Francia, más recientemente, se habla de *droit judiciaire* por MOREL, SOLUS y PERROT y LARGUIER. Para más detalles vid. MONTERO, *Introducción*, cit., pp. 282-88.

(115) FENECH, *Notas previas al estudio del derecho procesal*, en «Derecho procesal penal», I, Barcelona, 1960, p. 34; adviértase que según Fenech la médula de la esencia es la actividad que se realiza, no la jurisdicción. Para nosotros actividad judicial y proceso son una misma cosa, en cuanto que el proceso es el único medio de actuación de los órganos jurisdiccionales; cuando un juez actúa jurisdiccionalmente lo hace siempre por medio del proceso.

(116) BALLBÉ, *La esencia del proceso*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1947, ed. sep., p. 48, nota 75.

(117) COUTURE, *Fundamentos*, cit., p. 124.

(118) BÜLOW, *La teoría de las excepciones*, cit., pp. 1 y ss.

(119) GOLDSCHMIDT, *Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, p. 149.

(120) Aparte de la obra anterior de GOLDSCHMIDT es más accesible su *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, 1960.

la finalidad de la búsqueda de la naturaleza jurídica —la remisión a unas normas en caso de laguna de la ley procesal— se ha diluido, por lo que no cabe extrañarse de que hoy la doctrina, o bien hace referencia a la relación jurídica, a la situación e incluso a la institución, sin extraer luego consecuencias prácticas, o bien soslaya el tema, limitándose a hacer una exposición de las teorías sin tomar partido.

Partiendo de que el proceso es una categoría jurídica propia, lo que importa es el descubrimiento de su *ratio essendi*, su comprensión científica (121). Lo que importa es comprender su por qué.

La respuesta a ese por qué, en nuestra opinión, es esta: se trata de un instrumento necesario. Si los órganos jurisdiccionales han de cumplir su función —sea ésta la que fuere, cuestión que ahora no discutimos—, necesitan, en primer lugar, de un estímulo, la acción, y, después, realizar una serie de actos, sucesivos en el tiempo, cada uno de los cuales es consecuencia del anterior y presupuesto del siguiente, a cuyo conjunto llamamos proceso. Este, por lo tanto, es el medio jurídico para el cumplimiento de la función jurisdiccional.

Resulta así que la jurisdicción es el ente principal y el proceso el ente subordinado, y no parece razonable que la ciencia que los estudia se denomine con referencia al segundo.

10. EL OBJETO DEL DERECHO JURISDICCIONAL: A) EL PODER JUDICIAL, LA JURISDICCIÓN, LA ORGANIZACIÓN Y EL PERSONAL JUDICIAL

Hace ya unos años COUTURE al plantearse si el derecho procesal estaba en crisis o si, por el contrario, se asistía a una renovada fecundidad, constataba que la doctrina se movía en tres tendencias: una de carácter filosófico, otra de carácter político y otra de carácter técnico (122). La tendencia filosófica era en aquel momento innegable (123), pero nos tememos que no ha tenido continuadores; la técnica ha seguido produciendo libros y artículos de la más variada índole, que son y serán siempre necesarios para hacer frente a los problemas concretos de la realidad, pero es en la tendencia política donde está el futuro del derecho procesal (jurisdiccional), y lo está porque sólo desde el reconocimiento de que esta rama de

(121) LOIS ESTÉVEZ, *Sobre el concepto de naturaleza jurídica*, en *Anuario de Filosofía del derecho*, 1956, p. 138; y mi *Introducción*, cit., pp. 149 y ss.

(122) COUTURE, *¿Crisis del derecho procesal?*, en *Revista de derecho procesal* (arg.), 1951, 1-2, pp. 196 y 205.

(123) En mi opinión el nombre a destacar es el de Giuseppe CAPOGRASI, *Opere*, Milán, 1959, 6 vols.

la ciencia jurídica ha de convertirse en el derecho del Poder Judicial se vislumbra verdadero progreso.

La caracterización del proceso como instrumento ha de hacer destacar en su verdadero significado la importancia del órgano jurisdiccional, en cuanto que es éste el que utiliza ese instrumento, y ello sin perjuicio de resaltar también los derechos de las partes en el mismo. Cuando se dice que el proceso es la forma jurídicamente regulada de la protección del ordenamiento jurídico por el Estado (124), o que es un instrumento de satisfacción de pretensiones (125), para afirmar a continuación que el derecho procesal tiene por objeto el proceso, se está inconscientemente ocultando el factor fundamental, el relativo a quién protege el ordenamiento jurídico, a quién utiliza ese instrumento de satisfacción de pretensiones.

A) Aunque tantas veces se haya sostenido lo contrario, en la concepción ideológica base de la Revolución Francesa, la división de poderes no significó la aparición de un verdadero Poder Judicial; antes al contrario, los revolucionarios, basados en MONTESQUIEU, partían de una gran desconfianza frente a los tribunales (frente a los *parlements* y frente al *Conseil des parties*). Según el ideólogo de la Revolución: «De las tres potestades que hemos establecido, la de juzgar es en cierta medida nula» (126). Por ello pudo afirmarse todavía a principios del presente siglo, y por HAURIU, que el régimen democrático excluye el poder de juzgar de la lista de los poderes públicos (127), y de ahí que se haya eludido repetidamente la expresión Poder Judicial, prefiriendo las de administración de justicia, función judicial y similares.

En las últimas décadas hay que registrar un claro cambio de orientación. LOEWENSTEIN ha podido señalar así, como uno de los fenómenos propios del Estado democrático constitucional, el acceso del Poder Judicial a la categoría de auténtico detentador del poder del Estado (128), y de hecho ese cambio está determinando la autonomía del Poder Judicial frente al Ejecutivo; el régimen de autogobierno de la magistratura, plasmado en diversas constituciones modernas, y en concreto en la española de 1978, es un síntoma claro de ese cambio.

El surgimiento del Poder Judicial debe repercutir en su tratamiento por la doctrina del derecho constitucional, pero sobre todo ha de afectar al derecho procesal (jurisdiccional). Este debe partir

(124) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, cit., p. 1.

(125) GUASP, *Derecho procesal civil*, I, cit., p. 16.

(126) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XI, VI.

(127) M. HAURIU, *Precis de droit constitutionnel*, 2.ª ed., Paris, 1929, p. 350.

(128) K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1970, p. 304.

del reconocimiento de que los principios básicos de la jurisdicción como potestad son constitucionales, de la misma forma como constitucionales son los principios informadores de todas las ramas del derecho positivo, pero su desarrollo corresponde a la ciencia jurisdiccional. En primer lugar hay que reivindicar que al Poder Judicial se le han de atribuir tres funciones básicas, en las que quedan incluidas todas las demás que puedan imaginarse: tutela de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos; control de la constitucionalidad de las leyes (129), de la legalidad del ejercicio de la potestad reglamentaria y de la actuación administrativa; y tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. En segundo lugar hay que diferenciar claramente la jurisdicción de la administración, precisando los límites entre una y otra y la solución de sus conflictos.

El arranque de la disciplina se encuentra, pues, en las nociones de Poder Judicial y de jurisdicción, para comprender después la organización judicial y el estatuto jurídico del personal judicial. Los esquemas de la organización administrativa no son aplicables a la judicial (130), y la noción de funcionario que nos ofrece el derecho administrativo, no puede aplicarse sin más al juez, pues existe en éste una dimensión que sobrepasa la noción de aquél (131).

Uno de los temas de actualidad en la doctrina procesal es el de la eficacia del proceso (132), que ha dado lugar a multitud de trabajos sobre duración, coste e incluso sobre su «humanización». En nuestra opinión esta preocupación ha llevado a buscar soluciones parciales, en tanto en cuanto se ha olvidado que las reformas del proceso son sólo un aspecto, y no el más importante. En realidad el problema, más que de eficacia del proceso es de eficacia del Poder Judicial, por lo que las reformas deben atender más a éste que a aquél.

En este sentido pueden ponerse muchos ejemplos, pero destacamos uno, el del olvido reiterado de la demarcación judicial por la

(129) El control de la constitucionalidad de las leyes puede atribuirse a uno o a todos los órganos de la jurisdicción ordinaria o a un tribunal específico (como ha ocurrido en España con el Tribunal Constitucional), pero lo que importa es resaltar que ha de existir un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

(130) Lo que supone que no compartimos la distinción realizada por GUAITA, «Administración de Justicia» y administración judicial, cit.

(131) PRIETO-CASTRO, *Informe general sobre principios políticos y técnicos para una ley procesal civil uniforme en la comunidad hispánica de naciones*, en «Trabajos y orientaciones de derecho procesal», Madrid, 1964, pp. 680-1.

(132) La última manifestación de esta preocupación es el volumen colectivo *Para un proceso civil eficaz*, Barcelona, 1983, donde se recogen las ponencias presentadas a las jornadas celebradas en Barcelona con ocasión del centenario de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

doctrina. A la hora de estudiar la eficacia se proponen soluciones sobre la duración del proceso, acortando plazos, suprimiendo trámites y otras en este orden, pero no suele hacerse referencia a la acomodación de la distribución de los órganos judiciales para hacer frente a las cambiantes necesidades; si alguna referencia se encuentra a la demarcación judicial es meramente retórica.

La eficacia del proceso penal se resuelve en su capacidad para garantizar la libertad del ciudadano, y aquí el problema básico, más que el de elegir un sistema procesal u otro, es el de la independencia de los jueces. La doctrina ha destacado, naturalmente, la necesidad de la independencia, pero no ha descendido a soluciones concretas; no se ha planteado en profundidad los sistemas de selección, de ascenso; no ha sistematizado y exigido las garantías frente al Poder Ejecutivo; ha hecho simples referencias teóricas a la independencia frente a las fuerzas sociales, económicas...

Es evidente que el estudio del Poder Judicial, de la jurisdicción, de la organización judicial, del estatuto jurídico de jueces y magistrados y demás personal al servicio de la jurisdicción, requerirá en ocasiones una técnica distinta de la que ha venido utilizándose. Es más, cabe incluso que se nos alegue, y se trata de algo que estamos dispuestos a aceptar, que parte del contenido que atribuimos al derecho jurisdiccional no es jurídico en sentido estricto; que lo relativo a la demarcación judicial, o a la determinación de los métodos de selección del personal, y tantos otros ejemplos que se podrían poner, no deben ser objeto de una ciencia jurídica. La distinción realizada por los administrativistas entre derecho administrativo y ciencia de la administración, podría ser aquí perfectamente aplicable. Desde nuestra postura jurisdiccionalista no vemos inconveniente en reconocer que parte de la disciplina no sea jurídica en sentido estricto, sobre todo cuando lo cierto es que un conocimiento científico de la parte jurídica exige un conocimiento exhaustivo de la parte no jurídica; que una Ley Orgánica del Poder Judicial no puede ser realizada, estudiada ni criticada, sino sumando visiones jurídicas y extra-jurídicas; que el verdadero jurista no puede prescindir de una serie de conocimientos que, si no se le dan elaborados, debe construir él.

El conjunto de cuestiones a que venimos haciendo referencia no permiten reducir la intervención del Estado en el proceso a un requisito subjetivo de éste. GUASP ha defendido que el derecho procesal debe seguir refiriendo su esencia radical a la figura del proceso, rechazando el derecho jurisdiccional. Parte de la existencia del proceso y se pregunta dónde se sitúa la jurisdicción dentro de él, contestándose que, a pesar de su complicación (noción de jurisdicción, diferencias de otras funciones o poderes del Estado, organización judicial, personal judicial), no ocupa en la exposición sistemática del

derecho procesal un puesto tan central como podría suponerse, pues no es más que un requisito subjetivo del proceso (133).

No acabamos de comprender cómo GUASP, partiendo de definir el proceso como instrumento de satisfacción de pretensiones, reduce a quien utiliza ese instrumento a requisito subjetivo del mismo. La explicación puede estar en la premisa base. Si se parte de que en la realidad de los hechos existen procesos, y ese hecho pretende explicarse jurídicamente, puede llegarse a la conclusión de que la jurisdicción es un requisito. El error está aquí, no en la conclusión, sino en la premisa base. Si nosotros partimos de que la realidad política lo que nos ofrece es un Estado que actúa jurisdiccionalmente, y es esto lo que hay que estudiar científicamente, reduciremos el proceso a mero instrumento.

En el mundo actual es mucho más rica en matices y consecuencias la visión del Estado actuando jurisdiccionalmente, que la del proceso. Entre otras cosas pasar del proceso a la constitucionalización de los principios básicos del Poder Judicial o del estatuto orgánico de los jueces, supone un salto que no tiene explicación coherente. Cómo explicar, desde el proceso, que al Poder Judicial han de quedar sometidos todos los conflictos que surjan, suprimiendo áreas privilegiadas excluidas del control jurisdiccional; cómo, desde el proceso, puede sostenerse que los tribunales militares deben reducir su competencia al ámbito estrictamente castrense.

11. Sigue: B) LA ACCIÓN; C) EL PROCESO

Lo anterior no agota, naturalmente, el contenido del derecho jurisdiccional. En él hay que incluir también la acción y el proceso.

B) La teoría de la acción ha venido siendo uno de los tormentos del procesalista, y si por un lado se ha propuesto el abandono de su estudio (134), por otro se ha constatado que es uno de los conceptos «preferidos» de la doctrina procesal (135), hasta el extremo de que hoy la bibliografía parece no tener fin. Creemos que la perspectiva

(133) GUASP, *El Estado como sujeto del proceso*, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 1975, enero-agosto, núms. 22-23, que recoge los «Estudios de Derecho Procesal en honor de N. Alcalá-Zamora y Castillo», pp. 524-41. Hay que hacer constar que el trabajo está fechado en 1974 y que la publicación se hizo en 1978.

(134) ALLORIO, *Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale*, en «Problemi», III, cit., p. 204; GUASP, *La pretensión procesal*, en Anuario de Derecho Civil, 1952, enero-marzo, p. 32.

(135) ALCALÁ-ZAMORA, *Veinticinco años de evolución del derecho procesal*, cit., p. 141.

jurisdiccionalista enriquece el concepto y amplía sus consecuencias prácticas.

El estudio de la acción en el derecho jurisdiccional debe tender a resaltar los derechos de las partes, y ello en un doble sentido: por un lado con relación al derecho a la jurisdicción y por otro respecto de los derechos de las partes en el proceso.

a) La concepción abstracta de la acción, que arranca de DEGENKOLB y PLOSZ (136), ha llegado a concebirla como un derecho subjetivo público frente al Estado, encaminado a que éste proceda a tutelar los derechos e intereses de los ciudadanos mediante el proceso. Este derecho comprende:

1.º) El deber del Estado, de los órganos del Poder Judicial, de poner en marcha la actividad jurisdiccional.

2.º) La realización del proceso con todas las garantías propias del mismo, algunas de las cuales han alcanzado rango constitucional.

3.º) Que se dicte una sentencia sobre el fondo del asunto.

Así entendido el derecho de acción, o derecho a la jurisdicción, queda únicamente condicionado a la concurrencia de los presupuestos procesales. Si éstos existen, el órgano jurisdiccional ha de admitir a trámite la demanda, ha de realizar el proceso y ha de dictar sentencia sobre el fondo. El incumplimiento de este deber originará responsabilidad administrativa y civil, e incluso penal.

En el ordenamiento español este derecho ha sido recogido en el art. 24 de la Constitución y su violación por los tribunales ordinarios es susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Su incidencia práctica es hoy innegable, hasta el extremo de que ese art. 24.1 ha sido, sin duda, hasta la fecha, el artículo de la Constitución más alegado por recurrentes y más citado por el Tribunal.

El rango constitucional otorgado al derecho a la jurisdicción opera en dos planos distintos, pero complementarios. En primer lugar desde él habrá de juzgarse la constitucionalidad de las leyes orgánicas y procesales, y, después, con base en él se otorgará amparo a la parte que, en un proceso concreto, haya visto vulnerado su derecho a la jurisdicción por el tribunal ordinario.

b) Enlazamos así con los derechos de las partes en el proceso, pues el derecho de acción comporta, no solamente el deber de los órganos judiciales de realizar el proceso, sino además el de realizarlo conforme a los principios que informan la intervención de las partes en él. Básicamente estos principios son dos: contradicción e igualdad.

El principio de contradicción (o de audiencia, o de defensa) resuena en el viejo brocardo *nemo inauditus damnari potest*, y en él

(136) Vid. MONTERO, *Introducción*, cit., pp. 115 y ss.

cabe poner de manifiesto dos facetas complementarias. Es en primer lugar un derecho fundamental de las partes —de las dos partes—, habiendo sido considerado un verdadero derecho natural (137) y la garantía suprema del proceso (138). Partiendo de él ha de regularse legislativamente el proceso, y su vulneración debe conducir a la revocación de la sentencia por el tribunal superior. En España está protegido por el recurso de amparo. En segundo lugar la contradicción es el medio técnico más idóneo para garantizar la exacta aplicación de la ley; baste aquí con remitirnos a CALAMANDREI y a su consideración del carácter dialéctico del proceso (139).

El principio de igualdad de las partes, el que éstas dispongan de los mismos medios procesales para sostener sus posiciones, sin privilegios en uno u otro sentido, ha de ponerse en relación tanto con el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, como con el carácter bilateral del derecho de acción, y en una y otra relación cabe la admisión de desigualdades, siempre que obedezcan a justificadas razones objetivas no discriminadoras, y siempre que no supongan infracción del principio de contradicción.

El problema de la igualdad no es hoy teórico sino práctico (140), y su solución ha de conducir a configurar los procesos favoreciendo aquellas instituciones que pueden servir para poner a la parte socialmente más débil, en condiciones de paridad inicial frente a la más fuerte, e impidiendo aquellas otras que pueden convertir la igualdad de derecho en desigualdad de hecho.

C) Desde luego el proceso será una de las partes fundamentales del derecho jurisdiccional, siendo concebido como el instrumento por medio del que el Poder Judicial cumple las funciones que le están atribuidas por la Constitución. Para nosotros actividad jurisdiccional y proceso son una misma cosa, en el sentido de que siempre que un órgano judicial actúa jurisdiccionalmente lo hace por medio del proceso, el cual es el único medio en el que se desarrolla la actividad jurisdiccional. Por lo tanto, en sentido jurídico estricto el término proceso sólo puede utilizarse con referencia a la actividad jurisdiccional.

(137) GUASP, *Administración de justicia y derechos de la personalidad*, en *Revista de Estudios Políticos*, 1944, IX, pp. 91-2.

(138) CALAMANDREI, *Proceso y democracia*, B. Aires, 1960, trad. de Fix Zamudio, p. 148.

(139) CALAMANDREI, *Op. ul. cit.*, conferencia V, El carácter dialéctico del proceso, pp. 147 y ss.

(140) DEVIS ECHANDIA, *Facultades y deberes del juez en el moderno proceso civil*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1968, 3, p. 396. La bibliografía sobre el tema se ha multiplicado en los últimos años, debiendo destacarse los trabajos de COUTURE, CALAMANDREI, CAPPELLETTI, FIX ZAMUDIO, DENTI, DE MIGUEL, etc.

La reducción del proceso a instrumento de la jurisdicción no supone considerarlo medio técnico neutro. Ello con relación al proceso penal es evidente, y puso ya de manifiesto GOLDSCHMIDT que la estructura del proceso penal de una nación es termómetro de los elementos autoritarios de su Constitución (141). La neutralidad, el apoliticismo, tampoco puede referirse al proceso civil; como decía COUTURE los códigos procesales civiles son el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución (142), y las leyes procesales pueden regular el instrumento de tal manera que hagan posible o imposible de hecho esa garantía de justicia. El instrumento puede condicionar el cumplimiento de las funciones de los órganos jurisdiccionales. Por otra parte, al tratarse de un instrumento necesario, los intentos de suprimirlo, para sustituirlo por la denominada jurisdicción voluntaria, suponen en el fondo un intento de suprimir el Poder Judicial, de suprimir el Estado de Derecho e incluso de suprimir el derecho mismo (143).

Desde esta concepción es evidente la unidad del fenómeno procesal. El instrumento, lógicamente, habrá de acomodarse a la pretensión que haya de satisfacer el órgano judicial, y en este sentido mientras subsista la diferenciación entre intereses públicos y privados, el proceso civil será distinto del penal, e incluso habrá de distinguirse, en otro orden de cosas, entre declaración, ejecución y cautela, pero nunca habrá diferencias absolutas, al ser comunes la base de partida y el fin perseguido. Durante bastantes años ya un sector importante de la doctrina procesal, se ha esforzado para construir una parte o teoría general del derecho procesal, sobre cuya necesidad existe hoy acuerdo mayoritario, aunque los frutos alcanzados son todavía modestos (144).

Posiblemente esta falta de resultados proviene de que se ha centrado toda la atención y el esfuerzo en la parte general del proceso,

(141) GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, B. Aires, 1961, 2.ª ed., pp. 109-10.

(142) COUTURE, *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en «Estudios», I, cit., pp. 19 y ss.

(143) Recuérdese a BAUMBACH, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*, en *Zeitschrift der Akademie für deutsches Rechts*, 1938, pp. 583 y ss., y las críticas de CALAMANDREI, *Abolizione del processo civile?*, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1938, I, pp. 336-40, y PRIETO-CASTRO, *Revisión de los conceptos básicos del derecho procesal*, en «Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil», II, Madrid, 1950, pp. 665-9.

(144) Vid. ALCALÁ-ZAMORA, *La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal*, en «Estudios de teoría general», I, cit., pp. 585-6. Se trata de la ponencia general 4.ª a las IV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal (Venezuela, 1967); en la *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1968, pueden verse las comunicaciones de AGUIRRE GODOY, BARRIOS DE ANGELIS, TRITELBAUM y UNGO.

no en la del derecho jurisdiccional. Si se hubiera hecho así el tronco de la metáfora de CARNELUTTI sería mucho mayor, iniciándose las ramas a mayor altura (145). Los argumentos opuestos por los procesalistas penales a la unidad, se convierten en objeciones sin importancia cuando se considera que el proceso no es más que el instrumento de la jurisdicción.

La unidad conceptual del proceso, permitirá el estudio común de bastantes instituciones procesales, empezando por los principios informadores, aunque sea a base de pares alternativos, y siguiendo por los sujetos, actos, prueba, medios de impugnación y efectos, abordando a continuación tantas partes especiales como procesos se regulen legalmente.

EMBARGO, TERCERIAS Y OPCION DE COMPRA

MANUEL CACHÓN CADENAS

Profesor Colaborador de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO:

I. Antecedentes. — II. Cuestiones planteadas: 1. Acumulación de la tercería de dominio y de la de mejor derecho en alguno de los juicios ejecutivos pendientes. 2. Interposición de la misma clase de tercería en los dos juicios ejecutivos pendientes. Posibilidad de que prospere la tercería de dominio basada en la opción de compra. 4. Prioridad registral de la opción de compra y compensación de créditos.

I. ANTECEDENTES

1. La entidad mercantil «E...» otorgó, con fecha de 9 de julio de 1979, escritura pública de opción de compra a favor de Don L. A. sobre la finca urbana X. Entre los pactos incluidos en el contrato figuraban los siguientes: a) las partes convinieron expresamente la inscripción de la opción en el Registro de la Propiedad; b) el precio de adquisición de la finca se fijó en tres millones de pesetas; c) el derecho de opción de compra se concedía por un plazo de cuatro años; d) las partes acordaron que, para el caso de ser ejercitada la opción, el comprador podría satisfacer el precio mediante compensación con créditos que ostentare contra el concedente de aquélla.

2. El 11 de febrero de 1981 fue inscrito en el Registro de la Propiedad el referido contrato de opción de compra.

3. Con posterioridad a la fecha de celebración del contrato, la entidad «F...» interpuso demanda de juicio ejecutivo contra «E...».

(145) CARNELUTTI, *Prove civili y prove penali*, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1925, I, p. 3.

En el curso del proceso se trabó embargo sobre la finca X. Asimismo, se practicó la correspondiente anotación preventiva de embargo. Tanto el embargo como la anotación preventiva del mismo tuvieron lugar antes de la inscripción del contrato de opción de compra.

4. Incoado el juicio ejecutivo previamente indicado, Don A. V. promovió otro juicio ejecutivo contra «E...», en el que también recayó embargo (reembargo) sobre la finca X. El nuevo embargo y la subsiguiente anotación preventiva se verificaron con anterioridad a la inscripción del contrato de opción de compra.

5. Los juicios ejecutivos entablados, respectivamente, por «F...» y Don A. V. penden ante Juzgados diferentes.

6. Don L. A. ostenta contra «E...» diversos créditos pecuniarios, líquidos, vencidos y exigibles. Tales créditos existían ya con antelación a la práctica de los embargos recaídos sobre la finca X, y los mismos importan siete millones de pesetas.

II. CUESTIONES PLANTEADAS

El caso expuesto suscita distintos problemas jurídicos. Con la brevedad propia de un escrito de este género, la presente nota intenta, por una parte, enunciar algunas de las cuestiones procesales concernientes a la situación jurídica del favorecido por la opción de compra, y, por otro lado, esbozar, más que elaborar, posibles soluciones. El criterio utilizado para llevar a cabo esta selección se basa fundamentalmente en la mayor repercusión que tuvieron en la realidad las cuestiones que se plantean a continuación.

1. Acumulación de la tercería de dominio y de la mejor derecho en alguno de los juicios ejecutivos pendientes

El análisis de esta cuestión se efectuará tan sólo con relación a la figura procesal que en la LEC recibe el nombre de acumulación de acciones, y, en particular, se realizará exclusivamente respecto de la denominada acumulación originaria de acciones (1) o acumulación inicial de pretensiones (2).

Si se adopta como criterio de clasificación la forma del *petitum* de la demanda mediante la que se lleva a efecto la acumulación, se

pueden distinguir diversos tipos de acumulación de acciones. En el examen del problema aquí planteado, me ocuparé únicamente de la acumulación simple y de la eventual o subsidiaria.

En la acumulación simple, existe una conjunción de pedimentos («solicito A y B»). Por el contrario, en la acumulación eventual, se produce una gradación de peticiones, de tal manera que una de ellas (o varias) se formula (o formulan) solamente para el supuesto de que otra no sea acogida («pido A; y, para el caso de que se desestime A, solicito B»).

La característica diferenciadora de la acumulación simple frente a la eventual es la de que la primera implica un ejercicio simultáneo o conjunto, en sentido lógico, de distintas acciones, por cuanto que se proponen todas con carácter principal, mientras que en la segunda, aunque sean varias las acciones que se hacen valer en la demanda, el ejercicio de las mismas no es, desde un punto de vista lógico, simultáneo o cumulativo, ya que media entre ellas una relación de subordinación negativa, esto es, hay una que se plantea como principal, y su negación (desestimación) se pone como condición para que el juez se pronuncie sobre la otra (subsidiaria) y la estime.

La disparidad señalada permite afirmar que la regulación de la acumulación de acciones contenida en los arts. 153 y ss. LEC se refiere a la acumulación simple, pero no a la eventual (3). A pesar de ello, la acumulación de acciones subsidiaria se utiliza profusamente en la práctica, y la doctrina se muestra partidaria de su admisibilidad (4).

(3) Vid. en este sentido PRIETO-CASTRO, *Acumulación de acciones*, en «Trabajos y orientaciones de derecho procesal», Madrid, 1964, pp. 150 y 152-153, quien sostiene que la LEC no contempla directamente la acumulación eventual de acciones, ocupándose únicamente de la acumulación simple; Id., *Tratado de derecho procesal civil*, Pamplona, 1982, I, pp. 466 y 468; MONTERO, *Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes*, en «Estudios de derecho procesal», Barcelona, 1981, p. 223, indica que la acumulación eventual no está expresamente recogida en el ordenamiento jurídico.

(4) Así, PRIETO-CASTRO, *Acumulación...*, cit., pp. 152-153, aduce en favor de la admisibilidad de la acumulación eventual de acciones razones de cautela y economía procesal y considera que tal clase de acumulación está permitida por el art. 154, pr. y 1.º LEC; GUASP, *Derecho procesal...*, cit., I, pp. 243-244, entiende que la acumulación eventual ha de ser admitida como un correctivo al principio de preclusión procesal; MONTERO, *op. y loc. cit. últ.*, advierte que la propia práctica diaria de los tribunales confirma la posibilidad de admitir este tipo de acumulación; RAMOS, *Derecho procesal...*, cit., p. 418, afirma, refiriéndose a la acumulación subsidiaria, que «este modo de proceder es correcto para agotar las posibilidades de decisión sobre uno o varios objetos litigiosos y el juez, por razones de congruencia, se ve obligado a resolver sobre dichas peticiones subsidiarias cuando desestima la principal».

(1) Vid. por ejemplo, RAMOS, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1980, p. 417.

(2) Vid. GUASP, *Derecho procesal civil*, 3.ª ed., Madrid, 1968, I, p. 245; MONTERO, *La intervención adhesiva simple. Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil*, Barcelona, 1972, p. 66.

A) *Acumulación simple*

Delimitado ya el problema, la primera cuestión que ha de ser abordada es la de si, en cualquiera de los dos juicios ejecutivos pendientes, el beneficio de la opción de compra puede plantear en una misma demanda, y en forma de acumulación simple, una tercería de dominio y otra de mejor derecho con relación al mismo bien (la finca embargada).

A su vez, para resolver esta cuestión con arreglo a los arts. 153 y ss. LEC, es preciso presuponer, bien que la tercería de dominio y la de mejor derecho, aisladamente consideradas, están comprendidas en el ámbito de aplicación de aquella normativa, bien que tales preceptos resultan aplicables por analogía al supuesto enunciado. En otros términos, antes de determinar si, a tenor de lo establecido en los arts. 153 y ss. LEC, cabe o no la acumulación simple de una tercería de dominio y otra de mejor derecho, hay que dilucidar si ese problema puede o no ser solventado mediante las disposiciones mencionadas.

La primera opción de la alternativa propuesta anteriormente no es viable sin una interpretación amplia del art. 153 LEC. Con independencia de la concepción teórica que se propugne para explicar el fenómeno que tiene lugar en las tercerías (5), existe un dato positivo insoslayable que es el proporcionado por el art. 1539, I LEC al prescribir que «las tercerías se sustanciarán con el ejecutante y ejecutado...». Esta norma impone, por tanto, una pluralidad de deman-

(5) En lo que atañe a esta cuestión, la doctrina procesal española ha elaborado diversas concepciones teóricas; así, por vía meramente indicativa, GÓMEZ ORBANEJA (CON HERCE QUEMADA), *Derecho procesal civil*, 8.ª ed., Madrid, 1976, I, p. 166, considera que las tercerías constituyen el único supuesto de intervención principal regulado en nuestro ordenamiento, y que en la intervención principal el tercero acumula al proceso principal otro proceso con pluralidad de partes; MONTERO, *La intervención adhesiva...*, cit., pp. 30 y 67, engloba las tercerías en la figura de la intervención principal y señala que en esos supuestos podría tener lugar un proceso único con pluralidad de partes si se aceptase que el litisconsorcio que se origina es cuasi-necesario; DÁVILA MILLÁN, *Litisconsorcio necesario*, Barcelona, 1975, pp. 30-31, califica también las tercerías como hipótesis de intervención principal, y entiende que en estos casos surgen dos nuevos procesos acumulados, que, a su vez, van a ser acumulados al proceso ya pendiente; FERNÁNDEZ, *La tercería de dominio*, Madrid, 1980, pp. 56 y ss., 74 y ss., 122 y ss. y 149, se opone a la tesis dominante en la doctrina española, y niega que la tercería de dominio sea una hipótesis de intervención principal, sosteniendo, además, que tampoco constituye una hipótesis de intervención procesal; estima que la tercería de dominio supone, en todo caso, el ejercicio de dos acciones acumuladas, y, en concreto, que se trata de «un expediente procesal complejo compuesto por dos acciones meramente declarativas y afirmadas simultáneamente frente a ejecutante y ejecutado acciones a las que eventualmente puede acumularse una acción de condenas».

dados, que, desde una óptica estrictamente literal, choca con la hipótesis contemplada por el art. 153 LEC, según el cual «el actor podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado...». No obstante, si se acota el rasgo que el art. 153 LEC reputa esencial en la configuración del supuesto regulado en dicha norma, y se confronta con la estructura de las tercerías, se comprueba que tal nota básica también está presente en aquéllas. En la acumulación de acciones a la que se refiere el art. 153 LEC, la característica fundamental consiste en la completa identidad de los sujetos y de las posiciones procesales ocupadas por ellos en las diversas acciones de que se trate. Esta identidad o coincidencia existe cuando, en un juicio ejecutivo determinado, un sujeto entabla una tercería de dominio y otra de mejor derecho contra las dos mismas personas (ejecutante y ejecutado). La semejanza expresada justifica la posibilidad de interpretar extensivamente el art. 153 LEC para englobar en su ámbito de aplicación la hipótesis a la que se ha hecho referencia. Basta para ello entender que, supuesta en todo caso la identidad de los sujetos y de las posturas procesales en que figuran, el vocablo «demandado», incluido en aquel precepto, alude más a la noción de posición procesal de demandado que al número de personas que se encuentran en tal posición. Si esta interpretación se juzgara inadecuada, me parece que la similitud apuntada autorizaría la aplicación analógica de los arts. 153 y ss. LEC al caso que nos ocupa.

El art. 153 LEC exige, como presupuesto inexcusable de la acumulación de acciones, que éstas sean incompatibles entre sí. Y, conforme al art. 154, 1.º LEC, «será incompatible el ejercicio simultáneo de dos o más acciones en un mismo juicio, y no podrán, por tanto, acumularse: 1.º Cuando se excluyan mutuamente, o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de la una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra».

Entre la tercería de dominio y la de mejor derecho media esa relación de incompatibilidad definida en el art. 154, 1.º LEC.

En la tercería de dominio, el tercerista sostiene que la propiedad de un determinado bien le corresponde a él, y no al ejecutado, y, apoyándose en este fundamento, pretende el alzamiento del embargo trabado sobre aquel bien. Por el contrario, mediante la tercería de mejor derecho, el tercerista aspira a que el producto que se obtenga en la enajenación del bien embargado se destine a satisfacerle su crédito con preferencia sobre el del ejecutante. En este último caso, el tercero no se atribuye la propiedad del bien afecto a la ejecución; tampoco se opone al embargo recaído sobre ese bien, e incluso puede decirse que le interesa la subsistencia de la traba, por cuanto que ésta constituye un presupuesto de la enajenación procesal del bien, la cual resulta necesaria para que el tercerista alcance

el propósito de ser reintegrado de su crédito con preferencia respecto del ejecutante.

Así pues, la tercería de dominio y la de mejor derecho son radicalmente incompatibles entre sí (6), y no cabe, por ello, la acumulación inicial simple de una y otra en la hipótesis analizada (7).

B) Acumulación eventual

El segundo problema que se plantea estriba en determinar si, en el mismo caso, son susceptibles de acumulación eventual o subsidiaria la tercería de dominio y la de mejor derecho.

Según se indicó previamente, las normas previstas en los arts. 153 y ss. LEC no resultan aplicables a esta cuestión, por lo que la misma ha de ser resuelta con arreglo a las disposiciones procesales de carácter general.

El art. 1534 II LEC establece que las demandas de tercería «se sustanciarán en pieza separada por los trámites del juicio declarativo que corresponda a su cuantía, conforme a lo prevenido en el artículo 488». En consecuencia, el problema se reduce a precisar si, en una demanda de juicio declarativo ordinario, cabe o no la formulación, en forma subsidiaria, de distintas peticiones incompatibles entre sí.

La admisibilidad de un *petitum* de esa clase es indiscutible (8). El único requisito exigido por la ley radica en que el pedimento se fije «con claridad y precisión» (arts. 524, I LEC y 29 del Decreto de 21 de noviembre de 1952). Por lo tanto, basta con que el tercerista que deduce en la misma demanda, y de forma subsidiaria, los pedimentos propios de una tercería de dominio y de otra de mejor derecho efectúe tales peticiones con la debida nitidez.

La distinta naturaleza de una y otra tercería puede implicar la necesidad de que sean tramitadas a través de cauces procedimentales diferentes. Abstracción hecha del valor que, con carácter general, pueda tener esta dificultad, lo cierto es que, en el caso que estamos examinando, no supone escollo alguno, dado que tanto la tercería de dominio como la de mejor derecho habrían de sustanciarse por la misma vía: el procedimiento del juicio declarativo ordinario de mayor cuantía.

(6) Vid. en este sentido CARRERAS, *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, p. 309; asimismo FERNÁNDEZ, *La tercería...*, cit., p. 189.

(7) Aunque se considerara que los arts. 153 y ss. LEC no son aplicables al supuesto estudiado, la acumulación simple de la tercería de dominio y de la de mejor derecho pugnaría con la exigencia de «claridad y precisión» a que se refiere el art. 524, I LEC.

(8) Vid. *supra*, nota 4.

La interposición de una demanda de tercería de dominio despliega sobre el desarrollo del procedimiento de apremio unos efectos que no coinciden con los que produce una demanda de tercería de mejor derecho. Así resulta de la confrontación de los arts. 1535 y 1536 LEC. Según el primero de los preceptos citados, «cuando sea de dominio la tercería, luego que en el juicio ejecutivo recaiga sentencia firme de remate, se suspenderá el procedimiento de apremio, respecto de los bienes a que se refira, hasta la decisión de aquélla». Por el contrario, la segunda de aquellas disposiciones establece: «Si la tercería fuere de mejor derecho, se continuará el procedimiento de apremio hasta realizar la venta de los bienes embargados, y su importe se depositará en el establecimiento destinado al efecto, para hacer pago a los acreedores por el orden de preferencia que se determine en la sentencia del juicio de tercería».

Esta disparidad tampoco entraña un obstáculo insuperable para la acumulación eventual de ambos tipos de tercerías. En ambos supuestos, se persigue un doble objetivo: asegurar la efectividad de la resolución que puede recaer en el procedimiento de tercería y realizar exclusivamente las actuaciones procesales que no corren el riesgo de devenir inútiles o improcedentes a causa de aquella resolución. La acumulación eventual de una tercería de dominio y otra de mejor derecho conlleva la posibilidad de que sea estimada cualquiera de ellas, aunque no las dos a la vez. Pues bien, de lo que se trata es de que también en esta hipótesis se logren los dos fines señalados. Tal resultado se puede conseguir fácilmente, porque, si bien el planteamiento de una y otra tercería surte distintos efectos sobre el desarrollo del procedimiento de apremio, la desigualdad es sólo cuantitativa, no cualitativa. Si, como ocurre en el supuesto objeto de esta nota, ambas tercerías se refieren al mismo bien trabado en el juicio ejecutivo, es suficiente que se actúen los efectos propios de la demanda de tercería de dominio, de manera que, dictada sentencia firme de remate, se ha de suspender el procedimiento de apremio, respecto de aquel bien, hasta que se resuelva la demanda en que se ha formulado la tercería de dominio (art. 1535 LEC), que, en este caso, es también la demanda mediante la que se ha interpuesto la tercería de mejor derecho. De este modo, se alcanzaría plenamente la finalidad a que antes se ha hecho alusión.

En conclusión, el favorecido por la opción de compra puede deducir en la misma demanda, en forma de acumulación eventual o subsidiaria, una tercería de dominio y otra de mejor derecho en cualquiera de los dos juicios ejecutivos pendientes (9).

(9) FERNÁNDEZ, *La tercería...*, cit., pp. 189-190, también admite implícitamente la posibilidad de acumular en forma subsidiaria una tercería de dominio y otra

2. Interposición de la misma clase de tercera en los dos juicios ejecutivos pendientes

El problema que se plantea consiste en determinar si el favorecido por la opción de compra, para lograr que la tercera que decida entablar, sea la de dominio, sea la de mejor derecho, surta sobre el curso de los dos procedimientos pendientes los efectos previstos, respectivamente, por los arts. 1535 y 1536 LEC (10), necesita deducir dicha tercera en ambos juicios ejecutivos o, por el contrario, basta que la ejercite ante uno de los dos Juzgados y pida que se comunique al otro Juzgado la interposición de la tercera.

Si se ejercita una tercera ante uno de los dos Juzgados y se procede a comunicar este evento al otro Juzgado, no se podrá conseguir la paralización del procedimiento de apremio seguido en este segundo Juzgado, ya que ante el mismo no se ha entablado ninguna tercera, y, en virtud del principio dispositivo, es perfectamente admisible que una persona deduzca una tercera en un determinado proceso de ejecución y se abstenga de interponer otra tercera de igual clase sobre el mismo bien en un proceso distinto (11). Téngase en

de mejor derecho, al indicar que «si se han acumulado eventualmente en una misma demanda tercera de dominio y tercera de mejor derecho, el Juez puede estimar una y rechazar otra sin cometer incongruencia».

(10) En el caso de que la tercera propuesta sea la de dominio, el efecto a que se hace alusión consiste en la suspensión del procedimiento de apremio, respecto del bien objeto de aquella tercera, una vez que recaiga sentencia firme de remate (art. 1535 LEC); si se trata de una tercera de mejor derecho, el efecto en cuestión estriba en el depósito de la suma de dinero obtenida en la enajenación del bien embargado, hasta que se resuelva la tercera (art. 1536 LEC).

(11) Tal supuesto puede acaecer, sin que ello obedezca a simple capricho o veleidad del tercerista. Así, con relación a la tercera de mejor derecho, el tercero puede entender, correcta o incorrectamente, que su crédito goza de preferencia sobre el que ostenta el ejecutante que ha promovido el proceso en que aquel tercero deduce la tercera de mejor derecho, pero que el ejecutante que ha instado el otro proceso de ejecución es titular de un crédito preferente al del tercero, por lo que éste se abstiene de entablar tercera de mejor derecho en ese procedimiento. La posibilidad mencionada también es aplicable a la tercera de dominio, aunque la cuestión parezca más dudosa que en la hipótesis anterior; supongamos, por ejemplo, que una persona adquiere un determinado bien en el intervalo que media entre dos embargos trabados sobre dicho bien en sendos juicios ejecutivos; si bien ese sujeto tiene la condición de tercero respecto de ambos juicios ejecutivos y pretende conservar su derecho de propiedad, la interposición de una tercera de dominio en el juicio ejecutivo en que se practicó el segundo embargo puede ser un cauce apropiado para la consecución de aquel propósito, pero el ejercicio de esa clase de tercera en el otro juicio ejecutivo no resulta un instrumento adecuado para obtener el fin expresado.

cuenta, además, que, en el caso analizado, los ejecutantes son diferentes, y, por tanto, no habría plena identidad entre los sujetos pasivos de una y otra tercera. Tampoco coinciden estrictamente los fundamentos de ambas terceras. Así pues, si, a causa de una resolución dictada por el juez que recibe la comunicación a que se ha hecho referencia, el curso del proceso en que no se ha interpuesto la tercera resultara afectado del mismo modo que el desarrollo del proceso en que se ha formulado dicha tercera, aquel juez incurriría en incongruencia, por cuanto que habría adoptado una resolución que nadie le ha pedido (12).

De cuanto va dicho se desprende la necesidad de ejercitar la tercera de que se trate, ya de dominio, ya de mejor derecho, en los dos juicios ejecutivos pendientes para lograr el objetivo propuesto (13).

Por otra parte, ambas demandas pueden presentarse en fechas diversas. En este sentido, no supone obstáculo alguno el art. 1538, I LEC, según el cual «no se permitirá en ningún caso segunda tercera, ya sea de dominio, ya de preferencia, que se funde en títulos o derechos que poseyera el que la interponga al tiempo de formular la primera». La prohibición contenida en este precepto no alcanza al presente supuesto. Tal y como indicaba MANRESA, con esta norma «se ha procurado corregir el abuso, bastante frecuente, de presentarse sucesivamente en un mismo juicio ejecutivo dos o más terceras por una misma persona para dilatar indefinidamente el pago al acreedor, favoreciendo la mala fe del deudor» (4). El art. 1538, I LEC está destinado a impedir la interposición de sucesivas terceras en un mismo proceso (15), lo cual implica, de paso, que la prohibición úni-

(12) Acaso fuese más acertado considerar que en este supuesto estaríamos ante un caso de invalidez de la resolución por inexistencia de la misma en cuanto acto procesal, ya que se habría adoptado sin previa demanda de tercera, y, por tanto, fuera de un proceso incoado a instancia de parte, esto es, extraprocesalmente.

(13) No se pretende negar con ello la posibilidad de que la estimación de la tercera interpuesta solamente en uno de los dos procedimientos pendientes repercuta indirectamente sobre el desarrollo del otro procedimiento. Naturalmente, tal incidencia puede producirse en algunos supuestos (v. gr., por aplicación de lo dispuesto en el art. 38, III de la Ley Hipotecaria), pero ésta es una cuestión distinta de la que ahora estamos examinando.

(14) MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 7.ª ed., Madrid, 1957, VI, p. 637.

(15) Vid. en este sentido STS 3 marzo 1916. En alguna ocasión, el TS ha considerado que la prohibición prevista en el art. 1538, I LEC es aplicable a una segunda tercera deducida en un juicio ejecutivo distinto de aquel en que se ejercitó la primera tercera, y ello aunque los sujetos pasivos de la primera tercera no coincidieran con los de la segunda; pero se trata de supuestos muy excepcionales, como, por ejemplo, el contemplado por la STS 26 mayo 1930 (RA 957).

camente opera cuando la segunda tercería se formula contra los mismos sujetos (ejecutante y ejecutado) frente a quienes se ha ejercitado la primera, o contra sus sucesores.

Más problemática parece la posibilidad de acumular las dos tercerías a instancia del propio tercerista y con independencia de los respectivos juicios ejecutivos en que aquéllas han sido entabladas. A pesar de la amplitud de contenido del art. 164 LEC, la necesaria observancia de normas de derecho absoluto concernientes a la competencia funcional para conocer de las demandas de tercería (así el art. 55 LEC en relación a los arts. 488 y 1534 del mismo cuerpo legal), se opone a aquella posibilidad de acumular los dos procesos dimanantes de la interposición de ambas tercerías (16). El TS ha negado la posibilidad de acumular en una sola demanda varias acciones de tercería encaminadas a surtir efectos en diversos procesos ejecutivos seguidos ante diferentes Juzgados (17). Naturalmente, para que el órgano jurisdiccional ante el que se formula la demanda de tercería pueda entender de ésta, es necesario que dicho Juzgado tenga competencia objetiva por razón de la cuantía para conocer de aquella demanda (18), pero, supuesto lo anterior, el conocimiento de la tercería corresponderá en todo caso a ese mismo órgano jurisdiccional (19).

La necesidad de ejercitar la tercería de que se trate en los dos juicios ejecutivos pendientes —e incluso en otros que puedan promoverse en el futuro— para lograr que se produzcan en ellos los efectos previstos en los arts. 1535 y 1536 LEC, junto a la improcedencia del remedio, sólo paliativo, consistente en la acumulación ulterior de aquellas tercerías con independencia de los juicios ejecutivos en que se plantean, puede conllevar un coste económico excesivo para el tercero.

La solución, no obstante, hay que buscarla por una vía indirecta. Si la tercería que se pretende deducir es la de dominio, el Registro de la Propiedad sirve para que el tercero, mediante la interposición de una sola demanda de tercería, consiga o vea facilitada la defensa de su derecho de propiedad en el proceso en que no se formula aquella demanda y en el cual también se ha embargado el bien. Los efectos establecidos en el art. 38 de la Ley Hipotecaria y, sobre todo, la

solicitud de la anotación preventiva de la demanda de tercería de dominio, pueden resultar útiles a tal fin. Si se entabla tercería de mejor derecho, lo más conveniente es proponerla en el juicio ejecutivo en que tuvo lugar el embargo practicado y anotado en primer término, y pedir que se comunique al Juzgado ante el que se sigue el otro juicio ejecutivo. En el caso de que se produzca la enajenación del bien en el juicio ejecutivo en que se ha interpuesto la tercería de mejor derecho, se ha de aplicar el art. 1536 LEC, con lo cual el otro juicio ejecutivo no entrafará, por sí solo, ningún obstáculo para la satisfacción del crédito del tercerista. A su vez, mediante una interpretación amplia del art. 133, II de la Ley Hipotecaria, y supuesta la comunicación judicial indicada, tampoco debe suponer problema alguno la realización del bien en el juicio ejecutivo en que no se ha deducido la tercería de mejor derecho (20).

3. Posibilidad de que prospere la tercería de dominio basada en la opción de compra

La jurisprudencia ha establecido reiteradamente que, concedida una opción de compra, la perfección de la compraventa se produce cuando el favorecido por la opción ejercita ésta mediante la correspondiente declaración unilateral de voluntad (21). De esta doctrina jurisprudencial se deduce que el beneficiario de la opción no adquiere la propiedad del bien sobre el que recae aquélla mientras no la ejercite.

Como es sabido, uno de los presupuestos necesarios para que la tercería de dominio sea estimada consiste en la pertenencia actual del bien al tercerista. Esto significa que, para el éxito de la tercería de dominio, resulta preciso que el tercero haya adquirido la propiedad del bien trabado con anterioridad al momento en que tuvo lugar la práctica del embargo (22).

Enucleada así la cuestión, ésta no ofrece demasiadas dificultades. La tercería de dominio basada en un contrato de opción de compra está condenada al fracaso si el beneficiario de la opción no la ha hecho valer o no la ha ejercitado antes de la práctica del embar-

(16) Vid. para un supuesto no enteramente idéntico ARMENTA, *La acumulación de autos*, Madrid, 1983, p. 237.

(17) Vid. STS 22 marzo 1945 (RA 290).

(18) Hay que tener en cuenta las especialidades a que está sujeta, en estos casos, la determinación de la competencia objetiva por razón de la cuantía (art. 716, 1.º en relación con el art. 488 LEC).

(19) Vid. SSTS 30 abril 1930 (RA 908), 20 enero 1932 (RA 870), 3 enero 1935 (RA 189) y 15 marzo 1935 (RA 596).

(20) Una adecuada regulación de la concurrencia de acreedores en el proceso de ejecución singular sería el cauce más idóneo para resolver estos y otros problemas que el vigente derecho español no contempla o, si lo hace, es de modo insuficiente.

(21) Vid., entre otras, SSTS 23 marzo 1945 (RA 443), 10 julio 1946 (RA 938), 18 enero 1947 (RA 19), 22 junio 1966 (RA 3440), 7 noviembre 1967 (RA 4111), 26 mayo 1976 (RA 2366) y 4 octubre 1976 (RA 3872).

(22) Vid. en este sentido CARRERAS, *El embargo...*, cit., p. 318 y jurisprudencia allí citada; asimismo, FERNÁNDEZ, *La tercería...*, cit., pp. 353 y 379 y ss.

go. Por el contrario, dicha tercería de dominio puede prosperar si el favorecido por la opción había ejercitado la misma con anterioridad al momento en que se verificó el embargo (23), siendo necesario, claro está, que se acredite tal extremo y, además, que haya tenido lugar la tradición del bien, aunque basta la *traditio ficta* prevista en el art. 1462, II del Código Civil (24).

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, los dos embargos trabados en sendos juicios ejecutivos han sido verificados sin que previamente el favorecido por la opción la hubiera ejercitado. En consecuencia, no es viable la tercería de dominio en ninguno de aquellos procesos, y esto con independencia de que el contrato de opción de compra sea anterior a aquellos embargos, dado que tal contrato no basta, por sí solo, para fundar una tercería de dominio.

La improcedencia de la tercería de dominio en la hipótesis indicada no comporta riesgo alguno en orden a la efectividad del derecho del favorecido por la opción. No existe peligro de que la expectativa otorgada por el contrato de opción de compra al beneficiario de ésta resulte frustrada, porque, de una parte, el optante conserva su derecho frente al optatario (ejecutado) a pesar de la pendencia de ambos juicios ejecutivos, y, por otro lado, aunque la finca sea enajenada en alguno de esos procedimientos, el favorecido por la opción puede hacerla valer, según veremos en el epígrafe siguiente, frente a los sucesivos adquirentes del bien, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de cuatro años concedido a tal fin; esta eficacia de la opción de compra respecto de posteriores adquirentes deriva de la inscripción de aquélla en el Registro de la Propiedad.

En lo que se refiere a los ulteriores embargos que pueden trabarse sobre la misma finca, el ejercicio de la opción por parte del optante será suficiente para entablar con éxito la correspondiente tercería de dominio sin necesidad de que tal ejercicio de la opción

(23) En rigor, la tercería de dominio, en tal hipótesis, no podría fundarse únicamente en el contrato de opción de compra, ya que el título de adquisición, en sentido formal, estaría integrado, conjuntamente, por ese contrato de opción de compra y por el documento en que se recoge la declaración de voluntad en virtud de la cual el optante ejercita la opción, y, en sentido material, consistiría en un contrato de compraventa constituido por las declaraciones de voluntad efectuadas sucesivamente por el vendedor (concedente de la opción) y el comprador (favorecido por la opción).

(24) En el caso de que tanto el contrato de opción de compra como el ejercicio de dicha opción se hubiesen realizado mediante escritura pública, sería posible considerar, sin mayores problemas, que ha tenido efecto la tradición instrumental contemplada por el art. 1462, II del Código Civil, puesto que se habría otorgado un contrato de compraventa, aun cuando las declaraciones de voluntad constitutivas del mismo hubieran sido emitidas de forma sucesiva, y no simultánea.

acceda al Registro de la Propiedad, aunque, eso sí, resultará preciso que se lleve a cabo en cualquiera de las formas previstas legalmente para que el documento en que se recoja sea idóneo para acreditar frente a terceros que la fecha del ejercicio de la opción precede a la del embargo.

4. Prioridad registral de la opción de compra y compensación de créditos.

El art. 14 del Reglamento Hipotecario admite expresamente la posibilidad de inscribir la opción de compra. Según pone de manifiesto la doctrina (25), a pesar de que dicho Reglamento no regula los efectos de esa inscripción, ésta produce los efectos propios de nuestro sistema registral. Esto equivale a decir que la opción de compra inscrita en el Registro de la Propiedad es oponible frente a terceros adquirentes del bien sobre el que recae aquélla, de manera que el favorecido por la opción podrá ejercitarla frente a los sucesivos adquirentes del dominio del bien (26), aunque esta oponibilidad *erga omnes* sólo opera desde la fecha de la inscripción del contrato de opción de compra (arg. art. 32 de la Ley Hipotecaria).

A su vez, ni el embargo, ni la subsiguiente anotación preventiva privan al ejecutado de la propiedad sobre el bien trabado. Tampoco tiene lugar la expropiación de la facultad de disposición (27), por lo

(25) Vid. por todos ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, 7.ª ed., Barcelona, 1979, III, pp. 565-566, en cuya opinión el ulterior adquirente se subroga en la obligación personal asumida inicialmente por el propietario concedente de la opción, de suerte que no existe una carga o gravamen real de opción de compra, sino un derecho personal de opción de compra.

(26) Vid. STS 27 febrero 1950 (RA 366).

(27) Aunque esta tesis no es pacífica en la doctrina procesal española, parece que lleva camino de convertirse en predominante; vid. a favor de la misma, por ejemplo, CARRERAS, *El embargo...*, cit., pp. 118 y ss.; GUASP, *Derecho procesal...*, cit., I, p. 438; REYES MONTERREAL, *El llamado juicio ejecutivo en la L.E.C. española*, 2.ª ed., Barcelona, 1963, I, pp. 164-167; RAMOS, *Derecho procesal...*, cit., p. 1006; MONTERO, *El proceso laboral*, Barcelona, 1981, II, pp. 329-330; vid. en contra, entre otros, DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil español*, Madrid, 1951-52, II, 2.º, p. 558; HERCE QUEMADA (con GÓMEZ ORBANEJA), *Derecho procesal...*, cit., II, p. 268; harto elocuentes son las palabras dedicadas recientemente a esta cuestión por PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, cit., II, p. 676, para quien la legislación española, al utilizar vocablos tales como los de «trabar» o «traba», parece dar a entender que «el embargo llevaría consigo ante todo, la privación al deudor de la facultad de disposición sobre sus bienes y derechos», y, si bien el autor citado sostiene que un efecto de esa clase es de gran importancia fáctica, reconoce la tendencia doctrinal a la que se ha hecho referencia, indicando que «la doctrina y en parte también la jurisprudencia, empleando razonamientos de valor teórico y práctico estiman que el embargo no produce por sí limitaciones de la facultad dispositiva del deudor».

que el ejecutante puede transmitir el bien embargado a un tercero, el cual, eso sí, lo adquirirá con la carga del embargo, esto es, aquel bien seguirá sometido a la ejecución (art. 71 en relación con el art. 42, 2.º de la Ley Hipotecaria).

Realizadas las anteriores puntualizaciones, ya se puede examinar la cuestión planteada. A estos efectos, vamos a distinguir dos supuestos:

A) *La opción de compra se ejercita antes de que se produzca la enajenación de la finca en el procedimiento de apremio*

Por las razones apuntadas, el favorecido por la opción de compra puede ejercitarla frente al propio ejecutado (concedente de la opción) con anterioridad al momento de la enajenación de la finca en la vía de apremio.

En este caso, no hay inconveniente para que el optante haga valer, frente al ejecutado, la compensación pactada, puesto que concurren los requisitos exigidos por los arts. 1195 y 1196 del Código Civil (28). Pero la anotación preventiva de embargo, por ser anterior a la inscripción del contrato de opción de compra, hace que el adquirente de la finca (el favorecido por la opción) tenga que soportar la carga de aquel embargo.

B) *La opción se ejercita después de la enajenación de la finca en el procedimiento de apremio*

La inscripción de la opción la convierte en oponible *erga omnes*. No existe obstáculo, pues, para que el favorecido por la opción la ejercite frente al tercero que adquiera la finca en virtud de la subasta o mediante la adjudicación en pago. En cuanto a la compensación convenida entre el optatario (ejecutado) y el optante, dado el carácter personal de la misma (arts. 1195 y 1196), no se podrá hacer valer contra el tercero.

Dentro de este supuesto, se puede plantear un problema un tanto complejo, pero cuya solución en sentido afirmativo tiene indudable interés para el favorecido por la opción si el valor real de la finca es notablemente superior al que se fijó como precio de adquisición

(28) Sin ánimo de examinar exhaustivamente los requisitos establecidos por los arts. 1195 y 1196 CC para que tenga lugar la compensación, basta señalar que, en este supuesto, el favorecido por la opción pasaría a ser deudor principal del ejecutado, ya que estaría obligado a pagarle el precio de la venta, y, a su vez, el ejecutado continuaría siendo deudor principal del optante, en virtud de los créditos, superiores al precio de la finca, que éste ostenta contra aquél.

en el contrato de opción de compra. Se trata de determinar si cabe o no la posibilidad de que el beneficiario de la opción formule tercería de mejor derecho y, supuesto que ésta sea estimada, ejercite después la opción de compra frente al adquirente de la finca. A mi juicio, la respuesta a esa cuestión ha de ser positiva. El optante no incurriría con el comportamiento descrito en inconsecuencia alguna. Tener derecho a adquirir la propiedad de un bien no es lo mismo que ser ya propietario de ese bien. Cuando el optante interpone la tercería de mejor derecho, actúa como acreedor del optatario, y, al atribuir a éste implícitamente la propiedad de la finca, no niega ni renuncia a su derecho de opción de compra, sino que se limita a mostrar su conformidad en que se produzca un cambio de titularidad en la posición pasiva, el cual entrañará para él la consecuencia de que, si en el futuro pretende ejercitar la opción, habrá de hacerlo frente a un sujeto distinto del obligado originariamente, con los resultados negativos para el optante que ello puede comportar, cual la imposibilidad de hacer valer, respecto del tercero, la compensación de créditos pactada con el concedente de la opción.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA ALIGERACION DE LA SUBASTA *

CARLOS CIMA GARCÍA

Secretario del Juzgado de 1.ª Instancia
e Instrucción n.º dos de Oviedo

La simplificación de trámites de la ejecución singular, en la medida en que sea conciliable con una más eficaz y ventajosa venta forzosa de los bienes objeto de la misma, merece algunos comentarios, resultado de la observación directa en la práctica diaria de un Juzgado de Primera Instancia, centrándonos concretamente en el acto procesal fundamental y complejo de la vida de apremio, que es la venta forzosa mediante subasta.

