

# JUSTICIA

## 85

1985, número IV

Director:

JUAN MONTERO AROCA

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

JOSÉ V. GIMENO SENDRA

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI

JOSÉ S. MARTÍN OSTOS

VÍCTOR M. MORENO CATENA

MANUEL P. ORTELLS RAMOS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ

JOSÉ L. VÁZQUEZ SOTELO



## INDICE

	Pág.
Editorial ...	773
<b>ARTICULOS</b>	
<i>Valentín Cortés Domínguez</i> , La nueva regulación de la competencia jurisdiccional internacional en materia civil (Arts. 21 y 22 LOPJ) ...	775
<i>Alberto Montón Redondo</i> , Tramitación y alcance de la justicia gratuita en el proceso civil ...	797
<i>Silvia Barona Vilar</i> , El proceso de impugnación de acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos en materia de propiedad horizontal ...	821
<i>M.ª José Mascarell Navarro</i> , La reconvencción en el proceso laboral ...	851
<i>Karl-Heinz Gössel</i> , Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadoras, incluidas las del procedimiento por contravenciones al orden administrativo y las del proceso por orden penal, en el proceso penal alemán ...	877
<b>NOTAS</b>	
<i>Francisco Fuentes Carsí</i> , La reforma del proceso de nulidad en propiedad industrial por la LOPJ ...	893
<i>Pedro Luis Serrera Contreras</i> , El régimen procesal en las nuevas bases del régimen local. Comentario de urgencia ...	903
<b>JURISPRUDENCIA</b>	
Procesal civil, por <i>Manuel Ortells Ramos</i> ...	921
Procesal laboral, por <i>Juan L. Gómez Colomer</i> ...	959
El Tribunal Supremo y la Constitución (1983), por <i>M.ª José Mascarell Navarro</i> ...	971
<b>AUDIENCIA PUBLICA</b>	
Historia forense de una medida cautelar, por <i>Francisco Ramos</i> ...	999
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	
Recensiones ...	1007
<b>INFORMACION</b>	
Organización de la justicia en la República Argentina, por <i>Susana Beatriz Piriz</i> ...	1015
VII Congreso Colombiano de Derecho Procesal ...	1033

# JUSTICIA 85

NUMERO IV

Director:

JUAN MONTERO AROCA

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

JOSÉ V. GIMENO SENDRA

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI

JOSÉ S. MARTÍN OSTOS

VÍCTOR M. MORENO CATENA

MANUEL P. ORTELLS RAMOS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ

JOSÉ L. VÁZQUEZ SOTELO

«JUSTICIA 85» se publica trimestralmente.

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

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



1985

---

LIBRERIA BOSCH - Ronda Universidad, 11 - BARCELONA

## SOBRE EL JURADO

*El art. 125 de la Constitución reconoce a los ciudadanos el derecho a participar en la Administración de Justicia mediante la institución del jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine. Esta disposición, que pretendió restablecer entre nosotros una institución jurídico-política, regulada en general por primera vez en 1888 y que no llegó a arraigar, está siendo incumplida.*

*Cuando se han conmemorado los siete años de la vigencia de la Constitución, seguimos sin ni siquiera proyecto de ley. Sigue discutiéndose si serán galgos o podencos, y mientras tanto no se avanza en el desarrollo constitucional.*

*En algunos foros de discusión se somete todavía a deliberación las ventajas e inconvenientes del jurado, con lo que se da la impresión de que esa no es una discusión cerrada constitucionalmente. No se trata ahora ya de seguir discutiendo en torno a jurado sí, jurado no. Hay partidarios del jurado y contrarios al mismo, e incluso en el Consejo de Redacción de esta Revista pueden encontrarse sostenedores de una y otra posición desde el punto de vista teórico y aún con referencia a España en sus presentes circunstancias. Pero éste no es ya el tema a discutir.*

*Desde el momento que la Constitución prevé la figura, la discusión en torno a si en España debe o no haber jurado, es una discusión bizantina. Lo que ahora importa es qué clase de jurado ha de establecerse y cómo va a desarrollarse en concreto el mandato constitucional. Sin embargo en esa discusión llevamos ya siete años y todavía no se ha dado un sólo paso en la acción.*

*En este Editorial no se trata de inclinarse por uno u otro tipo de jurado. Entre los que en ella trabajamos hay partidarios del jurado puro y del mixto o escabinato. Por lo que si nos inclinamos todos, y decididamente, es porque el mandato constitucional sea cumplido, y sin perder más tiempo.*

*La pérdida de tiempo está dando lugar a experiencias de buena fe, pero sin base científica. Son más numerosos cada día los jura-*

Depósito Legal: Z. 1.271-81

ISSN: 0211-7754

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

dos a modo de prueba que se están constituyendo. Las autoridades judiciales están abriendo las puertas a experiencias en el vacío, como consecuencia de la presión, más o menos insistente, de la sociedad, o de una parte de ella. Si esas experiencias estuvieran controladas científicamente y sirvieran de experimento para la redacción del proyecto de ley, nada tendríamos que decir, pero creemos que se trata más bien de experiencias sin finalidad ulterior, un poco a modo de juego, sólo explicables por el retraso legislativo.

Los que tienen la responsabilidad de las decisiones políticas deben asumirla y tomar la decisión correspondiente. Pueden, y deben, pedir la cooperación de la ciencia, pero ha llegado ya el momento de cumplir lo que la Constitución ordena y lo que se prometió electoralmente.

## LA NUEVA REGULACION DE LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL (Arts. 21 y 22 LOPJ)

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ  
Abogado  
Catedrático de Derecho Procesal

### SUMARIO:

I. Introducción. — II. Los criterios de atribución de la competencia jurisdiccional internacional: los fueros exclusivos. — III Examen de los fueros exclusivos establecidos en los núms. 3, 4 y 5 del art. 22. — IV. Competencia jurisdiccional general de los órganos judiciales españoles.

### I. — INTRODUCCIÓN.

Por primera vez se aborda en nuestra legislación, y de forma directa, el arduo problema de la extensión y límites de la jurisdicción civil española. Los arts. 21 y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (1985) ponen fin, pues, a un silencio de muchas décadas y suponen, al menos en teoría, la voluntad legislativa de enfrentarse con un problema que hasta ahora había tenido desarrollo parcial (1).

Qué duda cabe que la nueva legislación debería de influir de forma decisiva en la muerte de la antigua teoría jurisprudencial que

(1) La disposición adicional primera de la Ley 30/1981 sobre régimen matrimonial, introdujo normas de competencia jurisdiccional internacional. La oportunidad de un desarrollo parcial del problema que nos ocupa, limitándolo a los procesos matrimoniales, fue criticada por nosotros en su momento (véase Valentín CORTÉS en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*; Madrid, 1984, II, p. 2.039 y ss.), porque manteníamos y seguimos manteniendo hoy, que la solución parcial del problema sin tener claro cuál es la solución global implica una clara falta de método legislativo.

los internacionalistas bautizaron con el nombre de *imperialismo jurisdiccional*, y que, en pocas palabras, afirmaba que los Organos jurisdiccionales españoles eran competentes para el conocimiento de cualquier conflicto, fueren cuales fuesen las conexiones internacionales del mismo. De forma curiosa, ha bastado un gesto del legislador para que, confirmando lo que ya sabíamos, un número muy importante de sentencias del Tribunal Supremo se puedan quedar sin apoyo alguno. El gesto ha consistido en mantener prácticamente la redacción del art. 51 LEC, en el art. 21 de la LOPJ, y añadir reglas de competencia jurisdiccional internacional aplicables a los órganos españoles (art. 22). Por consiguiente, el imperialismo jurisdiccional no puede tener, ya, su apoyo en un texto como el del artículo 51 LEC o el 21 LOPJ, máxime cuando concurren dos nuevas circunstancias que hay que señalar: la propia denominación del capítulo y del título que acoge a los artículos 21 y siguientes, que nos indican la voluntad del principio, de limitar y expresar el ámbito de la jurisdicción española; además, la regulación de la sumisión expresa o tácita como método de hacer jurisdiccionalmente competentes a los jueces españoles, lo que conlleva de forma necesaria partir de la incompetencia jurisdiccional de esos órganos judiciales.

Ahora bien, ¿estos textos harán que la jurisprudencia del T.S. cambie su trayectoria de forma copérmica? Lo dudamos mucho. En principio, el art. 21 (y por consiguiente el art. 51 LEC) no sería sino la manifestación plástica de que los órganos judiciales españoles son *materialmente* competentes para conocer de cualquier litigio que se pueda plantear, siendo las únicas limitaciones aquellas que vienen impuestas por las conexiones territoriales que puedan tener litigios (2).

Se podría decir que la Ley acaba con algunas decisiones seculares de la jurisprudencia y nos sitúa ante el problema de la competencia

(2) En realidad, la LOPJ, en principio, ha escogido un camino que ya nosotros diseñamos en el año 1981 (véase Valentín Cortés, *Derecho Procesal Civil Internacional. Ordenamiento español*, Madrid, 1981, p. 5 y ss.). La interpretación del art. 51 LEC sólo era posible, en su relación con el art. 70 y el Real Decreto de Extranjería de 1852, afirmando su insuficiencia como criterio de atribución de la competencia jurisdiccional internacional. Por consiguiente, no existiendo normas específicas, y no siendo válidas, como algunos pensaban, los criterios establecidos en el Real Decreto de Extranjería, era necesario extrapolar de nuestras normas de atribución de la competencia interna las que regirían la llamada competencia jurisdiccional internacional. Lo que ha hecho el legislador es mantener el art. 51 (ahora en el 21 de la LOPJ) y dictar normas de atribución territorial de la competencia jurisdiccional, con lo que a la postre queda confirmado, por vía legal, cuando defendíamos en su momento sobre la exacta interpretación del art. 51.

jurisdiccional internacional sin necesidad de llevarnos por el camino cansado y estrecho de la demostración de lo que ya entonces nos parecía, al menos a nosotros, evidente: si desde el punto de vista material la jurisdicción española no tiene límites de conocimiento, desde el punto de vista territorial esa jurisdicción está limitada por el juego lógico de las conexiones o por lo que los procesalistas llaman el fuero (es decir, la vinculación del litigio a determinado territorio).

Pero desde el momento en que nuestro legislador se lanza por el camino —como veremos de inmediato— de atraer para los jueces españoles prácticamente toda la competencia sobre cualquier asunto, nos permitimos dudas que el Tribunal Supremo tenga que cambiar las bases en que se sustenta la actual y secular doctrina del imperialismo jurisdiccional. Ya no será necesario apoyarse en un texto como el del art. 51, impreciso, interpretable, criticable; bastará hacer una interpretación poco forzada del art. 22 de la LOPJ para llegar a la conclusión que siempre se ha mantenido.

La voluntad de establecer los límites y la extensión de la jurisdicción española, que es clara en la propia denominación del libro I y del Título I, se queda en esqueleto formal; la voluntad real de nuestro legislador ha sido en 1985 atraer a la jurisdicción española prácticamente todas las competencias jurisdiccionales. Desgraciadamente, si no lo remediamos desde la doctrina y desde la jurisprudencia, vamos a entrar en una época de imperialismo jurisdiccional de corte legislativo.

## II. — LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL INTERNACIONAL: LOS FUEROS EXCLUSIVOS.

1.—La atribución de la competencia jurisdiccional internacional (como la de la competencia interna) por medio de fueros implica siempre la exclusión de la competencia para otras materias. Los fueros, por tanto, siempre son *excluyentes*. Cuando la ley atribuye la competencia jurisdiccional internacional a los jueces españoles en unos casos, está excluyendo del ámbito competencial todas aquellas materias que no tienen vinculación con el territorio español según los nexos que se han enucleado.

Lo que decimos está admitido implícitamente por nuestro legislador, desde el momento en que tal como hemos dicho, la denominación del libro y del título que regulan la materia hace referencia a la *extensión y límites* de la jurisdicción española. Se trata de establecer, desde dentro, cuáles son las limitaciones de nuestra jurisdicción que vienen impuestas por la existencia de un territorio

limitado sobre el que se ejerce la soberanía. El legislador es consciente, al menos en la forma, que no podemos pretender tener jurisdicción sobre cualquier materia o litigio con independencia de donde se haya creado, donde viva, donde produzca sus efectos, donde se enraicen sus sujetos. La soberanía tiene lógicamente limitaciones, y la jurisdicción, como manifestación de esa soberanía no puede pretender otra cosa.

Si el legislador nos dice en el art. 22,1 LOPJ que los jueces españoles tienen competencia jurisdiccional internacional con carácter concreto en unas determinadas materias que tienen una determinada vinculación con el territorio español, por fuerza nos está diciendo que en aquellos supuestos, sobre esas materias, en las que no existen las vinculaciones territoriales especificadas en la norma, los tribunales españoles no serán competentes. Por poner un ejemplo claro: si los tribunales españoles tienen competencia para conocer en materia de derechos reales y arrendamientos sobre bienes inmuebles situados en España, por fuerza hay que mantener que cuando esas cuestiones se suscitan sobre bienes inmuebles situados en el extranjero, el Tribunal español no tiene competencia jurisdiccional internacional (3).

2.— Esa distribución de la competencia jurisdiccional se hace de forma positiva; el legislador no nos dice cuándo no es competente la jurisdicción española; por el contrario, nos dice cuándo es competente el Juez español y utiliza criterios de *exclusividad* o de *generalidad*. La diferencia no es baladí, pues estableciendo fueros exclusivos hace manifestación de que determinados litigios sólo podrán ser conocidos y resueltos por los órganos jurisdiccionales españoles con exclusión de cualquier otros. Mientras que si atribuye

(3) Desde la teoría procesal lo que decimos no puede ofrecer la menor duda. Cuando se habla de fueros exclusivos (véase CHIOVENDA, *Principii*, Padova, 1965, p. 535, o WACH, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1977, II, 72), lo que se quiere decir es no sólo que el demandado puede pretender que sólo se le demande en el lugar establecido en la Ley, con exclusión de cualquier otro fuero, sino también que, esa potestad del demandado hace efectiva la incompetencia de estos jueces fuera de su competencia exclusiva. Los internacionalistas, por ejemplo, lo han visto claro cuando han estudiado el Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales de 1968, afirmando que el art. 16 del Convenio (del que es copia casi textual el núm. 1 del art. 22) obliga a los Tribunales de otros Estados a declararse incompetentes cuando la competencia exclusiva es de los Tribunales de otro Estado (véase WESER, *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, Bruselas, 1975, pág. 301; IGLESIAS BULGUES, *Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en la C.E.E. y en Derecho español*, Madrid, 1977, p. 62).

con carácter general la competencia jurisdiccional internacional, admite que esos conflictos puedan ser solucionados de forma válida y eficaz por otros jueces y tribunales de otros países soberanos. Y como el poder del Estado es territorial y procesalmente limitado, las posibles violaciones a la exclusividad de su competencia jurisdiccional internacional se sancionarán o se impedirán en el proceso español. Pero ya entraremos en el estudio de estos problemas en el apartado siguiente.

Desde el plano absolutamente técnico, la *exclusividad* significa (4) no sólo que una determinada causa está sometida a un determinado juez por el juego de la vinculación del litigio al territorio, sino, y es fundamental, que el conocimiento de esa causa no se puede sustraer a ese juez por la vía de sumisión. Si el legislador nos señala el litigio, y nos impide la sumisión expresa o tácita es evidente que nos está señalando la competencia exclusiva de un determinado Juez.

Por el contrario, a poco que se piense, será fácil comprender que la atribución *general* de la competencia jurisdiccional internacional (como la de la competencia interna) no viene referida a un litigio concreto ni se fijan vinculaciones concretas del litigio al territorio (entre otras cosas porque no sabemos cuál es el litigio): por eso mismo es una atribución *general* de la competencia jurisdiccional internacional.

Se puede comprender que la ley usa el concepto de *fuero general* fuera de su contraposición a *fuero especial*; fuero general, para LOPJ, no es el derecho que tiene toda persona a que se le emplace ante un determinado Juez en todo asunto no especialmente atribuido a otro fuero; fuero general se utiliza en la LOPJ como criterio contrapuesto a fuero *exclusivo*, que es algo más que fuero especial.

Desde este planteamiento, todos los fueros establecidos en el art. 22 son fueros exclusivos y especiales, en contraposición con el fuero general del domicilio del demandante que es simplemente general.

En unos supuestos, son exclusivos porque expresamente lo dice la Ley (art. 22.1); en otros, lo son porque la Ley no permite en ningún caso la prorrogación de la competencia de los órganos judiciales españoles a favor de los extranjeros por medio de la sumisión.

3.— La determinación de los supuestos en los que la jurisdicción española es exclusiva no viene dada, como es obvio, por la importancia objetiva de los asuntos reservados. Viene dada, en cambio, por razones de distinta índole que conviene sean deslindadas.

(4) WACH, *op. cit.*, II, 270.

a) En los supuestos del art. 22.1 el legislador ha escogido el camino más fácil y seguro y ha establecido reservas de jurisdicción en aquellos casos que ya han sido recogidos por el Convenio de Bruselas, que vincula a todos los países de la Comunidad Europea. Hay, pues, una adaptación perfecta a lo establecido en ese mundo donde vamos a entrar y, en ese sentido, la decisión legislativa no merece más que aplausos. Se legisla desde la operatividad.

Sin embargo, aunque así no fuese, el propio sistema procesal patrio imponía soluciones similares: el estudio de las normas de atribución de competencia interna en los supuestos en los que no se regulan sino fueros exclusivos, junto con los casos en donde existe prohibición legal de prorrogación del fuero, por fuerza nos señalan prácticamente los mismos supuestos que estamos aquí estudiando. Si el Estado internamente señala un único juez para el conocimiento de determinados asuntos y en esos casos no cabe prorrogación del fuero, es claro que está señalando la competencia exclusiva y excluyente de ese juez; y la misma razón que impone que sea ese juez quien conozca, con exclusión de cualquier otro juez nacional, es la que determina que sea ese mismo juez quien conozca con exclusión de cualquier otro juez extranjero (5).

Lo que decimos, por ejemplo, es claro en materia de arrendamientos, de sociedades, en materia registral; y no lo es *del todo* en materia de inmuebles (existe la imposibilidad de prorrogar el fuero cuando se sigue el juicio de cognición, pero no cuando se incoa el procedimiento ordinario de menor o de mayor cuantía: véase los arts. 56 y 62 LEC). En todos esos casos, son motivos de eficacia y economía procesal los que imperan a la hora de determinar la exclusividad.

b) En los demás casos, ha sido la necesidad sentida de numerar parcelas de competencia lo que ha hecho aparecer fueros exclusivos, junto al general del domicilio del demandante. Ni la importancia objetiva de las materias, ni su incidencia en la práctica procesal internacional obligan al legislador a hacer tan larga enumeración de materias, ni tan casuística y caprichosa distribución de competencias. Pero una vez enumerados, y siendo imposible la prorrogación del fuero a favor de los órganos judiciales extranjeros, se convierten en *exclusivos*.

En su momento (6) ofrecimos las razones estrictamente jurídicas que determinan la imposibilidad de someterse válidamente a

(5) Véase el desarrollo de estos argumentos en nuestro *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 11 y ss.; véase igualmente la identidad entre fuero exclusivo y fuero absoluto en WACH, op. cit., II, p. 72).

(6) Valentín Cortés, *Derecho Procesal*, cit., p. 30.

jueces extranjeros; no es este un problema de soberanía: tan soberano es un país cuando no conocen sus tribunales un asunto, porque el pacto de sumisión está permitido por la Ley, que cuando conoce de ese asunto.

El problema, no habiendo norma expresa que permite el pacto de prorrogación, hay que solucionarlo desde el estricto campo legal o, si queremos, desde y dentro de los contornos precisos de nuestro ordenamiento jurídico.

Si nuestros Tribunales y Juzgados son competentes en aplicación de alguno de los fueros establecidos en el art. 22 no cabe prorrogación del fuero a favor de jueces extranjeros, porque ello comportaría la violación de las normas de *ius cogens* como la del art. 56 o el art. 61 de la LEC.

Por consiguiente, los tribunales españoles no acogerán nunca la declinatoria de jurisdicción internacional al socaire de un pacto expreso de sumisión a favor de jueces extranjeros, cuando conforme al art. 22 LOPJ tengan competencia jurisdiccional internacional.

4.— Que los fueros sean exclusivos significa que cualquier decisión dictada por órganos no competentes carece de cualquier eficacia en España. Y como el Estado español no tiene poder para evitar el conocimiento de esos asuntos por jueces incompetentes, evitará o desconocerá la eficacia de esas sentencias a posteriori.

Por consiguiente, la exclusividad determina la imposibilidad de reconocer y ejecutar sentencias extranjeras que hayan decidido cualquiera de las materias litigiosas que estén reservadas a los jueces españoles (7).

En efecto, la exclusividad significa concretar los casos en los que el Estado no cede o hace dejación de su poder jurisdiccional: se reserva, pues, el uso de la jurisdicción. De ahí, que sólo en esos casos podrá denegar por motivos de competencia el reconocimiento de una decisión judicial extranjera; reservándose la jurisdicción, sería un contrasentido que de forma indirecta diera eficacia a la decisión proveniente de cualquier otro poder jurisdiccional, e implicaría un verdadero fraude a la Ley.

(7) En su momento expusimos (cfr. Valentín Cortés, *Derecho Procesal*, cit., p. 146 y ss., la vinculación que existe entre los criterios de atribución de la competencia jurisdiccional internacional y el reconocimiento de sentencias extranjeras, y en concreto el sentido que había que darle al art. 954, núm. 2, de la LEC. Todo cuanto declamos en el año 1981 sigue siendo válido, pues en definitiva, aquellas conclusiones se obtuvieron con un riguroso examen de la LEC. (Véase igualmente GONZÁLEZ CAMPOS-REDONDO PORRUA, *Derecho Procesal Civil Internacional*, Bilbao, 1981, pp. 38-39).

### III. — EXAMEN DE LOS FUEROS EXCLUSIVOS ESTABLECIDOS EN LOS NÚMEROS 3, 4 Y 5 DEL ART. 22.

1. — Conviene detenerse, aun cuando sea brevemente, en la falta de técnica de nuestro legislador y en la deficiente terminología que emplea a lo largo y ancho del art. 22. La Ley utiliza términos como *domicilio*, *residencia*, *residencia habitual*; para el legislador la residencia se *tiene* pero también se *posee*; se habla de *España* y de *territorio español*. Cuando se establece el fuero en materia de sucesiones se dice que serán competentes los jueces españoles cuando el *causante* «posea bienes inmuebles»; se nos dice, en fin, que en materia concursal se estará a lo dispuesto en su Ley reguladora, cuando no existe Ley concursal.

Esta patente y enorme falta de terminología y técnica jurídica, plantea, en algunos casos, lagunas legales, que habrá que completar de acuerdo con los criterios establecidos en la LEC en orden a la competencia interna; en otros, produce sonrisas, y en los más, produce una gran confusión. Porque, no sabemos si, para la Ley, España es un concepto idéntico a territorio español, o si residencia es algo distinto a residencia habitual.

De entre los procesalistas españoles, BONET (8) ha estudiado el problema comentando una norma, igualmente desafortunada, como la disposición adicional primera de la Ley 30/1981. Este estudio nos demuestra cómo los intentos de establecer o de construir el concepto de residencia, residencia habitual o domicilio desde los esquemas civilistas no tiene posibilidad de éxito.

La solución tiene que venir dada desde el estricto campo del derecho procesal. Las armas del art. 22 son exclusivamente procesales; son normas de derecho procesal que debe aplicar en todo caso el juez español y que producen sus efectos en el proceso español. Su finalidad —deslindar la jurisdicción española— no es sino una prueba más de lo que decimos.

Siendo así, es el juez español quien tiene que interpretar esas normas y hacerlo dentro del sistema procesal. Y ese sistema impone la interpretación de los conceptos fuera de los esquemas civilistas o administrativistas. Desde este punto de vista, *domicilio*, al contrario de lo que cabría deducir del art. 17 de la Constitución, no es el inmueble en donde realmente se vive, sino el lugar que jurídicamente señalamos para ejercitar derechos y para cumplir y que se nos pueda exigir el cumplimiento de nuestras obligaciones. Des-

(8) BONET, en *Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código Civil*, Madrid, 1982, p. 956 y ss.

de el punto de vista procesal, se tiene domicilio para recibir notificaciones, emplazamientos y requerimientos; se tiene domicilio para designar el juez ante el cual de forma general o especial tenemos derecho a que se nos emplace y para cumplir la carga de personarnos, con independencia de cual sea el sitio donde realmente habitamos.

Por el contrario, *residencia* es el lugar donde normalmente se habita, con independencia de cual sea el domicilio que tengamos y en donde esté ubicado. Salvo error de nuestra parte, la LEC utiliza la residencia con nexo competencial sólo en el art. 63, núm. 10 (recusación de árbitros); utilización lógica en cuanto se parte del supuesto que el árbitro reside en el lugar del arbitraje. En cualquier caso, la referencia legal apoya el concepto procesal de residencia que ofrecemos en contraposición al concepto de domicilio. La residencia no es, pues, un concepto procesal en sentido estricto. Ello, no obstante, se utiliza ahora por el legislador en contraposición a *domicilio*, y en ese sentido debe ser comprendido. Pero sea como fuese, y pudiendo coincidir (y será lo normal) residencia con domicilio, cuando la LOPJ señala como fuero el de la residencia está restringiendo, aún cuando pueda parecer lo contrario, el ámbito de la competencia jurisdiccional internacional. Si la ley se fija en la residencia, y deja de lado el domicilio, quiere que la vinculación de la parte con el territorio nacional sea más estrecha que la puramente jurídica; quiere un nexo de unión de hecho y real: lo que importa es saber dónde realmente vive una persona, no donde está domiciliada a los efectos puramente jurídicos.

Por consiguiente, desde el sistema procesal no podemos decir que la residencia *se posea*. Se posee la residencia si ésta se estudia como requisito administrativo del ejercicio de derechos. Pero poseer la residencia no es vinculación a territorio alguno, es sólo fundamento de derechos que en ningún caso son procesales. El fuero, que es un derecho procesal, no se tiene por poseer el documento que acredita el permiso de residencia, sino por residir realmente en España. Sólo la residencia que se tiene puede designar un territorio concreto en donde poder emplazar o recibir notificaciones. La residencia que se posee nos legitima de frente al Estado para el ejercicio de derechos o para establecer situaciones jurídicas que antes no se tenían. Esa es la diferencia.

De otro lado, la distinción entre residencia habitual y residencia, sin adjetivos, no se sostiene desde el punto de vista del Derecho procesal. La residencia no puede ser sino habitual; la residencia esporádica no es residencia, sino *estancia* en un lugar determinado, por eso el art. 62, regla primera de la LEC, se cuida mucho de llamar residencia al hecho de encontrarse el demandado en un determinado

sitio. Por consiguiente, desde el punto de vista procesal es inútil distinguir entre residentes y personas que cubren estancias, pues los segundos no son tomados en consideración en ningún caso. El residente es siempre residente habitual, entre otras cosas, porque de no serlo se establecería la competencia jurisdiccional internacional a base de fueros que no implican ninguna conexión del sujeto con el territorio nacional, y nos llevaría a mantener como válidos fueros absolutamente exorbitantes. Un residente no habitual es el turista que pasa un mes en un hotel de la Costa del Sol; si esa estancia es capaz de otorgar a los jueces españoles la competencia jurisdiccional internacional no nos cabe más remedio que tachar de exorbitante e inútil tal atribución de la competencia jurisdiccional. Pero, bajo nuestro criterio la Ley no ha querido tal solución: simplemente, no ha sabido usar la terminología correcta. Recuérdese, no obstante, que cuando el Real Derecho de Extranjería (¿se acabarán ahora las polémicas sobre su vigencia?) establecía el fuero del «paso», se refería a situaciones referentes a la seguridad de las personas; no hay, pues, ninguna semejanza entre aquellos y esta extravagante residencia sin calificar.

Distingue asimismo la LOPJ entre territorio español y España, como sitios en donde cabe ubicar la residencia o el domicilio. España es una realidad geográfica que no se corresponde con el concepto de territorio español, que siéndolo, es algo más. Los buques bajo bandera española son, por ejemplo, considerados a algunos efectos territorio español; las aguas territoriales son territorio español, igualmente. Al contrario de lo que piensa BONET (9) desde el punto de vista procesal no podemos entrar en esa distinción; mantener que un marinero extranjero tiene residencia en España por el hecho de estar enrolado en un buque con bandera española, es llevar el concepto de residencia y de territorio español fuera de los cauces legales establecidos. En un buque no se reside se trabaja. Un buque es territorio español a los efectos de soberanía, no a los efectos de poder fijar residencia o domicilios; cuando la Constitución dice en el art. 19 que los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional, es evidente que no nos está dando derecho a circular por los buques españoles ni nos concede el derecho a fijar su residencia en los mismos.

Por consiguiente, «España» y «territorio español» son conceptos idénticos que hay que asociar a la realidad geográfica terrestre que comprende el Estado español.

(9) BONET, *op. cit.*, loc. cit.

## 2.— Examen de los supuestos señalados en la Ley.

a) *En materia de ausencia o fallecimiento.* Serán competentes los jueces españoles cuando el desaparecido hubiera tenido su último domicilio en territorio español. Cabe recordar que se acoge en el plano internacional igual regla que rige la distribución de la competencia interna (art. 63, 24.º).

La declaración de ausencia o de fallecimiento es un expediente de jurisdicción voluntaria en donde los jueces no declaran derechos, sólo conforman el ordenamiento jurídico (10). No siendo materia de jurisdicción contenciosa no se ve la oportunidad de incluirlo entre las materias sobre las cuales se fijan criterios de atribución de la competencia jurisdiccional internacional. La oportunidad, para nosotros, es nula y el caso es muestra de la poca reflexión de nuestro legislador procesal, a la que tan acostumbrados estamos.

Siendo jurisdicción voluntaria, las normas que regulan ese expediente son normas de derecho privado y, por consiguiente, el problema no es de distribución de la competencia jurisdiccional internacional, sino de aplicación de las normas de conflicto establecidas en el título preliminar de nuestro Código Civil. En buena técnica, deberíamos de acudir a esas normas para saber cuándo los jueces españoles están o no obligados a tramitar dichos expedientes. Si atendida la nacionalidad del ausente o fallecido se debe aplicar la Ley española (art. 9, 1.ª CC) serían los Tribunales españoles los encargados de tramitar la declaración de ausencia o de fallecimiento. Pero, como vemos, el legislador sigue un camino técnicamente erróneo, por lo que llega a conclusiones técnicamente erróneas.

b) *En materia de incapacitación y de medidas de protección de las personas o bienes de los menores o incapacitados,* cuando estos estuviesen su residencia habitual en España. Recordemos la regla 20 y 23 del art. 63 LEC, en lo que se refiere a la competencia interna. Digamos que así como se justifica el fuero de la residencia para los supuestos de incapacitación y protección de las personas menores o incapacitadas, no es posible decir lo mismo cuando se trata de la protección de los bienes de los menores e incapacitados; cualquier medida sobre los bienes inmuebles de esos incapaces, debería adoptarse por el juez de situación de los bienes, de acuerdo con el carácter exclusivo que tiene la competencia para el conocimiento sobre cuestiones de derechos reales sobre inmuebles (artículo 22, 1).

(10) Véase WACH, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1977, I, p. 83 y ss.

c) *En materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, establece la Ley distintos fueros concurrentes: la residencia habitual en España en ambos cónyuges al momento de interposición de la demanda; la nacionalidad española del actor conjuntamente con su residencia en España; o la nacionalidad de ambos, con independencia de cual sea su residencia siempre que la demanda se interponga de mutuo acuerdo.*

En muy corto espacio de tiempo, el legislador modifica los fueros internacionales que fijó en la disposición adicional primera de la Ley 30/1981. Si aquellas reglas eran criticables por tantos motivos, estas que ahora se establecen no se escapan fácilmente de la crítica (11).

En primer lugar, se hace una mezcla de materias dispares entre sí para atribuirles a todas las mismas reglas de competencia jurisdiccional internacional; no es lo mismo los procesos matrimoniales sobre nulidad, separación y divorcio que las causas referentes a las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges. En estas últimas causas nos podemos encontrar con verdaderos expedientes de jurisdicción voluntaria que en cuanto regulados por normas que no son procesales deberían de atenerse a lo que se deduzca de las normas de conflictos reguladas en el título preliminar del Código Civil; igualmente, nos podemos encontrar con materias atinentes al dominio o a cualquier derecho real sobre bienes inmuebles que deberían regirse por el fuero de situación de la cosa, de acuerdo con el núm. 1 del art. 22.

En segundo lugar, el legislador sigue empeñado en la utilización del fuero de la nacionalidad de los cónyuges, si bien la del actor, unida a la de su residencia en España, bien a la de ambos cuando se trata de interponer demanda de separación o divorcio de común acuerdo. El legislador atrae a la competencia jurisdiccional de los jueces españoles una serie de causas que difícilmente, desde un plano lógico, pueden defenderse como de competencia de los órganos nacionales. ¿Qué eficacia tendrá una sentencia nacional de divorcio, cuando el matrimonio se ha celebrado en el extranjero, ambos esposos viven en el extranjero, y tienen su patrimonio familiar en el extranjero?, por mucho que ambos cónyuges hayan solicitado de mutuo acuerdo, es que ¿se puede sostener que existe alguna conexión de ese matrimonio con el territorio nacional?

La nacionalidad no puede ser nunca criterio de *sumisión* de las personas a los tribunales, ni debe visto el problema desde el ángulo

opuesto-hacer a determinados jueces competentes para el conocimiento de materias que no tienen vinculación alguna con el territorio del Estado a quien pertenecen.

El criterio de la nacionalidad de ambos cónyuges se utiliza para aquellos supuestos en que la demanda (¡por fuerza sólo la de separación o divorcio!) se presente de mutuo acuerdo o por uno con el consentimiento del otro; desde el punto de vista operativo se consigue el mismo efecto que en los supuestos de sumisión tácita, que está comprendido en el núm. 2 del art. 22. No es aventurado pensar que el legislador ha sido consciente de esta coincidencia operativa y que, quizá, para evitar la discordancia entre la competencia interna (en la que está prohibida en materia de procesos matrimoniales cualquier tipo de sumisión: disposición adicional tercera, ley 30/1981) y la competencia jurisdiccional internacional, ha preferido otorgar directamente la competencia en esos supuestos a los órganos españoles. Sea como fuese, bajo nuestro criterio, la solución es rechazable. Se utiliza, asimismo, el criterio de la nacionalidad combinado con el de la residencia habitual del demandante; dado el juego con las restantes reglas, hay que pensar que el legislador se ha fijado en los supuestos en los que el demandado no es residente habitual en España; en caso contrario, sobraría la regla primera. Por tanto, si el demandado es residente en el extranjero, los tribunales españoles, fuera de los casos de demanda conjunta, sólo serán competentes si el actor es español y tiene residencia habitual en España. Se combinan, pues, dos criterios de atribución de la competencia jurisdiccional internacional que son rechazables: el de la nacionalidad y el de la residencia del actor; ambos conjuntamente puedan dar lugar a verdaderos fraudes, a situaciones de verdadera indefensión para el demandado y a sentencias difícilmente homologables en el país extranjero en cuestión.

d) *En materia de filiación y relaciones paternofiliales, se establece que serán competentes los jueces españoles cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al momento de la demanda o el demandante sea español y resida en España.*

En el plano de la competencia interna cabe recordar que el artículo 62, 1.º de la LEC establece el fuero del domicilio del demandado.

Si en el plano interno el legislador buscó un fuero sin complicación alguna, en el plano internacional no se puede decir lo mismo. En efecto, el hijo (que no es un concepto procesal) tanto puede ser actor como demandado. Si es actor, bastará que tenga la residencia en España para hacer competentes a los jueces españoles; sin embargo, cuando el hijo es demandado, se exige que el actor no sólo tenga su residencia en España, sino que sea también español. Véan-

(11) Véase nuestra crítica en *Comentarios a la reforma*, cit., p. 2.050 y ss.

se, pues, dos maneras caprichosas de fijar fueros de competencia jurisdiccional internacional exclusivamente referidas al actor. Pero obsérvese, cómo en ambos casos ni por un momento cuentan las vinculaciones territoriales del demandado con España. Al legislador no le importa ni poco ni mucho cuál puede ser la situación del demandado: la situación es patética cuando se piensa que un pleito en donde se pida el reconocimiento de paternidad se puede tramitar en España, sin importarnos dónde pueda residir o tener su domicilio el presunto padre; sólo cuenta que el presunto hijo tenga su residencia habitual en España. Más absurda puede ser la situación en los supuestos del artículo 131 del CC, en donde el actor ni es el hijo ni el presunto padre: sólo un interesado.

e) *En materia de constitución de adopción*, serán competentes los jueces españoles cuando el adoptante o el adoptado sea español o resida habitualmente en España.

Cabe en este momento repetir cuanto dijimos en relación con la declaración de ausencia o fallecimiento, La adopción, en efecto, es un expediente de jurisdicción voluntaria, por lo que debe estar regido por las normas a que se refiere el núm. 5 del art. 9 del CC; así lo entendió de forma expresa el legislador de 1974 cuando estableció que para la constitución de la adopción serían competentes las autoridades del Estado de la nacionalidad del adoptante, o de la nacionalidad común, cuando se trata de adopción hecha por marido y mujer, estableciéndose referencias subsidiarias para los supuestos de nacionalidad no común.

En todo caso, estimamos que la LOPJ deroga los párrafos 4.º y 5.º del número 5 del art. 9 del CC, aún cuando la disposición derogatoria no se refiera expresamente a esta norma del CC.

f) *En materia de alimentos*, los tribunales y juzgados españoles serán competentes cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio español. Se adapta la Ley al Convenio de La Haya, de 15 de abril de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimentarias con respecto a menores (BOE de 12 de noviembre de 1973). En dicho convenio se establecen reglas de competencia jurisdiccional internacional, fijándose la del juez del Estado en cuyo territorio tuviera la residencia el acreedor de los alimentos (art. 3).

La adaptación al Convenio, que nos vincula prácticamente con todos los países del mundo, es pues, digna de elogio en cuanto simplifica de modo considerable los problemas en la materia; pero no evita la crítica general, y desde la más pura técnica procesal, al sistema de establecer como fuero el de la residencia del demandante.

g) *En materia de obligaciones contractuales*, la Ley fija el criterio general de la competencia de los órganos judiciales españoles

cuando la obligación haya nacido o se deba cumplir en España; fueros que ya están recogidos en materia de competencia interna en el art. 62, regla primera, LEC. Frente a este criterio general, la ley distingue supuestos especiales de obligaciones contractuales en lo referente a los contratos de consumidores, contratos de seguros y cuestiones relativas a la explotación de agencias, sucursales o establecimientos mercantiles de comerciantes domiciliados en el extranjero.

En lo que respecta a contratos de consumidores, la Ley hace una distinción, que a nosotros se nos antoja caprichosa, entre negocios de venta aplazos de objetos muebles corporales o de préstamos destinados a financiar su adquisición y contratos de prestación de servicios o relativos a bienes muebles. En el primer supuesto son competentes los Tribunales españoles cuando el comprador tenga su domicilio en España; en el segundo supuesto, son competentes los Tribunales españoles cuando el contrato haya ido precedido de oferta personal o publicitaria realizada en España o cuando el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato. Los supuestos fácticos han sido tomados del Convenio de Bruselas (art. 13 y siguientes), aunque no se han adoptado similares soluciones en relación a los fueros señalados. En cualquier caso, nuestro legislador, al igual que otras ocasiones ya comentadas, ha entendido mal el problema y ha establecido una competencia jurisdiccional internacional que permite al consumidor español acudir a sus propios tribunales para la reclamación de derechos de consumidor contra extranjeros, puesto que se parte del supuesto que por regla general serán españoles los que tengan su domicilio en España. Pero esta decisión del legislador no permite suponer que en todo caso la sentencia que obtenga ese domicilio será eficaz; ello dependerá de circunstancias extranacionales y, lógicamente, de que se entienda que los fueros señalados por la Ley española son exorbitantes; es exorbitante el fuero de la oferta (sea personal o publicitaria) y no lo es menos el extraño fuero de la realización en España de los actos necesarios para la celebración del contrato, fuero que no tiene carácter único ni la doctrina civilista tiene establecido cuál es la esencia y naturaleza de los actos necesarios para la celebración del contrato.

En materia de seguros, la ley establece un fuero sumamente restrictivo; exige para que los órganos judiciales sean competentes el domicilio del asegurador en España. A nosotros nos parece que nuestro legislador ha copiado mal el art. 8 del Convenio de Bruselas, en donde se establece que el asegurador puede ser demandado tanto ante los Tribunales del país donde tiene su propio domicilio como ante los Tribunales del domicilio del asegurado. Nuestra ley

cambia la disyuntiva por la copulativa, y excluye la competencia de los jueces españoles en cualquier litigio entre asegurado y asegurador cuando tengan domicilios en distintos países. Es decir, se excluye la competencia de los jueces españoles en cualquier supuesto con elementos extranjeros.

En lo que se refiere a los litigios relativos a la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento, se determina la competencia jurisdiccional española cuando se encuentren en territorio español. Se acoge la redacción establecida en el Convenio de Bruselas, art. 5, 5.º, por lo que se descuida la terminología que en una Ley no puede ser la que se usa en un Convenio Internacional. La norma hay que entenderla en el sentido de que las cuestiones litigiosas que surjan con ocasión del tráfico jurídico llevado a cabo por una sucursal, agencia o establecimiento mercantil, en nombre y representación de un comerciante domiciliado en el extranjero, serán de competencia de los órganos judiciales españoles cuando la sucursal, agencia o establecimiento mercantil esté situado en España.

h) *En materia de obligaciones extracontractuales*, los Tribunales españoles serán competentes si el hecho del que derivan se ha ejecutado en España o si el autor del daño y la víctima tienen su residencia habitual común en España. El fuero de lugar de comisión es interna e internacionalmente acertado (véase, por ejemplo, artículo 5, 3, del Convenio de Bruselas); no lo es, en cambio, el fuero de la residencia habitual común en España de ambas partes; aunque es cierto que al exigirse la residencia habitual de ambas partes en España, no puede ser tachado de fuero exorbitante.

i) *En materia de bienes muebles*, serán competentes los órganos judiciales españoles cuando los bienes se encuentren en territorio español al momento de la demanda; habrá que tener en cuenta los fueros establecidos en relación con la reclamación de bienes muebles en materia de contratos de consumidores.

j) *En materia de sucesiones*, se acoge el fuero del último domicilio del causante en territorio español o el de la situación de los inmuebles en territorio español.

k) *En materia de medidas provisionales de aseguramiento de personas o bienes*, los órganos judiciales españoles serán competentes cuando las personas o bienes se encuentren en territorio español y deban cumplirse en España. Obsérvese:

- que la Ley no habla de domicilio, ni de residencia en relación con las personas: sólo exige que se hallen en España;
- que se restringe el fuero exigiendo que las medidas deban cumplirse en España.

De ahí que el fuero realmente sea el del lugar de la ejecución siempre que esta sea posible.

#### IV. — COMPETENCIA JURISDICCIONAL GENERAL DE LOS ORGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES.

1. — Según el art. 22, 2, LOPJ los jueces y Tribunales españoles serán competentes jurisdiccionalmente, con carácter general, cuando exista sumisión expresa o tácita o cuando el actor tenga su domicilio en España.

Se establece, pues, el fuero general del domicilio del demandante y se permite la atribución de la competencia jurisdiccional a los jueces españoles por medio de la sumisión expresa o tácita. Digamos de inmediato, aunque volveremos sobre el asunto, que el hecho de permitir la atribución convencional de la competencia jurisdiccional significa que el legislador parte del supuesto que hay casos en donde, conforme al art. 22, los jueces españoles no tienen esa competencia jurisdiccional.

Cabe decir, no obstante y antes de empezar el estudio individual de ambas cuestiones, que el fuero es la conexión que existe entre el litigio y un determinado territorio (WACH) mientras que la sumisión, sea expresa o tácita, es una manera de atribuir la competencia a un órgano judicial territorialmente incompetente. No es la sumisión, por tanto, fuero, ni implica conexión o vinculación del litigio con el territorio. Si el fuero es una formulación legal el sometimiento es un negocio jurídico o acto de causación en la terminología de GOLDSCHMIDT (12).

#### 2. — *La sumisión como criterio de atribución de la competencia jurisdiccional internacional.*

La sumisión es contemplada en esta norma como sistema de atribución de la competencia jurisdiccional internacional a los jueces españoles.

Sin embargo, la voluntad expresada por el legislador, que tan amplia y generalmente recoge el principio de la sumisión, debe ser matizada por razones atinentes a la regulación de la sumisión en el plano interno y por aquellas otras que hacen referencia al derecho procesal civil internacional.

Desde el punto de vista interno, de nada nos vale decir que la sumisión es en todo caso un criterio de atribución de la competencia

(12) Véase, por todos, la diferencia entre uno y otro instituto procesal, en GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1979, I p. 109 y ss.

jurisdiccional internacional cuando no lo es de la competencia interna. Es bien conocido que el legislador impide, en algunos casos, que la sumisión puede alterar la competencia territorial de los órganos españoles, y es conocido que la tendencia legislativa moderna, al menos en España, va por el camino de aumentar los casos en los que no son posibles la sumisión expresa o tácita (13).

En definitiva, independientemente de la crítica que se pueda hacer, el legislador se inclina a entender que la competencia territorial afecta al orden público, y convierte a las normas que la determinan en imperativas quitando poder a las partes en cuanto a la posibilidad de hacer a los jueces incompetentes territorialmente.

Esta situación interna tiene lógicamente influencia decisiva en el problema de la competencia jurisdiccional internacional. Como se comprenderá los problemas no son de aplicación técnica; son, por el contrario, de coherencia interna del propio ordenamiento. Si internamente hacemos de la competencia territorial materia no dispositiva, no se ve la razón para que hagamos, en los mismos litigios, materia dispositiva a la competencia jurisdiccional internacional; sólo porque las partes lo hayan decidido en un pacto de sumisión los jueces españoles no deberían ser competentes. Al menos, tendríamos que convenir que la sumisión debe estar limitada en el campo internacional a los litigios en los que, en el campo interno, se permite la sumisión como criterio de atribución de la competencia. Pues las mismas razones que tiene el juez nacional para revisar de oficio su propia competencia en los casos en los que no se admite sumisión expresa o tácita, le llevarían a revisar de oficio su competencia jurisdiccional internacional. En esos supuestos en los que no cabe sumisión en el plano interno, tampoco cabe sumisión en el plano internacional, porque aún cuando se llegara hipotéticamente a la conclusión de que se tiene competencia jurisdiccional internacional, se llegaría a la conclusión de que no se tiene la competencia interna.

Por consiguiente, desde el plano interno, la sumisión expresa o tácita a la jurisdicción española, no hace, por sí sola, competente a los órganos judiciales españoles para el conocimiento de litigio en donde la ley española no admite la sumisión como criterio de atribución de la competencia interna.

Si observamos el problema desde la perspectiva del derecho procesal internacional, la conclusión tiene que ser irremediamente la misma. ¿Cómo se puede sostener que los jueces españoles son competentes para el conocimiento de una acción real sobre un inmueble situado en el extranjero, sólo porque existe un pacto de sumisión expresa o una sumisión tácita? Cuando el legislador señala competencia exclusiva, ya lo hemos dicho, también nos señala los supuestos en los que no son competentes los jueces españoles. ¿Cómo se podría sostener que esa regla se modifica sólo porque media la sumisión expresa o tácita? Es que mediando ésta, se arreglarán y obviarán los problemas que dan lugar a esa dejación de jurisdicción? Si el legislador hace dejación de jurisdicción en unos determinados supuestos es porque sabe que el ejercicio de esa función jurisdiccional en esos supuestos nunca sería eficaz, de modo que nada cambiaría la situación por el hecho de que medie sumisión expresa o tácita. ¿Es que acaso se reconocería en el extranjero la sentencia española, cuando se pretende que los órganos extranjeros competentes no lo son porque así lo han querido las partes?

La coherencia obligada al legislador a seguir un camino distinto: de una parte, debería haber rechazado expresamente a la sumisión, como criterio de atribución de la competencia jurisdiccional internacional; de otra, si tan atento ha estado a lo que se establece en el Convenio de Bruselas —y ya hemos visto cómo el núm. 1 del artículo 22 es una copia casi textual del art. 16 del Convenio— no debería de haber perdido la ocasión de trasladar a la ley, al menos, la filosofía del art. 18 de ese Convenio, que entre otras cosas afirma que la regla de la atribución de la competencia por la sumisión no es aplicable «*si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del art. 16*». En definitiva, se podría haber arbitrado un sistema para que el juez prorrogado examinase de oficio su propia competencia jurisdiccional internacional de acuerdo con la inexistencia de competencias exclusivas extranjeras (14).

La coherencia obligada al legislador a seguir un camino distinto: de una parte, debería haber rechazado expresamente a la sumisión, como criterio de atribución de la competencia jurisdiccional internacional; de otra, si tan atento ha estado a lo que se establece en el Convenio de Bruselas —y ya hemos visto cómo el núm. 1 del artículo 22 es una copia casi textual del art. 16 del Convenio— no debería de haber perdido la ocasión de trasladar a la ley, al menos, la filosofía del art. 18 de ese Convenio, que entre otras cosas afirma que la regla de la atribución de la competencia por la sumisión no es aplicable «*si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del art. 16*». En definitiva, se podría haber arbitrado un sistema para que el juez prorrogado examinase de oficio su propia competencia jurisdiccional internacional de acuerdo con la inexistencia de competencias exclusivas extranjeras (14).

(14) Principio que ha sido aceptado por el Estado español en el Convenio con Francia sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales de 1969 (art. 7, 5.º en relación con el art. 8) y en el Convenio con Italia

(13) En efecto, en nuestra legislación no se admite la sumisión en los litigios en los que interviene el Ministerio Fiscal; no se admite en los supuestos referentes a la anulación de inscripciones relativas a la propiedad industrial (art. 268-269 del Estatuto); tampoco es admitida en las acciones de impugnación de los acuerdos tomados en junta general de accionistas de sociedades anónimas (art. 70.2 LSA), ni de las cooperativas (art. 49 R.G.G.). Hay limitaciones importantísimas en los juicios verbales y de cognición (Ley de 17 de julio de 1948) en lo que se refiere a la sumisión expresa; se prohíbe en el art. 1 de la Ley de Usura de 1908. Junto a esos casos, cabe recordar el art. 137 RLH; art. 121 LAU; art. 128 LAR; art. 14 de la Ley de venta a plazos de muebles, de 17 de julio de 1965; art. 24 Ley 50/1980; y, por último, la D.A tercera Ley 30/1981 y el reformado art. 1440 de la LEC referente al juicio ejecutivo en donde está expresamente prohibida la sumisión tácita (véase *Derecho Procesal Civil Internacional* cit., p. 14 y ss. y 148 y ss.; vid. igualmente, Valentín CORTÉS, *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, p. 711 y ss.).

### 3.— El fuero general del domicilio en España del demandante.

Afirma CHIOVENDA (15) que es la libertad e igualdad de los ciudadanos lo que determina la fijación de los fueros en materia de competencia. Por esta razón, al igual que el ciudadano debe cumplir con todos sus deberes públicos allí donde vive o reside, igualmente «debe», de forma general, soportar los procesos contra él interpuestos en el lugar donde reside o tiene su domicilio; por esto, y porque es coincidente, se reserva la competencia al órgano judicial del lugar en donde el derecho, de existir, debería o podría ser ejercitado: el del domicilio del demandado.

Estas razones han determinado que en todas las legislaciones procesales se establezca como fuero general el domicilio del demandado. La nuestra no es caso aparte, y basta echar una ojeada a la LEC para comprobar que nuestro legislador fue sensible a la determinación correcta del fuero general del domicilio del demandado.

Ahora la LOPJ (art. 22, 2), nos sorprende estableciendo con carácter general el fuero del domicilio del actor en materia de competencia jurisdiccional internacional. No se trata, sólo como se sostiene en algunos círculos, de un error mecanográfico que no ha sido subsanado a tiempo, sino de una tendencia irresistible de nuestro legislador en los últimos tiempos; cabe recordar que cuando se reguló parcialmente el problema de la competencia jurisdiccional en los procesos sobre divorcio, separación y nulidad matrimoniales (disposición adicional 1.ª de la Ley 30/1981) ya se establecía como fuero el de la residencia habitual del demandante, que, por cierto, se sigue manteniendo en el art. 22 de la LOPJ. De modo que nuestro legislador ha pensado que puede, desde la buena técnica procesal, fijar como fuero del domicilio del demandante. Y lo hace de forma general en el núm. 2 y de forma especial, y en bastantes casos, en el núm. 3 del citado art. 22.

Nosotros hemos mantenido, y ahora la LOPJ nos da la razón, que siempre que el conflicto tenga cualquier conexión con el territorio español se debe considerar que los tribunales españoles tienen competencia jurisdiccional internacional; manteníamos esa posición cuando nuestra legislación no tenía explicitada sus normas de atribución de la competencia jurisdiccional internacional; creemos, por tanto, que existe una vis atractiva de la competencia jurisdiccional

sobre asistencia judicial y reconocimiento de 1973 (art. 17, 5.º en relación con el art. 18) y que entraría en vigor en relación con los países de la Comunidad Europea con el convenio de Bruselas (art. 18).

(15) CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 537.

internacional de los órganos judiciales nacionales. Pero no podemos estar de acuerdo en que el legislador busque los puntos de conexión fuera de los cauces normales de unión del litigio con el territorio. Por mucho que queramos forzar la situación, el litigio no queda vinculado de forma general a un territorio por el domicilio del demandante; el fuero puede deducirse de la pertenencia del obligado a un determinado territorio, del hecho de la pertenencia de sus bienes a un determinado territorio, del carácter peculiar de la relación jurídica localizando su objeto, su contenido o supuesto de hecho en un determinado territorio (16), de la propia elección de las partes en la relación jurídica, al demandado obligado a cumplir la sentencia, o a sus bienes a concreto y determinado territorio. El legislador ha sentido, pues, la tentación imperialista y no ha dudado en utilizar el fuero del domicilio del demandante como medio de conseguir que los órganos jurisdiccionales españoles sean competentes para conocer con carácter general de cualquier materia que se le pueda plantear. Para hacer ese camino no hacía falta redactar el art. 22 de la LOPJ, bastaba con seguir el art. 51 de la LEC y la jurisprudencia interpretadora del Tribunal Supremo.

El fuero del domicilio del demandante crea, además, una desigualdad clarísima entre las partes; permite que el actor pleitee en su propio terreno, poniendo al demandado en el brete de asumir gastos considerables so pena de quedar sin voz en el proceso; se propicia, pues, un elevado coste del ejercicio del derecho de defensa, por lo que a la postre se promueve legalmente el fraude procesal.

El fuero general del domicilio del demandante, es, pues, objetivamente rechazable. Es además un fuero que señala una competencia jurisdiccional exorbitante. ¿Sólo porque el actor tenga su domicilio en España podrán los órganos judiciales españoles conocer sobre la propiedad de unas fincas en Colombia, o sobre la responsabilidad extracontractual derivada de hechos acaecidos en Nueva York y producidos por ciudadano americano con residencia en Chicago? Y si conocen, ¿de qué le habrán servido a ese actor domiciliado en España haber obtenido una sentencia en el fondo?

El legislador parece haber querido «proteger» a sus ciudadanos, evitando hasta el máximo los supuestos en los que los órganos judiciales españoles carezcan de jurisdicción internacional y parece que ha actuado pensando que un domicilio español tiene que encontrarse en la casi totalidad de los casos con la posibilidad de acudir a sus órganos judiciales sin que se le pueda alegar la falta de com-

(16) WACH, *op. cit.*, II, p. 55.

petencia. Pero si esa ha sido su intención, a ¿qué viene regular los límites y la extensión de la jurisdicción española?, ¿por qué se ofrece protección jurisdiccional que sabemos que en muchos casos no será eficaz allí donde debe serlo? En definitiva, el art. 24 de la Constitución no está reñido con limitaciones lógicas a la jurisdicción española.

4.— La determinación del fuero general del domicilio del demandante, por ser general, y siempre que no concurra con un fuero exclusivo de los señalados en los demás apartados del art. 22, no impide el reconocimiento de las sentencias dictadas en el extranjero en procesos cuyo actor tenga su domicilio en España. La generalidad supone precisamente eso: no hay una reserva de jurisdicción exclusiva, sino una formulación general de competencia que no es incompatible, para el ordenamiento español, con la existencia de otras jurisdicciones competentes. Mantener lo contrario, sería sostener en muchos casos una jurisdicción exclusiva ineficaz y eso iría contra el citado art. 24 de la Constitución que reconoce el derecho a la tutela efectiva del derecho o de los intereses, tutela efectiva que conforme a la doctrina constitucional comporta también la posibilidad de ejecución.

## ARTICULOS

### TRAMITACION Y ALCANCE DE LA JUSTICIA GRATUITA EN EL PROCESO CIVIL

ALBERTO MONTÓN REDONDO  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Salamanca

#### SUMARIO:

I. Introducción. — II. Procedimiento para la concesión de la justicia gratuita. 1. Momento de la solicitud de justicia gratuita. 2. Organismo competente para conocer de la solicitud y trámites que han de seguirse. 3. Requisitos que debe reunir la solicitud de justicia gratuita. 4. Consecuencias de esta solicitud. — III. Extensión de los beneficios de la justicia gratuita. 1. ¿Hasta dónde extiende sus efectos la declaración judicial en que se otorga? 2. ¿Puede hacerse valer la justicia gratuita obtenida para un proceso, en otro proceso distinto?

#### I— INTRODUCCIÓN

La Ley de 6 agosto de 1984 por la que han venido a modificarse un considerable número de preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha supuesto la más importante reforma de la misma en las últimas décadas (recordemos que la última modificación de cierta entidad fue la que se produjo como consecuencia de la ley de 23 de julio de 1966). De esta reforma, que ha introducido algunas novedades en nuestro ordenamiento procesal civil (algunas sustanciales como las que afectan a la casación) vamos a centrarnos en un punto muy concreto, circunscribiéndonos a los artículos 13 a 50 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reguladores de una institución tradicional en nuestro ordenamiento positivo, conocida desde sus orígenes como «beneficio de pobreza», y desde la Reforma como «Justicia gratuita».

Ahora bien, el estudio de este instituto procesal que presupone, sobre la base del mantenimiento del principio de igualdad entre los

litigantes, reconocer a los menos favorecidos por la fortuna el derecho a poder acceder ante los Tribunales de justicia (nos estamos refiriendo estrictamente a los civiles ordinarios, ya que ante los de otro orden jurisdiccional hay que estar a su normativa peculiar) (1) sin verse afectados por el condicionamiento que supone su escasez de medios; y que adquiere el carácter de derecho constitucional de la persona desde nuestra vigente Constitución (art. 119) permite, dadas sus peculiares características, que su estudio pueda realizarse, por lo menos en nuestro personal criterio, desde dos aspectos distintos que, al mismo tiempo se complementan.

El primero de ellos supondría tener en consideración el esencial carácter de derecho que, para los justiciables, supone la justicia gratuita; el segundo tendría como objeto el estudio del procedimiento específico que debe seguirse para obtener su reconocimiento. De esta manera, nos permitimos distinguir, en un terreno teórico, entre lo que es el derecho a la justicia gratuita, lo que nos llevaría a examinar cuáles son los presupuestos que condicionan su reconocimiento y hasta cuándo puede disfrutarse; y el aspecto que podríamos considerar como estrictamente procedimental, cuyo objeto lo constituirían, esencialmente, los trámites que el solicitante de los beneficios de la justicia gratuita debe cumplimentar para obtener su concesión y cuál es la validez procesal de aquéllos, es decir, ¿alcanzan a todo el proceso, incluidos sus posibles recursos? ¿pueden hacerse valer en otro proceso diferente para el que se concedió?

Así planteada la problemática del tema, hemos desarrollado el primero de los aspectos citados en nuestro trabajo: «*El derecho a litigar sin gastos ante los Tribunales civiles (Los presupuestos para su concesión y utilización)*» publicado en esta misma Revista, Justicia 85, Núm. 2; al mismo nos remitimos. El segundo aspecto es el que, a partir de este momento, va a ocupar nuestra atención.

## II. — PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE LA JUSTICIA GRATUITA

El reconocimiento del derecho a obtener los beneficios que la justicia gratuita lleva consigo, presupone la necesidad de su planteamiento formal, por el solicitante de aquéllos, ante el órgano a quien se atribuye potestad para su concesión o denegación.

(1) Así, por ejemplo, para el proceso contencioso administrativo hay que estar a lo que al respecto se establece por el artículo 132 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 diciembre de 1956, redactado conforme a la Ley de 17 de mayo 1973; para el proceso penal arts. 123 a

Esta afirmación de principio nos lleva indefectiblemente al estudio de una serie de cuestiones que de la misma pueden derivar, y que vendrían a ser las siguientes: momento procesal en el que la solicitud puede realizarse; órgano al que se le atribuye competencia para conocer de ella; requisitos que debe reunir la solicitud de justicia gratuita; tramitación que debe darse a esta solicitud; consecuencias de la misma. Vamos, pues, a examinar independientemente cada una de estas cuestiones.

### 1. Momento de la solicitud de justicia gratuita

Por lo que se refiere a este momento, hay que tener en consideración dos circunstancias esenciales: la primera, que se trate del demandante o del demandado con referencia a un proceso principal; la segunda el momento en que se considera producida la situación de desequilibrio económico.

Así, por lo que se refiere a la persona que realiza la solicitud, encontramos que si ésta es el demandante (nos referimos siempre al proceso principal) puede hacerlo: antes de que comience ese proceso, o durante su sustanciación, pero con la particularidad en este segundo supuesto de que, no sólo habría de justificar su situación de necesidad económica, sino que además ésta ha sobrevenido con posterioridad a la proposición de la demanda. Por lo que corresponde al demandado (siempre respecto al proceso principal) solamente podrá solicitarlo, lógicamente, dentro de ese proceso (2).

Ahora bien, teniendo en consideración el momento en que se produce la situación determinante de la solicitud, encontramos cómo sólo a partir de entonces se dan las circunstancias que legalmente la permiten, y ello produce que esta solicitud pueda realizarse en cualquier estado del proceso hasta que se dicte sentencia firme, e incluso después de ella en el período de ejecución; y esto tanto por parte del demandante, como por parte del demandado. Con la particularidad, ya expuesta anteriormente, de que en tal supuesto debe probarse no sólo la situación económica sino, y por lo que se refiere al

140 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la peculiaridad de que los criterios sustanciales para su concesión eran prácticamente un calco de los recogidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil y que han sido objeto de modificación. Esto produce una curiosa situación derivada de la vigencia de unos preceptos dentro del proceso penal, que se consideran obsoletos para el civil.

(2) Artículo 25 Ley de Enjuiciamiento Civil (reformado).

«Cuando el actor solicite el reconocimiento de su derecho a litigar gratuitamente después de presentar su demanda o el demandado después de contestarla, deberá justificar cumplidamente que las circunstancias y condiciones necesarias para obtener aquél han sobrevenido con posterioridad a la demanda o contestación, respectivamente».

demandante, que ésta ha sobrevenido con posterioridad a la presentación de la demanda, o en caso de solicitarse en segunda instancia o en casación (en este caso, tanto por el demandante como por el demandado) que la situación sobrevino posteriormente a aquella instancia en la que litigó como parte pudiente (3).

## 2. *Órgano competente para conocer de la solicitud y trámites que han de seguirse*

La competencia objetiva para conocer de la solicitud de justicia gratuita se determina conforme a lo establecido por el artículo 20 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De tal forma, corresponde (sigue correspondiendo) al Juez que sea competente para conocer en el proceso principal dentro del que se solicita (solicitud al tiempo de tramitarse aquél) o sea competente para conocer del proceso para el que se pretende utilizar (solicitud antes de la interposición de la demanda principal).

No introduce, por tanto, la Reforma novedad alguna en la legislación anterior que continúa plenamente vigente sobre este punto, manteniendo un criterio que se configura como tradicional en nuestro país (4) tanto en el terreno legal como en el doctrinal, sobre la base del principio establecido por el artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de que el Juez competente para conocer de un determinado asunto, lo es también de todas sus incidencias (al fin y al

(3) Artículo 26 Ley Enjuiciamiento Civil (reformado).

«El litigante que no haya solicitado el reconocimiento de su derecho en la primera instancia, si lo pretende en la segunda, deberá justificar que han sobrevenido con posterioridad a aquella o en el curso de la misma las circunstancias necesarias para obtenerlo».

«La misma regla será aplicable al que lo pretenda para interponer o seguir el recurso de casación respecto de la segunda instancia».

(4) En otros países, como pueden ser Italia o Francia, la competencia se atribuye a un órgano extrajudicial: «Commissione per il gratuito patrocinio» y «Bureau de l'Aide Judiciaire», regulados respectivamente en el artículo 5 del Real Decreto de 30 diciembre de 1923 y en la Ley 3 enero 1972. (Sobre esta última es interesante la obra de LAROCHE DE ROUSANNE, P.: *L'aide judiciaire (Etude de la loi 72-11 du 3 janvier 1972 et des textes pris pour son application)*, París, 1973).

Incluso en nuestro propio país se propugnó tal posibilidad, en el que vino a conocerse como Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Civil de 1966. En el conocido como *Proyecto Profesorial para la corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, se propugna, no obstante, el sistema «tradicional» de atribución al Juez competente para conocer del asunto principal. Ed. Tecnos, Madrid, 1972, vol. I, pág. 199. Sobre las ventajas e inconvenientes de cada sistema puede verse GÓMEZ COLOMER: *El beneficio de pobreza*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, pág. 307 y ss.

cabo el artículo 22 de esta Ley considera la solicitud de ayuda gratuita como un incidente del proceso principal).

En cuanto al trámite que ha de seguirse para la concesión de los beneficios propios de esta institución, hay que estar a lo establecido por el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a la redacción dada al mismo por la Reforma de 1984, y según el cual se seguirán los propios del procedimiento verbal. En este sentido hay que decir que la Reforma supone una relativa novedad en relación con la situación anterior, ya que lo que se ha hecho ha sido dar carácter de generalidad a una vía procedimental que solamente se seguía cuando la ayuda gratuita (entonces beneficio de pobreza) se planteaba ante órganos de la llamada Justicia Municipal; en cualquier otro supuesto, habían de seguirse los trámites correspondientes al procedimiento establecido para la sustanciación de las cuestiones incidentales (5).