Para una mejor y adecuada exposición sistemática de estas consideraciones, las agruparemos de la siguiente manera; referentes a la publicidad y anuncio de la subasta, celebración de la misma y por último a las consecuencias derivadas del acto propio del remate.

En orden a la publicidad y anuncio de la subasta, cuando ésta se refiere a bienes consistentes en frutos, semovientes o muebles, aparte de la colocación de los edictos en los sitios públicos de costumbre (que habitualmente será el Tablón de anuncios del órgano jurisdiccional que conoce del proceso de ejecución); si conforme al previo avalúo o justiprecio de los mismos éste excediere de determinado importe, se publicarán además en el Boletín Oficial de la Provincia y en un periódico de los de mayor circulación, también de la Provincia, a donde corresponda el Juzgado que tramite el correspondiente proceso, siempre que el valor fijado para los bienes objeto del apremio supere las quinientas mil o los cinco millones de pesetas respectivamente. Este criterio que proponemos es análogo al fi-

(*) Comunicación presentada a la ponencia tercera «Perspectivas para la aceleración del proceso y abaratamiento de la vía de apremio», Jornadas de Derecho Procesal del Consejo General del Poder Judicial.

jado en la redacción que del artículo 1.488 de la Ley de Enjuiciamiento Civil figura en el Proyecto de Ley de reforma urgente de ésta, ya publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales.

La publicación de estos edictos en el Boletín Oficial del Estado, debe sólo acordarse a petición de parte, siempre que el valor de los bienes revista una singular importancia, todo ello según apreciación discrecional del Juez ejecutor.

Por lo que se refiere a la subasta de bienes inmuebles se debe seguir, a mi juicio, el mismo sistema de publicidad indicado, si acaso ampliando a treinta días, el término que ha de mediar entre el anuncio y la celebración de la subasta, por las razones que luego se han de exponer en orden a la publicación en extracto de los edictos.

Conviene precisar, que en todo caso, cuando de bienes inmuebles se trate, la publicación de los edictos en el Boletín Oficial de la Provincia será obligatoria, pues obviamente, el valor de los inmuebles por regla general superará con creces las quinientas mil pesetas que se señalan como tope mínimo para dicha publicación, cuando la subasta tenga por objeto frutos, semovientes o muebles; aparte de que tradicionalmente el legislador español ha rodeado de mayores garantías, no sólo en lo que atañe a la publicidad y anuncio de la subasta cuando ésta tenga por objeto bienes inmuebles, sino también en cuanto a la posibilidad de celebración de doble y simultánea subasta de estos bienes, tal como aparece recogido en el artículo 1.502 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, donde incluso no se exige la previa petición de parte, pudiendo el Juez acordarlo según su prudente y discrecional juicio; cuando atendiendo a la importancia y circunstancias especiales de los bienes así lo requieran.

Sin embargo, tiene a mi juicio mucha más importancia, sobre todo para el abaratamiento de la vía de apremio, la reducción del contenido de los edictos anunciando la subasta. Ciertamente que eliminar la obligatoriedad de su inserción en determinados periódicos oficiales, tal como sostenemos para la publicación en el Boletín Oficial del Estado; la fijación de límites mínimos de justiprecio de los bienes para la publicación necesaria en otros, significa sin duda alguna un abaratamiento y hasta cierto punto una simplificación del procedimiento de la ejecución forzosa; pero todo ello debe ser complementado con la publicación extractada de los edictos en los Boletines Oficiales del Estado (cuando así se acuerde), de la Provincia y en los demás periódicos.

Esta inserción resumida de los edictos debe contener una simple referencia, al órgano ante el que se sustancia el proceso de ejecución; clase, número y año del mismo; designación de las partes, sin expresión de circunstancias ni referencia a los Procuradores de las mismas, descripción sucinta del bien objeto de subasta, con indica-

ción del avalúo y tipo para la misma, lugar, día y hora para la celebración del remate y fecha del edicto.

En estos edictos, se debe expresar también que todos los demás detalles y condiciones de la subasta pueden los licitadores conocerlos, mediante la lectura del edicto expuesto en el Tablón de anuncios del Juzgado o Tribunal ante el que se sustancie el procedimiento y se haya de celebrar la subasta, en el cual se precisará pormenorizadamente si se trata de primera o ulterior subasta; descripción detallada de los bienes objeto de la misma; tipo de la subasta; posturas admisibles; los distintos lotes que se formen para una mejor y más ventajosa enajenación de dichos bienes; si se trata de bienes muebles o semovientes, lugar y persona en quien se encuentran depositados o si por el contrario no lo están; en lo referente a los inmuebles, si obran títulos reseñados o presentados en autos o no constan estos, así como las cargas anteriores que pesan sobre ellos y en las que ha de subrogarse el rematante. También habrá de hacerse constar los depósitos previos que han de constituir los licitadores para tomar parte en la misma y cualquier otra condición que el órgano ejecutor considere conveniente consignar.

Los posibles y futuros licitadores podrán tomar conocimiento de todas estas circunstancias y condiciones de la subasta, mediante la lectura del edicto colocado en el sitio público de costumbre; repito que la práctica formal usual es situándolo en los Tablones de anuncios existentes en el Juzgado o Tribunal, e incluso pidiendo en la Secretaría la exhibición de los propios autos para examinarlos, al amparo del principio de publicidad que rige el procedimiento civil español, hoy de rango constitucional conforme al artículo 120 de la Constitución española actual.

Facilitar la lectura de los edictos publicados y colocados en la sede del órgano jurisdiccional y a mayor abundamiento también la del examen de las actuaciones, es lo que nos hace aconsejar el señalamiento de un plazo más amplio de treinta días a mediar entre la publicación de los edictos y la celebración de la venta pública subasta de inmuebles, por la mayor complejidad en la descripción, titulación y cargas referentes a esta clase de bienes.

En consonancia con lo sucinto del contenido de los edictos anunciando la subasta, excepción hecha del colocado en el Tablón de anuncios del Juzgado o Tribunal correspondiente y con la evidente finalidad de conseguir un completo conocimiento por los posibles licitadores, garantizando así una total ilustración de los mismos acerca de las condiciones de la subasta, se estima aconsejable que con anterioridad a efectuar por cada uno de ellos el depósito previo para tomar parte en la misma, se proceda, si alguna de las personas asistentes al acto lo pidiera, a la lectura íntegra por el Secretario del

edicto expuesto en el Juzgado, y acto seguido los asistentes harán la manifestación formal de su deseo de participar en la subasta; todo ello implica dar una nueva redacción en este sentido a los artículos 1.500 y 1.503 de la Ley de Enjuiciamiento Civil referente al desarrollo concreto de la misma.

Resulta evidente que la publicación resumida de los edictos, contribuye a conseguir la doble finalidad de abaratamiento e imprimir celeridad al procedimiento; es un hecho conocido por todos los profesionales del derecho que tengan relación con la práctica diaria de los Tribunales, lo costoso que resulta la publicación de anuncios extensos de subastas y el considerable retraso que por esta razón, entre otras, se observa en la inserción de dichos anuncios, de manera muy especial en los periódicos oficiales.

No es ajeno al legislador español actual, a la idea que constituye el eje central de esta comunicación, baste observar, la novedad que significa el aprovechar el anuncio de la primera subasta, para señalar al mismo tiempo, tipo, día, hora y sitio para la celebración de la segunda, en prevención de que la primera quede desierta o no exista postura admisible; ésta es la finalidad que con la nueva redacción del artículo 1.488 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se pretende en el Proyecto de la Ley de reforma urgente del referido cuerpo legal.

También aprovechamos esta ocasión para solicitar la reforma del artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando de la subasta de inmuebles se trate, siguiendo la pauta establecida por el artículo 131, regla quinta, de la Ley Hipotecaria, ampliando la notificación prevenida en aquel artículo, a otros acreedores posteriores, y no sólo a los hipotecarios, que constan en la certificación de cargas, a fin de que intervengan en el avalúo y subasta de los bienes si les conviniere. Indudablemente esta notificación puede dilatar en cierta medida el momento de la celebración de la subasta, pero de otra parte, protege el derecho de acreedores posteriores y tiende a evitar, lo que también es importante, la depreciación y la venta ruinosa de los bienes embargados.

Otra cuestión importante, a la que aludimos al comienzo, es la celebración propiamente del acto del remate, y en este sentido, en primer lugar, aparte de la conveniencia ya expresada de comenzar el acto con la lectura íntegra del edicto colocado en el Tablón de anuncios si alguno de los licitadores presentes lo pidiere, se debe explicitar que la consignación por parte de estos para intervenir en el mismo, pueda hacerse tanto en metálico como de otro modo, por ejemplo mediante talón bancario u otro equivalente, a juicio del Juez ejecutor, con lo que se facilita el cumplimiento de este requisito, aparte de que significaría la consagración legal de un «usus fori», generalmente admitido en la práctica diaria de los Tribunales.

Por lo que respecta a la forma de celebración de la subasta, y persiguiendo la doble finalidad de obtener el mejor precio posible de los bienes objeto del remate y al propio tiempo eliminar en la medida de lo posible el margen de maniobra de subasteros profesionales, aquélla debiera consistir en una combinación de las posturas por escrito y en pliego cerrado y las realizadas directa y verbalmente en dicho acto, así se recoge en el Proyecto de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil que da nueva redacción al artículo 1.499 de la misma, pero convendría precisar que la publicación de las sucesivas posturas comenzará por las formuladas previamente por escrito si las hubiere, continuando con las que se vayan haciendo en el propio acto, terminando el remate cuando el Juez lo estime conveniente sin mejorar la última postura. El hecho de que la publicación de las posturas formuladas por escrito se haga en primer lugar, evita sorpresas y no se perjudica la buena fe de licitadores honestos que asistan personalmente a la subasta.

Para el supuesto de que el ejecutante no solicite la publicación simultánea en el mismo edicto de la primera y segunda subasta, y hubiesen éstas quedado desiertas o no hubiere en ellas postura admisible, se debe asumir lo preceptuado en el artículo 131, regla undécima, de la vigente Ley Hipotecaria, de suerte que transcurrido un plazo que legalmente se establezca, para que el ejecutante opte por otra forma de realización y pago como la adjudicación o la entrega de los bienes en administración; el Juez sin necesidad de previa petición de parte pueda acordar de oficio segunda o tercera subasta, lo que significa conceder al mismo una especie de impulso de oficio en este orden de cosas y más acorde con la preponderancia de las facultades del Juez sobre la de las partes, que ha de caracterizar el proceso civil de ejecución.

De igual manera, si la tercera subasta quedase desierta por falta de licitadores, debe permitirse que el acreedor y no sólo el deudor como recoge para el procedimiento judicial sumario el artículo 131 de la Ley Hipotecaria en su regla doce, pueda solicitar se reproduzca esta tercera subasta sin sujeción a tipo, tantas cuantas veces lo estime conveniente y en todo caso dejarle abierta la posibilidad de que al quedar alguna de estas subastas desiertas, el ejecutante pueda solicitar la adjudicación en pago de los bienes subastados por los dos tercios del precio que sirvió de tipo para la segunda subasta, aclarando que el derecho reconocido al deudor por el párrafo tercero del artículo 1.506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil podrá hacer uso exclusivamente de él en la tercera subasta, pero no en las posteriores.

Ciertamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite expresamente la posibilidad de que el ejecutante solicite la adjudicación en

pago de los bienes objeto de la subasta, para el supuesto de que la tercera subasta celebrada sin sujeción a tipo quede desierta, pero tampoco la prohíbe expresamente, lo que ha dado lugar a prácticas contradictorias en diversos Juzgados, que conviene aclarar y uniformar, mediante la permisión del derecho a pedir la adjudicación en pago por las dos terceras partes del precio que sirvió de tipo para la segunda.

El Proyecto de Ley de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal como aparece publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de 7 de junio de 1983, no da nueva redacción al artículo 1.501 de la Ley Procesal Civil, de tal manera que quedan sin despejar las dudas que con frecuencia aparecen en la práctica, de si es posible celebrar el remate con la sola asistencia del ejecutante, aparentemente prohibida por el texto del mencionado artículo al disponer que el ejecutante puede mejorar las posturas que se hicieren que de a entender la necesidad de la asistencia de otro licitador aparte del ejecutante para que la subasta se celebre, incógnita ésta que ha generado criterios dispares en distintos Juzgados. En aras de una mejor operatividad para la realización de los bienes objeto de la ejecución y una mejor satisfacción del crédito del ejecutante, parece aconsejable la posibilidad de celebrar la misma con la sola asistencia del ejecutante, pues de no ser así, se le privaría de la posibilidad de ceder el remate a un tercero, sólo permitida cuando ésta tenga lugar y nunca en el supuesto de la adjudicación en pago, por ello con muy buen criterio algunos Juzgados celebran la subasta aún cuando comparezca sólo el ejecutante y manifieste su deseo de tomar parte en la misma, reservándose o no el derecho a ceder el remate a un tercero.

Es bien conocida, por otra parte, la frecuente asistencia a las subastas judiciales de subasteros profesionales, que merodean aledaños y pasillos de los Palacios de Justicia, con intención de intervenir en las mismas, persiguiendo finalidades agiotistas, obstaculizando la asistencia de licitadores honestos, por todo lo cual la posibilidad anteriormente expresada de que pueda intervenir exclusivamente el ejecutante en la subasta, puede constituir una saludable medida correctora de la actuación de los mencionados subasteros.

También se pueden arbitrar otros remedios para el mismo fin; así, por ejemplo, se pueden elevar y fijar unos porcentajes superiores al diez por ciento del tipo de la subasta para concurrir y participar en la misma; establecer conforme preceptúa la regla quince del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, la pérdida total de la consignación previa correspondiente al rematante, aplicándola no sólo a los perjuicios, gastos y costas, sino también el resto si lo hubiese al pago del crédito e intereses reclamados en los supuestos de las subastas en quiebra, cómodo expediente al que con frecuencia acuden los refe-

ridos subasteros, entorpeciendo la rápida y eficaz realización de los bienes subastados.

La última parte de esta comunicación la dedicamos a dos consecuencias derivadas del remate de los bienes objeto del proceso de ejecución, que son las siguientes: la posibilidad de ceder el remate y la exigencia del otorgamiento de escritura pública en el supuesto de la enajenación forzosa de inmuebles.

La reserva del derecho a la cesión del remate interviniendo el postor en calidad de poder cederlo a un tercero, supuesto contemplado en el artículo 1.499 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, constituye una novedad de ésta, que no aparece recogida en su precedente de 1855, tomada posiblemente del derecho francés, ya que según sostiene RODRÍGUEZ VALCÁRCCEL «la venta con reserva de elección de amigo o declaración de mandador, es admitida por la legislación francesa complementaria del Código de Napoleón, que no la regulaba, a pesar de responder a una técnica y una práctica muy antigua en el vecino país» (1), su finalidad es permitir fundamentalmente que el verdadero comprador por las razones que sean, no asista personalmente a la subasta y en su lugar lo haga otra persona; pero lo cierto es que la hipótesis más corriente consiste en utilizar la reserva de ese derecho como un mecanismo alargador del procedimiento de consumación de la venta forzosa, usado frecuentemente por los profesionales de las subastas, que mientras ganan tiempo para la búsqueda de un auténtico interesado en la adquisición de los bienes, haciendo de la subasta un medio de especulación, persiguiendo obtener un suculento beneficio.

Esta fórmula, que según el Profesor Miguel Angel FERNÁNDEZ (2), adquirió notable auge en España durante la época de la desamortización, si bien técnica y doctrinalmente es sostenible, el uso y abuso actual que de la misma se hace, desnaturalizando su auténtica y genuina finalidad, hace a mi juicio aconsejable su supresión para las ventas forzosas judiciales, o en otro caso, se estima preciso señalar límites temporales máximos para hacer efectiva la reserva de ese derecho.

A pesar de lo dispuesto en el artículo 1.509 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que aprobado el remate de los bienes muebles y semovientes en el mismo acto de la subasta, en término de tres días se ha de consignar el precio y entregar los bienes al comprador, por lo que obviamente entregados éstos, el adquirente no podrá ya hacer uso de aquél derecho, lo cierto es que en la práctica

(1) RODRÍGUEZ VALCÁRCCEL, *La venta con reserva de amigo*, «Revista Derecho Procesal», 1952, p. 347.

(2) Miguel Angel FERNÁNDEZ, *El proceso de ejecución*, 1982, p. 200.

la entrega de los bienes se dilata por diversas razones: exceso de trabajo en la Secretaría del Juzgado, la dilación propiciada deliberadamente por el licitador, etc., y mientras se mantiene viva la reserva efectuada de la cesión del remate.

Si esto acontece con los bienes muebles y semovientes, el problema se agrava aún más con referencia a los bienes inmuebles, dado que la «traditio» instrumental se produce por el hecho del otorgamiento de la escritura pública de venta a favor del comprador, una vez consignado el precio; por lo que unido al plazo para la consignación de este precio, el tiempo que se tarda en otorgarla puede dar lugar a que transcurran no sólo días, sino incluso meses, antes del otorgamiento de aquélla, máxime si requerido el deudor para hacerlo, el Juzgado tiene que esperar a que el rematante participe que no se ha hecho y solicitar se lleve a cabo de oficio por el Juez; con todo ello el comprador que ha intervenido en calidad de ceder el remate a un tercero, se procura cómodos plazos para hallar un verdadero comprador y obtener la consiguiente ventaja económica, dilatando de esta manera intencionadamente el apremio.

Otro remedio para evitar este retraso, puede consistir en exigir legalmente que el rematante que hubiese intervenido en calidad de ceder el remate a un tercero, designe la persona del cesionario una vez se apruebe el remate a su favor y en el mismo acto y el cesionario aceptar dentro del tercer día desde que se le requiera para ello, si así no lo hiciere quedará perfeccionada y consumada la venta y la transmisión del dominio a favor del remanente a todos los efectos. Si la mejor postura fuese formulada en pliego por escrito, no estando presente el licitador en el acto de celebración de la subasta y siempre que se hubiere reservado igual derecho, se le requerirá para que en el breve término de tres días, no sólo designe, sino que presente ante el Juzgado la persona a la cual cede el remate, produciéndose de no hacerlo así o no aceptando el cesionario los efectos anteriormente mencionados.

No parece ser ajena al legislador español esta cuestión; en el Proyecto de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vuelve a regular en sede del procedimiento de apremio esta cesión del remate a un tercero, pero en la nueva redacción que ofrece para el artículo 1.499, señala un límite temporal máximo para hacer uso de esta facultad, los quince días siguientes a la aprobación del remate, plazo que se me antoja excesivamente amplio; y de no hacerlo quedará hecha la adjudicación a su favor a todos los efectos.

Subsiste a pesar de esta nueva redacción del artículo mencionado, la misma duda que existe actualmente de si es posible ceder el remate a una sola o varias personas y que de hecho produce prácticas distintas en los diversos Juzgados. A este respecto no debe perderse

de vista que este derecho está recogido para la venta forzosa con ribetes de excepcionalidad, poco propicia para una interpretación extensiva, máxime cuando el legislador habla de tercero en singular y no terceros, por lo que me inclino a creer que la cesión del remate no puede hacerse a favor de varias personas.

La supresión del otorgamiento de la escritura de venta por el deudor en el caso del apremio sobre bienes inmuebles, puede constituir un nuevo remedio para cortar el abuso en el ejercicio del derecho que acabamos de estudiar, sustituyéndola por el auto del Juez de aprobación definitiva del remate, aceptando el criterio recogido por el legislador hipotecario en el artículo 131, regla diecisiete, de la Ley Hipotecaria, de suerte que dicho auto debidamente detallado, operaría el efecto traslativo del dominio, y el testimonio en relación de dicha resolución expedido por el Secretario con el visto bueno del Juez, constituiría título bastante para la inscripción de los bienes en el Registro de la Propiedad, siempre que en el mismo se recojan todas las circunstancias precisas para llevarla a cabo. No ofrece duda que el adoptar este criterio lleva aparejado un notorio abaratamiento y contribuye a simplificar trámites de la vía de apremio.

La autorizada opinión de GUTIÉRREZ DE CABIEDES (3), aboga por esta solución, entendiéndola juiciosamente que la escritura notarial tendrá una función meramente documentadora de una transmisión de dominio ya operada por la aprobación judicial, primero en el acto de celebración del remate y posteriormente mediante auto de aprobación definitiva del mismo una vez consignado el precio.

En otras ocasiones ya hemos tenido oportunidad de criticar la duplicidad de la intervención de dos fedatarios públicos (Secretario Judicial y Notario) (4), pues creemos sinceramente que en muchos casos no es esencialmente necesaria la segunda, dado que la existencia dentro del propio órgano jurisdiccional de un funcionario depositario de la fe pública y con facultad propia de documentación, cual es el Secretario Judicial, debe hacer innecesaria la posterior intervención del Notario, y citábamos a este respecto al lado de la enajenación forzosa, la escritura notarial de adopción y de formalización judicial del compromiso; en este último supuesto la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1962 tiene declarado, que no es necesaria la escritura notarial, como parece exigir el artículo 16 de la Ley reguladora del arbitraje privado de 22 de diciembre de 1953, que sólo haría reproducir el auto correspondiente, auténtico por sí.

(3) *La enajenación forzosa*, Pamplona, 1966, pp. 110 y 111.

(4) *Finalidad constitutiva del auto aprobando la adopción*, en «Revista Derecho Procesal», 1970, n.º 2, pp. 421 y 422.

Con todo lo expuesto, hemos pretendido poner de relieve la necesaria y urgente reforma procesal de la ejecución forzosa, que aparece regulada en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, con gravísimos defectos como afirma el Profesor MONTERO AROCA (5), modificación que no sólo ha de centrarse en la subasta, sino que debe ser ampliada a todo el procedimiento de apremio y las de muchas otras materias procesales necesitadas de ella, no siendo suficientes los retoques o parcheos legislativos como se ha venido haciendo hasta ahora, sino afrontándose una vez por todas una reforma en profundidad.

NOTAS

ARBITRAJE INTERNACIONAL: CONFIRMACION DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
Catedrático de Derecho Procesal
Abogado

SUMARIO:

1. Autos del Tribunal Supremo de 24 de marzo y 3 de junio de 1982 y 14 de enero, 10 de mayo y 17 de junio de 1983. — 2. La organización del arbitraje. — 3. Las garantías del procedimiento arbitral. — 4. El exequatur del laudo arbitral.

1. AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE MARZO Y 3 DE JUNIO DE 1982 Y 14 DE ENERO, 10 DE MAYO Y 17 DE JUNIO DE 1983

Con posterioridad a los hitos marcados por los importantes autos del Tribunal Supremo de 11 de febrero y 8 de octubre de 1981 (1), que señalaron un nuevo rumbo en materia de arbitraje internacional, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de seguirse pronunciando sobre la aplicación de los convenios internacionales en materia de arbitraje internacional suscritos por España. La verdad es que hasta el presente la interpretación de dichos textos ha sido sumamente favorable a la circulación de laudos extranjeros, superando barreras que en otros tiempos hubieran sido un obstáculo seguro a su ejecución en España. Desde luego, hay que aplaudir efusivamente esta nueva corriente jurisprudencial sumamente cuidada y elaborada jurídicamente. Tras las últimas resoluciones puede decirse que se ha consolidado la aplicación exclusiva de los criterios recogidos en los textos de los convenios internacionales al arbitraje internacional,

(5) *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1982, p. 121.

(1) Vid. JUSTICIA 1982, pág. 107 y ss.

apareciendo como definitivamente soslayados los fantasmas que derivaban de una incorrecta lectura de la ley de arbitrajes de 22 de diciembre de 1953. En estos momentos el agravio comparativo del arbitraje interno es obvio, pero ello sólo debe conducir a la inmediata modificación de la ley interna para liberalizar esta institución de los corsés que estrangulan su florecimiento en la práctica.

El texto de las nuevas resoluciones es el siguiente:

a) *Auto del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1982*

Devueltos los autos por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente.

RESULTANDO: Que el procurador don Ignacio C. P. en nombre y representación de la entidad C.F., S.A., presentó ante esta Sala escrito solicitando la concesión de «exequatur», para que tuviera debida ejecución el Laudo arbitral de fecha veinticuatro de diciembre de mil novecientos setenta y nueve por el que se condena a S., S.L. a pagar a la demandante, C.F., S.A., la suma de cien mil seiscientos noventa y ocho dólares U.S.A. intereses legales desde el primero de junio de mil novecientos setenta y nueve al fijo nueve, con cincuenta por ciento anual, las costas del arbitraje y los gastos legales, alegaba los hechos que estimó pertinentes y terminó suplicando que en su día, se dicte auto por el que se declare dar cumplimiento al laudo dictado en Ginebra con fecha veinticuatro de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, por el árbitro don Giuseppe Franchi, nombrado por la Cámara de Comercio Internacional de Ginebra.

RESULTANDO: Que por providencia de cinco de junio de mil novecientos ochenta y uno se acordó citar a S.S.L. para que compareciese ante este Tribunal, en el término de treinta días, con la prevención de que en caso de no verificarla, proseguiría el curso de los autos sin nueva citación.

RESULTANDO: Que una vez cumplimentada la carta-orden que se remitió a la Audiencia Territorial de Barcelona para que citase de comparecencia a la Entidad S., S.L., domiciliada en Burgos, se persona dentro de término en nombre y representación de dicha entidad, el Procurador don Ignacio A.F., y de conformidad con lo dispuesto en el artículo novecientos cincuenta y seis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por providencia de once de enero de mil novecientos ochenta y dos, se le concedió un término de nueve días, término que fue prorrogado por otra providencia, evacuando el trámite concedido al meritado Procurador Señor A.F., mediante escrito de fecha dieciocho de enero de mil novecientos ochenta y dos en el que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, terminaban suplicando a la Sala, dictare en su día resolución, no accediendo al reconocimiento y ejecución en España del Laudo Arbitral al que se refieren las presentes citaciones.

RESULTANDO: Que comunicados los autos al Ministerio Fiscal, éste lo devolvió, informando en el sentido que procede se otorgue al referido Laudo el placet o exequatur por las razones que alegaba.

Visto siendo ponente el Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García.

CONSIDERANDO: Que según recordó este Tribunal en auto de ocho de octubre de mil novecientos ochenta y uno, el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las «sentencias arbitrales» extranjeras, hecho en Nueva York el diez de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, con Instrumento de Adhesión de España fechado el veintinueve de abril de mil novecientos setenta y siete, utiliza dicha expresión en el sentido de resolución pronunciada por los Arbitros, ya se trate de los nombrados para un determinado conflicto, ya de los que tengan carácter permanente y a los que las partes se hayan sometido (art. 1), como también declara la estipulación correspondiente del Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y uno, con Instrumento de Ratificación Español de cinco de marzo de mil novecientos setenta y cinco, al referir al «arbitraje» a la solución de controversias tanto por árbitros designados para casos singulares (arbitraje *ad hoc*), como por instituciones permanentes de arbitraje; y si el artículo dos del Convenio primeramente citado, tras establecer que «cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica contractual o no contractual», puntualiza que «la expresión *acuerdo por escrito* denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas», por su lado el citado Convenio europeo sobre el arbitraje internacional utiliza vocablos análogos al precisar el alcance de la locución «convenio de arbitraje» (artículo uno, párrafo segundo, a), confiriendo a los interesados amplias facultades en lo concerniente a la organización del procedimiento arbitral, permitiéndoles (si no se trata de una organización permanente, que habrá de actuar con arreglo a su procedimiento específico) nombrar libremente los árbitros, señalar su número, determinar el lugar del arbitraje y «fijar las reglas del procedimiento a observar».

CONSIDERANDO: Que en el caso presente instada, por la entidad C.F., S.A., el reconocimiento y ejecución en España del laudo emitido en Ginebra el veinticuatro de diciembre de mil novecientos setenta y nueve de acuerdo con el Reglamento del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, según lo pactado por las partes para decidir los posibles conflictos en la ejecución de los contratos de compraventa de metal de bismuto de tres de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, ocho de noviembre de mil novecientos setenta y seis y veintidós de julio de mil novecientos setenta y siete, resolución aportada mediante copia debidamente legalizada por el Ministerio de Asuntos Exteriores español, cumpliendo así la exigencia de forma establecida en el artículo cuatro, primero, d) del Convenio de Nueva York, opone en primer término la compradora condenada al pago S., S.L., como causa de denegación, el haberse seguido el proceso arbitral *inaudita parte*, tramitado por lo tanto sin su audiencia; oposición que no puede prevalecer por las siguientes razones: Primera) Si bien tanto el Convenio de Ginebra de veintiséis de septiembre de mil novecientos veintisiete como el citado de Nueva York y los Tratados bilaterales cuyas disposiciones son aplicables al reconocimiento y ejecución de las decisiones arbitrales tienen previs-

to que la falta de respeto a los derechos de la defensa será causa de denegación, tal como lo proclama el artículo segundo b, de aquél («...no se procederá al reconocimiento y ejecución de la sentencia si el Juez comprobare que la parte contra la cual se invoque no ha tenido conocimiento en tiempo oportuno del procedimiento de arbitraje para hacer valer sus medios») y el artículo V, uno, b, del segundo («...que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje»), posibilidad denegatoria que el Convenio sobre arbitraje comercial internacional también ha previsto para los mismos supuestos (artículo nueve, primero, b), la prueba de tal desconocimiento por falta de notificación incumbe a la parte contra la cual se pronunció la decisión de que se trata y una excepción a esa causa denegatoria, inversión de la carga demostrativa rotundamente afirmada en el artículo cinco, primero, párrafo inicial, del Convenio de diez de junio de mil novecientos cincuenta y ocho. — Segunda) En el presente caso, lejos de haberse producido la prueba de la indefensión, aducida por la parte opuesta a la concesión del «*exequatur*» en términos dubitativos («puede que tal circunstancia sea debida al hecho de que la empresa de mi mandante dejó de actuar y actualmente se encuentra en trámite de disolución legal», dice en el párrafo final del hecho primero del escrito de oposición), en el laudo se hace constar que la apertura del proceso y la citación para la audiencia que había de celebrarse en Ginebra fue notificada a S.S.L. mediante telegrama y carta, pero ésta se devolvió con la anotación de *rehusado* puesta por la oficina española de correos», con lo que es manifiesto que la rebeldía no obedeció a la inexistencia de citación sino a la propia conveniencia de la entidad oportunamente convocada para comparecer ante el Arbitro actuante.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo de la oposición se fundamenta en pretendido defecto de consentimiento de la Sociedad compradora para la celebración de los contratos de ocho de noviembre de mil novecientos setenta y seis y veintidós de julio de mil novecientos setenta y siete, que se dicen concertados por quien carecía de apoderamiento bastante para obligar a S., S.L.; y tampoco puede lograr éxito, pues además de que ello entrañaría por parte de este Tribunal, como del foro, una revisión del fondo del auto que el Convenio de Nueva York descarta fuera del supuesto contemplado en el artículo cinco, apartado e), referente a la anulación o suspensión de la «sentencia arbitral» por la jurisdicción competente, hipótesis no acaecida, es de señalar que la sumisión al arbitraje aparece ya en el contrato básico e indiscutido de tres de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, al igual que en los posteriores, y si bien la firma que figura en éstos como del apoderado de la compradora es distinta de la estampada en el primero, el sello de S., S.L. utilizado en todos los casos es el mismo, demostración racional de la certeza del concierto de voluntades para la compraventa de un número determinado de toneladas métricas de metal de bismuto, que asimismo viene corroborada por la parcial ejecución de lo convenido, según expresa el laudo arbitral cuya ejecución se insta, todo lo cual permite deducir que si la operación no llegó a buen fin y la adquirente rechazó la recepción del resto de la mercancía objeto de los contratos, se debió a las dificultades surgidas en el comercio nacional para el tráfico de

dichas sustancias y a las que la compradora alude en su escrito de oposición.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto y cumplidas las formalidades ordenadas en el artículo cuatro del texto neoyorquino, procede de conformidad con lo dictaminado por el Ministro Fiscal conceder el «*exequatur*» postulado y en consecuencia dar cumplimiento al laudo arbitral de que se trata.

SE ACUERDA: Dar cumplimiento en España al laudo arbitral pronunciado en Ginebra por la Cámara de Comercio Internacional con fecha veinticuatro de diciembre de mil novecientos setenta y nueve para decidir la controversia surgida entre las entidades C.F., S.A. y S. S.L., domiciliada ésta en Barcelona, sobre pago de cantidad. Y al efecto líbrese certificación con los insertos necesarios a la Audiencia Territorial de Barcelona para que por el organismo judicial a quien corresponda se proceda a la ejecución de lo resuelto. Madrid a veinticuatro de Marzo de mil novecientos ochenta y dos.

b) Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1982

Devueltos los autos por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente y,

RESULTANDO: Que el Procurador Sr. de Zulueta Cebrián, en nombre y representación de la entidad «Y» solicitó *exequatur* del laudo arbitral dictado en la ciudad de Londres el 2 febrero 1979, por el árbitro único Sr. Alan, resolviendo las diferencias surgidas con motivo del fletamiento a tiempo del buque Aya T., suscrito en Montecarlo, mediante póliza firmada el 19 agosto 1977, ante la entidad que representa dicho Procurador y la también entidad mercantil Española Naviera Sociedad Anónima X, condenando a esta última a pagar a su representada la cantidad de 10.395,19 \$ USA, más 7,5 % de interés anual durante el período comprendido entre el 1 noviembre 1977 al 2 febrero 1979, así como las costas ocasionadas en relación con la sentencia arbitral, ascendente a 507 Libras esterlinas y el costo del arbitraje tasado por el árbitro en 200 Libras esterlinas, aproximadamente, 1.083.600 ptas.

RESULTANDO: Que citada la «Naviera X, S. A., Entidad Mercantil Española», compareció representada por el Procurador Sr. Puiz Pérez de Inestrosa, quien evacuó el traslado que le fue conferido por providencia de 12 marzo 1982 alegando en síntesis: Que habiéndose acordado por Providencia de 11 marzo 1982 se oiga a mi parte por término de 9 días, damos cumplimiento a lo ordenado por medio del presente escrito. En consecuencia declaramos que nos oponemos al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral dictado en la ciudad de Londres, en fecha 2 febrero 1979, por el Arbitro Sr. Alan, como se pretende de adverso y ello en base a las siguientes alegaciones: *Primero*: Falta de personalidad del Procurador contrario, Sr. de Zulueta Cebrián, por insuficiencia del poder presentado con su escrito. *Segundo*: También hemos de oponernos a la ejecución solicitada en base a lo dispuesto en los arts. 951 y 952 LEC. *Tercero*: No obstante, aunque se hubiese aprobado que el Reino Unido se había adherido al Convenio de Nueva York de 10 junio 1958, tendríamos que seguir sosteniendo

que la ejecución que se solicita no puede otorgarse a tenor de lo establecido en el propio Convenio Invocado, en su art. V-Id), que entre las causas de denegación del reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras recoge, «la constitución del Tribunal Arbitral o el Procedimiento arbitral no ajustados al acuerdo celebrado entre las partes...». *Cuarto:* También cabe señalar que otra causa impeditiva para el otorgamiento del *exequatur* radica en el cumplimiento del requisito previsto en el punto 1 a) art. IV del Convenio de Nueva York de 10 junio 1958, que exige que la parte que pide el reconocimiento y la ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado de la Sentencia. *Quinta:* Finalmente la ejecutoria en cuestión adolece de defecto de incongruencia, ya que condena a mi representada al pago de 10.395,19 \$ USA, cuando la demanda planteada por «Y» se cifraba en 10.432,79 \$ USA, como así consta en el ap. D del debatido Laudo (documentos 4 y 4 T). Terminaba suplicando se le tenga por opuesto a la ejecución interesada de contrario, dictando resolución por la que se deniegue la ejecución del Laudo Arbitral solicitado por la Entidad «Y».

Visto: siendo Magistrado Ponente el Sr. Casares Córdoba.

CONSIDERANDO: Que formulada demanda en solicitud de *exequatur* y posterior ejecución en España del laudo arbitral dictado en la ciudad de Londres en fecha 2 febrero 1979, por el árbitro único Sr. Alan, resolviendo las diferencias surgidas con motivo del fletamento temporal del buque «Aya T», convenido en Montecarlo mediante Póliza firmada el 19 agosto 1977 entre «Y» y la entidad «Naviera X SA», esta última, demandada y oponente al reconocimiento y ejecución del laudo citado, basa su discrepancia en una serie de motivos que seguidamente se exponen razonando su inestimabilidad: *Primero:* Falta de personalidad del Procurador solicitante por insuficiencia del poder presentado, afirmación que se hace omitiendo que el poder otorgado en la ciudad de Horsholm lo fue conforme a la Ley danesa, aplicable en materia de capacidad y personalidad (art. 9 CC) con observancia de la forma allí exigida de acuerdo con el principio *locus regit actum* (art. 11 CC), que al notario autorizante le fueron presentados por el poderdante según el texto de la escritura de apoderamiento «pruebas de que ostenta poderes suficientes de las sociedades que representa para otorgar las facultades contenidas» y que, en todo caso, actuando el Procurador Sr. Zulueta en representación de «Y» firma suscriptor de la Póliza e instante del *exequatur* presente, es irrelevante el tema de la representación de la Sociedad P.T. VII que el demandado plantea. *Segundo:* Falta de acreditamiento de la adhesión a las partes al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras suscrito en Nueva York 10 junio 1958, aseveración hecha, no sólo de espaldas a la citada cuenta por el demandante de la fecha de ratificación de España 29 abril 1977 —Dinamarca— 22 octubre 1972 y del Reino Unido 24 septiembre 1975 del citado Convenio aplicable al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento, sino también del criterio de amplitud en orden al reconocimiento en España de las sentencias pronunciadas en otros países, sin más límite infranqueable que el impuesto por el principio de «reciprocidad negativa» que consagra el art. 953 LEC, cuya circunstancia corre, en cuanto a su prueba, a

cargo del oponente de la objeción en ella basada frente a la postulación de *exequatur*. *Tercero:* que la falta de audiencia de «Naviera X SA», en el arbitraje tramitado en Londres, que asimismo opone la demandada, olvida que como ya expresó este Tribunal, en A. 11 febrero 1981 y 24 marzo 1982, lo que permite denegar el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral, según el art. 5-1 A del Convenio de Nueva York citado, es el que «la parte contra la que se invoca no haya sido debidamente notificada de la asignación del Arbitro o del procedimiento de arbitraje o no haya podido por cualquier otra razón hacer valer sus medios de defensa», circunstancias bien ajenas al caso presente después de la notificación del árbitro designado por la actora y emplazamiento para designar el propio que a la oponente se hizo mediante carta dirigida por conducto notarial el 10 mayo 1978, con acuse de recibo del siguiente día. *Cuarto:* Que es de igual modo inaceptable la oposición basada en la defectuosa constitución del Tribunal arbitral por no ajustarse al acuerdo celebrado entre las partes (punto 1 d) del art. V del Convenio invocado), puesto que establecido por la cláusula 23 de la Póliza uniforme de Fletamento, suscrita por las partes en litigio, que cualquier disputa que surja en relación con la misma, deberá someterse a arbitraje en Londres, nombrándose un Arbitro por los Armadores y otro por los fletadores, sometiéndose el desacuerdo a un tercer árbitro cuyo fallo será final; es patente la previsión de árbitro único tanto en la póliza de fletamento así como en el Derecho inglés en cuyo territorio se dictó el laudo, por acuerdo de las partes y a cuya Ley prevé el Convenio se ajuste el arbitraje (art. V 1, d), máxime cuando el requerimiento hecho a los Fletadores, para la designación de árbitro por su parte, fue desatendido por ellos omitiendo su elemental obligación en este punto claramente establecido en la Póliza de Fletamento, con el designio evidente de imposibilitar el arbitraje concertado. *Quinto:* La falta de formalización del contrato de arbitraje queda fuera de discusión después del texto del art. 23 de la Póliza, conviniendo la sumisión a arbitraje y de lo dispuesto en el art. 11 del tan repetido Convenio, relativamente al reconocimiento por los Estados contratantes del «acuerdo por escrito» de someter a Arbitraje sus diferencias, entendiéndose, según el propio artículo la expresión «acuerdo por escrito 'como' cláusula compromisoria incluida en su contrato o un compromiso firmado por las partes» como ya se expuso por este Tribunal en los citados A. 11 febrero 1981 y 24 marzo 1982. *Sexto:* La falta de firmeza del laudo es insostenible luego de la expresión, bajo sello del TS de Justicia, suscrita por el Oficial mayor, de que se expide en «Prosecución de la Sentencia Final» de fecha 2 febrero 1979, insostenibilidad que alcanza al argumento de incongruencia, toda vez que no puede reputarse tal, la ligerísima reducción de la cuantía económica postulada por el demandante, que el Arbitro hizo «después de haber considerado y sopesado los hechos y pruebas como corresponde», según la expresión literal del mismo en su resolución del 2 febrero 1979.

CONSIDERANDO: Que como consecuencia de lo expuesto y cumplidas las formalidades del texto neoyorquino procede de conformidad con lo dictaminado por el MF, conceder el *exequatur* solicitado y en consecuencia al cumplimiento del laudo arbitral de que se trata.

SE ACUERDA: Acceder al reconocimiento y cumplimiento en España del laudo dictado en Londres por el Sr. Alan el 2 febrero 1979 que estimó esencialmente la pretensión de la firma «Y» contra la entidad «Naviera X, SA» y condenó a ésta a pagar la suma de 10.395,19 \$ USA, más el interés de dicha suma al tipo de 7,5 % anual desde el 1 noviembre 1977 hasta la fecha del arbitraje y costas que figuren en el propio laudo, pagadero todo ello en moneda española al cambio existente el día de ejecución.

c) *Auto del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1983*

Devueltos los autos por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, y

RESULTANDO: Que por el Procurador Doña Amalia Jiménez Andosilla, en nombre y representación de la entidad R.M.N., Sociedad anónima de Panamá, presentó ante esta Sala, escrito solicitando la ejecución de la sentencia arbitral dictada en Londres con fecha treinta de junio de mil novecientos setenta y ocho, por el Arbitro Don Ralph E. Kinusley, en virtud de contrato suscrito con fecha veintiuno de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, suscrito por el hoy solicitante con la C.C. de C.I.S.L.

RESULTANDO que emplazada en forma la entidad C.C.C.I.S.L., por término de treinta días, compareció en autos en su nombre y representación el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, al que se le dio traslado por término de nueve días para ser oído, trámite que evacuó dicho procurador en el sentido de que se denegará el cumplimiento del Laudo Arbitral solicitado por R.M.N., S.A.

RESULTANDO: Que comunicados los autos al Ministerio Fiscal, éste informó en el sentido de que estimaba procedente acceder al exequatur del Laudo Arbitral referido, en la forma interesada por la representación de la entidad R.M.N., S.A., de Panamá.

Visto siendo Ponente el Excmo. Sr. Magistrado Don Jaime de Castro García.

CONSIDERANDO: Que el juicio de capacidad y su constancia documental, cuando se trata de comparecientes extranjeros, constituyen materia que el artículo ciento sesenta y ocho, regla quinta, del Reglamento notarial entregan, en primer término, a la mera ponderación del propio autorizante conocedor de la legislación foránea, sin necesidad de afirmación explícita de tal conocimiento, al igual que establece el artículo treinta y seis del Reglamento Hipotecario y a diferencia de lo dispuesto sobre el particular por el artículo noveno del Reglamento del Registro Mercantil, que sí requiere tal manifestación; razón que impone la repulsa de los pretendidos defectos en el poder *ad litem* utilizado para instar la ejecución de la sentencia arbitral extranjera de que se trata, pues el Notario ante el que se confiere expresa el juicio de capacidad para otorgar la escritura de apoderamiento por parte del súbdito griego y canadiense don S.J.V., mayor de edad y economista, cuya representación de la Compañía R.M.N., S.A., acredita al fedatario mediante instrumento traducido y debidamente legalizado, transcrito en lo pertinente en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo ciento sesenta y seis de aquella norma-

tiva reglamentaria, resultando en este caso superflua la fórmula general, no utilizada, de que «en lo omitido no hay nada que restrinja ni en forma alguna modifique o condicione la parte transcrita», ya que precisamente el poder fue conferido como especial «para —a nombre y por cuenta de la mandante— proceder en contra de la Sociedad denominada C.C.C.I., S.L., con sede en España», promoviendo a tal efecto «todas las diligencias y medidas judiciales adecuadas», lo que comporta, según advierte el Notario, la atribución de «facultades específicas para este acto».

CONSIDERANDO: Que también ha de ser desestimada la alegación, opuesta por la parte contra quien se pronunció la condena, de que la traducción acompañada a los documentos en lengua inglesa no ha sido realizada cumpliendo las prevenciones establecidas en el artículo primero, párrafo segundo, del Reglamento de trece de enero de mil novecientos cincuenta y seis para las tareas realizadas por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores; ya que el artículo cuarto, párrafo segundo, del Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho de Nueva York el diez de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, con Instrumento de Adhesión de España de veintinueve de abril de mil novecientos setenta y siete (Boletín Oficial del Estado de once de julio), depositado en la Secretaría de las Naciones Unidas el doce de mayo siguiente, tiene previsto que la versión al idioma oficial del país en que la resolución se invoca pueda ser efectuada «por un traductor oficial o un traductor jurado», como así acontece en el presente caso, ya que la lleva a cabo persona con el título de «traductor oficial e intérprete jurado».

CONSIDERANDO: Que no mayor consistencia ofrece el óbice referido a la falta de legalización de los documentos aportados, pues precisamente el Convenio concertado en La Haya el cinco de octubre de mil novecientos sesenta y uno suprime la exigencia de legalización diplomática o consular para los documentos públicos (en la amplia acepción de su artículo primero) extranjeros, que sustituye por la única formalidad de fijación de la apostilla (artículos tres y siguientes), habiendo asumido España la condición de Estado contratante por Instrumento de Ratificación de diez de abril de mil novecientos setenta y ocho (Boletín Oficial de veinticinco de septiembre del mismo año); y es manifiesto que tal requisito formal aparece cumplido en la documentación aportada por la Entidad solicitante e incluso ha sido completada a instancia del Ministerio Fiscal.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede alcanzar éxito la alegación referente a la incompetencia arbitral, que se entiende ocasionada al haber decidido el conflicto un juez de Londres, a pesar de que la sumisión no se desprende de la cláusula compromisoria, ya que su inoperancia viene impuesta por las siguientes razones: Primera) Incontestable la libertad de las partes para fijar en el Convenio la organización del arbitraje y, como uno de sus aspectos, el lugar de desarrollo del procedimiento, tal como puntualiza el artículo cuarto, párrafo primero, b), del Convenio europeo sobre el arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y uno, con Instrumento de Ratificación de España de cinco de marzo de mil novecientos setenta y cinco (Boletín

Oficial de cuatro de octubre), depositado el doce de mayo en la Secretaría de las Naciones Unidas, autonomía en la materia también presupuesta en los artículos segundo, párrafo dos, y quinto, párrafo d), del Convenio de diez de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, la cláusula veintitrés del fundamental negocio jurídico de fletamento que a las partes liga, al establecer que «cualquier disputa que surja en relación con el contrato se someterá a Arbitraje en Londres (o en cualquier otro lugar que se acuerde)», proclama con toda evidencia por su tenor literal y el inequívoco propósito que sus términos denotan, que el fuero pactado como principal fue el de Londres, del que podría prescindirse en virtud de posterior acuerdo de las partes, y no se oculta que la exégesis que la parte opositora propugna de que en todo caso sería menester el concurrente consentimiento de los contratantes para la determinación de la sede territorial, equivaldría a la total ineficacia práctica que lo pactado, conclusión por absurda refutada con básicos criterios de hermenéutica negocial; b) esa hipotética incompetencia del árbitro aparece suscitada extemporáneamente y corresponde a una etapa del procedimiento ya precluida, pues según dispone en su artículo quinto el Convenio de veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y uno (que la propia entidad Fletadora invoca en el fundamento legal tercero de su escrito de oposición ante este Tribunal) la cuestión de la incompetencia ha de ser promovida como declinatoria excepcionable «dentro del procedimiento arbitral» y al tiempo de realizar la defensa sobre el fondo, no al oponerse a la pretensión de *exequatur*; c) afirmada la competencia del árbitro, sólo vendría permitida la denegación del reconocimiento de la sentencia si la parte contra la cual es invocada «prueba ante la autoridad competente del país en que se pide la ejecución, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje», según dispone el artículo quinto, párrafo uno, d), del Convenio de diez de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, demostración no pretendida por la C.C.C.I., S.L., pues se abstuvo de todo análisis de la ley inglesa de arbitraje de mil novecientos setenta y cinco.

CONSIDERANDO: Que según tiene recordado esta Sala en Autos de ocho de octubre de mil novecientos ochenta y uno y dieciséis de marzo de mil novecientos ochenta y dos, si bien tanto el Convenio de Ginebra de veintiséis de septiembre de mil novecientos veintinueve como el citado de Nueva York y los Tratados bilaterales cuyas disposiciones son aplicables al reconocimiento y ejecución de las decisiones arbitrales, tienen previsto que el menoscabo de los derechos de defensa será causa de denegación, tal como proclaman el artículo segundo, b, de aquél («...no se procederá al reconocimiento y ejecución de la sentencia si el Juez comprobare que la parte contra la cual se invoque no ha tenido conocimiento en tiempo oportuno del procedimiento de arbitraje para hacer valer sus medios») y el artículo quinto, párrafo uno, b, del segundo («...que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje»), posibilidad denegatoria que el Convenio sobre arbitraje comercial internacional también ha previsto para los mismos supuestos (artículo noveno, uno, b), la prueba de tal desconocimiento por falta de notifi-

cación incumbe a la parte contra la cual se pronunció la decisión de que se trata y que opone tal excepción de haberse seguido el proceso sin su audiencia, inversión de la carga demostrativa categóricamente afirmada en el artículo quinto, primero, apartado inicial, del Convenio de diez de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, y de otro lado tampoco será permitido argüir indefensión con base en el incumplimiento de las formalidades dispuestas en las leyes procesales del foro para los actos de comunicación o haber prescindido de los trámites señalados en la Ley reguladora de los Arbitrajes de Derecho Privado, ya que, según entiende con todo acierto la doctrina científica, de conceptuar inserta en el orden público la Ley de veintidós de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres o aplicable el artículo novecientos cincuenta y cuatro de la de Enjuiciamiento civil, quedarían dichos Convenios convertidos en letra muerta, por cuanto bastaría al industrial o comerciante español no cooperar en la designación de los árbitros para hacer inefectiva con ello la futura sentencia, con olvido, además, de que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente, forman parte del ordenamiento interno, tal como declaran el artículo noventa y seis de la Constitución y el primero, párrafo cinco, del Código civil; todo lo cual impone desechar las objeciones de COINTER, que sin negar la recepción de las comunicaciones para que procediera a la designación de árbitro y la posterior presentación de alegaciones, trámite éste para cuya realización solicitó prórroga del árbitro actuante, aduce que las notificaciones «no se practicaron en forma legal», esto es, con sujeción a la Ley española, como también es irrelevante su alegación de que la cláusula veintitrés del contrato de fletamento carece de validez por contravenir la Ley patria de Arbitraje.

CONSIDERANDO: Que no mejor fortuna ha de alcanzar el argumento de que la sentencia arbitral no ha sido motivada, pues además de que el laudo hace relato de toda la dinámica del procedimiento y de la actividad —o inactividad— de las partes y se basa explícitamente en el «paquete de documentos presentados por los representantes de los Propietarios en apoyo de las proposiciones de reclamación», no puede desconocerse que para acordar la denegación sería indispensable la prueba de que, por su parquedad razonadora, la resolución de que se trata carece de verdadero fundamento con arreglo al procedimiento arbitral inglés (artículo cinco, apartado d), del Convenio de mil novecientos cincuenta y ocho, y octavo, b), del Convenio de mil novecientos sesenta y uno), esencial extremo rotundamente improbad.

CONSIDERANDO: Por último, que la circunstancia de no ser signataria la República de Panamá de los tan citados Convenios de mil novecientos cincuenta y ocho y mil novecientos sesenta y uno, dato en el que la parte opósta basa un motivo más para instar la denegación, tampoco proporciona un argumento válido para rechazar el *exequatur*, por más que en dicho país centroamericano tenga su domicilio la Sociedad pretendiente de la ejecución; pues si el artículo uno, párrafo tercero, de aquél ha previsto una facultad de reserva consistente en declarar el Estado en el momento de otorgar su consentimiento (firma o ratificación) que su contenido lo aplicará «al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas

en el territorio de otro Estado contratante únicamente», tal cautela no ha sido utilizada por el Estado español, que decidiéndose por la solución que autorizada doctrina califica de «opción progresiva», asume el Convenio de Nueva York (del que el de Ginebra es mero complemento, según expresa su preámbulo) sin condicionar su eficacia al supuesto o principio de reciprocidad diplomática.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto es procedente otorgar el *exequatur*, según también dictamina el Ministerio Fiscal.

Se acuerda dar cumplimiento a la sentencia arbitral dictada por el señor Ralph E. Kingsley en Londres con fecha treinta de junio de mil novecientos setenta y ocho para decidir la controversia surgida entre las entidades R.M.N., Sociedad anónima, de Panamá, y C.C.C.I., Sociedad Limitada, con domicilio en Madrid; resolución condenando a esta Compañía al pago de cantidad. Y al efecto librese certificación con los insertos necesarios a la Audiencia Territorial respectiva, a fin de que por el Juez de primera instancia a quien corresponda se proceda a la ejecución de lo resuelto. En Madrid a catorce de enero de mil novecientos ochenta y tres.

d) *Auto del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1983*

RESULTANDO: Que por el Procurador Don Rafael Ortiz de Solorzano y Arbex en nombre de «P.E.-V., S.A.», se interesó la ejecución en España del Laudo arbitral dictado en la ciudad de Nueva York en 25 de marzo de 1982, por el que se condena a pagar la suma de 6.406.341,82 dólares americanos, así como al embargo de los bienes que tiene en el Banco Exterior de España la sociedad «H.D., S.A.», acompañándose con su escrito los documentos que expresa en su escrito y el poder acreditativo de su personalidad.

RESULTANDO: Que emplazado en forma el legal representante de la entidad «H.D., S.A.» para su comparecencia en los autos, dejó transcurrir el término al efecto concedido sin verificarlo, por lo que se acordó proseguir en el conocimiento de los autos sin su intervención.

RESULTANDO: Que comunicados los autos al Ministerio Fiscal, emitió dictamen en el sentido de que no procedía acceder a la ejecución del laudo arbitral, porque el poder que presenta el Procurador don Rafael Ortiz de Solorzano, no acredita que la persona que lo otorga sea representante de la entidad mercantil en cuyo nombre dice actuar. Por otra parte tampoco consta que Don E.G.R. represente a la entidad contra la que se dirige el *exequatur*.

Siendo Ponente el Magistrado Excmo. Sr. Don José Beltrán de Heredia y Castaño.

CONSIDERANDO: Que la presente solicitud de «*exequatur*» se refiere a un Laudo arbitral, dictado por Arbitro único, en la ciudad de Nueva York, el día 25 de marzo de 1982, por el que se condena a la sociedad venezolana contra la que se dirige, que es «H.D., S.A.», a pagar a la también sociedad venezolana «P.E., S.A.» la suma de seis millones cuatrocientos seis mil trescientos cuarenta y uno con ochenta

ta Centavos, de dólares USA (6.406.341,80 \$ USA); siendo de observar, ante todo que el poder del Procurador que representa a la solicitante de la ejecución, está otorgado en el Distrito SUCRE del Estado de Miranda (Venezuela) el día 15 de junio de 1982, por el Doctor J. P. Ricci que, en declaración unilateral ante un Notario venezolano, dice actuar en su carácter de Director suplente en funciones de Presidente, de conformidad con la cláusula 21.ª del Documento Constitutivo y Estatutos sociales de la citada Compañía anónima mercantil «P.E.-V.», inscrita en el Registro Mercantil 2.º de la Circunscripción judicial del Distrito federal y Estado de Miranda, el 22 de noviembre de 1974 (n.º 75, tomo 167-A).

CONSIDERANDO: Que para la valoración del poder de referencia, es preciso tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo once del Código Civil, «las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos, se regirán por la Ley del país en que se otorgan, que según se dijo, en este caso es Venezuela; precepto que, a los efectos que aquí interesa, tiene forzosa-mente que complementarse con el contenido en el número cuatro del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo tenor «la carta ejecutoria tiene que reunir los requisitos necesarios en la Nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España». Lo cual afecta no sólo a la ejecutoria estricta, sino evidentemente al poder con el que se pide su cumplimiento, punto inicial ineludible para poner en marcha todo el mecanismo; y en el presente caso, no está acreditado que el otorgante sea efectivamente Director suplente, ni que pueda legalmente ostentar las funciones de Presidente, ni se conoce el contenido de la alegada cláusula 21.ª del Documento constitutivo de la Compañía, ni hay tampoco constancia de la inscripción registral de que se habla; nada de lo cual puede estar avalado por la fe pública del Notario autorizante que, mientras no se demuestre otra cosa, ampara exclusivamente el hecho en sí de que el otorgante manifestó lo que allí consta que, como tal manifestación, junto con su firma y la de dos testigos, es lo que el Notario autentica, pero no la veracidad intrínseca, de su contenido, ni sobre todo, si en la forma presentada se cumplen todas las exigencias de la ley venezolana para que pueda ser considerado como auténtico.

CONSIDERANDO: Que las referidas exigencias, tampoco están avaladas por las legalizaciones que figuran en la escritura poder que se limitan solamente a las firmas que en ella aparecen. En efecto: la del Director de los Registros y Notarías del Ministerio de Justicia que actúa en nombre del Ministro, afirma que «no prejuzga acerca de ningún extremo de fondo, ni de forma»; la del Ministro Consejero que lo es por el Ministro de Relaciones Exteriores, dice igualmente que «no prejuzga otro extremo de fondo, ni de forma»; y finalmente, la del Cónsul General de España, señala que «no prejuzga acerca del fondo del presente documento». Todo lo cual, de acuerdo con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal, impide acceder a la cumplimentación solicitada, por no acreditarse cuál es la legislación vigente en Venezuela al respecto y no constar su puntual observancia en la confección del Poder del Procurador que representa a la parte solicitante del «*exequatur*», al modo requerido por las leyes

españolas para que haga fe en España, debiéndose devolver la ejecutoria a la parte que la presente, según dispone el párrafo primero del artículo 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

NO HA LUGAR a la cumplimentación en España del Laudo arbitral dictado en la ciudad de Nueva York, por Arbitro único, el día 25 de marzo de 1982, por el que se condena a la entidad venezolana «H.D., S.A.», a pagar a la también sociedad venezolana «P.E., S.A.», la cantidad de 6.406.341,80 \$ USA, con devolución de la ejecutoria a la parte que la presentó. Y publíquese este auto en el Boletín Oficial del Estado e insértese en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias. — Madrid, a diez de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

e) Auto del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1983

Devueltos los autos por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente y

RESULTANDO: Que por el Procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, en nombre y representación de la entidad mercantil L.C.S. COMPANY LIMITED, se solicitó ante esta Sala Primera la ejecución en España del Laudo Arbitral dictado en la ciudad de Londres, fecha 13 de octubre de 1976, por el Arbitro único Cedric Barclay, por el que se condenaba a M.G.L., S.A., a que se abonase a la entidad hoy solicitante la cantidad de 88.057,42 dólares americanos, más el 9 % del interés anual desde el 1 de julio de 1974 al 13 de octubre de 1976, así como las costas del laudo.

RESULTANDO: Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 956 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se emplazó a la entidad Maderas G.L., S.A., para que compareciese ante esta Sala en el término de treinta días, lo que verificó en debida forma el Procurador D. Isidoro Argos Simón el cual se opuso, por las razones que alegó en el correspondiente escrito, al cumplimiento en España de la Sentencia arbitral de fecha 13 de octubre de 1976, comunicándose posteriormente los autos al Ministerio Fiscal, el cual se opone igualmente al cumplimiento en España del Laudo antes reseñado por las razones que alegó, pasando por último los autos al Excmo. Sr. Magistrado Ponente para que sometiera a la Sala la resolución que proceda.

VISTOS, siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. Don Carlos de la Vega Benayas.

CONSIDERANDO: Que son datos relevantes para esta resolución, y que en definitiva operan como fijación judicial de los hechos, los siguientes: a) según póliza (modelo «Gencon») suscrita en Madrid el día 8 de febrero de 1974 entre los armadores del buque «LUDMILA C», perteneciente a la Sociedad «L.C. Company Limited», domiciliada en Limasol (Chipre) y la empresa española «M.G.L., S.A.», de Santander, se convino el fletamento o transporte de una carga de madera desde el puerto de Corinto (Nicaragua) al de la citada ciudad española; b) entre sus cláusulas, por lo que al caso interesa, figuran el número 11 (8), parte B, que establece la responsabilidad del fletador por falso flete y la número 29, párrafo último, que en su idioma ori-

ginal dice «general average and Arbitration to be settled in London» y en la traducción oficial acompañada «avería general gruesa y arbitraje deberán ser liquidados en Londres»; c) llegado el buque a Santander el día 13 de abril de 1974, ante la insuficiencia de carga respecto de la prevista, es decir, del falso flete aludido en el contrato de fletamento, suscitose cuestión entre las partes, que en principio provocó que la sociedad española fletadora, para evitar el depósito judicial de la carga, afianzara su importe mediante aval bancario y, al tiempo, por documento suscrito en Santander, el día 13 de abril de 1974, se pactara por ellas la siguiente cláusula: «que los armadores citados del «Ludmila C» han decidido reclamar a «M.G.L.» diferencias existentes por falso flete, intereses, costas y gastos y que estas diferencias entre ambas partes deben ser resueltas, con arreglo al contenido de la Póliza de fletamento, en Londres; d) el 14 de Noviembre de 1974 la empresa armadora «L.C.S. Company Limited» notifica a «M.G.L., S.A.», notarialmente, su deseo de someter las diferencias al arbitraje, con propuesta de árbitro único, y requerimiento de que por la sociedad notificada se designara otro, lo que es contestado por el Director Gerente de M.G.L., S.A., en el sentido de que si bien está dispuesto a resolver las diferencias extrajudicialmente, ello ha de hacerse cumpliendo lo dispuesto en la Ley española sobre arbitraje, mediante escritura al efecto, al tiempo que negaba al requirente facultades representativas para el acto, por insuficiencia de su poder; requerimiento que se repite, sin contestación; e) ante esta actitud, la empresa armadora promueve en Londres el pertinente proceso de arbitraje, que es notificado, también notarialmente, a la empresa fletadora con entrega de documentos, del mismo modo que lo es por el árbitro inglés designado, respecto de sus providencias y acuerdos de citación y emplazamiento, reiterados y sin respuesta alguna, como asimismo de la designación y nombre del árbitro y comunicaciones de éste para que la sociedad demandada pudiera contestar y aportar pruebas; f) finalmente, con fecha 13 de octubre de 1976, el árbitro dicta el laudo, que también fue notificado notarialmente a la demandada, y que es el que se aporta ahora para su ejecución en España, al amparo del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, al que se adhirió España por Instrumento de 29 de abril de 1977, en relación con los arts. 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CONSIDERANDO: Que son cuatro las objeciones y excepciones que se oponen al cumplimiento de dicho laudo: una, alegada también por el Ministerio Fiscal, relativa a la insuficiencia del poder aportado por la compañía armadora ejecutante, y las tres siguientes, formuladas junto con la primera por la empresa condenada, tales son la inoperancia de la cláusula del contrato de fletamento referida al arbitraje; la existencia de rebeldía de dicha demandada en el proceso arbitral, que impide el «exequatur» y, en fin, la excepción de orden público en cuanto a la incompatibilidad con el Derecho español por el modo de designación del árbitro y de la imprecisa fórmula de la cláusula arbitral en el contrato.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la primera excepción relativa al poder de la parte ejecutante, es decir, de la Compañía «L.C.S. Company Limited» otorgado por ésta al Procurador actuante, cumple

decir que en el mismo, autorizado en Hamburgo (R.F.A.) por Notario público el día 6 de agosto de 1980, se contienen las suficientes especificaciones relativas a las partes otorgantes y de sus facultades representativas respectivas de la sociedad armadora dicha, según el Notario, bajo su fe, hace constar, incluso con la cláusula final de añadir que «estos poderes son válidos y acordes con la Ley del país en que se conceden en todos los aspectos de acuerdo con tal ley», lo cual no puede por menos que llevar a la conclusión ya establecida en reiterada doctrina de esta Sala en los Autos de 11 febrero 81, 8 octubre 81, 3 junio 82 y 14 enero 83, de estimar su validez y eficacia ante este Tribunal por la simple aplicación de los artículos 9 y 11 del Código Civil español, pues otorgado el poder en Hamburgo (Alemania) es la Ley personal de los otorgantes la aplicable (art. 9), como lo es la ley alemana en punto a la forma del contrato autorizado por Notario público en dicha ciudad; y al afirmar y certificar este funcionario, como se ha visto, la validez y concordancia con la ley del país («locus regit actum»), sería excesivo ahora exigir el cumplimiento de las circunstancias que el Reglamento Notarial español indica en sus artículos 165 y 166, evidentemente inaplicables.

CONSIDERANDO: Que en punto a la objeción que la demandada hace respecto a la titularidad del buque y beneficiario de la póliza de fletamento, que el laudo fijó en la empresa aquí ejecutante, es tema que no cabe en modo alguno dilucidar por afectar al fondo del asunto y no revisable por nuestra jurisdicción, que ha de limitarse a lo autorizado tanto por el Convenio internacional de 1958 citado como por el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que enumera los requisitos de homologación de las sentencias extranjeras, ninguno referido al fondo del litigio.

CONSIDERANDO: Que respecto a la invalidez —por su inexistencia— de la cláusula de sumisión al arbitraje, si bien es cierto que en resoluciones anteriores (Autos de 21 mayo 1971, 13 mayo 1971, 22 octubre 1970) se siguió un criterio restrictivo respecto de aquellas cláusulas que escuetamente expresaban que «el arbitraje tendría lugar en Londres», quizá porque el Convenio de Ginebra de 1927, entonces aplicable, no era lo suficientemente taxativo y no se estimaba así cumplida la ley española de 1953 respecto a la exigencia de cláusula clara de sumisión, con indicación de puntos y árbitros, también lo es que dicha doctrina debe ser revisada a la luz del Convenio vigente de Nueva York de 10 de junio de 1958, al que se adhirió España el 29 de abril de 1977 y en vigor desde el 10 de agosto del mismo año, y en el cual (art. 5-1, a) se remite la validez, en último término, de la cláusula arbitral «a la ley del país en que se haya dictado la sentencia», validez que no se puso en duda por el laudo cuya ejecución se pretende dictado en Londres, pero que tampoco, en definitiva choca con el espíritu de la ley española (arts. 12 y 14 de la Ley de 22 diciembre de 1953), dada la manifiesta claridad de la cláusula en cuestión (N.º 29 del Contrato de fletamento), que a su vez se ratifica por las partes en el documento de 13 de abril de 1974, según se transcribe en el apartado c) del primer «considerando» de esta resolución, pacto o acuerdo ratificador que confirma la voluntad clara de las partes de someter las cuestiones nacidas o derivadas del contrato al arbitraje británico, a lo que no es obstáculo el que ahora por la parte

demandada se pretenda aferrarse a la traducción que el perito da a la palabra inglesa «settled» («arbitration to be settled in London») como «liquidación» (avería... y arbitraje deberán ser *liquidados* en Londres), para fundar su tesis de que no hubo pacto de arbitraje, sino sólo de liquidación de averías, ya que la voz inglesa constituida por el verbo «settle», si bien puede indicar también «liquidar», tiene como más corrientes acepciones la de decidir una disputa extrajudicialmente («out of court»), arreglo o decisión de una diferencia, etc. («Long man Dictionary»).

CONSIDERANDO: Que esta doctrina sobre la validez y eficacia de la cláusula en entredicho es la ya fijada en los Autos de esta Sala de 8 octubre 81, 24 marzo 82 y 14 enero 1983, expresivos de que el art. II del Convenio neoyorquino de 1958, al establecer que «cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica contractual o no contractual», puntualiza luego que «la expresión *acuerdo por escrito* denotará una cláusula compromisaria incluida en un contrato o compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas», definición que se aviene, evidentemente, con lo pactado y suscrito por las partes en el contrato y documento citados y que, en consecuencia, fundan el rechazo de la objeción que se estudia.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede afirmarse que concurra aquí la circunstancia impeditiva 2.ª del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento civil para conceder el «exequatur», porque bien claro resulta que tal norma y excepción («que no haya sido dictada en rebeldía» la ejecutoria), si bien es recogida y prescrita también por el Convenio de Nueva York (art. 5.1, b), cierto es que lo hace de un modo más específico y matizado, al decir que se podrá denegar el reconocimiento de la sentencia arbitral cuando «la parte contra la que se invoca no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa», queriéndose con ello decir que no toda situación de rebeldía provoca o puede ser causa de indefensión y que es esta circunstancia la decisiva para denegar el reconocimiento y no la mera rebeldía, que puede obedecer, como es bien sabido, a la propia conveniencia o interés de la parte y que por ello no puede legitimar por sí sola su oposición posterior, que puede ser muestra, como ya se dijo en el Auto de 11 de febrero de 1981 de la unilateral y antijurídica voluntad de negarse al cumplimiento de los compromisos contraídos, con desprecio, además, de los más elementales principios del tráfico jurídico internacional.

CONSIDERANDO: Que según los datos de hecho expuestos, es decir, las reiteradas notificaciones y requerimientos dirigidos a la parte demandada, tanto por la parte ejecutante como por el árbitro designado según la ley aplicable, es claro que los presupuestos del Convenio se han cumplido y en modo alguno puede decirse que el oponente haya padecido indefensión, cuando tantas oportunidades tuvo, en tiempo y forma legal y fehaciente, para sostener sus preten-

siones, doctrina que en modo alguno puede ser enervada por la inclusión en el concepto de orden público impeditivo del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento civil, tal como ya se dijo en el Auto de 8 de octubre de 1981, ya que de hacerse así quedaría el Convenio de 1958 convertido en una letra muerta, frente a lo dispuesto respecto de su valor normativo en el artículo uno, cinco, del Código Civil y en el noventa y seis, uno, de la Constitución como ley interna de superior jerarquía, doctrina, por otra parte, ya reiterada en los A.A. de 11 febrero 1981, 24 marzo 1982, 3 junio 1982 y 14 enero 1983.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la excepción de orden público que finalmente se alega, con fundamento en el art. V, 2, b) del Convenio tantas veces citado de 1958, entendiéndose que dicho orden se contraría en el laudo en lo que respecta a la insuficiencia de la cláusula y a la designación del árbitro, contra lo dispuesto en la ley española o del foro, cumple añadir a lo ya expuesto que, conforme a la doctrina reiterada en los Autos citados, el Convenio utiliza la expresión «sentencia arbitral» en el sentido de resolución pronunciada por los árbitros, ya se trate de los nombrados para un solo conflicto, ya los que tengan carácter permanente y a los que las partes se hayan sometido (art. I), en lo que coincide con el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, ratificado por España el 5 de marzo de 1975, confiriéndose a los interesados muy amplias facultades en lo concerniente a la organización del procedimiento arbitral, a la designación de árbitros y de su número y a la determinación del lugar y «reglas del procedimiento», todo ello como muestra del mayor ámbito que el Convenio concede a la autonomía de la voluntad, e independientemente de que en el caso presente, dada la sumisión clara al arbitraje de Londres, es correcta y en nada contraria al orden público español —puesto que el Convenio forma parte de su ordenamiento jurídico, e integrado en aquél— la designación de único árbitro y procedimiento aplicable según las Leyes inglesas de 1950 y 1975 («Arbitration Act. 26 julio 1950, Parte I, y la segunda, del 25 de febrero, dictada para «dar efecto a la Convención de Nueva York de 1958»).

CONSIDERANDO: Que como consecuencia de lo expuesto es procedente otorgar el «exequatur» postulado.

SE ACUERDA DAR CUMPLIMIENTO AL LAUDO ARBITRAL dictado en Londres por el único árbitro Cedric Barclay el día 13 de octubre de 1976, por el que se condena a «M.G.L., S.A.» a pagar a «L.C.S. COMPANY LIMITED» la cantidad de 88.057,42 dólares americanos, más el nueve por ciento de interés anual desde el 1 de julio de 1974 al 13 de octubre de 1976, así como las costas del laudo. Y al efecto líbrese certificación con los insertos necesarios a la Audiencia Territorial de Burgos para que, con orden al Juez competente, se proceda a la ejecución del Laudo conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento civil. Publíquese este Auto en el Boletín Oficial del Estado y Colección Legislativa.

Así lo acordaron y firman los Excmos. Sres. del margen en Madrid, a diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y tres, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

Las principales cuestiones abordadas y resueltas por las resoluciones transcritas pueden agruparse en torno a tres temas fundamentales: la organización del arbitraje, las garantías del procedimiento arbitral y el exequatur del laudo arbitral.

2. LA ORGANIZACIÓN DEL ARBITRAJE

En este punto se reconoce una vez más el predominio de la voluntad de las partes como elemento definidor de la instauración del procedimiento arbitral. Este criterio, en las resoluciones transcritas, se refleja, entre otras, en las siguientes consecuencias:

a) La posibilidad de instaurar un arbitraje *ad hoc* o un arbitraje institucional (Auto de 23-3-1982). En el primer caso, la voluntad de las partes puede llegar incluso a fijar las normas de procedimiento a seguir, sin vinculación a ninguna ley interna, cuestión que no puede articularse como vicio de orden público (Auto de 17-6-1983). En el segundo caso, la remisión genérica al reglamento de una institución arbitral vincula a las partes en cuanto a las normas allí previstas. En ambos casos, las resoluciones jurisprudenciales, acordes con la doctrina unánimemente admitida, abogan por el más absoluto respeto a la voluntad de las partes en todas y cada una de las etapas del procedimiento arbitral.

b) La suficiencia de cláusulas arbitrales escuetas, con tal de que revelen el deseo de las partes de acudir al arbitraje. En este sentido la doctrina del auto de 17 de junio de 1983 es rotunda y progresiva. Indicar, por ejemplo, «arbitraje en Londres» es sin duda una fórmula concisa, pero que no deja lugar a dudas, al menos en cuanto a un extremo: la solución de diferencias por medio del arbitraje. El único problema que puede plantearse en la práctica es la identificación de arbitraje concreto a que se refieren las partes, cuando las opciones son varias. Como solución *a priori* habría que inclinarse por el arbitraje previsto con carácter general en la legislación del país que viene señalado como sede del arbitraje, sino concurre ningún otro elemento que exija desviar el tema a un determinado tipo de arbitraje.

3. LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

En este punto, las resoluciones comentadas son absolutamente ortodoxas en cuanto a la doctrina que mantienen y en todos los casos han adoptado la solución más progresista y más favorable al arbitraje. Se deben resaltar los siguientes extremos:

a) La rebeldía voluntaria de la parte no es ningún obstáculo para la prosecución de un procedimiento arbitral. La parte que no acude adrede al arbitraje, a pesar de haber sido citada, es la única responsable de las consecuencias que se deriven de su conducta. No pueden convertirse en letra muerta los convenios internacionales por la sola voluntad rebelde de una parte (Autos de 24-3-1982, 14-1 y 17-6-83). La propia conveniencia o interés de la parte no puede legitimar por sí sola su oposición posterior, que puede ser muestra como ya se dijo en el auto de 11 de febrero de 1981 de la unilateral y antijurídica voluntad de negarse al cumplimiento de los compromisos contraídos, con desprecio, además, de los más elementales principios del tráfico jurídico internacional (Auto de 17-6-1983).

b) Los defectos relativos a la audiencia de las partes se limitan a aquéllos específicamente previstos en los convenios internacionales y en la forma asimismo prevista (Auto de 3-6-1982), sin que puedan esgrimirse otros extraídos de la legislación interna bajo su pretexto de colisión con el orden público (Auto de 17-6-1983).

c) No es preciso que las notificaciones adopten una forma pre-determinada. Lo importante es que se practiquen y que lleguen a su destinatario de forma que pueda hacer valer sus medios de defensa. En este sentido, no puede argüirse indefensión con base en el incumplimiento de las formalidades dispuestas en las leyes procesales del foro para los actos de comunicación o haber prescindido de los trámites señalados en la ley reguladora de los arbitrajes de derecho privado (Auto de 14-1-1983). La jurisprudencia, en los casos anotados, viene considerando suficientes las comunicaciones efectuadas por correo certificado con acuse de recibo, salvo prueba en contrario de la no recepción.

d) La prueba de la indefensión o de la no recepción de una notificación incumbe a la parte contra la cual se haya pronunciado la decisión, como verdadera excepción, tal como indican el art. V, 1, párrafo primero del Convenio de New York de 10 de junio de 1958 y el art. IX, 1, b) del Convenio europeo de 21 de abril de 1961 (Autos de 24-3-1982 y 14-1-1983).

e) No es preciso que la traducción del laudo y documentos acompañados haya sido efectuada por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores, sino que es suficiente la intervención de un traductor oficial o de un traductor jurado (Auto de 14-1-1983). Incluso la Sala, plausiblemente, aporta sus propios conocimientos de idiomas o echa mano del diccionario para salvar supuestos defectos lingüísticos que pueden repercutir en la solución de las cuestiones jurídicas (Auto de 17-6-1983).

4. EL EXEQUATUR DEL LAUDO ARBITRAL

Por la vía del exequatur se ha creado la doctrina jurisprudencial de que se viene haciendo reseña en materia de arbitraje internacional. Desde el punto de vista del procedimiento de exequatur, las principales cuestiones que una y otra vez vienen aflorando se concretan en los siguientes puntos:

a) El Convenio de New York de 10 de junio de 1958 se aplica al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto a aquél en el que se pide el reconocimiento, independientemente de que dicho Estado haya ratificado el Convenio, al no haber formulado España reserva alguna de reciprocidad al tiempo de ratificarlo. La clarificación expresa de esta doctrina que efectúa el Auto de 14 de enero de 1983 era más que necesaria porque en algunas resoluciones anteriores (Auto de 11-2-1981) se habían detectado atisbos de querer aplicar la doctrina de la reciprocidad. No se puede ni siquiera acudir al criterio de la reciprocidad negativa, como insinúa el auto de 3 de junio de 1982, pues lo cierto es que el compromiso asumido por nuestro país al ratificar el Convenio es abierto, sea cual sea el tratamiento que reciban los laudos españoles en el país de origen de la decisión que se trata de ejecutar. Por lo tanto, a efectos de exequatur, basta el dato de que nuestro país ha ratificado el convenio, sin reservas.

b) Uno de los motivos, laberíntico, de oposición al exequatur que estadísticamente viene repitiéndose machaconamente en los procedimientos ante el Tribunal Supremo es el de la insuficiencia de los poderes del Procurador solicitante del exequatur, sobre todo cuando esos poderes han sido otorgados en el extranjero. En materia de poderes para pleitos se han colmado todos los formalismos imaginables hasta límites próximos al ridículo. A veces deviene más difícil el otorgar un poder correctamente para poder pleitear, que defender el fondo del asunto.

En materia de exequatur, el tema del apoderamiento procesal parecía suficientemente claro con la exacta y correcta doctrina contenida en los autos del Tribunal Supremo de 11 de febrero y 8 de octubre de 1981 y ahora confirmada también en los de 3 de junio de 1982 y 14 de enero y 17 de junio de 1983. La aplicación de la regla *locus regit actum* a poderes otorgados en el extranjero estaba en sus justos límites y no parecía que pudiesen plantearse incidentes graves en la práctica. Sin embargo, la realidad siempre tiene sus excepciones y para confirmarlas ahí está el auto de 10 de mayo de 1983, cuya doctrina es difícilmente sostenible, al menos, según los datos que la resolución aporta. Este auto, a pesar de reconocer que el derecho

aplicable a las formalidades de los poderes era la legislación venezolana, traspone los requisitos de la legislación española para, desde ese prisma, considerar insuficiente el poder. Dicha trasposición, a juzgar por los datos que se barajan, no parece legítima.

Ante todo, hay que llamar la atención sobre el hecho de que en este caso casi llega a estimarse la excepción de oficio, pues el demandado no compareció en el procedimiento de exequatur. Es cierto que la excepción la alegó el Ministerio Fiscal, pero se me ofrecen dudas de que la función del Ministerio Fiscal en un exequatur deba llevar a denunciar defectos cuyo control corresponde en exclusiva a las partes. Es obvio que la función del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos es el de velar por el cumplimiento de la legalidad, pero creo que eso se refiere precisamente al cumplimiento de los presupuestos del exequatur y no al control de los defectos de la personalidad de los litigantes. El Ministerio Fiscal en el procedimiento de exequatur no actúa como verdadera parte en sentido estricto.

Prescindiendo de la forma en que se suscita el defecto de insuficiencia del poder, el Tribunal hubiera debido zanjar la cuestión aplicando a rajatabla la regla *locus regit actum*, que, además, invoca expresamente. Lejos de ello, el Tribunal ha añadido elementos extraídos de la legislación interna española para estimar el defecto. Aquí lo que verdaderamente interesaba era examinar si el poder, tal como estaba otorgado, cumplía los requisitos de la legislación venezolana, que era la aplicable y no los de la española. Aquí no interesaba tanto saber si el otorgante del poder era o no director suplente, si podía ostentar o no funciones de presidente de la compañía, o si los estatutos de la sociedad tenían tal o cual contenido, cuanto preguntarse primero si esos requisitos eran exigibles por la ley venezolana, cuestión principal, que aparece soslayada. Se llega incluso a cuestionar la virtualidad de la función notarial para apreciar la capacidad del otorgante de los poderes (Vid., sin embargo, la doctrina correcta en el Auto de 14-1-1983). Por otro lado, la investigación del derecho extranjero aplicable, que impone al Tribunal la norma española de conflicto, es exigible a dicho órgano de oficio (art. 12,6 CC), para la cual hubiera podido recabar el concurso de la parte comparecida. La solución a que se llega, en fin, parece desproporcionada, cuando el defecto apuntado es plenamente subsanable y por lo tanto la solicitud de exequatur reproducible en cualquier momento. No había necesidad de hacer pechar a la parte con los gastos de una nueva solicitud de exequatur, máxime cuando, dado el formalismo imperante en el apoderamiento *ad litem*, resulta a veces sumamente comprometido vaticinar si el Tribunal considerará suficiente o no el poder que se utiliza.

Con todo, hay que valorar esta resolución como un dato aislado, que no puede desvirtuar la recta doctrina aplicada por la Sala en otros casos, reiteradamente. Tanto más cuanto que en este caso no puede hablarse de diligencia excesiva de la parte comparecida respecto de la cuestión planteada en el exequatur.

c) Las resoluciones anotadas son correctas en cuanto a quedar vedado el control del fondo del asunto en el procedimiento de exequatur (Autos de 24-3-1982 y 17-6-1983). En esto se sigue literalmente la norma fijada en los convenios internacionales de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales.

d) Aparece también correctamente solucionado el tema de la incompetencia del árbitro, que normalmente debe esgrimirse con carácter previo en el procedimiento arbitral y sólo excepcionalmente es admisible en vía de exequatur, según las previsiones de los convenios (Auto de 14-1-1983).

e) Por último, el posible defecto de falta de motivación del laudo arbitral sólo devendría admisible en el caso de que fuera un requisito expreso de la ley aplicable al procedimiento arbitral y existiese, en todo caso, una evidente parquedad de razonamientos (Auto de 14-1-1983).

PROCESAL CIVIL

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

SUMARIO:

1. Competencia territorial. — 2. Partes. — 3. Prueba. — 4. Sentencia. — 5. Segunda instancia. — 6. Recurso de casación. — 7. Cosa juzgada. — 8. Procesos ordinarios y especiales. — 9. Ejecución. — 10. Suspensión de pagos y quiebra. — 11. Medidas cautelares.

1. COMPETENCIA TERRITORIAL

TRATAMIENTO CORRESPONDIENTE AL FUERO DE LAS ACCIONES FRENTE AL FONDO NACIONAL DE GARANTÍA DE RIESGOS DE LA CIRCULACIÓN.

S 20 septiembre 1982 (RA 4921)

La demanda se interpuso frente a la aseguradora y frente al Fondo, compareciendo por éste el Abogado del Estado que formuló oposición haciendo valer, entre otras, la excepción de incompetencia que no fue estimada en las dos instancias, por lo que se recurrió en casación al amparo del artículo 1693-6.º.

CONSIDERANDOS: Que establecido por el núm. 6.º del art. 1693 de la L. E. Civ. en relación con la causa segunda del art. 1691 de la misma Ley, el recurso de casación por quebranta-

miento de forma fundado en incompetencia de jurisdicción, precepto interpretado, reiteradamente, por la doctrina jurisprudencial —SS. de 6 diciembre 1965, 6 y 16 junio 1972— en el sentido de referirse, únicamente, a los casos de incompetencia territorial, de cuyo generalmente prorrogable, la circunstancia, patente en el procedimiento, de que la Abogacía del Estado, parte demandada en el juicio ejecutivo en que se produjo el denunciado quebrantamiento formal, realizó un acto de aparente sumisión al Juzgado de Tuy cuando, luego de comparecer en el proceso instado frente al Fondo de Garantía de Riesgos de la Circulación, en lugar de limitarse a plantear la oportuna cuestión de competencia por declinatoria o inhibitoria, formuló oposición al mismo, no impide, ahora, la prosperabilidad de su pretensión de quebrantamiento de forma, cometido en la sentencia de instancia, al rechazar la causa de oposición del núm. 11 del artículo

lo 1464 de la L. E. Civ., esgrimida por el representante de la Administración, a la vista del argumento de que, aunque sea cierto que no pueden plantearse de oficio las cuestiones de competencia, ni abstenerse de conocer del asunto que le es sometido el Juez territorial incompetente, no lo es menos que, en el presente caso, no cabe atribuir efecto de sumisión a la conducta procesal del Abogado del Estado al oponerse en la instancia a la ejecución, en vez de interponer, escuetamente, cuestión de competencia, puesto que el acto sobre el que recayó el aparente sometimiento al Juzgado con sede distinta al de la Audiencia, está legalmente excluido de toda disposición o convención sobre el particular, conforme a los arts. 9.º del D.ley 18/64 Orgánico del Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación en relación con el art. 78-1 de la Ley de 26 diciembre 1958, séptimo del Real Decreto de 21 enero de 1925 y 69 del Regl. Orgánico de la Dirección General de lo Contencioso, atribuidores de la competencia para el conocimiento de los asuntos civiles, en que esté interesado el Fondo de Garantía, únicamente, a la jurisdicción de las ciudades sede de Audiencia y éstos son preceptos de observancia inexcusable en la instancia, ante la que se había postulado, con base en ellos y al amparo del núm. 11 del art. 1464 de la L. E. Civ., la incompetencia territorial del Juez de Tuy, ya que hay que admitir que la denuncia de incompetencia territorial, en la oposición al ejecutivo, equivale —en este caso de expresa prohibición legal de sumisión— al planteamiento de una cuestión de competencia por declinatoria que es la vía, amén de la inhibitoria, jurisprudencialmente considerada idónea para fundar, con éxito, la casación en el núm. 6.º del art. 1693 de la L. E. Civ. —SS. de 15 enero 1916, 15 marzo 1917 y 8 mayo 1934.

Que en razonamiento precedente determina el acogimiento del recurso interpuesto por la Abogacía del Estado, con la consiguiente anulación de lo

actuado en lo que se refiere al ente demandado Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación, reponiendo el proceso, inalterable y firme en cuanto al otro demandado, al instante de cometerse la falta, conforme al art. 1766 de la L. E. Civ., sin especial declaración de costas.

EMBARGO PREVENTIVO.

S 24 noviembre 1982 (RA 6928)

Se pide embargo preventivo ante el Juzgado que se crea competente por sumisión expresa —y ante el que, al parecer, pendía el pleito principal— y el demandado propone inhibitoria ante el Juzgado competente por radicación de los bienes embargados.

CONSIDERANDOS: Que para un adecuado planteamiento de la presente cuestión de competencia ocurre establecer las siguientes puntualizaciones: A) ante el Juzgado de Primera Instancia de Alcira se dedujo por Olegario M. I. que en el tráfico se denomina «Tubomar», fabricante y vendedor de muebles auxiliares en laminados plásticos y chapa, con establecimiento ambas actividades en dicha plaza de Alcira, contra Julio M. R., comerciante, con residencia y ejercicio en Miguelturra (Ciudad Real) y delegación o sucursal en Mérida (Badajoz), a fin de garantizar la deuda en que éste se halla a juicio del solicitante, por suministro de muebles de su construcción y venta y de letras de cambio que le fueron aceptadas por el deudor, que aporta; B) el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Ciudad Real propuso al de Alcira cuestión de competencia por inhibitoria fundada en el objeto de las diligencias de embargo preventivo y en ser Ciudad Real el lugar en que se hallan los bienes que se hubieron de embargar y en que efectivamente se procedió al embargo de un inmueble sito en Miguelturra; C) en la sustanciación de la competencia, el

Juzgado de Alcira, por su Auto de 19 junio 1981 mantuvo la competencia propia con base en la sumisión expresa del deudor a los Tribunales de Alcira; y, habiendo desistido de la inhibitoria el de Ciudad Real, núm. 2 en su Auto de 29 junio, recurrido dicho auto, la Audiencia Territorial de Albacete, estimando la apelación propuesta por el deudor, ordenó por el de 21 enero del corriente año mantener el requerimiento de inhibición; quedando trabada en dichos términos la presente cuestión de competencia.

Que siendo manifiesto que en los embargos preventivos será competente el Juez del partido en que estuvieren los bienes que hubieren de embargar, por así determinarlo la regla 12 del art. 63 de la L. E. Civ., el punto debatido es el de si ha existido por parte del deudor la sumisión expresa que le atribuye el Juzgado de Alcira.

Que la sumisión expresa en que el Juzgado de Alcira fundamenta su competencia se busca en las fotocopias de albaranes que, por testimonio, constituyen los folios 87 vuelto hasta el 93 de las actuaciones radicadas en dicho Juzgado y que obran en el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía allí pendiente entre las mismas partes bajo el núm. 242 de 1981 y que parece tiene por objeto la reclamación de cantidad que había de garantizar el embargo preventivo de mérito; siendo dichos albaranes, que parecen corresponder a suministros efectuados por el acreedor al deudor, de fechas comprendidas entre el 8 abril y el 14 junio 1978 y expedidos en Alcira, figurando al pie de los mismos y bajo la antefirma «recibí conforme la mercancía», en alguno de ellos una firma ilegible y no siempre la misma, y al lado de este diligenciado, e impresa, la siguiente leyenda: «Las partes contratantes se someten expresamente a la Jurisdicción de los Tribunales de Alcira (Valencia) con renuncia al propio fuero para cualquier cuestión derivada del presente contrato de compraventa mercantil».

Que la cláusula de sumisión impresa en los albaranes de entrega de la mercancía en origen a persona que no consta hallarse vinculada al comprador y deudor —como, por el contrario, ocurría en el caso resuelto por la S. de 16 febrero 1981— y que más bien parece depender del transportista, no es la renuncia clara y terminante al fuero propio que contempla el art. 57 de la L. E. Civ., por lo que debe resolverse la presente competencia en favor del Juzgado de Ciudad Real, agotándose así el objeto propio de las diligencias en que se ha suscitado, en las cuales y ya trabado el embargo del folio 101 de las diligencias de Alcira, no falta sino la anotación acordada, para su terminación.

2. PARTES

CAPACIDAD DE OBRAR PROCESAL: NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN DEL PLENO PARA LA COMPARECENCIA EN JUICIO DE UN AYUNTAMIENTO.

S 27 diciembre 1982 (RA 7983)

La Sala resolvió no admitir el recurso de apelación porque fue interpuesto con la sola autorización de la Comisión permanente y no del Pleno del Ayuntamiento.

CONSIDERANDOS: Que la sentencia que ahora se recurre falló en el sentido de tener por decaída la apelación interpuesta por el Ayuntamiento de Calviá contra la sentencia del Juzgado núm. 2 de Palma de Mallorca —que condenó a la Corporación al pago de determinadas cantidades derivadas de relaciones preparatorias contractuales con la Sociedad Anónima demandante—, decaimiento que fundó la Audiencia en que el Ayuntamiento apelante interpuso el recurso con la sola autorización de la Comisión Permanente y no del Pleno del Ayuntamiento —artículo 121, ap. i) de la Ley de Régimen Local—, sin que, además, se aportara

la ratificación de dicho Pleno, a quien corresponde la resolución definitiva, según el art. 122, 1), de la misma Ley de Régimen Local.

Que contra dicho fallo y razonamiento alza el recurrente el primer motivo de su recurso, por la vía del núm. 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ., con la denuncia de no haberse aplicado —y por ello infringido— el párr. 1) del art. 122 de la Ley de Régimen Local, texto articulado por D. de 24 junio 1955, y entenderse que la Audiencia debió tener por válida la formulación del recurso de apelación con la autorización conferida por la Permanente y que con ello estaba justificada y legitimada la personación en dicho recurso, dado el carácter urgente y el plazo perentorio de la apelación señalada por la L. E. Civ.

Que basta con lo expuesto como preciso antecedente para concluir que el tema que en el recurso y motivo se articula no es otro que un problema de legitimación procesal, es decir, referido a la capacidad de la parte para comparecer y ejercitar en un proceso las acciones o excepciones que le competen y, en el caso concreto del recurso, a la pertinente y necesaria autorización al Alcalde-Presidente del Ayuntamiento para recurrir en vía judicial ordinaria, tema que atañe a la personalidad —en dicción legal— o legitimación «ad processum», y que no puede tener ni tiene otro cauce para ser revisado en casación que el recurso de esta clase por quebrantamiento de forma —S. 17 mayo 1963— y no el previsto para el de infracción de ley, tal como aquí indebidamente se hace por la vía del núm. 1.º del art. 1692, cuando debió hacerse, se insiste, por la del núm. 2.º del art. 1693 de la Ley Procesal, aunque, también, por otro lado fuera inviable según lo declarado en sentencia de 18 diciembre 1962, expresiva de que tal precepto es aplicable en los casos en los que se acuse a la sentencia recurrida haber reconocido indebidamente a la parte personalidad procesal, pero no cuando le es negada.

LEGITIMACIÓN PASIVA. LITISCONSORCIO NECESARIO.

S 8 julio 1982 (RA 4223)

Se demanda pretendiendo las declaraciones y condenas necesarias para hacer efectiva la cesión del derecho de socio en una cooperativa de viviendas, dirigiéndose la demanda contra los cedentes, prescindiendo de la cooperativa.

CONSIDERANDOS: Que la cuestión, que es esencia de la litis entablada, referente a la validez o nulidad de la meritada cesión de los derechos de socio cooperativista de la Cooperativa Mártires de Cardeña, celebrado entre don Francisco M. C. y su esposa doña M.ª de los Angeles P. R., socio el primero de tal Cooperativa, y don Abilio M. S., extraño con relación a tal Cooperativa, no solamente afecta a dichos cedente y cesionario, sino también a la propia «Cooperativa Mártires de Cardeña», tanto como entidad colectiva cuanto a su carácter representativo de los socios que la integran y de los derechos que éstos puedan representar en relación con la cesión pretendida realizar por el tantas veces mencionado socio cooperativista, don Francisco M. C., lo que determina que para quedar adecuadamente formado el debate jurídico originador del presente recurso, a fines de decidir sobre la validez o nulidad de la cesión objeto de controversia, habían de ser demandados no exclusivamente el cesionario, sí que también la «Cooperativa Mártires de Cardeña»; al mantener un evidente interés legítimo creado por pretender integrar a un cesionario extraño como socio cooperativista a espaldas de la referida Cooperativa, sin contar con ésta y con los derechos que les corresponden a los demás socios conforme a las normas estatutarias, y dando origen de reconocerse sin su intervención la validez de la tan repetida cesión, a un pronunciamiento judicial inejecutable de no acceder vo-

luntariamente la expresada Cooperativa a integrar como socio cooperativista al invocado cesionario, desde el momento que no le vinculan pronunciamientos judiciales declarados sin su intervención en el procedimiento y que le afectan directamente, al implicar vulneración del esencial principio de derecho de que nadie puede ser privado de sus derechos sin ser oído y vendido en juicio —SS., entre otras, de 2 febrero 1928, 10 enero 1945, 28 febrero 1955— con la consecuencia de que subsistan los derechos del que no fue parte, al no poderse declarar en las sentencias derechos ni imponer deberes que afecten a personas no intervinientes en el juicio —SS. 22 enero 1908 y 3 abril 1956.

Que lo expuesto en el precedente, unido a la circunstancia expresada de que la demanda inicial a los fines de pronunciamiento sobre la validez de la cesión de derechos de socio cooperativista en cuestión, de que en definitiva penden todos los pronunciamientos instados por las partes, haya de proponerse válidamente por el cesionario don Abilio M. S. no solamente contra el cedente don Francisco M. C. y su esposa doña M.ª Angeles P. R., sino también contra la «Cooperativa de viviendas Mártires de Cardeña», produce la situación de litis consorcio pasivo necesario, fórmula recogida en algún Código procesal reciente, disponiendo que «cuando la decisión no puede pronunciarse más que frente a varias partes, éstas habrán de accionar o ser demandadas en el mismo proceso» (artículo 102 del Código italiano de procedimiento), que es también la adoptada por esta Sala en sentencias, entre otras, de 27 junio 1944, 19 noviembre 1946, 31 diciembre 1949, 22 mayo 1953, 5 julio y 8 noviembre 1954, 27 octubre 1955 y la más reciente de 7 febrero 1981, como racional y obligada consecuencia de la naturaleza de la relación jurídico-material controvertida impeditiva de que pueda pronunciarse una decisión con referencia a las varias personas, físicas o jurídicas, que pue-

dan estar interesadas en la relación jurídico-procesal objeto del proceso, y la resolución que haya de recaer al cance a derechos y obligaciones que les afecten, a uno de ellos no interviniente, y concretamente, como en el presente caso ocurre, por imponerle esa actuación conjunta, al tratarse de relación jurídica inexcusable.

Que la apreciación de la situación de litis consorcio pasivo necesario lleva a casar la sentencia recurrida, aun sin precisión de que haya sido alegada ni sirva de soporte a los motivos en que se basa el presente recurso, puesto que como tiene declarado esta Sala, en sentencia de 29 mayo 1981, reiterando otras anteriores, la defectuosa constitución de la relación procesal y consorcio necesario, por ser materia de orden público procesal, no sólo puede estimarse de oficio, sino que es obligado hacerlo en cumplimiento del deber de cuidar que el litigio se ventile entre todos los que puedan ser afectados.

LEGITIMACIÓN. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.

S 5 diciembre 1982 (RA 7460)

Los actores pretendieron la resolución de un contrato de compraventa, la restitución de la finca objeto del mismo e indemnización de daños, resolviéndose en segunda instancia no entrar en el fondo porque no se había demandado a un tercero que aparecía en el contrato como obligado al pago del precio.

CONSIDERANDOS: Que es doctrina reiterada de esta Sala, que el respeto a los principios jurídicos de veracidad de la cosa juzgada y de la necesidad de oír y vencer en juicio a quien en él pudiera ser condenado o a quienes pudiera afectar de forma directa los pronunciamientos a recaer, exigen la vocación al proceso de cuantos pudieran verse afectados por la resolución

definitiva, produciéndose la situación de litis consorcio activo o pasivo necesario, sin que la circunstancia de que el actor pueda traer al procedimiento a las personas individuales o jurídicas que crea conveniente, le releve de convocar a aquellas que tengan un evidente y legítimo interés en impugnarla y puedan ser afectadas por el fallo a dictar, SS. de 25 enero 1963, 17 abril 1968 y las más recientes de 17 junio 1981 y 15 abril, 8 y 17 julio 1982, y es por ello por lo que los Tribunales no deben pronunciarse sobre cuestiones afectantes a quienes, no obstante no haber sido llamados a juicio, sean extensivos a ellos los efectos de la cosa juzgada, en virtud del nexo que les une a las partes, o porque figuren como sujetos de la relación jurídico material deducida en el proceso, cuestión que, por afectar al orden público, puede y debe ser apreciada de oficio, como ya dijeron las SS. de 29 mayo 1981 y 9 marzo 1982.

Que como acertadamente se establece en la sentencia impugnada, del simple examen del contrato prescindiendo de su calificación jurídica, se patentiza del contenido de las estipulaciones a que se refieren los incisos a), b) y c) de la cláusula primera del suscrito entre las partes en 8 septiembre 1973, no solamente que el pago del precio fue directamente asumido por la entidad Promotora, S. A., como resulta de los dos primeros incisos, sino muy concretamente del tercero, que contiene una facultad específicamente atribuida a tal sociedad, para el caso de que el demandante no hubiera abonado las cargas a las que se hace referencia, en el plazo de dos meses, para que aquella pudiera hacerlo, trayendo dichos importes de los pagos pendientes de abonar por Promotora al señor E.; pacto que implica la atribución a tal empresa de derechos y obligaciones en la vida del contrato, cuya resolución se pretende, y que, a la vista de la doctrina jurisprudencial antes transcrita, exige la presencia en el pleito de la misma al afectarle tan-

to las peticiones resolutorias del contrato en el que tuvo tal intervención, como las de reintegro de la finca vendida, por ella adquirida directamente de los aparentes titulares, a virtud de escritura pública anterior en la iniciación del proceso, razonamientos que abocan al perecimiento de los motivos que integran ambos recursos, con la obligada secuela de la condena a los recurrentes al pago de las costas causadas, de acuerdo con lo normado en el art. 1748 de la Ley Procesal, y sin que haya de hacerse pronunciamiento sobre el depósito, que por innecesario no fue constituido.

3. PRUEBA

CARGA.

S 20 diciembre 1982

Las dos sentencias de instancia absuelven al demandado para indemnización por responsabilidad civil derivada de los daños causados por un incendio, por entender que la causa de éste sólo probablemente, pero no con total seguridad, le es imputable al demandado.

CONSIDERANDO: Que apoyada en tal resultancia fáctica, se denuncia por la Compañía aseguradora recurrente, subrogada en el lugar de «Tipograf» en virtud del pago de la indemnización, y al amparo del núm. 1.º del art. 1692 de la Ley Procesal Civil la infracción por no aplicación de los arts. 1902 y 1903 del C. Civ. y jurisprudencia que lo interpreta, por entender que las sentencias de instancia desconocen la doctrina legal aplicable al caso de litis al cargar sobre el perjudicado, que es simplemente víctima pasiva en su patrimonio, la prueba de la existencia de culpa de quien utiliza en su provecho el material almacenado altamente combustible —artículos de goma, plástico y cartuchos en gran cantidad—, cuando es al titular de di-

cho almacén al que corresponde acreditar la inexistencia de culpa por su parte, motivo que debe estimarse a la luz de la doctrina expuesta en el primer considerando pues no demostrando que el resultado dañoso se debiere a caso fortuito o fuerza mayor, es manifiesto que debe atribuirse a culpa de la entidad demandada recurrida, pues la realidad puso en evidencia que las disposiciones y medidas adoptadas para prever y evitar el daño producido por el incendio resultaron insuficientes y que no se hallaba completa la diligencia exigible atendidas las circunstancias concurrentes y sobre todo la facilidad de combustión de los géneros almacenados; sin que, en consecuencia, sea admisible la fundamentación de las sentencias de instancia que atribuyen al perjudicado la carga de probar que los referidos daños en la nave de la sociedad «Tipograf» fueran originados por acción u omisión de la entidad «Aguirre, S. L.», propietaria de la nave en la que se inició el incendio, pues, precisamente, la progresiva doctrina citada impide, en casos como el presente, aplicar el sistema subjetivista de la culpa por operarse un desplazamiento de la prueba que impone al creador del riesgo la demostración de su diligencia o de la existencia del caso fortuito o la fuerza mayor; doctrina la expuesta que lleva aparejada, igualmente, la estimación del segundo y último del recurso con apoyo en el mismo ordinal, denuncia la no aplicación del art. 1104 del C. Civ., pues resulta manifiesto, a la vista de lo argumentado, que la entidad demandada omitió el cuidado y previsión que las circunstancias exigen.

VALIDEZ DE LA EXCLUSIÓN DE UN MEDIO DE PRUEBA POR ACUERDO DE LAS PARTES.

S 5 noviembre 1982 (RA 6529)

Las partes habían convenido, en el documento privado en que se pactó el

préstamo, que el pago sólo podría probarse por recibo firmado por el acreedor en ese mismo documento.

CONSIDERANDOS: Que en el primer motivo del recurso, al amparo del ordinal 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ., se acusa por el recurrente, actor en el litigio, la violación del art. 1281 párr. 1.º, del C. Civ. y de la doctrina legal sancionada por las sentencias de esta Sala que cita, concretando haber incidido la sentencia recurrida en la vulneración de dicha norma al no haber atribuido a una de las estipulaciones contenidas en el documento privado de 21 mayo 1976 en que la demanda se fundamenta el alcance que, según su tesis, sólo era dable deducir de su literal contexto, en el sentido de que el pago de la cantidad de 700.000 ptas. que el actor referido figuraba prestando al demandado sólo podía acreditarse mediante «recibo firmado a continuación de este documento por aquél —se refiere al prestamista, aquí actor— o quien legalmente le represente», imponiéndose la desestimación del motivo al ser inexacta la única aseveración que le sirve de apoyo, como se deduce del análisis de todo lo que «literalmente» consigna el meritado documento privado, que si bien es cierto estatuye, de una parte, que el cobro no pueda acreditarse por prueba testifical y, de otra, expresa que «a tal objeto —de acreditar el cobro— será válido recibo firmado a continuación de este documento por aquél —el acreedor— o quien legalmente lo represente, no proscribire en forma alguna la posibilidad de utilización para acreditar el saldo de la deuda de los elementos probatorios a que se contrae la preceptiva contenida en el artículo 1215 del C. Civ., pues la única referencia en sentido prohibitivo de su operancia lo es respecto a la prueba testifical, a lo que es de añadir que, por impero de lo ordenado en el artículo 1244 de nuestro citado código, tal prueba será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente

prohibida, precepto inderogable por voluntad de los particulares y que, por ende, hace incidir el convenio que desconociéndolo estipulen en la categoría de los «contrarios a las leyes» que el art. 1255 del repetido cuerpo legal establece como valladar a la libertad de pacto.

Que el decaimiento del primer motivo del recurso acarrea la precedente desestimación del segundo en que, con idéntico amparo del núm. 1.º del artículo 1692 de la L. E. Civ., se acusa la violación del art. 1255 del C. Civ. y de la doctrina sancionadora por la jurisprudencia de esta sala que cita, pues teniendo por fundamento la aseveración de que el único medio hábil para acreditar el salto de la deuda a que la litis se contrae era el recibo firmado a continuación del documento por el acreedor, prescinde de que, como ha quedado razonado al analizar el aludido primer motivo, tal saldo podía demostrarse por otros elementos probatorios, lo que en realidad ha sucedido como lo demuestra lo argumentado en las consideraciones de la sentencia del Juzgado y las de la Audiencia ya que, tanto una como otra Sentencia, atienden preferentemente para llegar a las conclusiones que establecen al significado de un talón bancario, por importe de 700.000 ptas., extendido por el deudor a favor del acreedor, actor y recurrente, y aunque es cierto conjugan este elemento probatorio con la resultancia de declaraciones de testigos, no obtienen de estas declaraciones el primordial fundamento de su fallo, denotando ello, por demás, la ilicitud del pacto en que, en términos absolutos, se trata de proscribir la operancia de una prueba como la testifical, privando a los Tribunales de la facultad de apreciarla conjuntamente con otras, cuando la ley no la prohíbe.

Que a igual consecuencia desestimatoria ha de llegarse en lo que respecta al tercero y último motivo del recurso, ya que la violación del art. 1091 del C. Civ. que acusa, al amparo del

ordinal 1.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento, vuelve a reiterar los argumentos que sirvieron de apoyo a los dos que le preceden, en orden a conceder a las estipulaciones contenidas en el documento privado de 21 mayo 1976 un alcance de que carecen, pues aunque se admitiera como válida la prohibición de la prueba testifical al efecto de justificar el pago, lo que no dice dicho documento es que tal pago no pueda demostrarse por otros elementos probatorios, ni que la apreciación del alcance de dichos elementos probatorios pueda hacerse por el Tribunal sentenciador en la instancia conjugándola con la resultancia que, también, ofrezcan las declaraciones de algunos testigos.

4. SENTENCIA

CONGRUENCIA.

1) S 22 diciembre 1982 (RA 7977)

La actora había pretendido, alternativamente, condena al pago de una determinada cantidad en concepto de renta o condena, en concepto de indemnización de daños, al pago de la cantidad que percibía como renta anual del nuevo arrendatario. Las sentencias de instancia condenaron en concepto de indemnización, pero fijando el límite de cuantía de ésta con arreglo al criterio que el actor había fijado para el caso de que se condenara al pago en concepto de renta.

CONSIDERANDOS: Que razonado por ambas sentencias de instancia de manera uniforme que las relaciones jurídicas que vinculaban a las entidades litigantes durante el año 1977 respecto de la explotación por la demandada del Hotel Mency, propiedad de la demandante, no se basaban en un contrato de arrendamiento de industria que fue el existente hasta 31 diciembre 1976, sino en una situación de hecho, constitutiva de incumplimiento

de contrato y generadora de una obligación de indemnización de daños y perjuicios de la demandada, tendente a evitar un enriquecimiento injusto, no impugnadas tales conclusiones en este recurso es claro que el pronunciamiento primero de ambas sentencias se refiere a esta indemnización y que en cuanto a ella el suplico de la demanda, según se deja transcrito, concreta la suma debida atendiendo a «la cantidad que dicha Corporación pública (la actora) hubiera percibido de «Entursa», según dichas resultas probatorias y por el expresado año conforme a la cláusula tercera del contrato de arriendo entre la actora y «Entursa» (folios 122 y 123 de los autos) al que se remite el suplico de la demanda, y no obstante esta pretensión claramente deducida, la sentencia recurrida condena a la demandada al pago de la suma de 7.953.640 ptas., que según expresamente detalla al final del tercero de sus Considerandos es la base mínima de la suma «que, por el concepto de renta, le abono la demandada en el año precedente 1976»; con lo que evidentemente se altera lo pedido, al basarse para determinar la indemnización en un concepto al que la actora no alude en el suplico, y ello hace incidir a la sentencia recurrida en el vicio de incongruencia que acusa el recurso en su motivo segundo, al amparo del artículo 1692, núm. 2.º, de la L. E. Civ., al denunciar la violación del art. 359 de la misma Ley Procesal, y así lo corrobora: a) la inoperancia de la alteración o modificación que se introduce en el escrito de conclusiones de la demandante, si bien se remite al resultado de las pruebas, ya que como ha declarado reiteradamente esta Sala incide en incongruencia la sentencia que se atiende a las modificaciones en trámite de conclusiones a las modificaciones —SS. de 1 julio 1949 y 6 noviembre 1959—, pues la sentencia no puede hacerse cargo de peticiones formuladas en el escrito de conclusiones, según se deduce de otras sentencias —entre ellas la de 15 marzo 1934—; b) aunque

no se solicita en el primero de los apartados del suplico de la demanda que la suma por daños y perjuicios se determine en su caso en ejecución de sentencia y la sentencia así lo acuerda, lo mismo que la de primer grado, este dato no implica incongruencia, toda vez que dada la complejidad del punto litigioso y la petición de la parte ello no permite fijar cantidad líquida en la sentencia, en cuanto que, como ya se indicó, el suplico se remite a la estipulación tercera del contrato de arrendamiento entre la actora y la nueva arrendataria del Hotel Mency, donde se fija la renta en un porcentaje de los ingresos brutos que se mencionan y una suma mínima por diversos conceptos, que puede o no verse sobrepasada, según la cuantía de aquellos ingresos, lo que únicamente es susceptible de determinar en ejecución de sentencia, según se ha permitido para casos análogos al debatido por esta Sala —sentencia, entre otras, de 26 mayo 1976—, y claramente se dispone en el art. 360 de la L. E. Civ., que cuando hubiere condena de daños o perjuicios y no fuese posible fijar su importe en cantidad líquida, ni las bases con arreglo a las cuales ha de hacerse la liquidación, se hará la condena a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en ejecución de sentencia, sin señalamiento de suma mínima, puesto que no se refiere a ella el suplico de la demanda en su ap. a), sin perjuicio de lo que en trámite ejecutivo resulte de las pruebas practicadas.

Que según lo razonado es procedente la estimación del motivo segundo, donde se acusa la infracción del artículo 359 de la L. E. Civ. a través del núm. 2.º del art. 1692 de la citada L. E. Civ., ya que el fallo en su ap. 1.º concede una indemnización basada en concepto distinto del pedido en la demanda, cuya determinación cuantitativa no obedece a las mismas circunstancias y datos, sino a otros diferentes; y la estimación del mencionado motivo lleva consigo no ser necesario el examen

de los motivos primero y tercero, pero no así de los motivos cuarto, quinto y sexto, relativos al segundo de los pedidos de la demanda, que se examinan a continuación.

2) S 17 diciembre 1982 (RA 7697)

El actor había pedido la declaración de nulidad de los acuerdos adoptados en asamblea general de una cooperativa y la Sala declaró la nulidad de la Asamblea.

CONSIDERANDO: Que no mejor fortuna habrá de alcanzar el tercer y último motivo, amparado en el ordinal tercero del art. 1692 de la L. E. Civ. y en el que se alega que «la sentencia recurrida otorga más de lo pedido por los demandantes en su escrito de demanda, cuando los actores en su demanda y naturalmente en el Suplico de la misma piden exactamente: que sea declarada la nulidad, ineficacia e improcedencia de los acuerdos adoptados en los puntos segundo de la convocatoria (proclamación de don Engracio P. B. como Presidente de la Cooperativa y Caja Rural) y tercero de la misma (aportación obligatoria de 15.000 pesetas para adquisición y amortización de servicios cooperativos y revocándolos y dejándolos sin ningún valor y efecto); pero los demandantes no piden que se decrete la nulidad de la Asamblea General Extraordinaria, que es una de las declaraciones contenidas en el fallo de la sentencia recurrida», motivo éste que, sin perjuicio de su defectuosa formulación, al no citar como infringido el art. 359 de la L. E. Civ. ni el concepto en que lo ha sido, omisión parcialmente suplida al hacer una alusión al precepto en el desarrollo del motivo, habrá de ser rechazado, ya que, como tiene declarado esta Sala, «el principio de congruencia obliga a que exista concordancia entre lo pretendido y lo resuelto; pero no exige que el juzgado tenga que pronunciar su fallo ajustándose rigurosamente a los términos literales en que están re-

dactadas las pretensiones de las partes, sino que por el contrario el fallo ha de acatar la esencia de lo solicitado, en conexión con los antecedentes del hecho y razonamientos jurídicos expuestos por los contendientes en los escritos iniciales del pleito» —S. de 28 noviembre 1974—, y el «ajuste del fallo a las pretensiones y a los hechos discutidos no ha de ser literal sino sustancial y razonable y siempre sobre la base del respeto absoluto a los hechos pueden los Jueces aplicar la norma que estimen adecuada como respuesta jurídica correcta, entendiéndose que esto es extensivo a las naturales, lógicas y necesarias derivaciones del tema planteado que conduzcan a la más fácil efectividad del fallo», por lo que, habida cuenta que los actores fundan su demanda en la nulidad de la convocatoria de la Asamblea General de 13 mayo 1979, por no haber sido convocada en forma legal, parece evidente que la sentencia que además de acordar, de conformidad con lo solicitado por los actores, la nulidad de los dos únicos acuerdos incluidos en el orden del día y adoptados en la Junta, decreta igualmente la de la Asamblea General extraordinaria en la que tales acuerdos se tomaron, no hace sino proveer sobre un extremo íntimamente relacionado al pedimento, del que constituye un antecedente natural y una derivación lógica y necesaria, por lo que no puede entenderse que incurra en incongruencia, debiendo, en su consecuencia rechazarse el motivo en el que la misma se denuncia.

3) S 12 noviembre 1982 (RA 6540)

La sentencia declara la nulidad del contrato cuando en la demanda se había pedido, literalmente, la resolución del mismo.

CONSIDERANDO: Que en el primer motivo del recurso, formulado por el cauce del núm. 1 del art. 1962 de la Ley de Enjuiciamiento, se denuncia incongruencia de la sentencia recurrida

con las pretensiones oportunamente deducidas, infringiendo por violación del art. 359 de la propia Ley, con base en que lo pedido en la demanda inicial del procedimiento de que trae causa estas actuaciones, fue la resolución del contrato celebrado entre las partes litigantes en enero de 1972 —del que no existe constancia en los autos pero cuya realidad es reconocida por los interesados— mientras que la sentencia que ahora se impugna lo que decreta es la nulidad del mismo, que no fue solicitada, por lo que en decir del recurrente se ha estimado una acción que el actor no ejercitó; alegato, que carece de fundamento, siendo obligada la desestimación del motivo en que se contiene, porque si bien es cierto que son distintas la acción de resolución y la de nulidad, no es menos cierto que según el art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento, lo que debe contener toda demanda es una exposición sucinta y numerada de los hechos y los fundamentos de derecho, fijando con claridad y precisión lo que se pide y la persona contra quien se proponga, sin necesidad de expresar la clase de acción que se ejercite, lo que sólo se requiere, a tenor del párr. 2.º, cuando por ella se determine la competencia —condicionante que aquí no entra en juego— de acuerdo con lo cual la doctrina jurisprudencial de este T. S. ha declarado reiteradamente que la naturaleza de la acción ejercitada no se califica tanto por la invocación que se haga en la demanda de una norma legal, como por los hechos alegados y lo pedido en la súplica, no siendo preciso determinar la acción bastando que se deduzca de la relación de hechos y fundamentos de derecho, sin que vincule al Juzgador la calificación de las acciones que haga el litigante pues aquél es competente para precisar en cada caso la utilizada, pudiendo dar al contrato litigioso una configuración jurídica distinta basándose en los hechos presentados por las partes, todo ello como consecuencia del principio «iura novit curia» —SS. de 8 marzo 1912,

7 noviembre 1914, 9 diciembre 1940, 21 abril 1942, 4 junio 1943, 3 mayo 1944, 26 enero 1945 y 9 diciembre 1948, entre otras muchas—, habiendo llegado incluso a contemplar casos similares al presente, especialmente en las SS. de 22 marzo 1900 y 7 noviembre 1931, diciendo que no hay incongruencia cuando se acuerda la rescisión aunque se pidiera la nulidad, si las alegaciones se dirigen a pedir aquélla; y en el supuesto que se examina, es visto que la pretensión del en su día demandante, aquello que real y verdaderamente pide, es que se declare la invalidez y consiguiente ineficacia del contrato de compraventa celebrado en 1972, con la inevitable restitución de la cosa y del precio, según los preceptos de los artículos 1303 y 1308 del C. Civ., con apoyo en el hecho acreditado en autos de que su consentimiento se dirigió a la adquisición de un coche concreto provisto de la reglamentaria tarjeta para poder prestar el servicio de transporte de viajeros, de la que aquél resultó carecer, vehículo que, por otra parte, nunca perteneció a la empresa «Canarias Express, S. L.» que figura como otorgante de unos poderes, en 1966 y 1967 en favor del vendedor que éste utilizó para la venta, pero referidos a otro coche cuya tarjeta se intentó, sin conseguirlo, traspasar al realmente vendido; por lo que no es que se trate de resolver un contrato que no llegó a tener vida jurídica, por falta de consentimiento, sino de instar su nulidad, al modo proclamado por el Tribunal «a quo», en perfecta congruencia con lo solicitado.