En este mismo precepto se otorga carácter incidental a la solicitud de justicia gratuita y se preceptúa su tramitación independiente «en pieza separada» del proceso principal. Por supuesto hay que entenderlo aplicable sólo a solicitudes planteadas al tiempo de iniciarse aquel proceso, o una vez iniciado éste; carece de sentido cuando su planteamiento tenga carácter previo.

Asimismo, se exige expresamente la audiencia del litigante (o litigantes) contrarios, o que en su momento van a serlo, y del Abogado del Estado. Es decir, se sustituye al Ministerio Fiscal como parte necesaria en el procedimiento para la concesión de ayuda gratuita como representante del Estado, tal y como aparecía en el artículo 30 desde su redacción originaria, por el Abogado del Estado. Con ello lo único que se ha hecho ha sido dar entrada en la Ley de Enjuiciamiento Civil a una situación que venía legalmente establecida por disposiciones posteriores a ella.

A pesar de ello es curioso hacer notar que, en el Proyecto de Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el Informe emitido por la Ponencia respecto al mismo, se aceptaron una

(5) Esta unificación de trámites se propuso inicialmente, por vía de Enmienda al Proyecto de Ley, por el Grupo Socialista, quedando así recogida definitivamente por la Ley de 1984. Se proponían otras soluciones como eran las del Grupo Popular o las de Minoría Catalana. Los primeros propugnaban una simple comparecencia, seguida de prueba y ulterior sentencia; los segundos la sustanciación por los mismos trámites que los correspondientes al proceso principal, y su resolución en la sentencia que le pusiera fin. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Proyectos de Ley. Núm. 20-1, 9 diciembre 1983. Informe de la Ponencia sobre el Proyecto de ley de Reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

serie de enmiendas del Grupo Socialista (que son las que dieron lugar a la modificación de la institución que nos ocupa) entre las que se encontraba, dentro de una derogación general de todos los artículos comprendidos en la Sección 2.ª del Título I del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la preceptividad de la audiencia del Ministerio Fiscal (enmienda 428) en la sustanciación de la solicitud de justicia gratuita. Es evidente que debió ser pura inercia legislativa (no aparece así en la Ley de Reforma), por cuanto no nos atrevemos a pensar que se desconociera la existencia de una normativa que hacía cerca de cien años estaba aplicándose en el terreno de la práctica forense (6).

### 3. Requisitos que debe reunir la solicitud de justicia gratuita

El hecho de dirigirse a los órganos jurisdiccionales en solicitud del reconocimiento del derecho a litigar sin gastos por circunstan-

(6) Sus orígenes pueden encontrarse en el Decreto de 16 de marzo de 1886 con el que se reorganizaba la Dirección General de lo Contencioso del Estado y el Cuerpo de Abogados del Estado. La creación de este Cuerpo respondía a la evolución político-económica de finales del pasado siglo, que hizo pensar al legislador en la necesidad de desgajar las funciones de representación de los intereses económicos del Estado, que hasta ese momento se atribuían al Ministerio Fiscal, a un Cuerpo de naturaleza especial. De esta forma, y tomando como base a los funcionarios de la antigua Asesoría General del Ministerio de Hacienda, se crea el Cuerpo que, a partir de ese momento, se conoce como de Abogados del Estado, en el que se refundían las funciones propias de aquellos con las que, hasta entonces, correspondían al Ministerio Público.

Posteriormente, el Estatuto de la Dirección General de lo Contencioso y Cuerpo de Abogados del Estado, aprobado por Real Decreto de 21 de enero de 1925 (arts. 8 y 10) y el Texto Refundido del Reglamento Orgánico de la Dirección General de lo Contencioso y Cuerpo de Abogados del Estado, aprobado por Decreto de 27 de julio de 1943 (art. 55), estructuran definitivamente este Cuerpo, atribuyéndole la representación en juicio de los intereses del Estado y más concretamente su intervención preceptiva como parte en los incidentes de pobreza «en los que cuidará de oponerse en tanto que el demandante no acredite cumplidamente que reúne las condiciones establecidas en la Ley (art. 10, párrafo 3 del Decreto 21 enero 1925, en el mismo sentido párrafo 4 del apartado 2 del artículo 55, Decreto 27 julio 1943).

Sobre el Abogado del Estado pueden verse, entre otros: SOTO HERNÁNDEZ: *Los Abogados del Estado y los incidentes de pobreza*, en Rev. de los Tribunales, 1905, pág. 150; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N.: *Ministerio Público y Abogacía del Estado*, en Bol. del Inst. de Dcho. Comparado de México, 1961, núm. 40, pág. 37; JIMÉNEZ ASEÑO: *Organización judicial española*, Madrid, 1952; RODRÍGUEZ DEL BARCO, J.: *Compendio de Derecho Judicial. Organización de Tribunales*, Madrid, 1962; *Apéndice al Compendio*, Madrid, 1963, 1964 y 1968; GALÁN MENÉNDEZ: *De los Abogados del Estado al servicio de la Justicia*, en Bol. de Información del Ministerio de Justicia, 1971, núm. 900, pág. 3; DE FUENTES SÁNCHEZ, N.: *El Cuerpo de Abogados del Estado. Su constitución. Su influencia*

cias económicas (7) precisa de un acto formal que debe reunir una serie de requisitos legalmente establecidos. Ahora bien, el nuevo artículo 20 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (y el 27 anterior a la Reforma) nos permite distinguir entre los requisitos formales de la demanda (según terminología legal) y la manera de plantear el incidente ante los Tribunales. Y decimos esto, por cuanto el contexto del referido artículo distingue entre el planteamiento directo de la solicitud de justicia gratuita ante el órgano competente para conocer de ella, por medio de escrito firmado por Abogado conforme a los términos del artículo 10 (no se recoge la ayuda gratuita entre las excepciones a la regla general de defensa letrada) y por Procurador si el solicitante quiere servirse de él, puesto que no es preceptivo (núm. 4, art. 4.º), en cuyo caso deberá reunir una serie de requisitos a los que ese precepto se refiere (el artículo 20) y que serán objeto de nuestra atención más adelante; y la simple solicitud de Abogado y Procurador del turno de oficio (que en cualquier caso le serán nombrados por el Juzgado) a los únicos efectos de que por ellos se redacte y firme la «demanda» inicial de este procedimiento defendiéndole y representándole en él. Tal petición no precisa requisito formal alguno, por lo que cabe entender que podría hacerse tanto por escrito, como por simple comparecencia ante el Juzgado.

Una vez realizadas las anteriores precisiones y ciñéndonos al aspecto meramente formal de la solicitud de ayuda gratuita, hay que estar a lo preceptuado al respecto por los artículos 20 y 21, redac-

en el Derecho común, en Rev. Crítica de Dcho. Inmobiliario, 1981, núm. 544, mayo-junio, pág. 683; VARIOS AUTORES: *El Abogado del Estado y la función judicial*, en Rev. Jurídica La Ley, 1982, vol. 2, pág. 1.165.

(7) Por concesión de la ley hay que estar a lo preceptuado por la Orden de 12 de agosto de 1955. En ella se declara, con carácter general, «que las instituciones benéfico-docentes tienen derecho al beneficio de pobreza legal, sin necesidad de acreditarlo en el incidente especial que se requiere a los particulares por la Ley de Enjuiciamiento Civil, para gozar de semejante privilegio» y «recuerda a las Instituciones que hayan de disfrutar de dicho beneficio la conveniencia, en evitación de dudas y posteriores trámites litigiosos, de acompañar a los escritos de demanda o contestación, según corresponda, copia fehaciente de las correspondientes órdenes de clasificación y de autorización para litigar, haciendo en dichos escritos las oportunas alegaciones de hecho y de derecho, de las que se desprenda el derecho a gozar de dicho beneficio».

Sobre esta disposición es interesante la doctrina sentada por las sentencias del Tribunal Supremo de 26 abril 1906 y 4 de diciembre de 1908 en las que se vino a manifestar que «las instituciones benéficas que, según las leyes, tienen derecho a la defensa gratuita han de justificar en el oportuno incidente su derecho, si se les niega en el pleito». Esto debe, consecuentemente, entenderse en el sentido de que si no justifican adecuadamente su derecho, o existe oposición a su reconocimiento (lógicamente en el proceso principal) deberá plantearse el incidente como si fuera por motivos económicos.

tados de acuerdo a las directrices simplificadoras de la Reforma de 1984.

Así pues, el artículo 20, de manera extraordinariamente escueta, nos dice en el segundo de sus párrafos: «En la demanda se expresarán los datos pertinentes para apreciar los ingresos y gastos del solicitante, sus circunstancias familiares y personales, pretensión que se quiere hacer valer y parte o partes contrarias». Nos parece que el legislador pretende en este precepto ser excesivamente simplista, y al igual que hemos dicho en otros momentos, sigue teniendo la vista puesta en la anterior normativa que intenta sustituir. Y lo decimos, porque ya el mero hecho de utilizar el término «demanda» para indicar el acto formal continente de la solicitud de ayuda gratuita, supone hacer referencia implícita al artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, único precepto dentro de este Cuerpo legal, en el que se dice cuáles deben ser sus requisitos genéricos, con todos los defectos e insuficiencias que se quiera, pero es la única norma sobre la materia. Por ello, hay que considerar como aplicable, aun cuando no está vigente (teóricamente al menos) el anterior artículo 28, cuyo párrafo primero nos decía: «Esta demanda (la de «pobreza») se formulará del modo prevenido en el artículo 524 para las demandas ordinarias». En este sentido, también puede considerarse como utilizable en el terreno de la práctica, el restante contenido del mentado precepto el cual venía a decirnos que, además de aquellos requisitos propios de toda demanda, debían concurrir otros perfectamente pormenorizados: unos de tipo genérico, dirigidos a la identificación del solicitante, y otros de tipo específico, cuya finalidad era la aportación de datos apriorísticos sobre la situación económica del mismo.

Los primeros realmente eran innecesarios al tener carácter repetitivo, pues ya quedaban incluidos dentro de los datos identificativos propios de toda demanda. La única particularidad, contenida en el número 1.º de aquel artículo 28, era la referente a la de la residencia en los cinco años anteriores a la fecha de la solicitud, e incluso, según venía exigiéndose por la jurisprudencia, los distintos domicilios que se hubieran ocupado en ese período de tiempo, aun cuando fuera dentro de la misma localidad cuando ésta mereciera el calificativo de ciudad populosa (ambiguo concepto éste que quedaba sometido, en cualquier caso, a la consideración del propio Tribunal). Se trataba de un requisito que tenía poco sentido y que poco decía, en verdad, sobre la situación económica del solicitante en el momento de realizar su solicitud.

Por lo que se refiere a los requisitos específicos, anteriormente contenidos en el artículo 28 como decíamos, quedan sustituidos en

el artículo 20 actual por la simple indicación de que en la «demanda» deberán contenerse «los datos pertinentes para apreciar los ingresos o recursos del solicitante y sus circunstancias familiares o personales». Con ello se pretende que el Juez pueda apreciar, por un lado, el volumen objetivo de sus ingresos y por otro, la concurrencia de aquellas circunstancias que permitirían, en su caso, la entrada en escena de su criterio subjetivo a los efectos de los artículos 15, 16 y 17 que, en su momento, examinábamos. En esta situación y ante la parquedad legal, consideramos como perfectamente aplicables, aun cuando sea a mero título orientativo, los criterios del anterior artículo 28 en sus números 2.º in fine, 4.º, 5.º y 6.º (8). De tal forma, y con la precisión realizada (ver cita 43) deberían hacerse constar:

A) Los medios de subsistencia del solicitante (art. 28, núm. 2.º in fine). En este punto habría que considerar como válida la doctrina jurisprudencial que obliga a la declaración de todos con los que realmente pueda contar, desde el momento en que la ocultación total o parcial de ellos debería ser determinante de la denegación de este beneficio. Doctrina que, sin embargo, debe entenderse sobre la base de distinguir entre ocultación maliciosa y ocultación involuntaria, produciéndose la segunda siempre que la entidad de los bienes no declarados sea intrascendente para la cuantificación de la potencialidad económica del solicitante, no afectando, por ello, a la concesión de la ayuda (9).

(8) En estricta aplicación de la ley, podrían utilizarse estos o cualesquiera otros criterios, pero desde luego, consideramos que la inercia profesional va a dejarse sentir durante mucho tiempo.

(9) En este sentido, SS. 18 noviembre 1941, 19 febrero 1942, 14 marzo 1944, 16 enero 1945, 10 diciembre 1980, 25 enero 1978.

El concepto de ocultación hay que entenderlo no sólo referido al hecho de no poner en conocimiento del Tribunal determinados bienes o fuentes de ingresos, sino también en la circunstancia de «renunciar a emolumentos que colocarían al solicitante fuera de la pobreza» tal y como permite deducir la sentencia de 5 de junio de 1970.

Con carácter general, es interesante la sentencia de 30 abril de 1964, que vendría a comprender un verdadero «decálogo» de cómo debe comportarse un «correcto» solicitante de la ayuda gratuita. Así, de acuerdo a su doctrina debe: 1.º Ser veraz en la exposición de los medios económicos con que cuenta para la satisfacción de sus necesidades, sin ocultar ninguno (...pues de lo contrario se tendrá por incurso en manifestación de deslealtad que, por sí sola, habrá de determinar la denegación de su pretensión, a menos que pruebe que la ocultación no es maliciosa en sí). 2.º Aportar prueba suficiente para acreditar que se encuentra comprendido en alguno de los eventos establecidos por la ley a este efecto, sin que sea bastante la mera alegación de carencia de medios económicos o la exigüidad de los que cuente. 3.º Esclarecer, a satisfacción del Tribunal de Instancia, la verdadera trascendencia de aquellas situaciones, esta-

B) Bienes de la mujer e hijos, y rentas que éstos pueden producir. Es ésta una exigencia legal contenida en el artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a la Reforma y que, lógicamente, debe ser tenida en consideración en la solicitud.

C) Características de la vivienda en que habite y gastos que ello le suponga (núm. 4.º, artículo 28 anterior a la reforma). El hacer referencia a esta circunstancia aparece como lógico: si bien, y de acuerdo al párrafo segundo del artículo 17 reformado, la vivienda propia no constituye «obstáculo para el reconocimiento del derecho» esto lo es sólo para el caso de que no sea considerada como suntuaria (sobre el concepto de lo suntuario puede verse la cita 20). Por ello deben determinarse las características de la vivienda para que, en su caso, no sea valorable a efectos denegatorios. Por otro lado, y aún no siendo suntuaria, los gastos que esta propiedad devengan pueden ser considerados por el Juez como obligaciones que pesan sobre el solicitante, a los efectos del artículo 15 reformado; y lo mismo cabe decir cuando la vivienda se encuentre en renta, ya que esta circunstancia, de por sí, ya puede presuponer una potencialidad económica menor que la de quien es propietario (por lo menos en el terreno teórico).

D) Cuantía de la contribución que, en su caso, pueda satisfacer o certificación negativa de la misma (núm. 6.º antiguo artículo 28 LECiv.). De hecho, se trata de una circunstancia hasta cierto punto determinante de la situación económica, y en la mente del legislador estuvo, en un principio, establecer la constancia obligatoria de este dato. Así, en el terreno de lo anecdótico puede hacerse constar que por el Grupo Popular se propuso que en la solicitud se contuviera la referencia al pago de los impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre el Patrimonio; asimismo, y por la Minoría Catalana se pretendía que aquélla debía acompañarse de la justificación de los ingresos declarados a Hacienda (10).

dos o previsiones que puedan implicar la presencia de signos exteriores de riqueza. Con carácter monográfico sobre el tema puede verse PRIETO CASTRO: *Ocultación no maliciosa de bienes*, en Rev. Gen. de Leg. y Jurisp., 1942, núm. 172, pág. 215 y ss.

(10) Fuentes. *Boletín Oficial de las Cortes* (citado, ver cita 40). La legislación anterior exigía otro requisito, anacrónico casi desde sus orígenes, cual era el contenido por el artículo 28, en su apartado 6 «in fine», relativo a la aportación de una certificación de hallarse el solicitante inscrito en listas electorales, y en qué concepto. Realmente no se exigía por los Tribunales, al responder a una determinada situación histórica, surgida a mediados del siglo XIX, que con la intención de mantener el pueblo al margen de la política, viene a instituirse el denominado «sufragio censatario» determinante de que

Por supuesto, y con ello ratificamos lo dicho con anterioridad, el hacer referencia a la derogada normativa sobre este punto es en un sentido meramente orientativo, por cuanto de acuerdo a la Reforma, ya no existen requisitos formalmente exigibles en la solicitud de justicia gratuita que puedan producir, al igual que sucedía antes de la Reforma, la inadmisión de la demanda a trámite («No se dará curso a las demandas que no contengan los requisitos expresados en el artículo anterior», nos decía el párrafo primero del artículo 29). No obstante, se exige la aportación con aquélla de los documentos acreditativos de los extremos que se aducen; o en su caso, la manifestación formal de no haberlos podido adquirir, con la petición expresa de que sea el propio Juzgado quien proceda a reclamarlos al correspondiente organismo. Dándose tal circunstancia se ve afectada la marcha del procedimiento, ya que no la admisibilidad de la demanda, en el sentido establecido por el nuevo artículo 21 de que «no se dará curso a la demanda, hasta que se presenten o reciban». Se introduce, pues, un presupuesto de procedibilidad que afecta tanto a la no presentación de documentos, como a la imposibilidad de su aportación con la solicitud (anteriormente sólo se examinaba este segundo supuesto, párrafo segundo, artículo 29).

#### 4. Consecuencias de la solicitud de ayuda gratuita

El mero hecho de plantear ante los órganos jurisdiccionales la pretensión de litigar gratuitamente produce, en el momento en que la solicitud en que se contiene es admitida a trámite, una serie de consecuencias que, por una parte, pueden repercutir dentro del proceso principal en el que se solicita, por otra, dando lugar a la concesión de una serie de beneficios de forma provisional, condicionados a su resolución definitiva. Vamos a examinarlos con independencia.

##### A) Efectos de la solicitud con respecto al proceso principal.

A este respecto, hay que tener en consideración que la Reforma de 1984 ha introducido alguna novedad en esta materia. Así, la solicitud realizada antes del planteamiento de un proceso principal, bien

la inclusión en los censos, como elector o como elegible, se condicionara a la satisfacción a las arcas estatales de una determinada cantidad de impuestos directos. Con ello el derecho de voto quedaba reservado a las clases más pudientes; pero al mismo tiempo suponía unas condiciones económicas que podían ser tenidas procesalmente en consideración a efectos o no de la concesión de la justicia gratuita. Sin embargo, desde la Ley electoral de 1890, la inclusión en listas electorales no supone manifestación alguna de potencialidad económica, motivo por el que este requisito, y como al principio decíamos, se convirtió en un simple anacronismo histórico, que no se tenía en consideración por los Tribunales.

juntamente con la demanda (generalmente en forma de «otrosí») o con carácter independiente y previo, ya no se configura como requisito de procedibilidad de aquélla, en el sentido de que haya de esperarse a la resolución del incidente para darle curso, con carácter general, tal y como venía preceptuando el anterior artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el momento actual, tal efecto solamente se producirá si expresamente es pedido por la parte actora y precisamente con la demanda principal; así lo preceptúa el nuevo artículo 23 en el segundo de sus párrafos, en el que asimismo se establece la posibilidad de solicitud de «aquellas actuaciones de cuyo aplazamiento le pueden seguir daños irreparables».

En el supuesto de que la solicitud de justicia gratuita se realice pendiente ya el proceso principal, la Reforma mantiene el criterio anterior de no paralización del mismo, con carácter general, sino exclusivamente la apertura de pieza separada (artículo 22 en relación con el 23 de la LECiv). Se prevé, no obstante, la posibilidad de que la suspensión se produzca, pero sólo en el momento en que fuera expresamente solicitada por todas las partes litigantes, supuesto en el que deberá ser así acordado por el Juez. En tales casos la Ley (ni antes, ni ahora) permite la posible adopción de medidas urgentes, como sucedía en el supuesto anterior.

Una peculiaridad en el efecto suspensivo de la solicitud de ayuda gratuita sobre el curso del proceso principal, es la que se introduce para los procesos matrimoniales cuya tramitación haya de acomodarse a los procedimientos a los que se refieren las Disposiciones Adicionales Quinta y Sexta de la Ley de 7 de julio de 1941 (incidental y especial en causas de divorcio y separación de mutuo acuerdo) en cuyos casos y de acuerdo al apartado b) de la Adicional Quinta, la solicitud de justicia gratuita, en ningún caso, producirá la suspensión del proceso (11).

**B) Efectos de la solicitud con respecto a la concesión provisional de determinados beneficios.**

Ha introducido la Reforma, en este punto concreto, una serie de importantes novedades con las que se recoge una tendencia ya manifestada en anteriores Proyectos de Reforma (12) y que sitúa a

(11) Estas Disposiciones quedan expresamente vigentes tras la Reforma de 1984. En el último párrafo de su Disposición Derogatoria se dice: «Los procesos sobre separación, divorcio y nulidad del matrimonio continuarán rigiéndose por las Disposiciones Adicionales de la Ley 30/1981 de 7 de julio.

(12) Así, en el Proyecto de Ruiz Capdepón de 1894; el de 1929; las Bases de 1942; el Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Civil de 1966. No obstante, en el Proyecto que dio lugar a la actual Reforma de 1984, no se recogía el disfrute interino por ambas partes, de los beneficios propios de la

nuestro ordenamiento procesal entre los más progresistas de Europa (13). La importancia de la Reforma no se centra tanto en ese nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio, a quien lo solicita para el planteamiento del incidente (artículo 20 párrafo tercero) y que ya venía recogido en la normativa anterior (art. 27); ni tan siquiera en la concesión interina al solicitante de todos los demás beneficios propios de la justicia gratuita, tal y como se establece por el reformado artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Las actuaciones del incidente, las del pleito principal y aquellas otras a las que se refiere el párrafo último del artículo anterior (14) se practicarán provisionalmente sin exacción de derechos, hasta que se resuelva el incidente». Esto supone, evidentemente, una novedad

justicia gratuita, en tanto se dictara una resolución definitiva; fueron las Enmiendas del Senado las que dieron lugar a su introducción en la Ley tal y como aparece en su definitiva redacción.

(13) El derecho al disfrute interino de los beneficios de la justicia gratuita por ambos litigantes, sólo lo hemos visto recogido en el párrafo 120 de la ley 13 agosto 1980 sobre ayuda para las costas procesales, en vigor en la República Federal Alemana, desde 1 de enero de 1981 (una traducción de la misma ha sido realizada por GÓMEZ COLOMER: *La Ley alemana de 13 de agosto de 1980, sobre ayuda para las costas procesales*, en Rev. Justicia 84, núm. I, pág. 241).

La Constitución uruguaya de 1934 recoge un precepto, el artículo 227 cuya redacción es, curiosamente, prácticamente idéntica en su fondo (y casi en su forma) a los artículos 31 y 50 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal y como quedan después de la reforma de 1984. Nos dice aquel artículo: «En los pleitos en que tal declaración se hubiera hecho a favor del demandante, el demandado gozará del mismo beneficio hasta la sentencia definitiva, la cual lo consolidará si declara la ligereza culpable del demandante en el ejercicio de su acción». Un comentario a este precepto constitucional puede verse en COUTURE: *Protección constitucional de la justicia gratuita en caso de pobreza*, en «Estudios de Derecho Procesal», Buenos Aires, 1978, vol. I, pág. 111 y ss. Es interesante un párrafo del mismo que literalmente recogido nos dice así (pág. 120): «Tal solución es virtualmente un tertium genus dentro del planteo clásico entre justicia pagada y justicia gratuita. Debe reconocerse que, en punto a ingenio práctico, ha superado a las dos posiciones tradicionales. Cuando en las Cortes Constituyentes de la República española se debatió este tema, los sectores obreros propugnaron por la gratuidad absoluta de la justicia ensalzando, como es lógico, su significación igualitaria. Jiménez de Asúa les advirtió que repararan en el significado de su proposición: ellos, como pobres, ya tenían asegurada la gratuidad de la justicia; lo que estaban reclamando era la gratuidad para los ricos. Ante tal argumento, como es de suponer, la tesis quedó abandonada».

(14) Párrafo segundo del artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de acuerdo a la Reforma de 1984:

«No obstante, el actor, al formular la demanda principal, podrá pedir la suspensión del proceso hasta la resolución del incidente, si fuere él quien solicitare el reconocimiento del derecho, sin perjuicio de que inste las actuaciones de cuyo aplazamiento le puedan seguir perjuicios irreparables».

con relación a la situación precedente, pero esencialmente en un sentido cuantitativo, al permitir que quien solicita la justicia gratuita pueda litigar como si realmente le hubiera sido concedida; es decir, no sólo se le va a nombrar Abogado y Procurador de oficio, condicionado a lo que el Juez resuelva, cual era la normativa anterior (referido a la propia solicitud de justicia gratuita, no al proceso principal) sino que se le va a conceder el derecho a litigar sin exacción de los derechos que pudieran devengarse «en las actuaciones» a las que se refiere el precitado artículo 24, en función como en el mismo precepto se indica, de lo que en el incidente se resuelva.

El verdadero alcance de la Reforma; en cuanto a su fondo, hay que encontrarlo en ese tratamiento igualitario de los litigantes que supone llevar al máximo el principio de igualdad que debe presidir toda contienda judicial, y que se traduce en la nueva redacción dada al artículo 31, que literalmente nos dice así: «La parte contraria a la que haya obtenido la gratuidad mediante declaración judicial gozará provisionalmente de los tres primeros beneficios del artículo anterior (exención del pago de todos los derechos o tasas judiciales y de la necesidad de reintegrar el papel que usen para su defensa; inserción gratuita en los periódicos oficiales de los anuncios y edictos que deban publicarse a su instancia; exención de hacer los depósitos que sean necesarios para la interposición de cualesquiera recursos) hasta que se dicte resolución firme y definitiva en el proceso principal». Esta concesión interina de los mentados beneficios se condiciona a la circunstancia de que en ese proceso principal se dicte una resolución en la que se condene en costas a quien había solicitado y obtenido la ayuda gratuita en cuyo caso, y a tenor del artículo 50, se producirá su consolidación, según la terminología legal.

Hasta aquí el alcance de la Reforma sobre este punto. A partir de aquí vamos a dedicar nuestra atención a un punto concreto del precitado artículo 50, por cuanto su propia redacción nos plantea algunos problemas interpretativos.

Nos referimos esencialmente a su segundo punto en el que se nos habla de consolidación de beneficios de los que ya se venían disfrutando interinamente («Si el litigante beneficiario de la justicia gratuita fuere condenado en costas, la parte contraria consolidará los beneficios a que se refiere el artículo 31»). Si nos atenemos al significado del verbo consolidar tal y como nos lo ofrece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, encontramos que supone «Dar firmeza y solidez a una cosa»; es decir, aplicado al supuesto que nos ocupa, supondría que el disfrute provisional de determinados beneficios pasaba a conformarse como definitivo. Ahora bien, para

ello debe cumplirse un condicionamiento exigido por el artículo 50, cual es de que la parte contraria, es decir, quien litigó disfrutando de la ayuda gratuita, bien por concesión judicial o por prescripción de la ley, haya sido condenado en costas por la resolución por la que se puso fin al proceso. Esto supone, tal y como parece deducirse de lo expuesto, que lo que en tal caso se produce por imperativo legal, es que sería precisamente la parte que NO había solicitado la ayuda gratuita la que iba a disfrutar de sus beneficios, en el sentido de que aquellos gastos de los que había sido provisionalmente eximida, conforme al artículo 31, no tendría realmente que hacerlos efectivos; y en cuanto a las costas derivadas de la posible utilización en el proceso de Abogado y Procurador habría de estarse a la normativa establecida por los artículos 47 y 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las posibles limitaciones que recoge el artículo 523, párrafo cuarto, de acuerdo a la Reforma (15).

En teoría la situación es perfectamente clara. Pero sólo para el caso en que la ayuda gratuita hubiera sido concedida a personas o entidades que legalmente tuvieran derecho a ello, por cuanto el artículo 47 no se presta a dudas: «Los que tengan derecho a litigar gratuitamente por declaración legal estarán obligados a pagar las costas causadas en su defensa y las de la parte contraria, si fueren condenados en costas». La duda surge cuando la justicia gratuita se hubiera obtenido por decisión judicial, ya que en tal caso el artículo 48, en su párrafo primero, se redacta conforme al siguiente tenor: «La misma obligación (pago de todas las costas) tienen, condenados en costas, los que hubieran obtenido judicialmente el reconocimiento del derecho a justicia gratuita, si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso, hubieren venido a mejor fortuna». Si aquí aplicamos los criterios anteriores, en el sentido de que aquella consolidación de beneficios es una consecuencia de la condena en costas, determinante de que todas las causadas se satisfagan por el condenado en ellas, se produce un fallo por la base. Y se produce porque el pago de costas no es indefectible, como en el caso anterior, sino solamente dándose esas circunstancias de advenimiento a

(15) Párrafo cuarto, artículo 523, Reforma, 1984:

«Cuando en aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo se impusieran las costas al litigante vencido, éste sólo estará obligado a pagar de la parte que corresponde a los Abogados, Peritos y demás funcionarios que no estén sujetos a aranceles una cantidad total que no exceda, por cada una de las partes que hubieren obtenido tal pronunciamiento, de la tercera parte de la cuantía del proceso; a estos solos efectos las pretensiones inestimables se valorarán en un millón de pesetas. Esta limitación no regirá cuando el Juez declare la temeridad del litigante condenado en costas.»

mejor fortuna que se mencionan en el artículo 48, y además dentro de un determinado plazo, lo que supone que es muy posible que nunca lleguen a satisfacerse. ¿Qué sucede entonces? ¿Deben aquellas costas satisfacerse por la otra parte, con posibilidad de resarcirse de ellas, si llegaran a producirse aquellas circunstancias? ¿Asume el Estado el pago de las mismas, con esa posibilidad de resarcimiento, en su caso? El primer planteamiento no parece lógico, e incluso iría contra la propia Ley, ya que según el artículo 50 el mero hecho de la condena en costas es determinante de esa consolidación de beneficios, tantas veces mencionada, y esto no se produciría si nos atenemos a esa tesis; por ello, la única postura que nos parece acorde con el propio espíritu de la ley es la segunda; es decir, la parte contraria a la que obtuvo el beneficio, se verá eximida de aquellos gastos en forma definitiva cuando se produzca la circunstancia determinante de ello (condena en costas), con independencia de la manera en que la ayuda gratuita hubiera sido obtenida y asimismo con independencia de que el Estado pudiera resarcirse de ellos, como consecuencia precisamente de aquella condena.

C) Una consecuencia que puede derivarse del hecho del planteamiento judicial de una solicitud de ayuda gratuita, es la que ha venido a establecerse por la jurisprudencia, en el sentido de que la presentación de la misma (tal y como se deduce de la propia jurisprudencia, de la «demanda» entendida en un sentido formal, con lo que el efecto al que nos referimos no lo produciría la mera solicitud de postulantes para su redacción) constituye «propiamente ejercicio de la acción ante los Tribunales, a los efectos de interrupción de los plazos de prescripción del artículo 1.973 del Código Civil, siempre que en ella se exprese la índole y el objeto del litigio en que se habrá de utilizar el beneficio impetrado por el actor» (16).

### III. — EXTENSIÓN DE LOS BENEFICIOS DE LA JUSTICIA GRATUITA

Esta última cuestión, que va a constituir objeto de nuestro estudio, plantea una serie de problemas que vamos a sintetizar de la siguiente manera: ¿Los beneficios de la justicia gratuita, se limitan sólo a la instancia judicial en la que se concedieron o se extienden a todo el proceso, incluidos los recursos? ¿Puede hacerse valer la ayuda obtenida en un proceso para otro proceso distinto? Vamos a examinar independientemente cada una de estas cuestiones.

(16) En este sentido: SS. 23 noviembre 1893, 1 diciembre 1968, 9 julio 1975, 9 junio 1976, 17 junio 1980.

#### 1. ¿Hasta dónde extiende sus efectos la declaración judicial en la que se otorga la justicia gratuita?

Se trata éste de un tema que no aparecería claramente tratado (ni por supuesto resuelto) por la normativa anterior y que ha pretendido solucionarse por vía de la Reforma de 1984, mediante la utilización de una fórmula que, de acuerdo a su contexto literal, no permite, al parecer, ningún tipo de dudas. Nos referimos al artículo 32 que, en su primera parte, nos dice: «El derecho a litigar gratuitamente en un proceso se extiende a todos sus incidentes y recursos...». Tal y como la situación queda, en una interpretación estrictamente literal de lo que aquí se dice, quien obtiene en la primera instancia el derecho a litigar acogiéndose a los beneficios de la justicia gratuita, podrá hacerlo gozando de los mismos en todas las situaciones procesales hasta la obtención de una sentencia firme incluidos, por lo tanto, recursos y posibles incidentes.

Ahora bien, cuando se interrelaciona este precepto con lo que al respecto dicen los artículos 844 y 845 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a la apelación, y el 1.708, redactado conforme a la reforma, para la casación, encontramos que las cosas no son tan perfectamente claras y definidas, por lo menos desde nuestro personal punto de vista.

Así, podemos observar que concedida la justicia gratuita para la primera instancia hay que entender, de acuerdo a los artículos 844 y 845 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sus efectos alcanzan a la segunda, sin más requisitos que la justificación de haber sido concedida judicialmente o de disfrutar de ella por ley. Este es el sentido que había que dar a la expresión del artículo 844, en su redacción anterior a la Reforma, cuando hablaba de estar «habilitado para defenderse por pobre», y que en su redacción actual hay que entender sustituido por la circunstancia de gozar del beneficio de la justicia gratuita (17) lo que produce como consecuencia que, si el

(17) La habilitación de pobreza, entendida en el sentido del proceso penal, contencioso-administrativo o constitucional, no se prevé para el proceso civil. (La habilitación presupone el disfrute de los beneficios propios de la justicia gratuita, sin necesidad de justificar la insuficiencia económica, es decir sin necesidad de planteamiento y resolución del correspondiente procedimiento judicial, cuando el solicitante esté notoriamente incluido en alguno de los supuestos determinantes de su concesión. Este es el sentido de los artículos 132, 2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 —según la Reforma de 17 de marzo de 1973—, 130 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 4.º del Acuerdo de 20 de diciembre de 1982 del Pleno del Tribunal Constitucional). No obstante, venía utilizándose (incorrectamente desde nuestro punto de vista) por el artículo

apelante o el apelado lo solicitan, se proceda al nombramiento de oficio de Abogado y Procurador, según preceptúa el artículo 845. Con ello lo que se nos está diciendo, o por lo menos lo entendemos así, es que la obligatoriedad de defensa o representación para aquellos profesionales, nombrados de oficio o elegidos para la primera instancia por quien litigó en ella con los beneficios de la justicia gratuita, no alcanza a la segunda instancia. Con ello no se quiere decir que, si aquéllos lo consideran oportuno, no puedan seguir con su condición de postulantes, sino que no están obligados a ello.

Esto puede responder, según nosotros entendemos, a una situación hoy día superada tras la promulgación del Estatuto General de la Abogacía de 24 de julio de 1982, en cuyo artículo 22 se prevé que los Letrados puedan actuar ante todo tipo de Tribunales e instancias sin necesidad de incorporarse a los Colegios Profesionales donde radiquen aquéllos (18). Y así lo creemos, porque la Ley de Enjuiciamiento Civil responde a otro momento histórico, en el que para poder actuar ante Tribunales pertenecientes a demarcaciones distintas había que estar incorporado al Colegio de Abogados de aquel territorio jurisdiccional; y éste, creemos, puede ser uno de los motivos, junto con el de evitar al Letrado las gravosidades de desplazamientos, determinantes de que no estuviera obligado a actuar en

844 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que ha sido relativamente modificado con la nueva redacción que le ha dado la Reforma de 1984. Y decimos relativamente ya que, si bien la referencia a esta «habilitación de pobreza» desaparece de su párrafo primero, se mantiene, sin embargo, curiosamente, en el tercero que ve inalterado su primitivo texto. Así nos dice: «En estos casos, el Tribunal acordará el nombramiento (se refiere al nombramiento de Abogado y Procurador) si resultare justificada aquella habilitación...». Esto tenía sentido antes de la Reforma, cuando en el párrafo primero del artículo al que nos referimos hablaba de la misma, con lo que, por lo menos, era gramaticalmente correcto; pero actualmente, ni eso, porque ¿cuál es, ahora, «aquella habilitación»? Señor legislador, cuando se utiliza el demostrativo *aquel* se hace para designar, en palabras del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, algo que está lejos de la persona que habla y de la persona con quien se habla, pero en resumidas cuentas que está dentro de la acción que se desarrolla, pero es que, en este caso NO ESTA. ¿Por qué se habla, pues, de algo que no existe?

(18) Artículo 22 del Estatuto General de la Abogacía de 24 julio 1982:

«Todo Letrado incorporado a cualquier Colegio de Abogados de España podrá actuar en todos los recursos de que sean susceptibles los asuntos que dirigió en cualquier instancia ante cualesquiera Tribunales o Juzgados, incluso ante el Tribunal Supremo o la Audiencia Nacional, sin que para ello tenga necesidad de incorporarse a los Colegios donde radiquen los Tribunales ante los que dichos recursos, acciones o reclamaciones se sustancien...». Este artículo es una reproducción literal del artículo 1.º de la Ley 8 de julio de 1980 (Actuación en recursos sin necesidad de incorporación a los Colegios en que radiquen los Tribunales).

la segunda instancia, cuando su cliente tenía derecho a justicia gratuita obtenido en la primera, lo que había dado lugar a su designación de oficio.

Ahora bien, de hecho, y a pesar de la Reforma, la situación se mantiene, lo que supone que el Letrado y el Procurador pueden libremente excusarse de la defensa y la representación para la segunda instancia, en cuyo caso el Tribunal «ad quem» procederá directamente al nombramiento de nuevos postulantes de oficio. Y aquí se nos plantea un problema desde el momento en que el artículo 844 nos dice literalmente que «el Tribunal acordará el nombramiento si resultare justificada aquella habilitación» (actualmente, habrá que entender «cuando goce del beneficio de la justicia gratuita»); es decir, si enterpretamos este precepto de acuerdo con el sentido literal de sus palabras, para que se proceda al nombramiento de oficio de Abogado y Procurador no se precisará más que alegar y justificar que en la primera instancia se ha disfrutado de la justicia gratuita, sin posibilidad, por tanto, de que aquellos profesionales puedan negarse a ese nombramiento, ya que, conforme a este precepto, tal posibilidad no se regula expresamente (19).

El tema es discutible y se presta a distintas tomas de postura (20); sin embargo, por nuestra parte, entendemos que hay que estar a la estricta letra de la ley, en base a una serie de motivaciones fundamentales:

(19) Artículo 844 Ley de Enjuiciamiento Civil, de acuerdo a la Reforma de 1984:

«Cuando el apelante goce del beneficio de justicia gratuita, se le tendrá por personado en tiempo ante el Tribunal superior, si dentro del término del emplazamiento compareciere ante el mismo por sí o por medio de otra persona, solicitando se le nombre de oficio Abogado y Procurador que se encarguen de su defensa».

«La misma pretensión podrá deducir al hacerle el emplazamiento en cuyo caso lo consignará el Secretario en la diligencias».

«En estos casos, el Tribunal acordará el nombramiento si resultare justificada aquella habilitación, y se entenderán con el Procurador nombrado de oficio todas las actuaciones en representación del apelante».

(20) Así GÓMEZ COLOMER entiende que la excusa podría producirse de idéntica forma y con el mismo procedimiento que para la primera instancia. Nos dice: «Una vez cumplidos los presupuestos del artículo 844, el Tribunal o Juez Superior iniciará el procedimiento para el nombramiento de Abogado y Procurador de oficio... y en caso de excusa, el del artículo 48 (antiguo) (en virtud de la declaración del 48, V, in fine —también antiguo—). *El beneficio de pobreza...* Ob. cit. (cita 4), pág. 188.

En ese artículo 48, V se decía: «lo propio se practicará (se refiere al procedimiento a seguir en caso de excusa del Letrado) cuando el actor solicite y obtenga la defensa por pobre, después de contestada la demanda, o cualquiera de las partes durante la segunda instancia». Ante ello, entendemos que

a) El carácter restrictivo que hay que dar a la interpretación de las normas procesales, dado su carácter de normas de orden público y que, según doctrina jurisprudencial, «requieren una interpretación rígidamente ajustada a su texto» (SS. 21 febrero 1914, 12 noviembre 1928, 4 octubre 1939, 11 mayo 1941, entre otras).

b) Que si el legislador hubiera querido que, en la segunda instancia, pudiera producirse la excusa del Abogado nombrado de oficio lo hubiera dicho expresamente, tal y como lo hace para la primera y para la casación (art. 1.708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la Reforma).

c) Incluso podría extraerse un tercer argumento para justificar esta interpretación restrictiva de la ley, en base a los propios motivos que justifican la posibilidad de excusa en primera instancia y casación, pero no en apelación. Cuando a un Letrado se le encarga, de oficio, la promoción o defensa de un proceso, puede considerar que la pretensión es infundada o la defensa inviable con lo que puede conseguirse la evitación de un proceso que siempre es un mal social, máxime cuando carece de fundamento. Cuando la cuestión se plantea a efectos de un recurso de casación, éste ha de fundamentarse necesariamente en una serie de motivos, legal y taxativamente determinados que, si no concurren, determinan su improcedencia; por ello, si el Letrado considera que tales motivos no se dan, puede excusarse, pues en tal caso se produciría una innecesaria e inútil utilización de la actividad jurisdiccional.

El tema se presenta con otras características por lo que se refiere a la apelación. Hay que tener en cuenta que en nuestro proceso civil se rige por la doble instancia, como una consecuencia del sistema escrito que domina su estructura y que permite que toda situación litigiosa sea susceptible de pasar, en palabras de GÓMEZ ORBANEJA, «por dos grados jurisdiccionales» (21); para ello no se precisa, ni la alegación de un motivo concreto previsto por la ley, ni justificación alguna, bastando sencillamente con la consideración, mera-

la posibilidad de excusa hace referencia a que se trate de un supuesto de solicitud «ex novo» para la segunda instancia o dentro de ella, pero no cuando se pretende hacer valer la ya conseguida con anterioridad. Y este mismo sentido es el que se deduce del nuevo artículo 41, redactado conforme a la Ley de 1984: «Las mismas reglas anteriores (respecto a la excusa)... se aplicarán... cuando el derecho se reconozca después de contestada a la demanda o en la segunda instancia». La expresión «reconozca» consideramos que hay que entenderla como concesión de un derecho, pero no como convalidación (que eso supone su utilización en la segunda instancia) de un derecho que ya ha sido reconocido con anterioridad.

(21) GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho Procesal Civil* (Con HERCE QUEMADA), Madrid, 1979, vol. I, pág. 469.

mente subjetiva, de que la resolución recurrida produce un perjuicio en los intereses de quien recurre, y ese perjuicio no puede valorarlo el Abogado, por eso no se le permite la excusa.

Cuando quien ha obtenido el derecho a litigar sin gastos en la primera instancia, o en la segunda, pretende acceder a la casación el tema adquiere características distintas a las que hemos visto para la segunda instancia. También aquí se prevé que la representación y la defensa sean distintas (puedan serlo) a las que actuaron en la primera instancia o en la segunda, previéndose su posible nombramiento «ex officio»; pero aquí sí que se pueden excusar, pudiendo esta excusa ser determinante de la inadmisión del recurso cuando dos Letrados nombrados sucesivamente coincidan en su improcedencia, y el Ministerio Fiscal tampoco considere procedente su interposición, tal y como se prevé en la nueva redacción del artículo 1.708, conforme a la Reforma (22).

(22) La posibilidad de que en la casación puedan actuar los mismos postulantes que lo hicieron en la primera instancia, o en su caso en la segunda, cabe deducirlo del último párrafo del reformado artículo 1.708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «La representación y defensa de la parte recurrida amparada en la situación legal de justicia gratuita serán encomendadas, bien al Procurador y al Abogado que acepten expresamente las respectivas funciones al suscribir el escrito de comparecencia ante la Sala Primera del Tribunal Supremo o bien a los que sean nombrados conforme al turno de oficio...». Esto por lo que se refiere al supuesto en que se trate de la parte recurrida; para la parte recurrente se prevé en la regla 1.ª del mismo precepto: «La Designación del Procurador y del Abogado podrá contenerse en el escrito de comparecencia o en el de interposición del recurso haciendo constar los designados su aceptación expresa».

La posibilidad de excusa del Letrado nombrado de oficio y sus consecuencias se prevén y regulan por las reglas 3.ª, 4.ª y 5.ª del precitado artículo 1.708: 3.ª «Si el Abogado nombrado en primer lugar por el turno de oficio no considerase procedente el recurso lo expondrá por escrito, sin razonar su parecer, en tiempo no superior a seis días. En este caso dentro de los dos siguientes, se comunicarán las actuaciones al nombrado en segundo lugar, quien, si tampoco estimare procedente el recurso podrá excusarse en igual tiempo y forma que el anterior».

4.ª El Abogado que dejare transcurrir seis días sin hacer constar por escrito su parecer, estará obligado a interponer el recurso».

5.ª Cuando los dos Abogados nombrados por el turno de oficio se excusaren, la Sala pasará seguidamente las actuaciones al Ministerio Fiscal para que, de estimarlo éste procedente, interponga el recurso. De no estimarlo procedente devolverá las actuaciones con la nota de «visto» en el plazo de seis días y la Sala declarará desierto el recurso y firme la resolución recurrida, si no hubiere otro recurrente, y devolverá las actuaciones al órgano jurisdiccional del que procedan».

## 2. ¿Puede hacerse valer la justicia gratuita obtenida para un proceso, en otro proceso distinto?

La contestación a esta pregunta adquiere un carácter enormemente simplista, con la nueva normativa introducida por la Reforma de 1984 sobre esta materia. Prácticamente el problema nos lo da resuelto la simple lectura del nuevo artículo 32 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el último de sus puntos: «El derecho a litigar gratuitamente en un proceso... no podrá utilizarse en otro proceso distinto».

Con ello se introduce una novedad que era necesaria, dada la situación de relativo desconcierto que se planteaba con la legislación modificada. Y al referirnos a desconcierto no lo hacemos al que pudiera plantear la intencionalidad legal, que aparecería perfectamente definida por el antiguo artículo 35. En él se nos decía que la ayuda concedida en un determinado proceso podría utilizarse en otro diferente, siempre que ello fuera aceptado por el colitigante (23). Ahora bien, a pesar de esta manifestación legal, el Tribunal Supremo se había venido manteniendo con una posición evidentemente restrictiva, e incluso contradictoria con la letra de aquel precepto. Así, por ejemplo, en sentencia de 9 de diciembre de 1966 venía a establecer que la concesión por un Tribunal de distinto orden al en que se litiga, no ejercía influencia alguna en el otorgamiento o denegación del beneficio «de pobreza» pretendido; incluso en la sentencia de 21 de junio de 1909, ratificado por la de 21 de octubre de 1921, se establecía que la posibilidad de utilización de la justicia gratuita en un proceso no podía extenderse a otro, aun cuando se utilizara contra la misma persona.

Particularmente nos parecía mucho más lógica la postura de la jurisprudencia que la de la Ley, desde el momento en que en cada supuesto debía de conocerse si, realmente, se mantenían las circunstancias determinantes de la concesión de la justicia gratuita; y ello es algo que, en cada caso, debía corresponder al órgano jurisdiccional, y no quedar exclusivamente condicionada a que fuera una parte procesal la que «permitiera» el mantenimiento de unos beneficios concedidos judicialmente (24).

(23) Interpretación en sentido contrario del artículo 35 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, anterior a la Reforma, en su párrafo primero en el que literalmente se decía: «La declaración de pobreza hecha en un pleito no puede utilizarse en otro si a ello se opone el colitigante».

(24) Esta postura legal, que ya no rige en la Ley de Enjuiciamiento Civil, fue corregida y aumentada para los procesos ante el Tribunal Constitucional, en virtud de Acuerdo de este Tribunal de 20 de diciembre de 1982, hasta el punto de que, conforme a él, en el proceso constitucional se puede litigar

En otro orden de cosas, consideramos interesante hacer notar que, en determinados casos, la justicia gratuita concedida en otro país puede tener una cierta influencia en el nuestro, cuando el beneficiario litigue ante nuestros Tribunales. Así, por ejemplo, el Convenio de La Haya sobre procedimiento civil de 1 marzo de 1954 ratificado por España, en virtud de Instrumento de 28 junio de 1961, prevé que en tales supuestos pueda aportarse una certificación de la ayuda concedida que, si bien no es determinante de su convalidación en el país en el que se pretende litigar, sí que hay que entender que sería un dato importante a ser tenido en consideración por el Juez, a los efectos de su concesión (25). Incluso puede producir plena eficacia, por lo que se refiere a actos procesales concretos, como es el caso de la ejecución de resoluciones en materia de obligaciones alimenticias con respecto a menores, que de acuerdo a lo establecido por el Convenio de La Haya de 15 abril 1958 (ratificado por España

con los beneficios de la justicia gratuita (referida exclusivamente a la exención de costas privadas, dado que es un proceso gratuito) si aquella se obtuvo en el proceso, del que el constitucional es una consecuencia, sin más requisitos que probar su concesión en aquél, y prescindiendo consecuentemente, de la aceptación de la parte contraria.

Nos encontramos ante una normativa que ya antes de la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, digamos que aplicaba sus preceptos en un sentido muy extensivo, pero es que después de aquella, claramente los contradice, con lo que el mencionado Acuerdo no está precisamente completando la regulación legal de la institución de la justicia gratuita (según la parte expositiva del mismo) sino regulándolo de forma distinta a la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que se dice completa. Ello nos plantea una serie de cuestiones, cual es la de la propia validez del Acuerdo mencionado en este punto, y la consecuente vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos constitucionales. Entendemos que el tema excede de este trabajo y nos remitimos al estudio que, sobre este punto concreto llevamos a cabo en: «La ayuda judicial gratuita ante el Tribunal Constitucional», en Rev. La Ley, año IV, núm. 791, viernes 21 octubre 1983.

(25) Interpretación que cabe deducir del artículo 20 del Convenio («El beneficio de pobreza se concede, al igual que a los nacionales mismos, conforme a la legislación del Estado en que se solicite la defensa gratuita»), interrelacionado con los artículos 21 y 22 del mismo. De acuerdo con ellos, cuando hay que litigar en otro país puede expedirse un certificado de pobreza, que podrá completarse en el país donde pretenda hacerse valer, mediante informes solicitados a las autoridades del Estado de procedencia, sobre la situación económica del peticionario. Es decir, para la concesión del beneficio hay que estar a la legislación del país en el que se solicita, pero la circunstancia de haber sido declarado con derecho al mismo en otro, sería un dato a tener en consideración por la autoridad a la que se correspondiera decidir sobre aquella petición.

el 2 de julio 1973) y según su artículo 9: «La parte a la que se reconozca derecho a asistencia gratuita en el Estado donde se haya producido la decisión, se beneficiará de ella en el proceso para obtener la ejecución de la misma» (26).

(26) Este mismo sistema, pero para la ejecución de cualquier tipo de resolución en otro país, es el que se sigue en el seno de la Comunidad Económica Europea, en virtud de la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y entre los Estados integrantes de la misma.

**ARTICULOS**

**EL PROCESO DE IMPUGNACION DE ACUERDOS  
CONTRARIOS A LA LEY O A LOS ESTATUTOS  
EN MATERIA DE PROPIEDAD HORIZONTAL**

SILVIA BARONA VILAR  
Ayudante de Derecho Procesal  
Universidad de Valencia

**SUMARIO:**

I. Introducción. — II. Requisitos previos para ejercitar la impugnación: A) Existencia de un acuerdo; B) Contrarios a la ley o a los estatutos; C) Plazo. — III. Naturaleza jurídica y objeto del proceso impugnatorio: A) Naturaleza jurídica y proceso aplicable; B) Objeto. — IV. Competencia: A) Objetiva; B) Territorial; C) Funcional. — V. Legitimación: A) Activa; B) Pasiva. — VI. Postulación y defensa. — VII. Procedimiento: A) Reglas para determinar el mismo: a) Juicio ordinario de mayor cuantía; b) Juicio verbal; B) Tramitación: a) Conciliación; b) Demanda; c) Tramitación propia de cada juicio ordinario; d) Sentencia: a') Contenido; b') Ejecutoriedad del acuerdo adoptado en la Junta; e) Costas.

**I. — INTRODUCCIÓN**

La ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 incluye, junto a la regulación material sobre la propiedad horizontal, una normativa procesal, con la creación de nuevas vías procesales para la solución de los conflictos internos que se puedan plantear entre los propietarios y la Comunidad de propietarios en cuanto tal.

De esta manera, la ordenación procesal de la ley se contiene en los siguientes artículos: art. 16, normas 2, 3, 4 y 5; arts. 19 y 20; art. 4 y disposición transitoria primera de la ley.

Esta regulación procesal podríamos agruparla en tres apartados: el primero de ellos sería el formado por aquellos preceptos de la ley que estructuran procesos de nueva creación; el segundo lo constituirían los preceptos que se remiten para su regulación a mecanis-

mos procesales regulados en otras leyes; y, por último, el tercer grupo estaría formado por el ejercicio de determinadas acciones que encuentran abierto el camino procesal a seguir en otras leyes procesales.

Nuestro estudio va a centrarse tan sólo en el denominado proceso impugnatorio de acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos, cuya regulación legal se encuentra en la norma 4 del art. 16 de la Ley de 1960; en ella el legislador establece:

«Los acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos serán impugnables ante la autoridad judicial por cualquiera de los propietarios disidentes, pero el acuerdo será provisionalmente ejecutivo, salvo que el Juez ordene la suspensión.

La acción deberá ejercitarse dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o a la notificación si hubiere estado ausente el que impugna».

## II.—REQUISITOS PREVIOS PARA EJERCITAR LA IMPUGNACIÓN

Para poder acudir a la norma 4 del art. 16 para impugnar un acuerdo contrario a la ley o a los estatutos, es necesario que se den los siguientes requisitos:

### A) Existencia de un acuerdo

Es presupuesto necesario de la impugnación la existencia de un acuerdo pues —es obvio— de no existir tal acuerdo, no puede darse la impugnación.

«No importa, señala FUENTES LOJO (1), cuál fuere el contenido de éste ni tampoco el modo como se haya tomado, puesto que también con irregularidades procedimentales cabría la impugnación. Es el caso, por ejemplo, de que se intente la nulidad de un acuerdo tomado por una Junta de propietarios, reunida sin intervención del presidente ni citación de éste, como ha tenido ocasión de estudiar la Sentencia de 11 de noviembre de 1961 del Juzgado de Primera Instancia número 11 de los de Madrid».

Por la vía de la norma 4 podrán impugnarse tanto los acuerdos que se adopten por mayoría como los adoptados por el régimen de unanimidad. De la misma opinión es FUENTES LOJO (2) que afirma

(1) FUENTES LOJO, J. V., *Suma de la propiedad por apartamentos*, Barcelona, 1978, 3.ª edición, p. 1090.

(2) FUENTES LOJO, *Suma...*, cit., p. 1090.

que «al no distinguir la norma, podrán impugnarse toda clase de acuerdos, sea cual fuere su objeto, deban tomarse por unanimidad o por simple mayoría, sean o no gravemente perjudiciales, con tal de que vayan contra la ley o contra los estatutos».

### B) Contrarios a la ley o a los estatutos

La impugnación de un acuerdo adoptado mayoritariamente encuentra dos vías en la ley de Propiedad Horizontal: la vía de la norma 3, que se aplicará a los supuestos en que se haya producido un perjuicio grave para un determinado grupo de propietarios; y la norma 4 que se utilizará en el supuesto de que el acuerdo sea contrario a la ley o a los estatutos. Por lo tanto, para poder aplicarse el proceso de impugnación de la norma 4 del art. 16 es obvio que necesariamente dicho acuerdo debe ser contrario a la ley o a los estatutos.

Un acuerdo puede ser *contrario a la ley* en dos sentidos: en el fondo de su contenido o en la forma de su adopción; distinción ésta que hace TOMÉ PAULE (3).

Es contrario al fondo de la ley cuando mediante el mismo, la Junta de propietarios adopta una resolución que infrinja una prohibición o que incumpla un mandato de la ley; no sólo de la ley de Propiedad Horizontal sino de cualquier otra disposición legal, aunque tenga menor rango formal. Del mismo modo FUENTES LOJO (4) señala que también puede ser objeto de impugnación el acuerdo que vulnere cualquier otra disposición que la complemente o deba aplicarse de un modo subsidiario. En contra de esta postura se manifiesta DE LA CÁMARA (5), al considerar que la Ley parece dar a entender que se está refiriendo no a leyes en general sino a su propia normativa.

Asimismo un acuerdo es contrario a la forma impuesta por la ley cuando para su adopción no se hayan cumplido los requisitos ordenados en los arts. 14 al 17 de la ley de Propiedad Horizontal de 1960.

Por su parte, un acuerdo puede ser contrario a los estatutos, como señala TOMÉ PAULE, considerando por tales al conjunto de disposi-

(3) TOMÉ PAULE, J., *Régimen procesal de la propiedad horizontal*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1965, I, pp. 103-4.

(4) FUENTES LOJO, *Suma...*, cit., p. 1090.

(5) DE LA CÁMARA, *Insuficiencia normativa de la ley de Propiedad Horizontal* (Conferencia pronunciada en el Colegio Nacional de Registradores el 9 de marzo de 1973, publicada en el libro «Curso de conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas», del Centro de estudios hipotecarios), p. 155.

ciones fruto de las libres determinaciones recíprocas de los propietarios que especifican y completan los deberes y derechos comunitarios siguiendo las pautas establecidas en la ley, cuyas normas pueden llegar a ser incluso modificadas por los propios interesados, siempre que no tengan carácter de derecho necesario. Estos estatutos pueden, o bien formar un cuerpo separado, o bien ser parte integrante del título constitutivo. En ambos casos, la contravención del precepto estatutario puede impugnarse al amparo del proceso que estudiamos.

Algunos autores afirman que el proceso impugnatorio de la norma 4 del art. 16 se utiliza asimismo para atacar los acuerdos contrarios al reglamento de régimen interior, por cuanto estiman que cuando la norma se refiere a «los estatutos», se hace en sentido amplio, englobando a los reglamentos de régimen interior (6). Otros autores, como TOMÉ PAULE, rechazan esta postura al considerar que si el acuerdo viola el reglamento interno no cabrá la impugnación; y ello por la mera interpretación literal de la ley.

Por nuestra parte aplaudimos la segunda postura, por las razones apuntadas, ya que si el legislador hubiera querido admitir tal posibilidad —impugnación de acuerdos contrarios al reglamento de régimen interior por la vía de la norma 4 del art. 16— lo hubiera hecho, y no lo hace; por lo que consideramos excluida tal posibilidad.

### C) Plazo

La Ley exige que la impugnación por la vía de la norma 4 del artículo 16 se ejercite «dentro de los 30 días siguientes al acuerdo o a la notificación si hubiere estado ausente el que impugna».

El legislador distingue en materia de plazos dos posibles situaciones: que el disidente o disidentes asistan a la Junta o que por el contrario no hayan asistido. En el primero de los dos supuestos el plazo de 30 días comenzará a contarse a partir del día siguiente a la adopción del acuerdo; en el segundo supuesto el plazo se contará a partir de la notificación.

En materia de notificación, señala FUENTES LOJO (7), mientras ésta no se efectúe en la forma dispuesta en el art. 15 de la Ley, no transcurre dicho plazo aun cuando el propietario tenga conocimiento particular del acuerdo (8).

(6) FUENTES LOJO, *Suma...*, cit., p. 1090.

(7) FUENTES LOJO, *Suma...*, cit., p. 1092.

(8) Respecto de la notificación del acuerdo es interesante citar algunas resoluciones de nuestros tribunales; S. de 12 de febrero de 1970 de la Audiencia

Se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción, pese a la tesis en contrario mantenida por algunas sentencias, como la de 19 de octubre de 1982 del Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Barcelona, y por la de 17 de marzo de 1965 de la Audiencia de Madrid (9), que hablan de prescripción.

La tesis que lo consiera como plazo de caducidad es mantenida por algunos autores (10) cuando afirman que se trata de un plazo de caducidad, y si deja transcurrirse el mismo, el acuerdo queda convalidado; opinión que no compartimos por cuanto si transcurre el plazo, el acuerdo no podrá ser impugnado por la vía del artículo 16-4; pero ello no implica la convalidación del mismo sino la caducidad de dicha posibilidad, de acudir al proceso del art. 16-4. No obstante, podrá acudir a la vía ordinaria para atacarlo por considerarlo contrario a la ley, ya que sería inconcebible pensar que dicho acuerdo contrario, por ejemplo, a una norma de «ius cogens» pudiera convalidarse por el transcurso de este breve plazo. Hay numerosas resoluciones que apoyan la consideración de dicho plazo como de caducidad (11), plazo que deberá estimarse de oficio y es

cia de Madrid, en cuyo primer considerando se dice: «...la decisión adoptada en la citada Junta de notificar a los afectados por el acuerdo el contenido del mismo, significa tanto como estimar que hasta que no tuviesen conocimiento fehaciente de lo acordado en dicha Junta, no habrá de comenzar a correr el plazo para el ejercicio de sus derechos»; S. de 21 de mayo de 1976 del T.S. que llega a afirmar que no basta que uno de los titulares asista a la junta para entender que está notificado el acuerdo si resulta probado que se ausentó de ella antes de que se aprobase el acuerdo; S. de 13 de abril de 1966 de la Audiencia de Pamplona, que señala en uno de sus considerandos que «...hubo de notificársele a éste en forma, si no escrita, al menos fehaciente...».

(9) La S. de 17 de marzo de 1965 de la Audiencia de Madrid en su segundo considerando señala que «también cabe rechazar la excepción alegada de prescripción de la acción, por no estar ejercitada ésta dentro de 30 días, plazo a que se refiere el número 4 del art. 16 de la ley de Propiedad Horizontal, ya que antes se ejercita acto de conciliación, que produce el efecto de interrumpir la prescripción, conforme regulan los arts. 478 y 479 de la ley de Enjuiciamiento Civil».

(10) FUENTES LOJO, *Suma...*, cit., p. 1092; TOMÉ PAULE, *Régimen...*, cit., página 105; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Examen del art. 16 de la ley de propiedad horizontal*, en Anuario de Derecho Civil, 1979, p. 798; ZANÓN MASDEU, *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona, 1964, p. 573; DE LA CÁMARA, *Insuficiencia...*, cit., p. 152.

(11) Son muchas las resoluciones que adoptan la tesis de considerar el plazo establecido en la norma 4 del art. 16 como plazo de caducidad. Así: S. de 12 de junio de 1963 del Juzgado Municipal número 18 de los de Barcelona; S. de 18 de octubre de 1972 de la Audiencia Provincial de Madrid; S. de 10 de noviembre de 1977 de la Audiencia de Madrid; S. de 21 de febrero de 1975 de la Audiencia Territorial de Cáceres; entre otras.

imposible su interrupción (12).

Otro problema que plantea el plazo es el de su cómputo. Se debe distinguir entre los propietarios que asistieron a la Junta y aquellos que no asistieron y tuvieron conocimiento de la misma por la notificación.

En el primer supuesto el plazo de 30 días correrá a partir del día siguiente a aquél en el que se celebró la Junta, mientras que en el segundo supuesto el plazo correrá a partir de la notificación del acuerdo (13).

En cuanto a la forma de realizar la computación de los 30 días FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (14) señala que será aplicable lo dispuesto en los arts. 257 y 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 5-1 del Código Civil. FUENTES LOJO (15) considera que al emplear el término días y no meses, no deben descontarse los inhábiles (16). Por su parte TOMÉ PAULE (17) señala que se trata de un plazo procesal y, en consecuencia, habrán de excluirse los inhábiles por aplicación del art. 304 de la LEC.

Por nuestra parte consideramos que se trata de un plazo procesal que se regirá por lo establecido en los arts. 304 y siguientes de la LEC. De este modo se deberán descontar, en el cómputo del plazo, los días inhábiles (18).

(12) Así se manifiesta la S. de 24 de 1976 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que señala que «...ha de estimarse de oficio...» y la S. de 26 de diciembre de 1978 de la Audiencia Territorial de Madrid que señala que «...tratándose de un plazo de caducidad... la finalidad de impedir que permanezcan indefinidamente inciertos los derechos, su estimabilidad de oficio y la imposibilidad de interrupción por actos extrajudiciales o judiciales incluidos el acto de conciliación, excepto naturalmente el oportuno ejercicio de la acción correspondiente... por lo que agotado el término legalmente fijado para el ejercicio de la acción, ha devenido su decadencia fatal y automática...».

(13) Es de destacar la S. de 21 de febrero de 1975 de la Audiencia Territorial de Cáceres, que en su tercer considerando señala que «...constituido el «día inicial» en el el nudo gordiano de la cuestión, es evidente que habrá de señalarse en él, desde el cual pudo ejercitarse el derecho cuestionado, que fue aquél en el que ingresó en sus titulares al derecho subjetivo de su ejercicio, señalado por la norma 4 del art. 16 antes mencionado, dentro de los 30 días siguientes al acuerdo o a la notificación, lo que hace coincidir el día inicial con el del conocimiento del acuerdo...».

(14) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Examen...*, cit., p. 799.

(15) FUENTES LOJO, *Suma...*, cit., p. 1092.

(16) En este sentido se pronuncia la S. de 11 de junio de 1973 de la Audiencia Territorial de Pamplona.

(17) TOMÉ PAULE, *Régimen...*, cit., p. 105.

(18) Postura mantenida por la S. de 26 de marzo de 1962 del Juzgado Municipal número 9 de los de Barcelona, que en su quinto considerando señala que «...habían transcurrido los 30 días que fija el número 4 del art. 16

Sintetizando todos los aspectos en materia de plazo, podemos decir que se trata de un plazo procesal de caducidad, que opera de modo radical y automático, siendo imposible su interrupción por actos judiciales o extrajudiciales, y debiendo ser estimada la caducidad de oficio, teniendo en cuenta, además, que en el cómputo del mismo deben excluirse los días inhábiles, como queda regulado expresamente en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en su artículo 185, 1.º, in fine.