5. SEGUNDA INSTANCIA

PRONUNCIAMIENTO SOBRE EXTREMO NO APELADO.

S 23 noviembre 1982 (RA 6556)

La Sala de la Audiencia completa la sentencia de primera instancia con la

condena al pago de intereses, cuando el actor, aunque apeló, habla desistido ulteriormente, compareciendo sólo como apelado.

CONSIDERANDOS: Que la relación contractual entre las partes litigantes, de la que traen causa estas actuaciones, se inició el 26 enero 1978, en que la entidad demandada (ahora recurrente) formuló a la actora (hoy recurrida) un pedido de confección de cierres de escotillas para la cubierta de un buque que se construía en Valencia, con condiciones que fueron aceptadas, respecto de la fecha de entrega (8 abril del mismo año), precios determinados y una penalidad, por retraso, del 2 por 100 semanal que podía llegar a un máximo del 10 por 100, aplicable sobre la totalidad del pedido; la facturación se hizo después de recibido el material, aunque con retraso, el día 11 julio también de 1978, librándose dos giros por importe de 2.594.530 ptas. que no fueron atendidos, dándose lugar con ello a que se interpusiese la demanda el 20 marzo 1979, en la que se reclamó la condena al pago de dicha suma con intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial, a lo que se opuso la demandada que, a su vez, reconvinó alegando el pago anterior de determinadas cantidades a cuenta, la inclusión impropia de otras y la compensación por aplicación de la cláusula penal establecida, cayendo sentencia del Juzgado de 1.ª instancia núm. 3 de los de Bilbao de 10 marzo 1980 por la que, estimando en parte, tanto la demanda como la reconvencción, se condena a la demandada al pago de 1.850.434 ptas., sin costas, diciendo expresamente en el Considerando 8.º que «la demora justifica el devengo de intereses» como, según se dijo, fue solicitado en la demanda, pero sin contener pronunciamiento alguno, al respecto, en el fallo propiamente dicho, lo que quiere decir que no condenó al pago de los intereses.

Que contra dicha resolución apelaron ambos litigantes, si bien la deman-

dante (ahora recurrida) desistió del recurso que inicialmente formuló, personándose en concepto de apelada, sin adherirse tampoco a la apelación, que quedó interpuesta sólo por la demandada (hoy recurrente) lo que procesalmente significa un aquietamiento y conformidad de aquélla, con la parte dispositiva de la sentencia de primer grado; no obstante lo cual, la sentencia de la Audiencia que es objeto de recurso en este trámite, que revoca parcialmente la anterior, en el también Considerando 8.º declara que «en atención a lo prevenido en los arts. 1101 y 1108 del C. Civ., la entidad demandada estará obligada a indemnizar a la actora, en atención a los perjuicios causados por su demora, el interés legal de la cantidad que se fija en la parte dispositiva de esta resolución desde el momento de la interpelación judicial» y de acuerdo con ello, se condena a la demandada-apelante (recurrente en casación) a que se satisfaga a la demandante-apelada (recurrida en este trámite) la cantidad de 1.845.402,20 pesetas, «así como los intereses legales de dicha suma desde la fecha de la interpelación judicial»; punto, este segundo sobre el que, como se vio, estaban conformes ambas partes, con la sentencia del Juzgado pues una se aquietó con su no exigencia y la otra con la no satisfacción, por lo que el tema no fue discutido en apelación, implicando una auténtica «reformatio in peius» en perjuicio del demandado-apelante (ahora recurrente) que, de acuerdo con la reiterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, incurre en el supuesto del núm. 3.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento, porque si bien las Audiencias, al conocer de la apelación, pueden resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito, lo es sólo, en cuanto la sentencia del Tribunal inferior no haya sido consentida por las partes en alguno de los extremos objeto de debate, según proclamaron, entre otras muchas, las SS. de 22 febrero 1949, 14 octubre 1952, 14 diciembre 1957 y 13 mar-

zo 1961, porque en definitiva, vendría a darse más de lo pedido; todo ello, al modo como se denuncia en el motivo primero, que debe ser estimado, procediendo, sin necesidad de entrar a examinar el segundo que también se formuló, la estimación del recurso en su totalidad, casando y anulando la sentencia recurrida, sin que sean de apreciar méritos que permitan hacer una declaración especial en cuanto a las costas causadas en este trámite, ni en cuanto al depósito, que no fue constituido, al no ser conformes de toda conformidad las dos sentencias de instancia.

6. RECURSO DE CASACION

POR INFRACCIÓN DE LEY: CONTROL DE LA CONSTRUCCIÓN DE PRESUNCIONES.

S 30 septiembre 1982 (RA 4931)

La Sala concluye la copropiedad de una edificación en base a que, siendo los litigantes copropietarios del solar por iguales partes, uno de ellos construyó sobre más del 50 % de la superficie y a que la evacuación de aguas se realiza a través del resto del solar.

CONSIDERANDOS: Que para analizar y revisar la conclusión impugnada es conveniente traer a colación, por su evidente influjo en el juicio lógico subsiguiente, el importantísimo dato de que el Juez de Primera instancia había fijado como probado el hecho de que el demandado —recurrente ahora— había construido a sus únicas expensas del edificio en cuestión, fijación que obtuvo mediante la prueba documental, consistente en recibos y certificaciones de obra, adverados en juicio por sus firmantes como testigos, antes suministradores y operarios de la obra.

Que es doctrina reiterada y conocida que, si bien la estimación de las presunciones compete y está atribuida al Tribunal de Instancia, no por ello el

juicio que suponen está excluido del control de este Tribunal, quien podrá revisarlo en los casos en los que las consecuencias que se obtengan por ese medio sean absurdas, lógicas o inverosímiles —SS. de 23 octubre 1957, 6 noviembre 1963, 25 enero 1966— o el enlace entre el hecho demostrado y el deducido no sea preciso y directo —SS. de 16 marzo 1966, 24 mayo 1972, etcétera—, circunstancia negativa que es la que sin duda alguna puede apreciarse en el caso que se debate y ahora se resuelve, porque en verdad no parece lógico ni razonable afirmar y concluir que por el hecho de que un copropietario construya sobre más de la mitad de un solar, copropiedad por esa cuota de dos condóminos, se transfiera inmediatamente la copropiedad al otro, sin más, es decir, sin discriminación o determinación —como la sentencia impugnada no hace— probatoria del origen o procedencia personal del gasto y gestión en la obra, o bien sin resolver los problemas jurídicos que esa construcción puede originar (accesión, por ejemplo: arts. 360 y siguientes del C. Civ.—, necesitados de previa concreción y dilucidación, y que el actor o condómino que se estime perjudicado, o no consultado como copropietario (art. 397 del C. Civ.), puede plantear, en relación con el tema de la buena o mala fe o de su compensación por concurrencia de ambas en las partes, ello sin contar con la dificultad jurídica y de hecho de estimar existente una extralimitación físicamente concretada cuando la concepción de la comunidad en nuestro Código es, como es sabido, la de cuotas ideales o abstractas, que sólo se concretan con la división y adjudicación proporcional, de donde la poca lógica consecuencia de atribuir a la construcción en más de la mitad del solar una inferencia como la combatida, que se basa improcedentemente en asignar al condómino reclamante —implícitamente— la propiedad de esos metros como integrantes de su mitad concreta, que no es tal mientras no se divida.

Que las mismas razones, «mutatis mutandi», pueden aplicarse al otro dato del que parte la sentencia impugnada, es decir, al hecho de que «el sistema de evacuación de excretas de la construcción utiliza el resto del solar supuestamente del actor» para atribuir lo construido a los dos condóminos, pues que en su caso dicho sistema de evacuación más bien vendrá impuesto por la situación y conjunto de solar y edificio y dependiente del acuerdo de los condueños del solar, sin relación necesaria alguna con el dominio de dicho edificio, so pena de concluir absurdamente, por supuesto, en un modo de adquirir la propiedad por razón de vecindad o servidumbre; razones, por tanto, que llevan a la estimación de los dos motivos estudiados.

POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FALTA DE EMPLAZAMIENTO.

S 20 septiembre 1982 (RA 4920)

Se interpuso demanda de juicio ejecutivo en base a una póliza de préstamo frente al fiador solidario y la herencia yacente y desconocidos herederos del deudor, dictándose sentencia de remate en rebeldía de la herencia yacente, que no había sido emplazada como tal.

CONSIDERANDOS: Que según criterio generalmente seguido en la práctica y aceptado por la doctrina y la Jurisprudencia como adecuada solución a los problemas que plantea, la herencia en situación de yacente, puede figurar como término subjetivo de la relación jurídica-procesal y por lo tanto ocupar la posición de demandada, en cuanto masa o comunidad de interesados, en relación con el caudal hereditario, a la que, sin ser verdadera persona jurídica, se otorga transitoriamente y para fines limitados una consideración unitaria, según señaló la sentencia de 21 junio 1943, lo que conlleva la necesidad de la citación edic-

tal de los desconocidos herederos, a no ser que la representación de aquella haya sido otorgada al albacea por el testador (art. 901 del C. Civ.) o exista administrador —SS. 9 febrero 1970 y 14 mayo 1971—, como acontece en los supuestos contemplados por los artículos 1.020 y 1.026 de dicho Cuerpo legal o se haya promovido juicio sucesorio (arts. 1.008 y 1.098 de la L. E. Civ.).

Que en el caso presente la demanda ejecutiva ha sido interpuesta por la Caja Insular de Ahorros y Monte de Piedad de la Gran Canaria dirigiéndola en primer término contra «la herencia yacente y demás desconocidos causahabientes de don José P. R.» y además contra don José Miguel P. L., en el preciso concepto de contratante fiador interviniente en la póliza de crédito constitutiva del título para la pretendida ejecución; en debida consonancia con lo cual la actora instó en el cuarto otrosí la «citación de remate a la herencia yacente» efectuándola «por medio de edictos de conformidad con lo establecido en el art. 1460 de la L. E. Civ.».

Que a la luz de tales antecedentes es manifiesto que no se trata de acción ejecutiva entablada contra uno de los coherederos como responsable solidario y por entero de las deudas del causante a tenor del art. 1.034 del C. Civ., sino de reclamación dirigida a la comunidad hereditaria, cuyo llamamiento al proceso por medio de edictos, accediendo a lo en tal sentido postulado en la demanda, acordó el Juzgado mediante auto de 2 de diciembre 1980, pero no consta la realización de lo proveído acaso porque la citación interesada se creyó ociosa una vez que en el testamento abierto de 1.º abril 1971 don José F. R., después de legar a su esposa ahora recurrente doña María del Rosario L. G. «el usufructo universal y vitalicio de todos sus bienes, del que será detráida la cuota viudal usufructuaria», instituyó «por su único y universal de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuras en pleno dominio, a su indicado hijo

José Miguel P. L.», lo que permitió a éste efectuar la comparecencia en las actuaciones «por sí y como heredero y para la herencia de don José P. R.», según manifiesta en su escrito de 3 marzo 1981.

Que el primer motivo del recurso, y en puridad el único relevante pues los otros tres son simple manifestación o aspecto de la omisión básica, se formula al amparo del número 1.º del art. 1693 de la Ley Procesal y denuncia la violación de lo dispuesto en los artículos 1459 y 1460, en relación con el 270 y 266 y siguientes de la propia normativa; alegación que ha de prosperar, pues si a la falta de emplazamiento en la primera o segunda instancia de las personas que hubieran debido ser citadas para el juicio, con el quebrantamiento consiguiente de las formas esenciales, equivale la inexistencia de la citación de remate del recurrente —SS. de 8 junio 1965, 6 marzo 1975, 2 marzo 1982—, no puede dudarse que al haberse prescindido del llamamiento edictal solicitado por la entidad accionante y ordenado oportunamente por el Juez, se ocasionó vulneración trascendental de forma y el desconocimiento de un principio esencial del procedimiento (el de audiencia bilateral, conforme al brocardo nemo inauditus damnari potest), dificultando la intervención en el debate, por lo pronto, del cónyuge supérstite, heredero forzoso aunque su legítima haya sido pagada mediante legado, o de otros posibles interesados, tanto más que tampoco consta que el mencionado testamento rija la sucesión del causante y que si bien la viuda no puede ser condenada al pago del pasivo de la herencia y menos aún imponerle una responsabilidad ultra vires, es preciso que sea convocada al litigio en que se reclamen deudas contra el haber hereditario de su consorte, por tener un interés directo en el mismo, al poder ver mermado el contenido de su cuota usufructuaria —S. de 28 octubre 1970—, lo que excluye la posibilidad de que el hijo —demandado nominatim en su

concepto de fiador y no en otro— asuma válidamente por su unilateral manifestación referida la representación voluntaria de la herencia.

7. COSA JUZGADA

SENTENCIA QUE LA PRODUCE CUANDO SON DOS LAS QUE SE PRONUNCIAN SOBRE LO MISMO CONTRADICTORIAMENTE.

S 6 diciembre 1982 (RA 7462)

El causante de la actora había obtenido la declaración de su propiedad sobre una casa al triunfar en una tercera de dominio. La actora, en cambio, fue vencida en proceso posterior al reivindicar esa casa y otros inmuebles como parte de la herencia de su causante. Interpone por fin una nueva reivindicatoria, que fue desestimada en ambas instancias por apreciarse la cosa juzgada producida por el segundo proceso.

CONSIDERANDOS: Que en cuanto al motivo tercero, de examen previo a los primero y segundo por razones de economía procesal en cuanto procede su estimación, se apoya en el núm. 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ. al entender quien recurre se ha infringido por violación el art. 1251, párr. 2.º, del C. Civ., infracción que se produce al dar la resolución impugnada valor de cosa juzgada a la dictada el 20 abril 1970 en el juicio de menor cuantía que se indica en el ap. D) del anterior Considerando, en lugar de otorgar dicho efecto a la que se pronunció en el de tercera reseñado en el parágrafo C) del mismo Considerando.

Que al estimación del motivo tiene como principales fundamentos: 1.º El hecho acreditado de que sobre el edificio indicado en el ap. B) del primer Considerando de esta sentencia se han pronunciado dos resoluciones contradictorias a la vez que definitivas y firmes: la de 16 enero 1965 que declaraba el mismo propiedad de don Anselmo

V. A., causante de la hoy recurrente; y la de 20 abril 1970 que confirmaba la dictada en primera instancia el 6 marzo 1969, desestimatoria de la demanda y, consiguientemente rechazaba la acción reivindicatoria ejercitada al estimar que la actora no acreditó debidamente su título sobre los bienes reivindicados entre los que se encontraba la casa en cuestión; 2.º De dicho dato, reconocido por la sentencia impugnada en su segundo Considerando, resulta una clara y patente diferencia temporal entre ambas resoluciones correspondiendo la precedencia histórica a la dictada en el juicio de tercería, de tal modo, que desde el punto de vista sustantivo-procesal la pronunciada en el juicio de menor cuantía el 16 enero 1969 y confirmada el 20 abril 1970, carecía de eficacia en cuanto a la tantas veces citada casa al existir respecto de ella una patente situación de «res iudicata» material; 3.º La argumentación ofrecida en el Considerando cuarto de la sentencia impugnada para justificar su decisión en favor de la sentencia de 20 abril 1970, centrada en «...que nada le impedía a doña Dolores C. T. conseguir antes de deducir la correspondiente demanda, la declaración de firmeza de la sentencia dictada en el de tercería de dominio o incluso conseguirla después, justificándolo así a lo largo de cualquiera de las dos instancias del pleito a fin de que bien el Juzgado, bien la Sala, tuviera oportunidad de apreciar de oficio una cosa juzgada que no llegó a tener existencia en tiempo hábil...», no puede servir de fundamento al fallo impugnado porque: a) La circunstancia de existir una sentencia definitiva y firme previa a la de 20 abril 1970 se indicaba ya en la demanda, y el propio Tribunal «a quo» la pone de relieve en el segundo Considerando al declarar «que para nosotros no ofrece duda de que debe prevalecer la sentencia recaída en el juicio de menor cuantía núm. 94 de 1968...»; b) Siendo actora en dicha litis la hoy recurrente, el mecanismo del proceso la impedía alegar a título de

excepción la cosa juzgada; c) La firmeza de la resolución dictada en el juicio de tercería de dominio no se operó hasta el 21 enero 1969, lo que hacía imposible que el Juzgado de 1.ª Instancia pudiera haberla tomado en consideración aun cuando lo hubiese intentado.

Que a su vez y partiendo siempre de los presupuestos fácticos que se dejan sentados en el primero de estos Considerandos, resulta indiscutible en este caso la importancia del («Prius in tempore» que respecto del disfrute en cuestión) ofrece la sentencia dictada el 16 enero 1965 frente o ante la de 20 abril 1970, lo que unido a que como es reconocido por la doctrina científica y jurisprudencial, la cosa juzgada material cuando es notoria su existencia como acontece en el presente supuesto y en cuanto afecta al inmediato fin del proceso así como a la seguridad jurídica y al prestigio de unos órganos estatales, los jurisdiccionales, pertenece a la esfera del derecho público debiendo en consecuencia ser apreciada «ex officio» por los Tribunales —SS. de 3 febrero 1961, 1 julio 1966, 17 diciembre 1977, 10 noviembre 1978 y 11 noviembre 1981—, conduce a que no sea siempre necesario que la cosa juzgada se alegue por vía de excepción, bien que cuando así se hiciere ha de ser por el cauce del núm. 5.º del art. 1692 de la L. E. Civ., según constante doctrina de esta Sala.

8. PROCESOS ORDINARIOS Y ESPECIALES

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE ASAMBLEA DE SOCIEDAD COOPERATIVA: PLAZO DE CADUCIDAD.

S 30 diciembre 1982 (RA 7986)

La pretensión de impugnación fue estimada en la instancia. La sentencia se recurre en casación, alegándose por primera vez en ésta la caducidad.

CONSIDERANDOS: Que el primero de los motivos formulados por la Cooperativa recurrente se apoya en que el Tribunal «a quo infringe por violación los arts. 37 del C. Civ., 27 núm. 2 de la Ley General de Cooperativas de 19 diciembre 1974 y 54 núm. 2 de su Reglamento de 16 noviembre 1978, así como la doctrina aplicable que cita, fundando su argumentación en que la demanda fue presentada después de transcurridos los 40 días que los citados preceptos de la indicada Ley y Reglamento establecen, razón por la cual estima que la acción ha caducado.

Que referido motivo ha de prevalecer: I) Porque al igual que acontece con el art. 68 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, el plazo de 40 días que fijan los arts. 27 núm. 2 de la Ley General de Cooperativas y 54 núm. 2 de su Reglamento, es de caducidad; II) Desde el día de celebración de la Junta en cuestión hasta la presentación de la demanda han transcurrido 49 días; III) En el instituto de la caducidad el cómputo de plazos es fatal, comprendiéndose tanto los días hábiles como los inhábiles; IV) Como tiene declarado esta Sala, a diferencia de lo que acontece con la prescripción la decadencia de acciones y derechos puede apreciarse de oficio —SS. de 5 julio 1957; 23 enero 1960; 10 abril 1961; 31 octubre 1978; etc.—; V) En consecuencia, aun cuando la misma aparezca indicada por vez primera en este recurso dado que la Cooperativa recurrente no la alegó en su contestación a la demanda, ello no puede constituir una «quaestio nova» a los efectos del número 5.º del art. 1729 de la Ley Adjetiva, en cuanto, como queda indicado, puede apreciarse sin necesidad de excitación procesal de parte siempre que aparezca clara como acontece en el presente supuesto.

JUICIO EJECUTIVO: EFECTOS SOBRE EL DECLARATIVO POSTERIOR DEL CUMPLIMIENTO VOLUNTARIO DE LA SENTENCIA.

S 2 noviembre 1982 (RA 6518)

Rechazada como inadmisibile, en el juicio ejecutivo, la defensa de nulidad del contrato por usurario, se pide que se declare tal cosa en proceso posterior con las especialidades de la Ley de Usura.

CONSIDERANDOS: Que el juicio declarativo del que directamente dimanan estas actuaciones es, a su vez, consecuencia del ejecutivo relatado pues en él, al oponerse a la demanda ejecutiva, los entonces demandados (ahora recurrentes) alegaron, entre otras, la excepción de nulidad del préstamo que la motivó, al amparo de la Ley de 23 julio 1908, por estimar que era usuario con base, sobre todo, en que además de las cantidades figuradas en el primitivo contrato, de las que se hizo mención, el mismo día de la firma se entregó en efectivo (mediante talón bancario) la cantidad de 96.000 ptas. que debían considerarse como intereses adicionales a los pactados e incluíbles en la normativa del párr. 2.º del art. 1.º de la citada ley especial, pretensión que fue desestimada en el ejecutivo, por aplicación de lo dispuesto en el art. 12 del mismo texto legal a cuyo tenor «para entender de las demandas en que se pide la nulidad de los contratos a que se refiere esta Ley, serán competentes los Juzgados de primera instancia, cualquiera que sea la cuantía del préstamo y se tramitarán los litigios según las reglas del procedimiento vigente, en relación con su cuantía...»; debido a lo cual y empleando los mismos argumentos, se interpuso la demanda del declarativo que tiene fecha de 10 marzo 1977 que fue desestimada por la sentencia de primer grado de 2 mayo 1979, en atención, exclusivamente, a que los entonces demandantes (ahora recurrentes) se habían aquietado con la primitiva reclamación crediticia en el anterior juicio ejecutivo, no estando por tanto en condiciones de replantear el asunto en vía declarativa, por aplicación de

los arts. 3.º y 4.º de la Ley de 1908, según la interpretación de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, a partir de las sentencias de 12 junio 1918 y 14 julio 1928.

Que este razonamiento de la sentencia de primera instancia, aceptado en la forma que se dirá por la ahora recurrida, es impugnado por el recurso en los motivos 4.º y 5.º que, habida cuenta su naturaleza y alcance deben ser examinados con precedencia a los demás; en ellos se utiliza respectivamente la vía del núm. 1 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento para denunciar aplicación indebida de la doctrina legal contenida en las mencionadas sentencias de 12 junio 1918 y 14 julio 1928 y del núm. 7 del mismo precepto procesal, para alegar error de hecho en la apreciación de la prueba en que se dice incurrió el Juzgador, ninguno de los cuales es susceptible de estimación; en efecto: en apoyo del primer alegato (motivo cuarto) se dice que la demanda del juicio declarativo se interpuso un año antes de efectuarse el pago total del capital prestado por lo que no puede sostenerse que existiese aquietamiento, ni conformidad, previos a dar cumplimiento del contrato de préstamo, lo cual se quiere aseverar en el motivo quinto aduciendo, para cumplir el mandato legal al respecto, diversas actuaciones judiciales relativas a las fechas de interposición de la demanda del juicio declarativo, de la ejecución de la sentencia del ejecutivo y del consiguiente pago por los prestatarios de aquello a que fueron condenados en éste, las cuales se dicen constatadas por la diligencia del Secretario judicial, diligenciamiento que, según constante doctrina jurisprudencial de este T. S., carece del indispensable requisito de autenticidad a los específicos fines de la casación civil, pero que además, por sí solo no demuestra lo contrario de lo declarado por el Juzgado que se refiere al aquietamiento de la parte y cumplimiento por ésta de lo debido, ya que admitiendo la certeza de aquellas fechas,

está fehacientemente acreditado que cuando se inicia el ejecutivo, los deudores habían pagado voluntariamente más de la mitad de la deuda (principal e intereses) y a su vez, al iniciarse el declarativo (10 de marzo de 1977) aquél continuó su tramitación terminando, como se dijo, con la plena satisfacción de la acreedora (2 mayo 1978), lo que tuvo lugar antes de que recayese la Sentencia del Juzgado en el declarativo que es de 2 mayo 1979, momento en que el Juzgador no podía adoptar una resolución confirmatoria de la nulidad del contrato, instada por quienes en aquella fecha se habían ya avenido al cumplimiento del mismo en su totalidad, y ello, porque consta en autos que dichos deudores no utilizaron el medio que les permitía el art. 13 de la ley especial, a cuyo tenor «el ejercicio de la acción de nulidad no detendrá la tramitación del juicio ejecutivo sino después de verificado el embargo de bienes», el cual tuvo lugar con la admisión de la acción ejecutiva, cuya tramitación no se suspendió sencillamente porque no se solicitó, pudiendo haberse hecho, revelando un aquietamiento procesal con todas sus consecuencias (pago de la totalidad de la deuda) al modo como proclamaron los Juzgadores de instancia, que impide la prosperabilidad de la pretendida nulidad.

RETRACTO ARRENDATICIO RÚSTICO: NORMAS QUE RIGEN EL RECURSO DE CASACIÓN.

S 17 julio 1982 (RA 4251)

En juicio de retracto arrendaticio rústico se interpone recurso de casación amparándolo no en las causas establecidas por la Ley de Arrendamientos rústicos, sino por la LEC.

CONSIDERANDOS: Que la naturaleza pública de la relación jurídico procesal y el carácter vinculatorio y no dispositivo de la normativa reguladora del procedimiento, imponen obligada

observancia de los preceptos que lo encauzan, sustraídos de ordinario a la libre iniciativa de las partes una vez que ha sido instaurado el proceso mediante el derecho potestativo de la acción, y en este sentido una doctrina jurisprudencial reiterada tiene declarado que en virtud de su carácter las disposiciones que gobiernan la actividad procesal son de imperioso acatamiento por los Tribunales y los contendientes, sin que su infracción pueda entenderse convalidada por aquietamiento o consentimiento alguno, ni aquéllas sustituidas o modificadas por la voluntad expresa o tácita de las partes —SS. 16 abril 1958, 24 enero 1963, 23 noviembre 1966, 14 junio 1972 y 31 marzo y 5 octubre 1973, entre otras—, por lo que su cumplimiento puede ser examinado de oficio por pertenecer a la esfera del derecho necesario —SS. 26 noviembre 1963, 6 junio 1964 y 8 y 19 junio 1965.

Que en el caso presente contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza desestimando la demanda de retracto en tablada por quien aduce la condición de aparcerero, preparó el actor recurso de casación «al amparo de lo dispuesto en los arts. 132 de la L. 30 (sic) diciembre 1980 y 1689 y 1700 de la L. E. Civ. y demás concordantes» y en su formulación que debiera «inexcusablemente fundamentarse en alguna de las causas señaladas en aquel precepto de la Ley especial sobre la materia, como su propio texto prescribe, se ampara «en el núm. 1.º del art. 1962 de la L. E. Civ.», según paladinamente proclama al formular cada uno de los cuatro motivos, lo que reitera al ingreso del escrito de interposición y al aludir a la concurrencia de los presupuestos de admisibilidad «por expresarse los números del art. 1692 en que se encuentran comprendidos los motivos de casación»; esencial defecto que provoca sin más la improsperabilidad del recurso, asimismo rechazable a la luz de la legislación derogada, pues se ha prescindido de acudir para su fundamen-

tación a las causas taxativamente establecidas en el art. 52 del Regl. 29 abril 1959, utilizando en su lugar el citado precepto de la Ley Procesal ordinaria, y es claro que tampoco sería permitido entender que los litigios sobre preferencia adquisitiva constituyen una excepción al general supuesto, porque aun cuando el art. 129 de la citada Ley de 31 diciembre 1980, sin correspondencia en la anterior reglamentación, dispone que el procedimiento para sustanciar las acciones de retracto será el título 19, libro 2.º, de la L. E. Civ., añade que esa acomodación se realizará «ajustándose a lo prevenido», en la propia Ley, operante por lo tanto en materia de recursos.

DIVORCIO: «EXEQUATUR» DE SENTENCIA PRONUNCIADA POR TRIBUNAL EXTRANJERO.

ATS 5 octubre 1982 (RA 5539)

Se pretende el exequatur de sentencia de divorcio por «mutuo consentimiento» dictada por tribunal de la República Dominicana respecto a cónyuges españoles y residentes en España.

CONSIDERANDOS: Que a pesar de la inexistencia en la nueva normativa del Código Civil de un precepto rotundo sobre la competencia judicial internacional en materia de divorcio y la imposibilidad de su modificación por acuerdo de los cónyuges, tema que algún autorizado sector de la doctrina científica, utilizando argumentos fundados en las enseñanzas del derecho comparado, trata en el sentido de otorgar eficacia a la disolución del vínculo decretada por un Tribunal extranjero respecto de esposos españoles, salvo las excepciones de orden público interno y fraude de Ley, esta Sala en auto de 14 julio último ha denegado el exequatur pretendido para sentencia de divorcio pronunciada con arreglo a la Lex loci en cuanto a consortes de la nacionalidad española y que ha-

bía contraído matrimonio en España, criterio que conviene reiterar por las siguientes razones: 1.ª) La sumisión de los españoles a un Tribunal extranjero que aplica su propia Ley para disolver el matrimonio, si ya en principio no aparece acomodada a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales patrios en cuestiones de derecho de familia, tradicionalmente afirmada con base en los derogados arts. 9, 11 —párrafo 3.º— y 12 del C. Civ. y el espíritu que informa el art. 51 de la Ley Procesal, máxime si no es aplicada la legislación personal de los cónyuges, resultará desacorde con las reglas de conflicto contenidas en los actuales artículos 9 —párr. 1.º—, 12 —párr. 1.º— y 107, puestos en relación con la disposición adicional 1.ª, núm. 1.º, de la Ley de 7 julio 1981, que atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de las demandas sobre separación, divorcio y nulidad del matrimonio cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española. 2.ª) Es improcedente acceder a la ejecución de una sentencia de divorcio entre españoles pronunciada en el extranjero con arreglo a la *lex fori*, ya que pugnaría con el estatuto personal y la atribución de competencia a los Tribunales de España por dicha disposición adicional, no alterable mediante convenio de los interesados, máxime cuando tal pacto ni siquiera se autoriza en el orden, mucho menos importante, de la competencia territorial, según preceptúa la disposición adicional 3.ª, último párrafo. 3.ª) Aplicables de oficio por los Tribunales españoles las reglas de conflicto establecidas en el propio ordenamiento, según dispone el art. 12 núm. 6 del C. Civ., habrá de prestarse atención a los frecuentes fraudes posibles sobre la materia, como la doctrina advierte, incluso recogiendo anécdotas que han pasado a los medios de comunicación social.

Que en el caso presente la improcedencia de acceder al *exequatur* pretendido así como a oportuno juego de las

excepciones de fraude de ley y de orden público interno (arts. 954-2.º, y 600 núm. 1.º de la L. E. Civ., y 12 núm. 3 del Código sustantivo), se patentizan con resaltar que el solicitante don Norberto B. S., y su esposa doña María Esperanza N. E., ambos de profesión liberal, tienen la nacionalidad española, contrajeron matrimonio en Madrid, el 30 diciembre 1971 y de esta capital es vecino el 1.º, con domicilio en la calle de Puerto Rico, núm. 5, según se hace constar en el apoderamiento *ad litem*, siéndolo su mujer de la población de Colmenar Viejo, en la provincia central, y por lo que a la sentencia extranjera de divorcio concierne aparece dictada por la «Cámara Civil, Comercial de Trabajo del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de San Cristóbal» en la República de Santo Domingo, fundándose en la única causa del «mutuo consentimiento»; particularidades que están evidenciando la conducta fraudulenta seguida para sustraerse a las cautelosas previsiones del art. 86 del C. Civ. e impedir las determinaciones que debería adoptar el Juez con arreglo a los arts. 90 y siguientes, de la mayor significación cuando —como aquí acontece— existen hijos sometidos a la patria potestad, alcanzando con el censurable proceder de la disolución del matrimonio por simple mutuo disenso al amparo de la legislación del foro, con menoscabo del ordenamiento que tendría que regir la situación de los esposos, todo lo cual no es de extrañar que en definitiva provocara la oposición de la mujer al *exequatur* en tanto no sea solventado lo referente al régimen económico del consorcio.

9. PROCESO DE EJECUCION

ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION DEL ART. 1695 CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES CIVILES «EN EJECUCIÓN» DE SENTENCIAS ECLESIASTICAS.

S 31 diciembre 1982 (RA 7988)

Se recurre en casación por la vía del art. 1695 contra el auto de la Audiencia que se pronunciaba, en apelación, sobre las consecuencias civiles de sentencia canónica de nulidad de matrimonio.

CONSIDERANDOS: Que según tiene declarado esta Sala en S. de 5 diciembre 1981, reiterando tesis ya mantenidas por la de 3 junio 1966, el trámite previsto en el derogado art. 82 del C. Civ., de ejecución a efectos civiles de las sentencias y resoluciones firmes dimanantes de la jurisdicción eclesiástica sobre nulidad o separación de matrimonio canónico, de acuerdo con lo establecido en dicho precepto y en el art. 80 del propio Cuerpo legal, constituye un procedimiento «especialísimo» y de específica naturaleza, pues los organismos jurisdiccionales del Estado no se limitan a prestar un mero auxilio judicial ejecutando en sentido estricto las resoluciones de la jurisdicción canónica, sino que en virtud de lo ordenado por el legislador en aquella norma determinan y regulan las consecuencias meramente civiles de la nulidad, o de la separación, resolviendo con jurisdicción propia los diversos problemas que cada situación matrimonial plantea en particular, para lo que habrán de servirse de las disposiciones del ordenamiento jurídico estatal, actuando con independencia de criterio y en proceso dotado de sustantividad respecto de la resolución anterior por otros órganos; capitales presupuestos que excluyen la posibilidad de acudir en su momento al recurso singular y extraordinario para los casos de ejecución de sentencia a que se refiere el art. 1695 de la L. E. Civ., en cuanto que las notas antes indicadas no se compadecen con las dos hipótesis taxativamente previstas en el mismo.

Que en atención a tal doctrina legal es patente la improcedencia en su totalidad del recurso entablado por don José Luis B. M., amparando sus dos motivos en el art. 1695 de la Ley pro-

cesal y reprochando el auto de fecha 20 mayo 1982 pronunciado por la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, exceso de poderes ejecutivos por transgresión de los términos de la resolución canónica o extensión de sus efectos a extremos no previstos a la hora de precisar lo concerniente al ejercicio de la patria potestad y el régimen de visitas paterno con relación al hijo menor habido del matrimonio del recurrente con doña Gloria N. B., unión conyugal cuya nulidad fue ordenada por el Tribunal Eclesiástico.

TERCERÍA DE DOMINIO: BIEN QUE ERA APORTACIÓN A UNA SOCIEDAD ANÓNIMA.

S 13 diciembre 1982 (RA 7476)

La sindicatura de la quiebra de la sociedad anónima interpone tercería de dominio respecto a un bien afectado a una ejecución pendiente contra unos socios, que había sido objeto previamente de aportación al capital social.

CONSIDERANDOS: Que en el segundo de los motivos, también por la misma vía del núm. 1.º del art. 1692 de la Ley, se denuncia la violación del párr. 1.º del art. 38 de la Ley Hipotecaria, argumentándose que la sentencia impugnada desconoce la presunción establecida en dicha norma a favor del ejecutado y su esposa en cuanto la parcela objeto de la tercería permanece inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad, presunción legal contra la cual —se añade— no puede prevalecer la transmisión operada por aquellos cónyuges titulares, al aportar como socios la parcela dicha a la Sociedad anónima por ellos, y otros, constituida en escritura de 2 abril 1976, en cuanto tal aportación no supuso ni supone acto traslativo de propiedad ni, por consiguiente, la sociedad anónima puede ser considerada como tercero protegido por la fe pública

registral, citando al efecto lo dispuesto en el art. 383 del Reglamento Hipotecario, respecto a la necesidad de previa inscripción en el Registro Mercantil de la aportación social de inmuebles.

Que como fundamento de la solución que se dará al tema planteado y sometido a la crítica de este Tribunal, precisa tener en cuenta las siguientes notaciones jurídicas: a) la acción de tercería de dominio tiende a obtener, mediante la prueba de la titularidad del bien a favor del tercerista, el alzamiento del embargo o traba recaída sobre aquél, obtenido por un acreedor; b) el tercerista ha de acreditar la adquisición del bien en momento anterior al decreto de embargo, entendiéndose que si es posterior a éste adquirirá con la carga o gravamen judicialmente acordado; c) para la prueba del dominio bastará, por lo general, aportar bien el documento privado —pero reconocido suficientemente, según el art. 1225 del C. Civ.— ora la escritura pública pertinente, aun cuando no haya sido anotada en el Registro de la Propiedad, porque la inscripción, en nuestro derecho, no es constitutiva, los derechos se adquieren y pierden fuera del Registro, según derecho civil y, en caso de discrepancia, prevalecerá la realidad extrarregistral anotada frente a la registral o tabular —SS. de 10 noviembre 1975, 26 octubre 1981, 20 marzo, 21 junio 1982—; d) la anotación preventiva de embargo, pese a constituir un derecho real de realización de valor —S. de 14 diciembre 1968— o una especie de hipoteca judicial, no tiene rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados con anterioridad a la fecha de la anotación, ni, por tanto, el favorecido por ésta goza de los beneficios protectores de la fe pública registral de los arts. 32, 34 y 47 de la Ley hipotecaria, aunque aquellos actos dispositivos anteriores no estén inscritos —SS. de 5 julio 1917, 31 octubre 1928, 22 marzo 1943, 29 noviembre 1962, 17 marzo 1978, 26 febrero 1980—, porque

el embargo de bienes del deudor sólo puede recaer sobre los que éste realmente posea y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento —SS. de 29 noviembre 1962 y 14 diciembre 1968.

Que, consiguientemente, establecido en la sentencia, recurrida, sin eficacia impugnación, que el embargo practicado en la parcela discutida lo fue en fecha posterior al acto de aportación de aquel bien a la sociedad anónima —los síndicos de cuya quiebra ejercitan la tercería— resta sólo determinar si dicha aportación social operó la transmisión de la propiedad al ente social y el embargo, por tanto, fue ineficaz por recaer sobre bien de tercero, en este caso la sociedad anónima y hoy la sindicatura tercerista.

Que discutido en la doctrina —por su trascendencia económica y jurídica— el tema y efectos de la llamada fundación cualificada de la sociedad, al no aportarse dinero, sino bienes, es decir, tanto la forma como los efectos o eficacia de la aportación «in natura» (en el caso del recurso un bien inmueble), es conclusión más común y generalizada la de que con la aportación del bien se transfiere a la sociedad la propiedad y así ya lo declaró antigua jurisprudencia (SS. de 12 junio 1883 y 23 febrero 1884) al establecer la presunción del paso de la propiedad de las cosas a favor de la sociedad, doctrina que es reafirmada si cabe con más firmeza en la última jurisprudencia, expresiva de que si bien la aportación social no puede ser equiparada totalmente a una compraventa, si constituye un auténtico negocio jurídico transmisivo —S. de 11 noviembre 1970—, un negocio de enajenación verdaderamente dispositivo que por semejanza ha permitido la expresión tradicional «apport en société vaut vente», lo que explica la razón de la norma contenida en el art. 31, párr. 2.º de la Ley sobre sociedades anónimas, respecto a la obligación del aportante sobre la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación, en los

términos establecidos en el C. Civ. para el contrato de compraventa, rigiendo en cuanto a la transmisión de riesgos el C. Com. —S. de 3 diciembre 1981.

Que todo lo expuesto lleva a la natural conclusión de que, por cumplimiento de los requisitos de la acción de tercería de dominio, es decir, propiedad a favor del tercerista, identificación del bien y posesión ajena (significada por el embargo a favor de la Administración), es claro que no hubo por parte de la sentencia recurrida violación del precepto que cita como infringido, concretamente el relativo a la propiedad acreditada, aunque no inscrita, dada la eficacia que hay que conceder a la escritura pública de aportación social que sirve de título al tercerista, con la consecuencia de no haberse desconocido la eficacia del art. 38 de la Ley Hipotecaria en atención a sus limitados efectos frente a la realidad extrarregistral comprobada, y que, en definitiva, hace decaer el motivo que se estudia.

EMBARGO: EFICACIA FRENTE A TERCEROS.

S 3 noviembre 1982 (RA 6521)

La transmisión del inmueble, objeto de la tercería de dominio, se produjo cuando ya constaba en el Registro asiento de presentación del mandamiento de embargo.

CONSIDERANDO: Que de los restantes, propiamente motivos de fondo, el quinto ha de ser analizado preferentemente por ser básico en la tesis impugnativa de la sentencia recurrida, y formulado por la vía del núm. 1.º del art. 1692 se basa en infracción por indebida aplicación del art. 42 de la L. Hipotecaria, puesto que —en expresión del Centro recurrente— «se conceden efectos de anotación preventiva en el Registro al acto de una simple presentación en él», y por lo tanto se equipara la eficacia de ambos asientos respecto al tercer adquirente de las

fincas embargadas, a pesar de que tal simulación no es admisible; pero con independencia de que ninguna de las dos sentencias de instancia hacen particular cita del art. referido, la alegación del recurrente, que omite además el número concreto del precepto cuya vulneración entiendo producida, ha de ser rechazada por las siguientes consideraciones. Primera. La afectación de los bienes del deudor que el embargo comporta alcanza su significado más relevante por medio de la anotación preventiva, garantía registral en seguridad de la realización ejecutiva de la finca o derecho real embargado frente a posteriores adquirentes —SS. 8 julio 1975 y 5 y 19 octubre 1981, entre otras—, que tiene su precedente histórico en la antigua hipoteca judicial (*pignus iudiciale* o *in causa iudicata captum*), como la doctrina hipotecaria ha recordado —Resoluciones de la Dir. Gral. de los Registros de 13 junio 1952 y 11 febrero 1964—, pero ello no significa que la falta de su práctica en los libros tabulares lleva a desconocer la existencia de la traba y la consiguiente limitación del poder dispositivo del deudor, que en principio no podrá enajenar ya libremente, es decir, sin la carga del embargo, sustrayendo los bienes al proceso de ejecución, pues la garantía registral es una fase de la actividad procesal compleja, sin que venga permitido establecer equivalencia entre el embargo y la anotación preventiva. Segunda. En trance de dilucidar la eficacia de la traba frente al posterior adquirente de los bienes sometidos a la ejecución, hay que partir de que la anotación preventiva de embargo no es obligada o necesaria pese a los términos literales de los arts. 1453 de la L. E. Civ. y 43, párr. 2.º, de la L. H., según ya señaló la Resolución de 22 noviembre 1929 lo que permitirá pasar a la realización forzosa de la finca o derecho aún sin aquel asiento, que surtirá plenos efectos con relación al ulterior dueño que conoció antes de adquirir la existencia de la afectación, pues como tiene declarado

esta Sala en la S. 27 septiembre 1967, cuya línea es seguida por la de 16 mayo 1969, para resolver en cada caso particular lo procedente en derecho, más que el aspecto doctrinal de sí la anotación ha de entenderse como un acto constitutivo o meramente complementario, se ha de fijar el Juzgador en quiénes y en qué circunstancias se encuentran las personas a las cuales puede afectar el embargo que se decretó y aún no anotado preventivamente en el Registro, «no permitiendo que se amparen en la falta de publicidad formal del mismo ni el deudor ni quien a sabiendas cooperó en la realización de cualquier acto fraudulento de los derechos del embargante, pero protegiendo íntegramente en su adquisición a quienes de buena fe se apoyaron para inclinar su voluntad en la ausencia de cargas o limitaciones puestas de manifiesto por el Registro en el momento de la adquisición»; hipótesis, la primera, que es la que conviene al supuesto enjuiciado, pues según afirma el Tribunal «a quo», extendido el asiento de presentación del mandamiento para anotación el 16 julio 1976, «el tercerista pudo conocer el embargo decretado sobre la parcela en el momento de la adquisición —24 agosto— y como consecuencia que los locales de negocio resultaban afectados por el embargo de ésta en la parte proporcional correspondiente». Tercera. Dado que el asiento de presentación no sólo determina la prioridad registral (art. 24 de la L. H.), sino que inicia los efectos tabulares de los títulos, aún sin necesidad de practicar el asiento definitivo (art. 17), es claro que mientras subsiste despliega eficacia como si tales asientos se hubiesen practicado, lo que ha permitido afirmar a la precitada S. 27 septiembre 1967 que los efectos jurídicos del embargo serán plenos y alcanzarán a terceros «a partir del momento en que se extienda el correspondiente asiento de presentación del mandamiento expedido». Cuarta. La ausencia de bona fides en el Centro adquirente y el prin-

cipio de publicidad registral, en su doble dimensión material y formal, eliminando toda posible excusabilidad de la ignorancia del contenido de los asientos, descartan la protección instada por la entidad tercerista y por consiguiente la prosperabilidad del motivo de que se trate.

PROCEDIMIENTO DEL ART. 131 DE LA LH: NULIDAD DECLARADA EN ORDINARIO POSTERIOR.

S 30 octubre 1982 (RA 5581)

Se pretende la declaración de nulidad de un procedimiento del art. 131 LH a causa de no haberse practicado válidamente el requerimiento de pago.

CONSIDERANDO: Que el primero de los motivos del recurso aparece promovido al amparo del núm. 1 del art. 1692 de la L. E. Civ., por «infracción de la regla tercera del art. 131 de la Ley Hipotecaria, en relación con el art. 203, párr. 3.º del Reglamento Notarial y el art. 6.º del C. Civ.», y alegándose en el mismo no haberse cumplido el mandato del referido precepto de la Ley Hipotecaria que ordena al actor presentar, juntamente con el escrito iniciador del procedimiento judicial sumario, «acta notarial justificativa de haberse requerido de pago con 10 días de anticipación, cuando menos, al deudor», toda vez que el requerimiento notarial de autos, en lugar de llevarse a cabo personalmente por el Notario, se realizó, incumpliendo con ello la prohibición del citado art. 202 del Reglamento Notarial, por medio de copia remitida por correo certificado, motivo éste que deberá ser estimado pues si una reiterada jurisprudencia de esta Sala interpretativa del art. 131 de la Ley Hipotecaria, ha dejado sentado que «uno de los requisitos esenciales para sustanciar válidamente el procedimiento judicial sumario, regulado en el art. 131 de la Ley Hipotecaria, es el requerimiento de pago,

que habrá de hacerse en el domicilio del deudor que resulte vigente en el Registro» —S. de 30 mayo 1947—; y que «esta acción ejecutiva judicial, directamente ejercitable contra los bienes hipotecados, no prescinde del deudor tan en absoluto que autorice la persecución de aquéllos a espaldas de éste, sin darle ocasión para que lo impida cumpliendo su obligación personal de pago, y así, entre los requisitos a que ha de acomodarse el procedimiento se impone por la regla cuarta del art. 131 de la Ley Hipotecaria la práctica del requerimiento de pago al deudor por término de diez días en el domicilio vigente en el Registro, cuando previamente no se hubiere efectuado del modo que fije el mismo artículo, en su regla tercera, requisito tan necesario para evitar la indefensión y perjuicio que de su falta pueden causarse al deudor, que si se omite vicia de nulidad el procedimiento», y si se tiene, igualmente, en cuenta que no puede ser reputado hecho en forma válida el requerimiento notarial en cuya realización se utilizó la remisión de la copia del documento por correo certificado, como reconoce, entre otras la S. de 25 junio 1977, al decir que el requerimiento notarial «no puede ser suplido por el mero depósito por conducto notarial en correos de carta certificada con solicitud de acuse de recibo, pues... es lo cierto que ese mero depósito en oficina de certificados no es equiparable al requerimiento notarial... por así deducirse de los términos del párrafo último del art. 202 del vigente Reglamento Notarial, que al prevenir la posibilidad de efectuar los Notarios notificaciones por medio de carta remitida por correo certificado con acuse de recibo, es sobre la base de que no tenga carácter requisitorio», es obvio que no cabe conceder validez de propio y verdadero requerimiento notarial a la referida remisión de copia por correo operada en el curso del procedimiento ejecutivo judicial sumario a que se contrae la solicitud de nulidad de actuaciones promovida por

la recurrente, por lo que, al haberse incumplido tan primordial requisito, ha de estimarse el primero de los motivos y, consiguientemente, accederse a la casación solicitada.

RECURSO DE CASACIÓN: CONSIDERACIÓN EN EL AUTO DE LIQUIDACIÓN DE UN CAMBIO DE LOS PRESUPUESTOS EN QUE SE FUNDÓ LA SENTENCIA.

S 20 octubre 1982 (RA 5566)

Se trata de la ejecución de una sentencia de condena a prestación futura que imponía el pago anual de un determinado canon por tonelada de mineral extraído. Al liquidarse los cánones de dos anualidades se reduce su importe, como consecuencia de estimar que la sociedad condenada había pasado a ostentar sólo el 35 % de participación en la explotación de los yacimientos.

CONSIDERANDOS: Que si, de acuerdo con la doctrina anteriormente citada, procedemos al examen comparativo de la parte dispositiva de la sentencia ejecutada y de los términos en que se produce la resolución dictada para ejecutarla, habremos de ver que en la primera se dispone: Primero) Que el Instituto Nacional de Industria está obligado, en virtud de contrato válido a satisfacer al actor don Manuel A. M., un canon anual, durante 30 años de explotación efectiva a partir del comienzo de la explotación, transmisible a los herederos, por cada tonelada de fosfato explotada y vendida, no inferior a 25.000 toneladas al año, de los yacimientos de fosfatos de la zona de Bu-Craa, canon del orden siguiente: Una peseta por tonelada hasta 200.000 toneladas, 0,50 desde esta cantidad a 400.000 toneladas, 0,25 de ésta a 600.000 y 0,10 desde 600.000 en adelante; Segundo) Que la liquidación del canon anual se efectuará en el primer trimestre del año siguiente al afectado y se hará reduciendo a pesetas oro de

valor de 28 abril 1948 el importe del canon... y convirtiendo dichas pesetas en pesetas papel al cambio oficial que tengan en el momento de la percepción, y Tercero) Que habiéndose ya iniciado la explotación de fosfatos en el Sahara, el Instituto está obligado al pago de los cánones correspondientes a los años transcurridos desde la iniciación de dicha explotación en que el tonelaje explotado y vendido no haya sido inferior a 25.000 toneladas al año; en tanto que el auto recurrido, que, por otra parte, acepta los Considerandos del dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia, que confirma, hace constar expresamente en sus fundamentos: A) Que la descolonización del Sahara español, a virtud de L. 19 diciembre 1975, no produjo por sí sola el cese de las actividades extractoras de fosfatos de la zona de Bu-Craa ni la eliminación del Instituto Nacional de Industria de la empresa extractora del yacimiento, si bien al quedar reducida la participación del Instituto en dicha empresa al 35 % del capital social como consecuencia del proceso descolonizador debe reducirse en la misma proporción su obligación de pagar al demandante el correspondiente canon, referido al tonelaje explotado y vendido durante esos dos años; B) Que dicha reducción del canon correspondiente viene impuesta, no sólo por evidentes razones de equidad, sino en atención a que el proceso descolonizador del Sahara español y sus consecuencias constituyó un hecho que, por su propia esencia, desborda los límites del concepto de «res inter alios acta» y C) Que si la descolonización del Sahara se produjo en virtud de lo dispuesto en la L. 19 noviembre 1975, dejando de participar mayoritariamente el Instituto Nacional de Industria en la explotación de los yacimientos por causas ajenas a su voluntad... disponiendo tan sólo del 35 % de las acciones y encontrándose el resto en empresa marroquí, que controla y gestiona la extracción, administración y venta de los fosfatos, si atendemos a la

cláusula rebus sic stantibus —excepción a aquel principio de inalterabilidad e irrevocabilidad— perfectamente perfilada por la doctrina científica y jurisprudencial y sobre cuyo estudio no es posible entrar, es de observar que, si no puede tenerse en cuenta las extraordinarias circunstancias actuales al dictarse la resolución que se ejecuta, sí se alude en ella a «los yacimientos de fosfatos de la zona de Bu-Craa actualmente en explotación en la provincia española del Sahara» y también a explotaciones a juicio del Instituto Nacional de Industria razones por la cual si hoy no puede hablarse de provincia española, ni al Instituto Nacional de Industria le corresponde emitir juicio, ha de estimarse sólo el 35 % para los años 1976 y 1977 (Considerando segundo del auto juzgado, aceptado por la Audiencia).

Que un detenido estudio comparativo entre los términos del fallo de la sentencia que se ejecuta y los de la resolución recurrida nos lleva a la inequívoca conclusión de que esta última en modo alguno se acomoda a lo ordenado en la parte dispositiva, sino que, por el contrario, se extiende a resolver puntos que —como el relativo a si el proceso descolonizador, altera o no la obligación del Instituto Nacional de Industria al pago del canon—, no ha sido planteado ni pedido en la sentencia que se ejecuta, modificando y reduciendo los términos de la resolución cuyo cumplimiento vincula a los contendientes y al propio juzgador, proveyendo, por tanto, en contradicción con el mismo, contradicción que no se limita al mero aspecto cuantitativo, sino que afecta también al cualitativo, al modificar los derechos que la sentencia reconoce; razones todas ellas por las que procede la estimación de los motivos planteados y, consiguientemente, del recurso de casación por infracción de ley en ellos fundado.

10. EJECUCION GENERAL

SUSPENSIÓN DE PAGOS: CALIDAD DEL DEUDOR.

S 19 noviembre 1982 (RA 6549)

Se insta la declaración de nulidad de una suspensión de pagos por entender que la entidad suspensa carece de personalidad al ser una sociedad mercantil irregular.

CONSIDERANDOS: Que el origen de las actuaciones de las que trae causa el presente recurso es la demanda interpuesta por la entidad que ahora figura como recurrente, pidiendo la nulidad de lo actuado en el expediente de una suspensión de pagos tramitada en el Juzgado de 1.ª Instancia de Toluca (núm. 58 de 1977) que fue solicitada y admitida, por los tres comerciantes individuales que aparecen como recurridos en este trámite, apoyando la petición de nulidad en que la solicitud de suspensión se había hecho a nombre de «una sociedad irregular llamada Carpintería Amondaráin» que era la denominación con la que mercantilmente giraban los referidos comerciantes, sociedad que, por carecer de personalidad jurídica independiente al ser secretos sus pactos, de acuerdo con lo preceptuado en los arts. 119 y 120 del C. Com., en relación con el 1669 del C. Civ., no estaba en condiciones de ser declarada suspensa, debiendo ser separada e individual la responsabilidad de cada uno de sus componentes, que es el argumento que repite el recurso en sus dos primeros motivos donde por el cauce del núm. 1 del artículo 1692 de la L. E. Civ. se denuncia respectivamente violación del 1669 de nuestro primer Código sustantivo y aplicación indebida de los citados preceptos del de comercio; motivos ambos, que deben ser desestimados porque insisten en el defecto que ya señaló la sentencia recurrida, siendo válido lo que ésta dijo de que se parte de un supuesto fáctico que no se correspon-

de con la realidad, puesto que la solicitud de suspensión se hizo «en nombre y representación de los comerciantes individuales» que giran bajo aquella denominación, provistos de las correspondientes licencias fiscales, que realizaban actos de comercio con habitualidad y en nombre propio, aunque a veces actuaban como apoderados unos de los otros, habida cuenta su vinculación societaria, carente ciertamente de repercusión frente a terceros al no tener personalidad jurídica, pero eficaz internamente, de acuerdo con lo establecido en el C. Civ. al que es preciso acudir en virtud de las normas de remisión de los arts. 2 y 50 del C. Com., ante la falta de una normativa específica en éste, según reiteró la doctrina jurisprudencial de este T. S., especialmente recogida en las SS. 5 julio 1940, 3 mayo 1960, 29 septiembre 1961, 26 enero 1967 y 30 junio 1972, entre otras; y el artículo 1669 del Código Civil, en su párrafo 2.º se remite, a su vez, a las normas de la comunidad de bienes, contenidas a partir del artículo 392, en cuyo también párr. 2.º se permite el establecimiento por los interesados de los pactos por los que la comunidad podrá regirse, siempre con la posibilidad de aquellos apoderamientos que el recurso discute, para la administración (art. 398), para la disposición de la parte individual (art. 399) e incluso para la alteración del objeto común (art. 397), sin que por supuesto se produzca la insensibilidad recíproca de los patrimonios, típica de las sociedades con personalidad propia, justo por lo cual fueron los tres socios quienes solicitaron conjuntamente la suspensión, aportando a la masa del activo la totalidad de sus respectivos patrimonios, lo que justifica la tramitación en un expediente conjunto afectante a todos los que estaban y actuaban en un negocio común, con independencia de la indudable razón de economía procesal a que se refiere la Sentencia recurrida.

Que igual suerte desestimatoria deben correr los otros tres motivos for-

mulados, todos ellos por la vía del ordinal 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ., denunciando interpretación errónea del 33 del C. Com. en su redacción de 21 julio 1973, violación del mismo, y aplicación indebida del 47 del mismo texto legal, por entender que los comerciantes que en este caso solicitaron la suspensión de pagos no habían cumplido con la obligación de llevar los libros de comercio en la forma requerida legalmente, con la que está haciendo supuesto de la cuestión, al propio tiempo que se da una interpretación improcedente de la verdadera realidad, pues en la sentencia recurrida se dice de modo expreso que «...con la solicitud (de suspensión) se acompañaron todos los documentos exigidos en el art. 2.º y los libros de contabilidad a que se refiere el 3.º, ambos de la Ley de Suspensión de pagos en armonía con la nueva redacción dada al art. 33 del C. Com.... contabilidad que mereció la aprobación de los Intervenientes al ser minuciosa, detallada y efectiva, calificación y resultado que descarta la presunción de fraudulencia (art. 47 del C. Com.)»; declaraciones fácticas que han quedado incólumes en casación pues ni siquiera se intentó desvirtuarlas por el único cauce adecuado del núm. 7 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento, acreditando un error de hecho o de derecho en que hubiera podido incurrir el Juzgador, en la apreciación de la prueba que le permitió llegar a aquel resultado.

QUIEBRA: ADMISIÓN DE LA SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE QUIEBRA CON SUSPENSIÓN DEL CURSO.

S 2 noviembre 1982 (RA 6519)

El Juzgado tuvo por solicitada la declaración de quiebra necesaria, pero aplazó declararla hasta que se cumplieran ciertos requisitos. La Audiencia revocó esta providencia y anuló el expediente de suspensión de pagos ins-

tado, en el Interín, por la quebrada. Esta recurre en casación contra el auto de la Audiencia.

CONSIDERANDO: Que el carácter eminentemente formalista del recurso de casación por quebrantamiento de forma exige, conforme ya esta Sala dijo, entre otras muchas en sus sentencias de 14 diciembre 1963, 22 enero 1965, 7 noviembre 1969 y 7 marzo 1970, que el recurrente haga la expresa cita de la resolución origen de la infracción denunciada y que por el mismo se suponga cometida, con concreta determinación de la causa en que consiste y cuya negativa genere la indefensión, inconcreción que se advierte en el recurso, en el que se dice aludiendo a la resolución que haya originado la infracción, que «evidentemente se trata de la providencia del Juzgado de primera Instancia en el expediente de quiebra que no, acordó el emplazamiento de mi representada y que no fue practicado produciendo indefensión», lo que no supone el cumplimiento de tal requisito, al no especificarse el cumplimiento de tal requisito, al no especificarse la fecha del proveído en cuestión, pero es que, aun en el supuesto de que se entienda referido al de 28 julio 1979, no cabe estimar la «vulneración», sin especificar concepto de la infracción, del art. 260 de la L. E. Civ., pues las notificaciones que el tal precepto exige, van siempre referidas a todos los que sean parte en el proceso, sin que la tenga, visto el contenido del art. 1325 de la propia Ley, el presunto quebrado, que sólo puede tener entrada en el proceso de declaración de quiebra necesaria promovido por un acreedor, hasta que el Juez concededor del procedimiento declare la quiebra, dado que, conforme el párr. 2.º de tal artículo previene imperativamente, tal declaración se hará «sin citación ni audiencia del quebrado», el que sólo podrá oponerse a la tan repetida declaración de quiebra, en la forma prevenida por los artículos 1326 y sgts. de la Ley Procesal, de

aquí que, al no ser necesaria ni la citación ni el emplazamiento interesados, no se ha incidido en la infracción denunciada, ni se ha causado a la entidad recurrente indefensión alguna, al poder formular su oposición a la tan repetida declaración, en los términos antes dichos, razonamientos que justifican el rechazo del motivo que se examina, y, por ende, el del recurso, con la obligada secuela de la condena al recurrente al pago de las costas en el mismo causadas y a la pérdida del depósito, por aplicación de lo normado en el art. 1767 de la L. E. Civ.