#### IV. — NATURALEZA JURÍDICA Y OBJETO DEL PROCESO IMPUGNATORIO

##### A) *Naturaleza jurídica y proceso aplicable*

El proceso impugnatorio de la norma 4 entrará de lleno en el campo de la jurisdicción contenciosa. No participa de la naturaleza jurídico-procesal de los actos de jurisdicción voluntaria, pues existe un conflicto de intereses entre diversos condueños o partícipes.

El problema que se suscita con esta norma 4 es el de determinar cuál será el procedimiento a seguir, ya que nada dice la Ley al respecto.

Mientras que para algunos autores el procedimiento será el declarativo ordinario que corresponda a la cuantía de la reclamación (19), opinión que compartimos, otros autores adoptan otra postura diferente (20).

La jurisprudencia hace suya también la primera postura. Así la S. de 29 de septiembre de 1969 de la Audiencia de Barcelona señala en su segundo considerando que «si bien las acciones que regula esta ley especial están encomendadas a la justicia municipal, por lo que parece que igual ha debido hacerse con esta impugnación, en aras de la rapidez, economía y del acercamiento de la justicia a los litigantes, lo cierto es que para esta impugnación no fija la ley la competencia ni el procedimiento para sustanciarla; omisión que obli-

de la ley de Propiedad Horizontal para impugnar los acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos; descontando los días inhábiles ya que éstos, al hablar la ley de días y no de meses, han de deducirse...».

(19) FUENTES LOJO, *Suma...*, cit., p. 1089; ZANÓN MASDEU, *La propiedad...*, cit., p. 535; ARAGONES ALONSO, *Reglas para determinar el proceso aplicable en materia de propiedad horizontal*, en Pretar, 1964, p. 16; FERNÁNDEZ, MARTÍN-GRANIZO, *Examen...*, cit., p. 789; SOTO NIETO, *Autorización mayoritaria para la alteración de un elemento común: su impugnación judicial*, en Derecho vivo (Jurisprudencia comentada) II. Propiedad Horizontal.

(20) Tal es el caso de TOMÉ PAULE, *Régimen...*, cit., p. 100, que se tramitará por el proceso de cognición plenario especial.

ga al impugnante a entablar un proceso declarativo para dilucidar la cuestión... por expresa declaración del art. 481 de la LEC, toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada en dicho ordenamiento legal —o en otro— tramitación especial, será ventilada y decidida en el juicio ordinario declarativo que corresponda...» (21).

### B) Objeto

El objeto de este proceso impugnatorio lo son «los acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos».

Una de las cuestiones que plantea esta norma es la relativa a la validez de los acuerdos que, siendo contrarios a la ley, no hayan sido impugnados, lo que nos podría llevar a la consecuencia anómala de considerar que, siendo ilegales determinados acuerdos, no sean radicalmente nulos.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (22) considera que el apoyo legal de esta extraña situación puede encontrarse en el art. 6-3 del CC, según el cual «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». Según este autor, si conectamos este «salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención» con el «serán impugnables» de la regla 4 del art. 16 de la Ley de 1960, nos encontramos con que el acuerdo contrario a la ley, no obstante encontrarse comprendido en el ámbito jurídico-conceptual de la nulidad radical, es susceptible de producir efectos plenos si no se recurre dentro del plazo de 30 días en dicha norma marcado.

ZANÓN MASDEU, por su parte (23), después de afirmar que únicamente serán objeto de este proceso los acuerdos contrarios a la ley, al título constitutivo o a los estatutos, y que no se requerirá la existencia de un perjuicio, distingue entre acuerdos nulos y los meramente anulables. Los primeros no producen efecto alguno pues se consideran inexistentes jurídicamente, como afirma la S. del TS. de 3 de enero de 1947, debiendo tener tal consideración dentro del ámbito de la ley de Propiedad Horizontal: los contrarios a las normas legales sin haberse realizado las convocatorias de juntas de acuerdo con lo prescrito en la Ley (art. 15); los no aprobados con la prescri-

(21) El mismo punto de vista es admitido por la S. de 16 de octubre de 1965 de la Audiencia Provincial de Oviedo; S. de 18 de marzo de 1966 de la Audiencia Provincial de Madrid; S. de 30 de mayo de 1975 de la Audiencia Provincial de Cádiz; y la S. de 7 de octubre de 1965 del T.S.

(22) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Examen...*, cit., p. 792.

(23) ZANÓN MASDEU, *La propiedad...*, cit., p. 535.

ta mayoría de personas y capitales; los que lesionen derechos subjetivos que la Ley otorga a los partícipes, como el que obliga a uno de ellos a participar en los gastos generales de forma distinta a su cuota de participación; los acuerdos que designan a un administrador con carácter vitalicio y, en general, los que violen aquellos preceptos que tengan un carácter necesario o de «ius cogens»; y los contrarios a la moral, al orden público o a las buenas costumbres. Pero no todas las normas contenidas en aquella Ley poseen un carácter imperativo o de «ius cogens»; de ahí que dicho autor opine que los acuerdos contrarios a los preceptos meramente dispositivos no serán nulos, ni siquiera anulables, pues el precepto no tendrá un carácter prohibitivo y si supletorio, esto es, dictado para el caso de que no exista una convención en contra, siempre que se adopte por unanimidad.

Por su parte FUENTES LOJO (24) considera que, aunque los acuerdos nulos puedan ser impugnados al amparo de la norma 4, si no lo son, tampoco podrán producir efecto alguno ni podrán obligar a los disidentes.

En la jurisprudencia cabe citar la S. de 29 de octubre de 1970 de la Audiencia de Madrid, en la que se pone de manifiesto que son nulos los acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos, pero que se convalidan por la no impugnación dentro de los plazos legales (25).

Existe un gran número de sentencias que admiten se trata de acuerdos anulables, no nulos «ipso iure»; tales son la S. de 4 de febrero de 1971 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (26),

(24) FUENTES LOJO, *Suma...*, cit., p. 1091.

(25) Esta S. de 29 de octubre de 1970 señala en su segundo considerando que: «...si en principio son nulos los acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos de la Comunidad, se convalidan por la no impugnación de los mismos dentro de los plazos señalados por la ley; y así lo establece el art. 16 de la misma... que otorga, en su número 4, la facultad de poder impugnar los acuerdos que se consideren contrarios a la ley o a los estatutos, ante la autoridad judicial, o cualesquiera de los propietarios disidentes, cuyos acuerdos, no obstante, son provisionalmente ejecutivos desde el primer momento, aunque señalando como término perentorio para ejercitar dicha acción impugnatoria, el de los treinta días siguientes al acuerdo o a la notificación, según los casos...».

(26) La S. de 4 de febrero de 1971 de la Audiencia Provincial de Mallorca dice así: «Que... si los acuerdos se adoptan y son notificados a los propietarios ausentes, sin que éstos se opongan, ...habrán de quedar firmes y producirán todos sus efectos, porque para esto está prevista esta oposición... Bien claro está en la ley especial al admitir esta impugnación dentro del plazo, que no estamos en el caso de la nulidad de pleno derecho que implica una verdadera oposición a la moral y a las buenas costumbres o a la existencia de un expreso y directo mandato positivo o negativo de la ley... En los actos que adolecen de nulidad absoluta se entiende que no han llegado a nacer a la

la de 29 de enero de 1979 de la Audiencia Provincial de Valencia (27), la de 28 de septiembre de 1977 de la Audiencia de Sevilla (28), la de 5 de febrero de 1979 de la Audiencia de Bilbao, la de 27 de febrero de 1975 de la Audiencia Provincial de Huelva, la de 1 de octubre de 1978 de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, la de 28 de octubre de 1974 del TS.

Expuestas las opiniones doctrinales y jurisprudenciales, vamos a manifestarnos en torno al tema.

Consideramos necesario hacer la distinción entre normas permisivas o disposiciones y normas de «ius cogens». Si un acuerdo fuera contrario a una norma dispositiva se podrá mantener la tesis de considerar que no existe nulidad ipso iure pero si anulabilidad, y que podría llegar a convalidarse por el transcurso del tiempo.

Pero si un acuerdo fuera contrario a una norma de «ius cogens», no es posible su convalidación, porque ello iría contra los más elementales principios de nuestro Derecho positivo. En este caso no podrá hablarse de ninguna manera de una excepción a la regla general mantenida por el art. 6.3 del Código Civil, ya que expresamente en la ley de Propiedad Horizontal nada se dice sobre una posible excepción al Código Civil. Además dicha nulidad sería ipso iure sin posibilidad de convalidación por el transcurso del tiempo.

vida del Derecho y el Tribunal no hace más que declarar su inexistencia. Otra cosa son los actos anulables: éstos sí que han llegado a tener realidad jurídica, como el acuerdo de la Junta sin citación «debida» a un propietario, pero pueden invalidarse si éste hace uso de su derecho impugnándolo en el plazo legal...».

(27) Dicha Sentencia dice así en su segundo considerando: «...los acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos no son radicalmente nulos sino simplemente anulables, de tal modo que de no ser impugnados en tiempo y forma, serán válidos y ejecutivos, dado que existe una legislación especial sobre la materia representada por el art. 16.4 de la LPH, pues, como declaran las sentencias del T.S. de 28 de enero y de 8 de abril de 1958, y de 20 de noviembre de 1959, «el art. 4 del Código Civil, al disponer que son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo en los casos en que la misma ordena su validez, sienta un principio de gran generalidad que no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino con carácter flexible, sin que quepa pensar que toda disconformidad cualquiera, o toda omisión de formas legales que pueden ser accidentales con relación al acto de que se trata, haya de llevarse consigo la sanción extrema de nulidad, sobre todo cuando existe una legislación especial que regula la materia».

(28) Por su parte la S. de 28 de septiembre de 1977 de la Audiencia Provincial de Sevilla viene a concluir que los acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos, en cuanto no están en oposición a las normas imperativas o prohibitivas, no son nulos de pleno derecho sino simplemente anulables a través de la oportuna impugnación.

Consideramos, por ello, que, en cualquier momento, se podrá acudir a la vía ordinaria para impugnar el acuerdo que viole las normas consideradas de «ius cogens».

En ciertos supuestos la solución dada por nuestros tribunales de admitir la anulación y no la nulidad puede tener su sentido; pero de esas soluciones dadas para casos concretos, no puede extraerse una regla aplicable con carácter general en materia de nulidad de acuerdos contrarios a la ley a los estatutos, por cuanto existe una norma general que considera nulos ipso iure los actos contrarios a la ley. Esa norma general no tiene excepción alguna en la Ley de Propiedad Horizontal, por lo que en cualquier momento se podrá pedir la nulidad del acuerdo a través de la vía ordinaria.

## V. — COMPETENCIA

Nada dice la ley de Propiedad Horizontal de 1960 respecto de la competencia, en la norma 4; lo que lleva consigo una diferencia respecto de las normas 2 y 3 del mismo artículo, ya que en éstas se señala expresamente que la competencia para conocer de las cuestiones en estas normas contenidas, corresponde única y exclusivamente a los jueces de distrito.

Ante el silencio del legislador en esta materia, tendremos que acudir a las normas ordinarias para su determinación. Así se manifiesta nuestra jurisprudencia en S. de 7 de octubre de 1965 del T.S.; S. de 29 de septiembre de 1969 de la Audiencia de Barcelona; S. de 10 de abril de 1973 de la Audiencia de Tarragona.

Siguiendo, por ello, las normas ordinarias, debemos distinguir tres tipos de competencia:

### A) Objetiva

Para determinar la competencia objetiva en el proceso de impugnación de acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos de la norma 4 del art. 16, habrá que estar a las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Teniendo en cuenta que el criterio más generalizado es el de determinar la competencia objetiva teniendo en cuenta el «quantum» económico de lo discutido, el conocimiento de estas impugnaciones se atribuirá al juez a quien correspondiere por razón de la cuantía del acuerdo impugnado.

Por ello, la competencia, en su manifestación objetiva, puede corresponder: a) al juez de primera instancia, cuando se trata de

cuantía indeterminada o de imposible determinación, o cuando sobrepasa las 500.000 pesetas; b) al juez de distrito, hasta esa cantidad de 500.000 pesetas.

También cabría la posibilidad de que fuera juez competente en este proceso de impugnación, el juez de paz, de las demandas cuya cuantía no sobrepase la cantidad de 5.000 pesetas. No obstante, la posible intervención de estos juzgados es casi de imposible realidad práctica por dos razones: por ser muy escasa la cifra límite de su competencia, y, en segundo lugar, porque es difícil que en los ambientes rurales, en que dichos juzgados se desenvuelven, tenga aplicación la ley de Propiedad Horizontal.

### B) Territorial

En cuanto a la competencia territorial, ésta se regirá para su determinación por las reglas de los arts. 56 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento Civil, siendo conveniente, señala PERE RALUY (29), que se pacte en los estatutos una cláusula de sumisión a los juzgados del lugar de situación de la finca, lo que evitará enojosas cuestiones de competencia, en el supuesto de que algunos de los propietarios residan en lugar distinto del de la finca.

Por su parte FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (30) toma como punto de partida el edificio en régimen de propiedad horizontal y, en consecuencia, cuantas acciones se ejerciten y se esgriman por cuestiones relativas a dicha propiedad entre titulares de pisos o locales, deberán serlo ante los tribunales del lugar en que se encuentre radicado, por lo que la competencia para conocer de las acciones impugnatorias que regula la norma 4 del art. 16 corresponderá al juez del lugar en que el inmueble se encuentre radicado (31).

Al no disponerse nada en contra en la Ley de 1960, hay que mantener la posibilidad de sumisión, tanto expresa como tácita, dados los términos del art. 56 de la ley de Enjuiciamiento Civil, aunque sería de desear que el legislador hubiera seguido otro criterio (32).

(29) PERE RALUY, *La propiedad horizontal*, Barcelona, 1960, p. 169.

(30) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Examen...*, cit., p. 794.

(31) En este sentido puede verse la S. del T.S. de la Sala 1 de 23 de marzo de 1965, sobre una reclamación realizada por el presidente de la Comunidad de propietarios en orden a los gastos de conservación y mantenimiento de elementos comunes; y la del mismo T.S. de 1 de julio de 1970, relativa a un supuesto derivado de la norma 5 del art. 16 de la LPH. En ambas resoluciones la competencia territorial se atribuye por razón del lugar en que está situada la cosa.

(32) En el mismo sentido TOMÉ PAULE, *Régimen...*, cit., p. 101.

### C) Funcional

La competencia funcional se regirá por las normas aplicables al procedimiento que se utilice en la primera instancia (33), teniendo en cuenta a este respecto la Ley/10 1968, de 20 de junio, sobre atribución de competencia en materia civil a las Audiencias Provinciales, tiene materia interesante al respecto.

Siguiendo en este sentido a FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (34) podemos distinguir en materia de competencia funcional dos grandes grupos: el de los juicios verbales y de cognición, y el de los juicios de mayor y menor cuantía.

a) Juicios *verbales* y de *cognición*. Cuando sea uno de estos dos el juicio aplicado en la primera instancia, cuya competencia corresponderá a los jueces de distrito o de paz, en apelación la competencia corresponderá a los juzgados de primera instancia en los juicios verbales, y a las Audiencias Provinciales respectivas o, en su caso, a las Salas de lo penal de las Audiencias Territoriales, en los juicios de cognición.

b) Juicios de *menor* y *mayor cuantía*. En estos dos juicios la competencia para conocer en la primera instancia corresponde a los jueces de primera instancia, mientras que la apelación, a las Salas de lo civil de las Audiencias Territoriales.

Cabrá interponer también, el recurso de revisión, siempre que concurren los requisitos que la LEC establece en sus arts. 1796 y siguientes así como también la posibilidad de interponer el recurso de casación en interés de Ley del art. 1782 de la LEC.

## VI. — LEGITIMACIÓN

### A) Activa

El art. 12 de la ley de Propiedad Horizontal establece el principio general de que es el presidente de la Comunidad quien representa a

(32) La S. de 10 de abril de 1973 de la Audiencia de Tarragona dice así: «La regla 5 del art. 16 de LPH atribuye expresamente la competencia para conocer de las cuestiones suscitadas en las reglas 2 y 3 de dicho artículo, al juzgado municipal o comarcal del lugar donde esté sita la finca; competencia que el citado precepto no determina cuando se refiere a la controversia surgida al socaire de la norma 4 del mencionado art... que remite la ley a la autoridad judicial sin decir cuál sea ésta, por lo que, no indicando la ley si debe acudir al juzgado de primera instancia o al de distrito, hay que dilucidar la competencia funcional por las normas cuantitativas del art. 483 LEC».

(34) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Examen...*, cit., p. 795.

ésta en juicio en los asuntos que le afecten; sin embargo, la doctrina es unánime al considerar que no puede otorgarse un carácter absoluto a este principio, de manera que excluya la legitimación de los propietarios singulares de los distintos pisos o locales, en cuanto han de tomarse en consideración una serie de factores importantes, cuales son: el hecho de que hayan resultado directamente atacados sus derechos singulares sobre el piso o local de su propiedad, que resulten atacados los derechos de la propia comunidad en cuanto es evidente que de ella participan todos, tanto activa como pasivamente, o que se trate de propietarios disidentes que reclaman contra el acuerdo de que hayan disentido.

Reiterada doctrina jurisprudencial viene sosteniendo que cada propietario en régimen de propiedad horizontal, está legitimado para ejercitar acciones en defensa de sus derechos. El hecho de que el art. 12 de la Ley confiera al presidente de la Comunidad la representación de ésta en juicio, no es impeditivo —como señala la S. de 23 de abril de 1970—, de que cada propietario pueda ejercitar las acciones pertinentes para defender, en caso de pasividad e incluso en el de oposición del presidente y del resto de los partícipes, el interés que ha de estar jurídicamente protegido de su participación indivisa en los elementos comunes.

Hay que partir de la base de que el art. 12 de la ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio se refiere a las relaciones que se pueden plantear entre la Comunidad y el exterior, ya que los problemas que puedan plantearse en el interior de la Comunidad, deberán resolverse por los propietarios individualmente considerados.

La doctrina ha planteado una cuestión en materia de legitimación activa, cual es la de determinar si cualquier sujeto, no propietario, a quien afecte este acuerdo contrario a la ley o a los estatutos, puede o no utilizar la vía del art. 16-4.

La Ley es terminante en este sentido pues habla de «propietarios», lo que excluye la posibilidad de ser impugnado un acuerdo contrario a la ley o a los estatutos, por la vía de la norma 4, por los no propietarios.

Claro es que, como señala FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (35), cuya opinión compartimos, puede perfectamente sostenerse que los terceros perjudicados tengan acción para impugnar estos acuerdos. No pueden impugnarlos por la vía de la norma 4 del art. 16, pero sí pueden acudir al juicio declarativo ordinario procedente, ejercitando la acción de nulidad en defensa de sus derechos.

(35) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Examen...*, cit., p. 795.

A la vista de lo anteriormente expuesto, podemos dejar sentada la primera premisa necesaria para estar legitimado activamente en el proceso de impugnación de acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos de la norma 4 del art. 16, cual es el *ser propietario*.

Esto plantea una segunda cuestión, que es expuesta por TOMÉ PAULE (36) al señalar que la Ley exige que el actor sea propietario, lo que excluye la legitimación activa en este proceso de los inquilinos, precaristas y cualquier otro que ocupe el piso o local por título distinto al de propiedad; pero, ¿qué ocurre con el usufructuario? Este problema ha sido resuelto por el autor citado, que parte del art. 14-3 de la Ley, en el que se dice: «si (algún piso) se hallare en usufructo, la asistencia y voto corresponden al nudo propietario, quien, salvo manifestación en contrario, se entenderá representado por el usufructuario, debiendo ser expresa la delegación cuando se trate de acuerdos a que se refiere el número 1 del art. 16, o de obras extraordinarias y de mejoras».

A la vista de todo lo expuesto en este artículo, hemos de hacer una doble distinción:

a) Si el acuerdo impugnado trata de la aprobación o modificación del título constitutivo o de los estatutos, o de obras extraordinarias o de mejoras..., para que tenga legitimación el usufructuario, es necesario que acredite la expresa delegación a que se refiere el art. 14.

b) Si se trata de otro tipo de acuerdos, bastará con que se alegue, y que en su caso se acredite, que no existe la manifestación contraria del nudo propietario.

Si el usufructuario asistió a la Junta con la autorización expresa de los actos en que así se exige, o sin la manifestación contraria en los restantes supuestos, la respuesta ha de ser negativa. En cambio, cuando se planteen tales circunstancias, la respuesta ha de ser afirmativa, por cuanto al nudo propietario no podrán vincular en ningún caso los acuerdos que pueda adoptar el usufructuario sin los requisitos y garantías de la ley.

En el supuesto de que el piso o local pertenezca proindiviso a varios propietarios, nada impide que sea otro propietario y no el que asistió a la Junta el que impugne el acuerdo contrario a la ley o a los estatutos, siempre que se respete el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos y, en consecuencia, si se votó por dichos copropietarios a favor del acuerdo en Junta de propietarios, no puede ser impugnado dicho acuerdo por uno de los copropietarios aunque sea otro distinto el que asistió, por cuanto el voto vincu-

(36) TOMÉ PAULE, *Régimen...*, cit., p. 101-2.

lará a todos los copropietarios y no solamente al que votó en la Junta de propietarios en representación de los otros.

La cuestión que se plantea también es la de determinar si el administrador estaría facultado para promover el proceso de impugnación contra acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos del artículo 16-4.

La ley habla únicamente de condueños o copropietarios, sin nombrar para nada al administrador. Es claro que si el administrador no tiene la condición de condueño, no podrá interponer dicha acción impugnativa; pero si tiene tal condición, podrá impugnar dichos acuerdos en calidad de propietario.

Por su parte, el presidente o legal representante de los propietarios, estará legitimado para impugnar los citados acuerdos como condueño que es, pero no actuando como legal representante de la citada comunidad sino como propietario individualmente considerado.

El segundo requisito que se exige en la Ley para estar legitimado activamente en esta norma 4 del art. 16 es el de *ser disidente*.

Para ZANÓN MASDEU (37) en la expresión «disidente» se incluyen: los que hubiesen votado en contra del citado acuerdo o los que hicieron constar su oposición al acuerdo impugnado, ya que el silencio se interpreta como una aquiescencia tácita del acuerdo aprobado, así como los propietarios declarados ausentes, pues éstos tienen la condición de disidentes.

Por su parte TOMÉ PAULE (38) señala que dentro de los disidentes se debe incluir: el que votó en contra del acuerdo y el que se abstuvo de votar, bien porque no fue citado en la forma establecida en el art. 15 o bien porque voluntariamente no quiso asistir.

FUENTES LOJO (39) señala que dentro de la expresión «propietario disidente» debe comprenderse a todo propietario no conforme con el acuerdo, haya estado presente o ausente a la reunión, y haya expresado o no su voluntad contraria a ella. En cambio, naturalmente, si estaba conforme a él, no ocurre lo mismo, por el principio de los propios actos.

Podemos destacar dos resoluciones que aluden al carácter de «disidente» que debe poseer el propietario para impugnar por la vía de la norma 4 del art. 16:

a) *S. de 26 de marzo de 1962* del Juzgado Municipal número 9 de los de Barcelona, en cuyo tercer considerando se dice: «...hay

que entender que ... el término «propietario disidente» que emplea la norma 4 del art. 16 de la LPH hay que entenderlo en sentido amplio, englobando a todo propietario que no esté conforme expresa o tácitamente con el acuerdo».

b) *S. de 17 de diciembre de 1971* de la Audiencia Provincial de Valladolid, en cuyo quinto considerando se dice: «Que... los acuerdos sólo pudieron ser atacados dentro del plazo legalmente previsto por los cuatro señores en quienes únicamente coincida la cualidad de disidentes...».

A la vista de todo lo expuesto concluimos diciendo que para estar legitimadas activamente en este proceso de la norma 4 del art. 16 se requieren dos requisitos: ser propietario de algún piso o local; y ser disidente del acuerdo que se pretende impugnar por esta vía.

El aspecto que más problemas plantea es el de determinar qué se entiende por disidente.

En sentido amplio, será todo aquél que no votó a favor del acuerdo que se pretende impugnar, por contrario a la ley o a los estatutos, y éste es el criterio que consideramos más adecuado en la consideración de disidente.

En sentido estricto, por disidente habrá que considerar única y exclusivamente aquellos propietarios que se manifestarán expresamente en contra del acuerdo, ya sea en la propia Junta al tiempo en que pretendían adoptarse; ya sea, para el supuesto de los ausentes, manifestándose en contra del mismo una vez notificado el acuerdo adoptado en la Junta en la que fue ausente.

## B) Pasiva

El legislador de 1960 nada dice en torno a quien estará legitimado pasivamente en este proceso de impugnación de acuerdos del artículo 16-4, es decir, contra quien se ha de dirigir la demanda interpuesta para atacar los acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos por la vía de la norma 4 del citado art. 16.

La doctrina ha planteado este problema y ha arbitrado soluciones al mismo.

Así, FUENTES LOJO (40) señala que aunque la Ley no dice contra quien ha de dirigirse la demanda, hay que suponer que contra los propietarios que han adoptado el acuerdo o contra el presidente de la Junta si por mayoría se hubiere adoptado el acuerdo, como representante de los propietarios.

(37) ZANÓN MASDEU, *La propiedad...*, cit., p. 537.

(38) TOMÉ PAULE, *Régimen...*, cit., p. 102.

(39) FUENTES LOJO, *Suma...*, cit., p. 1093.

(40) FUENTES LOJO, *Suma...*, cit., p. 1093.

Por su parte FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (41) señala que conforme al art. 12-1 de la ley de Propiedad Horizontal, el presidente de las Comunidades de propietarios de edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal es quien la representa judicial y extrajudicialmente. Por ello la acción ejercitada por los propietarios disidentes tendrá como destinatario procesal pasivo al presidente de la Comunidad, en su cualidad de representante en juicio de la misma.

Asimismo ZANÓN MASDEU (42) señala que la Ley nada dice; por lo que se planteará la duda de si estarán legitimados todos los propietarios que aprobaron el acuerdo, o bien el presidente como legal representante de la Comunidad. En principio por tratarse de un procedimiento contencioso, tendrán legitimación pasiva el presidente, que actuará en nombre y representación de todos los condueños que aprobaron el acuerdo, esto es, la mayoría, a no ser que el interés de la comunidad se encuentre representado por los impugnadores.

TOMÉ PAULE (43) señala que la legitimación pasiva la tiene el presidente de la Junta de propietarios, pues según el art. 12 «éste representará en juicio y fuera de él a la Comunidad en los asuntos que le afecten», precepto que responde a la idea de resolver el delicado problema de legitimación que se ha venido produciendo.

PERE RALUY (44) considera que el presidente es el que deberá comparecer, en nombre de la Comunidad, cuando ésta sea demandada, ya por alguno de los propietarios, ya por terceros.

La doctrina, por tanto, es casi unánime en admitir que la legitimación pasiva en este proceso de impugnación de la norma 4 del art. 16 corresponderá a la Comunidad de propietarios en la figura de su presidente. Pero esto, que en principio pudiera parecer claro y sin problemas, no es así por cuanto esta regla general encuentra dificultades de aplicación para el supuesto de que sea el presidente, como propietario individual en nombre propio, y no como tal presidente, el que demande a la Comunidad de propietarios.

El problema que se suscita es el de que el presidente no pueda ejercitar una acción contra sí mismo, apareciendo como el actor, en cuanto pretenda la impugnación de un acuerdo por la vía del art. 16-4 en cuanto propietario individualmente considerado; y como demandado, en cuanto es el representante de la Comunidad de propietarios, a la cual él mismo ha demandado.

(41) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Examen...*, cit., p. 796.

(42) ZANÓN MASDEU, *La propiedad...*, cit., p. 538.

(43) TOMÉ PAULE, *Régimen...*, cit., p. 102-3.

(44) PERE RALUY, *La propiedad...*, cit., p. 169.

TOMÉ PAULE (45) señala que la Ley no ha resuelto este punto, debiendo haber arbitrado el legislador una solución análoga a la del art. 70 de la ley de Sociedades Anónimas, en cuyo número 5 se dice expresamente: «las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la Sociedad, la cual deberá formular su contestación en el plazo de 9 días. Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la Sociedad, el juez designará la persona que ha de representarla en juicio, entre los accionistas que hubieran votado a favor del acuerdo impugnado. Los accionistas que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener la validez del acuerdo».

En el caso planteado en el régimen de propiedad horizontal, cree TOMÉ habrá que dirigir la demanda contra los votantes del acuerdo. Lo inadmisibles, señala este autor, es que una persona dirija la acción contra ella misma en calidad de presidente.

Por su parte FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (46) advierte esta contradicción señalando que si entre los disidentes figurare el presidente del inmueble, la acción no podrá ser dirigida contra él, al ser formalmente imposible que la misma persona pueda figurar en el proceso como actor y como demandado. Entiende, este autor, podría nombrarse un vicepresidente siempre que en los estatutos se haya previsto este supuesto, en cuyo caso la acción podrá dirigirse contra él, como representante de la Comunidad de propietarios.

La dificultad surge cuando esta posibilidad planteada por MARTÍN-GRANIZO no aparece en los estatutos. En este supuesto, como nadie en la Comunidad de propietarios tiene la representación de la misma, la acción esgrimida por los «disidentes» habrá de dirigirse contra todos los restantes propietarios del edificio, si no se quiere incidir en falta de litisconsorcio pasivo.

Por nuestra parte consideramos que la legitimación pasiva en este proceso de impugnación la tendrá el presidente en representación de la Comunidad de propietarios. Así, la demanda deberá interponerse contra él en cuanto que es el legítimo representante de la Comunidad de propietarios.

Pero esta regla general encontrará su excepción en el supuesto de que sea el presidente el actor que demande a la Comunidad de propietarios. En este caso, somos partidarios, al igual que los autores antes citados, de considerar que se demandará a los propietarios individualmente considerados que votaron el acuerdo que se pretende impugnar.

(45) TOMÉ PAULE, *Régimen...*, cit., p. 103.

(46) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Examen...*, cit., pp. 796-7.

Esta postura de considerar legitimados pasivamente a los propietarios que votaron en contra del acuerdo y no al presidente, es la adoptada por algunas resoluciones, tales como la S. de 29 de mayo de 1974 de la Audiencia Territorial de Oviedo, entre otras.

En general la posición del T.S. es contraria a la necesidad de demandar a la Comunidad de propietarios, representada por su presidente, considerando suficiente que la relación jurídica-procesal se trabe entre el propietario afectado reclamante y el perturbador, y ello en base a que la Comunidad se limitó a «autorizar» y no a «ordenar» la ejecución de dicha obra, no teniendo un interés directo en su realización y siéndole indiferente la desaparición que pudiera acordarse.

Otra de las cuestiones que se plantea en torno a la legitimación pasiva del proceso impugnatorio del art. 16-4 es la que se cuestiona FUENTES LOJO (47) sobre si podría el presidente actuar contra los propietarios que, sin su autorización, adoptasen un acuerdo, con el fin de declararlo nulo. Este autor considera que no hay razón para impedirlo ya que, como afirma en uno de sus considerandos la S. de 11 de noviembre de 1961 del Juzgado de Primera instancia número 11 de los de Madrid, también cabe impugnar, solicitando su nulidad, acuerdos válidamente tomados sin las formalidades legales.

Concluyendo, por tanto, con todo lo dicho, estará legitimado pasivamente en el proceso impugnatorio de la norma 4 del art. 16 el presidente de la Comunidad de propietarios, en la medida en que no sea él quien ejercite la pretensión ni haya votado en la Junta en contra del acuerdo que se pretende impugnar, ya que en ese supuesto estarán legitimados pasivamente aquéllos que votaron a favor del acuerdo; y contra ellos habrá que interponer la correspondiente demanda en el proceso de impugnación del art. 16, norma 4, de los acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos.

## VII. — POSTULACIÓN Y DEFENSA

La Constitución española de 1978 establece en su art. 24-2 el derecho constitucional a la defensa y asistencia de letrado para todos los españoles en todo tipo de proceso.

La ley de Propiedad Horizontal nada dice en torno a la postulación y defensa, pero si, como ya dijimos, consideramos que se aplican las normas generales recogidas en la ley procesal a fin de regular el proceso de impugnación de los acuerdos contrarios a la ley o

(47) FUENTES LOJO, *Suma...*, cit., p. 1094.

a los estatutos, también tendremos que acudir a la regulación del proceso aplicable por razón de la cuantía para determinar si en ese concreto proceso es preceptiva o no la intervención de procurador y abogado.

De este modo, si la cuantía en litigio excede de 100 millones de pesetas, se tramitará a través del juicio de *mayor cuantía*, siendo preceptiva en este caso la intervención de abogado y procurador.

Cuando la cuantía en litigio exceda de 500.000 pesetas y no pase de 100 millones o bien es cuantía inestimable o no se ha podido determinar la misma, se tramitará a través del juicio de *menor cuantía*, siendo preceptiva también la intervención de abogado y procurador.

Por su parte, si la cuantía en litigio excede de 50.000 sin pasar de 500.000 pesetas, el juicio aplicable será el de *cognición*, en el cual las partes pueden comparecer por sí mismas, siendo facultativa la representación mediante procurador legalmente habilitado o por letrado en ejercicio a no ser que en el territorio del Juzgado no exista procurador ni letrado, o que los existentes se nieguen a representar a los interesados; en este último caso pueden apoderar a una persona que no tenga dicha condición. La representación se acreditará por escritura pública de mandato o mediante comparecencia ante el Juzgado que conozca del proceso, acreditándose en los autos (artículo 27 del Decreto).

Ofrece este último precepto la particularidad, como señala GÓMEZ ORBANEJA (48) de que la representación procesal puede asumirla no sólo un procurador sino también un letrado en ejercicio, apartándose de nuestro sistema general en el que la representación y la defensa se confieren separadamente al procurador y al abogado, respectivamente, y la de que el apoderamiento puede hacerse por escritura pública, como es lo normal, o por comparecencia ante el Juzgado, que se acreditará en los autos con la correspondiente acta que, dada la expresión «comparecencia ante el Juzgado», deben firmar el interesado, el juez y el secretario, cuando lógicamente la comparecencia debiera ser exclusivamente ante el secretario, que es a quien corresponde la función de documentación en el proceso, similar a la del notario, y por ello se permite que el apoderamiento se haga en una u otra forma.

Respecto de la defensa diremos que ésta correrá a cargo del abogado en ejercicio cualquiera que sea la cuantía del juicio, salvo en el supuesto de que en el territorio del Juzgado no hubiere letrado

(48) GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1979, I, p. 527.

en ejercicio o por cualquier causa se niegue a intervenir, pudiendo las partes, en tal caso, llevar su defensa por medio de procurador (según lo dispuesto en el art. 28 del Decreto).

Si, por último, la cuantía litigiosa no excede de 50.000 pesetas, se regirá por los trámites del *juicio verbal*, en el cual las partes pueden comparecer por sí mismas pero no valiéndose de otra persona que no sea procurador habilitado en los pueblos donde los haya (art. 42 y 10-2 de la LEC, redactado conforme a la Ley 34/1984 de 6 de agosto, de reforma urgente de la ley de Enjuiciamiento Civil —BOE 7 agosto—).

### VIII. — PROCEDIMIENTO

#### A) Reglas para determinar el mismo

La Ley de 1960 nada dice respecto del procedimiento aplicable para impugnar los acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos. Se aplicará el procedimiento que corresponda según las normas establecidas en la LEC. De este modo y siguiendo los arts. 481 y siguientes de la LEC, el procedimiento aplicable será el siguiente:

##### a) Juicio ordinario de mayor cuantía

Se aplicará este procedimiento en el supuesto de que la cuantía exceda de 100 millones de pesetas según lo dispuesto en el art. 483 de la Ley de 1984.

##### b) Juicio ordinario de menor cuantía

Se decidirán por este juicio las demandas ordinarias cuyo interés pase de 500.000 pesetas y no exceda de 100 millones de pesetas (artículo 484 de la LEC), así como las demandas cuya cuantía sea inestimable o no pueda determinarse ni aún de forma relativa por las reglas que se establecen en el art. 489.

##### c) Juicio de cognición

Para su estudio habrá que estar al Decreto de 21 de noviembre de 1952, teniendo en cuenta la derogación de algunos de sus preceptos por la Ley de 1984.

Se aplicará este proceso en el supuesto de que la cuantía de la demanda no exceda de 500.000 pesetas (art. 486 LEC), sustanciándose en este supuesto ante el juzgado de distrito correspondiente y de la forma que se determina en los arts. 26 y siguientes del Decreto de 1952 antes citado.

Señala FUENTES LOJO (51) que tratándose del juicio de cognición, el juez debe examinar de oficio su competencia, rechazando, previo dictamen fiscal, la admisión de la demanda a trámite cuando su objeto no sea la impugnación de acuerdos, sino otra distinta.

#### d) Juicio verbal

La impugnación de los acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos se sustanciará por los trámites del juicio verbal, siempre que la cuantía litigiosa no sea superior a 50.000 pesetas (art. 486, redactado conforme la Ley de 1984).

### B) Tramitación

En orden a la tramitación del mismo, habrá que estar a las normas generales que para cada uno de los procedimientos posibles de aplicación recogen los preceptos legales y las normas por las que cada uno se regula.

#### a) Conciliación

Con la nueva regulación de la Ley de 1984, se confiere al acto de conciliación un carácter meramente facultativo, por lo que no se considera preceptiva la conciliación.

No obstante lo dicho vamos a hablar un poco sobre la misma y su consideración en la LEC. En primer lugar habrá que estar a lo dispuesto en el art. 460 de la LEC, en el que se dice que «antes de promover un juicio, podrá intentarse la conciliación ante el uzgado de distrito o de paz competente».

Con anterioridad a la Ley de 1984 se podía afirmar que en principio era preceptivo la conciliación ante el juez de distrito o de paz, salvo las excepciones que se recogían en la Ley.

Había que estar en este proceso impugnatorio al procedimiento aplicable en cada caso concreto y así, si el procedimiento a aplicar era el de mayor o el de menor cuantía, la conciliación se consideraba preceptiva, de tal modo que la demanda no era admitida en el caso de que no se acompañare certificación de haberse celebrado la conciliación o de haberse intentado sin efecto en los casos en que por derecho corresponda, según disponía la propia ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 462.

Si se aplicaba a este proceso impugnatorio el juicio de cognición o el verbal, no era preceptiva la conciliación, por cuanto respecto del segundo era una de las excepciones que se recogían en el art. 460. El primer supuesto se encontraba recogido como excepción en el

(49) FUENTES LOJO, *Suma...*, cit., p. 1094.

Decreto de 1952, en cuyo art. 29 se dice que la demanda no exigirá la previa conciliación.

Por tanto la obligatoriedad de la conciliación dependía del tipo de proceso aplicable para impugnar los acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos. Pero esta normativa ha sido, como ya apuntamos anteriormente, derogada por la Ley de 1984, y así la conciliación se considera como meramente facultativa, cualquiera que sea el procedimiento aplicable.

#### b) *Demanda*

En cuanto a la tramitación del procedimiento habrá que estar, en cada caso concreto, al procedimiento aplicable y a las normas que lo regulan. No obstante, es interesante el estudio de la demanda en este proceso impugnatorio, ya que cualquiera que sea el procedimiento adecuado por razón de la cuantía, se iniciará siempre por demanda.

Para el estudio de la demanda se ha de partir del art. 524 de la LEC, que es el precepto «sui generis» de regulación de la misma. De este modo y partiendo del art. 524, puesto en conexión con los artículos 503 y 504 \*, podemos señalar que, siguiendo a TOMÉ PAULE (50) en este sentido, los documentos que han de acompañar a la demanda son los siguientes:

1) El poder del procurador si la intervención del mismo es preceptiva pues, como ya dijimos en su momento, habrá que estar a las normas generales de la LEC y, en consecuencia, habrá una serie de supuestos en los que podrán comparecer por sí mismos los interesados sin la intervención del procurador (supuestos del art. 4 de la LEC con su nueva redacción).

2) El documento que ponga de manifiesto que el demandante o actor que litiga en este proceso pretendiendo la impugnación de acuerdo adoptado, por considerarlo contrario a la ley o a los estatutos, tiene la cualidad de propietario en régimen de propiedad horizontal. Decíamos en su momento que para estar legitimado activamente era preciso que el actor fuera propietario de un piso o local que tuviera el carácter de disidente. En consecuencia, habrá que demostrar que el actor que interpone la demanda ante la autoridad judicial, con el fin de obtener la impugnación del acuerdo, es propietario; por lo que se exige que junto con la demanda se acompañe el documento que acredite ser propietario de un piso o local. Será, por tanto, una copia de la escritura del piso o local la que se acompañará a la demanda.

\* Derogado el número 3 del art. 503.  
(50) TOMÉ PAULE, *Régimen...*, cit., p. 105.

3) Con carácter necesario se deberá acompañar a la demanda una copia del acuerdo que se impugna, constanding en ella la fecha en que fue adoptado o de su notificación, a los efectos del cómputo del plazo que se señala en el párrafo 2 de la norma 4 del art. 16.

4) Por último, a la demanda interpuesta podrá acompañarse certificación de haberse celebrado el acto de conciliación en los casos en que éste facultativamente se hubiere realizado.

La demanda se tramitará por escrito y su contenido deberá constatar necesariamente de los siguientes puntos:

- a) Juzgado al que se dirige.
- b) Nombres, domicilio y profesión de las partes.
- c) Hechos y fundamentos de derecho.
- d) Pretensión que se deduce: impugnación de los acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos.
- e) Fecha en que se presenta al juzgado.
- f) Firma de su representante legal o técnico, así como la del letrado.

Un requisito excepcional en orden a la presentación de la demanda es el referente al tiempo que se exige en la Ley para la misma ya que «la acción, señala el art. 16-4, deberá ejercitarse dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o a la notificación si hubiere estado ausente el que impugna».

#### c) *Tramitación propia de cada juicio ordinario*

Respecto del resto de la tramitación habrá que estar a las normas correspondientes de cada uno de los juicios ordinarios, teniendo en cuenta a este respecto la nueva regulación que se expone en la reforma de la Ley de 1984 en esta materia, la cual mantiene el juicio de mayor cuantía sólo para las demandas de superior entidad económica pasando a desempeñar el papel preponderante el juicio de menor cuantía, el cual se desarrolla a un ritmo más rápido y sin mermas para la seguridad jurídica que el mayor cuantía. La regulación del juicio de menor cuantía contenida en esta Ley, como señala ya la propia Exposición de Motivos de la Ley de 1984, introduce algunas variaciones entre las que destaca la comparecencia obligatoria ante el Juez, la naturaleza o clase del juicio no impide la impugnabilidad de la sentencia ante el T.S. si el valor de lo reclamado sobrepasa los tres millones de pesetas o es de cuantía inestimable, lo que permite el recurso de casación de las sentencias dictadas en el juicio de menor cuantía, entre algunas de las modificaciones.

Pero no nos detenemos en el tema de las reformas introducidas por la nueva Ley de 1984, por considerar que desborda el ámbito de nuestro trabajo.

En cuanto al juicio de cognición éste seguirá regulado por el D. de 21 de noviembre de 1952, teniendo en cuenta la derogación de sus arts. 20 al 25 y el art. 60, que se recoge expresamente en la Disposición derogatoria de la Ley de 1984.

Finalmente el juicio verbal, por estar inspirado en el principio de oralidad, no tiene fases preclusivas propiamente dichas, ya que toda su actividad procesal se funda en el acto de comparecencia esencialmente, cuyo acto preparatorio —acto escrito— es la demanda. Termina el juicio verbal con el pronunciamiento de la sentencia, dictada por el juez en el acto del juicio, y a no ser esto posible, dentro de los tres días siguientes. Su regulación se encuentra recogida en los arts. 715 a 740 inclusive de la LEC (Capítulo IV, Título II, Libro II, conforme a la nueva regulación dada por la Ley de 1984).

#### d) Sentencia

##### a') Contenido

El proceso impugnatorio, sea cual sea la tramitación que se aplique, terminará por sentencia, cuyo contenido podrá ser variado:

— Podrá el Juez *confirmar el acuerdo*, en cuyo caso el actor no habrá conseguido su pretensión de impugnar dicho acuerdo considerando por él como contrario a la ley o a los estatutos.

— Podrá *modificarlo en parte*, puesto que, como señala FUENTES LOJO (51) nada se opone a dichas limitaciones ni con ello se vulneraría el principio de congruencia.

— Puede el juez *dejar sin efecto* el acuerdo, en cuyo caso el actor vería satisfecha su pretensión. En el supuesto de que estime la pretensión del actor y se deje sin efecto el acuerdo impugnado, será obligada la inscripción de la misma en el Libro de Actas de la Comunidad (52).

##### b') Ejecutoriedad del acuerdo adoptado en la Junta

Un aspecto interesante planteado en la norma 4 del art. 16 es el referente a la ejecutividad del acuerdo adoptado en la Junta de propietarios. El art. 16-4 «in fine» señala expresamente «el acuerdo será provisionalmente ejecutivo, salvo que el juez ordene la suspensión».

Este inciso final contiene dos aspectos interesantes:

1) El acuerdo adoptado en Junta de propietarios será ejecutivo provisionalmente.

2) El juez podrá acordar la no ejecutividad del mismo.

Por consiguiente, la interposición de la demanda en este proceso impugnatorio de la norma 4 del art. 16 no impide, por sí, que se dé efectividad a lo acordado en la Junta de propietarios (53). No obstante, como señala TOMÉ PAULE (54), es título bastante para que el órgano jurisdiccional pueda acordar la suspensión. Así, mientras se resuelve judicialmente la impugnación, el acuerdo será provisionalmente ejecutivo, salvo que el propio juez acuerde la suspensión.

Se introduce con esto una medida cautelar que ya fue establecida por la ley de Sociedades Anónimas en su art. 70, párrafo 10: «Con garantía bastante a juicio de la Audiencia que hubiere dictado la sentencia recurrida, podrá acordarse su ejecución provisional, a reserva de indemnizar los daños y perjuicios que con ello se causen y sean probados, si la resolución fuere causada».

A diferencia de lo que hizo la ley de Sociedades Anónimas, en la ley de Propiedad Horizontal esta medida cautelar queda totalmente huérfana de regulación, por cuanto el legislador de 1960 se ha limitado a decir: «salvo que el juez ordene su suspensión».

Serán los propios actores, propietarios disidentes, los que solicitarán, bien en el mismo escrito de demanda o bien con posterioridad a la interposición de la misma, que tal medida sea adoptada.

No podrá solicitarse por los actores ni, en su caso, decretarse por el juez, la suspensión de la ejecución del acuerdo antes de que la acción impugnatoria se hubiere ejercitado.

Será el juez el que deberá decretar de oficio la suspensión de la ejecución ya que así se pone de manifiesto expresamente en el texto legal; y, para ello, el juez decidirá discrecionalmente acerca de si dicha ejecución puede ser sumamente perjudicial para los intereses de los impugnantes.

Lo normal es que se solicite dicha petición en la propia demanda, por otrosí, pero también podrá hacerse con posterioridad, mediante escrito independiente.

Del mismo modo, se podrá pedir por el juez o por la parte contraria, que los autores presten caución para asegurar los eventuales perjuicios que se pueden irrogar, cuya cuantía quedará al arbitrio judicial.

(53) Así se pone de manifiesto en la S. de 6 de mayo de 1967 del Juzgado Municipal número 2 de los de Barcelona, en el que en el 9.º considerando se dice que «...aún con sus defectos, el acuerdo es provisionalmente ejecutivo, como cuida de apreciar la norma 4 del art. 16, lo que revela que aquél no es un acto nulo de pleno derecho sino meramente anulable en el juicio declarativo correspondiente; y, por tanto, en tanto en cuanto no se declare lo pertinente en aquel juicio por el juez competente, el referido acuerdo ha de surtir todos sus efectos».

(54) TOMÉ PAULE, *Régimen...*, cit., p. 106.

(51) FUENTES LOJO, *Suma...*, cit., p. 1094.

(52) En el mismo sentido se manifiesta FUENTES LOJO, *Suma...*, cit., página 1094; y TOMÉ PAULE, *Régimen...*, cit., p. 106.

No se prevé para la parte contraria ningún procedimiento para la adopción de una medida cautelar cuya importancia es patente. TOMÉ PAULE (55) considera que hubiera sido preferible la concesión de un plazo breve para contestar a la petición de suspensión, o, por lo menos, se hubiere establecido con carácter preceptivo la audiencia del presidente de la Junta de vecinos.

Aunque nada se diga al respecto, consideramos que la resolución que decreta la suspensión deberá adoptar la forma de auto, contra el que cabrán los recursos ordinarios, según el proceso por el que se ventile la cuestión.

Deberá notificarse el acto que se dicte, no sólo a las partes personadas sino también al presidente de la Junta y al administrador, si lo hubiere.

De todo ello deducimos que la regla general es la ejecutividad provisional del acuerdo; y la excepción, la suspensión de la ejecución, que habrá de ser acordada por el juez.

Merece ser destacada la S. de 28 de enero de 1976 de la Audiencia Provincial de Madrid, que señala: «La impugnación de los acuerdos de la Junta contrarios a la ley o a los estatutos, está regulada específicamente en el art. 16, norma 4». De esta norma aparece con toda nitidez:

- 1.º Que el acuerdo es provisionalmente ejecutivo.
- 2.º Sólo el juez puede suspender el acuerdo, lo que significa que hay que iniciar el juicio impugnado, y que si no se impugna dentro del plazo, el acuerdo deviene definitivamente ejecutivo; es decir, ya no podrá discutirse en otro juicio la procedencia o improcedencia del acuerdo, ya por deficiencias formales, defectos de convocatoria, de formación de quorum, etcétera; o de fondo, en el caso enjuiciado, que las obras suponen instalaciones de nuevos servicios, o mejoras no de acuerdo con el rango del inmueble.
- 3.º Que la acción deberá ejercitarse dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o a la notificación, si hubiere estado ausente el que impugne.

Sorprende la identidad de este procedimiento con el seguido por la ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951; también en esta Ley los acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos son provisionalmente ejecutivos (art. 72); se conceden 40 días para impugnarlos (art. 67 y 68); también el juez puede acordar la suspensión

(55) TOMÉ PAULE, *Régimen...*, cit., p. 107.

del acuerdo (art. 70-4), aunque prestando fianza el accionista disidente.

Esta correlación de procedimiento se hace con la finalidad de poner de manifiesto cómo el legislador ha querido dar preferencia a los acuerdos de la sociedad o de la comunidad, frente a las pretensiones del accionista o del comunero disidente, única forma de hacer posible la vida de las sociedades o de la comunidad (56).

Se plantea la cuestión de determinar si la Junta incurrirá en responsabilidad cuando, habiéndose adoptado un acuerdo, comienza a ejecutarlo, siendo posteriormente declarado nulo, especialmente cuando del acuerdo puedan derivar daños y perjuicios para los propietarios, como sería el supuesto de realización de instalaciones, servicios o mejoras, como señala FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (57), adoptadas contra lo dispuesto en las normas estatutarias y comenzadas a realizar al amparo de esa ejecutividad provisional, resolviendo el juez en contra del acuerdo, lo que lleva consigo su derribo con gastos a repartir entre todos los propietarios, incluyéndose a los propietarios disidentes que votasen en Junta de propietarios en contra del acuerdo.

La solución a adoptar en este caso sería la prestación de una fianza para responder de las consecuencias perjudiciales que la ejecución del acuerdo pueda producir a los impugnadores, por cuanto si bien es cierto que la ejecutoriedad del acuerdo no la decide la Junta sino el juez, existe, sin embargo, una cierta responsabilidad siempre y cuando resulten daños y perjuicios para algún propietario o para terceros.

No obstante lo expuesto, se plantea el problema de determinar quién presta fianza y si es posible que la responsabilidad afecte sólo a los propietarios que hayan contribuido con su voto a la aprobación del acuerdo objeto de impugnación. Consideramos que deben ser éstos los que deben contribuir en proporción a sus cuotas de participación, a la constitución de la fianza.

(56) Merece especial mención que la idea de ejecutividad provisional del acuerdo adoptado en Junta de propietarios y de la no suspensión de los efectos del mismo, salvo que se solicite así del juez, es apoyada por diversas resoluciones. Así las siguientes SS: de 5 de febrero de 1979 de la Audiencia de Bilbao; de 28 de septiembre de 1979 de la Audiencia de Sevilla; de 12 de febrero de 1966 del Juzgado Municipal número 16 de los de Barcelona; de 17 de mayo de 1966 de la Audiencia de Burgos; de 29 de noviembre de 1971 de la Audiencia de Pamplona; de 8 de julio de 1975 de la Audiencia de Palma de Mallorca; de 11 de julio de 1975 de la Audiencia de Valencia.

(57) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Examen...*, cit., p. 799.

e) *Costas*

Como decíamos con anterioridad, el proceso de impugnación de acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos se tramitará, en razón de la cuantía litigiosa, por el procedimiento declarativo ordinario que corresponda.

En consecuencia, para fijar el criterio a seguir en la configuración de la condena en costas, habrá que estar a lo dispuesto en las normas procesales generales, teniendo en cuenta la reforma que en materia de condena en costas ha introducido la Ley de 1984 que ha colocado ésta en más directa relación con el resultado del litigio.

Habrà que estar al art. 523 de la ley de reforma, que entiende que las costas se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieren sido totalmente rechazadas, salvo que el juez encuentre circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición.

Si la estimación o desestimación fueran parciales, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que se hubiere producido temeridad por alguna de las partes.

Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá imposición de costas, salvo que se aprecie mala fe en el demandado. Habrá que estar, por tanto, a estas reglas contenidas en el art. 523 de la Ley de 1984 y habrá que tener en cuenta la derogación del art. 60 del D. de 21 de noviembre de 1952, que disponía el criterio del vencimiento en el juicio de cognición para la imposición de las costas, según se expresa en la disposición derogatoria de la Ley.

## LA RECONVENCIÓN EN EL PROCESO LABORAL

MARÍA JOSÉ MASCARELL NAVARRO  
Adjunto Contratado de Derecho Procesal  
Universidad de Valencia

## SUMARIO:

I. Introducción. — II. Prohibiciones de acumulación en la Ley de Procedimiento Laboral: 1) Procesos por despido disciplinario; 2) Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor; 3) Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas; 4) Procesos de Seguridad Social; 5) Procesos en materia electoral; 6) Procesos entre agentes y empresas de transporte por vía férrea. — III. Prohibiciones de acumulación por aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil. — IV. Prohibiciones de acumular por medio de reconvencción. — V. Posición jurisprudencial. — VI. Posible inconstitucionalidad de la permisión de reconvenir en el proceso laboral. — VII. Naturaleza jurídica de la compensación: 1) Posturas doctrinales; 2) Posición jurisprudencial; 3) Consecuencias de adoptar una u otra postura; 4) Conclusión sobre la naturaleza jurídica de la compensación.

## I. — INTRODUCCIÓN

El art. 120.2 de la Constitución declara que: «el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en material criminal». No obstante, en la actualidad los procesos civiles que se tramitan por un procedimiento oral son dos: el juicio verbal (regulado en los artículos 715 a 740 LEC) (1), y el proceso laboral (regulado en la Ley

(1) Algunos procesos especiales han tomado como base de su regulación el juicio verbal, son, entre otros, los siguientes: los juicios de desahucio, tanto se atribuya la competencia a los Jueces de Distrito —suprimidos por la LOPJ de 1 de julio de 1985— como a los de Primera Instancia (arts. 1570 y siguientes LEC); el proceso de alimentos provisionales (arts. 1609 y siguientes LEC); los juicios que se promuevan para resolver el contrato de arrendamiento o de subarriendo de vivienda o local de negocio por falta de pago de la renta o de las cantidades asimiladas a ella (art. 124 LAU) y la regulación de los distintos interdictos (arts. 1631 y siguientes LEC).

de Procedimiento Laboral). En ambos procesos rigen los principios de inmediación, concentración, elasticidad y publicidad para terceros, predicables de la generalidad de los procedimientos orales (2).

La exposición que sigue trata exclusivamente del proceso laboral.

La creación de un proceso civil especial que tuviera por objeto la resolución de los conflictos laborales, estuvo motivada, como pone de manifiesto MONTERO (3), por la lentitud y carestía del proceso civil. Frente a la carestía del proceso civil se estableció la gratuidad en el proceso laboral; mientras que la rapidez trató de lograrse mediante el establecimiento de un procedimiento oral. Hoy ambas características configuran el proceso laboral.

Los procesos orales tienen un procedimiento simplificado que se caracteriza por la supresión de trámites; en este sentido tanto en el juicio verbal como en el proceso laboral, el legislador ha permitido que el demandado, al contestar a la demanda en el acto del juicio, haga uso tanto de los medios de defensa de que disponga frente a la pretensión del demandante, como de nuevos medios de ataque, esto es, de la reconvencción. En este sentido en el proceso laboral el artículo 76, I, LPL, al regular las posturas que puede adoptar el demandado en el acto del juicio oral, le permite hacer uso de la reconvencción «siempre que los hechos en que se funde sean, por razón de la materia, de la competencia de la Magistratura de trabajo»\* (4).

La reconvencción supone el ejercicio, dentro de un proceso pendiente, de una pretensión que el originariamente demandado dirige contra el demandante. Supone, por tanto, la incorporación al proceso de una nueva demanda frente a la que el primitivo demandante debe gozar de plenas posibilidades de defensa. En el proceso laboral la reconvencción se ejercitará por el demandado en el acto del juicio, que se celebrará en un solo día (art. 73, II, LPL) (5).

(2) Vid. MONTERO AROCA: *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1979, p. 248 y ss.

(3) MONTERO AROCA: *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938). Jurisdicciones especiales y movimiento obrero*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 1976, pp. 17 y 18.

\* Suprimidas por la LOPJ de 1 julio 1985, vid. art. 26 LOPJ.

(4) La permisión legal de que el demandado en el proceso laboral pudiera interponer una pretensión reconvenccional, se remonta al art. 33 de la Ley de Tribunales Industriales de 1912, cuya formulación pasó, en idénticos términos, al art. 465 del Código de Trabajo de 1926, y al art. 44, I, del decreto de 11 de noviembre de 1935 que regulaba el procedimiento contencioso de los Jurados Mixtos. Más tarde fue recogida esta norma en el art. 73 de los Textos refundidos de procedimiento laboral de 1958 y 1963, para figurar como artículo 76 en los Textos de 1966 y 1973.

(5) En el proceso laboral, iniciado el juicio, éste sólo podrá suspenderse por la práctica de las pruebas que requieran el traslado del tribunal fuera del local de la audiencia (art. 76, V, LPL).

Dada la estructura del proceso laboral, la permisión de que el demandado pueda formular reconvencción parece, a simple vista, que constituye una alteración del principio de igualdad que debe regir la intervención de las partes en el proceso; y lo mismo podría decirse del juicio verbal.

El intento de mantener el principio de igualdad entre las partes en el proceso laboral, evitando así la indefensión del demandado, ha sido lo que ha llevado a los autores de la Ley de Procedimiento Laboral a impedir que el demandante, al ampliar su demanda en el acto del juicio (6), pudiera realizar variaciones sustanciales en la misma (art. 76, I, LPL), y ello, porque el demandado se podría ver sorprendido en la comparecencia por las nuevas alegaciones del demandante frente a las que quedaría indefenso (7).

No obstante, el principio de igualdad, que en el sentido expuesto protege al demandado frente a una posible indefensión, no encuentra contrapartida para el demandante, que puede verse sorprendido, con pleno consentimiento legal, por la reconvencción que el demandado ejercite en el acto del juicio, y frente a la cual, sólo se le concederá al demandante la posibilidad de ser oído (8).

## II.— PROHIBICIONES DE ACUMULACIÓN EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL

El art. 76, I, LPL, tras permitir que el demandado pueda formular reconvencción en el acto del juicio, impone una limitación a su admisión, consistente en que «los hechos en que la funde sean, por razón de la materia, de la competencia de la Magistratura de Trabajo» (9), con ello se recoge en el proceso laboral la causa de incompatibilidad de pretensiones a que se refiere el art. 154, 2, LEC, en cuanto la misma es aplicable al proceso laboral.

(6) En los procesos orales la demanda es un escrito preparatorio de la comparecencia; así lo entiende la doctrina, entre otros: PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal civil*, vol. I, Pamplona, 1985, p. 906; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal civil*, vol. I, Madrid, 1976, p. 536, y GUASP, *Derecho Procesal civil*, T. II, Madrid, 1968, p. 125.

(7) Para la jurisprudencia sobre el tema vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Ley de Procedimiento Laboral y su jurisprudencia*, Madrid, 1981, pp. 292 y 293.

(8) Respecto al proceso laboral, mantiene la necesidad de que se dé audiencia al demandante tras el ejercicio de la reconvencción, MONTERO AROCA, *El Proceso Laboral*, I, ob. cit., p. 243.

(9) Como precisa PRIETO CASTRO: «no son los hechos sino el objeto, en el que ellos forman parte de la causa petendi, el que ha de ser homogéneo con respecto al de la demanda principal», *Tratado de Derecho Procesal civil*, II, Pamplona, 1982, p. 273.

La disposición contenida en el art. 76, I, LPL, relativa a la reconvencción, debe ser completada con los arts. 16 y 138, LPL, en los que se contienen diversas prohibiciones de acumulación.

El art. 16, LPL, dispone que: «no obstante lo establecido en el artículo anterior (permisión general de que el demandante acumule diversas pretensiones en su demanda), no serán acumulables a ninguna otra (10) las acciones de despido, las de extinción del contrato de trabajo a que se refieren los arts. 50, 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, las derivadas de la Seguridad Social que no tengan una misma causa de pedir, ni las reclamaciones en materia electoral» (11).

Por su parte, el art. 138, I, LPL, establece que las reclamaciones individuales y colectivas, así como los conflictos colectivos entre agentes y empresas de transporte por vía férrea, «serán formuladas separadamente de cualquier otra y seguirán en su tramitación las normas generales, con las especialidades que se expresan en los artículos siguientes» (arts. 139 y 140, LPL).

De la lectura de los artículos que hemos reproducido se observa: en primer lugar, que no todos los supuestos en que se prohíbe la acumulación en la ley de procedimiento laboral el motivo de la prohibición puede encontrarse en el art. 154, 3.º, LEC; en segundo lugar, que por aplicación del art. 153, 3.º, LEC, hay otras pretensiones, además de las señaladas en los arts. 16 y 138, LPL, que no pueden acumularse.

Respecto de cada uno de los supuestos en que la ley de procedimiento laboral prohíbe la acumulación caben hacer las siguientes precisiones:

### 1. Procesos por despido disciplinario (12)

El proceso por despido disciplinario es regulado en la Ley de procedimiento laboral en el libro II, título II, dedicado a los proce-

(10) Con esta expresión el legislador ha querido impedir que las pretensiones que cita se acumulen a otras de naturaleza distinta; así se desprende de los arts. 17,1, y 19, LPL, ambos incluidos en la sección dedicada a la acumulación de autos. Vid. en este sentido RODRÍGUEZ DE VESA, *Ley de Procedimiento...*, ob. cit., p. 216 y ss.

(11) El art. 16 del TRPL de 1958, disponía que: «no obstante lo establecido en el artículo anterior, no serán acumulables a ninguna otra; las acciones de despido, las de accidentes de trabajo por incapacidades permanentes o muerte y las de enfermedad profesional». Los textos de 1963, 1966 y 1973, reprodujeron literalmente el precepto.

(12) Ya la R.O. de 5 de octubre de 1929, después de recogida por el artículo 47 de la Ley de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931, prohibía

unos especiales; concretamente en los arts. 97 a 104, en cuanto al despido general, y arts. 111 y 112, para los despidos especiales.

No obstante el encuadramiento de los procesos declarativos de despido entre los procesos especiales, el análisis de su regulación pone de manifiesto que no son tales, ya que la normativa específica del despido no establece variaciones procedimentales respecto del proceso laboral ordinario. Las especialidades del proceso de despido únicamente se refieren al contenido de ciertos actos procesales como son: la demanda (art. 98); motivos de oposición a la demanda (artículo 100); la declaración de hechos probados (art. 101) (13), y el fallo de la sentencia (arts. 102 a 104).

De lo expuesto se deduce que la prohibición establecida en el art. 16, LPL, de que la pretensión de despido sea acumulable a cualquier otra no encuentra su fundamento en el art. 153, 3.º, LEC, que impide la acumulación de pretensiones que «con arreglo a la Ley, deban ventilarse y decidirse en juicios de diferente naturaleza» (14).

Se puede concluir, por tanto, respecto de los procesos por despido disciplinario, que es la voluntad del legislador, y no la especialidad de su procedimiento, lo que impide su acumulación a pretensiones con distinto objeto (15).

Respecto de la reconvencción, del tenor del art. 16, I, LPL, se deduce que el demandado en un proceso de despido no podrá hacer uso de la reconvencción, y a la inversa, esto es, el demandado en un proceso laboral, cualquiera sea su objeto, no podrá reconvenir interponiendo una pretensión por despido.

la acumulación de las pretensiones de despido y reclamación de salarios, aunque demandante y demandado fueran los mismos; normas citadas por MONTERO AROCA, *Los tribunales...*, ob. cit., pp. 155 y 156.

(13) La constancia en la demanda y en la declaración de hechos probados de la sentencia de si la empresa ocupa a menos de 25 trabajadores (arts. 98, c, y 101, e, LPL), resulta superflua tras la derogación del art. 54, 4, E.T., por la ley 32/1984 de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores.

(14) Como excepción, tratándose de despido de los representantes de los trabajadores (art. 111 LPL), como las sentencias que en los mismos recaigan se declararán sujetas al recurso de casación (art. 166, tercero, LPL), sí sería imposible su acumulación, a tenor del art. 154, 3.º, LEC, a pretensiones recurribles en suplicación.

(15) La S. TS. de 5 de marzo de 1969 (RA 1831), admitió la acumulación de una pretensión por despido a otra en la que se reclamaba por el trabajador la resolución del contrato de trabajo, sentencia recogida por MONTERO AROCA, *El Proceso laboral*, I, ob. cit., p. 224.

## 2. Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor

A estos supuestos, regulados en los arts. 50, 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, es aplicable lo anteriormente comentado respecto del proceso por despido disciplinario, en cuanto que la prohibición de que los mismos se acumulen a otras pretensiones de naturaleza distinta no se funda en la especialidad de su tramitación. Las especialidades de estos procesos, que se exponen a continuación, no permiten que pueda hablarse de procedimientos especiales.