11. MEDIDAS CAUTELARES

EMBARGO PREVENTIVO: FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR EMBARGO PREVENTIVO ILÍCITO.

S 5 noviembre 1982 (RA 6527)

Alzado el embargo preventivo por desestimación de la demanda en el juicio de cognición en garantía de cuyo resultado se acordó aquél, el demandado absuelto pide condena a indemnización en un juicio de menor cuantía.

CONSIDERANDOS: Que en el primer motivo del recurso, al amparo del ordinal primero del art. 1692 de la L. E. Civ., se denuncia la violación, por no aplicación del párr. 1.º del artículo 1107 del C. Civ., añadiéndose en el enunciado delictivo, tras transcribir literalmente dicho precepto, «en similares, términos, el art. 1105», procediendo la desestimación del motivo en cuanto se apoya en la base fáctica de que los perjuicios de que debía responder el aquí demandado y recurrente eran únicamente aquellos que derivarían de lo que debía haber durado la traba de embargo de haberse tramitado el procedimiento en que dicha traba se produjo en el tiempo normal que se deducía de los plazos que las leyes procesales establecían al efecto, entendiéndose que, atendidos tales pla-

zos, la duración del procedimiento de cognición, a que se hizo mérito en el primer razonamiento de esta resolución, debía haber sido de un mes y 29 días, siendo este lapso de tiempo el que, como deudor de buena fe, hubiera podido prever al instar la traba de embargo como duración del mismo, apareciendo que de las actuaciones no resulta a quien sea imputable el retraso que en el trámite del juicio de cognición, según su tesis, se produjo, a lo que es de añadir que al citar, en lo que denomina «Antecedentes» del recurso, el art. 25 del D. de 21 noviembre 1952, sobre normas procesales aplicables a la justicia Municipal, olvida que dicho precepto por lo dispuesto en la Ley de 10 de 1968, de 20 junio, sobre atribuciones de competencia en materia civil a las Audiencias Provinciales, no era de aplicación al trámite del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en primera instancia en el juicio de cognición donde se había decretado el embargo, ya que el conocimiento del recurso correspondía a la Audiencia y había de sustanciarse y decidirse por las normas establecidas en la sección 3.ª del Tít. VI del Lib. 2.º de la L. E. Civ., lo que conlleva una tramitación más dilatada en el tiempo, estando, además, al señalamiento para «vista» —art. 895 de la L. Pro. Civ.— subordinado —art. 321 de la propia Ley— al del número de asuntos conclusos con anterioridad que tienen la natural preferencia para que en relación al trabajo que pueda desarrollar el Tribunal hayan de ser objeto en forma sucesiva de señalamiento preferente, todo lo que, en definitiva, abona, además, la conclusión de que el recurrente pudo prever el tiempo que podía durar la tramitación del juicio de cognición en que instó el embargo preventivo y sobre todo que el trámite de la apelación que interpuso podía dilatar la resolución final del asunto por un lapso de tiempo mayor de los 30 días que gratuitamente le atribuye.

Que igual suerte desestimatoria co-

rrsponde al segundo motivo del recurso, en que por igual vía que el anterior, se acusa la interpretación errónea del art. 1902 del C. Civ., ya que tal precepto al no haber sido aplicado por la sentencia recurrida no pudo ser vulnerado por la misma, fundamentándose la condena a la indemnización de perjuicios contenida en dicha Sentencia en la preceptiva contenida en el segundo párrafo el art. 1413 de la L. E. Civ. y art. 1418 de la propia Ley, normas que aunque expresen un mandato dirigido a los Tribunales, no impiden que los particulares insten en

procedimiento separado la efectividad de los derechos que le correspondan en razón a la reparación de los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado, no derivando la obligación de indemnizar en el supuesto contemplado de la aplicación de la norma legal —art. 1902 del C. Civ.— que se supone infringida, sino de la circunstancia de muy distinto origen que presupone injustificado el embargo preventivo, solicitado como medida cautelar para garantizar la efectividad de una pretensión, instada ante los Tribunales, que no tuvo éxito.

JURISPRUDENCIA

PROCESAL LABORAL

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER

Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. Competencia genérica. — 2. Actos previos. — 3. Fuentes del Derecho Procesal Laboral. — 4. Contestación a la demanda. — 5. Sentencia. — 6. Recurso de casación. — 7. Recurso de casación por infracción de ley. — 8. Recurso de casación por quebrantamiento de forma. — 9. Proceso por despido. — 10. Proceso por quebrantamiento de representación de los trabajadores. — 11. Proceso por reclamaciones entre agentes y empresas ferroviarias. — 12. Proceso de revisión.

1. COMPETENCIA GENERICA

RELACIONES LABORALES.

S 20 diciembre 1982 (RA 7876)

Criterios distintivos de la relación laboral respecto a otro tipo de relaciones civiles, mercantiles, etc.

CONSIDERANDO: Que es la función encomendada la que en cada caso concreto determina la naturaleza jurídica del pacto laboral, civil o mercantil, que será aquella, si la desempeñada no es rectora de la empresa, sino de trabajo o a lo sumo de dirección especializada, pero siempre dentro del complejo total de la entidad empresarial, función que no se determina ni por el nombre que las partes den al contrato, ni el cargo ni por escritura pública de apoderamiento, pues la exceptuadas de la legislación laboral, tie-

nen que ser aquellas que impliquen el ejercicio de una función de responsabilidad y jefatura en cuanto a iniciativas dentro de la empresa, como ente que abarca su total actividad y a tales fines, no es alto cargo, quien dirige el trabajo o lo ejecuta en una determinada zona, sometido a las instrucciones y directrices que señala el organismo superior y rector de la empresa, de aquí que todo lo que suponga desarrollar una actividad laboral de dirección circunscrita a los límites de una ciudad, región o zona de aquella, dentro del complejo total de la empresa, aun en la hipótesis de que las facultades otorgadas fueran muy amplias, pero bajo la autoridad y a las órdenes del Consejero Delegado o Consejo de Administración no dejan de ser las genuinas y peculiares de un empleado de mayor o menor categoría, pero no de los contemplados en el citado art. 7.º de la L. C. T. de enero 1944.

2. ACTOS PREVIOS

CONCILIACIÓN.

S 30 octubre 1982 (RA 6286)

La transacción realizada en conciliación, extinguiendo la relación laboral a cambio de una cantidad, opera sus efectos en cualquier otro proceso pendiente entre las partes.

CONSIDERANDO: Que el motivo de casación formulado al amparo del número 1.º del art. 167 del Texto de Procedimiento Laboral, implica, por su propio contenido, que el reclamante acepta la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada en la exacta versión que allí se recoge, supuesto que aplicado al único motivo que apoya el presente recurso obliga a admitir lo afirmado por el Magistrado de Trabajo de que deducida demanda por despido nulo o improcedente, en 30 septiembre 1980, el propio trabajador en proceso distinto y posterior, formula reclamación sobre abono de salarios que termina en conciliación entre las partes, por virtud de la cual el actor percibió la cantidad de 170.000 ptas. «en concepto de saldo y finiquito de la relación laboral», lo que determinó que en el proceso pendiente se dictara sentencia desestimando la demanda por despido, con el fundamento de que los términos en que se produjo la avenencia en el anterior acto de conciliación, no dejan dudar de la voluntad de las partes de dejar extinguida la relación laboral, enervando aquella otra acción ejercitada, decisión que ahora se combate a través de aquel único motivo de casación y que, por el cauce indicado, acusa a la Sentencia de haber infringido, por aplicación indebida, el art. 49, ap. 1.º del Estatuto de los Trabajadores de 10 marzo 1980, con fundamentos que, evidentemente, no pueden prosperar, haciendo decaer dicho tema impugnatorio y, por consecuencia, el recurso, de acuerdo con el parecer del

M.º Fiscal, pues la única alegación que se mantiene de que en el juicio que resultó conciliado, el actor se limitó a reclamar determinados salarios y primas de los meses de julio y agosto de 1980, únicos sobre los que prestó la conformidad de hallarse liquidado, representa una sustancial modificación de los hechos que la Sentencia admite como ciertos y al no haberse intentado su rectificación por el cauce procesal correcto del núm. 5 del art. 167 del Texto Procesal Laboral, deja subsistente la versión del Magistrado, y con ello la eficacia de lo convenido en un acto de conciliación, cuyos términos no dejan dudar de la voluntad de las partes de extinguir, por mutuo acuerdo, la relación laboral aún entre ellas existente, en la forma que autoriza precisamente aquel precepto denunciado por indebida aplicación.

3. FUENTES DEL DERECHO PROCESAL LABORAL

EQUIDAD.

S 15 octubre 1982 (RA 6175)

La equidad no es fuente del Derecho Procesal Laboral, puesto que su naturaleza es la de ser tan sólo un criterio interpretativo, salvo, naturalmente, que la propia Ley disponga lo contrario.

CONSIDERANDOS: Que el segundo motivo se ampara en el núm. 1 del art. 167 del Texto de Procedimiento Laboral, por aplicación indebida del art. 7 de la L. C. T., aduciendo, en síntesis, que estando derogada la O. de 24 julio 1950, que excluyó del ámbito de la Jurisdicción Laboral a los Directores de Hotel, no les es aplicable con carácter general y como categoría profesional el último inciso del art. 7 de la L. C. T., ni siquiera por vía residual y reglamentaria, puesto que según la interpretación dada por la doctrina jurisprudencial al citado precepto,

todo lo que suponga una dirección o trabajo especializado dentro del complejo total de la empresa, aunque las facultades conferidas sean amplísimas y dotadas con fuertes sueldos y comisiones, no dejan de ser propias de un trabajador o empleado de aquélla, y no las de un miembro directivo de la Sociedad o Empresa Patronal, para lo cual se requieran las condiciones señaladas en el párr. 1.º del art. 7 de la L. C. T., no siendo Altos Cargos quien sólo ejerce funciones de dirección técnica, ya que sólo se hallan incluidas en la excepción las funciones de dirección de la empresa en sí, por lo que los Directores de Hotel, como tal categoría profesional, no están ya excluidos de la regulación laboral común, a menos que, individualmente considerado su caso, puedan estarlo, porque desempeñen de hecho cargo de Alta Dirección y así como lo demuestra la realidad social, admitiendo su inclusión en el ámbito laboral, pues la Federación Española de Hospedaje, considera útil y hasta necesario suscribir con la Asociación Nacional de Directores de Hotel una declaración de principios y recomendaciones en la que la relación del Director de Hotel y la Empresa ha de enmarcarse en el ámbito del Derecho Laboral, habiéndose ya producido Convenios Colectivos entre Asociaciones Provinciales de Empresas de Hostelería y de Directores de Hotel, en tal sentido, en consecuencia de ello, concluye la recurrente, diciendo que como la realidad social constata que los Directores de Hotel son trabajadores por cuenta ajena, esta realidad social es la que conforme al art. 3.º del C. Civ. debe presidir la interpretación de las normas, junto con la equidad a que se refiere el mismo artículo párr. 2.º, debe declararse la competencia de esta jurisdicción, considerando trabajadores por cuenta ajena incluidos en el ámbito de esta Jurisdicción a los Directores de Hotel.

Que si bien, como enseña la Sentencia de la Sala, de 9 junio 1962, la ju-

risprudencia social es móvil y evolutiva como las leyes que interpreta, recogiendo no sólo los avances legislativos sino también los progresos de la ciencia y los afanes sociales del momento, no se puede olvidar ni desconocer, que la imperfección del derecho positivo, nunca puede dar lugar a interpretaciones más o menos técnicas que produzcan un resultado contrario a los principios inmutables en que un determinado ordenamiento jurídico se asienta, pues que ellos informan todas las normas positivas y han de servir de aglutinante de cualquier inconexo articulado a través de la actuación judicial —S. de 25 enero 1960—; por lo que en la misión de juzgar, que lleva aneja la de interpretar y aclarar casos dudosos, los Tribunales han de proceder con previsión y cuidado para no abrogar con ampliaciones de criterio los preceptos del derecho constituido, que deben aplicar, cual es su misión, tal como lo ha querido el legislador, sin que la equidad se pueda admitir como factor ponderativo, cuando la norma aplicable no se adapte concreta y claramente al caso controvertido, pues según la exposición de motivos del D. de 31 mayo 1974, que sanciona con fuerza de ley, el texto articulado del título preliminar del C. Civ., la equidad no aparece invocada como fuente de derecho sino que por el contrario la incumbe el cometido más modesto, de intervenir, como criterio interpretativo, en concurrencia con los otros, salvo, naturalmente, cuando la propia ley permita expresamente fundar las resoluciones sólo en ella; y de acuerdo con esta orientación, el párr. 2.º del art. 3.º, dice textualmente: «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar, de manera exclusiva en ella, cuando la ley expresamente lo permita», y como se razonará seguidamente, en el caso controvertido existe una norma clara que permite la resolución debidamente al tema planteado en el motivo.

4. CONTESTACION A LA DEMANDA**EXCEPCIONES: INCOMPETENCIA DE JURISDICCION.****S 2 noviembre 1982 (RA 6469)**

No es competente la Magistratura para conocer del despido del Secretario Técnico de la Consejería de Obras Públicas y Urbanismo de Euzkadi contra el Consejo General del País Vasco.

CONSIDERANDO: Que ante la reclamación por despido del actor contra el Consejo General del País Vasco declara la Magistratura la incompetencia del orden jurisdiccional para conocer de la misma, por entender que la función de Secretario Técnico de la Consejería de Obras Públicas y Urbanismo que aquél desempeñaba era claramente administrativa; recurre el actor contra tal decisión formalizando un único motivo amparado en el número 1 del art. 167 de la L. Pro. Lab. de 13 junio 1980, aduciendo infracción por violación del art. 1 de dicho cuerpo legal en relación con los arts. 1.º y 8.º de la Ley 8/1980 de 10 marzo del E. T.; los citados preceptos del Estatuto señalan respectivamente el primero el ámbito de aplicación de dicha norma a los trabajadores que voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, y el 8.1 presume existente el contrato de trabajo de la prestación de un servicio, por cuenta y dentro del ámbito de organización de otro que lo recibe a cambio de una retribución a aquél, más el núm. 3.º del art. 1 del referido Estatuto excluye de su ámbito —y consiguientemente queda fuera de la órbita competencial— la relación de servicio de los funcionarios públicos «así como el personal al servicio del Estado las corporaciones locales y las entidades públicas autónomas, cuando al amparo de una Ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatu-

arias» tal exclusión en la misma que existía en el art. 8 de la L. C. T., y 2.ª de la Ley de Relaciones Laborales de 8 abril 1976, el R. D.-Ley 1/1978 de 4 enero, establece el Consejo General del País Vasco pieza clave en el Régimen Preautonómico y en su art. 7 señala como funciones de dicho Consejo la designación de sus órganos ejecutivos y creación de servicios necesarios para el ejercicio de sus funciones, entre cuyos servicios se establecerán una serie de Consejerías, entre ellas la de Obras Públicas y Urbanismo de la que fue nombrado Secretario General Técnico el recurrente por acuerdo del Consejo General del País Vasco de 2 agosto 1979 y que desempeñó hasta el 26 mayo 1980, comunicándosele el cese el día 30 por el Consejero de Política Territorial y Obras Públicas del Gobierno Vasco con efectos desde el 26 en virtud de lo dispuesto en Decreto de la Presidencia del Gobierno Vasco de 12 mayo 1980 acordándose la extinción de las Consejerías del Consejo General del País Vasco y la cesación de sus titulares, como consecuencia de la creación del Gobierno Vasco, contra cuyo cese recurrió el actor en reposición alegando haber abandonado el puesto de trabajo que antes ocupaba «para dedicarse plenamente a desarrollar labores técnicas para la Administración Pública de Euzkadi» tales datos recogidos fundamentalmente en hechos probados obtenidos del examen por la Sala del material probatorio aportado —lo que es posible según doctrina notoria que excusa su concreta cita al abordarse el problema competencial—, evidencian que la relación entre el actor y el Consejo General del País Vasco por el que fue nombrado Secretario General Técnico de una de sus Consejerías, cuyas funciones lo eran, según señala en el Recurso de Reposición, «labores técnicas para la Administración Pública de Euzkadi», que precisamente interpone recurso de reposición —regulado en la L. Pro. Adm. de 17 julio 1958, y en la de 27 diciembre 1956, sobre jurisdic-

ción Contencioso-Administrativa como previo al contencioso-administrativo precedente éste contra los actos y acuerdos del Consejo General del País Vasco según el art. 8 del R. D.-Ley de 4 enero 1978 antes citado, en definitiva las concretas circunstancias del caso llevan a excluir al actor, en base del art. 1.3 a) del E. T. del ámbito de la relación laboral, sin que juegue la presunción que establece el art. 8 del Estatuto dadas la forma de nombramiento y cese, y función desempeñada por lo que como con acierto resolvió el Magistrado no es competente el orden jurisdiccional laboral para conocer de la reclamación formulada debiendo desestimarse el recurso como así mismo propugna el razonado informe del Ministerio Fiscal lo que hace innecesario el examen y consiguiente pronunciamiento sobre el único motivo en que dicho recurso se apoya.

DEFENSAS: HECHOS EXCLUYENTES; PRESCRIPCIÓN.**S 4 octubre 1982 (RA 6099)**

Tratamiento legal, cómputo y requisitos de la prescripción en el proceso laboral.

CONSIDERANDO: Que en juicio sobre reclamación de cantidad, por el concepto de comisiones por ventas, la sentencia de instancia estimó la excepción de haber prescrito la acción ejercitada, opuesta por la empresa demandada, y en el recurso que, por consecuencia, interpone el actor se formula por el cauce del núm. 1.º del art. 167 del Texto de Procedimiento Laboral, el motivo 5.º, por interpretación errónea del art. 1973 del C. Civ. estando dirigido a poner de manifiesto no haber transcurrido el plazo de 3 años que para el ejercicio hábil de la acción señala el art. 83 de la L. C. T., pues habiendo sido presentada la demanda en 23 julio 1979 la fecha inicial para el cómputo del plazo referido no es la

del requerimiento notarial hecho a la empresa en 13 abril 1976, sino la del requerimiento posterior, efectuado, con igual solemnidad, en 6 junio 1977, pero es lo cierto que examinando tal requerimiento se comprueba que el mismo no puede equipararse a la reclamación extrajudicial que, a efectos de interrumpir la prescripción, ha previsto el art. 1973 del C. Civ., pues tal requerimiento, según consta, se formula con el fin específico de solicitar de la Empresa requerida, al amparo de lo prevenido en el art. 43 de la L. C. T., la exhibición de los libros oficiales, auxiliares y de caja, en la parte referente a las comisiones que se entienden adeudadas al actor, por ventas efectuadas en los años 1968, 1969 y 1970, para su examen por determinado perito contable, única finalidad que después se patentiza a través de la advertencia que el documento contiene de que la no contestación al requerimiento será considerada como negativa a dar comunicación de los libros reclamados para su pericial confrontación «haciendo reserva del ejercicio de cualquier acción o derecho que la Ley pudiera reconocerle», expresión que, como significa en su informe el Ministerio Fiscal, no hace modificar aquella verdadera y única intención de quien requiere, si por otra parte no fuere preciso recordar que, como enseña la doctrina, para que pueda operar la interrupción del plazo prescriptivo en estos supuestos de reclamación posterior, se requiere que el objeto y la causa de pedir coincidan de manera esencial en lo que constituye fundamento de la pretensión originaria, y en el caso de autos, cuando menos, existe sensible diferencia en cuanto al período de tiempo a que se pretende alcanza la reclamación en uno y otro caso, y por ello y aún no desconociendo el tratamiento restrictivo que ha de merecer, por su propia naturaleza, el instituto de la prescripción y la laxitud con que deben tratarse, en ciertos casos, los temas de su interrupción, especialmente en la jurisdicción en que

nos encontramos, ciertamente no cabe extenderla a supuestos como el de autos, en el que se ofrecen matices bien diferenciados de lo que, al fin discutido, constituye exigencia del legislador.

3. SENTENCIA

ABSOLUCIÓN EN LA INSTANCIA; COSA JUZGADA.

S 15 octubre 1982 (RA 6175)

La absolución en la instancia por ser la Jurisdicción laboral incompetente produce efectos de cosa juzgada, puesto que la misma actora no puede ante la misma Jurisdicción interponer la misma pretensión contra la misma demandada.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de casación se articula con amparo en el núm. 2 del art. 167 de la L. Pro. Lab., por incongruencia de la sentencia con las peticiones, y se funda en que las peticiones de las partes fueron bien determinantes; el demandante solicitaba la condena de la empresa y ésta alegó la excepción de incompetencia de jurisdicción, y el fallo de la sentencia recurrida acoge dicha excepción y absuelve de la demanda, con lo que, a juicio de la recurrente existe incongruencia y contradicción, pues el hecho de emitir el anterior pronunciamiento absolutorio, supone el ejercicio de atribuciones jurisdiccionales, que no competen al Magistrado de instancia; motivo que debe ser desestimado, pues aún cuando es doctrina reiterada de la Sala que la estimación de la excepción de incompetencia por razón de la materia es incompatible con el pronunciamiento absolutorio de la demanda, ya que al absolver a los demandados, se resuelve sobre el fondo de la pretensión de la demanda y se crea la posible situación de cosa juzgada material, que impedirá cualquier otro proceso que se intentase

formalizar sobre el mismo asunto y entre las mismas personas, no lo es menos que el fallo de la sentencia que se censura, «que estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por la parte demandada, sin entrar a conocer del fondo de la litis, declara la incompetencia de la jurisdicción laboral de la pretensión formulada, absolviendo en la instancia a la parte demandada», no supone el ejercicio de atribuciones jurisdiccionales, que no le correspondieran al Magistrado de Trabajo, dado que no absuelve del fondo de la demanda, limitándose a la absolución en la instancia, lo que significa solamente que no puede plantear ante esta jurisdicción la misma pretensión pero dejando libre y expedito el derecho de la parte demandante para plantearla, en tiempo y forma ante la Jurisdicción Ordinaria, y tal derecho queda implícitamente reconocido al declarar el fallo «sin entrar a conocer del fondo de la litis».

REQUISITOS INTERNOS: CONGRUENCIA.

S 23 octubre 1982 (RA 6234)

Requisitos exigidos para que exista congruencia.

CONSIDERANDO: Que conforme dispone el art. 359 de la L. E. Civ., las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, por lo que la congruencia exige, según tiene reiteradamente establecido la jurisprudencia, los siguientes requisitos: a) que el Fallo no contenga más de lo pedido por las partes, faltándose 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 pretendido por las partes, por lo que se falta a este requisito, incurriendo en incongruencia negativa, cuando la sentencia omite la decisión sobre algunas de las pretensiones deducidas en el proceso; 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 sustituye alguna de las pretensiones deducidas por las partes por otra que no ha sido formulada.

6. RECURSO DE CASACION

PRINCIPIO «IURA NOVIT CURIA».

S 16 diciembre 1982 (RA 7826)

No es dable solicitar la aplicación de ese principio por la recurrente, en el escrito de casación, con el fin de por ello verse soslayada de la obligación de cumplir con el rigor formalista del recurso.

CONSIDERANDO: Que, tal y como destacan el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, los defectos de planteamiento del recurso formalizado contra la Sentencia de la Magistratura de Trabajo son impositivos de la viabilidad del único motivo de casación que contiene, en el que se denuncian la aplicación indebida del art. 17, núm. 3 del D. de 11 noviembre 1977; además, el examen de su sucinto contenido argumental obliga a destacar que la sentencia recurrida realmente no ha aplicado la disposición contenida en aquel precepto, en cuanto condena exclusivamente a la entidad recurrente y absuelve a la empresa codemandada, pese a la pretensión de aquélla en el sentido de que ésta fuera condenada a satisfacer en parte las pretensiones del actor, a virtud de lo que el precepto legal dicho dispone, cuya infracción se denuncia bajo un concepto equivo-

cado; defectos que no pueden sanarse por la Sala como postuló «in voce» el Letrado recurrente, dado que la aplicabilidad del principio «jura novit curia» no cabe en el orden procesal, singularmente en aquellos de sus preceptos que son de derecho necesario y por ende de obligado cumplimiento para las partes y para el Tribunal.

GRAVAMEN.

S 9 octubre 1982 (RA 6137)

No están legitimados para recurrir en casación quienes no hayan sufrido gravamen por el fallo de la sentencia.

CONSIDERANDO: Que el recurso de casación, sólo se da contra el Fallo de la sentencia de instancia, pero no contra la fundamentación jurídica que le antecede, y en el que puso fin a la pretensión de la trabajadora demandante, que postuló se declarara la «improcedencia del mismo —despido—, así como la obligación de reincorporación la suscrita a su puesto de trabajo una vez finalizado su mandato sindical, quedando en situación de excedencia forzosa entre tanto», se declaró «desestimando la demanda... debo absolver y absuelvo a éste —empresa demandada— de la misma, declarando extinguida la relación laboral que les ligó, por voluntad de la trabajadora», Fallo absolutorio que evidencia la falta de interés para recurrir contra el mismo la empresa demandada, lo que lleva a la conclusión de que no está legitimada para interponerlo contra sentencia en la que fue absuelta de la pretensión contra la misma deducida, al faltar el presupuesto procesal requerido para impugnar el Fallo de instancia, de conformidad con la doctrina jurisprudencial de esta Sala, en la que se declara que sólo la parte a la que la resolución de instancia resulte desfavorable, puede como perjudicada o agraviada por ella, utilizar los medios de impugnación que

la Ley concede para que se revoque o reforme y entre ellos, destacadamente el recurso de casación, al carecer de interés y de legitimación para recurrir quien no sufra ningún gravamen con la sentencia al ser el legitimador del recurso, ya que lo primero que se requiere para verificarlo es interés, al ser idea íntimamente ligada a la de vencimiento, de ahí que carezcan de la mencionada legitimación activa para realizarlo quienes no lo sufran con el pronunciamiento de instancia, pues el recurso no procede contra el Fallo totalmente absolutorio por la parte que lo ha sido, dado que presupuesto fundamental es que el gravamen provenga de la parte dispositiva de aquél —SS. de 7 mayo 1979 y las en ella citadas; 5 noviembre 1980, 9 febrero y 6 mayo 1981 y las reseñadas en éstas y 17 julio último—; doctrina que aplicada al recurso formalizado por la empresa demandada da lugar a la improcedencia del mismo, sin posibilidad legal de examinar los motivos en él articulados y con las consecuencias previstas en el art. 176 de la L. Pro. Lab. en relación con la condena, al abono de los honorarios profesionales del Letrado defensor de la trabajadora recurrido y pérdida del depósito constituido para recurrir.

LETRADO.

S 10 diciembre 1982 (RA 7794)

Quando la Ley exige que el recurso de casación se formalice por Letrado, se entiende que lo es quien está habilitado para ejercer como tal por el Colegio correspondiente.

CONSIDERANDO: Que como cuestión previa a la del examen de los cuatro motivos del recurso se plantea la que suscita la parte recurrida y el Ministerio Fiscal, relativa al Letrado que interpuso el recurso, que no figura incorporado al Colegio de Abogados de la Provincia de Gerona, ni en

la calidad de ejerciente ni en condición de no ejerciente (certificación folio 122 de los autos), por lo que no es computable como válido, el tiempo en que debieron tramitarse el recurso de suplicación primero y el de casación después, cuyo plazo de diez días ha de estimarse transcurrido, por aplicación de los arts. 154 y 169 de la L. Pro. Lab., sin que el caso del Letrado expresado esté comprendido en la Ley de 8 julio 1980 que facultó a los Letrados que actuaran en la instancia para formalizar los recursos de que sean susceptibles dichos asuntos sin necesidad de incorporarse a los Colegios donde radiquen los Tribunales donde aquellos se sustancien aunque sí comunicarlo al Decano del Colegio receptor que lo habilitará para actuar como Colegiado a todos los efectos y dado que el Letrado aludido no defendió al actor en el juicio ante la Magistratura; planteamiento que merece acogida porque si por la Ley Procesal (Civil o Laboral) se exige, en determinados casos, la intervención de Letrado, por tal ha de entenderse no sólo el que tiene título facultativo para ello sino que, además, cumple los requisitos legales que habilitan para el ejercicio de la profesión de Abogado, y que se fijan en los Reglamentos Orgánicos en orden a incorporación al Colegio, alta en los mismos y pago de cuotas económicas por ejercicio profesional; por lo que si el recurso de casación exige la intervención de Letrado, conforme al art. 10, párr. 4.º de la L. Pro. Lab., al no concurrir la condición legal y reglamentaria de tal en el que ha formalizado el que se examina por lo que se ha superado el plazo legal señalado para el recurso, el mismo ha de tenerse por no interpuesto; pronunciamiento judicial que impide entrar en el estudio de los motivos que se plantean.

7. RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY

INFRACCIÓN DE DOCTRINA LEGAL.

S 22 diciembre 1982 (RA 7893)

Concepto de doctrina legal.

CONSIDERANDO: Que debe entenderse como doctrina legal, invocable para pretender la casación de una sentencia, la declarada en repetidas sentencias del T. S. con valor normativo, que revelen el modo uniforme de aplicar el Derecho; y ello, tan sólo si se da una coincidencia, o analogía muy próxima entre los supuestos de hecho probados en el proceso pendiente y los que determinaron aquellas sentencias que se invocan como de contenido constante y uniforme; y, claro es, cuando a las pretensiones mantenidas en la litis vigente deba aplicarse aquella «ratio decidendi», la misma causación o razón decisiva, que dio lugar a las sentencias pretéritas.

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS.

S 18 diciembre 1982 (RA 7843)

Requisitos para que pueda prosperar este submotivo.

CONSIDERANDO: Que dada la improcedencia de incluir en la narración histórica de la sentencia todo cuanto queda acreditado por las diferentes pruebas incorporadas al proceso, y, por contra, siendo obligada la precisión de aquellos extremos en directa relación con los hechos constitutivos, impeditivos, o extintivos ofrecidos por las partes, la doctrina legal, consolidada por esta Sala a través de muy reiteradas sentencias, tiene precisado que sólo pueden rectificarse los hechos probados contenidos en el pronunciamiento de instancia, tal y como dispone el art. 167, en su núm. 5, de la L. Pro. Lab., si en el motivo de casación que

denuncie el error de hecho, concurren las siguientes circunstancias: a) precisión y claridad en la indicación del hecho que se niegue o de su falta, en el correspondiente Resultando; b) invocación del documento, o pericia, que por sí mismo, así lo evidencie con plenitud, de forma clara, directa y patente, sin que resulten necesarias a este fin argumentaciones, deducciones o interpretaciones valorativas; c) exactitud, en su caso, del texto a suprimir y del que haya de incluirse en su lugar, o para cubrir la laguna que se señale; d) trascendencia suficiente de la supresión, de la adición o de la enmienda para afectar a la fundamentación jurídica en que el fallo se apoya; e) de haber varias pruebas documentales, y, o, periciales que presenten pruebas plurales en divergencia, tan sólo podrán apoyar el error invocado aquellas pruebas provenientes de organismos o profesionales que ofrezcan una mayor solvencia, relevancia o fundamentación científica respecto de las que sirvieron de base al Magistrado «a quo» para formar su convicción; g) que no se pretende, en modo alguno, una nueva valoración de toda la prueba aportada al proceso.

8. RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA

FALTA DE CITACIÓN.

S 27 noviembre 1982 (RA 6898)

No puede prosperar este motivo si la parte, existiendo la falta de citación, subsanó personalmente la misma.

CONSIDERANDO: Que según doctrina jurisprudencial que, por ser reiteradísima, no cabe ignorar, la imposibilidad de que pueda prosperar el recurso de casación por quebrantamiento de forma se produce cuando en el momento procesal oportuno del juicio no se ha formulado protesta formal con relación a la falta que después se

denuncia haberse cometido —SS. 9 diciembre 1963, 23 septiembre 1968 y 3 octubre 1972—, en cuanto la falta no ha causado indefensión en quien alega, lo que impide la denuncia eficaz de defectos en el emplazamiento por quien luego se persona en tiempo hábil en el juicio —SS. 14 junio 1969 y 29 noviembre 1972— o cuando las diligencias observadas en las notificaciones, citaciones y emplazamientos hubiesen sido subsanadas por el consentimiento expreso o tácito del perjudicado, lo que tiene lugar cuando el mismo se da por enterado en el juicio (art. 39 del Texto de Procedimiento Laboral y como todas estas circunstancias negativas se dan en el caso de quien aquí recurre, que no se vio afectado en sus derechos ni formuló protesta alguna en ningún momento del proceso seguido en la instancia, por lo que ahora constituye motivo de su reclamación de haberse incumplido en la tramitación del juicio las prevenciones de los arts. 30 y 32 del Texto de Procedimiento Laboral, al no haber constancia en los autos de las diligencias de notificación y emplazamiento de las partes, y de la fe del Secretario sobre el contenido del sobre remitido por correo para la práctica de aquéllas y son inconsistentes las razones para que pueda ser acogido el presente recurso, con apoyo en un solo motivo de casación, fundado en el núm. 1.º art. 168 del Texto de Procedimiento Laboral y a través del cual no se trata de justificar la informalidad a que el precepto se refiere de falta de citación de cualquiera de las partes, sino la inobservancia de los requisitos intrínsecos a que hace referencia la normativa antes citada, omisiones que ciertamente impidieron la presencia de la parte demandada en el juicio, sin duda respondiendo al oportuno incumplimiento de lo acordado en providencia obrante en autos, de 17 junio 1981 para citación de las partes con constancia en los acuses de recibo también unidos al procedimiento y que la parte recurrente ahora duda en identificar.

DENEGACIÓN DE DILIGENCIA DE PRUEBA ADMISIBLE SEGÚN LAS LEYES.

S 2 octubre 1982 (RA 6092)

Requisitos para que pueda prosperar este motivo.

CONSIDERANDO: Que en cuanto al contenido —y las alegaciones incorporadas— del motivo cuarto, ha de considerarse que la prueba propuesta en el escrito de 24 abril 1980 (que no el 4 de dicho mes, como se dice en el recurso) es de evidencia, que sobre dicho escrito se proveyó por el Juez «a quo» el día 25 abril (folio 136), declarándose no haber lugar a su práctica, «sin perjuicio de que pueda reproducirse en el acto del juicio»; esta providencia no fue objetada —en vía de reposición— ni tampoco consta que lo fuera en el acto del juicio y se formulase la obligada protesta; se excluye pues la viabilidad de los motivos objeto de examen ante la constante doctrina de esta Sala interpretativa del art. 168, núm. 3, de la L. Pro. Lab. y que se sintetiza en los presupuestos (determinantes de la viabilidad del recurso) en las siguientes concreciones concurrentes: a) que se haya negado alguna diligencia de prueba propuesta por la parte que lo promueve; b) que dicha parte haya formulado la oportuna protesta por la denegación; e) que no se trate de diligencias de prueba cuya práctica quede al arbitrio judicial —SS. de 5 mayo 1967 y 11 junio 1971; y d) que es necesario además que la denegación determine indefensión —SS. de 28 enero 1970, 17 mayo 1971 y 24 noviembre 1972.

9. PROCESO POR DESPIDO

REQUISITOS FORMALES: CARTA DE DESPIDO.

S 30 noviembre 1982 (RA 6914)

Finalidad y contenido de la misma.

CONSIDERANDO: Que... la carta de despido constituye una garantía que la Ley otorga al trabajador para que si impugna la decisión empresarial pueda hacerlo con conocimiento de los hechos que se le imputen y la consiguiente preparación de los medios de defensa, expresiones todas que, de alguna manera, podrían resumirse en la exigencia del requisito esencial de la inequívocidad, esto es que en la carta figuren descritos los hechos motivadores del despido, de tal forma que el trabajador despedido tenga la oportunidad de conocerlos de manera cierta e indubitada y, por consiguiente, pueda, si lo desea, defenderse de las imputaciones contenidas en los mismos... pues la carta de despido, que es en nuestro derecho un acto formal, en cuanto exige unos requisitos de naturaleza «ad solemnitatem» y cuya falta acarrea su nulidad, admite en cambio plurales formas de expresión siempre que su destinatario, el trabajador, esté en condiciones de conocer los hechos motivadores del despido.

REQUISITOS FORMALES: COMUNICACIÓN DEL DESPIDO AL COMITÉ DE EMPRESA.

S 26 octubre 1982 (RA 6254)

Su falta no convierte en nulo al despido.

CONSIDERANDO: Que es constante y reiterada la doctrina elaborada por esta propia Sala, de la que son buena muestra las SS. de 15 diciembre 1979 y 19 mayo 1981, en el sentido de que la omisión de la dación de conocimiento del despido a los representantes de los trabajadores en el seno de la empresa, prevista en el art. 34.2 del R. D.-Ley de 4 marzo 1977, y con igual razón la carencia de informe al Comité de Empresa de las sanciones impuestas por faltas muy graves, establecida en el art. 64-1-6 del E. T. de 10 marzo 1980, no determina «ex lege» la nulidad que el legislador ha reservado

para las especialísimas circunstancias recogidas en el art. 102 de la L. Pro. Lab., sino únicamente la comisión de una infracción de tipo administrativo que podrá ser corregida en el ámbito de la administración, doctrina cuya aplicación hace decaer los 3 primeros motivos del recurso, tendentes por diversos cauces procesales —error de hecho, violación del precitado art. 64-1-6 del E. T., e incongruencia— a la misma y única finalidad de obtener la nulidad del despido debatido por no haber informado sobre él al Comité de Empresa.

10. PROCESO POR DESPIDO DE REPRESENTANTE DE LOS TRABAJADORES

REQUISITOS FORMALES: EXPEDIENTE CONTRADICTORIO.

S 2 noviembre 1982 (RA 6475)

Requisitos del mismo para que el despido no sea nulo.

CONSIDERANDO: Que referido el primer motivo formulado al amparo del núm. 1.º del art. 167 de la L. Pro. Lab. por violación de su art. 111 al incumplimiento de las prescripciones legales en orden al expediente contradictorio exigible en los supuestos de despido de los miembros del Comité de empresa o delegados de personal, es obligado su examen al margen incluso de las exigencias y limitaciones propias del recurso de casación, teniendo en cuenta su naturaleza de orden público procesal, pudiendo, por consiguiente, la Sala declarar la nulidad de oficio cuando el requisito que falte sea esencial de tal forma que el acto no pueda desplegar su eficacia normal por faltar alguna exigencia de rígida observancia y obligado cumplimiento y en este caso el problema que se plantea es si un expediente disciplinario en el que las circunstancias personales del instructor y las relacio-

nes con la empresa no fueron puestas en conocimiento del trabajador y en el que tampoco hubo designación, ni por tanto intervención de Secretario, cumple o no los requisitos que hay que deducir del artículo citado en relación con el art. 68 a) del Estatuto de los Trabajadores, y en este sentido debe señalarse conforme la jurisprudencia de esta Sala que aun aplicada a un sistema normativo distinto tiene hoy plena vigencia, lo siguiente: 1.º Que en los expedientes disciplinarios han de nombrarse Instructor y Secretario y si no consta su nombramiento el expediente es nulo —SS. de 16 febrero, 12 abril y 19 diciembre 1976, entre otras—, pues uno y otro son imprescindibles en los mismos para desempeñar las funciones que respectivamente les corresponden. 2.º Que es necesario que se notifique el nombramiento del Instructor y del Secretario, así como sus circunstancias personales, su condición y su categoría con objeto de que el trabajador pueda comprobar si concurre alguna causa de inidoneidad —SS. de 2 noviembre 1970 y 4 junio 1976—, 3.º Que el expediente ha de ser contradictorio, esto es, que ha de darse audiencia al interesado así como la oportunidad de rechazar las imputaciones contenidas en el correspondiente pliego de cargos, de solicitar pruebas y de que éstas se practiquen, siendo razonables —SS. de 22 octubre 1964 y 30 abril 1975— y 4.º Audiencia del Comité de Empresa o restantes delegados de personal, de todo lo cual se deriva que la falta de Secretario y la carencia de comunicación al interesado de las circunstancias del Instructor son hechos suficientes para decretar la nulidad del expediente y por consiguiente del despido, por lo que procede sin necesidad ya de examinar los demás motivos dictar otra sentencia más ajustada a derecho.

11. PROCESO POR RECLAMACIONES ENTRE AGENTES Y EMPRESAS FERROVIARIAS

RECLAMACIÓN PREVIA.

S 4 diciembre 1982 (RA 7449)

El no haberse dirigido el escrito de reclamación previa al órgano competente, si se deduce ello no obstante del propio escrito la intención del reclamante de cumplir con el art. 138, II LPL, no puede ser motivo suficiente para considerar nulo el proceso.

CONSIDERANDO: Que la parte recurrente, personada para formalizar únicamente este recurso por infracción de ley, amparándose en el art. 167 de la L. Pro. Lab., propone dos motivos, el primero acogiendo al ap. 1.º del mencionado precepto, acusa violación del art. 138 de la misma Ley, y el segundo, citando el quinto apartado, achaca error de hecho porque a su juicio no se ha agotado la vía previa a que se refiere el precepto antes citado; por razón de método, se examina éste en primer lugar y si bien el documento del folio 3 que propone para demostrar su aserto, no va dirigido al «Director de la Compañía» porque no se utiliza esta expresión literal, si está encaminado a dicho directivo y con la clara y expresiva pretensión de reclamación previa, porque así consta en el escrito en el que incluso usando de aquella palabra, se le anuncia como antecedente inmediato a la reclamación ante la Magistratura, siendo la culminación de otras peticiones anteriores, y así, por ello, la misma demandada lo ha tramitado como tal, conforme aparece demostrado por los folios 17, 18, 19, 20 y 21, determinando por tanto la desestimación de este motivo, que conduce inevitablemente al rechazo del primero sin necesidad de mayores consideraciones o razonamientos que también llevarían claramente a la misma conclusión, ya que la infracción atribuida se fundamenta

exclusivamente en la ausencia en el pie del escrito de aquella mención del citado Director, aun cuando se dirige al Jefe de Administración de Personal en Madrid, variación intrascendente como lo demuestra la misma conducta de la demandada de la que anteriormente se ha hecho referencia; por ello, de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, se desestima el recurso.

12. PROCESO DE REVISIÓN

OBJETO.

S 13 octubre 1982 (RA 6162)

La revisión procede sólo contra las sentencias firmes dictadas por las Magistraturas, no contra las sentencias de casación.

CONSIDERANDO: Que el art. 189 de la L. Pro. Lab. dispone que contra cualquier sentencia firme dictada por la Mag. Trab., procederá al recurso de revisión previsto en la L. E. Civ., sin alusión alguna en su texto a que tal firmeza la haya adquirido previo agotamiento de los recursos de duplicación o casación que contra la misma pudieran haberse interpuesto, por lo que esta Sala en su S. de 17 mayo 1961 declaró, que «es doctrina reiteradísima proclamada en múltiples resoluciones de este Tribunal, que el recurso extraordinario de revisión, no puede interponerse nunca contra las sentencias de casación, tanto si estiman como si rechazan ese recurso, y que únicamente puede admitirse cuando se dirija contra la sentencia de instancia, caso de que haya quedado firme en sus acuerdos, o se haya desestimado el recurso de casación contra ella entablado, o contra la segunda sentencia que este Tribunal pronuncie sobre el fondo, por haber casado y anulado la recurrida»; doctrina que con toda claridad pone de manifiesto que la interposición del recurso extraordinario de

revisión, sólo queda supeditado a la firmeza de la sentencia de instancia al ser legalmente factible verificarlo sin necesidad de que previamente se haya utilizado el recurso de duplicación o casación que contra aquella pudiera haberse interpuesto ya que el único requisito requerido por el artículo 189 citado, es que se trate o verse sobre sentencia firme, y así se viene aplicando de manera constante y reiterada esta Sala al conocer de recursos extraordinarios de revisión, sin requerir otro presupuesto que el de la firmeza de la sentencia de instancia, y no el que contra la misma la parte hubiera interpuesto recurso de duplicación o casación según procediera, cuestión ésta que por afectar a normas rectoras de procedimiento, son de orden público procesal, de inexcusable observancia y cumplimiento, por lo que incluso de oficio hubiera tenido que entrar a conocer de la misma en el supuesto mantenido por las partes codemandadas.

DOCUMENTOS DECISIVOS.

S 14 octubre 1982 (RA 6163)

Requisitos para que pueda prosperar esta causa de revisión.

CONSIDERANDO: Que la jurisprudencia tiene precisado como doctrina legal constante «que para que un documento como los aludidos (en el artículo 1796 de la L. E. Civ.) produzca los apetecidos efectos revisorios, es necesario lo siguiente: a) ha de ser anterior o coetáneo al proceso primitivo; b) ser evidente que de haber estado a disposición de la parte lo hubiera utilizado en aquel entonces, c) no lo utilizó porque la fuerza mayor o la contraparte se lo impidieron; d) si entonces se hubiera hecho uso de él, por ser de tal importancia, hubiera variado el signo del primitivo fallo» —SS. de 15 octubre, 12 noviembre y 9 diciembre 1981—, entre las recientes.

PROCESAL ADMINISTRATIVA

JULIO GARCÍA CASAS
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

SUMARIO (continuación):

4. Procedimiento de primera o única instancia. 4.0. Plazo de interposición del recurso. 4.1. Alegaciones previas. Inadmisibilidad. 4.2. Nulidad o anulabilidad de actuaciones. 4.3. Prueba. 4.4. Sentencia. 4.5. Otros modos de terminación del procedimiento. — 5. Recursos ordinarios contra sentencias. 5.0. Recurso de apelación. — 6. Recursos extraordinarios contra sentencias. 6.0. Recurso extraordinario de apelación «en interés de ley». 6.1. Recurso de revisión. — 7. Ejecución de sentencias. — 8. Procedimientos especiales. 8.0. Procedimiento especial en los casos de suspensión de acuerdos de las Corporaciones Locales por infracción manifiesta de las leyes. — 9. Disposiciones comunes. 9.0. Suspensión de la ejecución del acto o de la disposición objeto del recurso.

4. PROCEDIMIENTO DE PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

4.0. Plazo de interposición del recurso

NOTIFICACIONES DEFECTUOSAS POR FALTA DE INDICACIÓN DE ÓRGANO Y PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO. CONVALIDACIÓN.

§ 3 julio 1981 (Sala 5.ª) (RA 2964)

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia, estimando recurso interpuesto por un particular sobre defecto de notificación de una Resolución del Ministerio del Interior sobre aplicación de un Decreto, que declaró la inadmisibilidad de un recurso interpuesto

contra aquélla. La Sala declaró la procedencia de que la Administración examine y decida sobre la cuestión de fondo planteada en el recurso. Interpuesta apelación por la Abogacía del Estado, el TS desestima el recurso, confirmando la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que en el presente recurso ordinario de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado, conviene ante todo centrar la cuestión que da motivo a la misma, ya que en sus alegaciones el representante de la Administración entiende que la sentencia combatida debió limitarse a decir si era correcta y atendible la petición del recurrente de nulidad de la Resolución de 21 noviembre 1977, y no

concurriendo en ella vicio de nulidad debió desestimar el recurso, mas es lo cierto que la Audiencia Nacional declaró la nulidad de aquella Resolución tan sólo en el extremo contenido en la misma en cuanto a su notificación en que no se contienen, como es preceptivo, la indicación de los recursos procedentes y plazo para interponerlos; y como no consta en autos la notificación efectuada y si tan sólo el mes y año en que se hizo, vienen a ser de aplicación, como se dice en la sentencia recurrida, las previsiones de los arts. 79, 3 y 4 de la L. Pro. Adm. y 59 de la Ley Jurisdiccional, y como el recurso de reposición se interpuso antes de que transcurrieran los 6 meses que hubieran sanado este defecto formal, el «dies a quo» es precisamente el de presentación del recurso, como tiene reiteradamente declarado la Jurisprudencia de este Tribunal —SS., entre otras, de 8 marzo 1971, 1 julio 1970, 9 mayo 1972, 18 y 23 marzo, 22 junio y 24 septiembre 1964— y siendo esto así trae como obligada consecuencia, y así lo hace la Sentencia de la Audiencia Nacional, la nulidad de la Res. de 30 septiembre 1978, que declaró la inadmisibilidad del recurso de reposición por extemporáneo, sin entrar en el fondo del asunto, procediendo, en cambio, que, por las razones expuestas, la Administración admita el referido recurso de reposición y examine y decida sobre las cuestiones planteadas en el mismo, haciendo así factible la función eminentemente revisora que corresponde a esta Jurisdicción, sin que las razones de economía procesal alegada por el recurrente pueda, en el presente caso, aconsejar una resolución por esta Jurisdicción de lo que debió resolver la Administración, porque si en ocasiones así es pertinente por presumirse razonablemente lo que la Administración habría decidido, no lo es cuando no cabe tal presunción, pues entonces la Jurisdicción invadiría atribuciones que corresponden a la Administración, máxime cuando, como se adjunta en la Sen-

tencia de Instancia, se han producido nuevos supuestos legales que podrían ser tenidas en cuenta por la Administración, pero no por esta Sala que debe limitarse, insistimos, a la función revisora, que presupone la decisión administrativa.

CÓMPUTO DE MESES EN LOS PLAZOS. INADMISIBILIDAD DEL RECURSO POR INTERPOSICIÓN EXTEMPORÁNEA.

S 23 septiembre 1981 (Sala 4.ª)
(RA 3747)

La Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial declara la inadmisibilidad de un recurso interpuesto por un particular contra Acuerdo de un Ayuntamiento, denegatorio de la licencia de obras, solicitada por el recurrente. Apelada la sentencia, el TS aceptando los considerandos de la sentencia apelada, desestima el recurso, confirmando aquélla.

Considerandos de la sentencia apelada:

Que de conformidad con lo dispuesto en el art. 58 de la Ley de la Jurisdicción, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el siguiente a la notificación del acuerdo resolutorio del recurso de reposición si es expreso, y atendido que el art. 82 de la propia Ley, dispone que se declarará la inadmisibilidad del recurso contencioso cuando se hubiere presentado el escrito inicial fuera del plazo establecido.

Que la representación legal de don Joaquín A. C., presentó el recurso interpuesto contra el acuerdo en cuestión, el día 5 de abril 1977, según resulta de la diligencia extendida por la Secretaría de Gobierno de esta Audiencia, mientras que la notificación del acuerdo lo fue, según se desprende con meridiana claridad de la copia obrante al folio último del expediente

municipal, con fecha 1 febrero 1977, escritas a mano junto a las firmas acreditativas de la notificación, como en tinta; fecha que a su vez viene asimismo corroborada por los datos que figuran en la página inicial del expediente, en la que se dice «Empieza en 24 junio 1974», «Termina en 1 febrero 1977».

Que habiendo quedado indudablemente probado que el recurso fue interpuesto fuera del plazo legal, procede de conformidad con la normativa expuesta declarar su inadmisibilidad.

Que no existen méritos para una expresa imposición de costas.

Considerandos del Tribunal Supremo:

Que en el escrito de alegaciones formulado por don Joaquín A. C., en el recurso de apelación por él interpuesto, se aduce, fundamentalmente, que, según acredita la certificación que acompaña, expedida por el Secretario del Ayuntamiento, el acuse de recibo notificadorio del acuerdo municipal impugnado lleva fecha 4 febrero 1977; alegación que no desvirtúa los razonamientos recogidos en los considerandos de la sentencia recurrida, aceptados por esta Sala, en los que se llega con acierto a la conclusión de que concurre la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 82, ap. f), de la Ley reguladora, consistente en la presentación del escrito inicial del recurso contencioso administrativo fuera del plazo establecido, ya que —con independencia de no existir en el expediente constancia alguna de la fecha de recibo que ahora es alegada— resulta manifiesto que al ser presentado el aludido escrito inicial en la Audiencia el día 5 abril 1977 había transcurrido con exceso el plazo de dos meses que señala el art. 58, núm. 1, de la Ley jurisdiccional, efectuando el cómputo de fecha a fecha, a tenor de lo dispuesto en el art. 5.º del C. Civ., en la redacción dada al Título Preliminar por el D. de 31 mayo 1974, con criterio que coincide, en el caso actual, con el

sustentado en el art. 60 de la L. Pro. Adm. de 17 julio 1958.

Que, por cuanto antes se expone, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia apelada; sin que, con arreglo a lo prevenido en el art. 131 de la Ley reguladora de la Jurisdicción, sea de apreciar temeridad o mala fe para imposición de las costas causadas en esta segunda instancia.

INADMISIBILIDAD POR HABER SIDO INTERPUESTO TRANSCURRIDO EL AÑO DE HABER SIDO INTERPUESTO EL PRECEPTIVO RECURSO DE REPOSICIÓN. NATURALEZA REVISORA DE ESTA JURISDICCIÓN: EXAMEN DE OFICIO DE TODAS LAS CUESTIONES QUE OFREZCA EL PROCEDIMIENTO.

S 2 noviembre 1981 (Sala 4.ª)
(RA 4721)

La Sala de la Audiencia, en un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular contra la denegación presunta por silencio administrativo por parte de un Ayuntamiento de una petición suya dirigida a que le fuera notificado expresamente el acuerdo municipal en orden a la concesión de una licencia para levantar un edificio, la Sala —decimos— dicta sentencia declarando la inadmisibilidad del recurso. Promovida apelación por el recurrente, el TS, aceptando los considerandos de la sentencia apelada, la confirma, desestimando la apelación interpuesta por el particular.

Considerandos del Tribunal Supremo:

Que aunque en materia de defectos formales, debe ser misión fundamental de los Tribunales de esta jurisdicción, siempre que ello sea posible, mejorar el procedimiento de forma que pueda llegarse a su final, es decir, a resolver sobre el fondo, a fin de pronunciarse sobre lo que es la esencia misma del recurso contencioso-administrativo.

nistrativo, concretada en la determinación de la conformidad o disconformidad jurídica de los actos administrativos residenciados en dicho recurso, tal permisible flexibilidad no puede, por el contrario, aplicarse cuando se trata de la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, al encontrarse esta materia sometida a una mayor disciplina, calificada, incluso, como de orden público o de derecho necesario —ius cogens—, lo que lleva a descartar toda idea de disponibilidad en el ejercicio del control del Tribunal sobre la aludida cuestión.

Que en el presente supuesto, es de todo punto evidente, que el recurso interpuesto por don ..., hoy apelante, es inadmisibile, tal como con acierto y claridad se razona en la sentencia que ahora se revisa, conclusión que es insoslayable, toda vez que, insistiendo en parte en los argumentos de aquélla, el recurrente ejerció en este procedimiento contencioso-administrativo, la misma pretensión que en su día —escrito presentado ante el Ayuntamiento apelado el 23 enero 1974— instó, en forma de recurso de reposición, tal como expresamente es encabezado el mencionado escrito, ya que en ambas vías se solicitó la anulación de la licencia concedida, para construir un edificio de apartamentos de cuatro plantas, y al encontrarnos ya en la vía del aludido recurso de reposición, el contencioso-administrativo debía ser interpuesto dentro del plazo de un año fijado en el art. 58-2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, lo que no realizó el hoy apelante, por cuanto formuló el presente recurso contencioso-administrativo el 31 diciembre 1976, plazo del año que no puede ser modificado, por el hecho de que en el lapso de tiempo transcurrido entre las dos últimas fechas mencionadas, por aquél se presentaron otros escritos ante el Ayuntamiento de Alfaz del Pi, instando la notificación de un hipotético acuerdo municipal, lo que es una cuestión totalmente al margen de la pretensión ejercida en este procedi-

miento, tal como ha sido ya delimitada anteriormente.

Que frente a tan claras circunstancias del presente recurso contencioso-administrativo, el hoy apelante alega como único fundamento serio de oposición a la inadmisibilidad declarada en la primera instancia, que el escrito presentado en la vía administrativa el 23 enero 1974, era un simple escrito de denuncia, como otros muchos que dirigió a diversos órganos de la Administración, alegación que no es posible aceptar, por cuanto al aludido escrito, y como con toda claridad se expresa en su encabezamiento, tuvo por objeto «interponer dentro de plazo legal recurso de reposición contra el mencionado acuerdo de concesión de dicha licencia y contra la licencia misma».

4.1. Alegaciones previas: Inadmisibilidad

EXTEMPORANEIDAD EN EL PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO. INADMISIBILIDAD.

S 8 julio 1981 (Sala 3.ª) (RA 5171)

El TS estimando la apelación interpuesta por la Abogacía del Estado, revoca la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial, y en su virtud desestima el recurso interpuesto contra Resolución de la Delegación de Trabajo de Alicante, confirmada en alzada por Resolución de la Dirección General de Empleo, la segunda desestimatoria del recurso de reposición.

Considerandos de la sentencia apelada que se aceptan:

Que con carácter preferente debe ser examinada la alegación de inadmisibilidad del recurso invocada por el señor Abogado del Estado, al amparo de la causa contenida en el art. 82, ap. f), en relación con el art. 58 de la

Ley Reguladora de la Jurisdicción, por estimar que el recurso contencioso-administrativo fue presentado cuando había transcurrido con exceso el plazo legal de dos meses, pero se basa el cómputo que a tales efectos realiza en la fecha del 3 febrero 1973 en la que manifiesta tuvo lugar la notificación por correo de la resolución impugnada, sin que este aserto pueda estimarse acreditado ya que tanto el art. 80-1) de la L. Pro. Adm., como la Orden del M.º Gobernación de 20 octubre 1958 sobre aplicación por el servicio de Correos de los arts. 66 y 80 de la citada Ley de Procedimiento, exigen la constancia de la fecha de la recepción por el destinatario y es de observar que tal requisito ha sido omitido en el aviso de recibo unido al expediente, lo que impide tener por hecha la notificación referida en la fecha en que se pretende iniciar el cómputo del plazo para recurrir y en consecuencia debe ser desestimada la excepción propuesta.

Que en los Fundamentos de Derecho del escrito de demanda, se postula y argumenta sobre la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida, por infringir el art. 47-1-c) de la L. Pro. Adm. al haber sido dictada por Órgano manifiestamente incompetente, y aunque ninguna petición concordante con esta alegación consta en la súplica de dicho escrito, por el carácter de orden público procesal que en su caso tendría que ser enjuiciada como primera cuestión a decidir.

Considerandos del Tribunal Supremo:

Que establecida en la Sentencia apelada la desestimación de la causa de inadmisibilidad invocada por la representación de la Administración, no reiterada en esta segunda instancia, y sí la incompetencia del órgano resolutorio que, en vía de alzada confirmó el acuerdo de la Delegación Provincial de Trabajo de Alicante, la problemática inicial de la naturaleza del acto objeto

de sanción por infracción del art. 2.º del D. de 26 enero 1944, ya que habiendo resuelto la Dir. Gral. Empleo, confirmando la resolución originaria, la sentencia impugnada en esta apelación atribuye el conocimiento exclusivo y excluyente, como derivación del carácter atribuida a la cuestión suscitada, a la Dir. Gral. Trabajo, reconociéndose por las mismas partes las dificultades que entraña la temática que, como previa, se ha provocado con la conclusión establecida en la sentencia apelada, pero como hemos indicado el «substratum» del problema radica en discernir sobre el supuesto fáctico sancionado, y, en este orden, no puede olvidarse que sobrevino la multa en razón a «no haberse cubierto las vacantes existentes en la plantilla de la Entidad, a pesar de los requerimientos de la Inspección de Trabajo de fecha 16 enero 1971 y 28 octubre de igual año», supuesto que debe ser conectado con las atribuciones y competencias asignadas tanto a la Dir. Gral. de Empleo, como a la de Trabajo.