En cuanto a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, al que se dedica el art. 51, E.T., al disponer éste en el punto dos que: «en tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente», el demandante en su demanda y el Magistrado en la declaración de hechos probados de la sentencia, deberán hacer constar las circunstancias que permitan el cálculo de la indemnización para el despido improcedente.

Tratándose de la extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor (art. 51, E.T.), el art. 113, LPL, determina que si en estos casos, «el empresario acordara la extinción de los contratos de trabajo... sin cumplir el requisito previo de la autorización administrativa expresa o tácita, se declarará nulo el acto extintivo, haciéndose de oficio esta declaración, con las consecuencias establecidas en el art. 103 de esta Ley».

El art. 103, IV, LPL, ordena que: «si el despido fuese declarado nulo, se condenará a la inmediata readmisión del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir, salvo en los supuestos de suspensión del contrato, en que se estará a las normas aplicables en cada caso»; para que el Magistrado pueda condenar al pago de salarios de tramitación, y la sentencia pueda ser recurrida en base a su fijación, el demandante en su escrito de demanda, y el Magistrado en la declaración de hechos probados, deben hacer constar el salario que percibía el trabajador.

Porque la prohibición de acumulación en estos casos no se basa en la especialidad del procedimiento, pese a contemplarse en el artículo 113, LPL, el caso de extinción de la personalidad jurídica del contratante, y remitirse el art. 49, 7, E.T., para este supuesto a los trámites del art. 51, E.T., debe entenderse que la prohibición de acumulación a que se refiere el art. 16, LPL, no rige en los supuestos de extinción de la personalidad jurídica del contratante.

Por otra parte, la extinción del contrato de trabajo fundada en causas económicas o en motivos tecnológicos, requiere de un perio-

do previo de discusión y consultas entre el empresario y los representantes de los trabajadores, y llegando éstos a un acuerdo, deberá ser aprobado por la autoridad laboral, que de apreciar dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial, iniciándose de este modo uno de los llamados procedimientos de oficio (art. 51,3 y 5 E.T.).

La comunicación dirigida por la autoridad laboral a la Magistratura de Trabajo en los casos a que nos hemos referido, es sólo una de las formas mediante las que puede iniciarse el procedimiento de oficio (art. 113, LPL), entendiéndose por tal, el iniciado, no por el magistrado, sino por la autoridad administrativa, por lo que no son propiamente procesos de oficio (16).

Llama la atención que el art. 16, LPL, haya prohibido la acumulación, a cualquier otro, de los procesos de oficio que se inicien por la autoridad laboral por la causa citada y no por las restantes; no obstante, la intención del legislador de prohibir la acumulación de estos procesos de oficio es indudable, como se desprende del art. 16, III, LPL, en el que se declara que: «si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se estará (para subsanar la acumulación indebida) a lo establecido en el art. 135 de esta Ley».

Hay que concluir, por tanto, que la autoridad laboral no puede iniciar por un mismo escrito un proceso de oficio en base al art. 51,5 ap. dos, E.T., y otro en base a los acuerdos de la Delegación de Trabajo que pongan de manifiesto la comisión de infracciones por el empresario que hayan producido un perjuicio económico al trabajador afectado (17), pero siendo ambos procedimientos comunes no vemos motivo que impida esta acumulación.

En cuanto a la imposibilidad de acumular el proceso de oficio que se inicie en base al art. 51,5 ap. 2, E.T., a los otros procesos regulados en la ley de procedimiento laboral que también se inician por la autoridad administrativa, esto es, el proceso sobre control de los convenios colectivos (art. 136, LPL), y el proceso por conflictos colectivos (arts. 114 a 150, LPL), se deriva claramente de las diferencias procedimentales entre estos procesos de «oficio», ya que la sentencia que recaiga en los procesos por conflictos colectivos y de control de la legalidad de los convenios colectivos debe dictarse en

(16) En este sentido vid. PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil*, II, ob. cit., p. 326, y MONTERO AROCA, *El proceso laboral*, II, ob. cit., p. 239.

(17) Vid. art. 8 del RD. de 14 de abril de 1980 sobre procedimiento en expedientes de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y de suspensión y extinción de las relaciones de trabajo, en el que se determina la autoridad competente para conceder la autorización para extinguir las relaciones de trabajo por causas económicas o tecnológicas.

el plazo de los tres días siguientes al de terminación del juicio (artículos 136, V y 193, LPL).

### 3. Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas

Por último, a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas se dedican los arts. 52 y 53, E.T., y 106 a 110, LPL; y el motivo por el que el legislador prohíbe su acumulación a pretensiones de naturaleza distinta deriva de la dicción del art. 106, I, LPL, a cuyo tenor: «los preceptos derivados de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, se ajustarán a las normas establecidas en la sección segunda de este mismo título, sin perjuicio de las especialidades que se contienen en la presente sección» (también art. 53,3 y 5, E.T.). La sección segunda a la que se remite el art. 106, I, LPL, es la que regula el despido disciplinario, y si el legislador prohíbe la acumulación a otras de las pretensiones de despido y quiere ser coherente, debe extender la misma prohibición a los procesos sobre extinción del contrato de trabajo por causas objetivas.

Centrándonos ahora en la reconvencción en los supuestos que hemos incluido en los epígrafes 2) y 3), del tenor del art. 16, I, LPL, se deduce que el demandado en un proceso por extinción del contrato de trabajo por alguno de los supuestos incluidos en los arts. 50, 51 y 52 E.T., no podrá hacer uso de la reconvencción; inversamente, el demandado en un proceso laboral cualquiera que sea su objeto, no podrá reconvenir interponiendo una pretensión de las indicadas.

### 4. Procesos de Seguridad Social

El art. 16, I, LPL, impide la acumulación a cualquier otra de las pretensiones «derivadas de la Seguridad Social que no tengan una misma causa de pedir».

De la lectura de este apartado del art. 16, LPL, se deduce que el legislador no sólo impide que los procesos de Seguridad Social se acumulen a otros que versen sobre distinta materia, sino que ha prohibido incluso que se acumulen entre sí procesos de Seguridad Social cuando no tengan la misma causa de pedir (18). El motivo de la prohibición de acumulación a que nos estamos refiriendo no es pues la diversa tramitación procedimental, pues los arts. 118 y siguientes de la LPL no regulan un procedimiento especial.

Respecto a la reconvencción en los procesos de Seguridad Social, la exigencia de que se funde en la misma causa de pedir, además de

(18) Como pone de relieve GUASP: «el título o causa de pedir es el acacimientto cuya existencia o inexistencia da lugar a la producción de los efectos señalados en la norma jurídica por ser precisamente el supuesto contemplado en la norma», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, ob. cit., p. 527.

la limitación de las alegaciones del demandado a las realizadas en el expediente administrativo [vid. SS. TCT 4 debrero 1976 (R. 573) y 30 marzo 1976 (R. 1.775)], hacen que sea difícilmente imaginable la posibilidad de reconvenir en estos procesos.

### 5. Procesos en materia electoral

El art. 16, I, LPL, «in fine», prohíbe la acumulación a cualquier otra pretensión de «las reclamaciones en materia electoral».

No se prohíbe por tanto al demandante que ejercite acumuladamente en su demanda diversas pretensiones a tramitar por el procedimiento especial de elecciones, sino que junto a la reclamación en materia electoral ejercite otras pretensiones relativas a materias distintas.

El motivo de la prohibición de acumulación a que se refiere el art. 16, I, «in fine», LPL, se encuentra en las especialidades procedimentales de este tipo de procesos, que se pueden concretar en el acortamiento de los plazos ordinarios para la celebración del juicio y para dictar sentencia (art. 117, 4, LPL). Sin embargo, otros procesos especiales regulados en la ley de procedimiento laboral prevén asimismo en su normativa el acortamiento de los plazos para la celebración del juicio o para dictar sentencia, tal es el caso del proceso especial por vacaciones (art. 116, LPL), y este supuesto no se encuentra incluido entre las prohibiciones de acumulación del art. 16, LPL.

La prohibición de que las pretensiones que deban tramitarse por el proceso especial por elecciones se acumulen a cualquier otra supone, respecto de la reconvencción, que el demandado en un proceso laboral cualquiera no podrá ejercitar una pretensión reconvenccional por vicios en el proceso electoral; sin embargo, el demandado en un proceso por elecciones sí podrá ejercitar una pretensión de la misma naturaleza cuando los pasivamente legitimados sean los demandantes, el Magistrado en este caso deberá admitir la reconvencción salvo que el acto del juicio debiera suspenderse para cumplir lo dispuesto en el art. 117, 2.º, LPL, a cuyo tenor: «al admitir la demanda, el Magistrado recabará del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación copia fehaciente del acta o actas y los votos nulos o impugnados, siempre que tales datos sean necesarios para la resolución de la controversia...».

En conclusión, de la lectura del art. 16, I, LPL, se deduce que lo que ha llevado a impedir la acumulación de determinadas pretensiones ha sido, no tanto la especialidad del procedimiento, sino la voluntad del legislador, que ha considerado conveniente que determinadas materias se tramiten con independencia de cualquier otra.

### 6. Procesos entre agentes y empresas de transporte por vía férrea

Para terminar con las prohibiciones legales de acumulación contenidas en la Ley de Procedimiento Laboral, nos queda referirnos al art. 138, I, LPL, que establece que las reclamaciones individuales o colectivas, así como los conflictos colectivos entre agentes y empresas de transporte por vía férrea, «serán formuladas separadamente de cualquier otra», es decir, que el demandante sólo podrá acumular en su demanda pretensiones que se tramiten por las normas de los arts. 138 y siguientes de la Ley de Procedimiento laboral, y el demandado, en los mismos casos, sólo podrá reconvenir ejercitando pretensiones comprendidas en el art. 138, I, LPL.

Como es evidente, tras la lectura de los arts. 138 a 140, LPL, tampoco en este caso la prohibición de acumulación se basa en las especialidades del procedimiento.

### III. — PROHIBICIONES DE ACUMULACIÓN POR APLICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Aun cuando no exista precepto en la Ley de Procedimiento Laboral, hay otros casos, además de los recogidos en el art. 16, LPL, en que es imposible la acumulación de pretensiones, se trata de casos en que concurren las causas de incompatibilidad de «acciones» comprendidas en los apartados segundo y tercero del art. 154, LEC.

#### 1. Por razón del órgano judicial que esté conociendo del juicio

De ejercitarse judicialmente por el demandante una reclamación por cuantía inferior a 1.500 pesetas, lo que hoy es una mera posibilidad teórica, y delegar la Magistratura Provincial de Trabajo competente la celebración de los actos de conciliación y juicio en el Juzgado de Paz o de Distrito ante el que la demanda se hubiera presentado (art. 142, LPL), el demandado no podrá ejercitar la reconvencción más que por cuantía inferior a las 1.500 ptas.

#### 2. Por razón del acortamiento de los plazos ordinarios

Frente a la regla general, que establece que los actos de conciliación y juicio se celebrarán dentro de los diez días siguientes al de la presentación de la demanda (art. 73, I, LPL), y que la sentencia se dictará en el plazo de los cinco días siguientes al de la celebración del juicio (art. 89, I, LPL), en los procesos cuyo objeto sea la fija-

ción de la fecha de disfrute de las vacaciones anuales (art. 116, LPL) el acto de la vista habrá de tener lugar dentro de los cinco días siguientes a la de admisión de la demanda, mientras que la sentencia deberá dictarse en el plazo máximo de tres días.

Si la acumulación produce como efecto que los distintos procesos se discutan en un mismo procedimiento y se resuelvan en una sola sentencia (art. 159, LEC), y la sentencia en un proceso por vacaciones debe dictarse en el plazo de cinco días, es evidente que ni puede el demandado en un proceso por vacaciones ejercitar la reconvencción, ni reconvenir en un proceso ordinario ejercitando una pretensión que se dirija a la fijación de sus vacaciones anuales.

#### 3. Por razón del recurso procedente

Si como dice GUASP (19): «el criterio jerárquico funcional no puede modificarse en virtud de la acumulación», de no poder aplicarse el art. 178, 2.<sup>a</sup>, ap. 3, LPL, no podrán acumularse pretensiones recurribles en casación con otras susceptibles de recurso de suplicación. En estos casos será por lo tanto imposible la reconvencción.

### IV. — PROHIBICIONES DE ACUMULAR POR MEDIO DE LA RECONVENCIÓN

No obstante, aun siendo posible la reconvencción, ya que la acumulación no se halla prohibida por ninguno de los criterios expuestos, las especialidades del proceso laboral, en el que el juicio no se puede suspender, impiden que puedan ejercitarse a través de la demanda reconvenccional las siguientes pretensiones, por exigirse al Magistrado que antes del juicio recabe determinados expedientes o informes:

1) El proceso de clasificación profesional, puesto que el Magistrado al admitir la demanda debe recabar de la Inspección de Trabajo un informe «sobre la actividad desarrollada por el demandante, período de tiempo que lleve realizándola, bien de manera continua o discontinua, y particularidades tipificadoras de la actividad que se pretende» (art. 137, II, LPL).

2) Los litigios en materia de marina mercante y aviación civil, ya que la ley ordena al Magistrado, de admitir la demanda, solicitar de la Subsecretaría de Pesca y Marina Mercante o de la Subsecretaría

(19) GUASP, *Comentarios...*, ob. cit., p. 523.

ría de Aviación civil, un informe sobre «si los hechos han afectado de forma importante a la rigurosa disciplina de la navegación marítima o aérea o a la seguridad del tráfico» (art. 57, LPL).

#### V. — POSICIÓN JURISPRUDENCIAL

##### 1) Se ha admitido la reconversión en los siguientes supuestos:

A) Interpuesta demanda por el trabajador en reclamación de salarios, el empresario reconviene ejercitando a su vez un derecho de crédito frente al trabajador (SS. TCT. 14 marzo 1973, RA 1250; 2 mayo 1975, RA 2189; 24 abril 1979, RA 2495; 10 julio 1979, RA 4856; 27 octubre 1979, RA 5924; 18 marzo 1981, RA 1923 y 17 marzo 1982, RA 1662).

B) Interpuesta demanda por el trabajador en reclamación de comisiones, el empresario ejercita la reconversión por los anticipos concedidos al trabajador a cuenta de los ingresos a percibir (SS. TCT 6 junio 1974, RA 2810; 12 junio 1974, RA 3558; 8 julio 1980, RA 4205; y S. TS 5 junio 1976, RA 3457).

C) Demandando el trabajador el reconocimiento de su antigüedad, el I.N.P. reconviene por la cantidad cobrada indebidamente por el trabajador por error de cálculo (S. TCT 29 enero 1973, RA 351).

D) En juicio promovido por el trabajador en reclamación de indemnización por traslado permanente, la empresa reconviene solicitando se le devuelva la cantidad pagada por dietas, al creer que el traslado no era permanente (S. TCT 17 diciembre 1974, RA 5503).

##### 2) No se admitió la reconversión en los siguientes supuestos:

A) Iniciado un proceso por despido, el Tribunal Central de Trabajo declaró indebidamente admitida la reconversión interpuesta por el empresario, que solicita una indemnización, en base al artículo 63, LCT, por los perjuicios causados por el demandante.

El Tribunal Central de Trabajo alegó, en el supuesto citado, que dicha reclamación de cantidad «no puede ser acumulada a la de despido, por la que se inició la tramitación de los autos, con base a lo dispuesto en el art. 16 de la ley de procedimiento laboral que prohíbe tales acumulaciones, y de toda acción diferente a la del despido, por lo que el fallo debió limitarse a declarar la procedencia, improcedencia o nulidad del despido origen de los autos y por ello, al no haberlo así entendido el juzgador de instancia, se cometió la infracción procesal que se denuncia con la desviada tramitación conjunta del despido y de la reclamación de indemnización de perjui-

cios, que por lo expuesto no debió admitirse ni tramitarse, como se hizo al corresponder a la misma tramitación diferente a la de la acción de despido, única a la que debió alcanzar el fallo de la sentencia de instancia pudiendo las partes ejercitar las demás acciones independientes de forma separada y ello sin perjuicio de que el recurrente también debió formular la oportuna protesta en el acta del juicio interesando en aquel momento lo que ahora pretende, mas como la cuestión afecta al orden público procesal, la Sala ha de declarar la ineficacia de las alegaciones referidas a la citada reconversión en los presentes autos» (S. TCT de 5 junio 1979, RA 3759). En el mismo sentido S. TCT. 29 octubre 1973 (RA 4159).

B) También la S. TCT de 30 marzo 1976 (RA 1775) declaró no haber lugar a la reconversión formulada por el I.N.P. contra el demandante. Los argumentos del Tribunal Central de Trabajo fueron los siguientes:

«Que el art. 76 de la ley de procedimiento laboral de 17 de agosto de 1973, autoriza al demandado para que, en el acto del juicio ante el Magistrado, pueda formular reconversión, pero siempre que los hechos en que la funde sean, por razón de la materia, de la competencia de la Magistratura de Trabajo, pero tal posibilidad de formular reconversión no puede entenderse factible en todos los casos, aun cuando la materia de ella sea de la competencia de la Magistratura de Trabajo, pues en materia de Seguridad Social existe una vía previa administrativa, regulada en los artículos 58 y siguientes de la referida Ley Rituaria Laboral, según los cuales es requisito necesario para formular demandas contra las Entidades Gestoras de la Seguridad Social que los interesados interpongan reclamación previa ante la Entidad contra el acuerdo o resolución contra el que demanden, y tal reclamación previa tiene como finalidad el que las propias Entidades conozcan previamente los términos de la reclamación del trabajador, y los hechos que éste alegue en defensa de su derecho, para poder preparar su propia defensa, y en el art. 120, párr. 2.º de la misma Ley Procesal, se prohíbe al demandante, en el proceso ante la Magistratura, aducir hechos distintos de los alegados para resolver el expediente administrativo, prohibición ésta que ha sido extendida por la doctrina sentada por las sentencias de los Tribunales Laborales a las Entidades Gestoras en el sentido de que, por el principio de igualdad de los litigantes ante los Tribunales, tales Entidades Gestoras no pueden aducir ante la Magistratura hechos distintos de aquellos en que se basó el acuerdo contra el que se demande, y si esto es así, resulta claro que en un proceso de la Seguridad Social iniciado por quien se dice trabajador agrícola por cuenta aje-

na, demandándose deje sin efecto un alta médica y se le declare en la situación de incapacidad permanente que corresponde por agotamiento del plazo máximo de duración de la invalidez provisional no puede la Entidad Gestora plantear ante el Magistrado, por vía de reconversión, una cuestión de tanta trascendencia y gravedad cual es la de la indebida inclusión del demandante en el Censo Agrario y solicitar la baja del mismo, basándose en que su profesión no era la de jornalero agrícola sino la de picadero, hecho éste que el demandante niega, y que por ello tiene derecho a conocer previamente la pretensión de la Entidad para preparar su propia defensa y las pruebas de que intente valerse, lo que en el caso presente no ha podido hacer, de donde resulta que si la Mutualidad Nacional Agraria entiende que es indebida la inclusión en ella del demandante, y pretende darle de baja, la única vía admisible al efecto es que ella misma tome el acuerdo que crea conveniente para que, una vez notificado al interesado, pueda éste formular la preceptiva reclamación previa y la ulterior demanda ante la Magistratura».

C) Interpuesta demanda por la viuda de un trabajador sobre determinación de salarios computables a efectos de pensión de viudedad y orfandad, el empresario interpone reconversión sobre calificación del accidente causante de la muerte del trabajador, pidiendo que sea calificado de común. El Tribunal Supremo en sentencia de 4 febrero 1976 (RA 573), declaró improcedente la reconversión. Su argumentación se contiene en el siguiente considerando:

«Que el primer motivo que se formula en el presente recurso de casación interpuesto por infracción de Ley se ampara en el número 1 del art. 166 del Texto del Procedimiento Laboral, a la sazón vigente y alega violación del art. 120 del mismo texto procesal, al haberse planteado por vía de reconversión aceptada en el fallo recurrido, cuestiones nuevas no presentadas en la demanda, y por lo tanto, ajenas a la litis y ha de ser estimado de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, porque consta acreditado que ocurrido el fallecimiento del esposo de la recurrente en lugar y hora de trabajo por lesiones sufridas al manejar una de las máquinas instaladas por la empresa para el desarrollo de sus labores, se inició expediente administrativo de accidente de trabajo que terminó con la resolución definitiva del mismo fijando los datos relativos al salario computado, alcance de la pensión y fecha inicial de su efectividad por la viuda e hijos del fallecido en tal accidente, resolución no impugnada, sino cumplida en su aspecto económico constituyéndose los depósitos de remuneración correspondientes para garantía de los beneficios reconocidos e interpuesta demanda por la pensionista

sólo sobre la cuantía del salario base regulador de la pensión, no puede admitirse la reconversión formulada por la empresa sobre su negativa a reconocer la cualidad de accidente de trabajo al hecho que se produjo, según alegó, por imprudencia temeraria y extraprofesional, porque la cualidad de accidente de trabajo fue declarada en el expediente administrativo aceptado y cumplido no fue planteado anteriormente y por lo tanto su alegación produce un desequilibrio de las partes en el proceso que se traduce en una indefensión de la actora ante cuestiones no formuladas en tiempo por lo que ha de aceptarse el motivo basado en que fue aceptada y consentida una situación que después se impugna».

En todos los casos expuestos en que se admite la reconversión (20), se observa que ésta tiene lugar en un proceso iniciado por el trabajador contra el empresario (aunque también podría producirse a la inversa) en reclamación del pago de determinada cantidad de dinero de la que el trabajador dice ser acreedor, y la reconversión tiene también por objeto hacer valer un presunto derecho de crédito del empresario contra el trabajador. Además, en la mayoría de los casos (21), el empresario solicita que el Magistrado en su sentencia aplique la compensación de deudas.

#### VI. — POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PERMISIÓN DE RECONVENCIÓN EN EL PROCESO LABORAL

Aun cuando partamos, como es el caso de la jurisprudencia examinada, de que la reconversión en el proceso laboral sólo es posible cuando el demandado ejercite contra el demandante una pretensión de condena al pago de cantidad, tal permisión legal nos parece dudosamente constitucional.

En efecto, si el momento en que el demandado debe ejercitar la reconversión es el del juicio, que no se suspenderá para permitir al demandante preparar y aportar las pruebas que estime necesarias para hacer frente a la pretensión del demandado, quiebra el principio de igualdad de partes que, como una de las garantías de la justi-

(20) En algunas sentencias dictadas por el Tribunal Central de Trabajo resulta imposible determinar la pretensión que ejercitó el demandante o la materia sobre que versó la reconversión; son las siguientes: SS. de 29 abril 1981 (RA 2867), 26 junio 1982 (RA 3914) y 8 noviembre 1982 (RA 6109).

(21) Vid. SS. TCT de 6 junio 1974 (RA 2810), 12 junio 1974 (RA 3558), 17 diciembre 1974 (RA 5503), 27 octubre 1979 (RA 5924), 18 marzo 1981 (RA 1923) y 17 marzo 1982 (RA 1662).

cia de la resolución que se dicte, debe estar presente en todos los procesos.

La imposibilidad de que el demandante pueda utilizar medios de prueba para defenderse de la reconvencción, se compagina mal con la declaración contenida en el art. 24.2 de la Constitución española, en la que se establece que:

«todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa...».

Algunos de los autores que se han ocupado del estudio del proceso laboral, no obstante considerar adecuada la vigencia en el mismo del principio de oralidad, se han pronunciado sobre la conveniencia de que la contestación a la demanda se realice por el demandado de forma escrita, y ello, tanto con la finalidad de que el demandante pueda conocer las alegaciones que el demandado pueda utilizar contra él, como para evitar su indefensión frente a la reconvencción (22).

Concretamente GONZÁLEZ ENCABO (23) propone como soluciones que eliminarían los obstáculos expuestos las dos siguientes: «a) el demandado podrá contestar por escrito a la demanda antes de llegar el día de la vista siempre que lo considere oportuno, y deberá hacerlo siempre que pretenda hacer uso de cualquier objeción que obste una resolución eficaz sobre el fondo de la cuestión litigiosa o de reconvencción; b) que si así no lo hace en los dos últimos supuestos, y contesta oralmente en el acto de la vista, perderá el derecho a hacer uso de la reconvencción y de dichas objeciones, las que quedarán subsanadas, a menos que sean legalmente insubsanables o puedan causar perjuicio a tercero».

Pasando de la posición de los autores al estudio de la doctrina del Tribunal Constitucional, éste únicamente se ha pronunciado sobre el primero de los temas mencionados, esto es, sobre la constitucionalidad del precepto de la ley de procedimiento laboral que permite al demandado hacer uso de defensas en el acto del juicio oral; nos referimos a la sentencia del Tribunal Constitucional 27/1984, de 24 de febrero, dictada al conocer de un recurso de amparo inter-

puesto contra una sentencia desestimatoria dictada por el Tribunal Central de Trabajo en juicio seguido sobre amnistía laboral, fundándose el recurrente en que el Ministerio Fiscal, al emitir su preceptivo informe tras el trámite de conclusiones, había alegado la excepción de prescripción de la acción, y que ello le había producido indefensión. El Tribunal Constitucional declaró, en el segundo fundamento jurídico de su resolución lo siguiente:

«el único problema de carácter constitucional que existe en este asunto es el relativo a determinar si, una vez que en un proceso se propone o surge —cualesquiera que sea la vía por la que esto ocurra— una excepción frente a la acción ejercitada, el reconocimiento del derecho constitucional a la defensa jurídica exige la articulación de un nuevo trámite de alegaciones para que el demandante pueda ser oído sobre esta materia. La respuesta que debe darse a la cuestión, así concretada, es negativa. Para cumplir los requisitos del artículo 24 de la Constitución es suficiente con que en el proceso se dé a las partes la oportunidad de ser oídas, de realizar alegaciones y de proponer y practicar pruebas, pero no son necesarios los trámites de réplica frente a la contestación o de dúplica frente a la réplica o las que sucesivamente se pudieran ir imaginando.

«Por otra parte, en aquellos procesos en que las fases de aportación de hechos se comprimen por necesidades de economía procesal, el demandante tiene la carga de cubrir las posibilidades de impugnación que la acción que propone presente, y si no lo hace es a él a quien el defecto es imputable».

En cuanto a la constitucionalidad del ejercicio de la reconvencción en el proceso laboral, no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, si bien se puede advertir que en el fundamento jurídico reproducido el Tribunal declara que: «para cumplir los requisitos del artículo 24 de la Constitución es suficiente con que en el proceso se dé a las partes la oportunidad de ser oídas, de realizar alegaciones y de proponer y practicar pruebas...» (en el mismo sentido S. TC 116/1983, de 7 de diciembre, y 4/1982, de 8 de febrero); luego, 'a sensu contrario', si en un proceso se le impide a una de las partes, sin motivo justificado, proponer y practicar pruebas se está infringiendo el art. 24 de la Constitución, lo que quiere decir que tal disposición será inconstitucional.

Por otra parte, y completando lo anterior, el Tribunal Constitucional, en sentencia 60/1983, de 6 de julio, dictada al conocer de un recurso de amparo contra una sentencia del Juzgado de Distrito de Avila en juicio verbal de desahucio, declaró en su primer fundamento jurídico que: «el concepto de indefensión del artículo 24.1 no se puede considerar equivalente al de limitación de medios probatorios

(22) Vid. en este sentido: PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal civil II*, ob. cit., p. 248; MONTERO AROCA, *El Proceso Laboral*, I, ob. cit., p. 243; GONZÁLEZ ENCABO, Contestación escrita en el proceso laboral, en *Estudios en homenaje al profesor Prieto Castro*, I, Madrid, 1979, p. 574 y ss., y RIVERO LAMAS, La conciliación judicial en los procesos laborales, en *Rev. Der. Proc.*, 1970, p. 87.

(23) GONZÁLEZ ENCABO, ob. y loc. cit.

en un determinado proceso, pues no hay indefensión cuando quien sea vencido en un proceso a causa de la reducción de los medios de prueba puede reproducir la litis en otro proceso y usar en él, ya sin limitaciones legales, de las pruebas que a su interés convengan...».

Tras la declaración de la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de julio de 1983, que acabamos de reproducir, es fácil deducir la inconstitucionalidad de la reconvencción en el proceso laboral (como en el verbal), en el que el demandante se ve imposibilitado de aportar elementos probatorios al proceso, tratándose además de procesos plenarios, en los que al demandante le vinculará totalmente la cosa juzgada de la sentencia que recaiga.

Concluyendo que la permisión de que el demandado pueda ejercitar la reconvencción en el proceso laboral, dada su actual configuración, es inconstitucional por atender contra el art. 24.2 de la Constitución, cabe preguntarse si el demandado puede oponer la compensación contra el demandante en estos procesos orales (24).

#### VII. — NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMPENSACIÓN

La compensación, cuyo carácter sustantivo es innegable, aparece regulada en los arts. 1195 a 1202, CC, siendo definida por CASTÁN (25), como: «el modo de extinguir en la cantidad concurrente las obligaciones de aquellas personas que por derecho propio sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra».

La aplicación por el titular del órgano judicial, en su sentencia, de la compensación de créditos solicitada por el demandado, supone que éste ha admitido la pretensión del actor, aportando a su vez al proceso una nueva relación jurídica crediticia existente a su favor y contra el demandante, cuya estimación tendrá la virtualidad de extinguir los créditos en la cantidad concurrente, lo que conllevará su absolucón total o parcial.

El presupuesto de la aplicación de la compensación, que es la aportación por el demandado de una nueva relación jurídica al proceso, como ocurre en el ejercicio de la reconvencción, y el fin de la misma, que no es la condena del demandante sino la absolucón total o parcial del demandado, identificándose así con las defensas

(24) Como ha quedado indicado en otro lugar, la mayoría de las sentencias en que el demandado ejercitó la reconvencción en el proceso laboral se solicitó del Magistrado la aplicación de la compensación, lo que suponía la admisión total o parcial de la pretensión ejercitada por el actor.

(25) CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, T. III, Madrid 1978, p. 402.

de tipo excluyente (26), es lo que ha determinado que los autores y la jurisprudencia no adopten una postura unánime en torno a la naturaleza de la compensación.

#### 1. Posturas doctrinales.

En tres grupos fundamentales cabe clasificar las posturas adoptadas por la doctrina.

##### A) Considerar la compensación como una excepción.

Forman parte de esta corriente MANRESA y GÓMEZ ORBANEJA.

Para MANRESA (27), la compensación es una excepción perentoria, que califica de especial, con la que el demandado cuenta para destruir la acción del demandante.

También para GÓMEZ ORBANEJA (28) «la compensación es esencialmente excepción —no reconvencción— y si otra cosa ha podido sostenerse, se debe a la circunstancia puramente accidental, de que nuestro derecho admita la reconvencción inconexa. Como criterio general que nos aclare el mecanismo procesal de la compensación, valga el siguiente: el derecho de compensar es un derecho potestativo autónomo general, es decir, no incluido en la relación jurídica correspondiente. El demandado hace valer (mediante excepción) el crédito concurrente pero no lo ejercita. Sobre el crédito opuesto no existe litispendencia, consecuentemente, también puede oponerse en compensación un crédito ya declarado en sentencia firme o ante el juez ordinario una obligación que, por vía de demanda, sólo sería susceptible de exigirse ante un juez especial y viceversa».

B) De una segunda orientación doctrinal formarían parte SAMPONS SALGADO (29), MORENO MOCHOLI (30) y SOTO NIETO (31), para quienes la compensación puede ser utilizada como excepción o como reconvencción, dependiendo de la voluntad del demandado en accionar o excepcionar, si bien apunta SAMPONS que: «en caso de

(26) Cuando el demandado alega una defensa de tipo excluyente admite la existencia de los hechos constitutivos, pero alega la aplicación de una norma que excluye los efectos de los hechos constitutivos. Vid. MONTERO AROCA, *El Proceso Laboral*, I, ob. cit., p. 241.

(27) MANRESA, *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, ob. cit., p. 112 y ss.

(28) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, I, ob. cit., p. 276.

(29) SAMPONS SALGADO, *La reconvencción*, Barcelona, 1962, p. 19 y ss.

(30) MORENO MOCHOLI, *Reconvencción y compensación*, en *Rev. Der. Proc.*, 1951, p. 487 y ss.

(31) SOTO NIETO, *Reconvencción implícita, diferencias entre reconvencción y excepción*, en *Rev. Gen. Der.*, 1971, p. 867 y ss.

que sea superior el valor de la obligación contrapuesta al de la cantidad reclamada, utilizada la compensación, ésta sólo obrará en cuenta a la última, quedando a salvo la facultad del demandado para reclamar el resto en otro proceso, salvo si dedujese reconvencción respecto a la diferencia, en cuyo caso habrá de hacerse el pronunciamiento que corresponda sobre la obligación en sí, en el fallo definitivo, en el que podrá prosperar una u otra o ambas reclamaciones, pues ninguna relación guardan entre sí, ya que la unión es meramente externa y cada una de ellas ha de seguir su propia suerte y personalidad en cuanto al fondo o materia que la integra».

También a juicio de FUENTES LOJO y GAMBÓN (32) el demandado puede alegar la compensación como reconvencción o como excepción, dependiendo de que su crédito haya sido impugnado o no.

C) La tercera postura doctrinal está representada por PRIETO CASTRO (33), quien dedica al estudio de la compensación un apartado especial: «porque ni se le puede situar resueltamente dentro del concepto de excepción material ni cabe sin discusión en el ámbito reconvenccional», y añade: «en principio, el demandado que opone a su demandante algo que le es debido por éste, ejercita un derecho propio, sobre el que se debe pronunciar la sentencia y, por tanto, la vía adecuada de ejercicio de la compensación sería la de la reconvencción; pero también se le puede considerar como un medio de defensa frente a la demanda aunque ello no sea del todo aceptable».

## 2. Posición jurisprudencial

Mientras que en todos los casos planteados ante el Tribunal Central de Trabajo, a que ya nos hemos referido, el demandado que alegó la compensación ejercitó la reconvencción; en los supuestos de que ha conocido el Tribunal Supremo, el demandado que solicitó que el Juez acogiera en su sentencia la compensación ejercitó en unos casos la reconvencción, mientras que en otros opuso una excepción.

La posición adoptada por el Tribunal Supremo sobre el tema de la compensación puede concretarse en los siguientes puntos:

A) El Tribunal Supremo ha permitido que el demandado alegase la compensación como excepción:

(32) FUENTES LOJO y GAMBÓN, *Suma de la Justicia Municipal*, Madrid, 1960, p. 469.

(33) PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, ob. cit., páginas 510 y ss.

a) Cuando el crédito hecho valer por el demandado era inferior al solicitado por el demandante; en este sentido, SS. 29 febrero 1972 (RA 1039) y 30 diciembre 1977 (RA 4896).

b) Cuando, aun siendo el crédito hecho valer por el demandado superior al reclamado por el demandante, aquél simplemente solicitara la absolución.

Un ejemplo de este segundo caso está representado por la S. TS. de 27 de diciembre de 1944 (RA 1413); el supuesto de hecho en que se basó la sentencia fue el siguiente: interpuesta demanda por el trabajador en reclamación de cantidad por diferencias salariales, el empresario opuso por escrito su negativa por tener adelantadas cantidades al trabajador que en compensación ascendían a mayor suma de la reclamada, solicitando su absolución. En la instancia el órgano judicial condenó al trabajador a pagar una determinada cantidad a la empresa y, recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo estimó la incongruencia alegada, declarando que el demandado hizo uso de una excepción perentoria de compensación de deudas recíprocas con distinta naturaleza y efectos jurídicos que los de la reconvencción. Reproducimos por su interés el segundo considerando de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo.

«Que ni del acta del juicio ni del escrito de contestación a la demanda que figura en autos, puede deducirse por el carácter rogado de la jurisdicción laboral, que fuera articulada en forma por el demandado reconvencción alguna contra el actor, puesto que el reconocimiento que en dicho escrito se hace de la certeza del adeudo al demandante de los sueldos correspondientes a los meses de junio y julio de 1941 y la afirmación con relación a dichos devengos, de que con anterioridad a la expresada fecha y posteriormente también le fueron concedidos anticipos por un valor de 1.100 pesetas «con lo cual no sólo queda cubierto el importe de los meses de junio y julio a que en el hecho noveno de la demanda se hace mención, sino que incluso quedó a favor del demandado la diferencia a compensar con los haberes correspondientes a los meses posteriores», traducida después en la súplica del repetido escrito en la petición de que se absuelva al demandado de la reclamación formulada por el actor, no puede reputarse, cual lo hace el juzgador, como verdadera reconvencción, apoyándose erróneamente en la doctrina de la sentencia de 6 de febrero de 1936, reiteración de la de 24 de abril de 1918, porque no se trata, como dichas resoluciones dicen, de una pretensión que no se reduzca a obtener que se absuelva de la demanda al demandado, sino que precisamente a eso tiende lo afirmado y petición subsiguiente, que en todo caso, no representa más que la alegación de una excepción perentoria de compensación de deudas recíprocas con di-

ferente naturaleza y efectos jurídicos que los que la reconvencción produce. Por consiguiente, solicitada en la demanda la condena al pago de la cantidad por el concepto que se expresa, y opuesta por el demandado la dicha excepción con la súplica de ser absuelto de la reclamación contra él aducida, en tales términos claros y precisos quedó planteada la litis y a ellos debió concretarse en su fallo el juzgador, que al no hacerlo así incidió en la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por notoria incongruencia concediendo más de lo pedido, siendo por tanto procedente la casación de la sentencia recurrida por el segundo de los motivos articulados».

En el mismo sentido que la sentencia citada pueden verse las SS. TS. de 10 marzo 1960 (RA 1646) y 24 octubre 1966 (RA 4726) (34); en contra SS. de 29 abril 1944 (RA 547) y 31 enero 1978 (RA 20) (35).

B) Un segundo grupo de sentencias exigen que la compensación se formule por el demandado haciendo uso de la reconvencción.

En los únicos casos en que el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el tema ha exigido el ejercicio por el demandado de la reconvencción; se pueden citar en este sentido las dos resoluciones siguientes:

a) S. TS. de 19 de abril de 1901 (recogida en la Gaceta de 20 mayo), en la que se declara que: «para que la compensación pretendida por el demandado pueda ser discutida ha de formularse haciendo uso de la reconvencción al contestar la demanda, según precepto terminante del art. 543 de la ley procesal...».

b) S. de 26 de febrero de 1952 (RA 724), en la que el Tribunal Supremo, al conocer del recurso de casación interpuesto por el de-

(34) El supuesto de hecho en que se basó la sentencia del Tribunal Supremo de 10 marzo 1960 (RA 1646), fue el siguiente: iniciado por el demandante un juicio declarativo de mayor cuantía sobre reclamación de cantidad, el demandado se opuso alegando la existencia de un saldo a su favor, y solicitando su absolución. El Tribunal Supremo declaró que: «reclamadas X pesetas, por el antes actor y ahora recurrente, importe de unas cantidades entregadas, según él, a la parte demandada y recurrida, como resultado de unas operaciones comerciales entre ambos existentes, cuyo origen y contenido uno y otro, de modo preconcebido han silenciado, cantidad que ha sido con exceso satisfecha sin que por lo que enreden en reconvencción se soliciten».

(35) El supuesto de hecho en que se basó la sentencia de 31 enero de 1978 (RA 20) fue el siguiente: interpuesta en demanda en reclamación de cantidad, el demandado alegó la existencia de un crédito a su favor y contra el demandante, por mayor cantidad de la reclamada por éste, solicitando la absolución. El Tribunal Supremo no acogió en su fallo la petición del demandado porque no había formulado «la pertinente y necesaria reconvencción al respecto».

mandado por no haber tenido en cuenta el órgano jurisdiccional competente para conocer de la instancia la excepción de «compensatio mora», declaró que: «es doctrina de esta Sala que la compensación de unas deudas por otras ha de solicitarse reconveniendo, y la Sociedad demandada no formuló reconvencción alguna al contestar la demanda, limitándose a solicitar la absolución de ella».

También algunas sentencias de las Audiencias mantienen una postura favorable a que la compensación sea alegada por vía de reconvencción, en este sentido puede citarse la S. AT de Pamplona de 28 de enero de 1981 que afirma en uno de sus considerandos que: «así planteados los términos esenciales del litigio, bien se advierte conforme al art. 1196 del Código civil, que la compensación excepcional nunca podrá acogerse sin demostrar, entre otros requisitos, tanto la misma existencia o realidad inequívoca del pretendido contracrédito, como su perfecta liquidez y exigibilidad, pero en el presente caso, lo único que viene a hacer el hoy recurrente es introducir cuestiones que amén de referidas a una operación comercial anterior, distintas y ya objeto del correspondiente abono aceptado en su día, suscitan problemas harto discutibles y en efecto discutidos que de ningún modo podrían ser tratados a través del simple cauce de una excepción, sino a lo sumo mediante la oportuna vía reconvenccional para ventilar ante todo y en su caso, con las garantías procesales adecuadas, si puede existir actualmente y en definitiva algún crédito a favor del hoy demandado, con cargo todavía a la operación comercial aludida».

C) En tercer y último lugar, dentro de la clasificación que estamos realizando de las sentencias del Tribunal Supremo en las que una parte solicita la aplicación de la compensación, cabe citar la S. TS de 6 de junio de 1974 (RA 1794).

El supuesto de hecho de la sentencia de 6 de junio de 1974 era el siguiente: iniciado juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, en el que el demandado, aceptando la procedencia del crédito reclamado, opone al mismo la excepción de compensación de deudas por ostentar a su favor un crédito de cuantía superior al reclamado, y ejercita una demanda reconvenccional, limitándola al máximo deducible en el procedimiento de menor cuantía por el que sustanciaba la demanda, reservándose las acciones correspondientes para reclamar el resto de su crédito.

El Tribunal Supremo, en la sentencia citada, al conocer del recurso de casación, declaró que: «no puede ser lícito cual pretendió la parte demandada y ha sido aceptado por la sentencia recurrida, dividir el crédito para reclamar dentro del presente proceso una parte, reservándose la reclamación del resto en momento y proceso

posterior, porque para la fijación de la cuantía de la misma entra en juego la validez o eficacia del título mismo de la obligación en su totalidad, y es de aplicación la regla 3.<sup>a</sup> del art. 489 de la ley de enjuiciamiento civil, mucho más cuando la resolución que recayese podría prejuzgar la de las sucesivas para hacer efectivo el resto del crédito aplazado en su efectividad, por conveniencias procesales de la parte, no aceptadas por la contraria, que lo acusó inmediatamente al oponerse a la reconvencción».

### 3. Consecuencias de adoptar una u otra postura

La inclusión de la compensación entre las excepciones o como reconvencción tiene importantes consecuencias:

a) En primer lugar, si la compensación debe alegarse haciendo uso de la reconvencción, significa que se producirá una acumulación de procesos, cuyo efecto, como indica el art. 159, LPL, será el de «discutirse todos en un mismo juicio y resolverse en una sola sentencia» (art. 159 LPL); mientras que la acumulación no se produce porque el demandado haga uso de una excepción.

b) Mientras que la reconvencción debe tramitarse y decidirse por el mismo procedimiento por el que se conoce de la demanda (artículo 154, 2.º, LEC), y ante juez competente por razón de la materia y de la cuantía (art. 154, 3.º, LEC), la excepción no plantea estos problemas.

c) Si la compensación se considera una pretensión reconvenccional, su ejercicio producirá litispendencia, y una vez recaída sentencia efectos de cosa juzgada, de modo que siendo desestimada no podrá volver a ejercitarse con éxito en otro proceso posterior. En cambio, de ser considerada la excepción como el medio idóneo de ejercitar la compensación en un proceso, su ejercicio no producirá litispendencia y, como pone de manifiesto MORENO MOCHOLI (36), de no ser acogida en la sentencia «siempre quedará al demandado el medio de acudir al proceso independiente» (37).

d) Si la compensación no supone el ejercicio de una reconvencción, no será necesario que en los juicios orales el órgano judicial le conceda la palabra nuevamente al demandante, como tampoco lo será en los juicios de menor cuantía (art. 688, LEC) y cognición (artículo 45 del decreto de 21 de noviembre de 1952).

e) Si la compensación debe ser alegada haciendo uso de una pretensión reconvenccional, el juez deberá dictar una sentencia con

(36) MORENO MOCHOLI, cit., p. 498.

(37) En contra GÓMEZ ORBANEJA, para quien: «la excepción de compensación es la única que queda comprendida en la cosa juzgada», ob. cit., p. 277.

dos pronunciamientos, uno relativo a la demanda y otro a la reconvencción; pero si concluimos que la compensación debe alegarse haciendo uso de una excepción, será único el pronunciamiento que se contendrá en la sentencia.

f) Como última consecuencia que derivará de considerar la compensación como reconvencción o como excepción, aplicable únicamente al proceso laboral, radica en la forma de calcular la cuantía litigiosa a efectos de determinar el recurso procedente contra la sentencia, ya que, si la compensación es considerada como una pretensión reconvenccional, a tenor del art. 178, núm. 2, párr. tercero, LPL, se calculará «conforme a la reclamación cuantitativamente mayor»; mientras que de considerarse una excepción, a tenor del mismo artículo 178, núm. 2, párr. 1, LPL, la cuantía litigiosa se determinará, tratándose de una reclamación de cantidad, por la que el demandante solicite en conclusiones.

### 4. Conclusión sobre la naturaleza jurídica de la compensación

Realmente el demandado, mediante la alegación de la compensación, persigue su absolución, que es la finalidad propia de todas las defensas que el demandado puede utilizar en un proceso; no obstante, el demandado que alega la compensación no alega un hecho (38), sino una relación jurídica nueva que liga a demandante y demandado, y siendo la relación jurídica lo que constituye el objeto del proceso (39) y debiendo el juez, previamente a la aplicación de la compensación, pronunciarse sobre la existencia o no del crédito que el demandado dice tener contra el demandante, debe concluirse que el demandado inicia un proceso e interpone una pretensión que también podría ejercitar de forma independiente.

El demandado que solicita la aplicación por el juez en su sentencia de la compensación, en base a la existencia de un derecho de crédito contra el demandante, interpone una pretensión, cuya estimación, junto con el cumplimiento de los requisitos establecidos en

(38) En este sentido se pronuncia PRIETO CASTRO, para quien: «la proclamación de aquel efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores, es decir, el efecto 'ope legis', se ha de entender en el ámbito privado o extrajudicial, porque en la jurisdicción, cuando el demandado pretende que se ha producido la compensación, lo ha de declarar y la sentencia pronunciarse sobre ello, con examen previo del cumplimiento de los requisitos legales», ob. cit., p. 511.

(39) Vid. CARRERAS, Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, en *Estudios de Derecho Procesal* (con FENECH), Barcelona, 1962, p. 679.

el art. 1196, CC, es el presupuesto de la aplicación por el juez de la compensación.

Puede concluirse tras lo expuesto, que la compensación no es más que una excepción, más precisamente, una defensa de carácter excluyente, pero la existencia de la relación jurídica en que se basa tiene que ser previamente declarada, para lo cual el demandado debe, si quiere que en el proceso declarativo en el que se le reclama el pago de un crédito se aplique la excepción de compensación, ejercitar una pretensión reconvenzional, para que el juez, si la estima, aplique el mecanismo de la compensación y extinga, en la cantidad concurrente, los créditos recíprocos de demandante y demandado. Esto es, la absolución del demandado requiere la previa condena del demandante.

La solución que hemos expuesto queda reforzada por el art. 1464, núm. tres, LEC, en el que se contempla, como una de las excepciones admisibles en el juicio ejecutivo, «la compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva»; es decir, que ya haya sido declarado en virtud de sentencia firme, o que no necesite tal declaración para ser directamente ejecutable (art. 1429, LEC). Es por este motivo, por el que si el demandado frente al que se reclama un crédito en un proceso declarativo dispone de alguno de los documentos enumerados en el art. 1429, LEC, puede, mediante su presentación, alegar directamente la excepción de compensación sin necesidad de formular también reconvencción.

En conclusión, pensamos que sólo debería admitirse la compensación en el procedimiento laboral cuando su aplicación no exija un previo pronunciamiento judicial estimatorio o desestimatorio de la relación jurídica en que la compensación se base, esto es, cuando la compensación se funde en un título ejecutivo.

## ARTICULOS

### PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LAS FORMAS PROCESALES DESCRIMINALIZADORAS, INCLUIDAS LAS DEL PROCEDIMIENTO POR CONTRAVENCIONES AL ORDEN ADMINISTRATIVO Y LAS DEL PROCESO POR ORDEN PENAL, EN EL PROCESO PENAL ALEMAN \*

Prof. Dr. KARL-HEINZ GÖSSEL  
Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal  
y Criminología  
Universidad de Erlangen-Nürenberg  
(República Federal de Alemania)

#### SUMARIO:

I. Ejemplo de partida. — II. Valoración legal de la conducta. — III. La aplicación del principio de oportunidad. — IV. El proceso por orden penal.

#### I. — EJEMPLO DE PARTIDA

No hay nada más instructivo que el ejemplo. Permítanme por ello basarme en un caso sencillo, tal y como ocurre a diario en la práctica. Con ayuda de este caso quisiera mostrar los principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadoras, incluidas las del proceso por orden penal en Alemania, así como algunos problemas esenciales.

Un obrero cualificado, a quien llamaremos «F», soltero, de 35 años de edad, sin obligación de prestar alimentos, y con unos ingre-

\* Texto de la conferencia pronunciada por el autor en Alicante, con ocasión de las «Jornadas sobre Proceso Penal Monitorio y Despenalización», y en la Facultad de Derecho de Valencia, el día 16 de abril de 1985. Traducción revisada por el Prof. Dr. Vicente Gimeno Sendra, Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Alicante, y por el Dr. Juan-Luis Gómez Colomer, Profesor Titular de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia.

sos netos de 3.000,— DM mensuales, bebe demasiado en una fiesta de cumpleaños ofrecida por un colega. Verdaderamente, sabe que más tarde tendrá que regresar a su casa en coche, pero como hasta la fecha la Policía nunca le había «cogido» conduciendo bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cree que esta vez también tendrá suerte. Sin embargo no la tuvo, pues habiendo recorrido casi todo el camino de 5 kms. hasta su casa sin ningún percance, unos 100 mts. antes de su casa sufrió un control de tráfico. Conforme a la prueba de sangre practicada se le encontró una concentración de alcohol del 1,4 ‰.

Según el Derecho alemán, el hecho de llevar un automóvil con esta concentración de alcohol en la sangre constituye un delito conforme al § 316 del Código Penal (en adelante, *StGB*), aun cuando en lo restante se hayan observado las normas de circulación, sin causar ningún daño y sin poner en peligro la vida de nadie. La Policía terminará sus diligencias muy rápidamente: El acta sobre el interrogatorio policial del inculpado será entregada al Ministerio Fiscal, conjuntamente con el certificado del examen médico sobre la prueba de sangre y el informe sobre la concentración de alcohol en la sangre; por supuesto, la Policía habrá recuestrado el permiso de conducir la misma noche del control, provocando inmediatamente la resolución judicial sobre la retirada provisional del permiso de conducir, conforme a los §§ 98, ap. (1) y 111a, ap. (4) y (1) de la Ley Procesal Penal (en adelante, *StPO*).

Ante esta situación, el Fiscal de Tráfico competente deberá, en base a la conocida obligación de persecución, llamada principio de legalidad (§ 152, ap. (2) *StPO*) «intervenir» penalmente contra «F» por este delito. «Intervenir» penalmente significa ciertamente casi siempre: La formulación de una acusación escrita ante el Tribunal competente, con la consecuencia de una condena judicial (§ 170, ap. (1) *StPO*).

Sin embargo, considerando que la Fiscalía utiliza esta vía en el procedimiento contra autores conocidos solamente en la mitad de los casos aproximadamente, obviamente nuestro Fiscal ficticio, en este caso, buscará otras posibilidades procedimentales.

## II. — VALORACIÓN LEGAL DE LA CONDUCTA

Si la concentración de alcohol en la sangre fuera menor que en nuestro ejemplo de partida, v.gr., del 0,95 ‰, nuestro Fiscal reflexionaría primero sobre si existe realmente un hecho punible. Si aparte del consumo de alcohol no existiesen otros indicios de la incapacidad de conducir de «F», se trataría de una simple contra-

vención al orden administrativo, conforme al § 24 de la Ley de Tráfico (en adelante, *StVG*), a sancionar según el § 17, ap. (1) de la Ley de Contravenciones al Orden Administrativo (en adelante, *OWiG*), en relación con el § 24a, ap. (3) *StVG*, con multa de 5,— a 3.000,— DM, además de poderse ordenar la prohibición de conducir durante un período de uno a tres meses (§ 25 *StVG*).

a) A este respecto, permítanme algunas observaciones importantes: La legislación actual sobre contravenciones al orden administrativo es el resultado de una discusión, surgida ya a principios de siglo, para limitar el Derecho Penal a la protección absolutamente necesaria de los bienes jurídicos esenciales irrenunciables para la existencia de la comunidad jurídica. Por tanto, el nacimiento de la legislación sobre contravenciones al orden administrativo puede considerarse como uno de los primeros pasos para la descriminalización. La simple desobediencia frente a las ordenaciones de los funcionarios del Poder Ejecutivo, especialmente los de la Administración Pública, se estaba considerando cada vez menos merecedora de castigo; además, se quería contrarrestar el peligro de un abuso de la pena para imponer unos objetivos considerados políticamente convenientes. El Tribunal Constitucional Federal ha expresado con claridad este pensamiento: «Cuanto más... el sector público, preocupado por la asistencia vital social, se tenía que dirigir a un cada vez más amplio ámbito de la sociedad moderna de masas, ordenándola y administrándola, y cuanto mayor se iba haciendo el número de mandamientos y prohibiciones que requerían sanción, tanto más crecía el peligro de un exceso de penas estatales, con lo que el sentido de la pena corría el riesgo de perderse» (*BVerfGE* 27, 18, 30). Con la creación del Derecho de Contravenciones al Orden Administrativo no se tiene en cuenta sólo la diferencia entre la contravención al orden administrativo y la infracción penal, sino que se crea también, al mismo tiempo, con la «multa» una sanción penal diferente de la pena en sentido estricto. Escuchemos nuevamente al Tribunal Constitucional Federal sobre esto: «Ciertamente la *pena pecuniaria* y la *multa administrativa* tienen el mismo efecto perjudicial para el interesado. Sin embargo, se distinguen por el hecho de que, según la opinión general, la imposición de una pena pecuniaria implica un juicio de desvalor autoritario que afecta a los derechos civiles sobre la actuación del autor, la imputación de una infracción contra el ordenamiento jurídico, así como la constatación de lo justificado de esa imputación... Frente a ello, una multa en relación con una contravención al orden administrativo es considerada y experimentada simplemente como amonestación expresa, que no tiene consecuencias considerables con respecto a la fama y reputación del inte-

resado, a pesar de que ella grave el patrimonio de igual manera que una pena pecuniaria similar» (BVerfGE 27, 18, 33).

Con la conversión de una serie de delitos de tráfico en contravenciones al orden administrativo en el año 1968, el legislador alemán ha dado un paso importante para reducir el Derecho Penal a actos elementales perjudiciales para la sociedad: Y aquí resulta que la diferencia entre la infracción administrativa y penal solamente queda determinada *cualitativamente*, es decir, según la importancia del bien jurídico protegido para la comunidad jurídica. El ejemplo citado en el caso de partida muestra también claramente la posibilidad de una limitación cuantitativa: Si el bien jurídico de la seguridad del tráfico es alterado de forma insignificante, se puede renunciar a la pena y al juicio ético de reproche que éste implica: Aquí basta con una «amonestación expresa» (v. la sentencia, antes citada, BVerfGE 27, 18, 33).

El legislador alemán decidió —pero no de forma convincente para todo el mundo—, castigar el conducir con una concentración de alcohol en la sangre del 0,8 al 1,3 ‰, por tanto, una contravención al orden administrativo, mediante una mera multa, si a pesar de esta ingestión de alcohol el conductor en cuestión está todavía en situación de conducir su vehículo con seguridad. Sin embargo, si los errores de conducción, como, v.gr., conducir «haciendo eses», demuestran que ya no se está en condiciones para ello, el perjuicio del bien jurídico de la seguridad del tráfico se ha hecho tan grave, que se ha convertido en un injusto penal.

b) En nuestro caso de partida modificado —concentración de alcohol en la sangre del 0,95 ‰ sin señales de incapacidad para conducir—, el Fiscal, por inexistencia de delito, no seguiría persiguiendo la actuación de «F».

1. — En realidad, la Policía tendría que haber entregado en este caso las actuaciones a la Autoridad administrativa competente (§ 53, ap. (1), frase 3.ª OWiG). Dado que el interesado ya habrá sido oído sobre la imputación, la Autoridad administrativa podrá ahora amonestar a «F» sin una nueva audiencia, o bien, con el acuerdo de éste, fijar una multa de 5,— a 20,— DM (§ 56 OWiG), o bien disponer una comunicación de la decisión sobre la multa (§§ 65 y ss. OWiG). El inculpado puede impugnar esta decisión mediante oposición, que daría lugar a una revisión judicial (§§ 67 y ss., 71 y ss. OWiG). Este procedimiento judicial se rige por las disposiciones de la StPO acerca del proceso por orden penal (*Strafbefehlsverfahren*)\*, pero no es un proceso penal.

\* N. del T. — Traducción literal, es el proceso monitorio.

Este puede ser resuelto ciertamente por escrito, mediante auto, pero únicamente con la aprobación expresa tanto del inculpado, como del Ministerio Fiscal. En este caso se aplica, al igual que en el proceso penal ordinario, la prohibición de la «*reformatio in peius*».

Sin embargo, por regla general, el procedimiento por contravenciones al orden administrativo, se lleva a cabo, igual que el procedimiento penal, en una vista principal pública. Siguiendo el ejemplo del proceso por orden penal, la Ley prevé sin embargo algunas diferencias con respecto al proceso penal ordinario: En principio, el inculpado no tiene que comparecer en la vista principal —a no ser que el Tribunal ordene la comparecencia personal (§ 73, ap. (1) OWiG)—, de forma que hasta aquí es posible en principio un procedimiento en rebeldía. En lo restante, la retirada de la oposición y de la multa es admisible en cualquier momento; el Tribunal puede asimismo en una vista pública modificar la decisión sobre la multa en perjuicio del inculpado.

Si durante el procedimiento resulta que la contravención al orden administrativo ha sido perseguida como un hecho punible el Tribunal podrá pasar al proceso penal directamente; sin embargo, el inculpado será informado de ello y de que puede exigir la interrupción de la vista principal. Así como la sentencia en el procedimiento por contravenciones al orden administrativo sólo puede ser recurrida de forma limitada mediante el recurso de queja por infracciones jurídicas, después de pasar al procedimiento penal, la sentencia ahora dictada puede ser impugnada con los recursos normales previstos en la Ley Procesal Penal.

2. — En el caso aquí tratado, el Fiscal, a causa de inexistencia de delito, entregará los autos a la Autoridad administrativa. Esta puede ahora decidir si quiere amonestar a «F» —lo que no es nada probable en nuestro caso—, o si impone una multa. Dicha autoridad tiene además la posibilidad —pero en nuestro caso sólo teórica—, de archivar discrecionalmente el procedimiento (§ 47, ap. (1) OWiG): En el procedimiento por contravenciones al orden administrativo no rige, como en el proceso penal, el principio de legalidad, sino el llamado principio de oportunidad.

c) Como complemento habrá que mencionar que no está prevista una simultaneidad de procedimientos, penal y por contravenciones al orden administrativo: Desde el momento en que el inculpado esté sometido tanto a una contravención al orden administrativo como a una pena, solamente se llevará a cabo el proceso penal, en el que al mismo tiempo se decidirá sobre la contravención al orden administrativo.

## III. — LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Si permanecemos con nuestro ejemplo de partida, sin modificarlo, la Jurisprudencia parte de la base de que, en virtud de los conocimientos de las Ciencias Naturales, tal influencia de alcohol —1,4 ‰ de concentración alcohólica en sangre—, incapacita a toda persona (a partir del 1,3 ‰) para conducir un vehículo con seguridad, de forma tal que ahora sólo existe un hecho punible, que solamente podrá ser perseguido en un proceso penal.

Pero esto no significa, a pesar del conocido principio de legalidad que haya que formular necesariamente la acusación (§§ 170, ap. (1), 199, ap. (2), y 200 *StPO*). Como la gran mayoría de todos los hechos punibles no puede ser perseguida, la situación real ordena ya excepciones al principio de legalidad. Considerando en parte el principio de oportunidad, el Derecho Procesal Penal alemán faculta al Ministerio Fiscal a prescindir de la persecución penal, bajo ciertos presupuestos determinados por la Ley, y a archivar el proceso, con el resultado de no poderse llegar a un castigo judicial. Por este efecto, el archivo en el proceso penal se puede entender en principio como una forma procesal con efecto descriminalizador. Partiendo del caso descrito quisiera considerar aquí dos de las causas de archivo:

a) En los llamados «asuntos bagatela», el Ministerio Fiscal puede, conforme al § 153 *StPO*, prescindir de la persecución ulterior de delitos castigados con pena privativa de libertad mínima inferior a un año (*Vergehen*). Por regla general, el Ministerio Fiscal necesitará para ello la aprobación judicial, a la que se puede renunciar excepcionalmente en caso de criminalidad simple, dirigida contra patrimonio ajeno (§ 153, ap. (1), frase 2.ª *StPO*); este archivo también puede ordenarse en el procedimiento judicial por el Tribunal, pero en este caso únicamente con la aprobación de la Fiscalía y del inculpado (§ 153, ap. (2) *StPO*).

1. — El archivo en virtud de esta disposición no presupone, por ejemplo, una comprobación de la culpabilidad; aparte del efecto descriminalizador que se tratará a continuación, esta disposición tiene también la finalidad, de economía procesal, de evitar el costoso trabajo de persecución penal en aquellos casos en que se puede renunciar a ello sin daño para lo que es propio del Estado de Derecho. Cuando ello es posible, el legislador lo ha vinculado a determinados presupuestos: Suponiendo que la imputación formulada contra el inculpado fuera cierta, solamente será posible el archivo cuando, al mismo tiempo, «la culpabilidad del autor fuera considerada

ínfima y no existiera interés público en la persecución» (§ 153, ap. (1), frase 1.ª *StPO*).

Quisiera decir en primer lugar que, de acuerdo con la opinión dominante en estos momentos en Alemania, en el caso de partida que nos ocupa no se considerará generalmente un archivo según esta disposición. Teniendo en cuenta que cada año mueren en Alemania doce mil personas en accidentes de tráfico, siendo la influencia del alcohol en los conductores una de las mayores causas de ello, se puede ver fácilmente que el conducir en un estado de incapacidad debido al alcohol, tendrá que ser forzosamente perseguido en interés público. Pero tampoco será considerada la culpabilidad personal ínfima en el presente caso: El que participa en una fiesta de cumpleaños tiene que contar generalmente con la consumición de bebidas alcohólicas, a no ser que se trate de una fiesta de antialcohólicos. Si en estas circunstancias renuncia «F» a la utilización del transporte público o a tomar un taxi, confiando al contrario en que no le «descubra» la Policía, actúa de manera tan irresponsable que ya no se puede hablar de culpabilidad ínfima.

2. — Ciertamente, «F» lamentará no poder contar con un archivo bajo las circunstancias citadas: El archivo no sólo le habría evitado una desventaja considerable bajo la forma de pena y la retirada del permiso de conducir, lo que tiene un efecto sumamente grave, sino también la anotación en el llamado «Registro Central Federal», en donde están registrados todos los hechos punibles cometidos por los alemanes; asimismo, se habría prescindido de la anotación en el Registro de todos los delitos e infracciones de tráfico (el llamado «Registro Central de Tráfico»). Estos efectos del archivo conforme al § 153 *StPO* muestran ya claramente que esta forma procesal de proceder tiene también un efecto descriminalizador considerable.

Pero es por ello por lo que existen grandes inconvenientes contra esta institución: La descriminalización sería un problema jurídico-material y tendría que ser solucionada por el legislador, v.gr., mediante la disminución de los tipos penales, o también por la conversión de hechos punibles en infracciones al orden administrativo. Esta función propia del legislador no debería cargarse sobre el Ministerio Fiscal. Sin embargo, habrá que objetar aquí que los límites entre el Derecho Penal material y el Derecho Procesal penal son fluidos, como lo demuestran claramente las instituciones de los presupuestos procesales y la prescripción. Si, por ello, la exigencia de descriminalización no puede quedar limitada al ámbito jurídico-material, tampoco se ve por qué ya en el transcurso del procedimiento penal, con la cuestión de culpabilidad abierta, aun sin absolución formal, no se deba pretender la descriminalización especial, y con ello, indirecta-

mente también, la resocialización; aquí no se debe dejar de considerar que la cancelación de un antecedente penal en el Registro Central Federal, significa una de las medidas especiales esenciales des-criminalizadoras, una medida que pertenece, como es sabido, al Derecho Procesal.

b) Aun cuando en el caso de partida no se hará uso del efecto descriminalizador de un proceso, conforme al § 153 *StPO*, todavía no queda excluido con ello el archivo del proceso. Aun en el ámbito de la criminalidad medianamente grave, el procedimiento puede archivar-se sólo, en los delitos castigados con pena privativa de libertad mínima inferior a un año, en caso de culpabilidad ínfima, conforme al § 153a *StPO*, si el interés público aquí existente en la persecución penal, al contrario que en el caso del § 153 *StPO*, puede ser eliminado por el hecho de que el inculpado cumpla ciertas condiciones: Que satisfaga una determinada prestación para reparar los daños causados por el hecho, como v.gr., devolver el préstamo conseguido de forma fraudulenta junto con los intereses (§ 153, ap. (1), frase 1.ª, Nr. 1 *StPO*), que pague una cantidad de dinero en favor de una institución benéfica, como, v.gr., la Cruz Roja o el Estado (Nr. 2 de la disposición citada), que preste algún servicio benéfico, como, v.gr., trabajar en hospitales (Nr. 3), o, finalmente, que cumpla sus obligaciones de alimentos en una cantidad determinada (Nr. 4); esta última posibilidad la encuentro especialmente indicada para inducir a los padres que no quieren pagar los alimentos de sus hijos al cumplimiento de sus obligaciones: Según mis experiencias, la mayoría de los padres que no están dispuestos a pagar, prefieren el archivo con la condición del pago puntual de alimentos, a una condena por incumplimiento de obligaciones alimenticias (§ 170b *StGB*).

1.— El procedimiento es parecido al descrito con respecto al § 153 *StPO*. Aun cuando se tenga que declarar la culpabilidad —ínfima—, también aquí el archivo puede efectuarse, igual que en el § 153 *StPO*, en principio sólo con la aprobación del Tribunal, pero también con la aprobación sólo del inculpado aquí ya que las condiciones deben cumplirse voluntariamente, por la Fiscalía. En el procedimiento conforme al § 153a, ap. (2), frase 1.ª *StPO*, con la aprobación del Ministerio Fiscal y del inculpado. Sin embargo, el archivo es sólo provisional. Sólo después del cumplimiento de las condiciones por el inculpado, el proceso será definitivamente archivado.

2.— Este procedimiento sirve también, al igual que el mencionado con respecto al § 153 *StPO*, a la economía procesal. Es evidente que por esta vía se logra una considerable simplificación y aceleración del procedimiento, y esto en el ámbito de la criminalidad simple y mediana, que representa aproximadamente el 90 % de la crimina-

lidad total. Por otra parte, se reconoce generalmente que al autor, a pesar de la comprobación de la culpabilidad, es decir, a diferencia de lo que ocurre en el caso del § 153 *StPO*, se le debe de conceder la oportunidad de «quedar libre de la tacha de los antecedentes penales», y también de las molestias de un procedimiento judicial (MEYER/GOSSNER, en Löwe/Rosenberg, *Kommentar zur StPO*, 23.ª ed., § 153a, núm. marg. 4). Con ello el procedimiento sirve de forma aún más perceptible que el § 153 *StPO*, a un «rechazo de las condenas estatales», sin embargo, aquí no mediante la renuncia total a la sanción, como en el § 153 *StPO*, sino mediante el empleo de otras «sanciones que no adolezcan de la tacha de la condena» (Tribunal Supremo del Land de Baviera, en adelante *BayObLG*, NJW 1976, pág. 2139).

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, nuestro conductor ebrio no podrá beneficiarse tampoco de esta forma procesal descriminalizadora: De una parte, la culpabilidad de «F», como hemos dicho antes, no puede ser considerada ínfima; de otra, no está claro cómo puede ser suprimido el interés público existente en la persecución penal por una de las condiciones citadas. Si, v.gr., en los robos en tiendas, el que robe por vez primera puede ser apartado de otros hechos punibles por medio de la reparación de los daños y el pago de una cantidad de dinero a la Cruz Roja, pudiendo renunciarse también a la persecución penal desde el punto de vista de la prevención general, no ocurre así en el caso de partida: El gran peligro que representan los conductores ebrios para la salud y la vida de los demás conductores, requiere la realización del proceso penal; de otra forma, existiría el peligro de que la imprudencia peligrosa para la vida de los conductores ebrios aún se vería aumentada por la reflexión de que, si llega el caso de ser descubierto excepcionalmente, se podrían salvar con un pago de 500,— DM a la Cruz Roja o a la Asociación Alemana contra el Cáncer.

Pero no dejemos de mencionar un caso espectacular de archivo, según el § 153a *StPO*. A mediados y finales de los años 60 se iba intensificando la sospecha de que el somnífero de un Laboratorio Farmacéutico alemán, con unas cualidades realmente excelentes, al ser ingerido por una gestante, causaría daños prenatales que llevarían a graves defectos físicos para los recién nacidos. En el proceso penal contra los responsables del Laboratorio, la culpabilidad de las personas afectadas con respecto a la investigación insuficiente de los posibles efectos secundarios del somnífero en cuestión era considerada ínfima, sin embargo quedó confirmado un gran interés público en la persecución penal. Pero se partía del supuesto de que este interés podía ser eliminado si se ayudaba a las víctimas inocen-

tes en la medida en que esto fuera posible. De este modo el proceso fue archivado por el Tribunal, conforme al § 153a *StPO*, a cambio de una cantidad de varios millones de marcos, que fueron destinados a la creación de una Fundación con el objetivo de ayudar en lo posible a las víctimas. En vista del control insuficiente de medicamentos, el Estado también pagó una cantidad considerable a esa Fundación.

3.— A diferencia del archivo conforme al § 153 *StGB*, el archivo según el § 153a *StPO* contiene unos efectos de cosa juzgada limitados: Después del cumplimiento de las condiciones, el hecho ya no puede ser perseguido como delito castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a 1 año (§ 153a, ap. (1), frase 4.ª *StPO*).

Es decir, si, contrariamente a las explicaciones anteriores, hubiese sido archivado en el presente caso el procedimiento contra «F», conforme al § 153a *StPO*, el procedimiento tan sólo podría reabrirse si resultara que «F», en relación con su conducción en estado ebrio, hubiese cometido un delito castigado con pena privativa de libertad mínima de 1 año o superior a 1 año (*Verbrechen*), como, v.gr., haber atropellado y muerto dolosamente a una persona conduciendo su automóvil. Si posteriormente resultara que «F» ha causado durante el viaje un accidente con otros ebrios (y, por tanto, fugados), cometiendo con ello un homicidio imprudente, «F» habría realizado el supuesto de hecho de un delito de riesgo contra la seguridad del tráfico (§ 315c *StGB*), y de homicidio imprudente. Pero como esos hechos punibles sólo son delitos castigados con pena privativa de libertad mínima inferior a 1 año, el proceso archivado conforme al § 153a *StPO* no podría ser continuado ni reabierto.

Contrariamente a ello, la situación en caso de archivo según el § 153 *StGB* es distinta: Aquí falta una regulación que se corresponda con el § 153a, ap. (1), frase 4.ª *StPO*, en primer lugar, porque el § 153a *StPO*, al contrario que el § 153 *StPO*, parte de la comprobación de la culpabilidad, previendo además ciertas sanciones en sustitución de la pena. Si en el caso de partida el proceso hubiese sido archivado por el Ministerio Fiscal conforme al § 153 *StPO*, faltaría todo efecto de cosa juzgada: El proceso podría ser reabierto en todo momento por el Ministerio Fiscal. Sin embargo, al archivo judicial se le reconoce una cosa juzgada limitada: Al conocerse nuevos hechos que sólo conllevan una mayor culpabilidad, el archivo permanece. Pero si, como ocurre con esta variante, se llegase a conocer después del archivo que el conducir en estado ebrio ha llevado a un accidente de tráfico con resultado de homicidio imprudente, existen nuevos hechos que, bajo los nuevos puntos de vista jurídicos de los §§ 315c y 222 *StGB*, justifican una mayor punibilidad frente al § 316 *StGB*: Mientras que el § 316 *StGB* amenaza sólo con una pena pri-

vativa de libertad de un año como máximo, en este caso supuesto, conforme al § 315c, ap. (3), se podrá imponer una pena privativa de libertad de hasta dos años, y conforme al § 222 *StGB*, una pena privativa de libertad de hasta cinco años. Contrariamente a lo que ocurre en el caso del § 153a *StPO*, el proceso puede, por tanto, ser reabierto (MEYER/GOSSNER, en Löwe/Rosenberg, *Kommentar zur StPO*, 23.ª ed., § 153, núm. marg. 87 y ss.).

4.— Parecido a lo ocurrido con el § 153 *StPO*, se han puesto objeciones también, importantes, frente al § 153a *StPO*. Especialmente, se ha reprochado que el § 153a *StPO* haga posible que los autores adinerados más o menos, puedan librarse de la persecución penal mediante «compra»; se alega además que, recayendo en el proceso inquisitivo común, se le han conferido al Fiscal, además de la competencia de investigación, unas facultades judiciales, y que el procedimiento lesionaría además el principio de la presunción de inocencia, puesto que no le dejaría al inculcado otra elección que el someterse a la sanción del Fiscal.

aa) Frente a ello, según mi experiencia y mi convicción, el § 153a *StPO* ha resultado ser en la realidad una bendición, sobre todo para los autores primarios, que se benefician en cierto modo en el último momento, y a veces con grandes sacrificios económicos, de una última medida descriminalizadora, y tan sólo por la posibilidad de poder prestar «otros» servicios benéficos conforme al § 153a, ap. (1), frase 1.ª, Nr. 3 *StPO*; el reproche de que solamente los autores ricos se podrían beneficiar de esta posibilidad de archivo, queda en gran parte invalidado.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que estas condiciones no quedan fijadas desde arriba, sino que a pesar de su carácter sancionador solamente pueden ser establecidas con el consentimiento del inculcado. El que esta voluntariedad sea de naturaleza ficticia, en vista de la sanción que sería seguramente más dura, parece, por la experiencia práctica diaria, en la que en su mayoría se lucha por la disposición de archivo o por la aprobación del Ministerio Fiscal o del Tribunal respectivamente, una afirmación bastante dudosa.

bb) También parece incierto que el Ministerio Fiscal, recayendo en el viejo proceso inquisitivo, contrario al art. 92 de la Ley Fundamental, cumpla deberes judiciales.

No se puede negar ciertamente que el legislador considere las condiciones citadas en el § 153a, ap. (1) *StPO*, como unas sanciones sin condena penal. Pero como, v.gr., las graves consecuencias del hecho facultan al Juez, según el § 60 *StGB*, a prescindir de la pena en la sentencia, a pesar del fallo de culpabilidad, cuando el autor,

por ejemplo, ha atropellado imprudentemente a su propio hijo, causándole lesiones graves, en este caso el Ministerio Fiscal, conforme al § 153b, podrá, con la aprobación del Tribunal, prescindir de la formulación de la acusación. Esto demuestra que los mismos hechos pueden, tanto por la vía jurídico-material, como por la vía procesal, llevar al mismo resultado de impunidad. Pero entonces sólo parece consecuente que también el Ministerio Fiscal pueda aprovechar ya un cierto comportamiento después del hecho, para negar el interés público en la persecución penal y prescindir por ello de la formulación de la acusación.

Asimismo, es poco convincente la comparación con la renuncia a los recursos hecha en la literatura. No es tampoco razonable equiparar la aceptación de las condiciones que cumple el inculpado, con la renuncia a los recursos frente a las sanciones penales establecidas por la sentencia. A pesar de la determinación de la sanción unida a él, el archivo conforme al § 153a StPO no será considerado esencialmente, v.gr., como una actividad sentenciadora, sino como una medida procesal de descriminalización y de resocialización, ya en el momento de la formulación de la acusación, la cual, habida cuenta de la mínima gravedad de las condiciones, no se reserva al Juez, y tan sólo por ello no podrá apartar a la Jurisprudencia de su responsabilidad de concretización de la totalidad de las Leyes penales, exigida por el art. 92 de la Ley Fundamental: No existe una responsabilidad tan amplia (GÜSSEL, *Festschrift für Dünnebier*, 1982, páginas 121 y 138 y ss.).

#### IV.— EL PROCESO POR ORDEN PENAL

Si en el caso de partida «F», las formas procesales descriminalizadoras hasta ahora citadas no le pueden beneficiar, habrá que estudiar una última posibilidad: ¿Es posible al menos evitarle a «F» un procedimiento judicial? Aun contestando negativamente a esta pregunta, es posible elegir una cierta forma de procedimiento que evitaría el que «F» tuviera que responder públicamente en una vista principal ante un Tribunal penal. Este procedimiento es el llamado proceso por orden penal, que sin embargo terminará en el caso de partida con una sentencia condenatoria del Tribunal, que también será inscrita en el Registro Central Federal. Pero como con esto es posible evitarle al inculpado una vista principal pública, con las cargas considerables que ésta trae consigo, aún se le puede reconocer al proceso por orden penal al menos un cierto efecto descriminalizador real. Sin embargo, hay que admitir que el legislador no ha

tenido esta intención: A él le importaba ofrecer una forma procesal simplificada que favoreciera sólo a la economía procesal, con el fin de dominar la masa de la criminalidad pequeña, cuyo objetivo es evitar una vista principal, que siempre resulta larga y costosa.

a) En la realidad este objetivo se está consiguiendo. En el año 1978, cerca del 30 % de todos los procesos tramitados en los *Amtsgerichte*\* terminaron con el proceso por orden penal, sin realización de una vista principal; sin embargo, este porcentaje era en 1971 todavía del 40 %, y ha ido bajando desde entonces; todavía no se conocen las cifras para el período 1985 (Fuente: RIESS, *Festschrift für Sarstedt*, 1981, págs. 253 y 300).

b) Como ya se ha indicado, el proceso por orden penal es un proceso para tramitar la criminalidad menos grave solamente para delitos que estén amenazados con un mínimo de un año de privación de libertad. El proceso viene regulado en los §§ 407 y ss. StPO. Es un proceso sumario en el que sólo por la situación de autos, sin el preciso procedimiento probatorio previsto para la vista principal en la StPO, se decide por escrito, a no ser que el inculpado pretenda la aclaración de todos los cargos formulados en su contra en una vista principal pública con todas las garantías jurídico-procesales. Por ello se ha dicho también, con cierta razón, que el proceso por orden penal representa una especie de «autosumisión» del inculpado (véase, v.gr., MÜLLER, en *Karlsruher Kommentar*, § 407 StPO, número marg. 2).

c) El proceso solamente se puede llevar a cabo en los casos indicados en el § 407 StPO. Tienen que coincidir primero el Ministerio Fiscal y el Tribunal en que se puede aplicar el proceso por orden penal. Segundo, solamente puede ser aplicado en caso de delitos castigados con pena privativa de libertad mínima inferior a 1 año; y tercero, sólo podrán fijarse determinados efectos jurídicos: Ninguna pena privativa de libertad, sino solamente una pena pecuniaria, o apercibimiento con reserva de pena, la pena accesoria de prohibición de conducir, así como las denominadas consecuencias jurídicas objetivas, como, por ejemplo, la intervención de «producta et instrumenta sceleris», y, finalmente, como única medida de corrección y seguridad, la retirada del permiso de conducir, siempre que la prohibición de la nueva expedición del mismo no sea superior a dos años. Si por todo ello es procedente el proceso, puede llevarse a cabo también sin audiencia del inculpado; la audiencia judicial necesaria le es concedida al inculpado con la notificación de la orden penal es-

\* N. del T.— Intraducible; órgano inferior en la escala de los Tribunales penales alemanes (sería Tribunal Oficial y equivaldría a Juzgado de Distrito).

crita (§ 407, ap. (3) *StPO*): Ahora tendrá la posibilidad de aceptar las consecuencias jurídicas o de manifestar sus oposiciones en una vista principal oral.

d) En el inmodificado caso de partida hay que contar con que le sea impuesta a «F» una pena pecuniaria de 30 días-multa de 100,— DM cada uno (igual a la ganancia neta, es decir, un sueldo mensual en total), además de la retirada del permiso de conducir conforme al § 69 *StGB*; de acuerdo con la práctica actual, al menos en Munich, se determinará al mismo tiempo que la Autoridad administrativa no expida a «F» un nuevo permiso de conducir antes de 14 meses. Por consiguiente, el Ministerio Fiscal solicitará en el presente caso, por escrito, la correspondiente orden penal ante el *Amtsgericht*; esta solicitud escrita del Ministerio Fiscal equivale a ejercicio de la acción pública.

Si bien el juez penal no está vinculado a esta solicitud, pudiendo por ello rechazarla (impugnable por el Ministerio Fiscal), u ordenar la celebración de la vista principal (§ 408, ap. (2) *StPO*), en el caso de partida dictará la orden penal solicitada por escrito, notificándola al inculpado, quien será informado por escrito de su derecho de impugnación de la orden penal por medio del recurso de oposición.

1.— Si el inculpado está de acuerdo con la orden penal, no tendrá que hacer nada; en este caso, transcurrido el plazo de una semana para la oposición, devendrá firme la orden penal (§§ 409, ap. (1), Nr. 7, y 410 *StPO*).

Debido al carácter sumario del proceso, la cosa juzgada está limitada, al igual que en los casos de archivo judicial conforme al § 153 *StPO*. Si después de producida la cosa juzgada de la orden penal se conoce otro punto de vista jurídico que no había sido estimado en la orden penal, y que motiva una mayor punibilidad, deberá poder ser perseguido de nuevo el hecho descontando las consecuencias jurídicas impuestas en la orden penal.

Si suponemos, por tanto, que en el presente caso resulta más adelante, como ya se ha supuesto anteriormente en el § 153 *StPO*, que «F» en su viaje en estado ebrio ha causado un accidente de tráfico, matando a una persona de forma imprudente, debido a la cosa juzgada limitada de la orden penal, el hecho será ahora acusado en el proceso ordinario. En este caso habrá que contar, por un delito castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a 1 año, conforme a los §§ 315 y 222 *StGB*, con una pena privativa de libertad de aproximadamente 18 meses, que, bajo determinadas circunstancias, será ejecutada condicionalmente. Como una pena pecuniaria de 1 día-multa corresponde a un día de pena privativa de libertad

(§ 43 *StGB*), la pena pecuniaria impuesta en la orden penal, ya pagada, será computada por un mes, de forma que la pena privativa de libertad será en total de 1 año y 5 meses.

Evidentemente, aquí llama la atención que los §§ 315c y 222 *StGB* son también delitos castigados con penas privativas de libertad mínimas inferiores a 1 año, al igual que el § 316 *StGB*, y que un posible archivo por el Ministerio Fiscal, después de pagar 3.000,— DM a la Cruz Roja, habría evitado la persecución ulterior de este hecho como delito castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a 1 año. Pero el que un archivo del Ministerio Fiscal tenga unos efectos de cosa juzgada más amplios que una orden judicial, es considerado por mucha gente, con razón, insostenible, por lo que se propone la correspondiente aplicación del § 153a, ap. (1), frase 4.ª *StPO*, también a los efectos de cosa juzgada de la orden penal. Sin embargo, hasta ahora la Jurisprudencia se ha negado a ello, señalando los distintos objetivos perseguidos: El objetivo económico-procesal para evitar la vista principal que persigue el proceso por orden penal, se diferencia básicamente del objetivo de la descriminalización que se pretende con un archivo conforme al § 153 *StPO* (*BayObLG*, NJW 1976, pág. 2139). Sin embargo, esto parece poco convincente, ya que la supresión de la vista principal está unida también a un cierto efecto descriminalizador.

2.— Pero si «F» no está de acuerdo con la consecuencia jurídica fijada en la orden penal, consigue con su oposición la celebración de una vista principal, que se llevará a cabo fundamentalmente según las reglas del proceso penal ordinario. Sin embargo, a diferencia del § 231 *StPO*, no está obligado el acusado a comparecer, pudiendo ser condenado simplemente sin comparecer a la vista principal sobre la causa (§ 412 *StPO*), o bien ser representado por su defensor (§ 411, ap. (2) *StPO*); el Tribunal podrá no obstante ordenar la comparecencia personal del inculpado, y también obligarle a ello. Asimismo se podría, a diferencia del § 156 *StPO*, retirar la acusación contenida en la solicitud de orden penal, al igual que la oposición del inculpado, hasta la notificación de la sentencia (§ 411, ap. (3) *StPO*); el § 411, ap. (4) *StPO* también permite al Tribunal expresamente, discrepar del fallo de la orden penal, aun en perjuicio del inculpado.

3.— El procedimiento termina con una sentencia que, al igual que las sentencias dictadas en los procesos ordinarios, puede ser impugnada en apelación o en casación.

e) En general, el proceso por orden penal ha dado buenos resultados en la práctica; en la actualidad sólo se propone la ampliación de los efectos de cosa juzgada de la orden penal, así como la conce-

sión al inculpado de la audiencia judicial ya tras la solicitud de la orden penal por el Ministerio Fiscal.

Distinguidos colegas, señoras y señores, espero haberles ofrecido con estas explicaciones una cierta idea de algunas formas procesales descriminalizadoras, incluidas las del proceso por orden penal, en la medida en que esto ha sido posible por el tiempo limitado del que disponía y por el que Vdes. han podido dedicarme.

Muchísimas gracias por su atención.

## NOTAS

## LA REFORMA DEL PROCESO DE NULIDAD EN PROPIEDAD INDUSTRIAL POR LA L.O.P.J.

FRANCISCO FUENTES CARSI  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Valencia

## I

La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su disposición adicional 8-1, suprime la competencia objetiva de las Audiencias Territoriales, para conocer en única instancia, de los procesos civiles sobre nulidad de cualquiera de las modalidades de la propiedad industrial, a que se refiere le R.O. de 30 de abril de 1930, aprobadora del texto refundido del RDL. de 26 de julio de 1929 (actual Estatuto sobre Propiedad Industrial) y atribuye a los Jueces de Primera instancia de la sede de las Audiencias Territoriales, el conocimiento íntegro, de lo que hasta ahora veían solo, en su fase de alegaciones y prueba.

La L.O.P.J. ha querido apartar a las Audiencias, de toda función ajena, a la de órganos de apelación de los Juzgados de Primera instancia, para lo que fueron creadas y estructuradas, sustrayendo ahora de su conocimiento en instancia, el juicio especial de nulidad de registro, regulado en los arts. 270, 271 y 272 del Estatuto, y los de impugnación de acuerdos sociales, creados a semejanza del anterior por la Ley de Sociedades Anónimas y la General de Cooperativas, en un loable afán de especialización del órgano jurisdiccional, y una teórica rapidez en el procedimiento, por la vía indirecta de concentrar en unos pocos Tribunales, en una sola instancia, las no frecuentes cuestiones de esta clase, que se suscitan en la práctica.

Con ello, olvidó en 1929 y volvió a olvidar en 1951 y 1974, que las Audiencias Territoriales, no están estructuradas para conocer en instancia única, de litigios civiles, ni los Jueces mentalizados,

para sustanciar, con el debido interés, cuestiones que no han de fallar; con lo cual, los inconvenientes del principio de mediación, tan denostado por la doctrina y la práctica, subieron de punto, al escindirse la fase de alegaciones y prueba, de la de conclusión, cometidas a dos órganos distintos que habían de funcionar, del todo incommunicados.

Empero la reforma introducida por la LOPJ en el proceso civil de nulidad de registro de propiedad industrial, atribuyendo a todos los Jueces de Primera instancia de la capital del territorio, la sustanciación y fallo de las cuestiones de esta clase, no puede considerarse acertado al volver (aunque en menor proporción) a los inconvenientes que quiso remediar el legislador de 1929, cuando, teniendo en cuenta el escaso número de estos litigios, y la especial naturaleza de la propiedad industrial cuyo Estatuto combina (no muy acertadamente) el derecho de dominio del autor a sus propias creaciones, y lo que la técnica industrial y los usos mercantiles, entienden por innovación o signo apropiable, trató de evitar que, algunos Jueces de Primera instancia, desconocedores del «*sustratum*» de esta especial propiedad, dictasen fallos lamentables, en frase de Ramón Pella, inspirador de la reforma (1).

Mas ahora la LOPJ que, en un laudable intento de devolver a los Juzgados de Primera instancia, la decisión de todos los asuntos civiles, no ha tenido quizá en cuenta, el inconveniente, que hace más de cincuenta años soslayó el legislador del actual Estatuto, atribuyendo a un número corto de Tribunales, el conocimiento de los nada abundantes negocios de esta clase, especializados en la materia, por la vía indirecta de concentrarlos entonces, en sólo quince órganos jurisdiccionales.

En mi tesis doctoral, publicada en 1956 (2) mi conclusión respecto a la competencia objetiva para conocer de estos procesos era, que se atribuyesen exclusivamente a los Jueces de Primera instancia, de la sede de las Audiencias Territoriales, pero no a todos, sino a uno solo designado por la Sala de Gobierno.

No lo ha entendido así la Ley Orgánica y me temo que si las Salas de Gobierno, no completan el pensamiento del legislador, que, posiblemente, por la índole de aquélla no ha estado en condiciones de captar el problema, se vuelva, en cierta medida, al deficiente estado de cosas, que en punto a la especialización del órgano jurisdiccional, trató de remediar el RDL de 1929, al principio con exceso.

(1) PELLA, Ramón, *Casos prácticos en propiedad industrial*, Gráficas Typus, Barcelona, sin fecha, p. 118 y ss.

(2) FUENTES CARSI, F., *Problemas del proceso de nulidad de registro en materia de propiedad industrial*. Bosch, Barcelona, 1956, p. 52 y ss.

al atribuir todas las cuestiones de un Tribunal único (Audiencia Territorial de Madrid) y que provocó las justas iras del estamento catalán, región que, por ser la más industrializada de España, proporcionaba y proporciona el mayor número de litigios de esta clase.

La corrección vino dada, al extenderse poco después esta competencia, a todas las Territoriales. Mas hoy, la ampliación de esta competencia a los Jueces de las sedes de aquellas, Jueces que van a aumentar considerablemente, al haberse integrado los Jueces de Distrito en la carrera judicial, puede ser fatal para la especialización del órgano, y el consiguiente acierto en los fallos, si no se le pone remedio, atribuyendo esta jurisdicción sólo, a uno de los Juzgados de la sede de la Territorial.

## II

Al unificarse en una sola, las dos fases inconexas que, hasta el 2 de julio de 1985, constituían el cauce procesal del juicio de nulidad de registro, y la circunstancia de que por ello, haya resucitado el recurso de apelación, eliminado en el art. 270 del Estatuto, sin perjuicio del de casación, existente ya, y que la LEC en su reforma de 1984, haya creado un derecho transitorio, para adaptar a la misma, los procesos incoados bajo el régimen de la vieja ley a la nueva, innovadora en multitud de supuestos, hace que ésta, y en concreta aplicación al proceso de nulidad de registro de propiedad industrial, ofrezca numerosos problemas de adaptación, dado que la LEC, es de aplicación subsidiaria este proceso especial, por el párrafo 13 del indicado art. 270.

Antes de la reforma del proceso de nulidad por la LOPJ ya existían en la aplicación de la LEC multitud de dudas, que sirvieron de base a mi citada tesis, en especial, por cuanto entonces, al ser el juicio de mayor cuantía, el proceso tipo aplicable a las cuestiones de cuantía indeterminada (las de nulidad de registro) hacían incómoda, cuando no imposible a veces su adaptación a un proceso de instancia única, desconectado en sus fases instructoria y decisoria y cometido a órganos jurisdiccionales distintos.

Hoy, cuando el juicio de menor cuantía, ha venido a sustituir a aquél, en los negocios de cuantía inestimada, los problemas surgen de nuevo, porque tampoco el legislador de la reforma de la LEC, se decidió —olvidando las recomendaciones de la doctrina— a prescindir de tan vetusto como lento proceso, supletorio otra vez por la remisión que al mismo hacen, las regulaciones de los demás juicios declarativos, en aquello no expresamente previsto en cada uno.

Intentaré realizar una exposición, de los problemas de derecho transitorio que se ofrece al proceso de nulidad del art. 270 del Estatuto partiendo de los tres hitos creados, por la LEC reformada en 1984, y por la LOPJ de 1985.

### III

Procesos incoados ante de 1 de septiembre de 1984, que siguen en tramitación, después de 3 de julio de 1985.

a) *Competencia objetiva y territorial.*—No les alcanza la reforma de la LOPJ y, por consiguiente, la competencia objetiva para su decisión, según la disposición transitoria 29 de la misma, continúa atribuida a las Salas de lo civil de la Audiencia Territorial del domicilio del demandado, siéndoles de aplicación lo que sobre este proceso regulan los arts. 268, 270, 271 y 272 sobre Propiedad Industrial, sin embargo, por imperio de las disposiciones transitorias de la LEC reformada, son de observar en su instancia y recursos las siguientes modificaciones:

b) *Justicia gratuita.*—La solicitada después de 1 de septiembre de 1984, debe acomodarse a las disposiciones de la reforma, aunque el proceso principal se haya iniciado antes.

c) *Actos de comunicación y auxilio.*—Los que se produjesen después, han de seguir las modificaciones de la reforma, pero es del caso remarcar aquí, las dificultades que empiezan a observarse en la práctica, en los emplazamientos y citaciones por correo, por las crecientes deficiencias con que se presta, por la frecuente inobservancia de los carteros, del art. 247 del Reglamento de los Servicios de Correos de 14 de mayo de 1964, y de la picaresca y falta de ética, que por una enfermiza visión de la democracia padecemos a veces los españoles.

La comunicación judicial por correo, no es nueva, aparece ya en la Ley de suspensión de pagos de 1922, para citar a los acreedores, innovando un trámite procesal inadecuado, por obra de un ministro catalán que quiso salvar de la quiebra —acertadamente, hay que reconocerlo— a una entidad bancaria radicada en Barcelona, y que a lo largo de más de sesenta años, ha rendido estimables frutos, al encontrar la colaboración de sus destinatarios, los acreedores del suspenso, interesados en facilitar a todo trance, el término de la suspensión, y no en perturbar su desarrollo.

En el proceso civil ordinario, la cosa varía:

El destinatario de la demanda, no está a veces interesado en que la misma se le comunique, y menos si se hace por correo donde los

envíos mayores (como lo son muchas demandas con sus documentos) han de recogerse en las oficinas postales.

En la entrega directa, muchas veces, por rapidez en el reparto, aquí funesta, no se exigen las identificaciones que marca el Reglamento, y se desconoce por ello, la identidad y relación con el destinatario que tiene, el que recoge el certificado, persona muchas veces distinta al interesado, e incluso la de éste, si su firma es ilegible.

El no cumplimiento del Reglamento postal, y desde luego de las prescripciones que marca la LEC, para asegurar la debida comunicación al demandado, unido a la posibilidad que tiene éste, de rehusar el envío, sin más, lo que no cabe cuando el Secretario u Oficial realizan el acto, produce el riesgo de que el acto fundamental del emplazamiento o citación para juicio, pueda verse viciado de nulidad de actuaciones, por cuanto si bien la reforma, ha eliminado el incidente de nulidad de resoluciones judiciales, acumulándolo al de apelación o casación que pueda interponerse, contra la resolución definitiva, no está claro que de ello queden excluidas las actuaciones judiciales anulables, practicadas antes de la resolución final.

Sin que sea de suponer que el litigante de mala fe, deje de aprovecharse de los resquicios que le brinda, el deficiente cumplimiento del Reglamento de Correos, obligando «ad cautelam» al demandante, a pedir, en muchos casos, la lenta y costosa comunicación secretarial.

d) *Traducción de documentos.*—Después de la vigencia de la LOPJ a que se remite el art. 601-3 de la LEC reformada, y el artículo 231-4 de aquélla, se admiten las actuaciones y documentos redactadas en la lengua oficial de una comunidad (lo que se da ya en Cataluña), sin necesidad de traducciones, salvo en los casos, en que debe surtir efecto fuera del territorio, mandato del Juez, o petición de parte que alegue indefensión, lo que puede ocasionar retrasos por la traducción, y gastos adicionales a cargo del justiciable, como sucede desde hace tiempo en otras comunidades que, aun cuando no utilizan todavía el idioma de la comunidad, en las actuaciones procesales, los edictos publicados en los boletines oficiales, van en doble versión lingüística, encareciendo en esta medida los gastos procesales.

e) *Recursos contra providencias y autos.*—Se aplica la normativa de la LEC reformada, y por ello desaparece en el recurso de reposición, la distinción entre provincias de mera y no mera tramitación, y se exige en todo caso, la cita del precepto infringido, así como el acortamiento del plazo a tres días, del concedido para la

interposición de dicho recurso, en el caso de autos que no sea resolutorios de recursos de reposición y de incidentes (al no ser susceptible este proceso de excepciones dilatorias).

f) *Incidente de nulidad de actuaciones.*—Según la disposición transitoria 8.ª en relación con la 3.ª de la LEC reformada, las modificaciones introducidas por el art. 18 en el título III, libro II de la LEC (Incidentes) son retroactivas, salvo que se hubiere propuesto «Incidente de nulidad de actuaciones con anterioridad a la vigencia de la presente Ley», y aquí surge una seria duda, ya que el texto legal reformado por dicho art. 18, no habla de «nulidad de actuaciones», sino de *nulidad de resoluciones judiciales*, que no es lo mismo, dado que aquello es el género y esto la especie, con lo cual, y atendidos a ambos textos, se produce aquí una cierta antinomia, de no fácil solución, puesto que según la literalidad del texto reformado, la supresión del incidente de nulidad, sólo alcanza a resoluciones (providencias, autos y sentencias) cuya impugnación anulatoria debe hacerse valer, con arreglo a los correspondientes recursos, y no a través de un incidente, cuyo trámite procedimental, por lo engorroso y obstaculizante, consideró acertado el legislador suprimir.

Por ello, atendidos al texto reformado del art. 742 de la LEC, entiendo que, cuando se trate, no de «resoluciones», sino de actos de comunicación (emplazamientos, citaciones, requerimientos) la viciosa formación de alguno de estos, emplazamientos y citaciones defectuosas, como consecuencia del incumplimiento del Reglamento postal, podrá solicitarse la nulidad de aquéllos, con su secuela de anulación de todos los actos posteriores, sin perjuicio, además, del recurso de audiencia en rebeldía.

g) *Segunda instancia.*—No le es aplicable el recurso de apelación, que entroniza la disposición adicional octava de la LOPJ, por cuanto la disposición transitoria vigésimo novena de la misma dispone, la no retroactividad de la reforma, a los procesos iniciados antes de su entrada en vigor (3 de julio de 1985).

h) *Casación.*—Al estar este recurso admitido en el art. 270 del Estatuto, y haber sido la casación modificada sustancialmente, por la reforma de la LEC, al recaer sentencia en proceso iniciado conforme al régimen anterior al 3 de julio de 1985, el recurso debe seguir, en su formalización y sustanciación, los nuevos preceptos de la LEC retroactiva, por imperio de la disposición transitoria 2.ª de la misma.

i) *Ejecución de sentencias.*—En el juicio de nulidad de registro no suelen reclamarse cantidades líquidas por vías de daños y perjuicios, acumuladas a las de nulidad.

No es que en principio no puedan reclamarse, al contrario, cuando en una sentencia se declara la nulidad de una patente, modelo, o dibujo, por estar anticipado por otro, esta indebida concesión, causante de la nulidad, ha producido perjuicios al titular de la primera patente modelo o dibujo. De que la sentencia sea declarativa o constitutiva, depende que tales puedan reclamarse, en unión de la pretensión de nulidad, o a continuación de la sentencia, que tal declare.

La respuesta de si tal petición es posible, está conectada por el problema de si la demanda de nulidad es declarativa, con efectos «ex tunc», desde la indebida concesión (sin previo examen de novedad, y sin perjuicio de terceros) o constitutiva, con efectos «ex nunc», desde que la sentencia queda firme. No es tema de este trabajo, y de ello me ocupé en mi citada tesis (3).

Si es de señalar que, la jurisprudencia ha tenido en ocasiones, la posibilidad de determinar si a la pura pretensión de nulidad de registro, es acumulable la de daños y perjuicios, subsiguiente de aquella, si prospera, con criterios contradictorios.

En las SS. de 6 de abril de 1945, denegó la posibilidad de la acumulación de daños y perjuicios a la de nulidad; la admitió en las de 23 de septiembre de 1932 y 22 de junio de 1961; volvió a rechazarla en las de 24 de octubre de 1964, 29 de abril de 1968 y 8 de octubre de 1968, sin que al parecer, más tarde, haya vuelto de su oscilante criterio.

Aparte de la posibilidad de solicitar estos perjuicios, si se admite que las nulidades en materia de patentes, modelos y dibujos, tienen carácter de nulidades absolutas, y no relativas «ex nunc» (simple anulación, desde la sentencia), que, repito, no es tema de este trabajo, sí es de notar que, la conexión de una pretensión de daños acumulada a la de (nulidad) viene a desvirtuar la especialidad del proceso creado por el legislador de 1929, al buscar un instrumento sencillo y rápido para ventilar cuestiones, que por industriales, están necesitadas de una celeridad que no malogre por la vía de un proceso lento perturbador de la corta vida de concesiones, cuya duración máxima es de veinte años, y que al sustraer aquél de los costosos y pesados trámites del juicio declarativo ordinario, según su importancia, en que lo tenía sumido el art. 148 de la Ley de 16 de mayo de 1902, creando un proceso de instancia única (que no se ha revelado nada rápido) no fue su designio, que se superpusieran al mismo pretensiones de daños y perjuicios, tan enojosas en la práctica procesal, y que en definitiva vienen supeditadas a una sentencia, que no se sabe al ejercitar aquélla, si será o no estimatoria.

(3) FUENTES CARSI, F., *Los problemas del proceso...*, ob. cit., p. 37 y ss.

Quizá por esta causa, haya sido abandonada la corriente que, con intermitencia, intentó su conexión con la de nulidad.

No obstante ello no cabe desconocer la posibilidad, de que tras una sentencia estimatoria de nulidad de un registro, al ser recurrida en casación (único recurso que cabe en los supuestos temporales de este apartado) puede interese pedir, la aplicación del art. 172 que permite la ejecución provisional de la misma, prestando fianza o aval bancario, sin las restricciones que, para en los casos de apelación señalan los arts. 385 y 386 de la LEC reformada.

#### IV

Procesos incoados después de 1 de septiembre de 1984 y antes de 3 de julio de 1985, que se hallen en trámite.

a) *Competencia objetiva.* — Es de aplicar lo dicho en el epígrafe homólogo del apartado anterior, o sea que la competencia decisoria corresponde a la Sala de lo civil.

b) Justicia gratuita, actos de comunicación y auxilio; recursos contra providencias y autos; incidente de nulidad; traducción de documentos; segunda instancia y casación; ejecución de sentencias; son aplicables las normas de la LEC reformada.

#### V

Procesos incoados después del 2 de julio 1985.

Aquí las modificaciones son ya sustanciales.

a) *Competencia objetiva y territorial.* Corresponde exclusivamente a los Jueces de Primera Instancia de la sede de la Audiencia Territorial del domicilio del demandado.

b) Justicia gratuita, actos de comunicación y auxilio: recursos contra providencias y autos; incidentes de nulidad; segunda instancia y casación; ejecución de sentencia; las normas de la LEC reformadas.

c) *Tramitación del proceso.* La primera instancia ante los Juzgados de esta clase por las normas del art. 270 del Estatuto, sin escisión, como hasta ahora, del trámite instructorio y decisorio, y por consiguiente, con derogación de las referencias al emplazamiento ante la Audiencia, nombramiento de Magistrado Ponente y recurso de casación directo contra la sentencia.

*Recursos.* Contra la sentencia, apelación ante la Sala o Salas de lo civil que corresponda.

*Casación.* Ante la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Ejecución de sentencias recurridas en apelación y en casación; en la forma prevista en la LEC reformada, a que nos hemos referido.

#### VI

Consideraciones críticas:

La reforma introducida en el proceso de nulidad de registro, sería acertada, si al haber devuelto a los Juzgados de Primera instancia la jurisdicción decisoria que les fue sustraída por el legislador de 1929, hubiera atribuido el fallo de estos asuntos no a todos los Juzgados de esta clase, numerosos en las sedes de Audiencias Territoriales de regiones industriales, donde suelen suscitarse la mayor parte de dichas cuestiones, sino a uno sólo de ellos.

No ha sido así, y sería de desear que este error de visión, frente a un proceso necesitado de una jurisdicción especializada al máximo, fuese corregido desde ahora, por las Salas de Gobierno de las Audiencias Territoriales (o por los Tribunales Superiores de Justicia, cuando se constituyan) encargando a un solo Juzgado el conocimiento exclusivo de estas cuestiones.

El ejemplo de los Juzgados de Familia, creados para especializar al órgano, a través de una reiterada y exclusiva función, está ahí, y bien puede servir.

Si así no se hace, me temo que la dispersión, de los no muy numerosos asuntos de esta clase, entre los quizá más numerosos Juzgados de Primera instancia, de la sede de las Audiencias Territoriales de regiones industrializadas, puede hacer que el designio del legislador de 1929 de especialización, conseguida, en la forma nada procesal de escindir, cometiéndola a órganos distintos, las fases instructoria y decisoria del proceso de nulidad de registro, pueda llegar a perderse, volviendo en parte a la indeseada situación acusada por Pella, inspirador de la reforma de 1929, de que cualquier Juzgado de Primera instancia de cabeza de partido, pudiera entender de estos asuntos, dictando fallos lamentables, por un desconocimiento de lo que sea la propiedad industrial.

La reintroducción del recurso de apelación contra las Sentencias que dicte el Juez de Primera instancia, puede ser acertada para corregir decisiones equivocadas, contra las que nada puede hacer la casación, si aquél usa con la debida ponderación, de la posibilidad que la ley le ofrece, de ejecutar la sentencia recurrida, en caso de alegarse perjuicios irreparables, en supuestos en los que, aún no discutiéndose cantidades líquidas, sino derechos, de los que son

obligados antecedente aquéllas, quepa pensar queden desamparados, por el simple artificio de una apelación, interpuesta sin otro fin, que paralizar la efectividad del fallo, a veces en forma claramente abusiva, cosa fácil de discernir por el Juez de instancia.

Este riesgo no se observa ya en el recurso de casación, donde el legislador de la reforma, reproduciendo, casi literalmente, el texto anterior, permite la ejecución del fallo, sin las sujeciones que tiene el Juez de la sentencia apelada.

El instituto de la casación «per saltum» introducido en buena hora por la reforma de la LEC puede acortar considerablemente la duración del proceso, si entre las partes se da el «play fair» necesario, para que, su aplicación, redunde en la economía procesal preconizada en aquélla, aunque sobre ello deba mostrarse un tanto escéptico, conocida la realidad del principio de contradicción «a ultranza».

## NOTAS

## EL REGIMEN PROCESAL EN LAS NUEVAS BASES DEL REGIMEN LOCAL. COMENTARIO DE URGENCIA

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS  
Letrado del Estado  
Sevilla

### SUMARIO:

I. Impugnación de actos y acuerdos. — II. Obligado traslado de los acuerdos. — III. Impugnación a cargo de la Administración Pública. — IV. Actos que invaden competencias del Estado. — V. Actos que atentan al interés general. — VI. Incumplimiento de las obligaciones locales. — VII. Disolución de las Corporaciones locales. — VIII. Competencia para el ejercicio de acciones. — IX. Revisión de oficio de los acuerdos locales. — X. Subrogación en la defensa de los derechos. — XI. Alusión a las cuestiones de competencia. — XII. La responsabilidad administrativa. — XIII. Recursos en materia de Hacienda.

### I.— IMPUGNACIÓN DE ACTOS Y ACUERDOS

Extraordinaria importancia ha tenido la publicación de las Bases del Régimen Local mediante la Ley 7 de 1985, de 2 de abril. Porque supone el desarrollo de las previsiones constitucionales al efecto y porque innova profundamente la regulación antes existente.

Imposible sería dar cuenta de toda la Ley; por ello nos ceñimos a la parte procesal o procedimental de la misma. Y aun ello con una doble limitación. No cabe el examen de todo cuanto suponga procedimiento y aun en las materias seleccionadas, el estudio no puede ser en profundidad. Se trata de un comentario de urgencia destinado a poner de relieve las principales novedades y a sugerir algunos problemas que pueden plantearse.

En consonancia con el principio de autonomía local que inspira toda la nueva Ley, el art. 51 de ésta proclama que con carácter general los actos de las Entidades locales son inmediatamente ejecutivos.

A su vez como consecuencia de lo anterior el art. 52 establece en el apartado 1: «Contra los actos y acuerdos de las Entidades locales que pongan fin a la vía administrativa, los interesados podrán, previo recurso de reposición, en los casos que proceda, ejercer las acciones que procedan ante la jurisdicción competente».

El recurso de reposición procede en general en las materias administrativas. No obstante puede no ser necesario en actos producidos por silencio o bien cuando se siga el procedimiento de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales.

Finalmente el apartado 2 de tal art. 52 aclara cuándo las resoluciones locales ponen fin a la vía administrativa. En obsequio a su autonomía los acuerdos de los Plenos, de las Comisiones de Gobierno y de los Presidentes o Alcaldes agotan la vía administrativa «salvo en los casos excepcionales en que una ley sectorial requiera la aprobación ulterior de la Administración del Estado o de una Comunidad Autónoma».

Establecido el principio general de impugnabilidad, del problema de la legitimación se ocupa el art. 63 que transcribimos ahora en su apartado 1.

«Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo, podrán impugnar los actos y acuerdos de las Entidades locales que incurran en infracción del Ordenamiento jurídico:

a) La Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas, en los casos y términos previstos en este capítulo.

b) Los miembros de las Corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos».

Del supuesto de la letra a) nos ocuparemos en epígrafes posteriores. Por ello digamos algo del recurso de Diputados y Concejales.

Al requerirse el voto en contra, ello presupone el haber formado parte del órgano que adoptó la decisión. Lo cual de entrada excluye al Alcalde que lo es unipersonal.

Pero también puede darse el caso en la Comisión de Gobierno. Como en la nueva Ley tal Comisión es de libre designación del Alcalde, resultará que cuando quede formada exclusivamente por los miembros de un solo grupo político, aquel voto en contra y posterior recurso será algo casi inexistente.

Queda pues como campo de juego las resoluciones de los Plenos donde todos los partidos tienen acceso. Lo que ocurre es que al Pleno sólo se reservan los asuntos muy importantes y no los de gestión ordinaria de la Corporación. Todo ello puede acentuarse si a su vez dicho Pleno delega algunas de sus competencias en la Comisión de Gobierno.

Para aquellos casos de actuación de tal Comisión o de los Presidentes o Alcaldes, queda la legitimación general de la Ley Jurisdiccional que ciertamente hay que considerar ampliada tras la publicación de la Constitución. Por otro lado, en aquellas materias donde impere la acción popular, caso del urbanismo, los Diputados y Concejales en general podrán recurrir, puesto que esa condición no puede perjudicar aquella legitimación popular, ni por otra parte son órgano de la Corporación a los efectos del art. 28, 4 a) de la Ley Jurisdiccional.

## II. — OBLIGADO TRASLADO DE LOS ACUERDOS

Como hemos visto y veremos después, el Estado y las Comunidades Autónomas pueden impugnar los acuerdos de las Entidades locales. Para hacerlo posible el art. 56 de la Ley aprobatoria de las Bases del Régimen Local, en su apartado 1, establece que aquellas entidades deben remitir a las administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, en los plazos y forma que reglamentariamente se determinen, copia o, en su caso, extracto comprensivo de los actos y acuerdos de las mismas.

El Real Decreto 186/1981, de 5 de febrero, que hay que considerar vigente, prescribe que por lo que hace a la Administración estatal las comunicaciones de los acuerdos deberán remitirse a los Gobiernos Civiles de las provincias. Tratándose de Comunidades Autónomas habrá que estar a su regulación propia.

El art. 56 añade que los Presidentes y, de forma inmediata, los Secretarios de las Corporaciones serán responsables del cumplimiento de aquel deber.

La regulación se completa con el art. 64 según el cual la autoridad que reciba la comunicación puede solicitar ampliación de la información, la cual deberá remitirse en el plazo máximo de 20 días hábiles.

El art. 64 termina diciendo que cuando se pida tal ampliación se interrumpe el cómputo del plazo a que se refiere el núm. 2 del artículo siguiente (trata del requerimiento de anulación). Enviados aquellos datos, el plazo interrumpido continuará corriendo.

Cabe plantear la duda de si tal interrupción se dará no sólo para el requerimiento de anulación, sino también para el recurso contencioso administrativo que la Administración pueda entablar directamente conforme al apartado 3 del art. 65. Nos inclinamos por la afirmativa pues la igualdad de razón es evidente.

### III. — IMPUGNACIÓN A CARGO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Queda posibilitada por las comunicaciones ya examinadas y su regulación la contiene el art. 65 de la Ley que por su importancia conviene transcribir:

1. «Cuando la Administración del Estado o la de las Comunidades Autónomas consideren, en el ámbito de sus respectivas competencias, que un acto o acuerdo de alguna Entidad local infringe el Ordenamiento Jurídico, podrá requerirla, invocando expresamente el presente artículo, para que anule dicho acto o acuerdo.

2. El requerimiento deberá ser motivado y expresar la normativa que se estime vulnerada. Se formulará en el plazo de 15 días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo.

3. La Administración del Estado o, en su caso, la de la Comunidad Autónoma, podrá impugnar el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa bien directamente, una vez recibida la comunicación del mismo, o bien una vez transcurrido el plazo señalado en el requerimiento dirigido a la Entidad local, si se hubiera optado por hacer uso de la posibilidad contemplada en los dos números anteriores».

Dichos números tratan del requerimiento previo para que la Corporación Local reconsidere su acuerdo al que se imputa infracción del ordenamiento. Nada hemos de decir sobre el aspecto formal del mismo. En realidad viene a ser un sustitutivo del recurso de reposición, sólo que con plazo más abreviado.

Resulta en cambio curioso que la Ley no indique el plazo que en el requerimiento deba señalarse para la reconsideración del acuerdo. Tal vez la normativa reglamentaria contemple el supuesto. Mientras tanto dependerá del que fije la autoridad requirente.

Nos parece que el plazo de un mes resultaría adecuado. Primero porque es el establecido para el recurso de reposición que cumple análoga finalidad. Después porque frecuentemente habrá que reunir al órgano de la Corporación y pedirse informes jurídicos; y aquel plazo parece razonable.

Si el acuerdo de la Corporación Local fuera contrario a la reconsideración, aquél será recurrible en vía contencioso-administrativa. Y no habrá que esperar a que termine el plazo señalado en el requerimiento (contra el tenor literal del art. 65, apartado 3), cuando la denegación sea expresa. Sí cuando se produzca el silencio.

El plazo para el recurso contencioso pensamos que es el normal de los dos meses. Incluso cuando se esté ante la denegación tácita. Se trata de procedimientos que deben solventarse rápidamente (lo

prueba que da sólo 15 días para el requerimiento), y pensamos que es aplicable el criterio que marca el art. 8 de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 1978.

Es cierto que la Administración impugnante puede acudir a la vía contencioso-administrativa sin agotar el requerimiento previo que no es preceptivo. Si así lo hiciera tampoco sería necesario el utilizar el previo recurso de reposición puesto que la palabra «directamente» que emplea la Ley así lo permite entender.

Precisamente la duda que planteamos es si, no habiendo precedido tal requerimiento previo, puede acudirse al recurso de reposición ordinario. Frente al «directamente» cabría decir que, aun cuando la reposición no sea obligada, puede utilizarse como potestativa, cual establece la Ley de Procedimiento Administrativo.

Bien es verdad que frente a ello el art. 65 establece unos cauces dentro de los cuales no aparece el recurso de reposición, sustituido por el requerimiento previo que tiene algunos requisitos adicionales. La cuestión es pues dudosa.

Con todo entendemos que debe primar el favor actionis y la posibilidad de nueva reconsideración por la Corporación Local y en consecuencia admitir también el recurso de reposición. A él habría que acudir si hubieran pasado los 15 días.

El recurso contencioso, al que de una u otra forma se acudirá conforme al art. 65 de la Ley que examinamos, habría de tramitarse por el procedimiento ordinario pues no hay previsión alguna en sentido contrario.

Guarda relación con este art. 65 una previsión del art. 70, apartado 2 sobre entrada en vigor de las ordenanzas. A ella nos remitimos.

### IV. — ACTOS QUE INVADEN COMPETENCIAS DEL ESTADO

A ellos se refiere el art. 66 de la nueva Ley que por su trascendencia conviene transcribir.

«Los actos y acuerdos de las Entidades Locales que menoscaben competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas, interfieran su ejercicio o excedan de la competencia de dichas Entidades, podrán ser impugnados directamente, sin necesidad de previo requerimiento, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por la Administración del Estado o de la correspondiente Comunidad en el plazo señalado por el número 2 del artículo anterior.

La impugnación deberá precisar la lesión o, en su caso, extralimitación competencial que la motiva y las normas legales vulneradas

en que se funda. En el caso de que, además, contuviera petición expresa de suspensión del acto o acuerdo impugnado, razonada en la integridad y efectividad del interés general o comunitario afectado, el Tribunal, si la estima fundada acordará dicha suspensión en el primer trámite subsiguiente a la presentación de la impugnación. No obstante, a instancia de la Entidad Local y oyendo a la Administración demandada, podrá alzar en cualquier momento, en todo o en parte, la suspensión decretada, en caso de que de ella hubiera de derivarse perjuicio al interés local no justificado por las exigencias del interés general o comunitario hecho valer en la impugnación».

Tenemos pues una impugnación bien peculiar. Sus motivos son únicamente los descritos: invasión o interferencia en las competencias estatales o autonómicas o exceso de las propias competencias. Este último habrá de referirse al de las propias Entidades Locales entre sí.

El plazo es el bien breve del n.º 2 del art. 65, o sea el de 15 días. Por otro lado la impugnación «directa» ante la jurisdicción contencioso administrativa nos está hablando de que no es necesario el previo recurso de reposición. La brevedad del plazo lo haría inviable.

La impugnación ha de ser fundada, puesto que debe señalar la lesión o interferencia producida y las normas que resultan vulneradas con ello. Claro es que no se trata de una fundamentación exhaustiva pues para ello están los posteriores trámites del proceso.

Bien matizada es la regulación del incidente de suspensión del acto impugnado. Se prevé acordar aquella ante la petición fundada de la Administración impugnante; pero a instancia de la entidad local, también fundada, podría alzarse tal suspensión. El precepto dice que ello ocurrirá «oyendo a la Administración demandada», lo que entendemos es erróneo pues debe referirse a la Administración demandante ya que la demandada es la entidad local que pide el levantamiento de la suspensión (1). En todo caso la regulación de este punto es ejemplar para el proceso contencioso administrativo general.

Tema importante es el del cauce procesal a través del cual discurre esta impugnación. El precedente legislativo está constituido por la Ley de 28 de octubre de 1981. En ella el art. 8 que contemplaba esas impugnaciones por invasión de competencias, se remitía al procedimiento del art. 118 de la Ley Jurisdiccional. El silencio al respecto en la nueva Ley es bien expresivo.

Por otro lado entendemos que a falta de esa remisión, el procedimiento aplicable debe ser el ordinario. Es el que más posibilida-

(1) Efectivamente así se ha enmendado en la corrección de errores.

des da para la defensa y el ataque del acuerdo recurrido. Además en el del 118 el Abogado del Estado representante de la Administración estatal, actúa por vía de informe; lo cual no es lógico cuando es esa misma Administración la que normalmente había impugnado el acto mediante escrito fundado. Entendemos por tanto que este escrito inicial, que ya contiene la pretensión, ha de ser formulado por el Abogado del Estado.

#### V. — ACTOS QUE ATENTAN AL INTERÉS GENERAL

A la impugnación de los mismos se refiere el art. 67 de la nueva Ley que es una de las innovaciones fundamentales de la misma. Helo aquí:

«Si una Entidad Local adoptara actos o acuerdos que atenten gravemente el interés general de España, el Delegado del Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Corporación y en el caso de no ser atendido, podrá suspenderlos y adoptar las medidas pertinentes a la protección de dicho interés, debiendo impugnarlos en el plazo de 10 días desde la suspensión, ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

El supuesto contemplado es riguroso. Que el acto o acuerdo atente al interés general de España y que lo haga gravemente. Nos movemos en un terreno que se aleja un tanto de lo jurídico para entrar en lo político. En última instancia estamos ante un concepto jurídico indeterminado.

Vemos el tema de los plazos. La impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa ha de producirse en el plazo de 10 días desde la suspensión. Pero previo a ésta se encuentra el requerimiento al Presidente de la Corporación. Al igual que dijimos al tratar del art. 65 de la nueva Ley, pensamos que el plazo que debe concederse para atender tal requerimiento es el de un mes. Es suficiente para que la Corporación local adopte criterio y permita aclarar pronto la situación planteada.

No se contempla tampoco el plazo que el Delegado del Gobierno tenga para la suspensión desde que terminara el concedido en el requerimiento o desde que hubiera contestado a éste de forma no satisfactoria. Pensamos que si hay diez días para la impugnación, el mismo plazo puede regir para la suspensión. Es realmente corto y permite en cambio cualquier asesoramiento que el Delegado del Gobierno pudiera pedir.

Pero queda el problema más difícil. El plazo que se tendrá para formular el requerimiento previo desde que se conozca el acuerdo

atentatorio al interés nacional. La Ley nada dice. Por otro lado tampoco nos convence el aplicar por analogía el plazo de 15 días establecido en el art. 65 para el otro requerimiento, pues los supuestos contemplados son bien distintos.

El interés general de España requiere ser protegido enérgicamente. A su vez tampoco el acuerdo puede quedar pendiente indefinidamente de una impugnación. Creemos que el Reglamento de desarrollo debiera resolver el problema y que en todo caso el plazo que se estableciera no debería ser inferior a un mes.

Otro problema es el del cauce procesal a través del cual debería discurrir la suspensión de este art. 67. Aquí sí creemos que es aplicable el procedimiento del art. 118 de la Ley Jurisdiccional que contempla otro caso de suspensión. Y ante una impugnación del Delegado del Gobierno que tendría un fuerte matiz político, sí resulta adecuado el posterior informe en derecho que ante la Sala rinda el Abogado del Estado, cual prescribe aquel art. 118.

#### VI.— INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LOCALES

De él se ocupa el art. 60 de la nueva Ley encuadrado en el capítulo sobre relaciones interadministrativas.

«Cuando una Entidad local incumpliera las obligaciones impuestas directamente por la Ley de forma que tal incumplimiento afectara al ejercicio de competencias de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma, y cuya cobertura económica estuviera legalmente o presupuestariamente garantizada, una u otra, según sus respectivos ámbito competencial, deberá recordarle su cumplimiento concediendo al efecto el plazo que fuere necesario. Si, transcurrido dicho plazo, nunca inferior a un mes, el incumplimiento persistiera, se procederá a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la obligación a costa y en sustitución de la Entidad local».

Es éste un precepto que recuerda lo prescrito en el art. 155 de la Constitución para las Comunidades Autónomas. Su base es el incumplimiento de las obligaciones impuestas directamente por la Ley y con cobertura económica garantizada, de forma que aquél afecte al ejercicio de competencias estatales o autonómicas. Por cierto que podría haberlo dicho el texto legal con un orden gramatical de las frases menos atormentado.

También aquí hay un recordatorio o requerimiento previo. El plazo concedido en él ha de ser más dilatado porque ahora no se trata de reconsiderar un acuerdo, lo que no resulta excesivamente

complicado, sino de cumplir unas obligaciones, lo que puede encerrar dificultades.

Si el cumplimiento no se produce, se hará por subrogación por la entidad requirente a costa y en sustitución de la Entidad local. no se contempla el dar órdenes directas a las autoridades y órganos de tal entidad, cual para su caso establece el art. 155 de la Constitución.

Tampoco establece el art. 60 el órgano estatal o autonómico con competencia para acordar las medidas y enviar el previo recordatorio. Creemos que, al afectarse de alguna forma a la autonomía local, tal decisión debe adoptarse al máximo nivel, o sea por el Consejo de Ministros o por el Consejo de Gobierno según los casos.

Ni que decir tiene que el acuerdo que éstos adopten será recurrible por la Corporación Local en vía contencioso-administrativa y con arreglo a las normas generales. En el párrafo 2 del art. 63 de la nueva Ley habría una base expresa para ello.

#### VII.— DISOLUCIÓN DE LAS CORPORACIONES LOCALES

Viene prevista en el art. 61 que transcribimos:

«1. El Consejo de Ministros, a iniciativa propia y con conocimiento del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente o a solicitud de ésta y, en todo caso, previo acuerdo favorable del Senado, podrá proceder, mediante Real Decreto, a la disolución de los órganos de las Corporaciones Locales en el supuesto de gestión gravemente dañosa para los intereses generales que suponga el incumplimiento de sus obligaciones constitucionales.

2. Acordada la disolución, será de aplicación la legislación electoral general en relación a la convocatoria de elecciones parciales y a la provisional administración ordinaria de la Corporación».

El precedente de esta disposición está en el art. 422 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local de 1955. Conforme a tal artículo, el Consejo de Ministros podrá decretar la disolución de los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales «cuando su gestión resulte gravemente dañosa para los intereses generales o los de la respectiva Entidad local».

Esta última expresión relativa a los intereses de la Corporación fue declarada inconstitucional y nula por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 sobre la anterior Ley de Régimen Local. Ello porque la disolución en tal caso atentaba a la autonomía de esas entidades.

En cambio la disolución por razones de intereses generales se

declaró expresamente constitucional. Máxime cuando la misma tenía una eficacia limitada temporalmente por la necesidad de convocar elecciones parciales. Así se recoge en la nueva Ley.

Esta exige en todo caso el acuerdo favorable del Senado en razón a ser ésta la Cámara de representación Territorial. En el art. 155 de la Constitución que antes citábamos también está prevista la intervención de la Cámara Alta.

A pesar de tal intervención de control, el acuerdo de disolución entendemos que es recurrible en vía contencioso-administrativa por la correspondiente Entidad Local. Y a tal efecto habrá que conceder legitimación a la Corporación disuelta pues en otro caso se le causaría indefensión.

#### VIII. — COMPETENCIA PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES

Conforme al art. 22 de la nueva Ley en su letra j, al Pleno del Ayuntamiento corresponde «el ejercicio de las acciones administrativas y judiciales». A su vez el art. 21, letra i, establece que podrá el Alcalde «ejercitar acciones judiciales y administrativas en caso de urgencia».

El art. 33, letra j, y el 34, letra h, sientan igual regulación para el Pleno de la Diputación y el Presidente de la misma.

Esa normativa es parecida a la recogida en la anterior Ley de Régimen Local en sus artículos 121, 122, 268 y 270. Hay una diferencia. Hoy el accionar por razones de urgencia se encomienda al Alcalde y no a la Comisión Municipal Permanente (o Comisión de Gobierno), en la línea de potenciar al máximo los órganos unipersonales.

Pero la diferencia más importante radica en que la regulación actual suprime la necesidad de dar cuenta al Pleno respectivo tras la actuación urgente. La eliminación del requisito no puede ser más clara. Hoy el Alcalde y el Presidente de la Diputación sólo pueden accionar cuando la urgencia del caso lo requiera, pero después que ello ocurra no es necesaria ni esa dación de cuenta al Pleno ni la ratificación de éste. Otra cosa es que como cuestión de orden puramente interno tales autoridades informen al pleno respectivo. Nunca esta falta de información supondrá merma en la legitimación de quien accionó por urgencia.

#### IX. — REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACUERDOS LOCALES

En materia tan importante y delicada conviene transcribir los preceptos que a ella se refieren. Helos aquí:

Art. 4.º 1. «En su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los Municipios, las Provincias y las Islas: g) La potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos».

Art. 53. «Sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los art. 65, 67 y 110 de esta Ley, las Corporaciones Locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común».

Art. 48. «En los asuntos en que sea preceptivo el dictamen del Consejo de Estado, la correspondiente solicitud se cursará por conducto del Presidente de la Comunidad Autónoma y a través del Ministerio de Administración Territorial».

Art. 110. 1. «Corresponderá al Pleno de la Corporación la declaración de nulidad de pleno derecho y la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria, en los casos y de acuerdo con el procedimiento establecido en los artículos 153 y 154 de la Ley General Tributaria.

2. En los demás casos, las Entidades Locales no podrán anular sus propios actos declarativos de derechos, y su revisión requerirá la previa declaración de lesividad para el interés público y su impugnación en vía contencioso-administrativa, con arreglo a la Ley de dicha Jurisdicción».

Nos parece totalmente correcta la remisión en esta materia a la legislación del Estado. Máxime cuando al mismo se atribuye en el art. 149, n.º 18 de la Constitución la competencia para regular el procedimiento administrativo común.

En el art. 53 que es básico se hacen unas determinadas salvedades. La del art. 110 porque la materia de Hacienda tiene regulación propia, cual ocurre en el Estado en la Ley General Tributaria. Las referencias a los artículos 65 y 67 son porque en ellos se contemplan ciertos requerimientos previos que de ser acogidos, pueden llevar a la anulación de actos anteriores. No nos detenemos aquí puesto que ya trataremos de ellos.

El art. 110, en su párrafo 2, establece el principio general de que los actos declarativos de derecho sólo pueden revisarse previa declaración de lesividad. Dos observaciones al respecto. Primero que tal norma, que es de carácter general, pudo incluirse en el art. 53 que tiene este mismo carácter. Después que, quizás en la línea de la reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1963, el párrafo relativo a la impugnación previa declaración de lesividad pudo anteponerse al de la revisión de oficio que en definitiva constituye algo más excepcional.

Queda un problema y es el de determinar qué órgano de la Corporación Local deberá acordar la revisión de oficio de los acuerdos sujetos al Derecho Administrativo. Porque tal competencia no se atribuye expresamente al Pleno de la Corporación y sabido es que los Presidentes de éstas tienen la competencia residual en la nueva Ley, conforme a los artículos 21, letra m y 34, letra l.

No obstante pensamos que es el Pleno quien debe acordar la revisión de oficio. Primero porque ésta implica de alguna forma un ejercicio de acciones administrativas lo que está encomendado a tal órgano. En segundo lugar el art. 56 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa establece que la declaración de lesividad corresponde al órgano supremo de la Entidad, por lo que el mismo criterio habrá de aplicarse en la revisión de oficio que envuelve si cabe mayor excepcionalidad. En tercer lugar, la intervención del Pleno implica una mayor garantía para el administrado, que es finalidad siempre importante.

Finalmente, el art. 110 antes transcrito prescribe que en materia tributaria la revisión de oficio corresponde al Pleno de la Corporación. El mismo criterio habrá que aplicar por analogía en las materias administrativas a que se refiere el art. 53 de la nueva Ley.

#### X. — SUBROGACIÓN EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS

De tema tan importante se ocupa el art. 68 de la nueva Ley que resulta oportuno transcribir:

«1. Las Entidades Locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos.

2. Cualquier vecino que se hallare en pleno goce de sus derechos civiles y políticos podrá requerir su ejercicio a la entidad interesada. Este requerimiento del que se dará conocimiento a quienes pudieren resultar afectados por las correspondientes acciones, suspenderá el plazo para el ejercicio de las mismas por un término de 30 días hábiles.

3. Si en el plazo de esos 30 días la Entidad no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas, los vecinos podrán ejercitar dicha acción en nombre e interés de la Entidad local.

4. De prosperar la acción, el actor tendrá derecho a ser reembolsado por la Entidad de las costas procesales y a la indemnización de cuantos daños y perjuicios se le hubieran seguido».