Que establecido lo anterior, hemos de tener presente lo previsto en el art. 1.º del D. de 21 febrero 1963 que expresamente dispone que «será competencia de la Dir. Gral. de Empleo el conocimiento y resolución, en primera y segunda instancia, según proceda, de los expedientes derivados de la aplicación del D. de 26 enero 1944, sobre crisis de trabajo y de la Ley 61/1961, de 22 julio, relativa al seguro de Desempleo, sobre autorización de alteración de plantillas, despidos, suspensión y reducción del tiempo de prestación de servicio de los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea la causa que la motive», y, en el caso concreto de autos, la actitud o conducta observada por la empresa implica una aparente alteración de plantilla que se ofrece como un supuesto consumado, pues no solamente como derivación de los requerimientos efectuados, se observa una pasividad, sino incluso cuando fue llevada a efecto la formalización del expediente sanciona-

Los razonamientos que se expusieron no fueron conformados con los elementos justificativos que pudieran servir de apoyatura a la tesis expuesta y que, como acreditativos, permitieran establecer un criterio valorativo sobre los hechos objeto de enjuiciamiento, porque lo que con tal pasividad permite deducir es una alteración de plantilla respecto de una oficina abierta al público en beneficio de agencias o sucursales, que posteriormente inauguradas deben contar con el personal adecuado e idóneo para la prestación del servicio proyectado al tiempo de su apertura o inauguración, máxime cuando lo normal es su emplazamiento en zona que no afecte a la influencia y desenvolvimiento de otra oficina de la misma empresa, y, este hecho, dadas las condiciones de desarrollo del expediente, no ha sido desvirtuado, presuponiendo tal actuar una alteración de hecho de plantillas, cuyo conocimiento no sólo en razón a estimarse infringido el artículo 2.º del D. de 26 enero 1944, como expresión de tipificación, sino en lo que se ha razonado, corresponde a la Dir. Gral. de Empleo, por lo que procede revocar la sentencia recurrida, entrando, como derivación de los principios rectores del recurso de apelación, en el examen de la cuestión sustantiva planteada.

Que la esencia de la argumentación llevada a efecto frente a las resoluciones sancionadoras —originaria y de alzada— se limitó a una estimación valorativa, de orden interpretativo, de los preceptos aplicados encaminada a desvirtuar la idea de alteración unilateral de la plantilla, mediante la conjugación en la total amplitud de una empresa de ámbito nacional, de un problema localizado en una oficina de una población determinada, sin que se haga discriminación en orden a los diversos puestos de trabajo, esto es, sin discernir entre lo que son objeto de «capacidad» especial y aquéllos que integran y han integrado la plantilla normal de la oficina que ha sido afectada con la reducción acordada, pues no otra cosa supone la renuente actitud de no cubrir las vacantes producidas en esa plantilla, sin que en tal proceder se haya dado la participación correspondiente a los órganos con facultades para ello, en razón al lugar de desenvolvimiento de la agencia, que exige se establezca como requisito impuesto por el propio Reglamento de Régimen Interior de la empresa, y, comoquiera que no se ha acreditado las circunstancias motivadoras de esa alteración, las razones objetivas de imposición de la sanción subsisten y, en consecuencia procede la desestimación del recurso contencioso interpuesto contra las resoluciones originarias acordadas por la Delegación Provincial de Trabajo de Alicante de 31 mayo 1972 y en alzada y reposición, dictadas por la Dir. Gral. de Empleo de fechas 25 mayo 1972 y 6 diciembre de igual año.

ACTOS QUE SON MERA EJECUCIÓN DE OTRO YA RECURRIDO. FALTA DE AUDIENCIA DEL INTERESADO. ANULABILIDAD DE ACTUACIONES: DOCTRINA LEGAL SOBRE LOS REQUISITOS EXIGIBLES. PRINCIPIO ESPIRITUALISTA EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS DE LA LEY.

S 14 julio 1981 (Sala 4.ª) (RA 3484)

En un supuesto de recursos acumulados, interpuestos contra acuerdos de un Ayuntamiento sobre subasta para la adjudicación de los servicios de barracas similares y embarcaciones típicas, la Sala de la Audiencia Territorial dictó sentencia, cuya parte dispositiva contiene pronunciamientos sobre los recursos planteados, en un caso, declarando la inadmisibilidad del recurso por encontrar ajustado a Derecho el acuerdo municipal impugnado, y en otro, por no haberse producido el acto administrativo previo a la vía jurisdiccional. El TS, en apelación, desestima el recurso y confirma la sentencia apelada.

CONSIDERANDOS: Que los alegatos de los apelantes, combatiendo el pronunciamiento del Tribunal «a quo», de inadmisibilidad del segundo de los recursos acumulados en la primera instancia jurisdiccional, lejos de combatirlo eficazmente, lo que vienen a hacer es reforzarlo, al acentuar la condición secundaria y meramente ejecutiva del acto residenciado en ese segundo recurso (objeto de la pretensión deducida en el primer recurso), respecto del acto principal, como se desprende del simple enunciado formulado y recogido en el paréntesis que antecede; acto de ejecución que, en este caso, pese a lo previsto en el art. 24-2 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9 enero 1953, carece de la autonomía necesaria para habilitar un proceso independiente, al haber sido impugnado el acto principal, al no tener otro objetivo que dar efectividad a éste, para su ejecución y desarrollo, como se ha declarado en las SS. de 17 junio 1899 y 18 abril 1920 y en los Autos de 9 junio 1899, 25 octubre 1947 y 3 marzo 1949, puesto que en el acto de ejecución no se resuelve nada con propia jurisdicción, ni se produce acto administrativo que tenga contenido independiente del que se cumplimenta —Auto de 18 febrero 1936.

Que por otra parte, aunque las declaraciones de inadmisibilidad, en cualquier proceso que dé lugar a ello, responden siempre a consideraciones de orden público y de derecho necesario, como naturalmente ocurre también en el presente caso, lo que permite no extenderse en mayores explicaciones, empero, aquí puede razonarse que, con la inadmisibilidad del segundo proceso, ninguna frustración se produce a los actores, puesto que procesalmente queda incólume el primero de ellos, en el que se ha de decidir el tema esencial, y el único que en realidad interesa a los contendientes.

Que el tema esencial de fondo, al que se acaba de hacer referencia y en el que entramos ya en su enjuicia-

miento está centrado en el acuerdo plenario del Ayuntamiento.

Que si sobrevive el problema básico de la subasta, es porque el propio Ayuntamiento que decretó su suspensión, lo hizo con la intención de esperar a lo que resolvieran los Tribunales; pero, sobre todo, y prescindiendo de la motivación concreta del acuerdo que nos ocupa, porque, en salvaguardia de los derechos de garantía de los administrados, la jurisprudencia ha considerado que la resolución administrativa causa estado (en terminología de la vieja Ley de lo Contencioso) cuando su pronunciamiento subordina la decisión definitiva del caso a la realización de hechos eventuales o indeterminados o se limita a dilatar el procedimiento y su resolución por tiempo incierto o suspende la decisión por tiempo indefinido.

Que, en el supuesto que nos ocupa, los accionantes, sobre todo en esta alzada, discuten la procedencia de aplicar en el mismo el procedimiento de subasta, tanto por las razones que más adelante se analizarán, cuanto por considerar que aun en la hipótesis de que se estime que sus respectivos títulos se encuentran caducados, necesitan un pronunciamiento expreso de la Administración en tal sentido, previa instrucción del pertinente expediente, en el que —dicen— entre otros trámites, será de inexcusable observancia el esencial de audiencia de los interesados.

Que, evidentemente, la concesión, toda concesión, ha de ser incardinada en la categoría conceptual de «negocio fijo», o «negocio de término esencial», lo que quiere decir que esta figura jurídica no es concebible en una dimensión temporal indefinida y que, más pronto o más tarde, la concesión ha de caducar; constituyendo la caducidad un efecto «ex lege», propio de los «negocios fijos», aunque sometido, en principio, para su plena efectividad, al presupuesto («conditio iuris») de la declaración expresa de la Administración; declaración que se limita

a constatar la producción del hecho extintivo de la concesión, y a manifestarlo, para así eliminar toda duda al respecto, y suprimir el equívoco de una situación de apariencia, de una concesión en realidad caducada, pero hasta entonces no declarada.

Que, como en cierta forma apunta el Tribunal «a quo», resulta intrascendente cuál sea la fórmula jurídica que merezca el acuerdo entre la Comandancia de Marina y el Ayuntamiento de Las Palmas, por medio del cual vino a establecerse una transferencia de competencias, de aquélla a ésta, en momento en que se estaba elaborando la vigente Ley de Costas, de 26 abril 1969, sin duda como un anticipo del nuevo sistema competencial de la nueva normativa en favor de los Municipios, en materia como la de autos, de instalaciones en las playas no fijas, y ello por dos razones: 1.ª porque el principio de irrenunciabilidad de la competencia no es tan absoluto como algunos piensan, debiendo tenerse en cuenta no sólo las excepciones establecidas en el propio precepto donde aquél se proclama —art. 4 de la L. Pro. Adm.—, sino los cada vez mayores casos de excepción del mismo, mediante las modernas fórmulas de participación y colaboración en las actividades administrativas, no sólo por parte de otras Administraciones, sino incluso de los particulares; 2.ª porque, cuando el acuerdo recurrido se adopta, la Ley de Costas llevaba varios años en vigor, y, por lo tanto, la competencia del Ayuntamiento demandado resulta incuestionable (art. 17-3.º de dicha Ley).

Que en esta tarea de comprobación, se ha de tener en cuenta que el principio espiritualista superador de interpretaciones gramaticales e inflexibles, constantemente aplicado en favor de los administrados, no tiene por qué ser desconocido, cuando se trata de valorar actuaciones y actitudes de la Administración Pública, porque si bien ésta no siempre ha de moverse en posición de supremacía, tampoco

ha de ser considerada de peor condición que los simples particulares; por ello, en este caso, las declaraciones de caducidad de tan repetidas concesiones, se ha de considerar producida, con plenitud de efectos, aunque haya acaecido de forma implícita, al darla por supuesta, en el momento de adoptar dicho Ayuntamiento su acuerdo de 30 septiembre 1976, sacando a subasta la adjudicación de estos servicios al mejor postor y aprobando el correspondiente Pliego de Condiciones.

Que lo dicho podría ser objetado por un solo motivo, precisamente alegado por los accionantes: porque no sólo falte la declaración expresa de caducidad, sino porque, además, falte el correspondiente expediente, y con ello, el trámite de audiencia a los interesados, pues bien, respecto a la cuestión del expediente, habrá que considerar que si a la declaración implícita de caducidad se le ha concedido el mismo valor que a la expresa, es porque paralelamente, el expediente del que surgió el acuerdo municipal que nos ocupa, de 30 septiembre 1976, viene a desempeñar el papel, supliéndolo, del expediente específico de caducidad; y respecto al trámite de audiencia, si en principio viene siendo calificado por la jurisprudencia de esencial, sustancial, trascendental, y hasta de sagrado, sin embargo, en ningún momento se ha pretendido erigir este principio en rito sacramental, de absoluto formalismo, sino que, por el contrario, se ha venido matizándolo, negando la nulidad del acto cuando, aun incumplido el trámite específico de audiencia, por el aprovechamiento de otras expectativas y actuaciones, los administrados no hayan sufrido la menor indefensión —SS. de 2 junio 1959, 16 enero 1966, 28 febrero 1967 y 25 marzo 1976.

Que en base a la doctrina jurisprudencial que acaba de ser citada, es por lo que, a pesar de lo preceptuado en el art. 37 de la Ley de Puertos, de 19 enero 1928, no hay que considerar relevante la ausencia de la audiencia

específica exigida en el art. 91 de la L. Pro. Adm., ya que los actores han dispuesto de múltiples oportunidades para defender su tesis y se han aprovechado de ellas, desde la impugnación de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Las Palmas, donde se prevenía sacar estos servicios a subasta, ante los recursos de reposición contra el tan repetido acuerdo plenario y contra el anuncio del Pliego de Condiciones en el Boletín Oficial de la misma Provincia, para terminar con la interposición del proceso contencioso que nos ocupa, utilizado, pues, en sus dos instancias.

IMPROCEDENCIA DE LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO. NOTIFICACIÓN QUE EXCLUYE A LOS DÍAS INHÁBILES, DEL PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE ALZADA.

Auto 18 septiembre 1981 (Sala 3.ª)
(RA 3281)

La Sala de la Audiencia Territorial declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo promovido contra acuerdo de la Dirección General de Trabajo. Interpuesta apelación, el TS la estima, revocando en consecuencia el Auto de la Audiencia.

CONSIDERANDO: Que, aunque este Tribunal conoce el espíritu y letra del art. 5.º del C. Civ., en su nueva y actual redacción, con arreglo al cual, artículo citado, párr. 2, «en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles», sin embargo, este problema —si se deben o no excluir el cómputo de los 15 días, para interponer el presente recurso de alzada, que cabía contra la resolución de la Delegación de trabajo—, los días inhábiles, es posterior, en su análisis y enjuiciamiento, habida cuenta que, basta ver el tenor literal de la notificación, que en su día se hizo a la parte apelante, al objeto de interponer el recurso de alzada que nos ocupa, para deducirse, de modo palmario e inequívoco, como

en la misma se le daban a la parte interesada 15 días «hábiles», por lo que de tal forma hay que contar el plazo de los 15 días, puesto que, de cualquier otra manera o consideración, se irrogaría con perjuicio a la parte interesada en esa notificación, ya que con el actuar de la Administración se dejaba a dicha parte indefensa, precisamente, cuando ella siguió escrupulosamente los dictados de esa notificación, no pudiendo deducirse o derivarse perjuicio para tal persona si se ajustó, en su todo, el contenido de la susodicha notificación, en especial, a la especificación que en ella se declaraba sobre la naturaleza de los citados 15 días, al señalarse como hábiles, de ahí que al haberse interpuesto el mencionado recurso de alzada el 31 enero 1976, habiendo sido notificada la calendada resolución de la Delegación de Trabajo el 14 de dicho mes y año, es evidente que se está dentro del plazo de los 15 días y, en consecuencia, procede revocar el auto apelado, puesto que, el supuesto contemplado por él, si se excluyen o no del cómputo de los mencionados 15 días los inhábiles, es de enjuiciamiento posterior al examen del contenido de la notificación que de la precalendada resolución se le hiciese, ya que, es evidente que la parte apelante se ajustó estrictamente a lo ordenado por la Administración en la notificación que nos ocupa, en la que se le especificaba que los días eran hábiles, por todo lo cual procede declarar que el recurso de alzada en cuestión se interpuso dentro del plazo y, en consecuencia, este Tribunal revoca y deja sin efecto el auto apelado en cuanto así se le manifestó al declarar la inadmisibilidad del recurso a que dicho auto se contraía, precisamente, en la base exclusiva de la extemporaneidad del citado recurso de alzada.

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO POR FALTA DE REPRESENTACIÓN PROCESAL. NO LEGALIZACIÓN DE UN PODER UTILIZADO FUE-

RA DE UN TERRITORIO (DEL NOTARIO AUTORIZANTE).

S 7 octubre 1981 (Sala 3.ª) (RA 3544)

El TS estimando el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, contra sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, revoca la sentencia impugnada y declara la inadmisibilidad del recurso interpuesto por particular contra resolución de la Dirección General del Consumo del Ministerio de Comercio.

CONSIDERANDOS: Que frente a los pronunciamientos de la sentencia que puso fin al proceso y estima parcialmente la demanda, se alza el representante de la Administración entablado recurso de apelación contra las decisiones de aquélla contrarias a las de su representada y como por el contrario la parte demandante, que sólo ha encontrado satisfacción parcial de sus pretensiones en dicha sentencia, la ha consentido aquietándose a sus mandatos, la materia de esta segunda instancia queda circunscrita a los temas relativos a la causa de inadmisibilidad invocada y a la reducción de la cuantía de la sanción económica impuesta al expedientado.

Que la inadmisibilidad aludida se articula al amparo del ap. b) del art. 82 de la Ley reguladora de la jurisdicción, en relación con lo dispuesto en el art. 33 de la misma, en razón a no haber comparecido en el recurso la parte demandante debidamente representada, al haber usado el Procurador personado en su nombre ante la Audiencia Nacional, un poder otorgado ante un Notario de Soria perteneciente al Colegio Notarial de Burgos, sin estar debidamente legalizado, cuestión ésta que nos ha sido tratada en la sentencia recurrida sino para rechazarla de plano.

Que el otorgamiento del poder general para pleitos, es uno de aquellos actos que el art. 1280, núm. 5.º, del

Código Civil exige su constancia en documento público, es decir, escritura notarial y por consiguiente los requisitos referentes al documento que lo contiene en lo relativo a su eficacia, han de buscarse en la legislación notarial que regula el ejercicio de esa función pública, en cuyo ámbito encontramos que el art. 30 de la Ley Orgánica del Notariado de 28 mayo 1862 dispone que «las escrituras autorizadas por Notario harán fe en la provincia en que reside. Para hacerla en las demás provincias, deberá ser legalizada la firma del Notario autorizante por otros dos Notarios del mismo partido judicial o por el V.º B.º del Juez de Primera Instancia, que pondrá el sello del Juzgado», habiéndose extendido la circunscripción territorial señalada, al territorio del Colegio a que pertenezca el Notario, por el art. 265 del Regl. del Notariado aprobado por D. de 2 junio 1944, en el que además, de acuerdo con el artículo de la Ley citado, se reitera «siempre que el documento deba hacer fe fuera del territorio del Colegio...», la exigencia de la legalización.

Que de cuanto se deja sentado, resulta que la escritura de poder usada por el Procurador de la parte demandante para personarse ante la Audiencia Nacional en esta Capital, no puede «hacer fe» de su otorgamiento al haberse usado fuera del territorio del Colegio Notarial de la residencia del Notario autorizante y carecer de legalización, según resulta de los autos en los que el mismo consta, privándole de eficacia al fin pretendido y por tanto al Procurador, de la representación que invoca, de donde se sigue que el recurso se ha interpuesto por persona no representada debidamente conforme previene el art. 33 de la Ley jurisdiccional.

Que la interpretación de los preceptos examinados, se ve avalada por el sentir de la Jurisprudencia, que en las SS. de 22 junio 1956 y 14 octubre 1957 abordó situaciones iguales a las de autos y les confirió similar tratamien-

to al expuesto y asimismo, es reiterada la Jurisprudencia —SS. de 9 marzo 1968, 6 junio 1973, 30 junio 1976— que con respecto a documentos otorgados en el extranjero y a los efectos de la exigencia impuesta en el ap. 4.º del art. 600 de la L. E. Civ., mantiene el mismo criterio de la decisiva trascendencia del requisito de la legalización para su eficacia y que en cuanto se inspira en la misma identidad de razón y rango del precepto viene a ser argumento a esgrimir para reforzar la postura adoptada.

Que si bien el defecto formal de que se trata era fácilmente subsanable para la parte actora, al menos desde el momento en que el representante de la Administración acusó el vicio del poder al contestar la demanda, no sólo no le puso remedio por cauce procesal admisible, sino que en el escrito de conclusiones no se aludió siquiera al problema, que había servido de base para fundar una causa de inadmisibilidad, haciendo negligente dejación de sus intereses y con cuyas dañosas consecuencias debe pechar.

Que por todo lo expuesto resulta viable la causa de inadmisibilidad del recurso invocada por el representante de la Administración y en consecuencia y sin necesidad de pasar a examinar la otra cuestión objeto de esta segunda instancia, procede estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia recurrida en lo que admite las pretensiones del recurrente y declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo.

CONVALIDACIÓN POR EL TRANSCURSO DEL TIEMPO DE NOTIFICACIONES DEFECTUOSAS EN LA VÍA ADMINISTRATIVA. ACTOS NULOS DE PLENO DERECHO: SUS EFECTOS.

S 30 noviembre 1981 (Sala 4.ª) (RA 5336)

La Comisión Municipal Permanente de un Ayuntamiento concedió a un particular un plazo para que regula-

rizase la situación de una línea de transportes de viajeros en autobuses. Interpuesto recurso contencioso, la Sala de la Audiencia dictó sentencia desestimatoria del interpuesto. Y promovida apelación, el TS la desestima, aceptando los considerandos de la sentencia apelada, que confirma.

Considerandos de la sentencia apelada:

Que carecen en absoluto de fundamento las causas de inadmisibilidad del recurso que se oponen por la Corporación demandada, al amparo del art. 82.a) y c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, invocando de una parte su art. 2.º c) en relación con art. 52 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 julio 1948, y de otra el art. 40.f) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, por suponer erróneamente la Corporación demandada, al argumentar en tales términos, que se encuentre planteado un conflicto de atribuciones entre el Ayuntamiento y la Administración Central del Estado, cuya resolución se someta a la decisión de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo en este recurso; cuando es lo cierto que el acto impugnado es la negativa del Ayuntamiento a la petición que dedujo el recurrente, solicitando reemplazar por sendos vehículos dos de los ómnibus que cubren la línea regular, por estimar —el Ayuntamiento— que carece de competencia para acceder a ello, requiriendo en su consecuencia al recurrente para que haga entrega de la documentación que obra en su poder correspondiente a tal línea; cuyo acuerdo no se identifica con ninguno de los supuestos previstos en el art. 2.º c) de la Ley Jurisdiccional, encuadrándose por el contrario dentro del ámbito que atribuye a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa su art. 1.º; sin que haya sido adoptado, de otro lado, en virtud de una Ley que lo excluya expresamente de su revisión jurisdiccional, resultando totalmente inoperante la cita que se hace al respecto

de su art. 10.f), supuesto que se fundamenta en la pretendida aplicabilidad al caso de autos del núm. 4.º del art. 4.º de la Venerable L. Cont. Adm. de 13 septiembre 1888, cuya cita como texto legal en vigor resulta en verdad insólita.

Que cuando el recurrente dedujo ante el Ayuntamiento escrito que dio lugar al acuerdo de la Comisión Municipal Permanente impugnado en este recurso, ya había adquirido firmeza el anterior Decreto del Alcalde de Presidente de la Corporación, que la Corporación entendió recurrido con aquel escrito; pues aunque la notificación de tal Decreto adoleció del defecto de no consignarse si era o no definitivo en la vía administrativa y de omitir, en su caso, los recursos procedentes, contra tal resolución y Órgano competente para conocer de ellos, incumpliendo así las exigencias ordenadas por el art. 79.2 de la L. Pro. Adm., tal defecto quedó luego subsanado, de acuerdo con el ap. 4 de dicho artículo y reiterada doctrina de nuestro T.S. sobre la materia, SS. entre otras de 8 junio 1966, 22 enero y 6 octubre 1976, por haber transcurrido más de seis meses desde su notificación personal al recurrente sin que éste solicitara su correcta notificación, habiéndose limitado a solicitar en el escrito dirigido a la Alcaldía, una ampliación del plazo que en aquel Decreto se fijaba para la entrega de la documentación requerida por la Autoridad Municipal; sin que no obstante la firmeza de dicho Decreto, la Comisión Municipal Permanente, entendiéndolo recurrido en reposición, entró a revisarlo, cuando lo correcto era haberlo estimado firme, por resultar interpuesto extemporáneamente el recurso ejercitado, lo que impide a la Corporación demandada invocar por tal motivo la inadmisibilidad del recurso jurisdiccional ejercitado en estos autos, como en definitiva viene a postular invocando el art. 40.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, pues de acuerdo con la doctrina de nuestro T. S., S. de 13

marzo 1971 y Auto de 22 noviembre 1976, las causas que en la vía administrativa pudieron haber impedido entrar a conocer el fondo de la cuestión, no son trasladables al proceso jurisdiccional como causas de inadmisibilidad del recurso, por subsistir la función revisora que incumbe a la Jurisdicción para conocer de las pretensiones deducidas frente a los actos de la Administración.

Considerandos del Tribunal Supremo:

Que el tema objeto de esta apelación, es el referente a si resulta o no conforme a derecho la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial que tras rechazar las causas de inadmisibilidad opuestas por el Ayuntamiento desestimó el recurso interpuesto por el hoy apelante contra el Acuerdo de la Comisión Permanente del Ayuntamiento, en base a que el transporte público de viajeros que viene explotando el recurrente venga amparada por una concesión municipal otorgada por el Ayuntamiento, aunque le tenga consentida la existencia de tal línea e incluso haya ejercido sobre ellas las funciones de policía correspondientes a una línea municipal de transporte urbano autorizando en otras ocasiones la renovación del material que ahora deniega, ya que dicha línea de transporte de viajeros, por su recorrido habitual desde Melilla a Farhana, situado ya dentro del territorio de Marruecos, tiene carácter internacional, careciendo el Ayuntamiento, a tenor del art. 2.º del D. de 17 noviembre 1950, de competencia para regular, ordenar y vigilar dicho servicio; frente a cuyos razonados y correctos argumentos por la parte apelante no se hace otra cosa que dar una interpretación subjetiva e interesada a lo que parece acreditado en el propio expediente administrativo, alegaciones que carecen de toda eficacia y virtualidad a los efectos pretendidos, ya que son sus propios actos, como

se recoge en la propia Sentencia, los que están proclamando lo contrario a lo que ahora mantiene.

Que por lo anteriormente expuesto y por sus propios documentados fundamentos procede la confirmación del fallo recurrido desestimando, por ende, el recurso de apelación contra el interpuesto; sin que de lo actuado sean de apreciar la concurrencia de las circunstancias que según el art. 131 de la Ley rectora de esta jurisdicción pudieran justificar una condena en las costas causadas.

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO CONTENCIOSO, POR FALTA DE REPOSICIÓN PREVIA. DISPOSICIÓN DE CARÁCTER GENERAL: IMPUGNACIÓN POR PARTICULARES.

S 3 diciembre 1981 (Sala 3.ª) (RA 4780)

Aprobada por Orden del Ministerio de Trabajo en Reglamentación Nacional de Trabajo en Empresas de Contratos Ferroviarios, el TS declara la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la misma por una SA.

CONSIDERANDOS: Que el representante de la Administración General del Estado excepciona la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo, invocando la causa prevista en el ap. c) del art. 82 de la Ley jurisdiccional en relación con el art. 37 de la misma, al imputar a la sociedad demandada no haber agotado la vía administrativa mediante el planteamiento del recurso de reposición oportuno, cuestión que requiere el obligado tratamiento previo derivado de su propia naturaleza y al efecto se ha de dejar sentado que la realidad de la no utilización del recurso previo, no se pretende justificar siquiera en la demanda con la cita de precepto alguno y es solamente en el escrito de alegaciones, como respuesta a la inadmisibilidad articulada en la contestación de aquélla, cuando se alude al art. 53 de la Ley

Reguladora de la Jurisdicción como norma que autoriza dicho proceder, pero además, efectuándolo en forma genérica sin especificar en cuál de los diversos supuestos contemplados en el mismo pretende ampararse la sociedad actora, si bien ha de entenderse lógicamente por el objeto del recurso, que se ha querido aludir al ap. e), a cuyo tenor se exceptúa del recurso de reposición, preceptivamente impuesto por el artículo anterior, la impugnación de las disposiciones de carácter general, en el supuesto previsto en el art. 39, párr. 1.º, más la propia personalidad jurídica de sociedad limitada concurrente en la entidad demandante, la legitimación que repentinamente invoca en la demanda al amparo del art. 28.1 a) y la naturaleza de la disposición impugnada, fuerzan a concluir que el caso de que se trata no está encuadrado en el párrafo citado, sino en el tercero de dicho art. 39.

Que si la dispensa del normalmente obligado recurso de reposición consignada en el ap. e) del repetido art. 53, afecta sólo al supuesto previsto en el párr. 1.º del art. 39, quiere decirse por aplicación de principios jurídicos de interpretación irrefutables que los efectos de aquella dispensa no alcanzan a las impugnaciones de las disposiciones generales a que se refiere el párr. 3.º del artículo últimamente citado y ello trae como secuela obligada la certeza de que se está impugnando en vía jurisdiccional, una mera disposición de carácter general sin haberse agotado la administrativa, contraviniendo así lo dispuesto al efecto por el art. 37 de la Ley Jurisdiccional y de consiguiente, la necesidad de estimar la inadmisibilidad tratada, que veda el examen de cualquier otra cuestión y deja firme y consentida la Orden atacada.

Que es de apreciar la concurrencia de motivos determinantes de una imposición de costas.

4.2. Nulidad o anulabilidad de actuaciones

ANULACIÓN DE OFICIO DE ACTOS DECLARATIVOS DE DERECHOS, SIN SEGUIR EL PROCEDIMIENTO LEGALMENTE ESTABLECIDO. INADMISIBILIDAD DEL RECURSO POR SER ACTO REPRODUCCIÓN DE OTRO ANTERIOR FIRME Y CONSENTIDO: NULIDAD DEL ACTO PRIMATIVO.

S 21 septiembre 1981 (Sala 5.ª)
(RA 3350)

En un recurso interpuesto contra Resolución del Consejo Supremo de Justicia Militar, fijando la pensión pasiva causada al fallecimiento del funcionario militar, recae sentencia de la Sala. Recurrida en apelación, el TS tras declarar la admisión del recurso (rechazando las razones de inadmisibilidad opuestas por el Abogado del Estado), lo estima, declarando la nulidad de los acuerdos impugnados, fijando la pensión y la proporción en su distribución a la recurrente.

CONSIDERANDO: Que el Abogado del Estado en su contestación a la demanda propone la inadmisión de este recurso jurisdiccional, por entender ser el acuerdo aquí impugnado la reproducción del dictado por el mismo órgano, Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar, que se convirtió en firme y consentido, siendo el 1 junio 1976 también confirmación del anterior, por lo que ni ese acuerdo que señala la distribución de la pensión pasiva entre la viuda y la huérfana, ni la desestimación presunta del recurso de reposición contra él interpuesto, ni la desestimación expresa en 26 octubre 1976, pueden ser sometidos al control jurisdiccional; sin embargo, en el caso que aquí contemplamos, verdaderamente extraño, por el número de resoluciones e informes que se han producido, no puede aceptarse tal alegación, por no coincidir exactamente los hechos así relatados con los que se han producido; en pri-

mer lugar hay un acuerdo de la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar de 7 abril de 1970 que distribuye la pensión entre la viuda, que percibirá un 50 % y los huérfanos menores de edad, que percibirán el otro 50 %, y en éste 2/3 para el hijo legítimo y 1/3 para la hija natural, añadiendo que, «de perder la aptitud legal uno de los huérfanos, su parte acrecerá la del otro, sin necesidad de nuevo señalamiento»; este derecho de acrecer constituye una declaración de un derecho subjetivo a favor de los huérfanos, y por tanto, el acuerdo que así lo declara es un acto administrativo que no puede ser anulado (salvo al resolver recursos, que no se han planteado) más que acudiendo a las vías señaladas por la Ley; no se ha realizado esta anulación siguiendo el procedimiento que preceptivamente se determina legalmente, por lo que el acto que así lo acuerda es nulo de pleno derecho por haberse prescindido totalmente del procedimiento establecido para ello, según determina el art. 47-1-c) de la Ley sobre procedimiento administrativo; también falta de modo total, la expresión del fundamento en que se basa, pues el informe fiscal, sólo dice que se ha comprobado que hubo error en la distribución, pero sin decir cuál fue ni la índole del mismo; sin que pueda estimarse se trata de un error de hecho, cuando la cuestión que se plantea en el escrito de la viuda es de interpretación de una disposición legal, el art. 31 del texto refundido de derechos pasivos del personal militar y cuál es la regulación aplicable en los distintos supuestos que contempla; tampoco se ha notificado a la interesada la resolución referida, sin que sea suficiente la publicación, pues según el art. 79 de la Ley sobre procedimiento administrativo, se notificarán a los interesados las resoluciones que afecten a sus derechos e intereses, con los requisitos que expresa y dirigidas al domicilio del interesado o el que haya señalado a estos efectos, y nada de esto se ha cumplido; por lo

tanto, siendo nulo de pleno derecho el acto de la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar, que no se notificó a la recurrente, es inaceptable la pretensión de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, basada en que la resolución recurrida es reproducción o confirmación del anterior, que no ha tenido existencia legal.

NULIDAD DE ACTUACIONES EN UN EXPEDIENTE DE EXPROPIACIÓN FORZOSA, POR FALTA DE CITACIÓN A LOS INTERESADOS.

S 22 septiembre 1981 (Sala 5.ª)
(RA 3356)

En un expediente de expropiación forzosa, fijado el justiprecio por el Jurado Provincial, y recurrido en la vía contenciosa, la Sala de la Audiencia dicta sentencia, estimando en parte el recurso. Interpuesta apelación, el TS la estima, declarando la nulidad de actuaciones a partir del momento en que debió citarse a los interesados en la expropiación.

CONSIDERANDOS: Que el primer motivo de este recurso se apoya en que la sentencia recurrida no resolvió «sobre la excepción de litis consorcio pasivo necesario, alegada en la demanda, amparándose en el argumento de que sobre este extremo nada había postulado en el suplico»; se razona que tal requisito procesal tiene su fundamento en el incumplimiento de lo ordenado en los arts. 3.º y 4.º de la Ley de Expropiación respecto de la citación de los titulares de derechos reales o intereses económicos directos del bien expropiado, cuando su existencia aparezca consignada en los Registros Públicos de carácter jurídico, o, en su defecto, meramente administrativos. A la vista los fundamentos legales que se citan, pudiendo existir una nulidad del art. 48 de la L. Pro. Adm., estimable incluso de oficio, es por lo que el Tribunal de Instancia debió examinar-

la, como va a hacerlo la Sala, con carácter preferente, y si se estima, sin entrar en el resto de los motivos alegados.

Que los recurrentes alegaron y probaron que respecto del terreno de su propiedad expropiado, la planta baja núm. 13 de la calle Fueros, el mismo, estaba comprendido dentro del solar, sobre el que se había edificado, existiendo propietarios de los pisos 2.º, 3.º, 4.º y 5.º derecha y de los 3.º, 4.º y 5.º izquierda, con participación comunitaria sobre el suelo expropiado, que no habían sido citados; igual ocurre con los representantes de la Sociedad citada, a la que se aportaron los bienes propiedad de los recurrentes de la calle de los Fueros y de la calle de Sanjurjo; esta falta de citación hecha en el expediente no fue atendida por la Administración, y reiterada tal omisión en el recurso contencioso, y acreditada la comunidad de bienes del edificio construido en la calle de los Fueros, y, siendo Anónima la Sociedad, cuyas acciones pudieron ser vendidas, es evidente que se han infringido los arts. 3.º y 4.º y el 21 de la Ley de Expropiación, causándose indefensión, en los titulares no citados, por lo que por aplicación del artículo 48 de la L. Pro. Adm., procede declarar la nulidad del procedimiento a partir del momento en que debió de citarse a los mencionados interesados, anulándose las resoluciones recurridas en lo referente a las fincas mencionadas.

OMISIÓN DE LA AUDIENCIA AL INTERESADO. INDEFENSIÓN Y SUBSANACIÓN POR INTERPOSICIÓN SUBSIGUIENTE DEL RECURSO EN VÍA CONTENCIOSA. IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES.

S 7 octubre 19981 (Sala 4.ª) (RA 4120)

La Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento insta a unos particulares el desalojo de unas cuadras de ganado, con apercibimiento de clausura de las mismas si no se realizare;

resolución que recurrida en reposición, es desestimada. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala de la Audiencia declara la estimación de la pretensión deducida por los recurrentes, decretando la nulidad de las actuaciones del procedimiento administrativo, ordenando se reponga el trámite a su momento y se continúe el procedimiento en forma legal. Mas la Sala en la propia sentencia desestima la pretensión de otro de los recurrentes (acumulada a la anterior), por ser los actos recurridos conformes al Ordenamiento jurídico. Promovida apelación, el TS aceptando los considerandos de la sentencia apelada, referentes sólo al apelante, desestima la apelación y confirma la sentencia en los pronunciamientos pertinentes.

Considerandos de la sentencia apelada que se aceptan:

3.º: Que en lo que a la pretensión de Jesús R. M. se refiere se comienza imputando a los actos recurridos la infracción procedimental de no haber sido previamente oído en el expediente, exigencia general de todo procedimiento administrativo y trámite expresamente aludido en el art. 38 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 30 noviembre 1961, pero, aparte de que este precepto ha de entenderse unido a los que le preceden en el mismo Reglamento, de cuyo examen conjunto se deduce que regula un supuesto de hecho distinto al que se enjuicia, es de destacar que la más reciente y progresiva jurisprudencia de nuestro T. S. tiende a reducir progresivamente la inicial trascendencia de los vicios de forma o procedimentales, resaltando su naturaleza estrictamente instrumental, por lo que sólo adquieren relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, habiendo llegado a declarar que si el interesado no fue oído en el expediente primitivo esa falta puede eventualmente reme-

diarse con la interposición del correspondiente recurso, cuya propia tramitación incluye un nuevo período de audiencia y vista del expediente, con lo que la omisión inicial del trámite puede entenderse —salvo en algún caso especial— subsanada —SS. de 13 enero 1961, 29 octubre 1962, 17 marzo 1964— doctrina perfectamente aplicable al caso de autos en el que no se ha producido indefensión del administrado determinante de nulidad del acto recurrido.

Considerandos del Tribunal Supremo:

Que concretada esta apelación al recurrente señor R. M., ya que respecto del otro la sentencia favorable a su pretensión le priva de interés para impugnarla y queda para él firme, hace que el estudio de esta Resolución se limite al recurso de la Audiencia que se acumuló al uno del mismo año y Audiencia iniciado por don Celedonio R. S. por auto del Tribunal «a quo».

Que subsanada la alegada indefensión del apelante en el recurso de reposición que formuló ante el Ayuntamiento por su escrito, recurriendo los acuerdos municipales de aquel Ayuntamiento referentes a la clausura del cebadero de ganado vacuno y porcino que tenía en la carretera de Villalpando, aparece indudable la posibilidad de combatir dichos acuerdos que no han sido desconocidos para el recurrente ha podido aportar los argumentos oportunos para demostrar su inadecuación a derecho.

Que en otro sentido, la falta de autorización o licencia específica en el apelante para las explotaciones ganaderas clausuradas, sin cumplir los requisitos de la disposición transitoria 1.ª del Regl. de 30 noviembre 1961, hace que los acuerdos municipales impugnados sean adecuados a derecho y obliguen en la primera instancia a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia en esta segunda, sin que, por otra parte, la desviación

de poder que se aduce, por pasar a informe del Oficial Letrado Municipal a efectos de señalar si hay base para dar cuenta al Fiscal por Desacato, constituya el más leve indicio de tal desviación o abuso de poder, sino de perfilar exactamente las responsabilidades en que se pueda haber incurrido por el reclamante.

4.3. Prueba

APERTURA DEL PERÍODO DE PRUEBA, SI NO SE CONOCEN LOS HECHOS ALEGADOS POR LOS INTERESADOS.

S 14 octubre 1981 (Sala 3.ª) (RA 3759)

En un recurso contencioso-administrativo, la Sala de la Audiencia Territorial dicta sentencia, estimando el interpuesto por una Sociedad Anónima, y anulando en consecuencia los acuerdos de la Delegación Provincial de Trabajo y de la Dirección General de Ordenación de Trabajo. Recurrida en apelación, el TS confirma la sentencia en todos sus pronunciamientos.

CONSIDERANDOS: Que el presente recurso de apelación se centra sobre la interpretación del art. 88-2 de la L. Pro. Adm., es decir, si en él se establece no sólo una facultad, sino que obliga al instructor del expediente —«Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados», acordar la apertura de un período de prueba (tesis de la sentencia apelada y de la representación de E. O., S. A.), o más bien se limita a conceder esa facultad de apertura cuando el instructor no tenga por ciertos los hechos, pero teniéndolos por ciertos, a sensu contrario, no será necesario abrir el período de prueba (tesis del Abogado del Estado, parte apelante).

Que el art. 88-2 de la L. Pro. Adm. dice lo siguiente: «cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados... acordará la apertura de un período de prueba...»; párrafo que no puede ser inter-

pretado en el sentido que pretende la representación del Estado, ya que los hechos alegados por un interesado frente a la Administración es lógico y racional que lo sean en su personal beneficio, esto es, en defensa y apoyo de sus derechos, y tenerlo por cierto la Administración ha de suponer, en principio, acceder a esos derechos o pretensiones; de aquí que el verdadero sentido de ese precepto es que cuando la Administración rechace los hechos alegados por los interesados, hasta el punto de por ese motivo tener en consecuencia que resolver en su contra o sancionarlo, se vea precisada a abrir un período probatorio; del citado artículo 88-2 no puede deducirse que cuando la Administración tenga por cierto los hechos que sirvan de base a la instrucción del expediente, eluda la prueba, sino en el caso contrario de que reconozca como cierto los hechos invocados por los interesados; extremo éste que no aparece y se silencia en la argumentación del Abogado del Estado. Por tanto, como la Administración no practicó prueba capaz de demostrar la inexactitud de los hechos alegados por la entidad sancionada, debió resolver soportando los efectos desfavorables de su inactividad probatoria, máxime cuando al interponer en vía administrativa el recurso de reposición de la Entidad «E. O., S. A.» presentó documento declaratorio del nombramiento de su Agente de Seguro en Ceuta, y así figura en el Libro Registro correspondiente; y éste es el criterio sostenido en la sentencia apelada, cuyos considerandos aceptamos, con la consiguiente desestimación del recurso.

PRINCIPIO DE LA PRUEBA TASADA. REVISIÓN JURISDICCIONAL DE UN ACTO DISCRECIONAL.

S 6 noviembre 1981 (Sala 4.ª) (RA 4760)

La Sala de la Audiencia, en un recurso contencioso interpuesto por un par-

titular contra Resolución de la Dirección General de Seguridad que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra Resolución de un Gobernador Civil, declara que estima el recurso contencioso-administrativo de que conoce, declarando nulos los actos administrativos impugnados por no ser ajustados a derecho, y en su lugar manifiesta que tiene el actor el derecho a que por el Gobernador le sea concedida licencia de caza. Promovida apelación por el Abogado del Estado, el TS aceptando los considerandos de la sentencia apelada, la confirma, desestimando el recurso de apelación deducido contra ella.

Considerando de la Sentencia apelada:

Que es preciso tener siempre en cuenta que en todos los actos, por reglados que sean, existe un poder discrecional mayor o menor; y que en todos los discrecionales, por libres que lo suponemos, se ejerce una actividad más o menos reglada, quedando desterrada, incluso por la Jurisprudencia desde 3 octubre 1950, y 9 marzo 1954, la noción del acto discrecional apriorístico o por naturaleza, consagrando la tesis de que: el carácter reglado o discrecional de cualquier acto administrativo sólo puede descubrirse confrontando, con la legislación vigente, cada uno de los elementos constitutivos de dichos actos. Que la Exposición de motivos de la mencionada Ley 1956 tiene dicho: «al relacionar los actos excluidos de fiscalización contencioso-administrativa la ley no menciona los actos discrecionales. La razón estriba —sigue diciendo el texto mencionado— en que la misma jurisprudencia ha proclamado, que la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque... ni es un prius respecto de la cuestión de fondo... La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse a alguno de los elementos del acto, con lo que deviene evidente la posible impugnación jurisdiccional de los demás elementos.

Puestas así las cosas no debemos prescindir de la finalidad que el legislador persigue a través de la legislación que venimos examinando. Pero ello nos exige una previa consideración.

Considerandos del Tribunal Supremo:

Que el primero de los motivos de apelación aducidos por el representante de la Administración Pública muestra de inmediato su ineffectividad, pues si bien pueden ser negativamente relevantes —a los efectos aquí tratados de expedición de permiso de arma de caza— antecedentes de conducta atípicos o ajenos a condenas por delito o falta, sanciones administrativas o medidas impuestas de seguridad, la valoración casuística de dichos antecedentes, denotativos «in genere» de riesgo o peligro por la posesión de armas, debe la denegación sobre concretos hechos sucintamente relatados en el expediente con la adveración que implica su inclusión en los preceptivos informes policiales y en condiciones así, por su debida concreción fáctica, de ser sometidos a contrapruebas por el solicitante a quien se denegó el permiso en el ejercicio de su derecho a recurrir ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa sin que la expresión de conceptos tales como pendenciero, provocador de altercados, dado a la bebida, de conducta antisocial y otros similares puedan alcanzar otra significación que la de juicios subjetivos del informante carentes de fuerza probatoria para el Tribunal revisor teniendo en cuenta que en el proceso contencioso-administrativo no rige el principio de valoración en coincidencia de las pruebas propio del proceso penal (art. 741 de la L. E. Crim.), sino el de prueba tasada de conformidad con los arts. 578 de la supletoria L. E. Civ. y 1215 del C. Civ.; de tal manera que por más que vengán a coincidir lexicológicamente conceptos incluidos en los susodichos informes con las referencias a conducta y peligrosidad contenidas en

las normas aplicables, cumple, empero, calificar de intrascendentes las aludidas informaciones si no contienen hechos concretos verdaderos por la Policía e imputados al solicitante del permiso de arma de caza.

Que una cosa es discrecionalidad, en sentido ahora de sujeciones a Derecho a través de normas de contenido impreciso, y otra muy distinta inimpugnabilidad ante la Jurisdicción de las valoraciones o apreciaciones administrativas fundantes de la resolución denegatoria del permiso, pues necesitada la irrecurribilidad de previa ley que expresamente la establezca (art. 40, ap. f, de la Ley Jurisdiccional) dichas apreciaciones administrativas sobre peligrosidad quedan sometidas a la revisión de los Tribunales por el canal fiscalizador de la valoración de la prueba realizada por la Administración de los hechos determinantes de la calificación de peligrosidad del peticionario; de donde se infiere que, si bien la especialidad de la materia aquí tratada requiere de interpretaciones acordes con la realidad social del tiempo en que se aplica el D. de 1972 (1 del C. Civ. reformado), fue acertado, en la esencia de su cobertura argumental, el análisis que el Tribunal «a quo» efectuó en sus consideraciones con respecto a las meras citas conceptuales de imputaciones o denuncias relativas al solicitante, sin que quepa calificar de probados, aun acudiendo a las presunciones aplicables a la información policial, hechos que según las reglas del criterio humano o lógica natural infieran peligrosidad, antisocialidad o fundado pronóstico contra la seguridad dada la inconcreción, puesta ya de relieve en el anterior Considerando, con que se reflejan en el actuado procedimental los hechos determinantes de la denegación del permiso de arma de caza.

4.4. Sentencia. Cuestiones prejudiciales

EFICACIA Y ALCANCE DE LA RESOLUCIÓN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, ACERCA DE CUESTIONES PREJUDICIALES DE ORDEN CIVIL.

S 30 septiembre 1981 (Sala 4.ª)
(RA 3962)

El Alcalde de un municipio acordó requerir por Decreto a un particular para que dejara libre y expedita de todo obstáculo la calzada de servicio existente en sentido paralelo a una carretera nacional en determinadas calles de la ciudad, con apercibimiento de que, de no hacerlo, se ejecutaría a su costa, con la correspondiente cuenta de gastos y sin perjuicio de las sanciones en caso de incumplimiento. Recurrido en reposición, fue desestimado por la Alcaldía. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala de la Audiencia desestimó el recurso; y promovida apelación, el TS, aceptando los considerandos de la apelada, desestima el recurso interpuesto.

CONSIDERANDOS: Que apreciada correctamente la prueba practicada para la determinación de la titularidad del terreno litigioso y sobre cuya naturaleza se ha pronunciado precedentemente el Ayuntamiento al resolver que la franja de parcela discutida estaba afecta a un destino vial, como confirma la escritura pública aportada en las actuaciones jurisdiccionales se hace la expresa reserva de tal destino en la estipulación tercera de dicho documento, prueba de indudable valor para acreditar el citado extremo, según define el art. 1218 del C. Civ. respecto de eficacia probatoria de las escrituras públicas, corroborada esta eficacia por la prueba de reconocimiento judicial que también figura en los autos de primera instancia en la que se hace constar la solución de continuidad que presenta la franja en cuestión rompiendo la carretera que atraviesa la parcela.

Que frente a esta situación fáctica que acreditan los autos hay que pronunciarse por la confirmación de la sentencia apelada y la misma confirmación del acuerdo municipal sometido a esta jurisdicción, si bien con la reserva a favor del actor de poder discutir el tema ante la jurisdicción ordinaria que resolverá en definitiva, ya que los efectos procesales de este recurso quedan limitados a los términos que expresa el art. 4.º de la Ley de esta jurisdicción que, según sus propios términos, podrán ser revisados ante la jurisdicción correspondiente.

INEXISTENCIA DE INCONGRUENCIA A LOS EFECTOS DE IMPUGNACIÓN.

S 10 diciembre 1981 (Sala 4.ª) (RA 5384)

Recurrida en la vía contenciosa una Resolución del Ministerio de Agricultura, denegatoria del derecho a percibir el importe de la última certificación de obras de construcción de Naves, la Sección 4.ª de la Sala de la Audiencia Nacional dictó sentencia, desestimando la causa de inadmisibilidad alegada y anulando por no ser conforme a Derecho la Resolución recurrida del Ministerio de Agricultura, desestimando las restantes pretensiones del recurso. Promovido recurso de apelación, el TS, aceptando los Considerandos de la recurrida, lo desestima, confirmando la sentencia apelada.

Considerandos del Tribunal Supremo:

Que el recurso de apelación interpuesto por el representante de la Administración se basa en dos motivos uno de orden procesal, por incongruencia entre los fundamentos de la sentencia apelada y los términos concretos de su fallo; y de orden material el otro, por sostener el señor Abogado del Estado que la parte recurrente (hoy apelada) no tiene derecho alguno al cobro de la certificación que en su día

le fue endosada, por no ser legalmente válido este endoso, cuestión ésta que fue la debatida en la primera instancia.

Que por lo que se refiere a la primera de dichas cuestiones, esta Sala no aprecia la pretendida incongruencia entre el fallo y los considerandos de la sentencia de instancia, por cuanto el fallo se limita a anular, por contraria a derecho, la resolución impugnada que denegó la petición de cobro de la certificación endosada, precisamente por entender que no se trata de una mera confirmación de la anterior Res. de 19 julio 1974 (de ahí que se rechace de plano la excepción de inadmisibilidad); y en los considerandos se razona extensa y cumplidamente, cual haya de ser el alcance del referido fallo, esto es, la plena vigencia y efectividad del citado acuerdo, firme y definitivo, que resuelve la cuestión en el sentido de condicionar el cobro a la previa liquidación de las obras.

4.5. Otros modos de terminación del procedimiento. Caducidad de la instancia

DOCTRINA GENERAL DE LA CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. PARALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO A PETICIÓN DE AMBAS PARTES. INADMISIBILIDAD DEL RECURSO.

S 2 octubre 1981 (Sala 4.ª) (RA 3966)

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial, acogiendo en su sentencia la excepción formulada por la representación letrada de un Ayuntamiento demandado, declara la inadmisibilidad del recurso contencioso interpuesto por un particular contra acuerdo de la Comisión Permanente del citado municipio, ordenando la demolición de parte de una construcción realizada. Promovida apelación por el recurrente, el TS, aceptando los considerandos de la sentencia apelada, desestima el recurso.

Considerandos de la Sentencia apelada:

Que la llamada caducidad de la instancia, a diferencia de otros modos de terminación anormal del proceso, no es más que un hecho de índole jurídico procesal, en cuanto despliega su eficacia jurídica dentro del propio proceso que tiene una fundamentación subjetiva, basada en la presunción de las partes de abandonar el proceso y en tal sentido ha sido recogida por la doctrina y hasta por la propia Jurisprudencia, y en tal sentido era recogida por el art. 103 del Texto Refundido del año 1952, más el art. 91 de la Ley Jurisdiccional, apartándose de tal fundamento, la funda en una base objetiva, cual es la de evitar la duración excesiva de los procesos con la consiguiente merma que para la seguridad jurídica encierra, con una pendencia indefinida y perjudicial para los litigantes en particular, amén del entorpecimiento de la actividad del órgano que dictó el acto objeto del recurso contencioso, pues es de interés público primario, el despejar cuanto antes la duda sobre la corrección jurídica de dicho acto, que hizo suplir la iniciación de la vía jurisdiccional, sin que a ella sea obstáculo el hecho de haberlo solicitado ambas partes de común acuerdo, pues la suspensión, como tiene declarado la S. de 24 enero 1974, se encuentra siempre condicionada a los plazos de caducidad, y por el juego de lo dispuesto en el art. 88-4.º de la Ley Jurisdiccional ocasiona y produce la extinción del proceso, dejando en su consecuencia de encontrarse «sub iudice» la actuación de la Administración y readquiriendo el acto administrativo, todo el vigor y eficacia que al mismo confiere la L. Pro. Adm.

Que el art. 40 de la Ley Jurisdiccional en su ap. a) declara expresamente que no se admitirá el recurso contencioso-administrativo, cuando los actos sean reproducción de otros anteriores, alegación de inadmisibilidad que se formulan al amparo del art. 82-c) de la

propia Ley, lo que ciertamente no constituye novedad alguna puesto que en la vieja Ley de 1894, en su art. 43.º), se empleaba idéntica terminología lo que ha tratado de ser justificado por la doctrina, al amparo de variadas teorías como la del acto consentido, la de recurso tardío y extemporáneo y hasta el principio de seguridad jurídica, exigiéndose para determinar la reproducción o confirmación idéntica identidad que se exige en materia de litis pendencia y cosa juzgada, y en el caso de autos se produce la identidad exigida por el art. 1252 del C. Civ., en relación con los acuerdos a que hace referencia el primero de los antecedentes, por el hecho de existir un primer acuerdo, en definitiva consentido, tendente a dejar libre de edificación un espacio de cinco metros, en las construcciones del recurrente, y en el del año 1975 se instaba el cumplimiento del precedente y mentado acuerdo, y todos ellos están dictados en protección de las mismas pretensiones y en función de iguales acontecimientos de hecho, como exigen las sentencias de 16 noviembre 1976 y 4 enero y 10 mayo 1977, razón que lleva aparejada la apreciación de la inadmisibilidad, sin hacer expreso pronunciamiento en materia de costas.

Considerandos del Tribunal Supremo:

Que las alegaciones formuladas por el apelante no desvirtúan la correcta fundamentación jurídica de la sentencia apelada en cuanto que los acuerdos de la Comisión Municipal Permanente adquirieron la cualidad de definitivos y firmes al declararse caducado el recurso contencioso administrativo interpuesto en su día contra ellos por dicho apelante, pues la caducidad que se declara en aplicación del art. 91 de la Ley de esta Jurisdicción, cualquiera que sea la conducta procesal observada por la Administración demandada en relación con la paralización del procedimiento provocada por el demandante, en quien reside la ex-

clusiva disponibilidad de su pretensión procesal, produce el efecto de extinguir esta pretensión y con ello la conversión en definitivos y firmes de los actos administrativos objeto del recurso caducado y sentado esto es innegable que los aquí recurridos son simple reproducción de aquéllos, dado que se limitan a reiterar la misma orden de demolición con el idéntico fundamento de haberse realizado la construcción a que se refiere en patente contradicción con los términos de la licencia de obras concedida al apelante y aceptada por éste en su integridad sin protesta ni reparo alguno, siendo por ello de indudable aplicación a los mismos la causa de inadmisibilidad del proceso contencioso previsto en el art. 82.c) en relación con el 40.a) de la citada Ley Jurisdiccional y en contra de ello no puede aceptarse el argumento de haberse producido un cambio de legislación y planteamiento que ha alterado esa identidad entre los actos firmes y los reproductivos, pues la condición impuesta en la licencia de obras en cuya restauración se dicta la orden de demolición ha sido establecida como medida correctora dentro del régimen legal de las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas y por tanto a ese cambio legislativo y de planeamiento que se aduce de contrario, cuya eficacia se desenvuelve en ámbito, aunque interrelacionado, distinto y perfectamente compatible con aquél, no puede reconocérsele incidencia modificativa alguna en la obligación que tiene el recurrente de cumplir con la condición impuesta, ni en el correlativo derecho del Ayuntamiento de exigir su cumplimiento mediante orden de demolición aquí recurrida, cuya cualidad de mera reproducción de la anteriormente decretada permanece de esa forma totalmente inalterada, tanto en su aspecto fáctico como normativo, y frente a la cual no es de recibo alegar una prescripción que viene establecida en relación con la facultad administrativa de imponer sanciones —arts. 230 del Texto Refundido y 92

del Regl. de Disciplina Urbanística, y no respecto a las sanciones ya impuestas en actos que han devenido firmes y consentidos.

5. RECURSOS ORDINARIOS CONTRA LAS SENTENCIAS

5.0. Recurso de Apelación

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROCESAL. EXISTENCIA DE CUESTIÓN NUEVA.

S 6 julio 1981 (Sala 4.ª) (RA 3226)

En un caso relativo a la resolución de un contrato de servicio público de transporte urbano de viajeros, el Ayuntamiento denegó la declaración resolutoria del mismo contrato, sin reconocer a la Empresa derecho alguno de indemnización por daños y perjuicios, y sin autorizar a la misma la suspensión de la prestación del servicio. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala de la Audiencia lo desestimó; y promovida apelación por la Sociedad recurrente, el TS estima en parte la apelación interpuesta, resolviendo el contrato de concesión, declarando improcedente la suspensión del servicio y la también pretendida condena de indemnización de daños y perjuicios, y revocando en parte la sentencia recurrida.

CONSIDERANDOS: Que difícilmente podría llegarse a la solución adecuada en este proceso, dados los temas planteados por la empresa accionante, y los contrapuestos intereses en juego, si, desde un primer momento, el complejo de problemas puestos aquí en cuestión, no fueron contemplados más que desde la perspectiva ofrecida unilateralmente por los contendientes, desde sus particulares puntos de vista; con lo dicho, naturalmente, no se pretende desconocer las exigencias procesales de la congruencia, ni, claro está, buscar resultados al margen de los temas debatidos y los datos aportados; lo que se apunta se refiere a

la necesidad, en este caso, de comprender el tema litigioso, desde la idea básica insita en la situación jurídica creada con el contrato en controversia: la idea de la concesión de un servicio público, y, yendo aún más a la esencia: la idea del servicio público.

Que si se destaca esta idea no sólo es debido a la relevancia de la teoría del servicio público en el campo de la Administración y del Derecho Administrativo; idea cardinal, que ha llegado a la hipótesis, en determinados autores y escuelas, de considerar a este Derecho como el Derecho de los servicios públicos; recurrir a este medio, como término general, no serviría de mucho, precisamente por eso, por su generalidad; ahora bien, en el supuesto de autos, la idea del servicio público debe primar, sobre todo en lo que respecta a las dos primeras peticiones de la empresa recurrente (la resolución del contrato y la suspensión del servicio), ya que, en la interpretación del contrato y de la concesión, y en el examen de las circunstancias concurrentes, el concepto de servicio público, y lo que éste representa y significa, debe servir de principio hermenéutico de primer orden.

Que esto es así porque en la concesión de un servicio público, la técnica contractual, y la concesional, son meramente instrumentales, como medios, no sólo del nacimiento, sino del mantenimiento de un servicio de dicha naturaleza; prueba de ello es que ya en viejas sentencias se destacaba que la propia Administración se encuentra en esta materia subordinada a la idea de fin o servicio público —SS. 13 mayo y 28 junio 1916—; idea que ha permitido modernamente considerar al contratista concesionario como un colaborador de la Administración —S. 15 junio 1972—, incluso hablando de la postura vicarial del mismo, y hasta de la estructura orgánica de la relación contractual y de su influencia en la interpretación de las diversas incidencias que puedan surgir en la vida del contrato —S. de 22 diciembre 1954.