El precedente de esta norma se halla en el art. 371 de la anterior Ley de Régimen Local. En él el plazo para que la Corporación resolviera era el de 2 meses. La diferencia más importante es que en ese

art. 371 el ejercicio de la acción había de autorizarlo el Gobernador Civil de la Provincia, previo informe del Abogado del Estado.

El que se haya suprimido la intervención gubernativa estatal se encuentra en línea con el respeto a la autoridad local. En cambio el informe del Abogado del Estado se nos aparecía como especialmente oportuno en una materia no sólo jurídica sino estrictamente judicial.

Sobre tal art. 371 recayó una jurisprudencia de extraordinario interés que conviene recordar. La primera es la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Mayo de 1957 (Aranzadi 1866) que confirmó denegación del Gobierno Civil sobre ejercicio de acciones.

Se decía de tan novedoso precepto que «por él se establece un caso de legitimación indirecta, a cualquier vecino, mediante la extraordinaria concesión de sustituir o representar a la Corporación Local en el ejercicio de las acciones». Añadía el Tribunal Supremo que el conceder la autorización no era algo obligado tras el silencio municipal. A la inversa tampoco podrá el Gobernador denegar la autorización sin motivo ni justificación alguna. No es pues un acuerdo discrecional sino revisable por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sigue diciendo el Tribunal que, aun cuando la autorización gubernativa no puede prejuzgar la procedencia de la acción cuyo ejercicio se solicita, es indispensable un examen previo de la viabilidad de la misma que justifique sustitución procesal para actuar los vecinos en nombre de la Corporación. El conceder la autorización no es pues preceptivo.

Concluye la Sentencia que esta institución se establece para la defensa de los bienes y derechos de las entidades locales, no para la protección de derechos personales y subjetivos, por respetables que éstos sean.

Otra Sentencia interesante es la de 26 de abril de 1966 (Aranzadi 2690). En ella el actor había interpuesto recurso contencioso-administrativo en nombre e interés del Ayuntamiento al amparo y previos los trámites del art. 371 de la Ley de Régimen Local.

Al efecto nuestro Tribunal Supremo precisa «que tal facultad de los vecinos no constituye una verdadera acción popular o pública, sino una sustitución procesal, por virtud de la cual dichos vecinos solamente podrán hacer valer las pretensiones que podría hacer valer el propio Ayuntamiento, y con los mismos supuestos, plazos y condiciones que a éste se exigirían, más las que deben cumplir los vecinos que le sustituyen».

A lo largo de las dos Sentencias citadas, reiteradamente se habla de sustitución procesal. Quizás lo más exacto es decir que estamos

ante un caso de legitimación indirecta. Porque la sustitución procesal más bien nos sitúa ante el ejercicio de derechos ajenos pero en interés propio: la acción subrogatoria sería un buen ejemplo.

En cambio en el supuesto que contemplamos el vecino actúa no sólo en nombre de la Entidad local, sino en interés de ésta. Se trata pues de un caso de representación y de representación directa. Su origen estaría en la Ley y por sus peculiaridades bien puede calificarse de extraordinaria.

Hasta aquí los planteamientos en torno a la legislación anterior. Hora es ya de preguntarnos si en la nueva Ley pueden seguir vigentes aquéllos. En primer lugar pensamos que, aunque el texto actual nada diga, la Entidad local puede dictar acuerdo expreso denegando al vecino el ejercicio de las acciones que pretende. Otra cosa sería dar paso a éste por disparatado que tal ejercicio fuera, siendo así que el mismo se hace en nombre de la Corporación.

Lo que ocurre es que la negativa de ésta ante la petición del particular sería residenciable ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual podría revisar los argumentos de la Entidad para juzgar inoportuno aquel ejercicio. Entretanto hay que entender que los plazos de prescripción siguen interrumpidos, pues en otro caso bastaría cualquier denegación, por infundada que fuera, para bloquear aquel ejercicio. En definitiva los criterios de la Sentencia de 22 de mayo de 1957 pueden entenderse subsistentes.

Resulta interesante el requisito de dar cuenta de la petición de ejercicio de acciones a los futuros demandados. Porque puede poner a éstos al tanto de la posible estrategia de la demanda. Con todo, para aquella suspensión de los plzcos de prescripción, tal notificación parece inevitable.

Otra pregunta que puede hacerse es si la petición de ejercicio de acciones se limita al campo civil y laboral o si vale también para lo contencioso-administrativo. Conviene recordar aquella segunda Sentencia de 26 de abril de 1966 donde el recurso a ejercitar era ante aquella jurisdicción.

Resulta claro que el procedimiento que examinamos puede aplicarse cuando se trate de recurrir en aquella vía actos administrativos de otra administración pública. Más dudoso es el caso de impugnación de los propios acuerdos. Aquella Sentencia de 1966 recordaba que el vecino no podía tener otros derechos y plazos que los que tuviera la Corporación.

Ello nos lleva al proceso de lesividad ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El vecino no puede sustituir a la Corporación Local en la declaración de lesividad, que es privativo de ésta, pero sí en la impugnación posterior en vía contencioso-administrativa.

Cabría pensar que ello no es admisible teniendo en cuenta que la lesividad es algo excepcional y contrario a la seguridad jurídica del particular afectado. Pero nos inclinamos por la afirmativa porque en primer lugar la Entidad Local puede denegar aquel ejercicio mediante acuerdo fundado; después de esta denegación cabe recurrirla en vía contencioso-administrativa cual dijimos; finalmente todo ello será con conocimiento del futuro demandado que podrá oponerse al ejercicio de la acción.

#### XI.—ALUSIÓN A LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA

Los artículos 22 h y 33 i, atribuyen a los Plenos del Ayuntamiento y de la Diputación, respectivamente, «el planteamiento de conflictos de competencias a otras Entidades Locales y demás Administraciones públicas».

Queremos destacar que no se faculta a los Entes locales para promover cuestiones de competencia a los Jueces y Tribunales. Se está en la línea de la actual Ley de Conflictos Jurisdiccionales. Hasta que se dicte la nueva Ley, habrán de actuar por conducto de los Gobernadores Civiles. Con todo no nos detenemos en ello sobre lo que ya escribimos en otra ocasión.

En igual sentido de alusión, hay que citar el art. 50 de la Ley sobre Bases del Régimen Local, destinado a regular los conflictos de atribuciones sea entre órganos de una misma Entidad o entre dos de éstas.

A la impugnación ante el Tribunal Constitucional de las Leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas, cuando lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada, se refiere el artículo 63, apartado 3, de la nueva Ley que se remite al 119. En definitiva la Comisión Nacional de Administración Local o los representantes en ella de los Entes Locales podrán instar de los órganos constitucionalmente legitimados para ello aquella impugnación ante el Tribunal Constitucional. No es demasiado ciertamente.

#### XII.—LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

El principio general viene recogido en el art. 54.

«Las Entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los térmi-

nos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa».

En este precepto se continúa la línea marcada por la Constitución de 1978 sobre responsabilidad de la Administración Pública. Por otra parte la remisión a la legislación estatal es congruente con la reserva de esta competencia al Estado en el art. 149 de aquélla.

Del artículo 78 de la nueva Ley vamos a destacar los párrafos 1 y 3.

«1. Los miembros de las Corporaciones Locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Las responsabilidades se exigirán ante los Tribunales de justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable.

3. Las Corporaciones Locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros cuando por dolo o culpa grave, hayan causado daños y perjuicios a la Corporación o a terceros, si éstos hubieren sido indemnizados por aquélla».

En el apartado 1 hay una remisión a los Tribunales de Justicia competentes. La que se realiza al procedimiento «ordinario» no parece excesivamente correcta, pues será la legislación sobre tal responsabilidad la que deba marcar el procedimiento aplicable.

Se echa de menos un precepto cual el art. 416 de la anterior Ley de Régimen Local que establecía que el procesamiento de los miembros de tales corporaciones por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos había de ser acordado por la respectiva Audiencia Provincial.

El tema hay que reconducirlo al proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial que introduce una poda drástica en materia de fueros penales. Sólo se reconoce para los altos cargos de nivel nacional que han de ser enjuiciados por el Tribunal Supremo. En el caso de las Audiencias Provinciales las mismas sólo instruirán las causas frente a Jueces y Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal.

Hay pues que preguntarse sobre la subsistencia de aquellos fueros antes existentes cuando se apruebe la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial. Nos referimos a los establecidos para las autoridades locales en la Ley de 1955, a los señalados para los Gobernadores Civiles y demás funcionarios públicos en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y a los fijados para los funcionarios de la Policía.

Parece que al tratarse de normas especiales las mismas no habrían de quedar derogadas por la Ley Orgánica del Poder Judicial que es general. No obstante el carácter comprensivo de ésta puede llevar a la conclusión contraria. Máxime cuando se trata de una Ley

Orgánica que difícilmente podría ser completada con otra ordinaria.

Problema distinto es el de la opinión que nos merezca esa poda drástica de fueros personales en lo penal que se operará con la aprobación de la indicada Ley Orgánica. Sobre todo si se reconocen para las superiores autoridades nacionales, no se ve qué inconveniente habría para que también los tuvieran, a otro nivel de órgano judicial, las autoridades provinciales y locales.

### XIII. — RECURSOS EN MATERIA DE HACIENDA

Imposible resulta un examen detenido de este tema. Nos limitaremos a destacar la principal novedad de la nueva legislación básica.

Conforme a los artículos 111 y 49 de dicha Ley, el procedimiento para la imposición de tributos y para la aprobación de sus Ordenanzas es el siguiente: aprobación inicial por el Pleno; información pública para reclamaciones; resolución de éstas y aprobación definitiva.

El art. 108 tiene enorme trascendencia:

«Contra los actos sobre aplicación y efectividad de los tributos locales podrá formularse, ante el mismo órgano que los dictó, el correspondiente recurso de reposición; contra la denegación expresa o tácita de dicho recurso, los interesados podrán interponer directamente recurso contencioso-administrativo».

Con carácter más general el art. 113, párrafo 1, establece:

«Contra los actos que pongan fin a las reclamaciones formuladas en relación con los acuerdos de las Corporaciones en materia de presupuestos, imposición, aplicación y efectividad de tributos o aprobación, y modificación de ordenanzas fiscales, los interesados podrán interponer directamente el recurso contencioso-administrativo».

Cuando se habla de «actos que pongan fin a las reclamaciones», en el caso de la aplicación y efectividad de tributos hay que entender «que pongan fin al recurso de reposición» que así viene a ser preceptivo.

En cambio ha desaparecido la reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial. El art. 108 transcrito establece que «podrán» interponer recurso contencioso-administrativo, pero ello no quiere decir que quepa previamente el económico-administrativo. Por ello se dice de aquél que se formulará «directamente».

La supresión de la tradicional vía económico-administrativa en materia de Haciendas Locales trata de justificarse en la autonomía de las Corporaciones Locales. La realidad es que tratándose de un control de legalidad, el mismo pudo haberse conservado, cual reco-

noía el Tribunal Constitucional en su Sentencia ya citada. Es pues deseable que es una futura reforma se restablezca tal vía para la hacienda local.

Comprendiendo lo anterior, la disposición transitoria décima de la nueva Ley en el párrafo 1 establece lo siguiente: «A los acuerdos de aprobación de presupuestos y de ordenanzas fiscales de imposición y de ordenación de tributos locales, así como a los actos de aplicación y efectividad de dichas Ordenanzas, aprobados o dictados por las Corporaciones Locales dentro del plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, les será de aplicación el régimen de reclamaciones económico-administrativas actualmente vigente».

Podrá pensarse que pasado ese año la reclamación en vía económico-administrativa podrá conservarse como potestativa. Sin embargo a tal interpretación se opone la disposición derogatoria de la nueva Ley que afecta a:

«c) La Ley 40/1981, de 28 de octubre, sobre Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, sin perjuicio de la vigencia transitoria del régimen de reclamaciones económico-administrativas en los términos previstos en la disposición transitoria décima».

Es claro que si la vigencia es transitoria, pasado ese plazo ya sólo queda la pura derogación y la supresión de la vía económico-administrativa en materia Local. Ya expusimos nuestra opinión en pro de su restablecimiento.

## JURISPRUDENCIA

### PROCESAL CIVIL

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Extremadura

#### SUMARIO:

1. Ley procesal. — 2. Competencia. — 3. Acto de conciliación. — 4. Partes. — 5. Demanda. — 6. Reconvencción. — 7. Prueba. — 8. Sentencia. — 9. Segunda instancia. — 10. Recurso de casación. — 11. Procesos especiales. — 12. Cosa juzgada. — 13. Ejecución.

#### 1. LEY PROCESAL

##### VIGENCIA EN EL TIEMPO.

S 15 octubre 1983 (RA 5327)

*En proceso de desahucio rústico, iniciado en enero de 1980, se interpuso en 26 febrero 1982 «recurso de revisión ante la Sala de lo Social del TS». La Sala de la AT no lo admitió a trámite, denegó la certificación para interponer queja y rechazó un recurso de súplica impugnando el auto de inadmisión.*

**CONSIDERANDO:** Que, según lo expuesto, el presente recurso de casación aparece deducido contra los autos de 11 y 29 marzo 1982 por los cuales la Sala de Instancia había denegado Certificación del dictado el día 4 del mismo mes, solicitado para recurrir en queja contra este último que, a su vez, había denegado la pedida

para impugnar por el cauce del recurso de revisión regulado en el Reglamento de Arrendamientos rústicos de 29 abril 1959, la sentencia que declaró haber lugar al desahucio de la finca rústica cedida en arriendo en 1972 por merced de 185.000 ptas. y en juicio introducido en 30 enero 1980; y el recurso de casación que debe aquí y ahora decidirse, se funda en un único motivo, al amparo del núm. 1.º del artículo 1692 de la L. E. Civ., por el concepto de interpretación errónea de la doctrina legal sentada en las sentencias de este Tribunal Supremo, que se citan al efecto, pertinente dicha doctrina al núm. 6 del art. 51 del Reglamento citado, que viene a ser, en definitiva, el precepto infringido en cuanto previene (como ahora el art. 137 de la L. 83/1980, de 31 diciembre, de Arrendamientos rústicos) que, «En todo lo que no está especialmente previsto en el presente Reglamento, regirán en la materia de jurisdicción como

supletorias las disposiciones de la L. E. Civ. y las Orgánicas de los Tribunales», trayéndose a la consideración de esta Sala, conducida por los autos de 11 y 29 la cuestión resuelta por el de 4 marzo 1982 recaído a escrito de la parte demandada-recurrente de 24 y 26 febrero 1982 (folio 34 del rollo de apelación) en que (como ya se adelantó) solicitaba dicha parte se «tenga por preparado en tiempo y en forma, recurso de Revisión ante la Sala de Derecho Social del Tribunal Supremo» por manifiesto error de hecho y de Derecho en la apreciación de las pruebas y por infracción de precepto legal, «emplazando a las partes ante el Tribunal Superior dentro del plazo legal» y previa expedición de «Certificación literal de la sentencia dictada por esta Sala y de la de primera instancia, así como de los votos reservados si los hubiere o negativa en su caso»; a cuyo escrito y pese a sus inexactitudes, excusables, habida cuenta de la intrincada normativa aplicable —así, la Sala del Tribunal Supremo actualmente competente para la materia de Arrendamientos rústicos es esta Primera y no la Sexta o de lo Social, por efecto de lo dispuesto en el párr. 1.º del número 32 de la base primera de la L. 42/1974, de 28 noviembre, de bases, Orgánica de la Justicia, en vigor en cuanto al particular desde el día 27 noviembre 1976, por disposición del art. 2.º del R. D.-Ley 24/1976, de 26 noviembre, en relación con la L. 11/1978, de 20 febrero, derogatoria de aquella—, la Sala de instancia debió proveer, para mayor garantía, sobre la base de que el acceso a esta Sala de la materia de Arrendamientos rústicos se halla regulado uniformemente por los núms. 4 a 7 del art. 52 del Reglamento de Arrendamientos rústicos de 29 abril 1959 reproducidos, respectivamente, en los 3 a 6 del art. 132 de la vigente L. 83/1980, de 31 diciembre, de Arrendamientos rústicos, que prácticamente se reducen a la transcripción literal de los 1959, fuera de haberse sustituido la cuantía de 20.000 por la de 200.000 ptas. y denominar recurso de

casación al que el Reglamento llamaba recurso de revisión; siguiéndose, que si la Sala no tenía que ceder la Certificación solicitada y que se cuestiona, estaba, sin embargo de ello, en el caso de proveer sobre lo que en sustancia se solicitaba y debió por ello acordar, en presencia del art. 24 de la Constitución, sobre la base de haberse iniciado el juicio con anterioridad a la L. 83/1980, de 31 diciembre, de Arrendamientos rústicos, dato del que se sigue que, no conteniendo ésta en tema procesal disposición alguna, había de estarse al núm. 3.º del art. 2.º del C. Civ., que, por hallarse en el título preliminar, es de general aplicación, y en que se dispone que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, consistiendo la exclusión del efecto retroactivo sobre las leyes procesales en que los procedimientos ya iniciados se sustancien, cualquiera sea el estado en que se hallen al comenzar la vigencia de la nueva normativa, por la anterior y que regía en el momento de su iniciación, sujetándose a ella en todos sus trámites y recursos y a salvo, únicamente, lo que aquella nueva normativa dispusiese en contrario; conclusión que no se elimina con acudir a la vía de la analogía que, por lo demás, conduciría a preceptos próximos en el tiempo (así, a la disposición transitoria primera de la L. 46/1966, de 23 julio, sobre modificación de la L. E. Civ.) o en la materia —así, a la disposición transitoria de la L. de 17 julio 1953—; y es por ello que esta Sala viene sosteniendo invariablemente que los litigios sobre Arrendamientos Rústicos cuyas demandas hubiesen sido presentadas antes de entrar en vigor a los 20 días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del 30 enero 1981 la L. 83/1980, de 31 diciembre, de Arrendamientos rústicos, o sea, hasta el día 19 febrero 1981, inclusive, cualquiera que fuera su estado procesal, continuarán sustanciándose en todos sus trámites y recursos por las normas procesales que en razón a sus respectivas cuan-

tías regían en la fecha de su iniciación y ante los órganos jurisdiccionales competentes, a tenor de los preceptos entonces vigentes.

## 2. COMPETENCIA GENERICA (JURISDICCION)

TRIBUNALES CIVILES Y ADMINISTRATIVOS.

S 7 noviembre 1983 (RA 5959)

*El Ayuntamiento de Tarragona cedió a la Jefatura provincial de FET y de las JONS solar para la construcción de edificio destinado a ciertas actividades propias del último organismo, con reversión de la donación en caso contrario. Modificado el destino del edificio, el Ayuntamiento reivindica el solar.*

**CONSIDERANDOS:** Que en el primero de los dos recursos (también lo hace el Ayuntamiento) que ahora se interponen, se formula por la abogacía del Estado, en la representación que le es propia, y también en su primer motivo, al amparo del núm. 6.º del art. 1692 de la L. E. Civ., la denuncia de exceso en el ejercicio de la jurisdicción por conocer la Audiencia y su Sala de lo civil de un asunto reservado a la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con violación de lo dispuesto en los arts. 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, disp. adic. 2.ª del Regl. de contratación de las Corporaciones locales de 9 enero 1953, art. 4.º, regla 2.ª y art. 19 de la Ley de contratos del Estado de 28 diciembre 1963, texto articulado de 8 abril 1965, modificada por L. 17 marzo 1973 y art. 3.º, ap. a), de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 diciembre 1956; motivo y tema del que será preciso ocuparse en primero y preferente lugar, pese a que tal cuestión no hubiese sido propuesta en las instancias del juicio, dado su eminente carácter público y de derecho necesario, sustraído de la esfera del derecho dispositivo de las partes y punto

en el que no cabe sumisión ni prórroga jurisdiccional.

Que en punto a la calificación de los contratos en los que interviene la Administración, sea local o estatal, a los efectos fundamentalmente de su conocimiento en los casos de discordia, bien de la Jurisdicción ordinaria civil, ora de la ordinaria y especializada contencioso-administrativa, ya se dijo en la sentencia de esta Sala de 11 mayo 1982, ratificada por las de 5 octubre 1983 y 30 octubre 1983, que la distinción entre el contrato civil y el administrativo, a partir de la elaboración iuscivilista del convenio, supone una investigación que discrimine cuando la Administración aparece en la relación jurídica en términos que la conviertan en contrato administrativo, o bien con elementos tales a los que sea forzoso atribuir caracteres de un negocio de puro derecho privado, de neta gestión mercantil o de dominio de tal orden, para lo que puede servir —en esa tarea calificadora— además del criterio de lo que una autorizada doctrina llama «modulación del contrato por la Administración» o variantes introducidas por ésta, la consideración de que la legalidad española sufrió una importante innovación después de la Ley de Contratos del Estado, modificada por la de 17 marzo 1973, que atribuye la naturaleza de contratos administrativos —y consiguiente conocimiento a la jurisdicción especializada— no sólo a aquellos que tengan por finalidad «las obras y servicios públicos de todas clases» a los que se refiere el art. 3.º, a) de la Ley Jurisdiccional, sino a los que tuvieran tal carácter por declaración legal o por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisar una especial tutela del interés público para su desarrollo, con el importante efecto también de sustituir el tradicional criterio de supletoriedad (preferencia de lo civil) por el principio de auto-integración del ordenamiento administra-

tivo —como derecho objetivo autónomo— establecido en el art. 4.º, regla 2.ª de la Ley de Contratos del Estado, que otorga a la Ley dicha función integradora a los principios generales del ordenamiento administrativo, caso de silencio contractual o legal.

Que esta extensión calificadora operada por el art. 4.º de la Ley citada —aplicable por la referencia del Reglamento de contratación de las Corporaciones locales— al aplicar su normativa a «cualquier otro contrato» (después de enumerar los de préstamo, depósito, transporte y sociedad) vinculado a un servicio público y precisado de tutela por su interés público, no hace sino seguir el criterio fundamentalmente finalista hoy vigente en materia de interpretación («ad exemplum», y para las normas, el artículo 3.º, 1, del C. Civ.), en el sentido de atender preferentemente al servicio e interés público, al destino general de la actividad prevista o resultante del convenio, para, si así ocurre en el supuesto debatido, otorgarle la condición de contrato administrativo, tal como sin duda alguna conviene al aquí contemplado, otorgado por la Administración local y la estatal de su tiempo y con la finalidad expresa de servir el solar donado y el edificio construido para un destino puramente administrativo y público, de interés general, como no lo puede ser más el encomendado a un Ministerio que realiza su gestión pública por sí y por sus órganos, sin encomendarla o delegarla en régimen de derecho privado, circunstancia que en cierto modo, y en su caso, podría atribuir al contrato naturaleza privada civil, pese a las notas de servicio público e intervención administrativa, y que, como se ha visto, no es el supuesto del litigio, en el que la administración local dona y la estatal adquiere para dedicar el bien a una actividad propia de su ámbito de derecho público, de servicio público y de interés general.

Que la consecuencia natural de lo expuesto es la de la atribución de la

competencia jurisdiccional al orden contencioso-administrativo, según las normas citadas, y la necesidad, por tanto, de estimar el motivo estudiado y con él el recurso interpuesto por el Abogado del Estado, con abstracción del estudio ni de los demás motivos, ni del recurso formulado por el Ayuntamiento, en cuanto aquella estimación entraña el traslado del conocimiento de las cuestiones planteadas, en su fondo, a la jurisdicción a la que se ha de remitir a las partes en la sentencia que se ha de dictar seguidamente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1745 de la L. E. Civ.

#### TRIBUNALES CIVILES Y TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES.

S 19 octubre 1983 (RA 5333)

*Se pretende ante Juzgado de 1.ª instancia la suspensión de las facultades de guarda y custodia sobre una menor, encomendadas a su madre en ejecución de sentencia de nulidad.*

CONSIDERANDO: 3.ª: Que en modo alguno puede entenderse que la suspensión del derecho a la guarda y custodia de los hijos sea competencia exclusiva de los Tribunales Tutelares de Menores, sino que, por el contrario, tal competencia corresponderá a los Tribunales Civiles Ordinarios en cuantos supuestos se haya producido una crisis matrimonial determinante de una acción de separación o nulidad y así lo ha entendido la Sala especial de competencia de este Tribunal Supremo, al decir, en su sentencia de 27 abril 1963 que «ya antes de la promulgación de la L. 24 abril 1958 se venía entendiendo que aquella facultad protectora de los menores de 16 años que se atribuía a los Tribunales Tutelares con carácter general, únicamente les incumbe en los casos previstos en el art. 171 del C. Civ., pero no en los supuestos en que el matrimonio entrase oficialmente en crisis con la presentación y admisión de la demanda de nulidad del matrimonio

o de divorcio, porque entonces, en tales supuestos, actuaba el precepto específico contenido en el art. 68, 3.º del C. Civ., que ordena que el Juez de 1.ª Instancia ponga los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos, según proceda, cuya medida podría ser alterada en virtud del correspondiente juicio que autoriza el artículo 1887 de la L. E. Civ., agregándose la citada resolución que «de no seguir esta lógica interpretación habría que llegar a la conclusión de que una medida adoptada por el Juzgado de Primera Instancia en el ejercicio de las atribuciones que específicamente le venían concedidas por el art. 68 del C. Civ. y por el art. 1887 de la Ley Procesal, podría ser modificado o dejado sin efecto por el Tribunal Tutelar de Menores, a pesar de que no es organismo superior jerárquico de aquél, ni tiene atribuida por ninguna Ley la función revisora de sus acuerdos, y a pesar de existir normas adecuadas para que dentro de la propia jurisdicción civil ordinaria, se pueda enmendar o dejar sin efecto sus acuerdos cuando el mismo Juzgado o el Tribunal superior lo entendiere procedente»; 4.ª: Que a la misma conclusión llegaríamos si aplicáramos en lugar de la legislación vigente al tiempo en que se promovió la demanda, la hoy aplicable a los supuestos actuales, toda vez que la disp. adic. 2.ª de la L. 30 de 1981, de 7 julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el C. Civ. y se determina el procedimiento a seguir en las Causas de Nulidad, Separación y Divorcio, atribuye a los Jueces de 1.ª Instancia del lugar del domicilio conyugal —competencia posteriormente deferida a los Jueces de Familia—, el conocimiento de las demandas que —como la que dio lugar a las presentes actuaciones—, tienen por objeto la eficacia civil de una resolución dictada por los Tribunales Eclesiásticos sobre Nulidad de matrimonio canónico; razones todas ellas por las que procede la desestimación del primer motivo del recurso.

#### TRIBUNALES CIVILES FRENTE A ADMINISTRATIVOS.

S 5 julio 1983 (RA 4068)

*Funcionarios policiales causan la muerte de una persona a cuya detención estaban procediendo. Archivadas las actuaciones penales por un indulto anticipado y reservada la acción civil a los herederos, la ejercitan ante los tribunales civiles, tras previa reclamación en vía administrativa. Ambas sentencias de instancia no entraron en el fondo por entender que era competencia de los tribunales administrativos.*

CONSIDERANDO: Que expuesta ya la situación de hecho y las consideraciones generales del caso, se está en situación de abordar el recurso entablado contra la sentencia de la Audiencia que desestimó la demanda atendiendo a la objeción central de la incompetencia de jurisdicción, argumentada por la Abogacía del Estado, que postuló la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa, en lugar de a la civil, de la competencia para conocer y resolver el litigio planteado, atribución de competencia en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración que si, en general, la L. Ex. For. (art. 121) y su Reglamento (arts. 133 y sigts), y sobre todo, la Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su art. 3, declaran reservadas, en bloque, a la jurisdicción especializada y la de Régimen jurídico de la Administración del Estado, a su vez, consagra similar atribución, cuando se trata de reparar el daño causado por el funcionamiento normal o anormal de un servicio público (art. 40) ello no excusa que, en este tema, de muy relativa trascendencia después de la judicialización de la jurisdicción contenciosa y, peligrosamente, abocado a lo que, una autorizada doctrina, con el pensamiento puesto en la parte perjudicada, ha llamado «un peregrinaje de jurisdicción» se traigan también a examen,

como datos de partida, a efectos competenciales, las particularidades, ya, en parte, mencionadas, del caso concreto, lo que comporta que, en el ahora enjuiciado, se afirme, con el consiguiente acogimiento del primer motivo del recurso, la competencia del Tribunal civil, para decidir acerca de una responsabilidad nacida por remisión de la Autoridad penal a la vía ordinaria, en virtud de haberse declarado extinguida la presunta de aquel orden, por aplicación de un indulto tan inusual, en cuanto anticipado, como el de noviembre de 1975, ya que otra cosa supondría asistir al hecho de que unas responsabilidades, inevitablemente calificables ex delicto —artículos 1089 y 1092 del C. Civ.— cuya estimación en vía penal, en la que venían siendo perseguidas, se habría producido como pura secuela de la sanción penal y que de haber quedado reservadas, en el proceso penal sancionador, hubieran podido ser enjuiciadas civilmente, sufren, por uno de esos juegos de azar que tanto propicia aquel indulto, un desplazamiento que incrementa el beneficio penal otorgado, con el factor adicional que, notoriamente, resulta del aplazamiento, implicado en la estimación de la cuestión de competencia esgrimida por el representante de la Administración, tesis inaceptable que, además, desde la vertiente de la víctima, ofrecería la, insostenible, perspectiva de causar, día a día, un irreparable perjuicio a siete menores de edad, cuyo derecho a ver cubiertas sus necesidades físicas y espirituales de todo orden, es incuestionable y merecedor de que la dudosa cuestión competencial, bascule del lado de la Jurisdicción civil, matriz de las especializadas, y, de suyo, atractiva, ofreciendo así una solución razonable que, por otra parte y muy principalmente, encuentra incontestable apoyatura, que importa subrayar con el debido énfasis, en la calificada por conocidísima doctrina como «vinculación más fuerte» reflejándose, naturalmente, a la constitución promulgada el 27 diciembre 1978,

a cuyo orden de valores se encuentran, directamente, vinculados, al mismo tiempo que los ciudadanos, las Autoridades y Tribunales de todo orden, los cuales, en su misión de aplicar, incluso las disposiciones de rango legal, han de hacer siempre un juicio de constitucionalidad, negando validez, según el sentir general de la doctrina, a toda norma que contradiga el cuadro de valores básicos, constitucionalmente establecidos y dejando de aplicar —virtualidad también negativa— en las concretas controversias que, ante ellos se susciten, tanto las claramente inconstitucionales, como las que, por las especiales circunstancias del caso, manifiestamente restrinjan el derecho a obtener la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos o produzcan, prácticamente, un estado de indefensión contrario al derecho fundamental consagrado por el art. 24 del texto constitucional, tal y como sucedería en este caso en el que, si algo está claro, es que la declaración de incompetencia del Tribunal Civil, a los nueve años largos de ocurrir el luctuoso suceso que sumió en la miseria a la demandante y a sus hijos, quedados en situación calificada por el informe de la Alcaldía de Barcelona, ya en 20 febrero 1979, como de «franquamente deplorable», obviamente significaría embarcarlos en una nueva búsqueda de Juez competente, para entablar un nuevo proceso en el que, a lo largo de todas sus instancias y vicisitudes, tratar de obtener la satisfacción de un legítimo interés indemnizatorio, que tuvo origen en la lesión de otro derecho constitucionalmente declarado fundamental (art. 15 de la C. E.) después de haberlo perseguido, estérilmente, primero en vía penal —sumario 56/74 del Juzgado núm. 2 de los de Barcelona— luego en reclamación administrativa —escrito al M.º del Interior de 2 febrero 1978— y por último ante la Jurisdicción ordinaria en este proceso presente.

## CUESTIONES DE COMPETENCIA.

S 25 junio 1983 (RA 3684)

*Al escrito de contestación al requerimiento inhibitorio se acompaña un documento que contiene una cláusula de sumisión.*

**CONSIDERANDO:** En el caso concreto de la presente cuestión de competencia por inhibitoria, sólo es dable deducir los elementos probables aportados con la demanda inicial de las actuaciones que el lugar fijado para el pago del precio de la mercancía que en dicha demanda se reclama era el del propio domicilio del demandado, adquirente de la mercancía, radicado en la localidad de Albox (Almería), del Partido Judicial de Huércal-Overa, siendo, por ende, el Juez de 1.ª Instancia de esta última población el competente para conocer de la cuestión inicialmente planteada ante el Juzgado de igual clase de Torrelavega, y sin que a ello se oponga, como ya dijo la sentencia de esta Sala de 13 junio 1975, «una cláusula presuntamente sumisoria contenida en un documento extemporáneamente aportado a las actuaciones, por cuanto la cuestión de competencia ha de resolverse atendiendo a las alegaciones de los escritos de demanda y de proposición de la inhibitoria, y a los documentos aportados con tales escritos, por lo que, según dicha doctrina jurisprudencial, los documentos acompañados con el escrito de contestación al requerimiento inhibitorio carecen de eficacia a estos efectos», doctrina la consignada de exacta aplicación al supuesto aquí planteado, supuesto en el que el Juez de 1.ª Instancia de Torrelavega rechaza el requerimiento inhibitorio y mantiene su competencia con el exclusivo fundamento en el contenido de un documento aportado por la parte actora al evacuar el traslado que de mencionado requerimiento le fue conferido.

## 3. ACTO DE CONCILIACION

EFECTO INTERRUPTIVO DE LA PRESCRIPCIÓN.

S 29 septiembre 1983 (RA 4684)

*Se interpone la pretensión de indemnización por responsabilidad civil extracontractual cuando había transcurrido más de un año desde el sobreseimiento de las diligencias penales y desde el acto de conciliación posteriormente celebrado.*

**CONSIDERANDOS:** Que la reciente sentencia de 7 julio 1983 ha declarado que «...si bien ha de reconocerse que la doctrina de esta Sala, al contemplar el art. 479 de la L. E. Civ., otorga al acto de conciliación un efecto meramente suspensivo del plazo prescriptivo si la demanda no fuere presentada dentro de los dos meses siguientes, no puede tampoco olvidarse, ni la semejanza de dicho precepto adjetivo con el art. 1947 del C. Civ., referido a la usucapción y no a la prescripción extintiva, ni a la circunstancia de que el art. 1973, con un criterio de mayor amplitud respecto de esta última, habla sólo de la interrupción de la prescriptio actionis... por su ejercicio ante los Tribunales... frase la de «ejercicio», en la que según ha resuelto esta Sala se entiende comprendida la presentación de la papeleta de conciliación, con independencia de la naturaleza jurídica que pueda merecer esta institución», declarando asimismo, que «...a esa interpretación conduce, igualmente, la rigurosa y discutible consecuencia que produce la posición contraria, ya que ello supondría otorgar una mayor eficacia interruptiva respecto de la prescripción extintiva que contempla el art. 1973 del C. Civ., a la reclamación extrajudicial que a la verificada a través de la conciliación, con evidente ruptura del principio exegético que sanciona el art. 3.º del C. Civ., tanto en orden a la necesidad de interpretar las normas conforme al espíritu y fi-

nalidad de las mismas, como al juego de la equidad, al intercalar en la letra e incluso el espíritu y finalidad del citado art. 1973 un elemento nuevo desde el punto de vista del derecho sustantivo, que se impone a la declaración de voluntad insita en la papeleta de conciliación», debiendo añadirse a los anteriores razonamientos que el régimen jurídico aplicable a la interrupción de la prescripción es el establecido en el art. 1973 del C. Civ. denegatorio de la legislación anterior en cuanto se oponga o contradiga la normativa que introduce, y, por tanto, derogatorio del art. 479 de la L. E. Civ. en el particular relativo a la necesidad de promover el correspondiente juicio dentro de los dos meses siguientes al acto de conciliación, requisito, sin embargo, exigible en la prescripción adquisitiva por así disponerlo el art. 1947 de aquel ordenamiento sustantivo, diferencia de regulación acorde con la diferencia de fundamento de ambos tipos de prescripción, pues así como la usucapción se apoya en el hecho positivo de la posesión, posesión que continúa si el poseedor no es vencido en el juicio que posteriormente se promueva, en cambio la prescripción extintiva se asienta sobre el requisito negativo de la inactividad del titular del derecho, por lo cual el acto que exterioriza su voluntad de mantener tal titularidad interrumpe, sin necesidad de ningún otro acto complementario posterior, la prescripción que se estaba operando y dicha voluntad es evidente que se manifiesta de modo indiscutible por el cauce del acto de conciliación, que, además tiene sobre otros medios extrajudiciales interruptivos la superioridad de su fehaciente constatación documental.

Que la normativa anteriormente expuesta conduce a la desestimación de los dos primeros motivos del recurso amparados en el núm. 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ., y en los que se denuncia, respectivamente, la infracción, en concepto de violación, del art. 1968, núm. 2.º, en relación con el art. 1902,

ambos del C. Civ., y la infracción, por aplicación indebida de la doctrina de esta Sala recogida en las SS. de 20 marzo y 9 octubre 1978, pues ambos motivos toman como premisa de su argumentación la exigencia de que al acto de conciliación, para que tenga virtualidad interruptiva de la prescripción, debe seguirle el correspondiente juicio dentro de los dos meses siguientes, y como dicha premisa es inaceptable a la luz de los anteriores razonamientos, y, en el caso de litis, no había transcurrido un año desde que el 20 febrero de 1976 le fue notificado a la actora el auto de sobreseimiento de las diligencias penales hasta que en 13 enero 1977 se celebró el acto de conciliación, ni desde este acto conciliatorio hasta el requerimiento notarial practicado el 10 enero 1978, al que siguió la demanda de juicio ordinario de mayor cuantía del que dimana el presente recurso, es manifiesto que deben rechazarse los dos indicados motivos.

#### EFFECTO INTERRUPTIVO DE LA PRESCRIPCIÓN.

S 7 julio 1983 (RA 4113)

*Ejercitada, en diciembre de 1977, la acción « quanti minoris » en relación a una compraventa celebrada el 25 enero 1977, se desestima por prescripción, a pesar de que se instaron actos de conciliación en julio, octubre y diciembre del repetido año.*

CONSIDERANDOS: El primero de los motivos que se ofrecen al análisis de esta Sala, se ampara en el ordinal 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ. al entender los recurrentes que el Tribunal sentenciador infringió por interpretación errónea el art. 1973 en relación con los 1472 y 1469 del C. Civ., al no admitir la conciliación como mecanismo interruptor de la prescripción, motivación cuya admisión resulta procedente.

A tales efectos y como desarrollo de dicha admisión, que el instituto de la prescripción extintiva cual tiene declarado esta Sala entre otras en S. de 17 diciembre 1979, al venir sustentada sobre un principio de abandono o inactividad que provoca como consecuencia la pérdida de un derecho, debe ser objeto en su aplicación de trato cauteloso y por ende restrictivo —SS. de 4 julio 1953, 17 diciembre 1979, 16 marzo 1981 y 9 marzo 1983—, siendo esencial a tales efectos la valoración de la voluntad del afectado en orden al mantenimiento y subsistencia de su derecho, de tal manera que cuando se patentice clara y fehacientemente el « animus conservandi » debe quedar interrumpido el « tempus praescriptio-nis » —S. de 9 marzo 1983— y si bien ha de reconocerse que la doctrina de esta Sala al contemplar el art. 479 de la L. E. Civ. otorga al acto de conciliación un efecto meramente suspensivo del plazo prescriptorio si la demanda no fuere presentada dentro de los dos meses siguientes, no puede tampoco olvidarse, ni la semejanza de dicho precepto adjetivo con el artículo 1947 del C. Civ. referido a la usucapción y no a la prescripción extintiva, ni la circunstancia de que el art. 1973 con un criterio de mayor amplitud respecto de esta última habla sólo de interrupción de la « praescriptio actionis » «...por su ejercicio ante los Tribunales...», frase, la de «ejercicio», en la que según ha resuelto reiteradamente esta Sala se entiende comprendida la presentación de la papeleta de conciliación, con independencia de la naturaleza jurídica que pueda merecer este instituto.

Que a esta interpretación conduce, igualmente, la rigurosa y discutible consecuencia que produce la posición contraria, ya que ello supondría otorgar una mayor eficacia interruptiva respecto de la prescripción extintiva que contempla el art. 1973 del C. C., a la reclamación extrajudicial que a la verificada a través de la conciliación, con evidente ruptura del principio exe-

gético que sanciona el art. 3.º del C. Civ., tanto en orden a la necesidad de interpretar las normas conforme al espíritu y finalidad de las mismas, como al juego de la equidad, al intercalar en la letra e incluso el espíritu del citado art. 1973 un elemento nuevo desde el punto de vista del derecho sustantivo, que se impone a la declaración de voluntad insita en la papeleta de conciliación.

Que en el presente supuesto y como queda descrito en el primero de estos fundamentos, la voluntad en el recurrente de mantener sus derechos se ha puesto de relieve a través de la prestación de tres papeletas de conciliación con celebración sin avenencia de los respectivos actos, entre ninguna de cuyas actividades han transcurrido los seis meses que determina para estos casos el art. 1472 del C. Civ., así como tampoco entre la última de ellas y la presentación de la demanda.

#### 4. PARTES

##### LEGITIMACIÓN ACTIVA.

S 30 junio 1983 (RA 3694)

*Por el presidente de la comunidad de propietarios se demanda a la vendedora de plazas de garaje en los sótanos, pretendiendo resolución de algunos contratos y condena a indemnización por falta de capacidad física del local para las plazas vendidas.*

CONSIDERANDO: Que el recurso interpuesto por Inmobiliaria Vise, S. A., los motivos del mismo no coinciden con los de los otros recurrentes, ya rechazados con los de ellos, son igualmente inestimables, pues que el primero de ellos, ordinal 3.º de los planteados por aquella entidad, por supuesta inaplicación del art. 1257 del C. Civ., suscita el tema, ajeno a los demandantes, del contrato existente entre los constructores esposos señor M. D. y señora B. C. de una parte y

aquella Sociedad de otra, contrato por el que ésta cedió a aquéllos el solar sobre el que se edificó la casa 104 de la calle Pedro Alegret de Barcelona, a cambio de cinco pisos en el inmueble y correspondientes plazas de garaje indivisas en el sótano, pretendiendo en el recurso la inmobiliaria en cuestión que frente a ella sólo tiene acción los concretos compradores a los que vendió los pisos y garaje, mas no la Comunidad demandante, argumentando así con una tesis que olvida que, como ya la sentencia impugnada consigno en su planteamiento de hecho, dichos compradores son, al tiempo que miembros de dicha Comunidad, en cuanto dueños de un concreto e individualizado piso-vivienda, titulares, juntamente con los que adquirieron de los constructores, de participaciones indivisas, vendidas, precisamente, por la recurrente Inmobiliaria Vise, en la copropiedad del garaje y que cualquier comunero, en cuanto tal, y, por supuesto, igualmente la Comunidad de los pisos, debidamente autorizada, en la que coinciden los titulares de las porciones indivisas del garaje y es, asimismo, partícipe de elementos comunes en el mismo, está legitimada para accionar frente a cualquier vendedor, en beneficio común de la copropiedad, por la que actúa, todo lo cual si hace decaer el motivo que se examina, deja al margen el tema de que, con base en el contrato inicial entre los constructores y la Inmobiliaria Vise, S. A., ésta pueda, a su vez, reclamar la efectividad o la indemnización, en su caso, por las cinco veintitresavas partes indivisas de la, escriturariamente, llamada entidad núm. 1 (sótano-garaje) del inmueble, que le fueron transmitidas con destino a «cinco plazas para aparcamiento de coches juntamente con los derechos de poder maniobrar en el patio central de maniobras y a la rampa de acceso a dichos aparcamientos si no le fueron entregadas, en las precisas condiciones en que reza lo estipulado al efecto, en la escritura otorgada el 20 marzo 1975 entre Inmobiliaria Vise,

S. A., y los constructores señores M. D. y señora B. C.

LEGITIMACIÓN PASIVA DEL COLEGIO DE ARQUITECTOS RESPECTO A PRETENSIÓN DE DEVOLUCIÓN DE HONORARIOS.

S 29 septiembre 1983 (RA 4685)

*Se pretende rectificación de minuta de honorarios y devolución de cantidades frente al Colegio de Arquitectos y al arquitecto autor del proyecto. El Colegio opone su falta de legitimación.*

CONSIDERANDOS: Que el contrato llamado de arquitecto («Architektervertrag») modalidad del contrato de ejecución de obra y del de prestación de servicios, puede admitir en la práctica matices muy variados según hasta donde alcance la actividad de aquel profesional; su estatuto jurídico si bien se rige principalmente por las normas del C. Civ. y las reglas generales de la contratación contenidas en dicho Cuerpo legal, no se sustrae a la intervención administrativa paraestatal, en cuanto que su configuración interna esté prefijada a tenor de las normas contenidas en los Estatutos para el régimen y gobierno de los Colegios de Arquitectos, aprobados por D. de 13 junio 1931: su objeto fundamental, según el núm. 3.º, es defender los derechos e intereses profesionales y «organizar los servicios para el cobro de los honorarios»; los colegiados vienen obligados en la redacción y dirección de sus diversos trabajos profesionales a cumplir las normas reglamentarias y ha hacer efectivos sus honorarios por intermedio de los Colegios, aplicando la tarifa vigente, el arquitecto comunicaría al Colegio, mediante impreso oficial haber recibido el encargo de efectuar un trabajo profesional, esta regulación de efectos internos profesionales repercute para el particular transformando el contrato con el arquitecto en su contrato de adhesión, al menos en cuanto hace relación al alcance de

la vinculación del arquitecto a su Colegio; de todo ello se deriva, por un lado, la intervención del Colegio en el cobro de honorarios y en su fijación, y por otro, la postulación procesal que desde un punto de vista sustantivo ejerce la Compañía para reclamar el pago de honorarios, y también, como faceta ineludible de su fijación según la tarifa vigente, en su intervención procesal, cuando como en el caso debatido, se solicita una rectificación de aquella fijación de honorarios; así que, tanto en el caso de reclamación como en el caso de oposición a una previa fijación, la función del Colegio es sustancialmente la misma que le asignan sus Estatutos, cumplir las normas reglamentarias aplicando a los honorarios, en este supuesto ya devengados, la tarifa vigente, y la consiguiente rectificación si es procedente; y tanto en un supuesto como en el otro el Colegio profesional defiende los derechos e intereses profesionales, cuestión distinta de reclamar como propios los honorarios o de devolverlos en su caso como propios, lo que evidentemente incumbe al colegiado correspondiente en ambos casos; de ahí la legitimación del Colegio bien para demandar o bien para ser demandado y su vinculación a una litis donde en definitiva se discute la fijación de honorarios en un caso concreto, como consiguiente a una actuación del propio Colegio recurrente en donde ejerció la supervisión que el ordenamiento vigente le confiere, habiendo de intervenir asimismo cuando se trata de rectificar una actuación legal suya, ajena a intereses económicos propios en sentido estricto, cuestión que sale de la esfera de aplicación del invocado precepto legal sustantivo que por consiguiente no ha podido ser infringido en la sentencia recurrida.

Que lo razonado precedentemente hace también desestimable el tercero de los motivos, que, con el mismo apoyo procesal alega «la infracción de ley, en concepto de violación por inaplicación del art. 1275 del C. Civ.», ya

que no puede aceptarse que el Colegio recurrente en su función cuasi pública, de supervisión y de defensa de los derechos e intereses profesionales, y de promulgación de normas reglamentarias de tipo interno, aplicando las tarifas vigentes, actúe como mandatario de sus colegiados, sino precisamente todo lo contrario, pues su actuación se desarrolla en un plano de superioridad y de defensa de intereses corporativos, sin tener que sujetarse a mandato alguno de sus miembros integrantes en concepto de profesionales individuales; consideraciones que llevan a la desestimación del cuarto y último de los motivos, donde con el apoyo procesal de los anteriores se alega la interpretación errónea del artículo 1544 del C. Civ. en relación con el D. de 1 diciembre 1922 que aprobó las tarifas de honorarios de los arquitectos en los trabajos de su profesión; siendo de añadir respecto de este último motivo que, desde un punto de vista formal, se invoca una norma de naturaleza administrativa, y en cuanto a su fondo en él se impugna en definitiva la interpretación que la Sala de instancia efectuó del contrato en litigio, impugnación que hubo de verificarse a través de la normativa sobre interpretación de los contratos, demostrando que la hermenéutica adoptada por el Tribunal de apelación fue ilógica o desorbitada, y no mediante la invocación de un precepto, como el del art. 1544 citado, que contiene meramente una definición del contrato de arrendamiento de obras o servicios; sin discutirse en el pleito la certeza del precio, sino únicamente la interpretación que a su cuantía dio la Sala de instancia, la que en definitiva ha de ser aceptada por esta sala de casación, aunque la interpretación impugnada no fuese completamente exacta.

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.

S 30 junio 1983 (RA 3696)

*Se ejercita una acción negatoria de servidumbre, haciéndose salvedad de*

*un antiguo camino que afectaba a parte de la finca. El demandado se funda en lo último para argumentar que debió demandarse a la Administración en litisconsorcio necesario.*

**CONSIDERANDOS:** Que las actuaciones de que trae causa el presente recurso se iniciaron con una acción negatoria de servidumbre ejercitada por el actual recurrido, contra los hoy recurrentes en la que pedían la declaración de que la finca de su propiedad estaba libre de cargas y gravámenes, concretando su petición en el Suplico de la demanda respecto de los tres puntos siguientes que habían sido los motivadores de su reclamación: Primero) retirar una tubería de conducción de agua que, para servicio de la finca de los demandados, hicieron éstos pasar por terrenos del actor; Segundo) derruir la parte de tendejón construida en la propiedad del demandante; y Tercero) abstenerse de pasar, a pie y con vehículos, por la finca propiedad del actor; pretensión que fue estimada por la Sentencia de primer grado, aunque al tercero de los pedimentos hizo una salvedad referente a un antiguo camino que afectaba a una parte de la finca del demandante, punto en que se había apoyado la parte demandada para solicitar la intervención en el juicio de la Administración pública. La Sentencia recurrida, confirmatoria de la anterior, la rectifica, sin embargo, en este particular, reputando innecesaria dicha intervención pues lo discutido no implicaba a otras personas que los litigantes, en cuanto que la prueba acreditó que el discutido camino no afectaba al lindero oeste entre la finca del actor y la del demandado; por lo que, al confirmar, el fallo propiamente dicho, añade que «salvo en lo referente a la declaración de libertad de cargas y gravámenes que ha de referirse exclusivamente a los que se especifican en la demanda», que, como se vio, se refieren al terreno propiedad del actor.

Que, como consecuencia de lo anterior, procede desestimar los tres motivos que se formularon, porque todos ellos en contra de lo legalmente establecido, centran la impugnación en torno de la Sentencia de primera instancia, la cual es cierto y así se dijo, fue confirmada por la recurrida en este trámite, pero con la rectificación también reseñada, que no es tenida en cuenta por el recurso, que, expresamente, está haciendo hincapié en los puntos rectificadas. En efecto: los motivos uno y dos, amparados ambos en el núm. 1.º del art. 1692 de la Ley de enjuiciamiento, denuncian respectivamente violación por inaplicación de la doctrina legal sobre el «litis consorcio pasivo necesario» e interpretación errónea de la también doctrina legal sobre defectuosa constitución de la relación jurídica procesal, todo ello en relación con la pretendida necesidad de la intervención en el juicio de la Administración pública, sin tener en cuenta las aclaraciones al respecto de la Sentencia que se recurre, basadas en la apreciación de la prueba que se practicó.

## 5. DEMANDA

ADMISIBILIDAD DE SU TRANSFORMACIÓN.

S 27 octubre 1983 (RA 5346)

*Se pretendió en la demanda condena al pago de indemnizaciones debidas por determinados daños, aunque sin especificar algunos componentes de estos últimos, lo que se hace en la réplica.*

**CONSIDERANDO:** Que el motivo primero del recurso interpuesto por la sociedad «Hidroeléctrica Española, S. A.» (HIDROLA), demandante en su día, se ampara en el núm. 2 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento para denunciar que la sentencia recurrida no es congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes con interpretación del

359 en relación con el párr. 2.º del 548 de la propia ley, haciéndose el alegato respecto de lo reclamado como indemnización consiguiente a la diferencia del precio entre la calidad del combustible contratado y el suministrado, desde diciembre de 1973 hasta el 31 de agosto 1974, que suponía 100 ptas. menos por tonelada, con un importe total que la prueba practicada en instancia acreditó de 19.958.040 ptas., a lo que accedió el Juzgado pero, por el contrario, denegó el Tribunal «a quo», con base en que «...en la demanda no se reclama cantidad alguna por este concepto... por lo que, teniendo en cuenta el principio de la Congruencia impuesto por el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento, no puede hacerse pronunciamiento en cuanto a tales hechos...» dejando sin efecto lo dispuesto sobre este punto en la sentencia de primera instancia; y efectivamente, en la demanda inicial, aunque se habla del asunto se menciona aquella diferencia de valor, no se formula reclamación concreta en el suplico de la misma. Se hace, en cambio, en el escrito de réplica, donde después de ratificarse en los hechos y en los fundamentos jurídicos de la demanda, se dice expresamente que «basta añadir ahora que, cuando la Delegación del Gobierno en «CAMPSA» autorizó el suministro del fuel-oil con contenido de azufre superior al 3 por 100, impuso una reducción de 100 ptas. por tonelada; reducción que, obviamente, ha de imponerse también a los suministros anteriores, de modo que configura una cantidad a abonar a HIDROLA en el concepto jurídico reclamado...». Siendo de recordar, a este respecto, que en la normativa vigente el escrito de réplica no puede quedar marginado a los fines de la congruencia, pues el núm. 2 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento lo pone en conexión con las pretensiones «oportunitamente deducidas», sin referirse sólo a la demanda, en lo que coincide con la dicción del 359 donde se habla de «pretensiones deducidas en el pleito»; y a su vez el 548 establece que en dicho

escrito se fijarán concreta y definitivamente los puntos objeto del pleito, pudiendo ampliar, adicionar o modificar las pretensiones que se hayan formulado en la demanda, con la sola salvedad de no alterar las que sean objeto principal del pleito, lo que significa que lo alegado en réplica, que reúna esta condición, está deducido oportunamente, como comprendido en el período de alegaciones, en relación con el cual debe entenderse el requisito de la congruencia; así lo interpretó la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, que debe mantenerse, recogida, entre otras muchas en las Sentencias que cita el recurso, de 5 mayo 1920, 25 abril 1922, 22 febrero 1956, 18 junio 1958, 1 diciembre 1959, 30 marzo y 4 diciembre 1962, 31 marzo 1970, 7 julio 1978 y 28 mayo 1980. Y esto es así, habiéndose limitado el escrito de réplica, en este caso, a ampliar con un concepto más la reclamación que constituyó el objeto principal del pleito, sin que éste haya sido alterado en lo más mínimo, es evidente que la sentencia recurrida interpretó erróneamente el art. 359, dándole un alcance restringido que no tiene y como consecuencia, es incongruente con las pretensiones oportunamente deducidas, dejando de resolver una de ellas, a pesar de reconocer de modo expreso (en el penúltimo considerando) los hechos en que se fundó la pretensión. A causa de todo lo cual, procede estimar este motivo y con él la totalidad del recurso interpuesto.

TRANSFORMACIÓN ADMISIBLE.

S 5 octubre 1983 (RA 5228)

*En la demanda se pretendió condena a reparar la situación de ruina de un inmueble; en réplica se modificó tal pretensión, pidiéndose condena al pago del importe de las reparaciones necesarias para aquel fin.*

**CONSIDERANDOS:** Que el segundo motivo se basa en el núm. 2 del ar-

tículo 1692, con la tacha de incongruencia de la sentencia recurrida, por infracción del art. 359 de la Ley citada (aunque no se indique el concepto de la infracción) al dar su fallo cosa distinta de la pedida, pues —se argumenta— en la demanda se solicitaba una condena de hacer (reparar la situación de ruina del edificio) y en cambio se resuelve con una de dar o entregar una cantidad importe de la reparación, alteración, sin embargo, que ya la sentencia impugnada había justificado fundada en la modificación que la parte actora había hecho en su escrito de réplica, seguramente —añade la sentencia— por la circunstancia de que en el largo transcurso del pleito se había dado la necesidad de proveer a las reparaciones por la parte actora y conseguir así la rehabilitación de los inmuebles para su uso por los asociados del Patronato, amén de la razón jurídica de la autorización explícita en el art. 548 de la L. E. Civ., que permite a las partes, en los escritos de réplica y dúplica, modificar o adicionar los puntos de hecho o de derecho objeto del debate consignados en los de demanda y contestación, constando, según se afirma en la sentencia, que al momento de dictarse ésta se había realizado la totalidad de la obra en el transcurso de los cinco años del pleito, lo que justificaba la aplicación del párr. 2.º de dicho artículo 548, puesto que no se alteraba con la modificación pedida y concedida el objeto principal del pleito.

Que es claro que la Sala de instancia no ha infringido con ello la prohibición del cambio de demanda, la «mutatio libelli» a que dicho precepto procesal se refiere, puesto que ha respetado sus límites y, sobre todo, se ha atendido a su específica finalidad al otorgarle en su aplicación su sentido pragmático y de economía procesal, no otro que el de acompañar las peticiones de las partes y el fin del proceso (que es decidir definitivamente la contienda) al tiempo y duración —por desgracia excesiva— de su trá-

mite, de tal modo que las variaciones sobrevenidas en su curso puedan ser tenidas en cuenta y también decididas, ya que no debe olvidarse, de otro lado, que se ha de fallar en relación al tiempo y hechos de la sentencia, no de la demanda, so pena de privar de sentido a la razonable previsión del Legislador al permitir con esa norma (548 de la L. E. Civ.) la aportación de nuevas circunstancias, respetándose, como se ha respetado en el caso, la sustancia de la petición originaria, puesto que subsiste la esencia de la reparación solicitada y sólo varía la forma de ser satisfecha, dar en lugar de hacer, puesto que ya se hizo y no se puede conceder sino la posible y factible —el «id quod interest»— o sea el equivalente económico de la prestación de hacer, conclusión que también sería la hacedera en ejecución si los condenados no cumplieran el «facere» en ejecución de sentencia, respetándose en todo caso su derecho e interés puesto que pueden, en el evento, discutir en ejecución las partidas que se presenten en ese período procesal, razones todas que abonan la desestimación del motivo.

## 6. RECONVENCIÓN

ADMISIBILIDAD EN PROCESO DE TERCERÍA DE DOMINIO.

S 18 julio 1983 (RA 4236)

*Uno de los demandados reconviene frente al tercerista, reivindicando determinadas fincas que éste último consideraba suyas. La reconvección no se admitió por el Juzgado, pero la Sala se pronunció sobre ella estimándola.*

CONSIDERANDO: Que contra dicha sentencia se alza el presente recurso de casación con un único motivo, que, por el cauce del núm. 3.º del art. 1692 de la L. E. Civ., se ampara en la infracción de los arts. 359 y 408 de la L. E. Civ. y se asesta contra el pronunciamiento recaído a la demanda re-

convencional del Banco de Alicante contra el Estado; y es llano que debe prosperar por cuanto, consentida la providencia del Juzgado de 2 enero 1978, la pretensión reconvenicional quedó fuera del objeto del juicio y no era viable procesalmente el pronunciarse sobre la misma, como lo hizo la Audiencia; máxime que, según acertadamente recuerda el escrito de formalización del recurso, conforme a la doctrina de esta Sala de 26 junio 1979, en los juicios de tercería de dominio sólo es admisible aquella reconvección que se enderece a obtener la declaración de la nulidad del título esgrimido por el tercerista.

## 7. PRUEBA

INTRODUCCIÓN DE UNA PRUEBA TESTIFICAL-PERICIAL EN LA FORMA DE UNA DOCUMENTAL.

S 31 octubre 1983 (RA 5850)

*Se presenta un documento que contiene un informe-valoración del ingeniero técnico-forestal sobre toneladas de madera extraída.*

CONSIDERANDO: A) el número de dichos motivos se funda en un artículo que (ni el 578) pueden servir de base al recurso, ya que su contenido no es otro que una relación o catálogo de los medios de prueba; mas por el desarrollo se averigua que lo que el motivo pretende es destituir de todo efecto probatorio a la pericial extrajudicial de los folios 9 a 12, 14 y 15 que son documentos producidos anticipadamente al juicio y aportados con el escrito de demanda y que vienen autorizados por el Ingeniero Técnico Forestal que luego los reconoció en la fase probatoria al deponer como testigo (folios 83 en relación con los 74 y 82); y si bien asiste la razón al recurrente cuando argumenta que esos documentos no constituyen la prueba pericial, que, según la doctrina reiterada de esta Sala —últimamente, S. de 15

enero 1982— ha de practicarse ajustándose a lo dispuesto en los arts. 610 a 618 y 626 a 632 de la L. E. Civ., ofreciéndose a la parte contraria a la que propone dicho medio de prueba pericial la posibilidad de ampliarla a otros extremos de su interés, habiéndose designado al perito o peritos no unilateralmente sino mediante acuerdo de las partes o por la suerte, pudiendo concurrir ambas partes al acto del reconocimiento pericial y hacer a los peritos las observaciones que estimen oportunas y solicitar de los mismos en el acto de la declaración o ratificación y a través del juez, explicaciones para el establecimiento de los hechos, y nada de ello es viable si la intervención del perito es anterior al juicio y se refleja en documentos que luego adviera a presencia judicial, todo esto firme, no puede desconocerse, ni la libertad del juzgador para la apreciación a través de tales documentos de las conclusiones técnicas en ellos reflejadas, ni que puedan recoger no sólo las consideraciones científicas o técnicas del autor, sino también los hechos a partir de los cuales las efectúe (que es, justamente, lo ocurrido con los documentos de mérito, en que se constaba la realización, bajo la «supervisión» —folio 11— del perito y por los testigos que luego depusieron en la fase probatoria, de un «conteo» de tocones), al que, en relación con esos hechos la ratificación a presencia judicial constituya prueba testifical que se entienda con el carácter «prima facie» documental de esta suerte de pericia, ni —últimamente— que la convicción del juez se formó en el caso y sobre el dato fundante del fallo de la cantidad de madera extraída del monte, a partir de «toda la prueba practicada» y figurando entre los medios utilizados la testifical del propio perito, de los testigos que le auxiliaron o de que se valió para la contada de tocones, y de otros testigos (incluidos los suministrados por el demandado), por lo cual no es suficiente para destruir esa convicción el insistir sobre el «nomen» de ese medio probatorio,

tan frecuente, por lo demás, en la práctica forense, en la cual resulta a veces imprescindible.

#### MEDIOS DE PRUEBA. CONFESIÓN.

S 13 julio 1983 (RA 4220)

*La parte entiende que se hubiera podido practicar la prueba en segunda instancia, sin necesidad de recibimiento, porque era de confesión y no testifical.*

**CONSIDERANDO:** Que como el aquí recurrente se personó en la primera instancia del juicio ejecutivo después de la providencia recibiendo los autos a prueba y como con posterioridad no recurrió la sentencia del Juzgado mandando seguir adelante la ejecución, personándose en la apelación interpuesta por los otros ejecutados después de dictada la sentencia por la Audiencia, es manifiesto que ni se da la infracción formal del núm. 3.º del art. 1693 de la L. E. Civ. dado que sí hubo recibimiento a prueba, ni se le denegó diligencia alguna probatoria en cuya negativa pudiera apoyarse la casación al amparo del núm. 5 del referido artículo en cuanto ninguna pidió ni en primera ni en segunda instancia, pero es que aun sobrando todos los obstáculos procesales indicados tampoco podría correr mejor suerte el recurso en cuanto, como la sentencia de la Sala afirma —y a tal afirmación debe estarse— la falta de práctica de la prueba testifical del Corredor de Comercio debe atribuirse única y exclusivamente a la parte que la propuso y sabido es que a tenor del art. 862, 2.º de dicha Ley en tales supuestos no debe otorgarse el recibimiento en segunda instancia, y respecto a la prueba de confesión de personas jurídicas debe prestarse tal confesión por sus órganos o persona física a quien estatutariamente corresponda y no por terceros, aunque se trate de apoderados o representantes voluntarios, que, en su caso, deben aportar sus conocimientos al proceso a través de la vía

testifical, a menos que se den los requisitos del art. 567 de la referida Ley, debiendo, en consecuencia, condenar al recurrente al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido por imperativo del art. 1767.

#### DE CONFESIÓN Y DOCUMENTAL PRIVADA: VALOR PROBATORIO LEGAL.

S 25 junio 1983 (RA 3683)

*La sociedad arrendataria, demandada para resolución del contrato por subarriendo inconcuerdo, confesó que en el local arrendado tenía su sede otra sociedad, así como reconoció el documento privado en el que se pactaba el arrendamiento con exclusión de toda modalidad de cesión. No obstante, en ambas instancias se desestimó la demanda.*

**CONSIDERANDOS:** Que, por lo que respecta a la denunciada intromisión de la entidad «S.T.U.P. como causa resolutoria del contrato, es otro el resultado al que debe llegarse de acuerdo con la motivación del recurso, y así, en cuanto al motivo primero, que se articula por la vía del núm. 7.º del art. 1692, por error de derecho en la apreciación de la prueba, se acusa a la sentencia recurrida de la inaplicación del art. 1232 del C. Civ., relativo a la eficacia de la confesión judicial, que dicho juzgador de instancia desconoció al no apreciar y no dar su fuerza legal probatoria a la prestada por la demandada arrendataria, quien al ser preguntada ser verdad que en el repetido local de negocio tiene su sede la Agencia General de la Sociedad «S.T.U.P.», Paris, contesta afirmativamente, «que es cierto», aunque añade que la entidad que representa «es la Agencia General de Stup», y en el segundo, también por error de Derecho en la apreciación de la prueba, acusando la inaplicación del art. 1255 del C. Civ., por desconocerse la eficacia como documento privado —y de su contenido— al contrato de arrenda-

miento vigente «inter partes», cuya cláusula primera prevé que se «hace el alquiler con el exclusivo carácter de oficinas para instalar en el local la sociedad arrendataria las suyas de Proyectos de Ingeniería Civil, sin que sus empleados y otras personas puedan desarrollar en el mismo otras actividades profesionales, particulares, etcétera, independientes y distintas de las que deben prestar a la sociedad referida», todo ello con la prohibición consiguiente de subarrendar, ceder, traspasar o subrogar, total o parcialmente, a otra persona o entidad, establecida en la cláusula 5.ª.

Que es evidente que, dados los hechos que la propia sentencia admite y reconoce, no debió desconocer la eficacia de uno y otro medio de prueba como admisión y demostración ambos de una situación de hecho como la de la intrusión en el local y en la relación jurídica arrendaticia de una tercera persona, aquí jurídica, ajena a dicho contrato, máxime cuando prevista por las partes de modo tajante la prohibición de ceder hecha en el documento contrato, esa paladina confesión judicial descrita no es contradicha por ninguna otra prueba, antes bien es confirmada por el acta notarial a la que se alude en el recurso y en la que una dependiente de la sociedad arrendataria reconoce y admite el mismo hecho o anómala situación, no tolerada por el arrendador, ni tampoco desvirtuada por el argumento de la Sala al respecto de que esa sociedad STUP, por su actividad o dedicación, encaja en las actividades u objeto social de la arrendataria según sus estatutos, amén de ser ésta representante de la STUP, argumento que en nada puede afectar al arrendador, ajeno a dichos estatutos (art. 1257 C. Civ.) y no obligado más que al contrato de arrendamiento y a sus naturales y legales consecuencias (artículo 1258 C. Civ.).

## 8. SENTENCIA

### EFICACIA DE LA PENAL RESPECTO A LA CIVIL.

S 23 octubre 1983 (RA 5338)

*Se pretende la revocación de una donación por la causa del n.º 1.º del art. 648 (delito contra persona, honra o bienes del donante). El proceso penal se había sobreesido por aplicación del indulto anticipado.*

**CONSIDERANDO:** Que igual suerte han de correr los motivos tercero y quinto del recurso, formulados con la incorrección inherente a denunciar, a la vez, como se hizo con el primero y segundo, la aplicación indebida del art. 648 del C. Civ. y la interpretación errónea del mismo precepto, la que sin más, determinaría su periclitamiento aun en el caso de que, también aquí, se intente salvar la incompatibilidad inicial, atendidos a que, en su desarrollo, cada uno de los motivos enjuiciados hace referencia a distinto cónyuge demandante, entendiéndose, el recurrente, que si bien en las actuaciones penales, instruidas con motivo de los hechos acaecidos entre la donataria y sus padres donantes, el 4 julio 1976, se llegó al procesamiento de aquélla por las lesiones producidas al padre, el procedimiento penal fue sobreesido el 16 junio 1977, por aplicación del indulto del 14 marzo anterior, lo que desprevée a la acción revocatoria del presupuesto base —comisión de un «delito»— del núm. 1.º del art. 648 del Código en cualquier caso y, muy especialmente, en cuanto a la madre donante, respecto de la que no se hizo pronunciamiento por el juez penal, cuyo auto de procesamiento fue dictado, contra la hija donataria, por haber causado lesiones precisamente al padre, con duración superior a los quince días, razonamiento absolutamente rechazable si se tiene en cuenta, no sólo la bien discutible rescindibilidad de la donación conjuntamente hecha, por ambos cónyuges, a la hija «por el cariño y afecto

que profesan» a la misma «y como anticipo y a cuenta de sus derechos legitimarios paternos y maternos», según reza la escritura de 3 mayo 1973, sino el hecho de que, la conducta delictiva inculpada en el sumario 48 de 1976 de Villafranca del Penedés, comprende, en el relato que abre las actuaciones y en el de los hechos determinantes del procesamiento, al lado de las lesiones causadas al padre, las coacciones y vejaciones producidas a «ambos» cónyuges —vejación para la madre que aunque no existiera otra, está manifiesta en la agresión al esposo en su presencia— las cuales coacciones y vejaciones, tienen una naturaleza penal, indudable aunque no llegaran a ser calificadas punibles y, consiguientemente, a ser sancionadas por la competente jurisdicción penal, que encontró cortado su camino por el indulto anticipado de la conducta de la procesada, carácter penal que obliga a tomarlas en consideración enjuiciándolas y calificándolas en su dimensión punible, por el juez civil, a los solos efectos de fundar la ingratitud que está en la base de la acción revocatoria ejercitada, la cual, no puede quedar detenida añadiendo el indulto —que es siempre un acto de gracia referido a la conducta penalmente relevante— un efecto adicional de carácter civil, no querido por el legislador, que en pugna con la naturaleza del propio acto de gracia, vendría a negar la evidencia de una ingratitud a la que, el C. Civ., anuda el concreto efecto de dar vida a la acción revocatoria de la donación, conclusión insatisfactoria a la que es oportuno añadir, abundando en el rechazo de los motivos en estudio, la más que fundada duda de la del C. Civ. emplea la expresión «delito» en su acepción técnica generalmente aceptada de acción típicamente antijurídica culpable y punible o, en el lato sentido, de conductas penalmente sancionables y, como tales, ostensiblemente reveladoras de ofensa e ingratitud del donatario para con el donante, ya que si esta última interpretación amplia, parece

contraria a la expresión literal «delito» que la norma civil emplea, de aquella otra estricta surgen problemas que impugnan seriamente su aceptación, entre ellos todos los nacidos de la extinción de responsabilidad penal antes de la condena por los Tribunales de ese orden (indulto anticipado, muerte del reo, etc.) o de la no punibilidad de la conducta, no obstante contener, como en el supuesto de la excusa absoluta de los próximos parientes (respecto de los delitos en que esta excusa entra en juego) el mayor coeficiente de desconsideración e ingratitud para con el donante cuyo techo cubre al donatario; si a ello añadirse la certidumbre de que el texto legal no usa las expresiones «delito contra la persona, la honra o los bienes del donante» con precisión técnica alguna, puesto que, de no entenderlo así, se llegaría al absurdo de que, de toda la gama de delitos que el C. P. comprende, sólo determinan ingratitud, a efectos de la revocación de donaciones, los contra la vida e integridad corporal, los que lo sean contra la honra (por cierto no figurados, penalmente, bajo esta rúbrica) y los atentados contra la propiedad, dando a estos últimos una acusadísima preferencia, como reveladores de ofensa al donante víctima de ellos, sobre aquellas otras, indudablemente más graves, como son los unificados contra la libertad y seguridad, honestidad, etc., que quedarían excluidos de la nota de ingratitud todo lo cual agudiza los problemas que suscita la interpretación literal del Código, cuyo texto expreso, obviamente, reduce con demasiada frecuencia, el límite de aplicabilidad de la norma produciendo un sensible vaciamiento de lo que constituye el núcleo de la conducta civilmente intolerable, esto es, la ingratitud, cuya estimación, tan condicionada, a la hora de la revocación de las donaciones, resalta al lado de la clara amplitud del término en punto a las causas de indignidad para suceder o de desheredación, que, algún destacado sector de la doctrina, trae a examen comparativo con la oportuna ob-

servación de que la mayor severidad ha de bascular del lado del donatario, que todo lo debe al donante, mientras la ley y los vínculos de familia, que están en la base de la herencia, abonan la tesis favorecedora del heredero.

#### INCONGRUENCIA.

S 12 julio 1983 (RA 4216)

*Se interpone pretensión reivindicatoria, y la sentencia de 2.ª instancia, al no haberse probado los lindes del trozo de terreno reclamado, entiende que no debe pronunciarse sobre el fondo hasta que no se verifique el oportuno deslinde.*

CONSIDERANDO: Que el recurso basa su impugnación a la Sentencia recurrida, ante todo denunciado, en el segundo motivo, incongruencia del número 2 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento, con violación por no aplicación del 359 de la misma, por entender que la Sentencia no es congruente con las pretensiones deducidas oportunamente por los litigantes, encaminadas a tratar de demostrar su respectiva propiedad respecto de la parte de la finca que fue objeto de debate. Motivo, que debe ser estimado pues siendo cierta la constante doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo en el sentido de que no es incongruente la Sentencia absolutoria, como lo es la impugnada en cuanto que desestima la demanda, no es menos cierto que la doctrina no tiene ni puede tener carácter absoluto, según admitió la misma Jurisprudencia, pues forzosamente tiene que hacer excepción en supuestos como el contemplado, donde abiertamente se evidencia la incongruencia, no obstante la absolución, pues lo pedido por la parte actora (ahora recurrente) fue la declaración de una propiedad que describía en su extensión y lindes, que había sido invadida por la actuación del demandado, el cual, igualmente alegó sus títulos de dominio y los consiguientes

lindes, acerca de todo lo cual se practicó la prueba pertinente, sin que ninguno de ellos aludiese ni remotamente al previo o simultáneo deslinde, que reputaban innecesario, pues lo único que querían era la solución judicial al problema planteado, en la forma como se planteó. Siendo de recordar, además, que según establece el art. 348 del C. Civ., el deslinde en un derecho que tiene todo propietario, que corresponde también a los titulares de derechos reales limitados, pues el párr. 2.º del precepto añade que les corresponderá la misma facultad: en consecuencia con lo cual, la normativa procesal de la Ley de Enjuiciamiento determina que «puede pedir el deslinde... no sólo el dueño del mismo, sino el que tuviese constituido sobre él algún derecho real para su uso y disfrute»; y siendo un derecho, no es un simple medio de prueba que pueda ordenar la Autoridad judicial, pues implica un procedimiento especial que aquéllos tienen facultativamente, a su alcance. Con la particularidad de que a tenor del art. 285 del Código «se hará en conformidad con los títulos de los propietarios y a falta de títulos suficientes, por lo que resultare de la posesión en que estuvieren los colindantes», que es precisamente, como se vio, lo que las partes alegaron en este caso; y con la consecuencia ineludible de que el resultado no es definitivo en cuanto a la determinación del derecho, como se desprende del art. 2070 de la Ley de Enjuiciamiento y sobre todo de la doctrina jurisprudencial, uniforme en proclamar que las operaciones de deslinde no dan ni quitan derechos, mientras no recaiga Sentencia en el juicio declarativo sobre la propiedad, que corresponda; que es el que se entabló y cuya congruente solución no puede ser la de remandarla a una vía que tendría que terminar en lo que fue inicio de las presentes actuaciones. Solución, la impugnada, que, por otra parte, supone tanto como no resolver el asunto de que se conoció, con la inevitable incidencia en el ap. 7 del art. 1.º del C. Civ.

## INCONGRUENCIA.

S 8 julio 1983 (RA 4203)

*El contratista demanda el pago de parte del precio por un arrendamiento de obra, cuya resolución por incumplimiento fue extraprocesalmente pretendida por el comitente. La Sala condena al pago de una cantidad en concepto de compensación al contratista por haber ejercitado el dueño de la obra la facultad del art. 1594 C. Civ.*

CONSIDERANDO: Que el principio de congruencia, aspecto del más amplio de rogación, recogido en el artículo 359 de la L. E. Civ., impone una sustancial armonía entre los pronunciamientos de la sentencia y las pretensiones de las partes, sin posibilidad por tanto de resolver «extra petitum», y de ahí que el organismo jurisdiccional no decide adecuadamente ni con justeza cuando se aparta de los términos de la cuestión debatida, según ha sido planteada por los litigantes, alterando el elemento fáctico de la «causa petendi» con olvido de la máxima «secundum allegata et probata partium» y en consecuencia desviándose del supuesto de hecho ofrecido en la contienda, «vicio in iudicando» en modo alguno permitido por la regla «iura novit curia», que si autoriza al Tribunal para calificar de manera distinta el conflicto suscitado, tal libertad valorativa ha de partir de la estricta acomodación a los hechos alegados y a las cuestiones debatidas, pues lo contrario equivaldría al cambio de las pretensiones entabladas, modificando la causa de pedir y sustituyendo por otra la materia de controversia, postulado en el que se basa la doctrina jurisprudencial en trance de precisar cómo ha de entenderse tal correlación entre las pretensiones de las partes y lo resuelto por el organismo judicial —SS. de 6 marzo, 3 julio, 25 noviembre 1981, 8 abril y 27 octubre 1982 y 28 enero 1983, entre otras muchas—; razones que conducen a la estimación del recurso en sus moti-

vos 1.º, fundado en el ordinal 2.º del art. 1692 por incongruencia «extra petitum» con violación del art. 359 citado, 3.º, basado en violación por inaplicación del art. 1124 del C. Civ., precepto del que se prescinde a pesar del planteamiento del tema por los litigantes, 4.º, que invoca como violados los artículos 1091 y 1278 del mismo Código al omitir su aplicación no obstante lo pactado por los contratantes, y 5.º, que denuncia la indebida aplicación del art. 1594 del propio Cuerpo legal, norma de clara inatención al caso debatido, vulneraciones cometidas con toda evidencia, por cuanto: A) La posición de la entidad comitente, tanto antes del litigio como en el proceso no se apoya en el derecho que el art. 1594 del C. Civ. otorga al dueño de la obra para desistir de la construcción por su sola voluntad, abonando las indemnizaciones que señala, sino que explícitamente acude a la facultad resolutoria pactada en el contrato para la hipótesis de incumplimiento, reformada en lo menester por la condición resolutoria tácita regulada en el artículo 1124, por más que su normativa no sea operante cuando ha sido estipulada una cláusula comisorias expresa para la resolución del contrato, con toda la eficacia obligacional que el art. 1091 del C. Civ. le concede —SS. de 18 diciembre 1956, 23 noviembre 1964, 8 mayo 1965, 24 febrero 1966, 30 marzo 1976, 14 febrero 1977 y 24 mayo 1982—, facultades resolutorias tanto la expresa como la implícita que pueden utilizarse no sólo acudiendo a la vía judicial sino mediante declaración no sujeta a forma dirigida a la otra parte, obviamente a reserva de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando sea impugnada —SS. de 25 mayo 1967, 5 julio 1971, 21 mayo 1976, 22 diciembre 1977 y 5 noviembre 1982—; B) La entidad contratista niega la oportunidad y fundamento de la resolución negocial utilizada por Hotelmenor, S. A., y a su vez deduce demanda postulando un pronunciamiento resolutorio por su parte, con la condena de la enti-

dad comitente al pago de toda la obra ejecutada, sin reducción alguna por incumplimiento que le sea imputable; C) El desistimiento unilateral del comitente y la obligada indemnidad del contratista a tenor del art. 1594 —literal reproducción del art. 1535 del Proyecto de 1851—, responde a una situación distinta a la de resolución del contrato conforme a lo pactado o por aplicación del art. 1124, diversidad de hipótesis que no consiente asimilar ni confundir ambos preceptos, por lo mismo que responden a heterogéneos presupuestos, como también son disímiles sus consecuencias en orden a las respectivas indemnizaciones, y así lo tiene recordado la jurisprudencia —SS. de 24 enero 1970, 19 noviembre 1971, 22 noviembre 1974 y 7 octubre 1982—; D) La indebida aplicación al caso debatido por la Sala «a quo» del precepto en cuestión se traduce en claro exceso a la hora de acoger la acción de condena a la demandada al pago de las cantidades interesadas por la entidad contratista, pues se toma como referencia «el presupuesto total de la obra», en lugar de atender a la realmente ejecutada al tiempo en que la comitente hizo válida utilización de la facultad resolutoria del contrato, tal como se precisa en la segunda sentencia.

## CONGRUENCIA.

S 27 mayo 1983 (RA 2914)

*En la demanda se pretendía la nulidad de contrato de compraventa de un solar por depender la misma de la edificabilidad de aquél según un determinado proyecto encargado por el vendedor y también adquirido por el comprador. El vendedor demandado se defiende sólo negando que la compraventa quedara subordinada a la realización de aquel proyecto. La Sala desestimó la demanda por no haberse probado la inedificabilidad absoluta del solar.*

CONSIDERANDOS: Que para decidir sobre la procedencia o improcedencia del indicado motivo debe partirse de los siguientes antecedentes básicos resultantes de las actuaciones: 1.º, en la relación de hechos de la demanda que sirven de causa petendi a la pretensión actuada se dice, literalmente, en el hecho segundo que «Mi mandante compró la referida parcela en razón de que existía un proyecto de construcción de un edificio de 12 plantas con sesenta y tres (63) apartamentos sobre dicha parcela. Así se deduce de la estipulación 5.ª del contrato privado de compraventa... «Esta fue la causa y no otra, de la referida compraventa. En cumplimiento de esa cláusula mi representada abonó al Colegio de Arquitectos la suma de cuatrocientas cincuenta y cinco mil trescientas treinta y tres pesetas (455.333), importe del referido proyecto». 2.º, en la contestación a la demanda se acepta dicho planteamiento y toda su argumentación tiende a desvirtuarlo negando que se garantizase la edificabilidad «...y mucho menos, como se pretende de contrario, haciendo condición básica del contrato la aprobación del proyecto de edificación encargado al Arquitecto don Eduardo O., para dicha parcela». 3.º, en el escrito de réplica se reitera que el único objeto de la compraventa no fue la parcela, sino, además iba también incluido un proyecto de edificación de un Edificio de Apartamentos, redactado por don Eduardo O., encargado por los demandados y que se obliga a mi representada a abonarlo en el Colegio de Arquitectos de Málaga. Lo que efectivamente se hizo...»; que si no se pagó el segundo plazo de 4.500.000 pesetas en la fecha prevista fue debido al incumplimiento de los vendedores relativa a la «posibilidad de realizar un determinado proyecto sobre esa parcela»; que la actora «compró la parcela en razón de que existía un proyecto de construcción sobre dicha parcela. Por supuesto en base a que ese proyecto fuera realizable»; que «se compra un solar con un proyecto de

construcción realizable técnica y administrativamente»; y en el escrito de dúplica se reproduce el contenido del de contestación a la demanda; 4.º, la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia afirma en su quinto considerando que «...la intención de ambas partes no es vender y comprar simplemente una parcela para edificar sobre la misma el proyecto, que con anterioridad a la venta habían encargado los vendedores al Arquitecto don Eduardo O. F. de un edificio de 15 plantas destinado a apartamentos», «pues resultaría ilógico y absurdo, si el objeto de la venta y la finalidad o intención de ambas partes, hubiera sido únicamente la venta de una parcela que el comprador abonare también... un proyecto de construcción no encargado por el comprador, sino precisamente por los vendedores...»; y 5.º, la sentencia de la Audiencia, revocando la apelada, después de sentar en su tercer considerando «...que ha de mantenerse que, aun aceptando, como se sostiene en la sentencia recurrida y se admitió en la alzada por el apelante, frente a lo por él sostenido en la instancia, que realmente de todo el contexto del contrato celebrado se desprende que la razón fundamental que movió a la compradora a su celebración fue la posibilidad de construir un edificio sobre el solar, por lo que, caso de no poderse edificar el mismo, el supuesto habría de estimarse como error sustancial que viciaría de nulidad el convenio por referirse a aquellas condiciones de la cosa vendida que, principalmente, hubieran dado motivo a celebrarlo, como se exige por el art. 1266 del C. Civ., no podrá, no obstante, aceptarse la solución estimatoria de la demanda de aquella sentencia, pues ...lo que se imputa en la demanda como error no es que en el solar no se pudiera construir ese edificio concreto que ya estaba proyectado sino, genéricamente, que el solar era inedificable...» y tal inedificabilidad, afirma, no se ha acreditado.

Que la simple comparecencia o contraste entre el fundamento fáctico o causa petendi relatado en los escritos de demanda y réplica —compra de la parcela para construir en ella el edificio de 15 plantas de apartamentos según el proyecto encargado por los vendedores al arquitecto don Eduardo O. y pagado por la compradora, proyecto que se transmite al propio tiempo que la parcela y en el propio documento de compraventa— y el fundamento o presupuesto de hecho que la sentencia recurrida entiende que ha servido de base a la demanda —inedificabilidad del solar— pone de manifiesto el error material sufrido por el Tribunal de instancia al apoyar sus razonamientos en una causa petendi no alegada, error o equivocación de tal trascendencia que la propia sentencia admite que el fallo dictado hubiera sido distinto en el supuesto de que lo convenido hubiese sido la construcción del citado edificio proyectado inicialmente; todo lo cual le hace incurrir en el vicio de incongruencia denunciado, vicio que lleva aparejado la estimación del indicado motivo y, en consecuencia, la casación de la sentencia, lo que libera del estudio de los otros dos motivos articulados con carácter subsidiario para el supuesto de que el primero no tuviera éxito; sin que a la conclusión estimatoria se oponga la circunstancia de que la recurrente encargara otro proyecto de edificio al mismo arquitecto con la reducción de la altura a 12 plantas y del aumento de volumen en unos cientos de metros cúbicos, pues, según se acepta por la sentencia impugnada, tanto el primer proyecto adquirido de los vendedores como el segundo eran inejecutables, entre otras razones urbanísticas, al estar limitadas a sólo 8 las alturas autorizadas, y sin olvidar, por otra parte, que la inedificabilidad en el momento de la compraventa, que la sentencia recurrida dice no haberse acreditado, resulta de su propio contenido, pues a tenor del art. 67 de la Ley del Suelo de 12 mayo 1956, a la sazón vigente,

el suelo urbano está sujeto a la limitación de no poder ser edificado hasta que la respectiva parcela, por contar con los servicios mínimos de urbanización —calzada pavimentada, encintado de aceras, servicios de suministro de agua, desagües y alumbrado público— merezca la calificación de solar, y tal sentencia acepta que el proyecto de urbanización no había sido aún aprobado, lo que impedía la edificación sobre la parcela vendida.

## 9. SEGUNDA INSTANCIA

RECLAMACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMAS ESENCIALES QUE DAN LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN.

S 27 junio 1973 (RA 3687)

*Al no estimarse en la sentencia de primera instancia la infracción de un pretendido litisconsorcio, se pretende el examen de esta cuestión en segunda instancia por la vía del art. 859 LEC.*

CONSIDERANDO: Que el primero de los motivos del presente recurso de casación por quebrantamiento de alguna de las formas esenciales del juicio, consiste, según se comprueba con la lectura del vuelto del folio 33 del rollo de la Sala de la Audiencia «a quo», en que, como ya se opuso en el escrito de contestación a la demanda iniciadora del juicio de que dimana, «debió demandarse a la vendedora de la finca de los actores», refiriéndose a que las parcelas sobre cuyos linderos y extensión cuestionan las partes en liza, o sea las 23 y 24 de los demandantes y las 34 y 35 de la demandada, todas ellas de la «Urbanización S.» del Municipio Castillo-Playa de Aro, de Gerona, fueron adquiridas de Joaquina V. M., en escrituras, de 5 octubre 1978 las de la demandada, y de 24 noviembre 1978 las de los demandantes; y en que, si es ésa de no haberse demandado a la común vendedora «circunstancia que debió resolverse en la sentencia de primera instancia» es

también «falta que (en la segunda) debió subsanarse conforme previene el art. 859 de la L. E. Civ.»; y este motivo primero debe ser desestimado porque las únicas formas esenciales del juicio cuyo quebrantamiento da lugar al recurso de casación por esa causa son las que, en elenco rigurosamente cerrado, enuncia el art. 1693 y a ese designio el 1750 previene que en el escrito en que se formalice se expresará el caso o casos del art. 1693 en que se funde, lo que, por no figurar la aducida entre ellas, ni se ha hecho ni podía hacerse, sobreviniendo causa de inadmisión y ahora causa de desestimación; aparte lo cual la demandada pudo proceder, en su oportunidad, a la llamada en garantía de la vendedora acogiéndose al art. 1482 y con los efectos del 1481 del C. Civ. y en cualquier caso la «exceptio plurium litis consortium» aparece expresamente resuelta en sentido desestimatorio por las dos sentencias de la instancia, tratándose de ella en el penúltimo considerando de la sentencia del Juzgado (15 abril 1981), aceptado por la Audiencia en su sentencia (30 junio 1982), con antecedente en el auto de 17 septiembre 1981 en que denegó sujetar esta alegación a los trámites de los incidentes, según había solicitado la parte recurrente en su escrito de 6 julio (folio 17), interponiéndose el siguiente recurso de súplica (folio 23) únicamente por la denegación del recibimiento a prueba (tema del segundo de los motivos de este recurso de casación por quebrantamiento de forma) pero ya no por la negativa al tratamiento incidental de la «exceptio plurium litis consortium», que, en este trámite de la casación, tiene su cauce propio, como infracción de ley o de doctrina legal (y aparte su obligada estimación de oficio por constituir falta de un presupuesto del proceso) en el núm. 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ., según práctica reiteradísima de esta Sala en cuya doctrina por cierto ha nacido la excepción de que se trata, huérfana como se halla de regulación legal específica.

**PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL FONDO EN CASO DE REVOCACIÓN DE SENTENCIA ABSOLUTORIA DE LA INSTANCIA.**

S 22 junio 1983 (RA 3650)

*La Sala entra a resolver sobre el fondo, tras revocar la sentencia del Juzgado, absolutoria de la instancia por estimar excepciones de incompetencia y falta de personalidad.*

**CONSIDERANDOS:** Que en principio el ámbito de la segunda instancia se extiende al conocimiento de todo el material valorado ya en la primera, a tenor del principio de la «revisio prioris instancia» y de las positivas consecuencias del efecto devolutivo, si bien con la obligada cortapisa impuesta por la prohibición de la «reformatio in peius» consiguiente limitación del objeto procesal, en cuya virtud el Tribunal de apelación no puede modificar la sentencia impugnada en perjuicio del apelante, aunque lo entendiera ajustado, a no ser que la otra parte se haya adherido a la apelación, lo que determina que los extremos consentidos por los litigantes no se integran en la materia del recurso y vienen amparados por la cosa juzgada, según el art. 408 de la L. E. Civ., más que protegidos por imperativos de la congruencia —SS. de 8 junio 1972, 24 enero 1975 y 12 julio 1982—; y en tal sentido este Tribunal tiene declarado que aun cuando el recurso de apelación se configura en algunos ordenamientos como un «novum iudicium», en el nuestro se concibe como una revisión del proceso seguido en la primera instancia, que tiene por finalidad censurar los resultados ya obtenidos, examinando íntegramente la cuestión litigiosa y decidiéndola, de ordinario, sobre la base del mismo material instructivo, por lo que el Juzgador de la alzada se encuentra frente a la cuestión debatida con la plenitud de conocimientos y en la misma posición que tuvo el juez originario, tanto en la cuestión de hecho como en la de derecho, aunque siempre sin agra-

var la posición del apelante, pues los particulares de la sentencia a los que no se extiende el recurso adquieren la firmeza que el consentimiento de las partes les presta —SS. de 6 julio 1961, 1 marzo 1962, 3 noviembre 1982 y 24 febrero 1983, entre otras.

Que por aplicación de tales directrices se ha de entender que en el supuesto de haber estimado el «iudex a quo» una excepción, absteniéndose de entrar en el fondo de la controversia, si la sentencia recaída en la apelación interpuesta —obviamente— por el actor revoca la del primer grado, desestimado la excepción acogida por el inferior, el Tribunal no reenvía las actuaciones al órgano de procedencia para que decida sobre la cuestión sustantiva, sino que en virtud de lo indicado y por indeclinables atenciones de economía procesal la resolución a pronunciar en la alzada abarcará toda la materia debatida, lo que implica, en palabras de la doctrina, que el Juez «ad quem» pasa a ejercer la jurisdicción negativa y positiva y que tras el pronunciamiento rescindente dicta el rescisorio, solución acomodada a lo que constituye el objeto de la apelación, cifrado en dejar sin efecto la resolución recurrida, sustituyéndola por otra dimanante del organismo jurisdiccional superior en el orden jerárquico, y sin que pueda argüirse que con ello se quebranta el sistema de la doble instancia, que ha de ser entendido como mera posibilidad de que toda contienda entre partes es susceptible de pasar, antes de alcanzar firmeza, por dos grados jurisdiccionales, pero no que los jueces de uno y otro tengan que decidir sobre la totalidad de los puntos inicialmente planteados en el litigio.

Que lo razonado conduce, indefectiblemente, a la desestimación de los motivos primero y segundo del recurso, que denuncian, respectivamente, violación del art. 359 de la L. E. Civ., al amparo del núm. 2.º del art. 1692, y «exceso en el ejercicio del grado

jurisdiccional», denunciado éste por el cauce del núm. 6.º del mismo precepto; repulsa obligada, por cuanto: 1.º) Al rechazar la Sala de apelación la defensa esgrimida, y con éxito en el primer grado, de la incompetencia de jurisdicción consiguiente a la cláusula de arbitraje estipulada, asumió la plenitud de atribuciones para decidir sobre el fondo, por lo que resultaría improcedente y reñido con el juego propio de la doble instancia que se hubiera abstenido de acometer tal resolución —según se alega en el recurso— y devolviese las actuaciones al Juez «a quo», para que éste efectuara un nuevo examen de las encontradas pretensiones y dictara resolución sobre el tema de la efectividad del contrato de compraventa del «Hotel Alejandría», una vez dejada sin efecto por el Tribunal de alzada de absolución en la instancia. 2.º) Si bien es combatible la incompetencia ocasionada por el grado jurisdiccional, acudiendo al núm. 6.º invocado —S. de 2 febrero 1983, como exponente—, no ha cometido tal vicio «in iudicando» el Juez de apelación, al pasar el estudio del conflicto de intereses como era inexcusable una vez desechada la excepción y tampoco venía permitido a la actora y recurrente limitar el conocimiento del órgano «ad quem» a ese solo punto procesal, absteniéndose de resolver sobre el fondo, con devolución del proceso al Juez de 1.ª Instancia, anómalo desenlace en modo alguno consentido por los principios ordenadores de la doble instancia, según dicho queda.

Que el motivo tercero del recurso, amparado en el ordinal primero del art. 1692, aduce violación por inaplicación del art. 1, núm. 7, del C. Civ., que se dice vulnerado al «hurtar al Juez de 1.ª Instancia el conocimiento del fondo de la litis», dado que en criterio del recurrente debió efectuarse «el reenvío de lo que tiene que conocer, evitándole sutiles tentaciones», y su improsperabilidad es no menos manifiesta, pues la norma de que se trata, que acoge la prohibición del «non li-

quet» y se halla en relación con el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico y de la función integradora del Juez, enuncia la expresa obligación de dictar sentencia que conceptúa como «deber inexcusable» partiendo de la vinculación de los Jueces y Tribunales al sistema de fuentes establecido, pero en manera alguna puede ser utilizado el precepto para sentar lo que la entidad recurrente entiende, es decir, que por efecto de la relación jerárquica el Tribunal de Alzada tiene que reservar el conocimiento sobre el fondo al organismo jurisdiccional de la primera instancia una vez revocado el pronunciamiento de éste apreciando defecto en los presupuestos procesales.

## 10. RECURSO DE CASACION

LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR.

S 5 noviembre 1983 (RA 5958)

*Existiendo acumuladas pretensiones frente a varios demandados, uno de éstos impugna la Sentencia en cuanto a un pronunciamiento condenatorio que sólo afecta a otros.*

**CONSIDERANDOS:** Que el recurso alza contra la sentencia recaída en la instancia cuatro motivos, amparando los dos primeros en el núm. 1.º, el 3.º en el núm. 7.º y el 4.º en el 2.º, siempre del art. 1692 de la L. E. Civ.; y, si por su naturaleza han de ser examinados antes que los otros el tercero y cuarto, ya que el acoger alguno de ellos impediría entrar al examen de los otros, existe además entre los tercero y cuarto y adosada a esa nota de prioridad procesal la también común de aparecer abarcados ambos por el nexo de que el demandado-recurrente que los articula no aparece agraviado por el pronunciamiento al que los asesta que en modo alguno le impone gravamen del que exonerarle por la vía de su estimación, careciendo en suma de interés propio suyo que tutelar a tra-

vés de dichos dos motivos; pues, en efecto, el escrito de demanda (folios 28 a 33) sin otra variación en el de réplica que la de corregir el error aritmético de reclamar 7.015.858 ptas. definitivamente en vez de los 7.515.858 ptas. figuradas en el primero (162 a 167), dirigiéndose contra el matrimonio de Mariano G. A. y María Rosa O. Ll. contra el aquí recurrente Javier A. Y., insta sentencia en que se declare: A) que la Sociedad de gananciales del matrimonio adeuda al demandante la cantidad indicada, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de presentación de la demanda; B) que la escritura pública otorgada el 20 marzo 1978 por la que el matrimonio adjudicaba un piso y un trastero, en pago de deuda, al demandado-recurrente, constituye un negocio jurídico simulado y falso, declarando su causa falsa o ilícita y por tanto la ineficacia absoluta y la nulidad de la citada escritura; C) declarar igualmente nulas las inscripciones registrales causadas por dicha escritura referentes al piso y al cuarto trastero y a que se hace circunstanciada referencia; D) la obligación del demandado-recurrente de restituirlas al matrimonio; —(El «E.» contiene una petición subsidiaria—; F) al pago de los daños y perjuicios; condenando efectivamente a todos los demandados a estar y pasar por tales declaraciones, y al matrimonio al pago de la cantidad e intereses; habiendo la sentencia de instancia mantenido el pronunciamiento de la del Juzgado que declara que la Sociedad de gananciales constituida por el matrimonio demandado adeuda al actor la cantidad reclamada en la demanda más los intereses legales desde su interposición; pronunciamiento éste que no ha sido impugnado por los condenados, para quienes es firme aunque a salvo la posibilidad de que dichos cónyuges sean oídos por cuanto fueron condenados en rebeldía que declaró la providencia de 29 mayo 1979 (folio 45).

Que, como declaró la sentencia de esta Sala de 10 noviembre 1981 —cuya

doctrina procede reiterar a la letra— en cuanto aspecto que es de la legitimación de las partes y manifestación del interés en obrar, ya se le conceptúe presupuesto procesal, bien elemento subjetivo del derecho sustancial o como una condición de la acción, la posibilidad de interponer recursos y de combatir una concreta resolución, corresponde únicamente a quien ocupe la posición de parte agraviada o siendo tercero le alcancen los efectos de la cosa juzgada, por lo que es manifiesto que sin gravamen no existe legitimación para recurrir y tampoco viene permitido a un litigante invocar el perjuicio causado a otro por la decisión de que se trate; y si en este sentido ya el Derecho histórico exigía en los contendientes la «summa gravaminis» o «daño del pleyto cuando fuere dado juicio contra ellos si se tuvieren por agraviados» como requisito indispensable para que «tomar pueden alzada» (Partida 3.<sup>a</sup>, título 23, leyes 2.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>), esta Sala tiene declarado en reiterada doctrina que por virtud de ese presupuesto subjetivo con su obligada consecuencia de que las acciones procesales y los recursos derivados de ellas solamente se otorgan para defender derechos e intereses propios por norma general —SS. de 23 mayo 1957 y 8 junio 1965—, que es en definitiva lo proclamado en el art. 24, párr. 1.º, de la ley fundamental del Estado al utilizar el pronombre posesivo «sus» refiriéndose a la protección judicial de los derechos, sólo la parte a la que resulta desfavorable la resolución jurisdiccional puede, como perjudicado o gravada por ella, acudir a los medios de impugnación que el ordenamiento concede para que se revoque o reforme y entre ellos, destacadamente, al recurso de casación —SS. de 21 junio 1943 y 28 octubre 1971— que evidentemente no podrá ser mantenido alegando infracciones que no afectan al recurrente, que se erige así en defensor de intereses ajenos —SS. de 12 noviembre 1973 y 24 enero 1975 que insisten en criterio ya mantenido por las de 8 febrero 1941.

23 febrero 1957, 14 marzo 1958 y 12 febrero 1970, entre otras—; siguiéndose de la aplicación de esta doctrina legal a los motivos tercero y cuarto que atañen únicamente al pronunciamiento condenatorio al pago de la cantidad adeudada e intereses legales desde la interposición de la demanda en los términos de la pretensión distinguida con la letra A), que únicamente los cónyuges condenados se hallen interesados en impugnar el fallo en cuanto estima integramente dicha pretensión y les condena al pago solicitado por el actor, y no el aquí recurrente, manifiestamente desprovisto de interés y consiguientemente de legitimación para el recurso.

#### CONTROL DE LA INTEGRACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

S 30 septiembre 1983 (RA 4688)

*Trátase de determinar si una cierta situación de hecho constituye o no fuerza mayor.*

**CONSIDERANDO:** Que atendidas las apreciaciones de hecho y jurídicas contenidas en los precedentes considerados, es de llegar a la acogida del único de los motivos en que se apoya el recurso de casación que se examina, con amparo procesal en el núm. 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ., y fundamento en el núm. 1.º del art. 158, ap. 5.º del Estatuto de la Propiedad Industrial vigente, aprobado por R. D. Ley de 26 julio 1929; porque si ciertamente el derecho prioritario al uso de una marca está amparado en el párr. 2.º del art. 1.º de dicho Estatuto, tal especial propiedad caduca por falta de uso durante cinco consecutivos años, conforme el núm. 5.º del art. 158 previene, en tanto no se dé caso de fuerza mayor documentalmente justificado, que, como de tal índole, sea impeditivo de ese uso, cuya situación cabe apreciar en el presente caso, desde el momento en que por una situación

anómala e irregular fueron privados los titulares de la empresa que editaba el periódico con la nominación en su cabecera de la marca «El M. V.», sustituyendo ésta por «A.» primero, y luego por «L.», sin constancia de que dichos titulares hubieran sido reintegrados de tal empresa periodística, posibilitándoles la continuidad en el uso de ello con la referida cabecera de periódico que venía editando desde 1936, en que aquella anómala ocupación se produjo, con persistencia actual, por lo que claramente se advierte que el no uso de la tan citada marca por parte del demandante y ahora recurrente y sus causahabientes, ha sido debida a una causa ajena a ellos, con proyección de una situación de fuerza mayor impeditiva del repetido uso, dado que siendo la empresa de hecho y jurídicamente un conjunto dinámico integrado por varios elementos, entre los que indudablemente figura la marca como elemento distintivo de ella, mal puede usarse cuando se privó de la empresa al que había de hacerlo, y si la lógica es norma rectora de comportamiento humano y singularmente el jurídico, ello conduce a que no pueda posibilitarse el ejercicio de una determinada conducta, cuando se ha impedido al que correspondía tal actuación, acogida del motivo, que es dable al amparo del ordinal 1.º del artículo 1692 de la Ley procesal, desde el momento en que, con base a los hechos reconocidos en la sentencia de instancia, la determinación de si los mismos aparejan la existencia de fuerza mayor, constituye una apreciación jurídica que corresponde al Tribunal de casación —SS. de 2 junio 1899, 10 noviembre 1924 y 10 febrero 1956—; situación de fuerza mayor la apreciada, que al operar como consecuencia de una actuación anómala e irregular en el orden jurídico, extraña al aquí recurrente, no puede pretenderse produzca consecuencias de tal orden, pues ello pugnaría abiertamente con principios y derechos constitucionalmente reconocidos, con alcance de norma jurídica prioritaria.

## INFRACCIÓN DE LEY EXTRANJERA.

S 15 julio 1983 (RA 4228)

*Se recurre en casación con fundamento en la infracción de determinados preceptos del Código Civil alemán.*

CONSIDERANDO: Que, aparte el fundamento fáctico de la sentencia recurrida que hace inconducente al propósito pretendido de la casación y anulación de fallo la invocación de los arts. 1363 y 1378 del C. Civ. alemán, con el contenido que para los mismos resulta de los folios 91 a 95 y 261 a 279, y que elimina de este trámite de la casación el interés de los particulares recurrentes, del que no es posible prescindir fuera de que el recurso aparezca interpuesto por el M.º Fiscal y en interés de la Ley, conforme a lo dispuesto en los arts. 1782 y siguientes de la L. E. Civ., tampoco aparece posible el examen pretendido de los citados preceptos de la ley alemana atendiendo a que la institución de la casación tiene por finalidad, aparte esa satisfacción del interés de los particulares, también la nomofiláctica que se halla en la base de la creación del instituto y mediante la cual se protege el ordenamiento jurídico como un todo y la función unificadora de la interpretación de las normas, indispensable para la seguridad jurídica y la garantía de los particulares, y, última y más propiamente, la que resulta del núm. 6 del art. 1.º del C. Civ., que, sin incluir a la Jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, le asigna la misión de completar el ordenamiento jurídico a través de la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses, formulando criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa, como se lee en la Exposición de Motivos del Decreto legislativo 1836/1974, de 31 mayo, por

el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del C. Civ., pues, en efecto, con todos esos fines a la vista todavía es de reiterar el criterio de esta Sala acerca de que—S. de 20 marzo 1877, precedida por la de 28 enero 1875 y seguida por las de 13 enero 1885, 3 mayo 1897, 19 noviembre 1904 y, en algún aspecto, 5 noviembre 1974— no pueden ser motivo de casación las infracciones de leyes extranjeras que no afectan a la uniformidad de nuestra Jurisprudencia» y de ahí el «no hallarse atribuido a este Supremo la misión de integrar leyes y preceptos de legislaciones extranjeras» —Sentencia ya citada, de 19 noviembre 1904); y si el recurso de casación es extraordinario ante todo en el sentido de que ha de fundarse en causas determinadas taxativamente sin que puedan basarse en el mero interés de los particulares, es llano que la «ley» a que se refiere el art. 1691 en que se enumeran las únicas «causas» del recurso y el 1692 que enuncia también en elenco cerrado los motivos y en particular cuando habla de «leyes» en el número 1.º, al que se hallan acogidos los dos recursos, pendientes, se refieran siempre a las nacionales, y nunca a las extranjeras, con lo cual y en puridad se hallan incurridos aquéllos en supuesto de inadmisión, y ahora de desestimación, conforme a los artículos 1720 y 1729, todos de la L. E. Civ.

## GRAVAMEN COMO PRESUPUESTO DE ADMISIBILIDAD.

S 7 julio 1983 (RA 4074)

*La entidad demandada, absuelta en cuanto al fondo en ambas instancias, recurrió en apelación, y recurre por fin en casación, por no haberse estimado la excepción de falta de legitimación pasiva, que propuso de modo prioritario a la petición de absolución de fondo.*

CONSIDERANDOS: Que el interés legítimo en el obrar, causa común de

los actos procesales, cuando de la interposición de recursos se trata se traduce en la necesidad de un presupuesto —ligado con la legitimación— consistente en la existencia de un gravamen o perjuicio sufrido por el recurrente a consecuencia de la parte dispositiva de la resolución que impugna, consistente en la diferencia entre lo pedido por aquél y lo declarado en la sentencia que combate, indispensable elemento que tiene el valor de un requisito de admisibilidad del recurso, según entiende la más autorizada doctrina; y en el mismo sentido este Tribunal tiene declarado que siendo el recurso un medio que el ordenamiento concede para impugnar una resolución judicial a la parte que se estime por ella perjudicada, claro está que constituyendo el interés jurídico el móvil de la acción procesal, carece de legitimación para interponerlo la parte a quien la decisión no le haya ocasionado perjuicio alguno, por lo que resulta inadmisión la apelación de una sentencia por el litigante absuelto aunque lo haya sido por argumentos distintos a los aducidos por el interesado —SS. de 4 noviembre 1957, 9 marzo 1961, 27 junio 1967 y 18 abril 1975, entre otras—, y concretamente que no cabe el recurso interpuesto por el favorecido con un pronunciamiento absolutorio sobre el fondo, por más que obligadamente hayan sido rechazadas las excepciones (S. de 14 junio 1951).

Que según hizo notar ya certeramente la Sala «a quo, al desestimar la sentencia recaída en el primer grado las excepciones procesales y dictar pronunciamiento de absolución sobre el fondo, el recurso entablado por la Congregación de Hijos de la Sagrada Familia, que ocupa la posición de demandada en el proceso, se halla desprovisto de interés jurídico protegible, a pesar de que no fuera acogida la invocada falta de legitimación pasiva, que a mayor abundamiento entiende bien rechazada por los argumentos que suma a lo sutilsados en la primera instancia; porque, en efec-

to, si bien aquella Entidad religiosa excepcionó primeramente su falta de legitimación ad causam, opuso también determinadas alegaciones sobre el primordial tema suscitado en la demanda, por lo cual formuló el petitum instado que, por razón de las excepciones, «se declare no haber lugar a entrar en el fondo del asunto... y alternativamente se declare no haber lugar a la misma», rechazando por consideraciones sustantivas la pretensión del Instituto Nacional de Asistencia Social, y no parece coherente que habiendo sido ya favorecida en la primera instancia con el pronunciamiento absolutorio promueva dicha demandada la apelación e incluso acuda ante este Tribunal, cuando es manifiesto que las resoluciones impugnadas no le causan agravio.

## 11. PROCESOS ESPECIALES

## ADECUACIÓN DEL DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.

S 12 julio 1983 (RA 4212)

*Convocada judicialmente la Junta general, se impugna la validez de dicha convocatoria y de los acuerdos adoptados en esa junta.*

CONSIDERANDO: Que el primero de los motivos de casación se acoge al núm. 6.º del art. 1692 de la L. E. Civ. y se apoya: A) En que en la demanda de impugnación origen del Procedimiento de que el presente recurso dimana se han deducido «dos pretensiones, totalmente diferenciadas» es a saber la de que «se declare la nulidad de la convocatoria de la Junta General Extraordinaria de Accionistas de la Compañía» y también «la de los acuerdos adoptados por la misma»; argumentando que la Audiencia Territorial «carece de competencia jurisdiccional para resolver sobre pretensiones distintas a las impugnatorias de los acuerdos sociales» por que «la pretensión declarativa de nulidad de

la convocatoria para la celebración de la Junta General que... fue efectuada en virtud de resolución judicial adoptada por el Juzgado de 1.ª Instancia de Navalcarnero en el expediente ante él seguido al amparo del art. 57 de la Ley de Sociedades Anónimas», siendo dicho expediente de jurisdicción voluntaria y que, al convertirse en contencioso, resulta ser de la competencia del propio Juzgado, que debe sustanciar el juicio así originado, por las reglas del ordinario correspondiente a la cuantía, pero sin que corresponda la cuestión a la Audiencia Territorial para la primera instancia, de donde se sigue —a su juicio— que ésta haya resuelto en él la nulidad de la convocatoria judicial de la Junta sin competencia para ello; apareciendo de lo actuado, en efecto, que la Junta Extraordinaria cuyos acuerdos se impugnan en el procedimiento origen del presente recurso extraordinario, fue convocada por la providencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Navalcarnero recaída el 1 septiembre 1979 (folio 1.022) y que, contra la misma y otra de tres del mismo mes, se interpusieron sendos recursos de reposición por la Sociedad aquí también recurrente y que fueron resueltos por otros tantos autos de fecha 17 septiembre, a todo lo cual se hace referencia en el «hecho» 5.º del escrito de demanda (folio 129), admitiéndose a trámite, por otra providencia de fecha 22 septiembre 1979 (folio 1.023), recursos de apelación en un solo efecto contra dichos autos resolutorios de los recursos de reposición; B) y es éste, motivo que debe ser desestimado, pues si bien (como afirma la doctrina de esta Sala, desde la S. de 7 abril 1943 a la 10 junio 1981) la competencia funcional, clase a la que pertenece la cuestionada, es tema al que sirve de cauce adecuado el núm. 6.º del art. 1692, acertadamente escogido por ello el planteamiento del supuesto exceso en su ejecución, no puede mantenerse en cambio que la convocatoria judicial y las cuestiones en torno a la procedencia de la misma y a su corrección legal

sean separables, como antecedente obligado que en la convocatoria de la propia Junta que se convoca, de los acuerdos que en ésta pudieran recaer, de tal suerte que hayan de impugnarse, independientemente una de otra, la convocatoria y los acuerdos de la Junta y según regímenes distintos, reservándose el de la Ley de Sociedades Anónimas que pende ante esta Sala y que se halla regulado por los arts. 67 a 70 para sólo los acuerdos que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la Sociedad; pues en efecto, si los acuerdos se adoptan en Juntas convocadas en contradicción de la ley o de los estatutos, ello trasciende a los acuerdos adoptados en la Junta y es en sede del Procedimiento de impugnación de tales acuerdos que debe juzgarse de la corrección de la convocatoria, hallándose sujetos, como los acuerdos mismos también los antecedentes pertinentes a la convocatoria de la Junta en que recayeron, unos y otros, al régimen de los expresados artículos, sin que lo lo estorbe la interposición de los recursos de apelación a que se deja hecha referencia, y sin que, finalmente, y para lo que al fin de juzgar el motivo en estudio corresponde, puede predicarse que el Procedimiento especial no podrá abarcar esos aspectos de los acuerdos, predeterminantes de su validez por referirse a la corrección de la convocatoria de la Junta en que recayeron y que por ello la Audiencia Territorial careciera de competencia funcional para examinarlos.

#### IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE JUNTA GENERAL DE SOCIEDAD ANÓNIMA.

S 13 octubre 1983 (RA 5322)

*Se impugnan acuerdos adoptados por una Junta. Pendiente la impugnación se convoca Junta con el único objeto de subsanar los defectos formales en que se fundaba, al parecer,*

*la impugnación anterior. Los acuerdos adoptados por la segunda Junta son impugnados por las mismas personas.*

**CONSIDERANDOS:** Que los acuerdos sociales han de identificarse por su objeto y contenido y con abstracción de las circunstancias concurrentes en las Juntas en que recaigan y de las convocatorias de éstas, que, no obstante, pueden ser determinantes de su validez o nulidad; siendo esto último lo que parece haber ocurrido con los acuerdos adoptados en la Junta Extraordinaria de 1979 por la Sociedad demandada recurrida al no haber mediado entre la convocatoria y la celebración, el plazo de quince días que señala —como mínimo indispensable— el párr. 1.º del art. 53 de la Ley; por consiguiente, e independizándolos de la convocatoria de la Junta en que recayeron, los acuerdos adoptados en 1979 y que son objeto de impugnación en el Procedimiento núm. 249 de 1979 del Juzgado núm. 1 de Jerez de la Frontera, deben unificarse con los de igual contenido recaídos en la Junta Extraordinaria convocada bajo Orden del día, reducido a sólo la «ratificación o rectificación, en su caso de aquéllos y que tuvo efecto el 12 abril 1980 y en la que se ratificaron íntegramente para ser objeto de nueva impugnación en el segundo Procedimiento del que dimana el presente recurso; inscribiéndose en la unicidad de los acuerdos de 1979 y 1980 la necesidad de que el Procedimiento primeramente abierto y todavía no decidido conocidamente y siquiera allí la impugnación se fundamente, según se dice, en los efectos formales de la convocatoria de las Juntas de 1979, lo fuera también no sólo en la falta de las formalidades omitidas sino en la intrínseca invalidez prevista en el párr. 1.º del art. 67 de la Ley de Sociedades Anónimas que el recurso invoca, ya que se desconoce la clase de acción allí ejercitada («id est», sus fundamentos fácticos) y si ha recaído decisión; pero en cualquier caso y por impera-

tivo de la primera parte de la norma 1 del art. 70, todas las impugnaciones, cualquiera sea su índole, tanto las formales (aducidas, como se dice) como las materiales, es visto se han de sustanciar «en un solo proceso», es visto se han de sustanciar «en un solo proceso», máxime si proceden de los mismos accionistas.

Que la demanda de impugnación presentada contra los acuerdos datados en 1980 y que es la que aquí y ahora se decide, le era de aplicación el Derecho necesario de la norma uno del art. 70 acababa de recordar y que no sólo obliga a alinear de una sola vez todos los motivos de impugnación emanados de unos mismos accionistas, si que además compele también a una suerte de litisconsorcio de obligada observancia y según el mismo a que se decidan en un solo proceso todas las impugnaciones relativas a los mismos acuerdos también cuando éstos procedan de otro origen, a cuyo propósito las demandas que se presenten con posterioridad a otra y por diversos socios se repartirán al Juez que conociere de la primera y no se dará curso a ninguna demanda hasta transcurrido el plazo de caducidad señalado en el art. 68; pero si este precepto parece pensado para las impugnaciones que se enderecen contra acuerdos recaídos en una sola y misma Junta y que susciten impugnación de partes plurales (los «diversos socios») debe entenderse abarcador asimismo del caso que se ofrece, aquí y ahora, a la consideración de esta Sala, caracterizado porque, ante la impugnación primeramente producida en 1979 y en la cual era inexcusable para los accionistas que la entablaron, como ya se dijo, ejercitar a la vez no sólo los formales de que se tiene noticia sino también y simultáneamente los fundamentos materiales invalidantes de los acuerdos, no procedía que la Sociedad convocara nueva Junta para ratificar o rectificar (con vista, sin duda, de los fundamentos formales de la impugnación ya entablados

presentados como nuevos —siendo en la realidad una segunda adopción de los propios primitivos acuerdos— sino que le incumbía únicamente acatar la sentencia; y puesto que, entenderlo de otro modo abre la posibilidad de iniciar una dinámica de impugnaciones, paralela a la de repetir los mismos acuerdos, posibilidad que frustraría en el tracto temporal, los fines de concentración y agilidad y de evitación de decisiones contrapuestas que dispuso el legislador por modo necesario, debióse en su oportunidad y ya que ello era viable, acumular a la primera la segunda demanda, originaria ésta del Procedimiento de que el presente recurso dimana; siendo el Procedimiento primeramente abierto el único hábil para dejar resuelto —de una vez— la validez, tanto extrínseca como intrínseca, de los acuerdos litigiosos, según lo entendió acertadamente la Audiencia.

## 12. COSA JUZGADA

### IDENTIDADES NECESARIAS.

S 5 octubre 1983 (RA 5229)

*En proceso especial de la LPH se prohibió a un propietario, en aplicación de los Estatutos, el ejercicio de la abogacía en su vivienda. En posterior juicio de mayor cuantía este propietario pretende que se declare que los estatutos no prohíben el ejercicio de una profesión en la vivienda, siempre que ésta siga destinándose a tal.*

**CONSIDERANDOS:** Que haciendo caso omiso de las diversas teorías mantenidas acerca de la cosa juzgada material por lo que hace a su naturaleza, que el art. 1251 del C. Civ. define como presunción «iuris et de iure» o ficción de verdad, sin duda reflejo del viejo aforismo «res indicata pro veritate habetur» recogido en el derecho histórico (según regla 32, título 34, Partida 7.ª, «la cosa que es juzgada por sentencia de que non se pueden

alzar, que la deben tener por verdad»), basta señalar que es indefectible la eficacia vinculativa que entraña, con la preclusión de todo ulterior juicio sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta al fallo precedente; y en tal sentido la reiterada doctrina de esta Sala tiene declarado que la sentencia, en cuanto decide sobre el fondo, significa una situación de estabilidad que no sólo permite actuar en consonancia con lo resuelto, sino que impide toda posterior discusión en futuro litigio siempre que se den los presupuestos para que la institución opere, pues razones de seguridad jurídica y hasta de prestigio del organismo jurisdiccional imponen el mantenimiento de lo declarado, evitando que la controversia se renueve o que se actúen pretensiones que contradigan el contenido de la sentencia firme, siempre partiendo de la incuestionable certeza de una resolución previa sobre idéntico conflicto, aun recaída en proceso de distinta naturaleza —SS. de 12 junio 1957, 24 enero 1959, 26 septiembre 1962, 26 noviembre 1964, 26 mayo 1970 y 11 noviembre 1981.

Que el motivo inicial del recurso formalizado por don Juan Manuel A. denuncia, amparándose en el núm. 1.º del art. 1692 de la Ley Procesal, interpretación errónea del art. 1252 del C. Civ., infracción que se entiende cometida al fundar la Sala «a quo» la excepción de cosa juzgada en cuestiones resueltas con carácter prejudicial en el primer proceso y por un órgano jurisdiccional manifiestamente incompetente para conocer de dichas cuestiones con carácter principal y por procedimiento adecuado para su sustanciación como tales, alegando al efecto, y en síntesis, que sin negar «la competencia del Juzgado de Distrito y de la Audiencia Provincial para pronunciarse sobre la validez o nulidad de los Estatutos y para interpretar sus cláusulas, dicha competencia era simplemente prejudicial, no constituía fin en sí misma, y por consiguiente no

estaba cubierta por la cosa juzgada», lo que se traduce en la posibilidad del ejercicio sucesivo de las dos acciones; pero la impugnación no puede prosperar, ya que evidentemente en el «proceso abreviado de cognición» establecido para el ejercicio de acciones por infracción de las prohibiciones a que se refiere el párr. 3.º del art. 7.º de la Ley sobre Propiedad Horizontal, es decir, contravención de las pautas estatutarias sobre el ejercicio de actividades, litigio que la Junta representada por su Presidente puede promover con arreglo al art. 19, el Juzgador ha de efectuar por exigencias de pura lógica una labor interpretativa de las cláusulas de los Estatutos que se consideran vulneradas por el propietario al que se demanda, y por lo tanto la sentencia recaída desplegará los efectos que le son propios, entre ellos el ejecutivo, litigio y resolución que no vedarán, ciertamente, la facultad que asiste al titular dominical afectado para promover, siempre con la indispensable oportunidad, el juicio declarativo que por la cuantía corresponda a fin de combatir el acuerdo que valora como contrario a los Estatutos, según así lo autoriza la norma cuarta del art. 16 de la misma Ley especial y se desprende de la orientación mantenida por la S. de 13 junio 1967, pero deberá hacerlo antes de que transcurra el plazo de caducidad de 30 días que el párr. 2.º de la citada norma señala al titular disidente para impugnar en vía judicial la lesiva decisión adoptada por el supremo órgano de gobierno, lapso cuyo cómputo se inicia el siguiente día al de la fecha del acuerdo o al de su notificación si hubiere estado ausente el que impugnar, sin perjuicio de la ejecución provisional, de manera que el transcurso del plazo legal sin ejercitar el derecho provoca inexorablemente su extinción, con el cierre de toda posibilidad de ignorar la irreversibilidad y la plena vinculación de la sentencia adversa al contraventor recaída en el juicio seguido por la Junta ante el Juzgado de Distrito, esencial extremo que en el

caso debatido ofrece estas particularidades: Primera) En el proceso de cognición aludido el problema de la interpretación del art. 7.º de los Estatutos no constituyó propiamente una cuestión prejudicial ni aparece tratada incidental o tangencialmente, sino que fue la materia principal del debate, que el ahora recurrente presentó con extensa argumentación, en gran parte literalmente reproducida en el juicio de mayor cuantía origen del presente recurso. Segunda) Tomado el acuerdo que el recurrente estima inadecuado en Junta de propietarios celebrada el 2 marzo 1970 (hecho tercero de la demanda), decisión que se reitera en la de 8 mayo siguiente, oportunidad «en la que por mayoría se acordó el pleito con el señor A.» (hecho cuarto de la demanda), aquel organismo entabló el día 11 del mismo mes acto de conciliación conminando a don Juan Manuel Aldecoa, «en el ejercicio de acuerdo de las meritadas Comunidades de Propietario de 8 mayo 1970, para que se comprometiera... a dejar de utilizar la vivienda que ocupa para el ejercicio de la actividad profesional que desarrolla», frente a todo lo cual se limita el requerido a llevar por conducto notarial al Presidente de la Comunidad dos días más tarde su protesta, objetando «que en modo alguno dicho art. 7.º de los Estatutos prohíbe el ejercicio de actividades profesionales». Tercera) El recurrente, que en la Junta de 17 marzo 1971 manifestó que «él no va a tomar decisión alguna ni proponer soluciones con respecto a su caso», dio cumplimiento a la sentencia prohibiéndole el ejercicio de la actividad profesional en la vivienda, según lo acredita el acta notarial de 17 julio 1975, levantada a su instancia, y no interpuso la demanda en juicio de mayor cuantía hasta el 27 octubre 1977, esto es, después de haber transcurrido más de 7 años desde que fueron tomados los acuerdos que conceptúa contrarios a los Estatutos.

Que improsperable el motivo primero, a tenor de lo dicho, por caducidad

de la acción y consiguiente imposibilidad de sustraerse a la eficacia de la sentencia pronunciada en el proceso de cognición, la misma suerte ha de correr el motivo 2.º, que siguiendo el cauce procesal del anterior aduce interpretación errónea del art. 1252, primer párrafo, del C. Civ., por faltar «la más perfecta identidad» subjetiva y objetiva entre ambos litigios, ya que, según se arguye, don Angel C. C., demandado en el segundo, no lo fue en el primero, y de otro lado en el nuevo pleito se formula una petición más amplia, por cuanto «no sólo se hacía referencia a la actividad de Abogado, sino a las actividades profesionales propias de los ocupantes de los pisos»; pues en aquel aspecto es el propio recurrente quien en su escrito de 2 noviembre 1977 (folio 244 y vuelto) proclama que «igualmente el codemandado don Angel C. C. intervino en el juicio anterior en su calidad de miembro de las Comunidades actoras, llegando a confesar a tenor del pliego de posiciones que individualmente se le propuso», ello además de que es irrelevante para eludir la excepción de cosa juzgada la introducción en el segundo proceso de un nuevo demandado, existiendo la identidad objetiva —SS. de 26 octubre 1970 y 12 febrero 1977—, máxime cuando la interpelación del citado es a todas luces superflua, y por lo que toca al otro punto, el objeto del litigio, en su doble manifestación de «causa petendi» y «petitum», entendida la primera como causa o razón de pedir, es decir, hecho jurídico o título que sirve de base al derecho reclamado —SS. de 18 abril 1969, 12 febrero 1977 y 9 y 27 mayo 1980, entre otras—, es el mismo en ambos procesos, ya que toda la controversia gira sobre la aplicación del art. 7.º de los Estatutos a la luz de ordenación de la propiedad horizontal, lo que llevó a las contrapuestas posiciones en lo tocante a la posibilidad de que don Juan Manuel A. pueda desarrollar en la vivienda actividades profesionales, «incluso la de Abogado», con despacho abierto al público, y no se oculta

que la identidad no desaparece por el dato irrelevante de que en el proceso de cognición la condena se limitará al ejercicio de la Abogacía y que en el actual litigio se hable de la misma concreta profesión y de cualquier otra, ya que claramente no varían la fundamentación fáctica ni la jurídica del tema en uno y otro caso.

Que fundada la obligación que a cada propietario alcanza de contribuir a los gastos generales en la necesidad de acudir al «adecuado sostenimiento del inmueble» o de afrontar las responsabilidades o cargas comunes, con el régimen consiguiente de distribución, es de toda lógica concluir que si la Comunidad de Propietarios no actúa de consuno sino que rota la armonía surge la contienda judicial enfrentándose aquella y uno de sus componentes, los desembolsos impuestos por la situación litigiosa no merecen la calificación de «gastos generales» con relación al segundo, por lo mismo que han sido causados en conflicto seguido entre el disidente y los propietarios restantes, y en consecuencia si el enfrentado al grupo ha de soportar el pago de las expensas propias, no podrá imponérsele contribución en el de las correspondientes a la otra parte aplicando la cuota de participación, pues de mantener distinto criterio podría llegarse al injusto resultado de que el titular agraviado por un acuerdo de la Comunidad, que se vio en la precisión de combatir judicialmente para restablecer el orden conculcado, tendría que soportar en parte los gastos procesales causados por la Comunidad de propietarios vencida, a lo que cabe añadir que no obstante las notas de carácter asociativo o comunitario que presenta la propiedad horizontal, no constituye una verdadera comunidad, sino unión de propiedades singulares cuya sustantividad y relevancia permanecen, y por lo tanto la representación que ostenta el Presidente de todos y cada uno de los titulares de los pisos se entenderá que desaparece por lo que respecta al propietario con-

tra el que se litiga, disipando así la paradoja de un «autoproceso» parcial, ello además de que no se trata propiamente de gastos comunes ocasionados por el ordinario desarrollo de la situación de propiedad horizontal, sino de extraordinario desembolsos impuestos por un conflicto que lleva ya aparejado para el disidente el pago, por su condición de parte, de las expensas correspondientes; razones que abonan la estimación del motivo cuarto del recurso, fundado en la interpretación errónea del art. 9.º, regla 5.ª, primer párrafo, de la L. 21 julio 1960, vicio «in iudicando» que se alega cometido «al obligar al pago de los gastos susceptibles de individualización al propietario del piso contra quien dichos gastos se causaron», pues en atención a lo argumentado el recurrente no debe contribuir, según la cuota de participación, al pago de los gastos que ha de atender el grupo de titulares, tanto en el proceso de cognición referido como en el presente juicio de mayor cuantía, en todas sus instancias y recursos.

### 13. EJECUCION

S 27 octubre 1983 (RA 5345)

*Ejecutada una hipoteca, el Juzgado acuerda que parte del líquido obtenido se destine al pago del último mes de salario de los trabajadores, con entrega del resto al acreedor ejecutante.*

**CONSIDERANDO:** Que la desestimación de ambos motivos arrastra la del primero, que denuncia violación por inaplicación de la regla 16 del art. 131 de la Ley Hipotecaria, pues obviamente mal puede destinarse en su totalidad el precio del remate al pago del crédito hipotecario de la «C. A. N.», cuando lo impide un privilegio legal existente en beneficio de las trabajadoras de la empresa ejecutada; y tampoco puede ser acogido el segundo, basado en la infracción por el mismo concepto del art. 132, núm. 4, párr. 6.º,

de la propia Ley, pues además de que se trata de una cuestión nueva en el recurso, cuyo planteamiento contraviene la prohibición establecida en el núm. 5.º del art. 1629 de la L. E. Civ., nada tiene que ver lo dispuesto en tal precepto en orden a la improcedencia de suspender el desarrollo de unas actividades procesales atenuadas exclusivamente a los pronunciamientos del Registro, ni siquiera con hipotética nulidad de actuaciones —S. de 12 diciembre 1950—, remitiendo las posibles reclamaciones al juicio ordinario que por la cuantía corresponda, con la preferencia y protección dispensada a los créditos por salarios rotundamente afirmada en los párr. 4 y 5 del citado art. 32 del Estatuto de los Trabajadores, en términos tales que en las tareas de elaboración legislativa se ha llegado a calificar el correspondiente privilegio como «derecho de separación absoluto», determinante de una afección patrimonial que lo antepone al crédito hipotecario, sin necesidad de que la preferencia sea declarada en los dilatados trámites de un juicio declarativo de mayor cuantía, cuando todos los antecedentes figuran en el proceso de ejecución y su contenido no ha sido puesto en duda, conclusión autorizada asimismo por el sentido de las reglas octava, diez y trece del repetido art. 131.