Que, de todo lo expuesto, naturalmente se deduce la consecuencia de tener que declarar no conforme a derecho el acuerdo municipal impugnado, en el particular que se ha venido analizando hasta aquí, y de revocar la sentencia apelada, también sobre este mismo extremo, por resultar procedente la resolución de la concesión, pretendida por la empresa accionante, lo que implica la estimación de su recurso en esta parte, pronunciamiento que no puede arrastrar su otro pedimento de la interrupción del servicio, en la forma solicitada por la referida sociedad, aunque esto no deba representar dejar en la inoperancia la declaración que acaba de hacerse, sobre el punto esencial de la litis, debiendo el Ayuntamiento, demandado, adoptar, con la máxima urgencia, las medidas necesarias, dentro de las previstas en el ordenamiento jurídico aplicable, para conseguir: 1.º) que el servicio no se interrumpa; 2.º) para que deje de prestarlo cuanto antes la tan repetida empresa.

EN CUESTIONES REFERENTES A PERSONAL, INDEBIDA ADMISIÓN POR LA SALA DEL RECURSO, AL NO TRATARSE DE LOS SUPUESTOS PERMITIDOS POR LA LEY. RECURSO DE SÚPLICA: AUTO DICTADO EN MATERIA DE PERSONAL NO SUSCEPTIBLE DE APELACIÓN.

Auto 18 septiembre 1981 (Sala 5.ª) (RA 3677)

El TS declara mal admitido el recurso de apelación interpuesto por particulares contra Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial ordenando la devolución de los autos originales, con testimonio de la resolución que se dicta, y que se proceda a sustanciar y tramitar el recurso de súplica interpuesto por los actores.

CONSIDERANDOS: Que de los antecedentes expuestos en los Resultan-

dos de esta Resolución claro aparece que el tema promovido por los recurrentes trata de modificación del coeficiente retributivo que tienen señalado como funcionarios del Ayuntamiento. Por lo tanto se debate una cuestión de personal que fue promovida ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial, dado que su conocimiento es en instancia única entonces no procede recurso de apelación según dispone el art. 94.1.º e) de la L. Contencioso-Administrativo de 27 diciembre 1956, reformada por la 17 marzo 1973, el D.-Ley 4 enero 1977, pero sí procede a tenor del art. 92-c) el recurso de súplica. Esto aparte de que el art. 116 de igual ley prohíbe la alegación previa de motivos de inadmisibilidad del precedente 82, en el procedimiento especial de materia de personal. Además no se refiere a separación de funcionarios inamovibles, no ha sido suscitado motivo de desviación de poder ni se alegó infracción de disposición de carácter general.

Que, en consecuencia, ha de declararse mal admitida la apelación y sí la procedencia de tramitar y sustanciar el intentado recurso de súplica formulado por los actores.

ADHESIÓN A LA APELACIÓN. IMPROCEDENCIA DE LA MISMA EN EL ESCRITO DE ALEGACIONES.

S 2 noviembre 1981 (Sala 4.ª)
(RA 4712)

La Sala de la Audiencia Territorial, en un recurso contencioso-administrativo acumulado interpuesto por particulares contra acuerdo de un Ayuntamiento denegando la concesión de las licencias municipales solicitadas para la construcción de viviendas y locales comerciales, dicta sentencia estimando el recurso y anulando por no ajustarse al ordenamiento jurídico los actos administrativos municipales recurridos. Declara asimismo el derecho de los recurrentes a que les sean con-

cedidas licencias para las construcciones que solicitan, sin costas. Promovida apelación por la Abogacía del Estado, el TS confirma la sentencia apelada, aceptando sus considerandos y desestimando en consecuencia la apelación interpuesta.

Considerandos del Tribunal Supremo:

Que en esta segunda instancia y en el escrito de alegaciones, se pretende por la parte apelada adherirse a la apelación interpuesta por el Ayuntamiento de Irún, siendo así que en el escrito de personación solicita se le tenga por personada y se dicte sentencia por la que se desestime la apelación interpuesta por dicho Ayuntamiento y se confirme la sentencia apelada; de esta contradicción en los suplicios de ambos escritos se deduce inequívocamente la imposibilidad de acceder a la adhesión de apelación que formula la parte apelada pues el trámite adecuado para hacerlo es el escrito de personación, no sólo por la doctrina de los actos propios que desconoce la parte apelada en su escrito de alegaciones respecto del de personación, sino por la doctrina invariable de esta Sala respecto del momento procesal en que la adhesión a la apelación ha de formularse; y así entre las varias sentencias que resuelven el tema está la de 14 junio 1962, que razona muy fundadamente que esta adhesión ha de realizarse en el escrito de personación, ya que al hacerlo en el de alegaciones sería con desconocimiento de la otra parte.

MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA LA ADHESIÓN A LA APELACIÓN. DOCTRINA LEGAL.

S 9 noviembre 1981 (Sala 4.ª)
(RA 5024)

En un caso de multa impuesta por el Gobernador al Presidente de la Asociación Provincial de Panaderos, en su

calidad de tal, por haber autorizado una rebaja en el peso del pan, interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Resolución en alzada del Ministerio del Interior, la Sala de la Audiencia dicta sentencia, declarando la nulidad de las actuaciones, repitiéndolas al momento en que se cometió la falta y decretando se siga el procedimiento por la normativa de disciplina de mercado. Promovida apelación por el Abogado del Estado, el TS la desestima, confirmando la sentencia apelada, modificando el momento a partir del cual ha de ser admitida la nulidad de actuaciones.

CONSIDERANDO: Que el presente recurso de apelación debe quedar concretado exclusivamente a las cuestiones planteadas por el representante de la Administración apelante en su escrito de alegaciones, sin que quepa tener en cuenta la impugnación que de la sentencia apelada se hace por don X, personado en esta alzada como apelado, ya que para que tal impugnación pudiera ser estudiada por este Tribunal, forzoso sería que, previamente a su escrito de contestación a las alegaciones formuladas por la parte apelante, en donde se adhirió a la apelación, este trámite lo hubiera realizado en su escrito de personación ante esta Sala, en el que, insistimos, compareció como apelado, y como tal, se le tuvo por parte en el providencia, que fue consentida por aquél, conclusión aquélla que es conforme a una constante y reiterada doctrina de este Tribunal, de las que por más modernas citaremos las SS. de 21 enero y 10 marzo 1981, 8 mayo 1980 y 26 enero y 15 junio 1979, así como las que en estas últimas se citan, todas, repetimos, coincidentes en que únicamente en el escrito de personación puede formularse la adhesión a la apelación de quien no recurrió en tiempo y forma a la sentencia que se pretende impugnar, ya que no existiendo en el recurso de apelación en esta Jurisdicción trámite de instrucción inmediato al reci-

bimiento de los autos —888 de la L. E. Civ.—, en el que, según la precitada Ley Procesal, debería hacerse la adhesión a la apelación —art. 892—, forzoso resulta que la postura de las partes en la segunda instancia, deba quedar determinada en el escrito de personación, quedando reservado el escrito de alegaciones, según el núm. 5 del artículo 100 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, a la defensa de las pretensiones de cada parte, de conformidad, insistimos, con la postura procesal manifestada en el escrito de personación.

ACTUACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA «REFORMA-TIO IN PEIUS».

S 7 diciembre 1981 (Sala 4.ª)
(RA 5367)

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra acuerdo de un Alcalde, previamente recurrido en reposición y denegado tácitamente, sobre la imposibilidad de reivindicar ciertos terrenos de secano en un Monte de Utilidad Pública, la Sala de la Audiencia dicta sentencia, cuya parte dispositiva declara que «estimando en parte el recurso interpuesto, anula parcialmente la resolución del Ayuntamiento y la denegación tácita de la previa reposición por no ser ajustados a derecho». Promovida apelación por la Abogacía del Estado, el TS la desestima, confirmando la sentencia apelada, cuyos considerandos acepta.

CONSIDERANDO: Que independientemente de que la presunción de posesión que la inclusión de un monte en el Catálogo otorga a la Entidad a quien se asigne su pertenencia, conforme a lo dispuesto en la Ley de Montes, no puede prevalecer sobre la presunción posesoria que ampara y protege el art. 34 en relación con el 38 de la L. H., ni constituir medio adecuado para obligar al titular inscrito a una defensa activa del derecho

constatado en la inscripción, abstracción hecha de que la prescripción del núm. 6 del art. 11 de la Ley de Montes, en cuanto a que la pertenencia o titularidad que en el Catálogo se asigne a un monte, sólo podrá impugnarse en el juicio declarativo ordinario de propiedad y ante los Tribunales civiles, únicamente es predicable a tenor de lo dispuesto en el art. 15 del precitado Ordenamiento cuando el deslinde aprobado y firme declara con carácter definitivo el carácter posesorio, es lo cierto, que la finca cuya exclusión de adjudicación del arrendamiento de pastos, llevada a cabo por el Ayuntamiento, peticiona don Pedro V. D., se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad, inscripción como propiedad particular que excluye, a tenor de lo dispuesto en el párrafo final del número 2 del art. 4.º de la Ley de Montes su inclusión en el Catálogo, correspondiendo o no la inscripción a su actual propietario, ya que el precitado precepto se refiere simplemente a terrenos que en el Registro de la Propiedad aparezcan inscritos como propiedad particular. Normativa la referida que indudablemente desatendió observar el Ayuntamiento de Nijar rehusando reconocer que la finca en cuestión, al no poder estar incluida en el Catálogo de montes, no estaba comprendida en los aprovechamientos de pastos en el monte de su propiedad denominado Sierra Alhamilla, catalogado en los de utilidad pública de Almería con el número 44, había a medio de subasta, adjudicado en arrendamiento.

Que como viene declarando con reiteración la Jurisprudencia de este Tribunal, entre otras en sus SS. de 22 diciembre 1978, 12 junio 1979, 15 febrero y 16 octubre 1980 «la competencia del Tribunal ad quem y fuera de los casos de nulidad de pleno derecho o vicios procedimentales apreciables de oficio, se circunscribe a los puntos o motivos de Derecho contenidos en la sentencia recurrida y precisamente en la medida que han sido impugnados por las partes», razones por las que

nada de lo que antecede puede llevar a interpretaciones o consecuencias más graves para la Administración apelante que las contenidas en la parte dispositiva de la sentencia apelada, que es de confirmar en todas sus partes al no haberse adherido el apelado para combatir los pronunciamientos del fallo que pudieran serle desfavorables.

6. RECURSOS EXTRAORDINARIOS CONTRA LAS SENTENCIAS

6.0. Recurso extraordinario de apelación «en interés de ley»

IMPROCEDENCIA DE LA APRECIACIÓN EN ESTE RECURSO DE LA EXISTENCIA DE RESOLUCIÓN GRAVEMENTE DAÑOSA Y ERRÓNEA.

S 28 septiembre 1981 (Sala 5.ª)
(RA 3418)

En un caso relativo al abono de horas lectivas a un particular recurrente, el TS declara no haber lugar al recurso extraordinario de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra sentencia de la Sala de la Audiencia Territorial.

CONSIDERANDO: Que ejercitándose por el Abogado del Estado el recurso extraordinario de apelación en interés de la Ley, previsto en el art. 101 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, contra la sentencia dictada por la Sala 2.ª de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial, ha de tenerse en cuenta que, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, SS., entre otras, de 23 octubre 1976 y 19 mayo 1978 en el citado artículo se exigen conjuntamente dos requisitos de fondo consustanciales al recurso, la existencia de error grave en la doctrina establecida en la sentencia apelada y la producción de un daño también grave como consecuencia de dicho error, y en el presente caso la cuestión a que se ciñe el recurso es la declaración por el Tribunal

sentenciador en primera instancia de la inexistencia, a la vista de la situación de hecho planteada, del motivo de inadmisibilidad opuesto en el proceso por la parte que ahora actúa como apelante, concretamente el previsto en el art. 82 g) de la Ley Procesal, es decir, el incumplimiento al formalizar la demanda de los requisitos de forma dispuestos en el art. 69 de la misma, por lo que, abstracción hecha del acierto con que se haya resuelto esta cuestión, y por supuesto de los razonamientos seguidos para ello, no puede considerarse que, de haber incurrido en grave error la Sala, fuera asimismo gravemente dañosa su doctrina, siendo otra la consecuencia si el presente recurso se hubiera planteado, lo que no se ha hecho, con respecto a la estimación que se efectúa en la sentencia de las pretensiones formuladas por el entonces demandante, sobre su derecho al abono de la gratificación de las horas lectivas impartidas como Catedrática Numeraria de Instituto Nacional de Enseñanza Media que hayan excedido de las señaladas en la O. de 8 agosto 1960, dictada por el Ministerio denominado en aquella fecha de Educación Nacional, caso de haberse apreciado esta doctrina como gravemente errónea.

6.1. Recurso Extraordinario de Revisión

CÓMPUTO DEL PLAZO DE INTERPOSICIÓN. IMPROCEDENCIA DE LA APRECIACIÓN DE INCONGRUENCIA EN ESTE RECURSO.

S 13 julio 1981 (Sala 5.ª) (RA 2985)

Interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra Orden del Ministerio de la Presidencia del Gobierno, que no incluyó al recurrente en la Escala Administrativa de la Obra de Protección de Menores, como funcionario de la misma, la Sala de la Audiencia Nacional dicta sentencia desestimando el recurso interpuesto, siendo

esta más tarde recurrida en revisión extraordinaria. El TS declara improcedente el recurso.

CONSIDERANDOS: Que tanto el M.º Fiscal como el Abogado del Estado proponen dos causas de inadmisibilidad al presente recurso extraordinario de revisión, deducido al amparo del art. 102-1-g) de la Ley de Jurisdicción; la primera que no se ha aportado con el escrito inicial del recurso la copia de la sentencia que se impugna; mas esta exigencia ha sido reiteradamente rechazada por esta Sala, pues como han de reclamarse los antecedentes al Tribunal sentenciador, entre los que se encuentra la sentencia que se impugna, este requisito resulta totalmente superfluo e innecesario, pues la Sala de revisión tendrá el conocimiento completo de esa sentencia o de la tramitación del recurso, al recibir los autos originales; y en segundo lugar que el recurso se ha interpuesto después de transcurrido un mes, desde la notificación de la sentencia, plazo que es el otorgado en el núm. 3 del artículo citado 102; es cierto que el recurso se interpuso después de transcurrido ese término, pues aunque el escrito tiene fecha 21, lo que daría lugar a su presentación dentro de ese mes, pues se notificó al recurrente el 23 del mes anterior, la fecha del Registro es de 27, y el depósito cuyo resguardo se acompaña, se constituyó el 25; pero al exigir el mismo precepto en el principio de su núm. 1. que este recurso extraordinario se da contra las sentencias firmes, y existir una expresa declaración de firmeza, notificada a las partes, sólo desde ese momento comienza a correr el plazo para la interposición de este recurso extraordinario; y como en el caso que contemplamos, la declaración de firmeza se efectuó por providencia de 15 junio, notificada al recurrente en 20 del mismo mes, el escrito de interposición del recurso con los requisitos legales, presentado el 27 del mismo, se encuentra dentro de plazo, y al

rechazarse las alegaciones de inadmisibilidad, se entra a resolver el fondo de la cuestión planteada.

Que el concepto de incongruencia en la jurisdicción contencioso-administrativo tiene un contenido más amplio que el pretendido por el Abogado del Estado en sus alegaciones, pues no se refiere sólo al encaje entre las pretensiones de la demanda y contestación y lo decidido en la sentencia, sino que además comprende la adecuación entre las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición y las argumentaciones doctrinales y legales en que se base el fallo; tal como se expresa en el art. 43 de la Ley Jurisdiccional al que se refiere expresamente la letra g) del núm. 1 del art. 102 de la misma, por tanto no es suficiente que la sentencia desestime totalmente la demanda y produzca un fallo absolutorio, para declarar improcedente el recurso de revisión fundado en esta causa, sino que ha de examinarse, si la sentencia ha contemplado las alegaciones de las partes y en relación con ellas ha llegado al pronunciamiento final.

Que el recurrente alega que la única cuestión planteada en su demanda y en la contestación, fue si cumplía o no el requisito exigido por el D. 3476/74 de haber accedido a su plaza en la Escala Auxiliar en la Obra de Protección de Menores, en virtud de pruebas de aptitud legalmente convocadas, lo que le daría el derecho a integrarse en la Escala Administrativa del mismo Organismo, derecho negado por la Administración, y que la sentencia no resuelve esta cuestión y además infringe el art. 43 de la Ley Jurisdiccional; pero la sentencia sí resuelve esa cuestión, y de conformidad con las alegaciones formuladas por el Abogado del Estado para oponerse al recurso; en el considerando 2.º y después de hacer una afirmación que en este procedimiento extraordinario no es posible legalmente examinar su exactitud, o inexactitud, trata de los requisitos que debe tener toda convocatoria

para tener la condición de legal, y que fundamentalmente es el requisito de la publicidad, siguiendo la argumentación que el Abogado del Estado formuló en su contestación a la demanda, llegando a la conclusión de que el recurrente no acredita en forma este requisito; y en todo el razonamiento no se refiere a la oposición libre, sino únicamente a la publicidad necesaria para la validez de las convocatorias para la provisión de plazas de la Administración; por lo que la sentencia recurrida es congruente al examinar la cuestión que le ha sido planteada, y cumple lo ordenado en el art. 43 al seguir la argumentación que se ha alegado para oponerse al recurso, lo que lleva a la desestimación de éste de revisión, pues lo que pretende el recurrente es una verdadera revisión total de la sentencia, por no haber aceptado los hechos y fundamentos por él alegados, lo que no es propio de estos recursos extraordinarios, que han de quedar limitados a las causas taxativamente reconocidas por la Ley.

IMPROCEDENCIA DEL RECURSO CONTRA SENTENCIA DICTADA CON INFRACCIÓN DE LO DISPUESTO EN EL ART. 43, O SI EN ELLA NO SE RESOLVIERA ALGUNA DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS EN LA DEMANDA O CONTESTACIÓN.

S 6 octubre 1981 (Sala 5.ª) (RA 3566)

El TS declara la improcedencia del recurso extraordinario de revisión, interpuesto por un particular contra Sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional, sobre ascenso al grado de Coronel del causante de la particular recurrente.

CONSIDERANDOS: Que en el presente recurso extraordinario de revisión, interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 mayo 1978, por la que se declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo formulado por el

causante de la hoy recurrente, se plantean nuevamente las cuestiones que se suscitaron en aquél y con el mismo enfoque, como si de una apelación se tratara, limitándose a hacer referencia de pasada a la fundamentación de los motivos invocados para obtener la revisión que se postula, pese al carácter extraordinario de ésta destacado en la Ley, al incluirse en la denominación del recurso, en su art. 102, y que por ello, según reiterada jurisprudencia, exige una interpretación estricta de sus motivos, fundamentación la indicada, que no resiste el más somero análisis, ya que siendo dos los motivos que se alegan, el primero de ellos, el comprendido en el ap. a) del número 1.º del artículo citado, que «la parte dispositiva de la sentencia contiene contradicción en sus decisiones», se conecta con la denegación por el Tribunal que ha dictado la sentencia impugnada, de la práctica de determinadas diligencias de prueba propuestas por el entonces demandante, sin que pueda admitirse la existencia de tal conexión, cuya alegación supone desconocer el texto del motivo legal a que se refiere, no pudiéndose encuadrar, por otra parte, en ningún otro, denegación de práctica de prueba que, además, y aun cuando esto sea inoperante por rebasar los límites del recurso, careció de relevancia alguna en la decisión del proceso al declararse su inadmisibilidad, basándose el segundo y último de los motivos del presente recurso en el ap. g) del número y artículo citados, es decir, en que «la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo dispuesto en el art. 43 o en ella no se resolviese alguna de las cuestiones planteadas en la demanda y contestación», lo que, según la recurrente, se da en este caso porque la sentencia recurrida no ha entrado a conocer de la nulidad de los ascensos que se postulaba en la demanda, razonamiento que no puede tomarse en cuenta, ya que evidentemente no lo pudo hacer el Tribunal que dictó aquélla al haber apreciado la inadmisibil-

dad del recurso contencioso-administrativo, como ya se ha expresado, habiendo resuelto al declararlo así la cuestión que se le había planteado.

Que como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, y como acertadamente había argumentado la Abogacía del Estado, ha de declararse improcedente el recurso, y, conforme lo dispuesto en el art. 1809 de la L. E. Civ., en virtud de la remisión que se efectúa en el art. 102.2 de la Ley Jurisdiccional, condenar a la parte recurrente a la pérdida del depósito constituido y al pago de las costas.

FIRMEZA DE LA SENTENCIA RECURRIDA. NECESIDAD DE RECURSO DE APELACIÓN. SENTENCIAS DE LAS SALAS DE LAS AUDIENCIAS QUE VERSEN SOBRE ACTOS DE APLICACIÓN DE DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL.

S 19 octubre 1981 (Sala 5.ª) (RA 4606)

En un caso de pensiones de jubilación de un funcionario de Administración Local, recaída sentencia de la Sala de la Audiencia Territorial, y promovido por la Abogacía del Estado recurso extraordinario de apelación contra ella, el TS lo declara inadmisibile.

CONSIDERANDO: Que lo planteado en este recurso extraordinario de revisión por la Abogacía del Estado, al amparo del art. 102, 1.b) de la Ley de esta Jurisdicción, es la contradicción existente entre la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial, en su S. de 8 marzo 1980, aquí impugnada, y las Salas de la misma Jurisdicción de las Audiencias Territoriales de Albacete, en sus SS. de 7, 8 y 13 febrero 1980, y de Palma de Mallorca, en su S. de 22 noviembre 1979, en cuanto a la aplicación del número 9.1 de la Orden del Ministerio del Interior de 15 junio 1978, en que se establece que «en las pensiones que se causen a partir de 1 enero 1978 para quienes en dicha fecha ostenten la condición de asegurados a la Mutualidad en servicio activo, servirá de base re-

guladora para su determinación, de acuerdo con el art. 20 del D.Ley 22/1977, de 30 marzo, la suma del sueldo, grado y trienios reconocidos», excluyéndose, como consecuencia, de la base reguladora las dos pagas extraordinarias, pues, según la parte recurrente, la primera de dichas Salas mantiene en la sentencia impugnada que los actos de aplicación de la Orden expresada, al efectuar dicha exclusión de las pagas extraordinarias, no son conformes a Derecho por no serlo la propia Orden, y en cambio las sentencias que se enfrenten a aquélla sostienen la legalidad de la disposición y por ende de sus actos de aplicación, lo que constituye la doctrina adecuada según la Abogacía del Estado.

Que debiendo resolver en primer lugar si concurren en el presente caso los requisitos exigidos en el precepto invocado por la parte recurrente, en la redacción dada por la Ley 10/1973, de 17 marzo, para la viabilidad formal del recurso extraordinario de que se trata, y esto en virtud de la obligación que pesa sobre este Tribunal de comprobar aun de oficio la existencia de aquéllos, ha de llegarse a la conclusión negativa, pues dicho artículo exige con carácter general para todos los casos que posibilitan el ejercicio del recurso extraordinario de revisión que éste se dé contra sentencias firmes, lo que en el presente caso no ocurre, ya que la sentencia impugnada, si bien en principio, conforme al art. 94.1 de la Ley de esta Jurisdicción, en la redacción dada por la Ley 10/1973 ya citada, no sería apelable al referirse el asunto en que se ha dictado a una cuestión de personal al servicio de la Administración Pública, encuadrada en el ap. a) de dicho número, por otra parte la sentencia está claramente incluida, como se deduce de lo expuesto en el anterior considerando, en el ap. b) del núm. 2.º del repetido art. 94, impugnación indirecta de disposiciones de carácter general, apartado adicionado, en virtud de la repetida Ley de 1973, a dicho núm. 2.º, en el que se establecen los

supuestos en que las sentencias siempre son susceptibles de recurso de apelación, es decir, aun cuando, como aquí ocurre, se dictaren en asuntos exceptuados de dicho recurso, pues lo planteado ante la Sala que ha pronunciado la sentencia aquí impugnada, ha sido la no conformidad a Derecho de la O. de 15 junio 1978, en cuanto a su núm. 9.1, a través del recurso contencioso-administrativo dirigido contra un acto en que se aplicó esta Orden, al amparo de lo dispuesto en el art. 39.2 de la Ley Procesal, debiéndose por ello declarar la inadmisión del recurso extraordinario de que se trata, al no cumplir con el requisito examinado de firmeza de la sentencia sobre la que versa, que condiciona, entre otros, su viabilidad formal; sin que haya motivo legal para la expresa imposición de costas por no haberse entrado a enjuiciar el fondo del recurso.

NECESIDAD DE FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA PARA LA ADMISIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN (ART. 102 DE LA LJCA).

S 3 diciembre 1981 (Sala 5.ª) (RA 4830)

Recurrida por la Abogacía del Estado, al amparo del art. 102 de la Ley jurisdiccional, el TS declara la inadmisibilidad del recurso interpuesto, por falta de firmeza de la resolución recurrida de la Sala de la Audiencia Territorial.

CONSIDERANDOS: Que un caso idéntico ha sido resuelto por la sentencia de esta Sala de 3 febrero 1981, basándose en el presupuesto básico de los arts. 1797 de la L. E. Civ. y 102-1 de la Ley Jurisdiccional, de que el recurso excepcional de revisión sólo cabe frente a sentencias firmes, circunstancia que no se da en la de Valencia de 7 marzo 1980 que motiva el que ahora se examina, por lo que a tenor de la doctrina de la sentencia citada, procede declarar su inadmisión; en efecto,

la sentencia recurrida fue pronunciada en recurso sobre acto de aplicación individualizada de la O. de 15 junio 1978, incurso, en tesis de la actora, en ilegalidad por contradecir normas de rango superior, lo que evidencia un claro supuesto de utilización del recurso indirecto frente a disposiciones generales, comprendido en los aps. 2 y 4 del art. 39 de la Ley Jurisdiccional, ya que según la doctrina de la sentencia citada y de la de 8 octubre 1976, para que una sentencia sea firme, es necesario que no sea susceptible de recurso ordinario, y la mencionada no es susceptible de apelación por su cuantía, pero sí al amparo del artículo 94-2-b de la Ley de Jurisdicción, procediendo declarar la inadmisibilidad del recurso.

Que según la misma sentencia en el supuesto de inadmisibilidad no procede hacer declaración sobre costas, apoyándose en el criterio de la sentencia de 21 abril 1980.

7. EJECUCION DE SENTENCIAS

IMPROCEDENCIA DE EXTENDER LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA A EXTREMOS NO PLANTEADOS.

S 10 julio 1981 (Sala 3.ª) (RA 3034)

El TS estimando el Auto apelado, dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, lo revoca y deja sin efecto, declarando que no procede en la ejecución de la sentencia clausura de la Estación de Servicio por saturación de la que venía explotando el recurrente.

CONSIDERANDOS: que cuando así queda recogido evidencia que de los dos pronunciamientos de la resolución ministerial, el único que impugnó el señor M. fue el que no se ajustaba a sus intereses y pretensiones, esto es, el que autorizaba al señor M. a trasladar la Estación de Servicio que venía explotando con anterioridad, pero no

el que había estimado la pretensión de su recurso de alzada, esto es, el que, por entender que dicha Estación no se encontraba saturada, anuló y dejó sin efecto la autorización de la Delegación del Gobierno en CAMPSA había concedido al señor M. para instalar otra Estación de Servicio, extremo éste que, por tanto, quedó fuera de la litis y ha seguido la suerte del recurso de reposición que contra el mismo interpuso el señor M., al parecer sometido ahora a la decisión que recaiga en el recurso contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

Que en consecuencia y congruentemente, con arreglo al art. 43 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, lo único que le estaba permitido a la Sala de la Audiencia Nacional, en su sentencia, era resolver acerca del pronunciamiento relativo a la autorización de traslado de la Estación de Servicio número 3.808, que declaró nulo, manteniendo la situación de dicha Estación en su primitivo estado; pero no podía pronunciarse en ningún sentido sobre la procedencia o improcedencia de la autorización para instalar una nueva Estación de Servicio, que la Delegación del Gobierno en CAMPSA otorgó y la Subsecretaría de Hacienda dejó sin efecto, y por tan clara razón, no puede reconocerse eficacia jurídica alguna a la expresión que la Sala incluyó en la parte dispositiva de su sentencia por la que confirma en los demás particulares el acuerdo de la Subsecretaría de Hacienda recurrido, toda vez que tales particularidades no constituyeron materia litigiosa ni, por ello, materia a decidir por la sentencia, sino que, por el contrario, continuaban sometidos al conocimiento y competencia de la Administración, como constitutivos de las pretensiones planteadas por el señor M. en su recurso de reposición.

Que de todo lo ya expuesto y razonado se deduce la razón que le asiste al promotor del presente incidente de ejecución de sentencia, ya que la cuestión relativa a la pertinencia de insta-

lar, abrir y clausurar la nueva Estación de Servicio fue siempre ajena a la materia objeto del recurso contencioso-administrativo, sin que la expresión confirmatoria del particular de la resolución ministerial anulatorio de la autorización consignada en el fallo de la sentencia pueda ser tomada en consideración, máxime hallándose entonces en tramitación el recurso de reposición del señor M. que mantenía la competencia administrativa sobre tal extremo, con la consecuencia de ser también la Administración la competente para ejecutar o suspender la ejecución de sus propias decisiones en jurisdiccional, en ésta no se acordaba tanto la vía administrativa no quedara agotada, o bien, si iniciada después la suspensión de ejecución del acto administrativo recurrido en la forma que regula el art. 123 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo.

8. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

8.0. Procedimiento especial en los casos de suspensión de acuerdos de las Corporaciones Locales, por infracción de las Leyes

PRINCIPIO DE DEMOCRACIA REPRESENTATIVA CONSAGRADO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. LÍMITES LEGALES A LA INTERVENCIÓN DEL PUEBLO EN LOS ÓRGANOS REPRESENTATIVOS. SUSPENSIÓN DE ACUERDOS DE LA COMISIÓN PERMANENTE, RATIFICATORIOS DE ACUERDOS DEL PLENO MUNICIPAL.

S 2 julio 1981 (Sala 4.ª) (RA 3153)

El Gobernador Civil acordó la suspensión del acuerdo de un Ayuntamiento sobre publicidad de las sesiones de la Comisión Permanente y nombramientos de sustitutos del Alcalde y Presidentes de las Comisiones a favor de Concejales que no formaban parte de la Comisión Permanente, trasladando aquella a la Audiencia Territorial correspondiente. La Sala dictó

sentencia, declarando nulos los acuerdos municipales por infracción manifiesta de las leyes. Promovida apelación por el Ayuntamiento, el TS aceptando los considerandos de la sentencia apelada, lo confirma, desestimando el recurso.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la primera cuestión aparece con toda nitidez, por ordenarlo el art. 213 del Reglamento de Organización, funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, que las sesiones de la Comisión Permanente, no son públicas y este precepto no está derogado por el art. 28, ap. 5, de la Ley 39/1978 de Elecciones Locales, como pretende el Ayuntamiento oponente... Porque...; 4.º La Constitución consagra el principio de la democracia representativa, y por tanto el pueblo sólo podrá tener intervención en los órganos representativos cuando la Ley claramente lo disponga, como por ejemplo en las Corporaciones con el sistema de concejo abierto, o ser espectador de sus actividades también por disponerlo la Ley; así las sesiones del Congreso son públicas pero no lo son las de sus comisiones.

Considerandos del Tribunal Supremo:

Que el Ayuntamiento apelante dirige en primer término sus alegaciones contra la sentencia del Tribunal «a quo» con fundamento en no haber tenido en cuenta que el Gobernador Civil suspendió fuera de plazo el Acuerdo de la Comisión Municipal Permanente, donde se ratificaron los del Pleno anterior que declaraban el carácter público de las sesiones de aquella Comisión y miembros natos de sustituto del Alcalde y Presidentes de Comisiones a favor de Concejales no integrantes de dicha Comisión Permanente, dictándose la referida resolución gubernativa el 13 junio 1979, es decir, transcurrido el plazo —arts. 365 de la Ley de Régimen Local y 118 de la Ley de 27 diciembre 1956— legalmente es-

tablecido para ello, denunciada que había sido la ilegalidad de los acuerdos (art. 413 de la Ley citada en primer lugar); pero es lo cierto que tal extemporaneidad no aparece acreditada en el expediente, antes bien, según resulta del sello de registro de salida del Ayuntamiento —folio 8 de las fotocopias componentes del actuado procedimental— fue el 13 junio 1979 cuando la salida tuvo lugar; y aun cuando se aceptara el 8 junio como anterior remisión a virtud de un incompleto cajetín estampado en aquel folio, ningún medio empleó el Ayuntamiento para asegurar la recepción en el Gobierno Civil destinatario, debiendo así prevalecer la fecha de registro de entrada en el órgano gubernativo provincial coincidente con el 13 junio, con la derivada necesidad de rechazar este motivo de apelación; al igual que ocurre con el alegado en sentido de que el Acuerdo municipal en suspenso, que reenvía a los en él ratificados y antes silenciados al Gobierno, no vino a constituir un propio acto administrativo sino simple «enterado» por la Comisión de aquellos otros anteriores, pues tal calificación es puramente subjetiva de la Corporación apelante y se halla en manifiesta pugna con la base procedimental —art. 40 de la supletoria Ley de 17 julio 1958— y efectos asignados al Ac. de 5 junio 1979 implícitamente allí configurado, en concordancia con la finalidad de ratificación que lo informó, como acto complementario y de definitiva unidad del conjunto acordado para su comunicación al Gobierno Civil, a pesar del superior nivel orgánico, que no es lo mismo que funcional y competencial, de suyo correspondiente a las decisiones del Pleno sobre identidad de materias en nada alterada por la susodicha y legalmente innecesaria ratificación —que hizo efectiva la Comisión Permanente con todos los rasgos formales de acto administrativo— independientemente de la validez legal de fondo, o sea, de la que cupiera asignar a los acuerdos del Pleno allí ratificados.

Que las restantes alegaciones de apelación se resumen en una insistencia o reiteración argumental con respecto a la supuesta derogación y modificación de los arts. 66, 67, 75, 93 y 120 de la Ley de Régimen Local, Texto refundido aprobado por D. de 24 junio 1955, y de los arts. 16, 19 y 22 del Reglamento de Organización, funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales aprobado por D. de 17 mayo 1952, preceptos modificados, en opinión de la parte apelante, por la posterior Ley sobre elecciones de miembros de las Corporaciones Locales de 17 julio 1978 en su art. 28, así como por el art. 4.º del R. D. de 16 marzo 1979 dictado en desarrollo de la Ley de última cita; tesis, empero, de manifiesta ineffectividad, pues basta la lectura del art. 1.º de la invocada Ley 39 de 1978, y aplicación supletoria del R. D.-Ley de 18 marzo 1977, en dicho precepto establecida, para inferir directamente que su ámbito se ciñe a la materia electoral, es decir, al modo procedimental de designación democrática de los miembros de las Corporaciones Locales e inserción del nuevo sistema de elecciones en la organización y funcionamiento de aquéllas a través de las sesiones de constitución de dichos órganos colegiados con las personas elegidas, según claramente resulta del ap. 1 del mencionado art. 28 de la Ley Electoral, y con la sesión o sesiones constitutivas (ap. 5) que para ello fueren necesarias, las cuales sólo a estos fines y dentro del estricto marco de constitución referenciado, habrán de ser públicas; sin variación fundamental tampoco, en cuanto a constitución de las Comisiones informativas y nombramientos de sus respectivos Presidentes así como de sustituto del Alcalde en el sentido que postula el Ayuntamiento apelante sin más base que sus apreciaciones unilaterales, toda vez que el art. 4.º del R. D. 561 de 1979 no trasciende de las sesiones constitutivas a cuya regulación, coincidente en lo esencial con la antigua en el aspecto orgánico, aporta nueva termino-

logía, como con acierto pone de relieve la sentencia recurrida, que facilite el proceso hacia una nueva Ley de Régimen Local en coordinación semántica simplemente «de actualización» e irrelevante a efectos de dar cobertura jurídica a los pretendidos cambios en la delimitación de ámbitos, electoral y orgánico o de ordinario funcionamiento, informante ya de la disposición contenida en el art. 93 de la Ley de Régimen Local, razones todas que al propio tiempo amparan la coherente posibilidad de articulación con la expuesta doctrina de la Resolución de la Dirección General de Administración Local de 25 mayo 1979, publicada en el Boletín Oficial del Estado del siguiente día 30, sobre criterios de interpretación de la normativa vigente en materia de funcionamiento de las Corporaciones Locales, en cuanto fundada asimismo en la distinción entre lo electoral y lo orgánico, esto aparte de las observaciones con respecto a su índole no vinculante para esta Jurisdicción contenidas en la Sentencia apelada.

9. DISPOSICIONES COMUNES

9.0. Suspensión de la ejecución del acto o disposición del recurso.

INEXISTENCIA DE DAÑOS O PERJUICIOS DE REPARACIÓN IMPOSIBLE O DIFÍCIL.

S 8 julio 1981 (Sala 4.ª) (RA 3240)

Instada pleza incidental de suspensión dimanante de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra acuerdo de un Ayuntamiento, la Sala dictó Auto decretando no haber lugar a la suspensión solicitada. Promovida apelación por la parte recurrente, el TS confirma el Auto apelado, desestimando el recurso interpuesto.

CONSIDERANDO: Que los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución del acto administrativo recurrido, que ordena la retirada de un almacenamiento de bagazo en previsión de posibles incendios, no son calificables de la imposible o difícil reparación que exige el art. 122 de la Ley de esta Jurisdicción como condición de ejercicio de la excepcional facultad de suspensión que en el mismo se regula y ello hace que el auto apelado, denegatorio de dicha suspensión, resulte ajustado a Derecho y deba confirmarse, sin hacer especial imposición de costas por no concurrir alguno de los supuestos contemplados en el art. 131 de la Ley citada.

AUDIENCIA PÚBLICA

CARTA A UN EMPRESARIO SOBRE COMO MONTAR UNA SUSPENSIÓN DE PAGOS

Muy Sr. mío:

Correspondo a su atenta consulta relativa a la situación de crisis económica de su empresa, mal muy común en nuestros días. Se me ocurre que, en su caso, no es un despropósito el pensar en la solución de una suspensión de pagos. En el fondo, para aconsejarle esta solución, me basta el dato al que ha aludido Ud. cuando se ha referido al montante de los intereses de financiación que su empresa debe soportar cada mes y que crecen a pasos agigantados en esa loca carrera de renovaciones que le imponen algunos acreedores. Considere Ud. que con la suspensión se cortará de raíz ese crecimiento, a la vez que es muy posible que todo el mundo se olvide de los intereses, preocupados como estarán por recuperar el importe del principal y contentos si es que acaso recuperan un diez por ciento del mismo. Como ve, para Ud. la solución es de lo más halagüeño.

Ya me ha indicado que carecen Uds. de libros de contabilidad, pero eso es un inconveniente que se subsana rápidamente comprando de inmediato unos nuevecitos y estrenándolos apenas en las primeras páginas con un balance ad hoc que asimismo confeccionaremos. El caso es que podamos presentar formalmente dichos documentos ante el Juzgado, puesto que nadie se va a meter, de entrada, a verificar su contenido.

En su caso se nos presenta además un pequeño problema suplementario, por razón de los avales personales que Ud. ha prestado. Ello nos obligará sin duda a presentar también su suspensión de pagos personal, para lo cual, previamente, procederemos a darle de alta en un epígrafe cualquiera de licencia fiscal, de los más baratos que encontremos. Ya sabe Ud. que las suspensiones de pagos están reservadas a los comerciantes, pero he de añadirle que dicha cualidad se justifica habitualmente ante los Tribunales con el simple

dato de poseer un recibo de licencia fiscal, aunque resulte recién comprado.

De esta forma podremos presentar las dos suspensiones de pagos paralelamente, lo que nos favorecerá, porque Ud. aparecerá como acreedor en la de su sociedad y, dadas las cifras que haremos figurar de su crédito, tendrá Ud. un buen puñado de votos a la hora de obtener convenio. No se preocupe porque a nadie se le ocurrirá pedir un balance consolidado y, además, ya procuraremos presentar las suspensiones en Juzgados distintos. Para mayor comodidad incluso le diría que casi podemos elegir el Juzgado que más nos convenga para presentar la suspensión. Nos bastará con efectuar un sencillo cambio de domicilio al lugar adecuado. Ha de saber Ud. que el Juzgado competente se determina en estos casos por el domicilio, lo que nos da un margen operativo importante para llevar el tema a un terreno cómodo.

Tampoco debe Ud. preocuparse por no tener un conocimiento exacto de lo que debe a sus acreedores, ni tener elaborado un balance. ¡Feliz Ud.! Para presentar la suspensión la ley le permite que presente un estado de situación aproximado. Por muy inexacto que sea no corre Ud. riesgo alguno. Ya se encargarán los interventores más tarde, bajo su propia responsabilidad, de elaborar un balance como Dios manda. Además, puestos en esta tesitura, puede que escamoteemos o «nos olvidemos» inicialmente de algunas deudas. Ello hará bajar el pasivo de la suspensión y nos ahorrará inicialmente algunos gastos judiciales. Ya se encargarán los acreedores de espabilarse para ser incluidos en la lista, y si no tanto mejor.

También le debo recordar algunos pasos previos a la suspensión que me imagino ya habrá emprendido Ud. por su cuenta. Supongo que habrá dejado de pagar hace tiempo la cuota empresarial de la Seguridad Social y los impuestos. Estas deudas es cierto que luego tienen su preferencia, pero, la verdad, no son acreedores que molesten demasiado. También supongo que habrá pensado en realizar lo más posible las existencias de mercancías que tenga, o, al menos, colocarlas a buen recaudo. Sería ingenuo dejar que esos activos fácilmente realizables o fácilmente camuflables en poder de terceros se quedaran enganchados en la suspensión. Piense que siempre es de buena política sembrar entre algunos amigos que ayuden a sobrellevar las posibles ingratitudes del procedimiento.

Convendría asimismo que se diversificaran adecuadamente los riesgos de que deba responder su patrimonio. Es una lástima que a estas alturas no tenga Ud. montada una sociedad comercial paralela a su actividad que hubiera ingresado todas las ventas, o una sociedad patrimonial a nombre de quien figuraran la mayor parte de los activos del negocio y que no corriera los riesgos del mismo. Pero

en todo caso, en este momento, se deberían poner a buen recaudo la mayor cantidad posible de bienes a su nombre, dejando, eso sí, algo llamativo y fácilmente identificable que pueda entretener las apetencias de los acreedores. No se preocupe Ud. de los riesgos de una eventual retroacción. No creo que llegue el caso y, si llega, tendremos un tiempo precioso por delante para llegar a algún acuerdo con los acreedores más importantes.

Piense que el objetivo de una suspensión es obtener un convenio, para lo cual disfrutaremos de un cómodo plazo mínimo de dos años, porque ya sabe Ud. que las actuaciones judiciales no son muy aceleradas que digamos. Inmediatamente de presentada la suspensión de pagos, podrá Ud. seguir trabajando como si empezara de cero. Quedarán congeladas las deudas anteriores, pero ya verá Ud. como todo el mundo se interesa para que Ud. siga y no cierre definitivamente.

Durante el procedimiento nuestra política será mantener unas buenas relaciones con los interventores que sean nombrados, a los que se deberá retribuir en la cuantía fijada por el Juzgado, sin perjuicio de que se paguen aparte los dictámenes que puedan necesitar para valorar el activo de su empresa o confeccionar el balance. Ya sabe Ud. que los interventores no pueden ser expertos en todos los campos y por ello es casi seguro que tengamos que pechar con uno o varios dictámenes periciales. Pero todo tendrá su compensación, como verá, aunque tenga Ud. que correr con los gastos.

No le oculto que las actividades que se nos avecinan no son precisamente baratas, pero baste para tranquilizarle el cálculo de lo que Ud. se va a ahorrar en intereses de financiación. Eche cuentas y verá como las cifras resultan pero que muy ajustadas.

Comprenderá que no abunde en detalles por carta sobre el tema objeto de su consulta, pero estoy seguro de que Ud. sabrá hilar fino y extraer sus propios criterios operativos a base de los pequeños datos apuntados. No dude en consultarme de nuevo sobre puntos que no le hayan quedado claros. Ejemplos concretos que le ilustrarán le puedo proporcionar a montones, aunque estoy seguro de algunos hasta son notorios para Ud.

De Ud. suyo affmo.

Francisco RAMOS

P.S. — No le preocupe el que ya exista un Anteproyecto de Ley Concursal en ciernes. Siempre ha habido. Tendrá Ud. todavía tiempo suficiente de hacer unas cuantas suspensiones de pagos por el régimen de la ley ahora vigente.

RECENSIONES

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino, *La crisis de la Justicia y las exigencias constitucionales* (Discurso leído en la solemne apertura del Curso Académico 1983-1984 en la Universidad de Sevilla). Servicio de Publicaciones de la Universidad, Sevilla, 1983, 62 págs.

El Servicio de publicaciones de la Universidad de Sevilla edita un trabajo, bajo el título «la Crisis de la Justicia y las exigencias Constitucionales», del que es autor el Prof. Dr. Don Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario, Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad sevillana. La publicación recoge el discurso leído con ocasión de la solemne sesión de apertura del Curso Académico 1983-84 en la Universidad Hispalense.

La actualidad del tema cuyos postulados esboza es patente; el autor ofrece en síntesis un nutrido número de reflexiones acerca del estado actual de la Administración de Justicia, afirmando previamente que, aunque los temas que afectan a la Universidad son siempre preferentes para el universitario, rehuye de abordarlos máxime en un momento como el actual caracterizado por una nueva Ley universitaria que, sin haber surgido de las entrañas del Alma Mater, quiere venir a representar un cambio. También yo me sumo aquí al temor que el autor manifiesta ante la previsión fundada de que, pasados los momentos de euforia de los reformadores y corifeos, emergerán las realidades, previsibles resultados de desconocimientos e improvisaciones.

Es indudable que la doble dimensión de docente del Derecho Procesal y de profesional de la abogacía enriquece notoriamente el humanismo científico, y por consiguiente, el prestigio del autor. No en vano sus años de enseñanza universitaria, al frente del Departamento de Derecho Procesal, y su constante y brillante actividad profesional en los temas concernientes a la Administración de Justicia proporcionan sustancia y contenido a las reflexiones que en voz alta y sin afectación hace en este discurso. El trabajo que recensionamos no acusa en modo alguno, pese a lo prolongado y serio de la crisis, cansancio alguno; antes al contrario, la constatación de este fenómeno, en el ámbito geográfico y humano de una sociedad en crisis, agudiza el ingenio del autor para presentar al lector un rico conjunto de datos, cifras, aportaciones y reflexiones.

La crisis de la Justicia —afirma— ha producido en la sociedad una honda y general insatisfacción: la Justicia, paradójicamente, es juzgada, habiéndose producido simultáneamente una potenciación del Poder Judicial; con lo que la vida social, con su entramado complejo de derechos y aspiraciones, prácticamente se judicializa. Y esa insatisfacción que acompaña, teniendo como telón de fondo la crisis del Derecho y de la Ley, aboga por una urgente reforma orgánica y procesal. A esta temática va dirigida la hermenéutica del trabajo.

Este estudio, hecho a modo de serena meditación en el estilo de Calaman-

dreí, pone de nuevo de manifiesto la erudición bibliográfica y la capacidad metodológica y de síntesis del autor. Estas cualidades, prudentemente dosificadas, han definido siempre su labor de dirección en mi carrera universitaria; por eso, y como en otras ocasiones ya afirmé, quizá nadie mejor que un discípulo maduro en años y vocacionalmente identificado con la Universidad y sus planteamientos, para ofrecer al lector una exégesis objetiva de un trabajo, cuya génesis y vicisitudes he conocido minuciosamente en mi puesto de docencia en el mismo Departamento.

Aborda el autor temas procesales de interés evidente en el orden conceptual y asimismo en el práctico. Comienza situando la Administración de Justicia en el marco de los fines o funciones del Estado moderno, acentuando su aspecto de deber público y material, que simboliza al fin y a la postre un trasunto del ideal de justicia entre los pueblos. Mas el deber de administrar justicia lleva implícito, como contrapartida, el «derecho a la garantía de administrarla», en el concepto de Rosenberg y Schmidt. Es notorio, sin embargo, que la forma y manera de impartirla produce actualmente insatisfacción y desconfianza, no sólo hacia sus hombres sino también hacia sus métodos: los Congresos jurídicos celebrados en México, Gante y Würzburg han propuesto como temática esencial la humanización y perfeccionamiento en los métodos y trabajos. Unase a ellos las reuniones de profesionales de la Magistratura o la Abogacía, las reformas introducidas en los textos constitucionales más modernos, etc., para darnos cuenta de que todo apunta a la existencia de una verdadera crisis.

Habla más adelante de las posibles relaciones entre la crisis de la Justicia y las del Derecho y la Ley respectivamente, rehusando el análisis de estas últimas, para no convertir el discurso en una reflexión especulativa, abstracta y en definitiva filosófica. Todo el devenir de este estudio radica en el enfoque que dá a los temas: el aspecto pragmático, judicial y procesal, en el manejo y aplicación diaria de las normas procesales. Llegados a este punto, el autor plantea como interrogantes, las posibles causas de la crisis, reagrupándolas en dos grandes categorías: la primera, determinada por las grandes transformaciones socio-económicas actuales, y la segunda, encuadrada en eso que se viene denominando crisis de la legislación, que se trata más bien de la inadecuación entre la realidad viva y la previsión legislativa que permanece inmóvil y a veces inalterable. Mas el problema central radica en que el legislador, y especialmente, el constituyente no ha sentido muchas veces la necesidad de completar la obra constitucional; con lo que la función juzgadora se ve dificultada por la ausencia de normas y predeterminada muchas veces por razones de ideología política. En esta tesitura, la función del juez corre el riesgo evidente de la politización, con el agravante de verse envuelta muchas veces en prejuicios y en presiones dimanantes de grupos de presión o de medios de comunicación, que se erigen en intérpretes inapelables de la nueva legalidad.

Los fenómenos que apunta son ciertamente graves, y dejan entrever su preocupación de jurista y sus inquietudes de universitario. Pienso que de la lectura de todo el discurso se infiere que, más allá de la letra, está el espíritu de quien tiene mucho que decir, dejando evidentemente (por la propia idiosincrasia del trabajo) entrever sólo en sus líneas la magnitud y gravedad del problema. Las reflexiones que siguen tratan de dar respuesta a las más importantes interrogantes: «la justicia carece de fiabilidad», «la escasa operatividad funcional de la justicia origina una crisis de confianza», «la justicia es lenta», «la justicia es cara», etc. Abunda en las soluciones que la Constitución recoge, en la consideración de la Jurisdicción como función y como Poder del estado, en las necesarias relaciones y los límites entre todos los poderes, en la consideración del texto constitucional como obra política y no como tratado jurí-

dico, en las contradicciones, pues, que se desprenden de su texto..., etc., para después de hacer un diagnóstico, ofrecer en síntesis un tratamiento.

En lo que pudiéramos calificar como parte especial del discurso, el Dr. Gutiérrez-Alviz analiza las notas determinantes de la administración de justicia en el orden constitucional, hablando sucesivamente de la unidad jurisdiccional, de la independencia judicial, de la publicidad en las actuaciones judiciales, del principio de acatamiento y respeto a las resoluciones de los Tribunales, de la policía judicial, de la gratuidad en la administración de justicia, de la participación de los ciudadanos en la misma, de reformas de orden orgánico, etc.; entrando más tarde en la exposición y análisis de las exigencias constitucionales en el orden estrictamente procesal. La preocupación de los procesalistas españoles al respecto es patente: desde el estudio para sistematizar y actualizar la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo la dirección del Dr. Prieto-Castro, al ciclo organizado por la Universidad Autónoma de Barcelona, que cristalizó en el volumen «Para un proceso civil eficaz» (con trabajos de Almagro, Cortés, Serra, Ramos, Montero, etc.) y al ciclo de conferencias pronunciadas en la Academia de Legislación y Jurisprudencia y las jornadas de la UNED, un amplio repertorio de soluciones, denunciando defectos graves, se han ofrecido al estudioso y lo que es más relevante, a quien tiene en sus manos la labor de acometer de lege ferenda las necesarias reformas.

Analiza las exigencias constitucionales respecto al proceso civil, en primer lugar, y al penal más tarde; citando y estudiando los preceptos de la Constitución en orden al principio dispositivo, al de eficacia, a la publicidad, a la rapidez, a las garantías de la libertad, a la oralidad, a la economía procesal, a la garantía de libre acceso a los Tribunales; y las reformas introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, prostituyendo a veces incluso el tradicional juego de sus principios, refiriéndose al establecimiento del Jurado, al ejercicio de la acción penal, a la presunción de inocencia, a la detención, a la prisión provisional, al «habeas corpus», a la oralidad, a la supresión de los fueros especiales, a la defensa y asistencia de Letrado y al desarrollo, en fin, del principio de legalidad.

El análisis resulta ciertamente demostrativo de la preocupación del autor por todo cuanto concierne a una recta administración de Justicia. Mas si hubiera de destacar algún punto de muy particular interés y actualidad, me referiría sin duda a sus reflexiones sobre «la posible trascendencia en la misión de juzgar de las ideologías políticas de los Jueces y Tribunales», y a la «institución en el proceso penal del Jurado» (págs. 31 y 56 del trabajo). Afirma que no pretende discurrir sobre la espinosa primera cuestión, remitiéndose a las conclusiones del III Congreso de la Asociación Profesional de la Magistratura, y señalando el autor el peligro que entraña para los justiciables la quiebra del principio de la independencia, ante interferencias y presiones del poder político y de los medios de información. Pienso yo que en ninguna etapa del Derecho ha podido concebirse el ejercicio sin límites de los derechos individuales; la concepción del ejercicio ilimitado conduce necesariamente al abuso del derecho; y de ahí a la anarquía sólo hay un paso. La necesaria independencia judicial debe venir garantizada, no sólo en la letra de la Constitución, sino en que la propia sociedad asimile «los límites de sus propios derechos»; de otra manera, la «constans et perpetua voluntas...» será imposible.

Y respecto al Jurado, afirma el autor que su implantación en nuestro sistema de enjuiciar no puede constituir sólo una medida política: tanto su intervención como sus últimos detalles de constitución y funcionamiento deben ser valorados como esenciales.

Centra el Profesor sus conclusiones sobre la necesidad de profundizar en la humanización de la Justicia, asignando a cada estamento el papel o la fun-

ción que legítimamente les corresponde. No es misión de los juristas acometer las necesarias reformas procesales; pero sí les atañe crear el clima propugnador de los necesarios cambios, como afirman Cappelletti y Denti, contribuyendo con ello a situar la función del Poder Judicial en el moderno Estado de Derecho. No corresponde a los jueces hoy su papel declamatorio de meros aplicadores del Derecho, pues la misión nobilísima de administrar justicia exige de ellos una verdadera labor de creación. Es la dimensión social del Derecho como ciencia y también como Arte. La aplicación del Derecho a los supuestos en conflicto no puede constituir un sistema encerrado, que pueda aislarse del mundo ambiental, social, político y económico. Y siguiendo la acertada frase de Tindemans, «el juez, comprometiéndose personalmente, perdería su necesaria condición de árbitro»; por lo que la justicia debe situarse por encima de todo tipo de contienda o polémica ideológica o partidista; concluyendo sus reflexiones con la acertada frase de Feijoo, cuando decía «que la mayor bendición de una república no consiste en que haya en ella muchos que no temen a Dios, sino que esos que no temen a Dios tampoco temen a los magistrados».

He pretendido ofrecer en síntesis el contenido de un trabajo, suscito y complejo a la vez, que más que una exégesis exhaustiva de problemas esenciales en nuestra sociedad, contiene una invitación genérica a meditar profundamente sobre estas cuestiones. En ello radica, entiendo, su interés y su actualidad. El Dr. Gutiérrez-Alviz sabe muy bien condensar la complejidad del pensamiento jurídico, descendiendo de la construcción prolija a la síntesis conceptual. No es mejor un texto porque sea más largo; porque en una visión rápida, en una construcción de sencillo contexto pueden ecerrarse valiosas aportaciones al saber científico. Es por ello, y singularmente por lo que tiene de alcance práctico, por lo que nada hay de desdeñable en el estudio que recensamos. Y precisamente en la dimensión humanística y universitaria del autor, que ha contribuido a lo largo de una vida ejemplar de dedicación docente y profesional a la formación de muchas promociones de juristas, profesionales y hombres de Derecho, está la mejor garantía de su acierto.

Traté sólo de dar fe de unas reflexiones cuya génesis yo he vivido y que en sus líneas maestras comparto. El discurso es para el autor la ocasión preciosa y solemne de expresar en voz alta y ante un auditorio importante y cualificado la síntesis de su pensamiento; para mí la satisfacción de haber recibido una nueva y sugerente lección de magisterio; y para el lector, la incitación a conseguir que el mundo sea cada vez más humano y más justo.

JULIO GARCIA CASAS

MORELLO, Augusto M.; BERIZONCE, Roberto O.; HITTERS, Juan C.; NOGUEIRA, Carlos A., *La justicia entre dos épocas*, Librería Editora Platense, La Plata, 1983, 263 págs.

El libro que nos presentan los Profesores MORELLO, BERIZONCE, HITTERS y NOGUEIRA reúne diez ensayos sobre los problemas actuales de la Administración de Justicia que aportan iniciativas para la reforma y actualización de la misma.

El Prof. MORELLO contribuye a este libro con cuatro trabajos. Su primer estudio, con el que se inicia la obra, resume los principales problemas de la Administración de Justicia y sirve de introducción a los trabajos restantes. El

segundo de sus ensayos analiza las nuevas exigencias de tutela y aboga por un giro hacia una tutela real y efectiva que pasa por la organización de la Administración de Justicia como una empresa y la igualación real, prescindiendo de factores económicos, para el ejercicio de los derechos constitucionales de defensa. El tema de su tercer trabajo es la eficacia y controles en el funcionamiento del Servicio de Justicia. Se señala el paulatino alejamiento de la Administración de Justicia de su ideal y propósito de conformar la directiva constitucional de afianzar la Justicia y propone una reforma, en profundidad, de la Organización Judicial a través de la aplicación de técnicas de organización de la empresa moderna y el establecimiento de controles del funcionamiento del Servicio tanto internos (a cargo del propio Poder Judicial) como externos (Ombudsman y Colegios de Abogados). El cuarto estudio analiza la legitimación procesal de los colegios profesionales y de las organizaciones de protección de los consumidores y de defensa de los intereses difusos. El Prof. MORELLO se muestra partidario de reconocer la legitimación procesal a estas instituciones y de establecer un régimen legal que delimite el ámbito de sus respectivas competencias.

El Prof. BERIZONCE aporta, por su parte, dos trabajos a la obra. El primero de ellos muestra la necesidad de acudir a la investigación empírica para comprender el funcionamiento en concreto de la Administración de Justicia y propone un programa para la investigación empírica del funcionamiento de la Justicia civil. El segundo examina la formación profesional y capacidad técnica del abogado como uno de los factores que tiene mayor influencia en la actual situación de la Justicia y afirma la necesidad de perfeccionar la formación profesional de los protagonistas de los fenómenos de la Justicia. Señala, entre otras medidas, la conveniencia de adecuar los planes de estudio a las necesidades actuales y de ensamblar el aprendizaje de los conceptos teóricos con el de sus contenidos prácticos.

La aportación del Prof. HITTERS al libro está formada por dos estudios: un ensayo sobre el acceso a la Justicia que pone de manifiesto el gran movimiento que se viene gestando en el mundo para conseguir la vigencia efectiva y por igual del derecho a la Justicia y otro acerca de la conciliación, que puede llegar a cumplir, bien manejada, dos importantes funciones: desdramatizar situaciones conflictivas y descongestionar a los órganos judiciales.

El Prof. NOGUEIRA participa en la creación de esta obra con un ensayo. Su trabajo examina la influencia del cambio social en las transformaciones del proceso civil con especial referencia al caso argentino.

El último de los ensayos, que contiene el libro, es un trabajo colectivo de los Profs. MORELLO, HITTERS y BERIZONCE. Está dedicado al análisis de la defensa de los intereses difusos en Argentina. Los intereses difusos son aquellos vinculados a la protección del medio ambiente, del consumidor o de valores culturales y su defensa es una cuestión que se encuentra en Argentina en una etapa de conocimiento de su real significación que desembocará, en un plazo razonablemente breve, en una política legislativa que permita la adecuada y completa tutela de los mismos.

El libro finaliza con un apéndice que recoge el temario del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal (Gante, Bélgica, 28 de agosto al 4 de setiembre de 1977), del VII Congreso Internacional de Derecho Procesal (Würzburg, Alemania Occidental, 11 al 17 de setiembre de 1983) y del XII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Rosario, República Argentina, 22 al 27 de mayo de 1983) y las conclusiones del XI Congreso Nacional de Derecho Procesal (La Plata, República Argentina, 21-24 de octubre de 1981).

J. FRANCO

PEYRANO, Jorge Walter, *El proceso atípico. Constitución de la litis-Medidas cautelares-Sentencias y recursos-Extinción del proceso-Procedimiento concursal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983, 205 págs.

El Prof. PEYRANO estudia en esta obra un mosaico de instituciones procesales que tienen por denominador común su carácter «atípico». La atipicidad es entendida, sin embargo, en un sentido muy amplio: se consideran atípicas todas aquellas figuras que sean poco conocidas o que aun siéndolo permitan ser examinadas desde ángulos nuevos. Entre todas las posibles candidatas elige el Prof. PEYRANO las que considera que tienen un mayor interés práctico.

En la etapa de constitución de la litis estudia el rechazo «in limine» de la demanda, la demanda reconventional y la participación de terceros en el proceso civil. El rechazo inicial de la demanda estima que debe producirse cuando el juez tras consultar el ordenamiento y comprobar en «abstracto» si la ley concede la facultad de juzgar el caso aprecie que el objeto de la pretensión no puede ser juzgado.

Con referencia a las medidas cautelares analiza la anotación de demanda. Estudia el concepto, los rasgos principales de la medida y la preferencia frente a otras inscripciones y se pronuncia en favor de la preferencia de la anotación de demanda frente a los embargos e inscripciones posteriores.

En la prueba estudia la fuerza probatoria de la conducta de los litigantes en el juicio y aboga por su reglamentación legal.

La conversión de la sentencia ante el incumplimiento de una condena de hacer y su transformación en una condena resarcitoria es el tema que ha elegido en el ámbito de la sentencia.

En el campo de los recursos examina las razones jurídicas que determinaron la consolidación de los requisitos formales exigidos para que la cuestión constitucional que se invoca en el recurso extraordinario federal sea admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La extinción del proceso es otro de los temas que se abordan. Estudia la extinción por desaparición de la potestad jurisdiccional sobre la materia que se enjuiciaba.

La suspensión e interrupción de los plazos procesales, la suspensión del curso de la caducidad de la instancia, la necesidad de tener en cuenta el resultado al interpretar la ley y la procedencia de depositar los fondos de los depósitos judiciales en cuentas bancarias fructíferas son el objeto del penúltimo capítulo de la obra.

El procedimiento concursal es la última de las instituciones que investiga el Prof. PEYRANO. Los temas que desarrolla son los siguientes: el recurso de revisión que regula la normativa concursal para aquellos casos en que un crédito no ha sido aceptado en el procedimiento de verificación, la procedencia de establecer una regulación porcentual de los honorarios a percibir por los profesionales que intervienen en el proceso concursal y el análisis de los modos de suplir los términos procesales omitidos por el legislador concursal.

Las páginas finales del libro recogen una abundante bibliografía sobre los temas que se tratan a lo largo del mismo.

J. FRANCO

PEYRANO, Jorge Walter, *Medida cautelar innovativa*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, 128 págs.

El autor, Profesor titular de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de Rosario (Argentina), traza en este ensayo, breve y profundo a la vez, una teoría general de la medida cautelar innovativa. Se trata de un tema al que el Profesor Peyrano ha dedicado ya diversos estudios. Así lo pone de manifiesto la mera consulta del índice bibliográfico con que se cierra el libro.

En el primero de los once capítulos que integran la obra, se enuncia la finalidad principal de la misma: «incitar inquietudes y azuzar el interés por el análisis de la legislación procesal comparada» (p. 1). Este propósito se inserta en un conjunto de ideas generales, entre las cuales ocupan lugar destacado las siguientes: a) hay que dotar al proceso civil de mayor eficacia práctica o real; b) para alcanzar ese objetivo se puede, y se debe, incorporar al ordenamiento nacional instituciones jurídicas foráneas, particularmente de origen anglosajón; c) resulta necesario que tal recepción vaya precedida de las adecuadas adaptaciones de aquellas figuras a las peculiaridades locales, y ésta es precisamente una de las misiones que debe cumplir la doctrina nacional; d) merece apoyo la actual tendencia encaminada a conseguir la primacía de la justicia preventiva, más preocupada por evitar daños que por resarcirlos. En este sentido, es harto significativo de la importancia que el autor atribuye al problema de la eficacia del proceso civil el hecho de destinar íntegramente un capítulo, el segundo, al examen de esa cuestión y de la relativa a los vínculos existentes entre la eficacia del proceso civil y las medidas cautelares.

El estudio específico de la medida cautelar innovativa se lleva a cabo en los seis capítulos siguientes. Tras el esbozo de la división fundamental entre proceso cautelar conservativo y proceso cautelar innovativo, se aborda, en el capítulo cuarto, el análisis de los aspectos dogmáticos de la medida cautelar innovativa, que se define como «una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor» (pp. 21-22). En cuanto a los presupuestos que han de concurrir para que se decrete la medida cautelar estudiada, el autor añade, a los genéricos del *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y prestación de contracautela por parte del solicitante de la medida, otro, al que denomina «irreparabilidad del perjuicio», que es un requisito «propio y característico de la medida cautelar innovativa, consistente en que la situación (de hecho o de derecho) que se pretende innovar ocasionaría (de subsistir) un daño irreparable» al pretensor» (p. 27).

En el capítulo quinto se efectúa una relación de diferentes supuestos de medidas cautelares innovativas previstas en el ordenamiento jurídico argentino; de esta manera, se intenta demostrar que la figura objeto de estudio no constituye una realidad desconocida para aquella legislación nacional. Por lo demás, resulta obvia la similitud de algunos de los ejemplos citados con otros acogidos en el ordenamiento español.

La reseña, en el capítulo sexto, de varios casos en los que los tribunales argentinos, aun sin contar con un soporte legal expreso, han utilizado la medida cautelar innovativa completa la mencionada enumeración de hipótesis legales. Al final de este capítulo, y de un modo un tanto sorprendente desde el punto de vista sistemático, se diseña una clasificación teleológica de las

medidas cautelares innovativas, distinguiéndose tres tipos, según que el fin perseguido estriba, respectivamente, en «formular un anticipo cautelar del juicio de mérito», «reponer las cosas a su estado anterior» o, en fin, «establecer la necesaria igualdad relativa que reclama la dinámica del proceso civil» (pp. 59-60).

En el capítulo siguiente se propugna la introducción en la legislación procesal argentina de la medida cautelar innovativa como figura autónoma, mediante la regulación explícita y específica de la misma. No obstante, en opinión del autor, la ausencia actual de aquella regulación no excluye la posibilidad de que se soliciten y se decreten medidas cautelares innovativas, sea a título de medida cautelar genérica, sea como atribución implícita de los órganos jurisdiccionales y como exigencia derivada del principio de igualdad de las partes, en aquellos casos en que las leyes procesales no contengan ningún precepto acerca de las medidas cautelares genéricas o innominadas. Una vez más estamos en presencia de problemas que, aun planteados y resueltos con relación al derecho argentino, tienen una indudable trascendencia para el derecho procesal español, ya que también en éste falta una regulación expresa de la medida cautelar innovativa (rasgo común a las distintas leyes procesales civiles argentinas) y, por otra parte, cuenta con una disposición (art. 1428 LEC) que disciplina las llamadas medidas cautelares innominadas (nota que comparte con algunas de aquellas leyes procesales).

El capítulo octavo versa sobre distintas cuestiones procedimentales atinentes a la medida cautelar innovativa; esta parte del libro constituye, a pesar de su ubicación, un suplemento de la exposición realizada en el capítulo cuarto. El capítulo siguiente gira en torno a los lazos existentes entre la medida cautelar innovativa y la acción de amparo.

Mayor interés ofrecen, para el lector español, los dos últimos capítulos. Hay que advertir, sin embargo, que la materia tratada en los mismos, si bien está íntimamente ligada a la problemática concreta de la medida cautelar innovativa, no se circunscribe a esos estrictos límites. El capítulo décimo se abre con un interrogante que acaso puede causar una cierta extrañeza: «El Judicial, ¿es Poder?» (p. 95); la contestación en sentido afirmativo, esto es, la aseveración de que el Poder Judicial es un auténtico Poder del Estado, sirve de punto de partida al razonamiento ulterior, que desemboca en una conclusión de singular importancia: los órganos jurisdiccionales disponen de las atribuciones que expresamente les concede el legislador, pero también poseen las facultades implícitas necesarias para satisfacer cabalmente la función que se les ha encomendado. En el último capítulo se acomete un problema de extraordinaria gravedad, y deplorable actualidad (no sólo en la Argentina), que el autor enuncia en términos precisos: «causa grima comprobar cuántas —y tan repetidas— veces los mandatos judiciales son ignorados por sus destinatarios, sean éstos las partes, terceros o funcionarios encargados de efectivizarlos» (p. 109); después de detenerse, aunque con referencia al derecho estadounidense exclusivamente, en el análisis de la institución angloamericana del *contempt of court*, se propone la inclusión del desacato disciplinario en el sistema de las correcciones disciplinarias, como medio necesario para reforzar el prestigio del Poder Judicial y asegurar la eficacia de la tutela jurisdiccional.

Nos hallamos ante una obra que aúna y compagina admirablemente la honra de pensamiento y la claridad expositiva, a la que contribuyen, en notable medida, la fluidez y la elegancia del estilo. Con todo, la originalidad de las posturas adoptadas y de las tesis sustentadas en el presente ensayo puede suscitar diversas controversias doctrinales; el propio autor reconoce el carácter «revolucionario» (pp. 22-23) de la institución estudiada y de los planteamientos defendidos en el libro.

En suma, entiendo que la monografía reseñada puede ser de gran utilidad al lector interesado en conocer el estado actual de la ciencia procesal y, en general, en los problemas relativos a la administración de justicia. No entraña obstáculo alguno el hecho de que el ordenamiento jurídico que ha servido de soporte positivo al desarrollo de esta obra no sea el derecho español; y ello por varias razones, entre las que cabe señalar la semejanza que, en la materia examinada, media entre el derecho procesal argentino y el español, así como el elevado valor científico del ensayo elaborado por el Profesor Peyrano.

M. CACHON

SCHÜTZE, Rolf. A., *Internationales Zivilprozessrecht, Eine Einführung mit ausgewählten Texten und Materialien zu den Staatsverträgen*, Walter de Gruyten, Berlin-New York, 1980, LI + 776 págs.

El libro de Schütze es una edición por separado de su contribución al Comentario de la ZPO de WIECZOREK, publicado también por la misma editorial. El carácter específico de la materia, su unidad de tratamiento y la extensión de los materiales recogidos por el autor justifican sobradamente esta publicación.

En las primeras 51 páginas de la obra Schütze efectúa una introducción sobre los principales problemas del derecho procesal civil internacional: la competencia internacional, la conducción de un proceso con elementos extranjeros, la ejecución de sentencias extranjeras, el arbitraje internacional y el auxilio judicial internacional. La extensión del tratamiento de los temas viene condicionada por su destino al Comentario a la ZPO de Wieczorek, a que se ha hecho referencia. Es por lo tanto conciso y esquemático, pero no por ello deja de ser abundante en datos.

El resto de la obra, cerca de 800 páginas, recoge todos los materiales legislativos importantes en el campo del proceso civil internacional. Estos materiales aparecen clasificados en tres grupos: Ejecución de sentencias, arbitraje internacional y auxilio judicial internacional. Aquí puede encontrarse el texto auténtico de cuantos Tratados bilaterales o multilaterales hallan aplicación en Alemania. La recopilación se limita a aportar el texto de los Convenios fundamentalmente.

La obra no constituye un trabajo doctrinal expositivo, ni lo pretende su autor. Su valor reside en el conjunto de materiales que reúne y sistematiza y que son indispensables para el ulterior trabajo de los temas procesales internacionales. En este sentido no puede olvidarse el significado original de esta aportación de Schütze a un Comentario sobre la ZPO. La obra además ha servido de base al autor para ulteriores trabajos suyos sobre la materia, como se comentará oportunamente.

FRANCISCO RAMOS

GLOSSNER, *Das Schiedsgericht in der Praxis*, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 1978, 280 págs.

Esta obra pretende ofrecer una panorámica general del arbitraje, resaltando su propio autor la importancia que tiene, no tan sólo para el lector con formación jurídica, sino también en el campo de la práctica económica.

En los apéndices de esta obra, se recogen los Convenios y Reglamentos más importantes en materia de arbitraje, así como diversos modelos de escritos; entre otros, una solicitud de exequatur de sentencia arbitral, distintas cláusulas compromisorias, etc.

A lo largo de toda la obra, Glossner trata diversos aspectos de la institución arbitral, fundamentalmente los siguientes: el contrato de arbitraje, el nombramiento de los árbitros, el desarrollo del procedimiento arbitral, el procedimiento de exequatur de la sentencia arbitral y la distinción del arbitraje de otras figuras similares.

Respecto al primer punto, Glossner señala que en el derecho alemán las partes pueden utilizar el arbitraje en todas las materias en las que gocen de la posibilidad de transigir. El contrato arbitral será nulo cuando una parte se valga de su posición privilegiada para forzar a la otra parte a aceptar una determinada cláusula arbitral. El contrato arbitral requiere la forma escrita, salvo que se trate de contratos entre comerciantes. Finalmente, pone de relieve que la cláusula arbitral debe referirse a un litigio o a una relación jurídica concreta, aunque ésta sea futura.

Seguidamente, Glossner pasa a resaltar los puntos más destacados del arbitraje ad hoc para el supuesto de que las partes no sometan sus diferencias a una institución especializada de arbitraje. También señala su inclinación en favor de que el tribunal lo formen tres árbitros en base a las siguientes pautas: cada parte deberá elegir un árbitro, y éstos, de común acuerdo, al Presidente del Tribunal arbitral, el cual, según Glossner, siempre debería ser un jurista. Si una de las partes no nombra árbitro, la ley procesal alemana prevé su designación por el tribunal ordinario competente, siempre y cuando ello sea solicitado por la parte interesada. Si una de las partes presenta objeciones frente a un árbitro, la ley le otorga la posibilidad de recusarlo, sobre la cual decidirá siempre el tribunal estatal competente.

Respecto a las reglas de procedimiento, cabe decir que pueden ser determinadas por las partes o por los árbitros, según lo estipulado en cada supuesto. La intervención de abogado en el procedimiento arbitral es facultativa. En el procedimiento siempre tiene lugar la audiencia de las partes, sin poder proceder en rebeldía de una de ellas. Es precisamente en esta fase, dado el ambiente amistoso en que se desenvuelve, donde Glossner recomienda que se aproveche para conseguir un compromiso arbitral. Es destacable que el tribunal arbitral no dispone de medios coactivos, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción ordinaria.

La ejecución del laudo presupone su homologación mediante el procedimiento de exequatur especial.

En el último capítulo Glossner alude al denominado «arbitraje de calidad», práctica muy extendida sobre todo en el comercio portuario, sirviendo como grado previo al arbitraje propiamente dicho, ya que en realidad de él surge un dictamen, que, por sí mismo, no comporta ejecutoriedad.

Podemos concluir diciendo que la obra de Glossner aporta valiosos consejos, tanto para el jurista como para el lego en derecho que actúe como árbitro,

o quiera recurrir a la institución del arbitraje. Su lógica estructuración y claro lenguaje facilitan la posibilidad de adentrarse en el sistema arbitral del derecho alemán. No obstante, debe señalarse que a consecuencia de una posterior reforma de la ley procesal alemana, los artículos citados han visto modificada su numeración.

WOLFGANG OEHLER

ODERIGO, Mario A., *Derecho procesal penal*, 2.ª ed. (reimpresión inalterada), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, 771 págs.

En el año 1952, el autor, Profesor titular de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, publicaba la primera edición de esta obra, en cuyo prólogo, incorporado a la segunda edición, enunciaba el objeto de la misma: «una exposición sistemática del derecho procesal penal, elaborada con relación a las leyes vigentes que regulan la administración de justicia de la Nación (Argentina)». Aunque el desarrollo de la materia obedecía a criterios fundamentalmente didácticos, se pretendía también que el libro tuviera utilidad práctica.

Muchos años después, en 1973, veía la luz la segunda edición, actualizada por varios colaboradores del Prof. Oderigo, quien ya entonces advertía que «un libro es el producto de un momento de la vida del autor», razón por la cual «en principio no soy partidario de las actualizaciones». Y, en efecto, la presente reimpresión viene precedida por otras dos, correspondientes a los años 1975 y 1978.

La estructura formal de la obra es un tanto peculiar, ya que, si bien está dividida en dos tomos, ambos aparecen publicados conjuntamente en un solo volumen; tampoco hay solución de continuidad en cuanto a la paginación, que es única o común para los dos tomos.

El Tomo I comprende dos partes. La primera está dedicada al estudio de diversas nociones básicas de la disciplina. Se parte de la idea de función penal, para distinguir en ella tres momentos diferentes: la incriminación (sancción de la ley penal), el juicio (aplicación de la ley penal) y la ejecución (realización de la ley penal). La actividad estatal (judicial) que tiene lugar en esa etapa intermedia, constituida por el juicio (proceso) penal, se concibe como la función jurisdiccional penal en sentido estricto. A su vez, el derecho procesal penal, en su acepción más rigurosa, se define como el «conjunto de normas jurídicas reguladoras del proceso penal» (p. 5), pero, en un sentido más amplio, aquél engloba también «las normas referentes a la creación y regulación de los órganos estatales que intervienen en el proceso penal» (p. 6).

En la segunda parte, se lleva a cabo el análisis o, según la expresión utilizada por el autor, la «consideración estática» del proceso penal. Desde el punto de vista dogmático, acaso sea ésta la parte más interesante del libro. Así, por ejemplo, al ocuparse del problema concerniente a la naturaleza jurídica del proceso, después de examinar críticamente las más importantes teorías explicativas propuestas por la doctrina, el autor sostiene la tesis de que el proceso es una *empresa*, indicando, en concreto, que «la empresa procesal es doble, ya que por un lado se emprende una investigación histórica y por el otro una investigación jurídica de tipo monográfico» (p. 46); en este senti-

do, se hace especial hincapié en la idea de colaboración organizada de varias personas encaminada a la consecución de una finalidad unitaria, por lo que, a pesar de los rasgos originales, y discutibles, de la construcción mencionada, se percibe nítidamente la influencia de la teoría de la institución formulada por Guasp. En otro orden de cosas, cabe destacar la gran atención prestada al tema relativo a los sujetos del proceso penal.

El Tomo II abarca las tres partes restantes del libro (tercera, cuarta y quinta). La denominada «consideración dinámica» del proceso penal integra la tercera parte, que versa sobre las siguientes cuestiones: el sumario, el plenario, los recursos, el procedimiento en segunda instancia y la duración del proceso. Mientras que el plenario se dirige a «la obtención de un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo (condena o absolución)» (p. 546), el sumario tiene una triple finalidad: adquisitivo-probatoria, cautelar y eventualmente decisoria; asimismo, se efectúa una completa reseña de las distintas características de una y otra fase del proceso penal. Por otra parte, se enumeran y delimitan las cuatro formas posibles de iniciación del sumario: denuncia, querrela, incoación de oficio y prevención, consistiendo esta última en el «conjunto de actos preprocesales, de instrucción y de cautela, realizados con motivo de la comisión de un delito, por personas legítimamente autorizadas, que intervienen antes que el juez, de lo cual se da conocimiento a éste» (p. 443).

La parte siguiente del libro trata de los procedimientos especiales, entre los que figuran algunos cuya naturaleza jurisdiccional resulta harto dudosa, aun cuando su estudio se inserte habitualmente en los Tratados y Manuales de derecho penal.

La obra concluye con un breve análisis de la ejecución penal, la cual, a juicio del autor, no forma parte del proceso penal, de manera que posee carácter administrativo. Ahora bien, este punto requiere dos matizaciones: en primer lugar, la postura del autor no responde a una opinión teórica de alcance absoluto, sino que se reduce a reflejar la situación del derecho positivo argentino, y, en segundo término, se pone de relieve la intervención del juez, limitada, pero necesaria, en la etapa ejecutiva.

El lector interesado en adquirir una visión global del derecho procesal penal argentino puede acudir al libro reseñado, a condición, eso sí, de observar las naturales precauciones derivadas de la ya lejana fecha en que se publicó esta segunda edición.

M. CACHON

LEGISLACION ORGANICA Y PROCESAL DEL BRASIL *

JOSÉ C. BARBOSA MOREIRA

1. FUENTES LEGISLATIVAS: PANORAMA GENERAL

En la legislación brasileña se encuentran reglas sobre organización judicial y sobre proceso en la Constitución de la República, en las leyes federales, en las Constituciones de los Estados-miembros, en las leyes estatales y en los reglamentos internos de los tribunales.

1.1. Constitución de la República

En vigor desde el 24-1-1967, con la redacción dada por la Enmienda Constitucional de 17-10-1969 y con alteraciones parciales resultantes de enmiendas posteriores.

1.2. Leyes Federales

Competiendo a la Unión Federal legislar sobre derecho procesal (Constitución de la República, art. 8.º, n.º XVII, letra b), es en las leyes federales donde se concentra la disciplina de las varias ramas del proceso. Existen igualmente leyes federales sobre organización judicial y sobre el régimen jurídico de la magistratura. Bajo la denominación genérica de «leyes federales» se comprenden aquí, en primer plano: las leyes complementarias de la Constitución (para cuya aprobación se exige la mayoría absoluta de los votos de los miembros de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal; Constitución de la República, art. 50) y las leyes ordinarias. Conoce el derecho brasileño, además de dichas categorías, las leyes delegadas (Cons-

* Traducción de Juan J. Montero.

titución de la República, art. 52) y los decretos-leyes (art. 55); de aquéllas, sin embargo, están excluidas «la organización de los juicios y de los tribunales y las garantías de la magistratura» (art. 52, párrafo único, n.º I), y estos sólo pueden versar sobre seguridad nacional, sobre finanzas públicas y sobre creación de cargos públicos y fijación de sueldos (art. 55, núms. I a III); es pues, secundaria su respectiva importancia en el campo que nos interesa aquí.

1.3. Constituciones de los Estados-miembros

El Brasil es una república federal, en la que cada Estado-miembro se organiza y se rige por su Constitución y por las leyes que dicta, respetando los principios y observando las restricciones de la Constitución de la República (art. 13, *caput*). En las Constituciones de los Estados-miembros se encuentran sobre todo normas relativas a la estructura del Poder Judicial estatal.

1.4. Leyes estatales

No tienen los Estados-miembros competencia para legislar sobre derecho procesal, pero sí la tienen para organizar su justicia, dentro de los límites fijados por la Constitución de la República (art. 144). De ahí la existencia de leyes estatales, en general con la denominación de Códigos de Organización Judicial, algunas de cuyas normas no dejan de tener relevancia procesal, atendidas las dificultades que existen para trazar una línea divisoria absolutamente nítida entre el campo de la organización judicial y el del proceso.

1.5. Reglamentos interinos de los tribunales

Poseen los tribunales reglamentos internos, en los que están autorizados a disciplinar, junto a otras materias, la competencia de los órganos en los que se dividen (Constitución de la República, art. 115, n.º III). Es grande el número de disposiciones reglamentarias que se pueden reputar complementarias de las leyes procesales, en la medida en que regulan pormenores de procedimiento, que han de ser observados en la tramitación y en el juicio de las causas de su competencia por los propios tribunales. Lugar especial ocupa el reglamento interno del Supremo Tribunal Federal, al cual la Constitución de la República concede en términos expresos el establecimiento de normas relativas, no sólo a la competencia de sus órganos (art. 119, § 3.º, a y b), sino también al procedimiento aplicable en las causas de su competencia originaria o por recurso (art. 119, § 3.º, c), a la concesión de *exequatur* a las comisiones rogatorias y a la homolo-

gación de sentencias extranjeras (art. 119, § 3.º, d), e incluso la oportunidad del recurso extraordinario, en ciertos casos (art. 119, §§ 1.º y 3.º, c, in fine). En esas materias el reglamento funciona como ley en sentido material.

1.6. Bibliografía básica sobre este núm. 1

José Frederico MARQUÊS, *Manual de Direito Processuale Civil*, vol. I, 8.ª ed., S. Paulo, 1981, § 3.º; *id.*, *A reforma do Poder Judiciario*, vol. 1.º, S. Paulo, 1979; Antônio Carlos DE ARAÚJO CINTRA, Ada PELLEGRINI GRINOVER e Cândido DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, 2.ª ed., S. Paulo, 1979, cap. 7; ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processuale Civil*, vol. I, S. Paulo, 1977, cap. III; Humberto Theodoro JÚNIOR, *Processo de conhecimento*, t. I, 2.ª ed., Río, 1981, § 3.º.

2. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA COMO FUENTE DEL DERECHO PROCESAL Y DE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL

Se cuentan en la Constitución de la República buen número de disposiciones relativas al proceso y a la organización judicial. Podemos clasificarlas como sigue.

2.1. Reglas de atribución de competencia normativa

La principal es el art. 8.º, n.º XVII, c, que atribuye competencia a la Unión para legislar sobre derecho procesal (en todas sus ramas). Junto a ella debe mencionarse el art. 144, que trata de la competencia de los Estados-miembros para organizar su Justicia. Merecen además referencia las disposiciones que someten determinadas materias a una ley complementaria, denominada Ley Orgánica de la Magistratura Nacional (arts. 112, párrafo único, 115, núms. I y III, 120, § 1.º, 121, § 2, 144, *caput*, y §§ 1.º, a, y 6.º).

2.2. Reglas sobre estructura, organización y funcionamiento del Poder Judicial

La Constitución de la República trata del Poder Judicial en el Capítulo VIII del Título I («De la organización nacional»), en el cual comprende los artículos 112 a 144. Divídese ese capítulo en nueve secciones:

I) «Disposiciones preliminares»: Donde se encuentra una enumeración de los órganos del Poder Judicial (art. 112, *caput*); y las garantías otorgadas a los jueces: vitalicios, inamovibles y no sepa-

rables del cargo antes del plazo para el que han sido nombrados (art. 113); las prohibiciones a que están sujetos, so pena de pérdida del cargo (art. 114); las materias de competencia genérica de los tribunales (art. 115); y las reglas específicas sobre exigencia de *quorum* especial para la declaración judicial de inconstitucionalidad de las leyes y otros actos normativos (art. 116) y sobre la forma de los pagos debidos por la Hacienda Pública en virtud de sentencia judicial (art. 117).

II) «Del Supremo Tribunal Federal»: Donde se prevé la estructura (art. 118) y la competencia (art. 119) de este órgano, cúpula del Poder Judicial.

III) «Del Consejo Nacional de la Magistratura»: Que instituye un órgano, con esta denominación, integrado por siete de los once ministros (magistrados) del Supremo Tribunal Federal, dotado de competencia disciplinaria sobre la magistratura federal y estatal (art. 120).

IV) «Del Tribunal Federal de Recursos»: Donde se regula la estructura (art. 121) y la competencia (art. 122) de este órgano, que funciona principalmente como segunda instancia de la Justicia Federal, aunque tenga también competencia originaria en algunas materias.

V) «De los Jueces Federales»: En la que se trata de la Justicia Federal común de primera instancia, regulándose el modo de proveer los cargos (art. 123), la división del aparato judicial en secciones locales (art. 124), la competencia de los jueces federales (art. 125) y se prevé el ejercicio excepcional de esa competencia por la Justicia del Estado o del territorio en las comarcas del interior del país (art. 126).

VI) «De los Tribunales y Jueces Militares»: Donde se disciplina la estructura (arts. 127 y 128) y la competencia (art. 129) de la Justicia Militar Federal.

VII) «De los Tribunales y Jueces Electorales»: En la que se cuida la estructura (arts. 130 a 134 y 140), la competencia (art. 137) y el funcionamiento (arts. 135, 136, 138 y 139) de la Justicia Electoral, que esto da ella federal.

VIII) «De los Tribunales y Jueces de Trabajo»: Donde se fijan la estructura (art. 141) y la competencia (art. 142) de la Justicia de Trabajo, también exclusivamente federal, y se dispone sobre la recurribilidad ante y las decisiones de su órgano más alto, el Tribunal Superior de Trabajo (art. 143).

IX) «De los Tribunales y Jueces Estatales»: En la que se establecen, en el art. 144, las disposiciones que han de ser observadas

por los Estados-miembros, al organizar su Justicia, sobre ingreso en la magistratura de carrera (n.º I), sobre la promoción de los jueces (n.º II), el ascenso a los tribunales de segunda instancia (n.º III), la composición de éstos, etc. Hay también reglas sobre la competencia de los tribunales de justicia estatales (§§ 3.º, 5.º y 6.º), sobre la posibilidad de creación de tribunales inferiores de segunda instancia, en general denominados Tribunales de Alzada (§ 1.º, a) y respecto de la justicia militar estatal (§ 1.º, d), así como los términos de plazo para el que fueron nombrados los jueces estatales (§ 4.º) y sobre otros asuntos menos relevantes.

2.3. Reglas que consagran principios generales del proceso

Principalmente garantías de la tutela jurisdiccional: Así: «La ley no podrá excluir del conocimiento de los órganos del Poder Judicial lesión alguna de derechos individuales. El inicio del proceso podrá ser condicionado a que se agoten previamente las vías administrativas, sin que pueda impedir la garantía de la instancia judicial, y sin que pueda sobrepasarse el plazo de ciento ochenta días para decidir sobre lo pedido» (art. 153, § 4.º); «Nadie será preso sino en caso de flagrante delito o por orden escrita de autoridad competente. La ley regulará la prestación de fianza. La prisión o detención de cualquier persona será inmediatamente comunicada al juez competente, que la levantará si no fuere legal» (art. 153, § 15); «La instrucción criminal será contradictoria y se observará la ley anterior, en lo relativo al delito y a la pena, salvo cuando fuere más grave para la situación del reo» (art. 153, § 16); «A los necesitados se les concederá el beneficio de pobreza, en la forma establecida por la ley» (art. 153, § 32).

2.4. Reglas que consagran instituciones procesales específicas

Están previstas por la Constitución de la República, y obviamente no pueden ser suprimidas por las leyes de cualquier categoría, algunas instituciones procesales específicas. Así: la representación del Procurador General de la República ante el Supremo Tribunal Federal, para la declaración de inconstitucionalidad o para la interpretación de las leyes y actos normativos federales o estatales (artículo 119, n.º I, 1); el recurso extraordinario contra las decisiones finales de otros tribunales, en aquellos casos en que se pone en juego la vigencia o la uniformidad de interpretación del derecho federal (art. 119, n.º III); el jurado, con competencia para juzgar los delitos dolosos contra la vida (art. 153, § 18); el *habeas corpus*, remedio utilizable «siempre que alguien sufra, o esté amenazado de sufrir, violencia o coacción en su libertad de movimientos, con ilegalidad

o por abuso de poder» (art. 153, § 20); el *mandado de segurança*, destinado a «proteger derechos líquidos y ciertos no amparados por el *habeas corpus*, sea cual fuere la autoridad responsable de la ilegalidad o del abuso de poder» (art. 153, § 21); la acción popular, ejercitable por cualquier ciudadano con el fin de «anular actos lesivos sobre el patrimonio de entidades públicas» (art. 153, § 31).

2.5. *Bibliografía básica (de Derecho Procesal) sobre este núm. 2*

José Frederico MARQUÉS, *Manual de Direito Processual Civil*, volumen I, 8.ª ed., S. Paulo, 1981, §§ 3.º e 10; *id.*, *A reforma do Poder Judiciário*, vol. 1.º, S. Paulo, 1979; Antônio Carlos de ARAÚJO CINTRA, Ada PELLEGRINI GRINOVER, Cândido DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, 2.ª ed., S. Paulo, 1979, cap. 5 e 18; ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, S. Paulo, 1977, cap. II e III; Vicente GRECO FILHO, *Direito Processual Civil brasileiro*, vol. 1.º, S. Paulo, 1981, n.º 9; Ada PELLEGRINI GRINOVER, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, S. Paulo, 1975.

3. PRINCIPALES LEYES FEDERALES RELATIVAS A ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y AL PROCESO

3.1. *Generales*

3.1.1. Ley n.º 1.060, de 5-2-1950: Que establece normas para la concesión de la asistencia judicial (beneficio de pobreza) a los necesitados.

3.1.2. Ley n.º 5.010, de 30-5-1966: Que organiza la Justicia Federal de Primera Instancia, con modificaciones introducidas por diversas leyes posteriores, entre las cuales: Decreto-ley n.º 30, de 17-11-1966; ley n.º 5.345, de 3-11-1967; Decreto-ley n.º 384, de 26-12-1968; ley n.º 6.761, de 5-12-1979; ley n.º 6.825, de 22-9-1980 (con disposiciones también sobre el proceso ante el Tribunal Federal de Recursos).

3.1.3. Ley Complementaria de la Constitución n.º 35, de 14-3-1979 (*Ley Orgánica de la Magistratura Nacional*), alterada por la Ley complementaria n.º 37, de 13-11-1979: Trata de la estructura del Poder Judicial (Título I), de las garantías de la magistratura y de las prerrogativas del magistrado (Título II), del régimen disciplinario (Título III), de los sueldos, privilegios y derechos de los magistrados (Título IV), de la magistratura de carrera (Título V), del Tribunal Federal de Recursos (Título VI), de la Justicia de Trabajo (título

VII), de la Justicia en los Estados (Título VIII), de las sustituciones en los tribunales (Título IX) y restan todavía las disposiciones finales y transitorias (Título X) sobre la estructura y el funcionamiento de los órganos judiciales.

3.1.4. Reglas que, en cierta medida, interesan al proceso en general se encuentran también, entre otras, en la ley n.º 4.215, de 27-4-1963 (Estatuto de la Orden de los Abogados del Brasil), con varias modificaciones (ley n.º 5.681, de 20-7-1971; ley n.º 5.960, de 10-12-1973; ley n.º 6.743, de 5-12-1979; ley n.º 6.884, de 9-12-1980), y en la Ley Complementaria n.º 40, de 14-12-1981, que establece normas generales que han de ser adoptadas en la organización del Ministerio Público estatal.

3.2. *Proceso Civil*

3.2.1. Código Procesal Civil, promulgado por la ley n.º 5.869, de 11-1-1973, en vigor desde el 1-1-1974, con alteraciones introducidas por leyes diversas, entre las cuales: Ley n.º 5.925, de 1-10-1973; ley n.º 6.246, de 7-10-1975; ley n.º 6.314, de 16-12-1975; ley n.º 6.355, de 8-9-1976; ley n.º 6.515, de 26-12-1977; ley n.º 6.745, de 5-12-1979; ley n.º 6.771, de 27-3-1980; ley n.º 6.780, de 12-5-1980; ley n.º 6.820, de 16-9-1980; ley n.º 6.851, de 17-11-1980; ley n.º 7.005, de 28-6-1982.

Inspirado en el anteproyecto del que fue autor Alfredo BUZARD, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo, ministro de Justicia entre 1969 y 1974, y ministro (magistrado) del Supremo Tribunal Federal a partir de 1982, el Código se divide en cinco libros: Libro I, Del proceso de declaración; Libro II, Del proceso de ejecución; Libro III, Del proceso cautelar; Libro IV, De los procedimientos especiales; Libro V, De las disposiciones finales y transitorias.

El anterior Código Procesal Civil (Decreto-ley n.º 1.608, de 18-9-1939, vigente desde el 1-2-1940) fue el primero de ámbito nacional que tuvo el Brasil, en virtud de la modificación consagrada por la Constitución Federal de 16-7-1934, que atribuyó a la Unión Federal competencia exclusiva para legislar sobre derecho procesal. Anteriormente, desde los primeros tiempos de la República, esa competencia estaba dividida entre la Unión y los Estados-miembros, coexistiendo leyes federales, que regulaban el proceso ante la justicia federal, y leyes o códigos estatales, que lo regulaban ante las justicias de las varias unidades federadas. Algunas partes del Código de 1939 permanecen en vigor después del 1-1-1974, por disposición expresa del nuevo Código (art. 1.218), pues éste no trató de las materias correspondientes.

3.2.2. Numerosas leyes dispersas, anteriores y posteriores al nuevo Código Procesal Civil, regulan procedimientos especiales o interesan, de una u otra forma, al proceso civil. Mencionaremos las más importantes, por orden cronológico: Decreto-ley n.º 3-3-65, de 21-6-1941, sobre el proceso de expropiación por utilidad pública; decreto-ley n.º 7.661, de 21-6-1945, que regula la quiebra y el convenio; ley n.º 1.533, de 21-12-1951, completada y parcialmente modificada por la ley n.º 4.348, de 26-6-1964, sobre el *mandado de segurança*; ley n.º 4.717, de 29-6-1965, relativa a la acción popular; ley n.º 5.478, de 25-7-1968, que regula el juicio de alimentos; decreto-ley n.º 911, de 1-10-1969, que establece normas procesales en materia de venta fiduciaria en garantía; ley n.º 6.015, de 31-12-1973, que dispone sobre los registros públicos; ley n.º 6.367, de 19-10-1976, relativa a accidentes de trabajo; ley n.º 6.383, de 7-12-1976, que regula el proceso discriminatorio de tierras devueltas por la Unión; ley n.º 6.515, de 26-12-1977, sobre disolución de la sociedad conyugal y del matrimonio; ley n.º 6.649, de 16-5-1979, de arrendamientos urbanos; ley n.º 6.830, de 22-9-1980, de cobro judicial de los créditos de la Hacienda Pública; ley n.º 6.969, de 10-12-1981, que regula la adquisición, por usucapión especial, de inmuebles rústicos. A su vez, muchas de estas leyes han sido modificadas parcialmente por leyes posteriores.

Las leyes anteriores al Código Procesal Civil, que continúan regulando procedimientos especiales, han sido adaptadas a la sistemática del Código por las leyes núms. 6.014, de 27-12-1973, y 6.071, de 3-7-1974.

3.3. Proceso penal

3.3.1. Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto-ley número 3.689, de 3-10-1941, el primero de ámbito nacional, con alteraciones introducidas por diversas leyes posteriores, entre las cuales: Ley n.º 263, de 23-2-1948; ley n.º 1.431, de 12-9-1951; ley n.º 4.611, de 2-4-1965; decreto-ley n.º 552, de 25-4-1969; ley n.º 5.970, de 11-12-1973; ley n.º 5.974, de 11-12-1973; ley n.º 6.416, de 24-5-1977; ley n.º 6.538, de 22-6-1978. Las cuestiones de derecho transitorio relativas a la entrada en vigor del Código fueron reguladas por el decreto-ley número 3.931, de 11-12-1941 (Ley de Introducción al Código Procesal Penal).

Actualmente se tramita en el Congreso Nacional un proyecto de nuevo Código, basado en el anteproyecto realizado por el profesor José Frederico MARQUÊS.

3.3.2. Innumerables leyes dispersas se refieren al proceso penal. El proceso penal militar está regulado por el decreto-ley n.º 1.002,

de 21-10-1969; el proceso penal para delitos electorales, por el Código Electoral (ley n.º 4.737, de 15-7-1965). En el campo del proceso penal común merecen alusión las siguientes disposiciones legales: Ley n.º 1.079, de 10-4-1950, sobre delitos de «responsabilidad»; ley n.º 1.521, de 26-12-1951, relativa a delitos contra la economía popular; ley n.º 1.579, de 18-3-1952, sobre comisiones parlamentarias de encuesta; ley n.º 3.274, de 2-10-1957, que establece las normas generales del régimen penitenciario; ley n.º 3.502, de 21-12-1958, sobre secuestro y pérdida de bienes en los casos de enriquecimiento ilícito por influencia o abuso de cargo o función; ley n.º 4.137, de 10-9-1962; de represión del abuso de poder económico; ley n.º 4.898, de 9-12-1965, sobre el derecho de representación y el proceso de responsabilidad en los casos de abuso de autoridad; ley n.º 5.250, de 9-2-1967, que regula la libertad de expresión del pensamiento y de información (Ley de Imprenta); decreto-ley n.º 201, de 27-2-1967, sobre las responsabilidades de los alcaldes y concejales municipales; ley número 6.368, de 21-10-1976, que establece medidas de prevención y de represión del tráfico ilícito y uso indebido de sustancias tóxicas o que causen dependencia física o psíquica; ley n.º 6.697, de 10-10-1979, Código de Menores; ley n.º 7.170, de 14-12-1983, ley de Seguridad Nacional, etc.

3.4. Proceso de Trabajo

El proceso laboral se rige esencialmente por las disposiciones del Título X de Consolidación de las Leyes de Trabajo, aprobado por el decreto-ley n.º 5.452, de 1-5-1943, con modificaciones introducidas por numerosas leyes. Según el art. 769 «en lo no previsto, el derecho procesal común será fuente supletoria del derecho procesal del trabajo, excepto en aquello que sea incompatible con las normas de este Título». Existiendo bastantes lagunas en la regulación de la CLT, destaca la importancia del Código Procesal Civil como fuente subsidiaria en la regulación del proceso de trabajo.

Mención especial merece la ley n.º 5.638, de 3-12-1970, que establece las normas relativas al proceso y juicio por acciones de trabajo de la competencia de la Justicia Federal, en los términos del art. 110 de la Constitución de la República.

3.5. Bibliografía básica sobre este núm. 3

3.5.1. *Obras de carácter general*: Antonio Carlos de ARAÚJO CINTRA, Ada PELLEGRINI GRINOVER, Cândido DINAMARCO, *Teoria Geral de Processo*, 2.ª ed., S. Paulo, 1979; CASTRO NUNES, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, Rio, 1943; MÁRIO GUIMARÃES, *O juiz e a função ju-*

risdional, Rio, 1958; LENINE NEQUETE, *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência*, 2 volumes, Porto Alegre, 1973; Décio CRETTON, *O estatuto da magistratura brasileira*, S. Paulo, 1980.

3.5.2. Processo civil

a) *Obras de exposição sistemática*: Ovidio A. BAPTISTA DA SILVA y otros, *Teoria Geral do Processo Civil*, Porto Alegre, 1983; José Frederico MARQUÊS, *Manual de Direito Processual Civil*, 4 volumes, S. Paulo, com diversas edições, variáveis de acordo com o volume; LOPES DA COSTA, *Manual Elementar de Direito Processual Civil*, atualizado por Sálvio de FIGUEIREDO TEIXEIRA, Rio, 1982; José DA SILVA PACHECO, *Direito Processual Civil*, 2 volumes, S. Paulo, 1976; ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, 2 volumes publicados, S. Paulo, 1977-8; Vicente GRECO FILHO, *Direito Processual Civil brasileiro*, 5.ª ed., Rio, 1982; Ernane FIDELIS DOS SANTOS, *Introdução ao Direito Processual Civil brasileiro*, Rio, 1978; Humberto Theodoro JÚNIOR, *Processo de conhecimento*, 2 volumes, 2.ª ed., Rio, 1981; *id.*, *Processo de execução*, 7.ª ed., S. Paulo, 1983; *id.*, *Processo cautelar*, 5.ª ed., S. Paulo, 1983.

b) *Comentarios*: PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 17 volumes, Rio, 1.ª ed., 1974-8; 2.ª ed. (só os tomos I a IV), 1979; ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil comentado*, 5 volumes publicados, S. Paulo, 1975-81; Celso AGRICOLA BARBI, Moniz de ARAGÃO, Calmon de PASSOS, Amaral SANTOS, Barbosa MOREIRA, Mendonça LIMA, Celso NEVES, Galeno LACERDA, Adroaldo FURTADO FABRICIO, Hamilton de MORAES e BARROS, José Olympio de CASTRO FILHO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 10 volumes, Rio, com diversas edições, variáveis de acordo com o volume; Hélio TORNAGHI, Wellington MOREIRA PIMENTEL, Pestana de AGUIAR, Roberto ROSAS e Paulo César ARAGÃO, Sérgio BERMUDEZ, Bueno VIDIGAL, Amílcar de CASTRO, José de MOURA ROCHA, Couto e SILVA, Mendonça LIMA, Haroldo VALLADÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12 volumes publicados, S. Paulo, com diversas edições, variáveis de acordo com o volume; Ronaldo CUNHA CAMPOS, Jacy de ASSIS, Ernane FIDELIS DOS SANTOS, Humberto Theodoro JÚNIOR, Edson PRATA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7 volumes, Rio, 1978-80; Marcos Afonso BORGES, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 4 volumes, S. Paulo, 1974-7; Sérgio SAHIONE FADEL, *Código de Processo Civil comentado*, 2.ª ed., 3 volumes publicados, Rio, 1981-3; Theotonio NEGRÃO, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 11.ª ed., S. Paulo, 1982.

3.5.3. Processo penal

a) *Obras de exposição sistemática*: Hélio TORNAGHI, *Instituições de processo penal*, 2 volumes, S. Paulo, 1977-8; *id.*, *Curso de processo penal*, 2 volumes, S. Paulo, 1980; José Frederico MARQUÊS, *Elementos de Direito Processual Penal*, 4 volumes, Rio, 1961-5; *id.*, *Tratado de Direito Processual Penal*, 2 volumes publicados, S. Paulo, 1980; Fernando DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo penal*, 4 volumes, 6.ª ed., S. Paulo, 1982-3; Romeu PIRES DE CAMPOS BARROS, *Direito Processual Penal brasileiro*, 2 volumes, S. Paulo, 1969-71; Magalhães NORONHA, *Curso de Direito Processual Penal*, 6.ª ed., S. Paulo, 1973; José Lisboa DA GAMA MALCHER, *Manual de processo penal brasileiro*, 2 volumes, Rio, 1980; José Roberto BARAUNA, *Lições de processo penal*, 2.ª ed., S. Paulo, 1979; Mariano DE SIQUEIRA FILHO, *Curso básico de processo penal*, S. Paulo, 1980.

b) *Comentarios*: Eduardo ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, 3 volumes, 5.ª ed., Rio, 1976; Bento de FARIA, *Código de Processo Penal*, 3 volumes, Rio, 1960; Hélio TORNAGHI, Basileu GARCIA, Florêncio DE ABREU, Roberto LYRA, *Comentários ao Código de Processo Penal*, 4 volumes publicados, Rio, 1944-56; Borges DA ROSA, *Comentários ao Código de Processo Penal*, 3.ª ed., actualizado por Angelito A. AIQUEL, S. Paulo, 1982; Damásio EVANGELISTA DE JESÚS, *Código de Processo Penal anotado*, 3.ª ed., S. Paulo, 1983.

3.5.4. Processo de trabalho

a) *Obras de exposição sistemática*: Coqueijo COSTA, *Direito Judiciário de Trabalho*, Rio, 1978; Amauri MASCARO NASCIMENTO, *Elementos de Direito Processual do Trabalho*, S. Paulo, 1973; *id.*, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 3.ª ed., S. Paulo, 1980; Warner D. GIGLIO, *Novo Direito Processual do Trabalho*, S. Paulo, 1975; Wilson DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*, S. Paulo, 1977; Christóvão TOSTES MALTA, *Prática do processo trabalhista*, 14.ª ed., Rio, s/d.; Isis de ALMEIDA, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, S. Paulo, 1981.

b) *Comentarios*: Mozart Víctor RUSSOMANO, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, vol. III, 9.ª ed., Rio, 1982; Antonio LAMARCA, *Ação na Justiça do Trabalho*, Rio, 1968.

**EL PENULTIMO CAMBIO EN MATERIA DE
PRISION PROVISIONAL**

Dedicamos el Editorial de este número de la Revista a la evolución sufrida por los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El penúltimo paso en el camino de la inconsecuencia es el proyecto de ley que a continuación ofrecemos. Se transcriben aquí el anteproyecto del Ministerio de Justicia, el informe del Consejo General del Poder Judicial y el proyecto enviado por el Gobierno a las Cortes.

Dada la espiral en la que hemos entrado, quedamos a la espera del último paso.

**ANTEPROYECTO DE LEY ORGANICA POR LA QUE SE
MODIFICAN LOS ARTICULOS 503 Y 504 DE LA LEY DE
ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

ARTICULO UNICO

Los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tendrán la siguiente redacción:

Artículo 503

Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes:

1.º Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

2.º Que este tenga señalada pena superior a la de prisión menor, o bien que aun cuando tenga señalada pena de prisión menor o inferior, considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidos los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que

se cometan hechos análogos. Cuando el Juez decreta la prisión provisional en caso de delito que tenga prevista pena inferior a la de prisión mayor, podrá, según su criterio, dejarla sin efecto, si las circunstancias tenidas en cuenta hubiesen variado, acordando la libertad del inculcado sin fianza o cuando preste la que se señale de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 531 de esta Ley.

3.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

Artículo 504

Procederá también la prisión provisional cuando concurren la primera y la tercera circunstancia del artículo anterior y el inculcado no hubiera comparecido, sin motivo legítimo, al primer llamamiento del Juez o Tribunal o cada vez que éste lo considere necesario.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, aunque el delito tenga señalada pena superior a la de prisión menor, cuando el inculcado carezca de antecedentes penales o éstos deban considerarse cancelados y se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia y, además, el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio donde el Juez o Tribunal que conociere de la causa ejerce su jurisdicción, podrán éstos acordar, mediante fianza, la libertad del inculcado.

El inculcado retenido en prisión provisional tiene el derecho a que su caso sea atendido de forma prioritaria y con especial diligencia. El Juez o Tribunal que conozca la causa y el Ministerio Fiscal, cada uno dentro de sus funciones, cuidarán bajo su responsabilidad de que la prisión provisional no se prolongue más allá de lo necesario.

La situación de prisión provisional no durará más de tres meses cuando se trate de causa por delito al que corresponda pena de arresto mayor, ni más de un año cuando la pena sea de prisión menor o de dos años cuando la pena sea superior. En estos dos últimos casos, concurriendo circunstancias que hagan prever que la causa no podrá ser juzgada en estos plazos, y que el inculcado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión podrá prolongarse hasta dos y cuatro años respectivamente. La prolongación de la prisión provisional se acordará mediante auto, con audiencia del inculcado y del Ministerio Fiscal.

Una vez condenado el inculcado, la prisión provisional podrá prolongarse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida.

No se tendrá en cuenta, para el cómputo de los plazos estable-

cidos en este artículo, el tiempo en que la causa sufriera dilaciones no imputables a la Administración de Justicia.

Contra los autos que decreten la prisión o los que dispongan su prolongación o la libertad provisional, podrán ejercitarse los recursos de reforma y apelación.

Concedida la libertad por transcurso de los plazos máximos previstos para la prisión provisional será también de aplicación lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo.

DISPOSICION FINAL

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGANICA POR LA QUE SE MODIFICAN LOS ARTICULOS 503 Y 504 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

El Consejo General del Poder Judicial ha examinado el anteproyecto de referencia, habiendo acordado emitir sobre su contenido el informe siguiente:

Artículo 503

La modificación de este precepto se concreta en conferir una amplia discrecionalidad al Juez para poder acordar, a la vista de las circunstancias concurrentes, tanto la prisión incondicional como la libertad con o sin fianza, aunque el delito presuntamente cometido tenga señalada pena de prisión menor, o una inferior a ésta, caso este último no previsto en el texto vigente del artículo 503. Esta orientación de flexibilidad, coincidente con la propugnada por el Consejo en anteriores actuaciones consultivas, *merece informe favorable*, por superar el automatismo de la libertad con o sin fianza que podía resultar del texto vigente en la actualidad.

Artículo 504

El párrafo tercero que se introduce en este precepto, con cuya inspiración el Consejo está naturalmente conforme, no tiene sin embargo en algunos aspectos naturaleza propiamente normativa sino más bien admonitiva, propia de una exposición de motivos, pues se

limitan a recordar el deber de diligencia y de control sobre las causas que, en todo caso, los Jueces y Tribunales desempeñan.

La variación esencial en este artículo radica en la ampliación de los plazos máximos de la prisión provisional para los distintos supuestos ordinarios y especiales y en la fijación de un plazo específico para los casos en que la pena señalada sea la de arresto mayor. El Consejo estima que estas ampliaciones son razonables en el ámbito de la política criminal exigida por la hora presente y no opone objeción alguna a las mismas.

En el párrafo sexto del artículo, se modifica el texto actual en el sentido de no computar para el plazo máximo de la prisión todos los períodos de dilación no imputables a la Administración de Justicia y no sólo los imputables al inculpado. Esta novedad, coincidente con la propuesta del Consejo en su informe a la reforma de 1983, se informa favorablemente, pues incorpora una mayor garantía frente a posibles abusos procesales.

Por último, el Consejo nada tiene que oponer a los dos últimos párrafos que se adicionan a este artículo.

Madrid, 26 de marzo de 1984.

PROYECTO DE LEY ORGANICA POR LA QUE SE MODIFICAN LOS ARTICULOS 503 Y 504 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

(B. O. Cortes, 4-V-84)

Exposición de motivos

El Proyecto de Ley Orgánica que el Gobierno eleva a las Cortes Generales para modificar la redacción de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se inspira en los mismos principios que informan ya dichos preceptos desde la promulgación de la reciente Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril. Obedeciendo a tales principios, presentes en la Constitución y explícitamente formulados por el Tribunal Constitucional, el presente proyecto de Ley tiene dos objetivos.

En primer lugar, dar una nueva formulación a los supuestos en que puede decretarse la prisión provisional, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional de que la medida no ha de aplicarse con automatismo, sino que la Autoridad judicial tomará su decisión «teniendo en cuenta las circunstancias del caso». El proyecto ratifica, pues, el abandono del sistema instaurado en la Ley de 22 de abril de 1980 para permitir que sea el órgano jurisdiccional quien

valore, en la tensión dialéctica entre los principios de libertad personal y presunción de inocencia y aseguramiento del proceso, cuándo debe decretar la prisión preventiva y cuándo la libertad provisional del imputado, con o sin fianza. Las interpretaciones dispares que se habían producido en la práctica acerca del alcance del último inciso de la circunstancia segunda del artículo 503, de las que se ha hecho eco la doctrina, obligan al legislador a pronunciarse para evitar divergencias hermenéuticas. Por otra parte, promulgada y vigente la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, en la que se modifica extensamente el sistema penológico, parece procedente incluir las penas de prisión menor e inferiores en la circunstancia segunda del artículo 503.

El segundo objetivo de este Proyecto es el de resolver ciertos problemas que la práctica ha revelado en torno a la duración máxima de la situación de prisión preventiva. Nuestro sistema constitucional impone, como es sabido, dos límites temporales a esa situación. Uno derivado del principio de presunción de inocencia, está presente en el artículo 528 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («la prisión provisional sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado»); parece conveniente completar la declaración del artículo citado otorgando el máximo rango legislativo al derecho del inculpado en situación de prisión a que su causa sea atendida con especial diligencia por los órganos del Poder Judicial. Paralelamente, el Proyecto, que hace suya la vieja declaración de la Exposición de Motivos del Real Decreto aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («el ciudadano de un pueblo libre no debe expiar faltas que no son suyas, ni ser víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado»), establece que en el cómputo de la duración de la prisión provisional no se sumarán los períodos en que la causa sufra dilaciones no imputables a los mismos órganos a quienes antes ha exigido esa especial diligencia, esto es, a los órganos jurisdiccionales. Aunque una aplicación de la doctrina del fraude a la Ley pudiera haber bastado para llegar a los mismos resultados que ahora explícitamente se formulan, en materia como ésta, en que las cautelas interpretativas son ciertamente lógicas, resulta conveniente desvanecer toda duda que favorezca resultados contrarios a los perseguidos por el ordenamiento. No hace el Proyecto, por lo demás, sino acoger razonamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del propio Tribunal Constitucional.

El otro límite, vinculado al derecho a la libertad personal más directamente, está acogido en el artículo 504. Las experiencias recogidas en la aplicación de este último precepto, en tanto que impone los límites temporales máximos de la situación de prisión preventiva, manifiestan la necesidad de prever un sistema de prórrogas vinculado

a situaciones objetivas que permitan conjugar el principio de libertad personal con el aseguramiento del proceso penal sin que, en ningún caso, la prisión preventiva juegue como pena anticipada ni, en general, como medida criminológica, tal y como tiene declarado el Tribunal Constitucional. Por ello se prevé que la medida de prolongación se adopte en resolución motivada contra la que se podrán utilizar los recursos de reforma y de apelación, que supondrán una garantía que evite que la medida cautelar derive hacia fines distintos de los constitucionalmente previstos.

En su virtud, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 4 de abril de 1984, acordó remitir a las Cortes Generales el siguiente

PROYECTO DE LEY ORGANICA

ARTICULO UNICO

Los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tendrán la siguiente redacción:

«Artículo 503

Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes:

1.º Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

2.º Que éste tenga señalada pena superior a la de prisión menor, o bien que aun cuando tenga señalada pena de prisión menor o inferior, considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidos los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos. Cuando el Juez decrete la prisión provisional en caso de delito que tenga prevista pena inferior a la de prisión mayor podrá, según su criterio, dejarla sin efecto, si las circunstancias tenidas en cuenta hubiesen variado, acordando la libertad del inculcado con o sin fianza.

3.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar auto de prisión.

Artículo 504

Procederá también la prisión provisional cuando concurren la primera y la segunda (sic) circunstancia del artículo anterior y el incul-

pado no hubiera comparecido, sin motivo legítimo, al primer llamamiento del Juez o Tribunal o cada vez que éste lo considere necesario.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, aunque el delito tenga señalada pena superior a la de prisión menor, cuando el inculcado carezca de antecedentes penales o éstos deban considerarse cancelados y se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia y, además, el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio donde el Juez o Tribunal que conociere de la causa ejerce su jurisdicción, podrán éstos acordar, mediante fianza, la libertad del inculcado.

El inculcado retenido en prisión provisional tiene el derecho a que su caso sea atendido de forma prioritaria y con especial diligencia. El Juez o Tribunal que conozca de la causa y el Ministerio Fiscal, cada uno dentro de sus funciones, cuidarán bajo su responsabilidad de que la prisión provisional no se prolongue más allá de lo necesario.

La situación de prisión provisional no durará más de tres meses cuando se trate de causa por delito al que corresponda pena de arresto mayor, ni más de un año cuando la pena sea de prisión menor o de dos años cuando la pena sea superior. En estos dos últimos casos, concurriendo circunstancias que hagan prever que la causa no podrá ser juzgada en estos plazos, y que el inculcado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión podrá prolongarse hasta dos y cuatro años respectivamente. La prolongación de la prisión provisional se acordará mediante auto, con audiencia del inculcado y del Ministerio Fiscal.

Una vez condenado el inculcado, la prisión provisional podrá prolongarse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida.

No se tendrá en cuenta, para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia.

Contra los autos que decreten la prisión o los que dispongan su prolongación o la libertad provisional, podrán ejercitarse los recursos de reforma y apelación.

Concedida la libertad por transcurso de los plazos máximos previstos para la prisión provisional será también de aplicación lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo.

Disposición final

La presente Ley Orgánica entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.»