**COSTAS Y GASTOS EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO.**

S 1 octubre 1983 (RA 5223)

*El rematante en un procedimiento judicial sumario pretende frente al deudor el reembolso de los honorarios del Registrador y del impuesto devengado por la cancelación de la hipoteca ejecutada.*

**CONSIDERANDO:** Que en relación con tal cuestión, deben tenerse en cuenta como presupuestos jurídicos para su correcta solución: a) La cancelación de la hipoteca que garantiza

el crédito del actor, es un trámite del procedimiento de ejecución ordenado por la regla 17.ª del art. 131 de la Ley Hipotecaria, como consecuencia de haber cumplido la hipoteca su función de derecho de realización de valor, quedando con ello agotado, vacío de contenido, el derecho real de garantía y consumada la acción hipotecaria, y como consecuencia de ello, todos los gastos y costas que dicho trámite lleve aparejado, son gastos y costas de dicha ejecución, que deben satisfacerse con el importe del precio del remate hasta el límite de la cantidad que la hipoteca garantizaba por el concepto de costas (regla 15.ª), y ello en el presente caso es más evidente porque en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria se había pactado que los gastos de cancelación serían de cargo del deudor, pacto que por ser lícito, y con independencia de los razonamientos anteriores, atribuiría a dicho deudor el pago de tales cantidades, puesto que la ejecución hipotecaria se ha seguido a instancia del acreedor hipotecario y los repetidos gastos lo son del procedimiento de ejecución; sin que en ningún supuesto resulte obligado el rematante —aunque en la práctica sea quien en unas ocasiones verifique dichos pagos por ser indispensables para inscribir su adquisición inmobiliaria y otras los satisfaga por desentenderse el acreedor que, al haber cobrado su crédito, ha perdido interés en la continuación del proceso o por desentenderse el deudor que, al haber salido el bien de un patrimonio, sólo queda interesado si hay sobrante a percibir— ya que por disposición legal asume como únicas obligaciones, aparte de la de pagar el precio del remate, las de aceptar como bastante la titulación y aceptar, igualmente, la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores y las preferentes, si las hubiere, al crédito del actor, quedando subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate (reglas 8.ª y 13.ª), todo ello con independencia

de ser a su cargo el impuesto de transmisiones patrimoniales; consecuencia de la adquisición de la propiedad del inmueble; y b) El art. 67 del texto refundido del Impuesto de Transmisiones patrimoniales y Actos jurídicos documentados dispone que en la constitución, reconocimiento, extinción, etcétera, de derechos reales estará obligado al pago del tributo, a título de contribuyente, aquél a cuyo favor se realicen estos actos, cualidad del contribuyente que no puede predicarse del tercer rematante, que por disposición legal adquiere el inmueble sin otras cargas que las anteriores y preferentes que deban quedar subsistentes y que, desde luego, si la cancelación es una consecuencia necesaria de la extinción del crédito que la hipoteca garantizaba —se deba tal extinción al pago voluntario extrajudicial o a la satisfacción con el numerario obtenido en la ejecución— es indudable que el único favorecido es el deudor que queda liberado de la obligación asegurada y así lo entiende el art. 131 al disponer en su regla 17, que verificado el remate o la adjudicación y consignado el precio, en su caso, se dictará auto aprobándolos «en representación del dueño de los bienes hipotecados que se enajenan», y así lo entendió la Oficina liquidadora del impuesto al considerar sujeto pasivo del tributo al referido deudor; deduciéndose, como consecuencia necesaria de tales presupuestos jurídicos, la extinción de los indicados motivos de casación, pues si los referidos tributos por la cancelación de la hipoteca y los honorarios del Registrador por los consiguientes asientos registrados, debieron ser satisfechos por los demandados y fueron hechos efectivos por el relre corriente, es claro que le asiste el derecho del reembolso, a tenor del art. 1158 del C. Civ. y al no haberlo entendido así, la sentencia recurrida incurrió en las infracciones denunciadas por violación del citado art. número 1158, y por aplicación indebida del art. 1455, ambos del C. Civ.

EMBARGO. TERCERÍA DE DOMINIO.

S 11 julio 1983 (RA 4208)

*El comprador interpone tercería respecto a inmueble embargado al vendedor, que tenía sobre el mismo reserva de dominio hasta el completo pago del precio.*

CONSIDERANDO: Que el motivo único del recurso se formula «por infracción de Ley, al amparo del artículo 1692, núm. 1.º de la L. E. Civ., por infracción del art. 348, por el concepto de violación por inaplicación», alegándose por el recurrente que el pacto de reserva de dominio, constitutivo de una garantía personal de pago del precio, no puede ser óbice para que el comprador que cumple con sus obligaciones contractuales puntualmente pueda interponer tercería de dominio frente a quien pretende para sí el bien adquirido por aquél en razón de un crédito frente al vendedor, motivo éste que deberá ser rechazado, toda vez que es doctrina reiterada de esta Sala que cristaliza, entre otras, en S. de 10 junio 1958, la de que «el pactum reservati dominii», por el cual el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta en determinado término, o al verificarse un evento, las más de las veces el pago íntegro del precio «donec pretitum salvatur» que viene pagado a plazos, es generalmente admitido como válido, si bien continúa discutiéndose en la doctrina sobre su naturaleza jurídica, que parece excepcional respecto a los principios técnicos de la compraventa, aun cuando en realidad no lo sea, pues se funda en la misma naturaleza esencial de la venta como contrato bilateral conmutativo, que debe subsistir, no sólo en el momento estático de la conclusión del contrato, consistiendo entonces en la necesidad de que sean pactadas y determinadas las dos atribuciones patrimoniales correlativas (el llamado sinalagma genético), sino también en el momento diná-

mico de la ejecución del contrato, consistiendo entonces en la necesidad de que ambas prestaciones sean realizadas (sinalagma funcional), lo que se obtiene como excepción a la regla de simultaneidad de la entrega y pago del precio, que no conviene al comprador, aplazando la atribución patrimonial ejecutada por el vendedor, esto es, la transmisión del derecho hasta el momento en que el precio sea pagado por completo; que falta de una regulación positiva en nuestra Patria, esta Sala ha declarado la validez del pacto de reserva de dominio en sus SS. de 16 febrero 1894, 6 marzo 1906, 30 septiembre 1914, 20 noviembre 1915, 14 enero y 6 febrero 1929, 20 mayo 1930 y 16 marzo 1932, señalando destacadamente la de 10 enero 1929, que la reserva de dominio de la cosa vendida, interín no se pague la totalidad del precio convenido, tan usual hoy en el comercio, y del que constituye una poderosa palanca por la facilidad que proporciona para la adquisición de efectos que sin ella no podrían comprarse, no puede decirse, en tesis general, que sea un pacto prohibido por el Derecho; y, finalmente, que «desde el momento en que ni la moral ni el derecho se oponen en modo alguno a que el comprador no adquiera la propiedad de la cosa comprada, mientras no satisfaga el precio convenido, convertido en tanto en un mero tenedor de ella, con obligación de conservarla como prenda y garantía del contrato celebrado, es notorio que se trata de un pacto lícito en Derecho, que ha sido reconocido y sancionado en algún Código extranjero, e implícitamente lo autoriza nuestra legislación desde el instante mismo en que contiene sanciones penales para los que lo contravengan, por lo que, en el caso que nos ocupa es obvio que, pactada entre actor y demandados, en el documento privado incorporado a los autos, una cláusula 3.ª, en la que se estipula expresamente que «en tanto el comprador o descendientes here-deros no hayan dado cumplimiento a las condiciones económicas o pago

total de la cantidad aplazada y pendiente de 348.000 ptas. no tomará posesión real de la propiedad y dominio de la finca detallada», y habida cuenta que en el momento en que se trabó por Hacienda Pública el embargo del piso de autos —año 1974— no se había satisfecho aún la totalidad del precio aplazado, que no fue pagado hasta

finales del año 1978, en el momento de la traba, y por virtud de la reserva de dominio pactada, ha de entenderse que la propiedad del mismo seguía correspondiendo al vendedor, por todo lo cual no cabe estimar infringido el art. 348 del C. Civ., procediendo, en su consecuencia, la desestimación del motivo formulado.

PROCESAL LABORAL

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER

Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. Derecho de acción. — 2. Presunción de inocencia. — 3. Fuentes del Derecho. — 4. Competencia genérica. — 5. Actos procesales. — 6. Conciliación ante el IMAC. — 7. Demanda. — 8. Prueba. — 9. Recurso de casación. — 10. Recurso de casación por infracción de Ley. — 11. Recurso de casación por quebrantamiento de forma. — 12. Recurso en interés de la Ley.

1. DERECHO DE ACCION

TUTELA EFECTIVA Y CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

S 21 diciembre 1983 (RA 6393)

*El TS fija el alcance de la doctrina del TC sobre el derecho a la tutela efectiva, en relación con la petición de la parte en el sentido de que el Tribunal plantee cuestión de inconstitucionalidad.*

**CONSIDERANDO:** Que en cuanto a lo pretendido en el primer otrosí, debe considerarse que el art. 24 de la Const. en cuanto consagra el derecho de todos los españoles a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, ha sido objeto de su más preciso análisis por la doctrina del Tr. Const., cualificado intérprete de las normas constitucionales, y así tiene precisado: a), la referencia «a todas las personas,

debe entenderse identificable con todos los sujetos jurídicos, es decir personas físicas o jurídicas —S. de 8 febrero 1982—; b), la tutela presupone que los interesados sean oídos, es decir, derecho a su defensa y a obtener una decisión fundada en derecho —SS. de 26 enero y 30 marzo 1981—; c), este derecho no puede interpretarse como un derecho incondicional, sino la facultad de obtener la protección jurisdiccional, cuando se ejerza por las vías procesales legalmente establecidas (SS. de 2 febrero y 15 abril 1981); y d), la doctrina a que se deja hecha referencia está sintetizada por el propio Tr. Const. en la S. de 14 junio 1982 y la de 14 diciembre 1982, en cuanto afirman: «que la tutela de los Tribunales, supone tanto como el derecho de acceso a los mismos, para ante ellos manifestar y defender sus pretensiones en igualdad con las otras partes, con la correlativa libertad para la aportación de los medios probatorios, a fin

de obtener una resolución de fondo fundada en derecho»; es pues inaceptable la tesis del otro si en cuanto sugiere que se plantee el problema de inconstitucionalidad, haciendo uso de las facultades que a los Tribunales otorga el art. 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre, y en atención a que el propio Tribunal tiene establecido, «que la cuestión de inconstitucionalidad, sólo ha de plantearse cuando el acto del poder que se anule, sea consecuencia ineluctable de la aplicación de una norma contraria a los mandatos constitucionales» (S. de 20 octubre 1982), y es de evidencia que la legislación invocada en pretensión de la aplicación de dicho art. 35, no es susceptible de que pueda estar cuestionada su inconstitucionalidad, máxime cuando a la parte recurrente no se le ha negado a través del proceso la tutela efectiva de los Tribunales: de lo razonado obligado es que decaiga la pretensión recurrente.

## 2. PRESUNCION DE INOCENCIA

### APLICABILIDAD Y EFECTOS EN EL PROCESO LABORAL.

S 10 diciembre 1983 (RA 6190)

*El principio de la presunción de inocencia es extensible a la Jurisdicción laboral, por su carácter disciplinario, siendo nula la resolución judicial que lo haya vulnerado.*

**CONSIDERANDOS:** Que el principio mantenido por esta Sala, de manera tan insistente y continua, de que la declaración de hechos probados es elemento esencial y constitutivo en esta jurisdicción laboral y de que su falta o deficiente consignación acarrea la nulidad de la resolución ha de entenderse referida no sólo a la exigencia de que tales hechos aparezcan expresados con claridad y precisión en orden a las pretensiones interpuestas, de manera tan amplia como sea precisa para que el Tribunal superior pueda resolver con plenitud de presupuestos

fácticos si fuera interpuesto el correspondiente recurso, sino también a que la declaración de hechos probados responda a las exigencias procesales que con el carácter de necesarias impone nuestro ordenamiento jurídico y a que, por supuesto, no se quebrante ningún principio constitucional.

Que como queda dicho la sentencia recurrida declaró probados unos hechos que nacen de la conducta principal de otro trabajador que no ha sido oído, que es el único que imputa la actividad delictiva al recurrente, a través indirectamente de unas diligencias de naturaleza penal, dato éste que de alguna manera significa, como ya se ha dicho, la violación del principio de contradicción, esencial en todo proceso y característica básica de esta jurisdicción de acuerdo con los arts. 76 y 78 de la L. Pro. Lab., así como un quebrantamiento del principio constitucional de presunción de inocencia que tiene vocación generalizadora, extensible a todos los órdenes jurisdiccionales y que por consiguiente es de aplicación potencial a cualquier situación de derecho público y privado, en especial en conductas determinantes de la imputación de un hecho punible, de acuerdo con la extensa doctrina mantenida por el Tr. Const., sin que por otra parte sea aceptable referir la actividad del recurrente, como lo hace la sentencia de instancia, a un eventual comportamiento negligente (Considerando único de la sentencia con valor fáctico), porque el mismo no fue contenido en la Carta de despido, de todo lo cual se deduce la procedencia de declarar la nulidad de la sentencia reponiendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a ella, para que el Magistrado «a quo» con libertad de criterio y haciendo uso de la facultad que para mejor proveer le concede el párr. 1 del art. 87 de la L. Pro. Lab. ordene la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, incluso la testifical, con observancia de las prescripciones que quedan anteriormente anotadas y dicte nueva sentencia.

Que a mayor abundamiento la doctrina del Tr. Cont. de 28 julio 1981, mantenida posteriormente en otras varias resoluciones (y en análogo sentido la doctrina jurisprudencial de la Sala II del T. S. aplicable al Derecho del Trabajo en relación, de manera especial, al ordenamiento disciplinario tan cercano en este sentido al Derecho penal), impone la inexcusable consecuencia de declarar la nulidad radical, apreciable incluso de oficio, si en una resolución judicial se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia, lo que acaece cuando, como en este caso, no existen medios probatorios idóneos para provocar la actividad judicial de la valoración de la prueba, que es en la jurisdicción laboral, libre, de acuerdo con el art. 89 II de la L. Pro. Lab., pero que exige el presupuesto inexcusable de que exista una prueba y de que ésta haya sido aportada e incorporada a las actuaciones de acuerdo con las leyes, que en este proceso no se cumple, como ya queda dicho, lo que da lugar como antes se razona a la nulidad de la sentencia, solución que viene además impuesta en razón del principio de aplicación directa e inmediata que ha de tener la Constitución en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, y especialmente en el judicial, para lo cual deben arbitrarse los medios más procedentes para obtener su efectividad en tanto se establecen por vía legislativa los cauces procesales específicos, si hubiere lugar a ello, para lograrlo.

## 3. FUENTES DEL DERECHO

### JURISPRUDENCIA.

S 5 diciembre 1983 (RA 6173)

*Obligatoriedad de aplicación y carácter.*

**CONSIDERANDO:** Que el primer motivo del recurso, amparado en el núm. 1.º del art. 167 de la L. Pro. Lab., se denuncia violación por no aplicación de la doctrina legal de esta Sala, surgida en interpretación del art. 60-2

del Estatuto de los Trabajadores, y contenida, entre otras sentencias, en las de 28 junio 1943, 23 marzo 1953, 26 septiembre 1959, 10 febrero 1971, 20 enero y 14 diciembre 1981, siendo fundamental —se añade— la S. de 18 febrero 1982, y en función de la doctrina contenida en estas sentencias debe ser casada la impugnada; para el examen de este motivo, obligado es partir del principio establecido, también por este Tribunal, de que la Jurisprudencia «tiene carácter vinculante y resulta de obligada aplicación cuando coincidan los supuestos de hecho y de derecho entre los decididos en las sentencias que se invocan con lo controvertido en el pleito en el que se aducen» —SS. de 27 diciembre 1974, 18 mayo y 7 junio 1976, entre otras—, y del examen de la doctrina legal invocada, adviértase que el común denominador de la misma es que está referida a hipótesis de resolución de los contratos, en atribución de infidelidad, deslealtad o abuso de confianza, pero no en homologables a hipótesis de prescripción, así la de 28 junio 1943, hace aplicación de la prescripción en razón de que entre despido y comisión de la falta sí están alejados en el tiempo; las SS. de 23 marzo 1953, 10 febrero 1971 y las de 18 febrero y 10 diciembre 1982, estiman que la prescripción de las faltas, la que queda paralizada (art. 1973 del C. Civ.), en tanto los hechos imputados al trabajador no sean depurados y sancionados por la jurisdicción penal, lo que no sucede en el supuesto cuestionado, dado que aunque instada acción penal contra el actor, ésta ha sido objeto de sobreseimiento y archivo por el Juzgado competente; lo razonado conduce a la desestimación de este motivo, en coincidencia con lo dictaminado por el M.º Fiscal.

## 4. COMPETENCIA GENERICA

### RELACION LABORAL.

S 14 noviembre 1983 (RA 5595)

*La determinación de si una relación jurídica es laboral compete sólo a los órganos jurisdiccionales.*

**CONSIDERANDO:** Que la determinación de si una relación «inter partes» tiene o no naturaleza de laboral, no depende ni de cómo la denominen ni la conciben las partes, ni de ninguna decisión o resolución administrativa, sino que tan sólo compete a los Organos Judiciales que han de atender a su verdadero contenido.

### 5. ACTOS PROCESALES

#### IDIOMA JUDICIAL.

S 24 noviembre 1983 (RA 5627)

*La admisión de documentos que no se hallan redactados en lengua española determina la nulidad de actuaciones.*

**CONSIDERANDO:** Que del conjunto de la voluminosa prueba aportada al proceso origen del presente recurso más de trescientos documentos figuran redactados en inglés y en árabe sin traducción a la lengua española, en contravención con lo establecido en el art. 601 de la L. E. Civ. que dispone que a todo documento redactado en cualquier idioma que no sea el castellano se acompañará la traducción del mismo, lo que al haberse incumplido en los presentes autos origina la imposibilidad de que la Sala de casación ejercite las facultades que le incumben, cuando —como en este caso ocurre— se propone en uno de los motivos del recurso la incompetencia jurisdiccional por razón de la materia, facultades que se extienden a analizar cuantas alegaciones y pruebas se hayan suministrado, a fin de determinar la naturaleza de la relación jurídica debatida y consecuentemente la jurisdicción competente sin sujeción al relato histórico consignado en el correspondiente resultando de hechos probados, al que no queda en absoluto vinculada y desemboca en la declaración de oficio de la nulidad del procedimiento defectuosamente sustanciado, declaración que viene impuesta por ser

atribución irrenunciable de los Tribunales la tutela y vigilancia del ordenamiento procesal, velando por la correcta aplicación de las normas de derecho necesario que regulan el proceso, lo que implica la devolución de los autos a la Magistratura de origen para que, reponiéndolos al estado en que se hallaban cuando fue cometida la infracción determinante de la nulidad —en este caso la indebida admisión de los documentos precedentemente aludidos y por extensión la totalidad del acto del juicio dado el principio de concentración o de unidad de acto consagrado en el procedimiento laboral por los arts. 76, 78 y 79 de su Ley reguladora— los prosiga ajustándose en su tramitación a las disposiciones de índole procesal, subsanando las irregularidades advertidas.

### 6. CONCILIACION ANTE EL IMAC

#### INCOMPARECENCIA DEL ACTOR.

S 31 octubre 1983 (RA 5170)

*Efectos de la incomparecencia del actor en el acto de conciliación ante el IMAC.*

**CONSIDERANDOS:** Que en el hecho probado quinto del Resultando correspondiente el Magistrado de instancia precisa que el actor-recurrente... «aportó acta del IMAC, de la que resultaba que presentada la papeleta previa ante aquel organismo en 8 febrero, en 22 febrero se presentó al acto señalado al efecto, Tuberías y Soldaduras Especiales, S. A., no Tuberías Kahle, S. A., ni el solicitante, que no lo hizo por voluntad propia y sin causa justificada, si bien el Letrado que pretendía representar al solicitante aportó luego certificado médico ante el propio organismo»; frente a cuya narración el recurrente articula el motivo primero, en el que, tras la cita del núm. 5 del ya indicado art. 167, pretende se rectifique en el sentido de que conste que,

de las dos demandadas al acto de conciliación, la inasistencia fue Tuberías y Soldaduras Especiales, S. A., ello es lo que el Magistrado de instancia da como presente y, también, que como tal hay que tener al «...solicitante a través de su Letrado y mandatario verbal, provisto de certificado médico que acreditaba suficientemente la imposibilidad de su comparecencia al referido acto...».

Que los documentos en que el recurrente apoya el error de hecho que denuncia (folios 8, 9, 10, 11 y 60) ofrecen el siguiente contenido: el primero de ellos es el escrito a la Magistratura acompañando los documentos que a continuación se examinan; el segundo (folio 9) es el certificado del acto de conciliación ante el IMAC que revela que por la parte demandada sólo asistió una de las dos sociedades, sin que por el lugar en que ha quedado mecanografiado el texto «No comparece» sea posible precisar inequívocamente a cuál de las dos se corresponde (en cuanto indica como asistente a don M. P. T., con poderes notariales circunstanciados, y esta misma persona, con esos poderes, representó a Tuberías Kahle, S. A., en el juicio oral —folio 21— se aprecia la realidad del error a que inducía el acta del «Imac», reflejado en el ordinario 4.º de los hechos probados) y también pone de manifiesto esta misma acta de conciliación que el Letrado que quiso comparecer en nombre del actor, como mandatario verbal, representación que le fue negada por la demandada compareciente, para nada invocó en ese momento la enfermedad de su mandante; al folio 10 obra la diligencia de presentación por el mismo Letrado en el «Imac», a las 11,15 horas del mismo día 22 en que el juicio se había celebrado a las 9,30 (documento 3 del folio 59), del certificado médico (folio 11) en el que se hace constar la recomendación facultativa de no desplazamiento fuera de su domicilio particular durante un período mínimo de 10 días a partir de su fecha (20 febrero).

Que al aplicar la doctrina resumida en el primer fundamento jurídico a las evidencias que ofrecen los documentos examinados se ha de concluir en la desestimación del motivo primero, dado que: A) la circunstancia de que en el hecho impugnado figure una u otra empresa, de las dos demandadas en el acto conciliatorio ante el «Imac», no tiene la menor importancia en este proceso pues, aun admitido el error, no determinaría alteración del fallo recurrido; y B) que el actor recurrente estuviera enfermo el día en que ante el «Imac» se celebró el acto conciliatorio es un hecho irrelevante, ni siquiera alegado en el transcurso del mismo por quien dijo ser su mandatario verbal, puesto que tenía conferida su representación a todos los efectos (recibir citaciones y estar presente en el acto conciliatorio) en uso de las facultades que al respecto confiere el párr. 2.º del art. 9 del R. D. de 23 noviembre 1979, a un profesional legalmente habilitado para ostentarla (y no a quien compareció invocando ser su mandatario verbal, sin el menor signo que le acreditara como tal), profesional aquél que pudo acudir al acto de conciliación, con mayor razón si su representado estaba enfermo; obligado es concluir que la inasistencia del demandante, que en tiempo y forma había designado su representante, a tal citado acto no puede quedar justificada con el certificado médico aportado horas después de su celebración.

Que el segundo motivo se formaliza en los siguientes términos: «por infracción de Ley, al amparo del núm. 1 del art. 167 de la L. Pro. Lab., denunciándose infracción, por interpretación errónea del art. 59 de la Ley 8/80 de 10 marzo del Estatuto de los Trabajadores (sic), en su párr. 3.º en concordancia con el art. 3, párr. 2.º, inciso 1 noviembre 1979, núm. 2756/79 de asunción de funciones por el «Imac»; pues bien, el examen de las infracciones denunciadas, abstracción hecha del defecto formal que supone la inclusión en el mismo motivo de preceptos de

significación diferente, que, contra la que pudiera desprenderse de un examen superficial, no afectan al solo tema cuestionado (la caducidad de la acción de despido), impide acoger este segundo y último motivo, puesto que no compareció el actor, ni el representante por él designado en el propio escrito —demanda de conciliación, la extemporánea alegación (no precisamente en el desarrollo del acto) de su enfermedad, carece de entidad suficiente para ser tenida como justa causa de la incomparecencia del promovente al acto de conciliación, dado que, en modo alguno, podría cubrir la inasistencia del representante por él designado en tiempo y forma; de aquí que aquella demanda no tenga eficacia interruptora del plazo de caducidad, transcurrido el cual la acción de despido ha dejado de tener virtualidad en nuestro ordenamiento; por ello, como es parecer del M.º Fiscal, el recurso deba desestimarse.

## 7. DEMANDA

NULIDAD DE ACTUACIONES POR DEFECTOS DE LA MISMA; LIQUIDEZ.

S 26 octubre 1983 (RA 5151)

*La falta de liquidez de la demanda puede provocar la nulidad de actuaciones si no se subsana.*

**CONSIDERANDOS:** Que la necesidad de liquidez en las demandas en el proceso laboral viene impuesta por el artículo 71 de su ley reguladora, según el cual uno de sus requisitos es «la súplica de que sea condenado el demandado o demandados a la entrega de la cantidad que se considere exigible, sin perjuicio de la que se fije en conclusiones definitivas», requisito que se complementa con lo prevenido en el art. 78 de la misma Ley en el que se dispone que en este último trámite se determine «en virtud del resultado de las pruebas, de manera líquida y sin alterar los puntos fundamentales y

los motivos de pedir invocados en la demanda, las cantidades que por cualquier concepto sean objeto de petición de condena», sin que en ningún caso pueda reservarse tal determinación para la ejecución de sentencia, debiendo el Magistrado advertir a la parte de los defectos u omisiones en que haya incurrido al redactar la demanda, a fin de que los subsane dentro del plazo de cuatro días y si así no lo efectuase ordenará su archivo, en cumplimiento de lo establecido en el art. 72 de dicho cuerpo legal.

Que no han sido observadas en el procedimiento que motiva el presente recurso las anteriores prevenciones, pues a pesar de no precisarse en la demanda la petición de cantidad líquida, como tampoco en los trámites de ratificación, de réplica —en la que, por otra parte, se demora su fijación para la ejecución de sentencia, contra la expresa prohibición aludida— y de conclusiones, aquélla ha sido admitida a trámite sin que el Magistrado diese cumplimiento a la advertencia a la parte de sus defectos para que pudieran ser subsanados en momento oportuno, omisión que en forma singular y contra todo principio procesal, pretende enmendar en la parte dispositiva de la sentencia, ya que en ella, después de desestimar la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia invocada por la demandada, estima el defecto legal en el modo de proponer la demanda también excepcionada, y dejando imprejuizado el fondo, declara la nulidad de actuaciones desde la admisión a trámite de la demanda —con lo que implícitamente está anulando también su anterior pronunciamiento competencial—, concediendo a la parte actora el plazo de cuatro días a contar de la firmeza de la resolución, a fin de que presente una nueva subsanada citando a continuación para nuevo juicio, lo que posteriormente deja sin efecto y tiene por preparado el recurso de casación interpuesto, cúmulo de irregularidades que ineludiblemente desemboca en la de-

claración de oficio de la nulidad de pleno derecho del procedimiento tan defectuosamente sustanciado, declaración que impide entrar en el examen de los motivos articulados en el recurso, y viene impuesta por ser atribución irrenunciable de los Tribunales de justicia la tutela y vigilancia del ordenamiento público procesal, velando por la correcta aplicación de las normas de derecho necesario que regulan el proceso, lo que implica la devolución de los autos a la Magistratura de origen para que, reponiéndolos al estado en que se hallaban cuando fue cometida la infracción determinante de la nulidad, los prosiga ajustándose en su tramitación a las disposiciones de índole procesal, subsanando las irregularidades advertidas.

## 8. PRUEBA

FICTA CONFESSIO.

S 22 noviembre 1983 (RA 5621)

*Efectos de la declaración de tener por confesa a la parte demandada que no ha comparecido.*

**CONSIDERANDO:** Que la declaración de tener por confesa a la parte demandada incomparecida por aplicación del art. 81 de la L. Pro. Lab., declaración contenida en el primer Considerando de la sentencia recurrida, que dada su expresión genérica y por la plenitud de efectos que a la confesión atribuyen las disposiciones legales debe entenderse que afecta a la totalidad de los hechos de la demanda, y entre ellos a la retribución que se dice percibida de 89.236 ptas. mensuales, es inconsecuente con lo expuesto en la relación fáctica de dicha sentencia, comprensivo de que el actor cobraba únicamente un sueldo mensual de 34.200 ptas., cantidad ésta, rayana al salario mínimo interprofesional, que mal se compagina con la categoría de Director-Adjunto, con una antigüedad de más de diez años, que a aquél se

asigna, por todo lo cual ha de declararse probada la percepción de la cantidad que inicialmente se cita en vez de la última, y por ende acogido, en concordancia con el dictamen del M.º Fiscal, el primer motivo del recurso interpuesto, formalizado por el cauce del error de derecho del núm. 5 del art. 167 de la L. Pro. Lab. en relación con los arts. 580 de la L. E. Civ. y 1232 del C. Civ., sin que quepa, ante la estimación del principal, hacer pronunciamiento alguno sobre el segundo de los motivos por el carácter de subsidiariedad respecto al anterior con que expresamente se formula.

## 9. RECURSO DE CASACION

RESOLUCIONES RECURRIBLES.

S 23 noviembre 1983 (RA 5625)

*Diferencias entre la resolución recurrible en casación mencionada en el n.º 1 del art. 166 LPL. y la expresada en el n.º 4 de ese mismo precepto.*

**CONSIDERANDO:** Que como cuestión previa a la del examen de los motivos de casación por infracción de Ley que interpone el Instituto Nacional de la Seguridad Social (Mutualidad Laboral de la Construcción), ha de examinarse la que plantea el M.º Fiscal en su preceptivo informe —y a la que también alude la parte recurrente—, de carácter procesal, relativa al recurso que procede contra la sentencia de la Mag. Trab., que debe ser el de suplicación, que estima corresponde, cuestión que ha de resolverse en sentido afirmativo, porque conforme dispone el art. 166, núm. 1.º de la L. E. Lab., procederá el recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal contra las sentencias dictadas en reclamaciones por invalidez absoluta y gran invalidez, y por incapacidad laboral transitoria acumulada a aquéllas, habiendo sido modificado dicho número en el R. D.-Ley de 7 junio 1978 —mantenido en el texto de 13 junio

1980— en el sentido de limitar el recurso, en el supuesto de que la cuantía de las reclamaciones exceda de 500.000 ptas.; por ello, cuando en la demanda se postula la declaración de invalidez permanente parcial para la profesión habitual, la sentencia que recaiga en estos procesos es recurrible solamente ante el T. C. T., pero no ante el T. S., por no ser procedente el recurso de casación, siéndolo el de suplicación, sin que a ello se oponga el núm. 4.º del citado art. 166 al establecer que contra las sentencias dictadas por las Magistraturas, cualquiera que sea la materia sobre que verse, en reclamaciones cuya cuantía exceda de un millón de pesetas, el recurso procedente es el de casación, pues como tiene dicho esta Sala, entre otras, en SS. de 16 junio y 27 noviembre 1972, 3 enero 1973 y 13 mayo, 21 junio, 5 octubre y 8 y 20 noviembre, todas de 1982, los números 1.º y 4.º del art. 166 muestran un concurso aparente de normas que se resuelve aplicando el principio de la especialidad; uno y otro número se muestran como círculos concéntricos, correspondiendo el recurso de casación en las reclamaciones de cuantía superior al millón de pesetas —regla general— salvo que la materia lo fuera por invalidez permanente —regla parcial—, pues en tal caso sólo es posible el recurso de casación cuando la pretensión versa sobre invalidez absoluta, gran invalidez o incapacidad laboral transitoria acumulada a aquella, siempre que la cuantía de la reclamación exceda de 500.000 ptas., quedando, por tanto, excluida la incapacidad permanente parcial, aunque su cuantía rebasa la cifra del millón de pesetas; derivando de lo expuesto que, si la demanda de la que procede el recurso es sobre incapacidad permanente parcial, y se cifra su cuantía en la demanda en un salario mensual de 37.833 ptas., y en el hecho probado quinto de la sentencia en una base regulada de 1.587 pesetas diarias, el recurso procedente contra la sentencia dictada por la Mag. Trab. núm. 5 de Vizcaya en 21 febrero 1983, es el de suplicación; y, en su con-

secuencia, al haberse advertido en el fallo de la misma, erróneamente, que el recurso que procedía era el de casación, es obligada la devolución de las actuaciones a la Magistratura de origen, para que, de conformidad a lo dispuesto en el art. 179 de la Ley Rituaria Laboral, se haga saber a las partes que el recurso que pueden entablar es el de suplicación.

LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR.

S 7 diciembre 1983 (RA 6180)

*La absolución determina que exista falta de interés para recurrir.*

CONSIDERANDO: Que con estimación de las demandas formuladas, fundamentalmente, por la causa del ap. 4-b) del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, la sentencia de la Mag. Trab. declaró resueltos los contratos de trabajo, por voluntad de los actores, condenando a la empresa demandada al pago a los mismos de las oportunas indemnizaciones y con expresa absolución del Fondo de Garantía Salarial, también comparecido en el proceso, siendo este Organismo la única parte que recurre contra la sentencia referida, a los solos efectos de que se declare la incompetencia de la jurisdicción laboral para conocer de la contienda, por estar referida a la extinción de unos contratos de trabajo mediante acciones ejercitadas durante el período de suspensión, temporal, entre otros, de dichos contratos, según acuerdo de la Dirección Provincial de Trabajo, recaído en expediente de regulación de empleo promovido por la empresa contratante de aquellos trabajadores. Centrados de esta forma los términos del recurso, se plantea, como cuestión previa y primordial la relativa a la falta de interés para recurrir del Fondo de Garantía Salarial, circunstancia que destacan los trabajadores demandantes en su escrito de impugnación del recurso y a la que también circunscribe el Ministerio Fis-

cal la razón de su dictamen opuesto a la estimación del mismo, y efectivamente ha de reconocerse aquella falta de interés del Organismo recurrente para impugnar la sentencia de instancia, dados los términos en que la misma se produce, con expresa absolución del Fondo de Garantía a todos los efectos; y si además se tiene en cuenta que el art. 143 del Texto vigente de Procedimiento Laboral no ha previsto la necesidad de demandar al Fondo de Garantía Salarial en los supuestos de resolución de contratos al amparo del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores y que si bien el art. 33 de dicho Estatuto dispone que el citado Organismo abonará las indemnizaciones reconocidas judicial o administrativamente en favor de los trabajadores en los supuestos de extinción de contrato conforme al repetido artículo 50, lo hace por consecuencia de haber sido declarada la empresa en situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores, y en el caso de autos ni es aquella la razón de pedir de los trabajadores demandantes ni tal situación ha sido considerada en la sentencia, que accedió a la resolución de sus contratos por grave incumplimiento de sus obligaciones por parte del empresario.

GRAVAMEN.

S 5 diciembre 1983 (RA 6173)

*Solamente pueden recurrir en casación quienes hayan sufrido gravamen por la sentencia de Magistratura.*

CONSIDERANDO: Que el único motivo del recurso interpuesto en este procedimiento, por el actor, está amparado en el núm. 5.º del art. 167 de la L. Pro. Lab. y en el mismo se denuncia que el Magistrado de instancia ha incidido en error de hecho, al haber apreciación de la prueba documental unida a autos, proponiéndose la rectificación del ordinal tercero de los hechos probados, adicionando a dicha

declaración la precisión de que las facturas núms. 307, 309 y 314 habían sido visadas por el Jefe de Marca don Jorge M. P. y hecho efectivo su importe el 26 noviembre y 14 noviembre 1981; como hace notar el M.º Fiscal en su preceptivo dictamen, obligado es discurrir sobre la procedencia de este recurso y en atención a quien objeta la sentencia obtuvo en la instancia decisión favorable a sus pretensiones y es doctrina de esta Sala la afirmativa de que carecen de interés y legitimación para recurrir, quienes no sufren ningún gravamen con la sentencia de la Magistratura de instancia, como se sigue de la doctrina legal contenida en las SS. de la Sala 6.ª de 21 mayo y 1.º junio 1981, de 19 enero 1972 y de 24 septiembre 1983, entre otras; el denunciado error, carece de viabilidad, en razón de que se aspira incorporar al ordinal tercero de los hechos probados, precisiones fácticas que están contenidas en dichos hechos, al estimarse que en lo fundamental están incorporados a los Considerandos de la sentencia, donde se precisa el momento y fecha en que la empresa tuvo conocimiento de las irregularidades atribuidas al actor y de ello es consecuencia de que existe suficiente constancia en la sentencia impugnada en cuanto a lo postulado; de lo razonado se deriva, la desestimación de este único motivo en coincidencia con el criterio del M.º Fiscal.

ADHESIÓN.

S 12 diciembre 1983 (RA 6193)

*No cabe en la casación laboral.*

CONSIDERANDO: Que previamente al examen del único recurso de casación preparado y formalizado, se ha de rechazar la pretendida adhesión al mismo que en el escrito de impugnación expone la parte recurrida, ya que tal figura no es admisible en casación laboral, según recuerda la sentencia de esta Sala de 30 abril 1976, ya que

es preciso para su viabilidad la preparación dentro de plazo y en la forma prescrita en el art. 169 de la L. Pro. Lab., además de cumplir las formalidades establecidas; tampoco cabe la aportación de documentos, por lo que fue rechazado de conformidad con el art. 1741 de la L. E. Civ., el que intentó incorporar en el acto de la vista el citado recurrido.

**RECARGO DEL 20 %; EFECTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD.**

S 2 noviembre 1983 (RA 5564)

*Declarado inconstitucional el recargo del 20 %, debe devolverse a la parte que, habiendo interpuesto el recurso de casación, consignó tal cantidad.*

**CONSIDERANDO:** Que también con carácter subsidiario, el cuarto y último motivo del recurso, con el mismo apoyo procesal que el precedente, aduce la aplicación indebida del art. 55.4, inciso 1.º del Estatuto de los Trabajadores; motivo que debe rechazarse, porque si el despido se declara nulo, ha de ser aplicada inexcusablemente la norma que se supone infringida, porque es la que sanciona los efectos de dicha declaración; y si lo que ocurre, como es el caso, es que las concretas circunstancias introdujeron alguna duda a la parte sobre el alcance de un pronunciamiento de la sentencia, bien pudo acudir al oportuno remedio de la aclaración de la misma en su momento; pero no intentar ahora, en vía completamente inadecuada, un extemporáneo esclarecimiento, tras haber optado en su momento por una interpretación del punto que reputa dudoso, consignando para que el recurso le fuera viable la cantidad que estimó oportuna; a cuyos actos ha de estarse; sin perjuicio de que, visto lo resuelto por el Tribunal Constitucional en orden al incremento del 20 por 100 de la cantidad de principal, por su S. de 25 enero 1983 y otras posteriores, deba acordarse la inmediata devolución a la

parte demandada y hoy recurrida de la cantidad a que asciende dicho porcentaje de incremento.

**10. RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY**

**ERROR DE HECHO.**

S 31 octubre 1983 (RA 5169)

*Requisitos generales para que pueda prosperar este submotivo.*

**CONSIDERANDO:** Que esta Sala únicamente puede estimar la denuncia de error de hecho en la sentencia recurrida cuando, tras invocar el núm. 5 del art. 167 de la L. Pro. Lab., el documento citado por el recurrente ofrezca consistencia para inferir, a su solo examen, una certeza concreta, en discrepancia con el Resultando de hechos probados de la sentencia impugnada, certeza que, por sí resalte, sin necesidad de deducciones o exégesis argumentales; habiendo precisado, además, la jurisprudencia, reiterada por esta Sala a través de muy numerosas sentencias, que han de concurrir determinadas circunstancias para que pueda estimarse el error denunciado, de entre las cuales son de destacar, por la significación que tienen en el presente caso, las dos siguientes: 1.ª) La contraposición (incluso por insuficiencia en el relato fáctico) ha de darse respecto de hechos concretos, por lo que no cabe tomar en consideración argumentaciones, apreciaciones o valoraciones subjetivas de la parte; y, 2.ª) No pueden aceptarse ni siquiera los errores que resulten patentes si no han de tener influencia en el fallo, esto es, si la rectificación instada no ofrece entidad suficiente para alterar el pronunciamiento recurrido.

**ERROR DE HECHO; DOCUMENTO.**

S 19 diciembre 1983 (RA 6182)

*Requisitos del documento en el que se apoya.*

**CONSIDERANDO:** Que al articularse el motivo segundo del recurso deducido por la empresa demandada con cita del núm. del art. 167 de la Ley de Procedimiento, en cuanto la impugnación que contiene afecta al Resultando de hechos probados, primera parte de la sentencia, el estudio del recurso, por razones de método, debe comenzar precisamente por este motivo, si quiera, como en el presente caso ocurre, ofrezca un resultado claramente negativo para la pretensión postulada; en efecto, los documentos que invoca la empresa recurrente carecen de virtualidad para acreditar un error de hecho, ya que, como esta Sala tiene reiteradamente proclamado, el documento que se cite a este fin ha de ofrecer, por sí mismo, una realidad fáctica que esté en abierta contraposición, en flagrante contradicción, con el Resultando de hechos declarados probados por el Magistrado de instancia; ello es, que el contenido del documento afirme, niegue o destaque lo que precise u omita la sentencia, a juicio del recurrente, y, precisamente, ninguna de tales circunstancias se dan en el presente caso...

**11. RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA**

**PROTESTA PREVIA.**

S 6 diciembre 1983 (RA 6175)

*Es requisito indispensable para que el recurso sea viable.*

**CONSIDERANDOS:** Que en el único motivo del recurso de casación por quebrantamiento de forma, interpuesto contra la sentencia de la Mag. Trab., con cita del art. 168, núm. 3.º, de la L. Pro. Lab., la Corporación Municipal recurrente alega que le fueron denegadas las pruebas documentales que propuso con antelación al juicio, como también el recurso de reposición, admitido a trámite, pese a no ser viable, según el art. 80, párr. 2.º, de la L. Pro.

Lab., deducido contra la providencia denegatoria (en el que dejaba constancia de su eventual protesta) y que tal negativa genera en ella una situación de clara indefensión.

Que el momento procesal idóneo para proponer las pruebas de que la parte intente valerse en el proceso laboral, es el juicio oral ante el Magistrado de Trabajo, quien resolverá sobre su pertinencia «y si el interesado protestase en el acto contra su inadmisión, se consignará en el acta la ... prueba solicitada, la resolución denegatoria, los fundamentos de la misma y la protesta todo a efectos del procedente recurso por quebrantamiento de forma» (art. 78 de la L. Pro. Lab.); que ello no impide que la parte interesada, con la antelación que juzgue prudente, siempre antes de los tres días precedentes al del juicio si ha de haber citaciones, proponga por escrito las pruebas de que intente valerse cuya práctica no sea posible en su desarrollo (art. 80 de la citada Ley); es incluso que, frente a su inadmisión deje constancia de su protesta que tal proposición y protesta, en su caso, anticipadas no le excusan de tener que reproducir en el momento oportuno —durante la celebración del juicio—, aquellas pruebas que, admitidas o no, respecto de anterior propuesta, en ese instante preciso no se hubieran practicado, y, naturalmente, debe, si le fueran de nuevo denegadas, interesar que de constancia expresa en el acta del juicio de su protesta, pues sólo ésta, según el precepto legal copiado, tiene efectos significativos para el recurso por quebrantamiento de forma; que en este sentido, con invariada continuidad en su aplicación, se ha venido pronunciando esta Sala a través de muy reiteradas sentencias, de las que, a título de ejemplo, destacamos las de 25 marzo y 22 mayo 1969, coincidentes en que «...al no haberse protestado y consignado la protesta en el trámite de conclusiones del juicio, a los efectos de la interposición del oportuno recurso de casación, se faltó a lo dis-

puesto en los arts. 1696 de la L. E. Civ. y 72 (hoy 78) de la de Procedimiento Laboral, que exige siempre como requisito indispensable que... en último caso se consigne la protesta consiguiente»; y las de 24 febrero, 22 mayo, 7 y 26 noviembre, por no citar más que algunas de las pronunciadas en el año 1981, que reiteran la condición de requisito indispensable, para la viabilidad del recurso de casación por quebrantamiento de forma, en razón de prueba propuesta con antelación y denegada con efectos de indefensión —invocados, sí, pero en modo alguno evidenciados en el presente caso— el de que figure la constancia expresa de la protesta en el acta del juicio oral.

Que la aplicación del precepto legal en que el recurso se ampara, en armonía con la doctrina legal que lo interpreta, brevemente resumida «ut supra», no permite la viabilidad del recurso, ya que, si bien es cierto que la prueba se articuló en forma (folios 125 a 127 y 139), que se recurrió en reposición frente a la denegatoria judicial (folios 151 y 153) y que en ese recurso se expresó «la formal y respetuosa protesta para hacerla en el momento procesal e instancia oportuna y a todos los efectos legales procedentes», no lo es menos que, en el desarrollo del juicio oral, la parte hoy recurrente no propuso esas mismas pruebas y en conclusiones ninguna protesta formuló y sí solicitó otro medio de prueba para mejor proveer (folio 1073) distinto a los que con anterioridad al juicio le habían sido denegados; faltando, pues, los requisitos imprescindibles para que pueda acogerse el recurso formalizado, debe desestimarse, y en este sen-

tido se pronuncia el M.º Fiscal; y ello, con los efectos que dispone el art. 176 de la L. Pro. Lab.

## 12. RECURSO DE INTERES DE LA LEY

FINALIDAD.

S 19 diciembre 1983 (RA 6246)

*Es fijar la doctrina legal.*

CONSIDERANDO: Que la finalidad del recurso en interés de ley, tal y como ha precisado la Sala en las Sentencias dictadas al respecto, es la de declarar el derecho, fijar la doctrina legal, «lograr la seguridad jurídica mediante una exacta interpretación de la norma que se estima vulnerada» —SS. de 27 mayo 1978 y 16 noviembre 1981—, en razón al interés general y al bien común, en cuanto sólo tiene significación «a efectos puramente jurisprudenciales, sin que pueda alterarse por su medio la situación jurídica particular creada por el fallo impugnado» —S. de 10 junio 1974—; esto es, que «no tiene otro objeto que interpretar las normas y procurar la unidad jurisdiccional sobre las cuestiones legales discutidas y resueltas cuando se estime errónea o dañosa la doctrina sentada en la sentencia recurrida» —S. de 11 marzo 1970—, por lo que obligado es concluir que si «la doctrina legal sobre el tema suscitado ya está fijada, es obvio que el recurso está vacío de contenido, carente del fin que persigue la norma que lo autoriza» —SS. de 26 febrero 1969, 31 enero 1978 y 15 febrero 1982.

## EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA CONSTITUCION Selección de resoluciones en materia procesal (1983)

MARÍA JOSÉ MASCARELL NAVARRO  
Prof. Adjunto Contratado de Derecho Procesal  
Universidad de Valencia

### SUMARIO:

1. Artículo 24.1 de la Constitución (alcance de la tutela de jueces y tribunales, derecho a no sufrir indefensión). — 2. Artículo 24.2 (presunción de inocencia). — 3. Artículo 29 (derecho de petición). — 4. Artículo 106.1 (desviación de poder). — 5. Artículo 117.3 (competencia de los órganos judiciales). — 6. Artículo 117.5 (jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense). — 7. Artículo 163 (cuestión de inconstitucionalidad). — 8. Artículo 164.1 (eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional).

### I. ARTICULO 24.1

ALCANCE DE LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES.

1) S. de 15 octubre 1983  
CIVIL (Sala 1.ª) (RA 5327)

*Interpuesta demanda en juicio de desahucio y dictada sentencia estimatoria, el demandado solicitó que se tuviera por preparado en tiempo y forma el recurso de revisión, oponiéndose la Audiencia, por auto de 4 marzo 1982, al haber sido sustituido tal recurso por el de casación en la ley de arrendamientos rústicos de 31 de diciembre de 1980; denegada, por auto de 11 de marzo de 1982, la copia certificada del auto de 4 de marzo, el demandado recurrió en suplicación, que fue desestimada por auto de 29 de marzo. Recurridos los*

*autos en casación, el Tribunal Supremo estimó pertinente la interposición del recurso de revisión por haberse iniciado el juicio con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 83/1980, de 31 de diciembre.*

CONSIDERANDO: Que, según lo expuesto, el presente recurso de casación aparece deducido contra los autos de 11 y 29 de marzo de 1982 por los cuales la Sala de Instancia había denegado certificación del dictado el día 4 del mismo mes, solicitado para recurrir en queja contra este último, que, a su vez, había denegado la pedida para impugnar por el cauce del recurso de revisión regulado en el Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959 la sentencia que declaró haber lugar al desahucio de la finca rústica cedida en arriendo en 1972 por mer-

ced de 185.000 pesetas y en juicio introducido en 30 de enero de 1980, y el recurso de casación que debe, aquí y ahora, decidirse se funda en un único motivo, al amparo del núm. 1 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el concepto de interpretación errónea de la doctrina legal sentada en las sentencias de este Tribunal Supremo, que se citan al efecto, pertinente dicha doctrina al núm. 6 del artículo 51 del Reglamento citado, que viene a ser, en definitiva, el precepto infringido en cuanto previene (como ahora el art. 137 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos) que «en todo lo que no está especialmente previsto en el presente Reglamento regirán en la materia de jurisdicción como supletorias las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las Orgánicas de los Tribunales», trayéndose a la consideración de esta Sala, conducida por los autos de 11 y 29, la cuestión resuelta por el de 4 de marzo de 1982, recaído a escrito de la parte demandada-recurrente de 24 y 26 de febrero de 1982 (folio 34 del rollo de apelación), en que —como ya se adelantó— solicitaba dicha parte se «tenga por preparado en tiempo y forma recurso de revisión ante la Sala de Derecho Social del Tribunal Supremo» por manifiesto error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y por infracción de precepto legal, «emplazando a las partes ante el Tribunal Superior dentro del plazo legal» y previa expedición de «certificación literal de la sentencia dictada por esta Sala y de la de Primera Instancia, así como de los votos reservados si los hubiere o negativa en su caso»; a cuyo escrito y pese a sus inexactitudes, excusables, habida cuenta de la intrincada normativa aplicable —así, la Sala del Tribunal Supremo actualmente competente para la materia de arrendamientos rústicos es esta Primera y no la Sexta o de lo Social por efecto de lo dispuesto en el párrafo 1.º del núm. 32 de la base primera de la Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases, Orgánica de la Justicia, en

vigor en cuanto al particular desde el día 27 de noviembre de 1976 por disposición del artículo 2 del Real Decreto-ley 24/1976, de 26 de noviembre, en relación con la Ley 11/1978, de 20 de febrero, derogatoria de aquella—, la Sala de Instancia debió proveer para mayor garantía, sobre la base de que el acceso a esta Sala de la materia de arrendamientos rústicos se halla regulado uniformemente por los núms. 4 a 7 del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959, reproducidos, respectivamente, en los 3 a 6 del artículo 132 de la vigente Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, que prácticamente se reducen a la transcripción literal de los de 1959, fuera de haberse sustituido la cuantía de 20.000 por la de 200.000 pesetas y denominar recurso de casación al que el Reglamento llamaba recurso de revisión; siguiéndose que si la Sala no tenía que ceder la certificación solicitada y que se cuestiona, estaba, sin embargo, de ello en el caso de proveer sobre lo que en sustancia se solicitaba, y debió por ello acordar, en presencia del artículo 24 de la Constitución, sobre la base de haberse iniciado el juicio con anterioridad a la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, dato del que se sigue que, no conteniendo ésta en tema procesal disposición transitoria alguna, había de estarse al núm. 3 del artículo 2 del Código Civil, que por hallarse en el título preliminar es de general aplicación, y en que se dispone que las Leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, consistiendo la exclusión del efecto retroactivo sobre las Leyes procesales en que los procedimientos ya iniciados se sustancien, cualquiera que sea el estado en que se hallen al comenzar la vigencia de la nueva normativa, por la anterior y que regía en el momento de su iniciación, sujetándose a ella en todos sus trámites y recursos y a salvo únicamente lo que aquella nueva normativa dispusiere en contrario; conclusión que no se elimina con acudir a

la vía de la analogía, que, por lo demás, conduciría a preceptos próximos en el tiempo (así, a la disposición transitoria primera de la Ley 46/1966, de 23 de julio, sobre modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o en la materia (así, a la disposición transitoria de la Ley de 17 de julio de 1953); y es por ello que esta Sala viene sosteniendo invariablemente que los litigios sobre arrendamientos rústicos cuyas demandas hubiesen sido presentadas antes de entrar en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de 30 de enero de 1981 la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, o sea, hasta el día 19 de febrero de 1981 inclusive, cualquiera que fuera su estado procesal, continuarán sustanciándose en todos sus trámites y recursos por las normas procesales que en razón a sus respectivas cuantías regían en la fecha de su iniciación y ante los órganos jurisdiccionales competentes a tenor de los preceptos entonces vigentes.

2) S. de 28 septiembre 1983.  
LABORAL (Sala 6.ª) (RA 4290)

*Dictada sentencia por la Magistratura de Trabajo, revocando la resolución de la Comisión Técnica Calificadora Central por la que se declaraba al trabajador en situación de incapacidad permanente total con derecho a percibir una pensión vitalicia, el trabajador afectado interpuso recurso de revisión alegando indefensión por no haber sido citado en su lugar de residencia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.*

**CONSIDERANDOS:** Que en estas circunstancias el único problema a resolver es el de si los hechos anteriormente descritos son o no subsumibles en el núm. 4 del artículo 1797 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable a este proceso de acuerdo con los artículos 189 y 190 de la Ley de Procedimiento Laboral, debiéndose tener en cuenta como presupuesto básico que la revisión sólo puede ser acogida

cuando media alguna de las causas fijadas taxativamente en la Ley, que además han de ser interpretadas restrictivamente y sin que sea posible acoger por analogía otras distintas, con arreglo a una extensa doctrina jurisprudencial que, por conocida, es innecesario recoger con detalle, aunque, entre otras, pueden citarse las sentencias de 15 de octubre y 12 de noviembre de 1981, y en este proceso, alegada la maquinación fraudulenta, tipificada en el número y artículo citados, de ninguna manera se ha acreditado la realización de artificio alguno por la parte que obtuvo la sentencia objeto del recurso ni, por consiguiente, actuaciones dolosas que hubieran sido determinantes de la alegada indefensión, antes, al contrario, concurre un hecho relevante, destacado con acierto por el Ministerio Fiscal, consistente en que cuando se entabla la pretensión contra el hoy demandante en revisión y otros se dio como domicilio de aquél el que constaba en el expediente administrativo, en el que no aparece probado que hubiera referencia documental del cambio, pues incluso el traslado de la correspondiente pensión de la Seguridad Social de Madrid a Ceuta se produjo en marzo de 1979 y la demanda se formuló en diciembre del año anterior, sin que, por lo tanto, pueda hablarse de maquinación fraudulenta cuando en tal momento no consta, como ya queda dicho, que ninguna de las partes conociera el cambio de domicilio, ni siquiera éste se hubiera realmente producido y sí, por el contrario, que el demandante cuando lo abandonó, no se sabe si para trasladarse al extranjero, concretamente a Yanit (Marruecos) u otro lugar, no dejó aviso alguno de la nueva residencia, por lo que sólo a él puede ser imputada la posible indefensión sufrida y no afectante, por tanto, a la proscripción que de ella hace la Constitución (el art. 24.1), que ha de entenderse referida, sin duda, al principio según el cual todo el que intervenga en un proceso ha de tener el derecho a defenderse dentro de los

cauces —siempre que éstos sean objetivamente razonables— establecidos en las Leyes.

Que las limitaciones que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en el artículo 1797 a la seguridad jurídica, reconocida también expresamente en la Constitución (art. 9.3), tienen una justificación innegable en defensa de la cosa juzgada y, por consiguiente, de la estabilidad y fijeza de las relaciones jurídicas, por lo que, aun cuando la citada Ley sea anterior a la Constitución y esta norma superior y posterior y hayan de ser Tribunales ordinarios quienes deban de declarar su incompatibilidad con la Carta Magna a través, según procede, de la derogación o de una interpretación correctora, adecuada a los principios y mandatos de aquella (sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 y otras muchas, entre ellas la muy reciente de 21 de julio de este año), la defensa de la prohibición constitucional de la indefensión no puede proyectarse a aquellas situaciones como la presente, en la que sólo a la conducta descuidada del demandante es atribuible que, además y parcialmente al menos, ha sido subsanada en vía jurisdiccional al haber obtenido sentencia favorable a sus pretensiones de declaración de incapacidad permanente total y al derecho a percibir la correspondiente pensión vitalicia, sin perjuicio del resultado del recurso pendiente.

3) S. de 15 noviembre 1983.  
CONT-ADM (Sala 3.ª) (RA 5777)

*El Tribunal Supremo reconoce legitimación a la Cámara de Comercio de Valencia para recurrir contra una disposición de carácter general, cual es el decreto de 4 de septiembre de 1981, que regula la relación laboral especial de representantes de comercio.*

**CONSIDERANDO:** Que opuesta por la representación del Estado la causa de inadmisión establecida en el apar-

tado b) del artículo 82 de la Ley Jurisdiccional en razón a que existe una evidente discordancia entre el ámbito de aplicación de la norma que se impugna, aplicable a todo el territorio nacional, y el ámbito de representación de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia, que sólo puede representar los intereses de los que en ella territorialmente se agrupan, ha de ser desestimada por cuanto sin desconocer la jurisprudencia a que se hace alusión en la que era exigencia que existiera para la impugnación de disposiciones de carácter general, una acomodación entre los ámbitos de aplicación de la norma y el de representación de quien acciona, es lo cierto que a raíz de la del artículo 24 de la Constitución la jurisprudencia de este Tribunal de que son manifestación, entre otras, las Sentencias de 28 de enero de 1981, 19 de enero de 1980, 11 de abril de 1981, 24 de septiembre de 1981, y 13 y 14 de octubre del mismo año 1981 y las de 14 de enero de 1982 y 15 de octubre de 1982 son bien expresivas y elocuentes en cuanto al reconocimiento de la representación que se impugna siendo de señalar cómo la primera de las citadas de la Sala Quinta declara «que respecto a la segunda causa de inadmisibilidad no ignora esta Sala la reiterada doctrina jurisprudencial invocada por el Abogado del Estado que ha venido limitando la legitimación de las Entidades o Instituciones de Derecho Público y cuantas entidades ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, para impugnar directamente Disposiciones de carácter general, interpretando que el ámbito territorial que abarca la competencia del Ente que impugna debe ser el mismo a donde alcanza la norma objeto de impugnación, privando por ello de legitimación a los Entes de competencia más reducida respecto de la impugnación de Disposiciones Generales de la Administración Central», y es a continuación cuando se aduce «que tal doctrina basada en supuestos en que exis-

tía Organización jerárquica que contaba con un Organismo superior de ámbito nacional al que estaban subordinados los de ámbito inferior, provincial o local, quiebra a virtud del derecho a la protección judicial instituido en el artículo 24 de la Constitución en cuanto concede a toda persona el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, y aunque este derecho a la jurisdicción en términos generales ha de conjugarse con los requisitos de la legitimación normalmente regulados en las Leyes Procesales, crea un ámbito amplio para ejercer la representación ante los órganos jurisdiccionales»; doctrina que, con claridad manifiesta viene a abundar en el efectivo reconocimiento de la legitimación que asiste a la Entidad accionante.

4) S. de 27 diciembre 1983.  
CONT-ADM (Sala 4.ª) (RA 6836)

*Interpuesto recurso contencioso administrativo por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid contra un acuerdo de la Diputación Provincial de Valladolid, la Audiencia Territorial lo inadmite por falta de legitimación activa. Interpuesto recurso de apelación, el Tribunal Supremo revoca la sentencia apelada.*

**CONSIDERANDOS:** Que la repetida Diputación Provincial vuelve a insistir también en la segunda causa de inadmisibilidad del recurso, por ella planteada inicialmente, con la diferencia de que, así como la primera le fue desestimada por la Sala de la Territorial, lo que la nuestra confirma, como se desprende de lo expuesto en el precedente considerando, por el contrario, en esta segunda, basada en una supuesta falta de legitimación activa del Colegio Oficial recurrente, el Tribunal a quo la ha acogido, determinando con ello el sentido del fallo pronunciado en la sentencia que nos ocupa.

Que la acogida de esta otra causa de inadmisibilidad, basada en lo previsto en el ap. b) del repetido art. 82 de la Ley de Jurisdicción, no puede ser compartida por nosotros, porque, el que lo recurrido forme parte de un Pliego de bases y condiciones técnicas, que habrían de regir los concursos para adjudicación de los trabajos de planeamiento urbanístico, a realizar durante 1980 en diversos pueblos de la provincia de Valladolid, y el que no hayan faltado algunas resoluciones que consideren a los Pliegos de Condiciones como «verdaderas normas jurídicas», como se proclama en las viejas sentencias de 30 de mayo de 1896 y 11 de diciembre de 1912, y hasta en alguna más moderna, como la de 25 de septiembre de 1965, sin embargo, ello sólo puede ser entendido en el sentido metafórico empleado en el artículo 1091 del C. Civ., constituyendo actos con pluralidad de destinatarios, o destinatarios indeterminados *a priori*, como preparatorios de futuros contratos, lo que ha conducido a resaltar la naturaleza contractual de tan repetidos Pliegos (S. de 16 de marzo de 1964); de todas formas, a lo más a que se podría llegar es a considerar a los mismos como actos híbridos, situados en zona fronteriza entre la norma y el verdadero acto administrativo, lo que tampoco justificaría servirse de ello para legitimar una causa de inadmisibilidad como la contemplada en el citado ap. b) del art. 82 de nuestra Ley Procesal, a base de forzar la aplicación de la restricción impuesta en el ap. b) del núm. 1, del art. 28 de la propia Ley, y precisamente en los momentos actuales, en los que el derecho a la tutela de los Tribunales impuesto en el art. 24 de nuestra Constitución, está permitiendo superar restricciones pensadas en circunstancias históricas bien distintas a las actuales, como se viene destacando en la más reciente jurisprudencia de este Alto Tribunal y del Constitucional, más que en ninguna, en esta materia.

## DERECHO A NO SUFRIR INDEFENSIÓN.

- 1) S de 14 septiembre 1983.  
CONT-ADM (Sala 4.ª) (RA 5713)

*Desestimados tácitamente dos recursos de reposición interpuestos, en ejercicio de la acción pública, contra dos licencias municipales de obra, se inicia el proceso contencioso administrativo. El Tribunal Supremo, al conocer del recurso de apelación, declara la nulidad de la desestimación tácita y acuerda la reposición de las actuaciones administrativas al momento de interposición de los recursos de reposición, ya que en los mismos no se dio audiencia a los titulares de las licencias.*

**CONSIDERANDOS:** Que este proceso contencioso se dirige contra la desestimación tácita de los recursos de reposición interpuestos, en ejercicio de acción pública, contra dos licencias de edificación concedidas por el Ayuntamiento demandado y la sentencia apelada, apreciando de oficio la falta de audiencia a los titulares de dichas licencias, acuerda retrotraer las actuaciones administrativas al momento de interposición de dichos recursos a fin de que se cumpla el citado trámite, siendo esta sentencia combatida por el apelante con apoyo en la tesis de que, en los procesos contenciosos promovidos contra la desestimación tácita de un recurso de reposición, la revisión judicial debe limitarse a la legalidad material del acto administrativo que ha sido objeto de dicho recurso, sin que sea jurídicamente correcto acordar la nulidad de esa desestimación tácita por incumplimiento de trámites formales, ya que ello desnaturaliza la institución del silencio administrativo negativo.

Que en una perspectiva general la aceptación de la tesis del apelante viene impuesta por la consideración de que el silencio administrativo negativo se construye sobre la ficción legal de considerarse producido un acto tácito desestimatorio con el objeto de impe-

dir que la inactividad de la Administración constituya obstáculo insuperable para acceder a la vía contenciosa por falta de decisión administrativa previa, pues si ello es así resulta obligado entender que la doctrina de la nulidad de los actos administrativos por incumplimiento de formalidades esenciales es inaplicable al supuesto de actos desestimatorios tácitos en cuanto que tal incumplimiento se inscribe y forma parte de esa inactividad de la Administración que determina la operatividad del silencio administrativo, ya que en otro caso se violentaría esta institución y se aplicaría en perjuicio del administrado, condicionando sustancialmente su finalidad de otorgarle el beneficio de acceder a una vía judicial efectiva e incluso podría dar lugar a un círculo cerrado de remisión a una nueva inactividad administrativa con unos consiguientes resultados de indefensión del accionante que legalmente son inadmisibles.

Que la doctrina expuesta resulta, sin embargo, inaplicable al supuesto de omisión del trámite de audiencia de los terceros que ostentan un interés directo, personal y legítimo en el mantenimiento del acto administrativo contra el cual se interpone ese recurso de reposición, cuya desestimación tácita abre el proceso contencioso, y ello porque de otra forma se quebrantaría el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído, fundamento esencial del procedimiento administrativo y del proceso judicial, actualmente consagrado en el artículo 24 de la Constitución, y si bien es cierto que esa omisión administrativa del trámite de audiencia a los interesados, entre los cuales indudablemente vienen incluidos los titulares de las licencias cuya nulidad se pretende, puede ser subsanada en el proceso mediante el correspondiente emplazamiento personal —y así debió hacerlo la Sala de instancia en evitación de una nulidad formal que obviamente perjudica al demandante y a la propia eficacia de la tutela judicial—, el hecho real de

no haberse hecho así coloca a este Tribunal de apelación en la alternativa de mantener la nulidad acordada por la sentencia recurrida o decretar la nulidad de las actuaciones procesales para que se subsane esa indefensión de los titulares de las licencias impugnadas mediante la práctica de dicho emplazamiento personal y dicha alternativa debe resolverse con la primera de las soluciones referidas, ya que la segunda de ellas producirá de manera inevitable los mismos efectos que son inherentes a toda nulidad formal, sin la ventaja que supone restituir el derecho de defensa de los titulares de las licencias al mismo momento en que debió serle concedido por la Administración dando simultáneamente a ésta la ocasión de que, con conocimiento de las alegaciones que puedan hacer dichos interesados, reconsidere su conducta de inactividad y proceda a dar cumplimiento al deber que le impone el artículo 94.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo, dictando un acto expreso que, además de dar la satisfacción que merece la petición del recurrente en reposición, permite delimitar en términos claros y precisos la cuestión controvertida en la vía administrativa y, por consiguiente, el proceso contencioso que se plantee posteriormente.

- 2) S de 5 octubre 1983.  
CONT-ADM (Sala 4.ª) (RA 5068).

*El Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina proclamada por el Tribunal Constitucional en sentencia de 20 de octubre de 1982, declara que, no obstante lo dispuesto en el art. 64 de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa, los demandados deben ser personalmente emplazados.*

**CONSIDERANDOS:** Que si el artículo 64 de nuestra Ley Jurisdiccional, siguiendo el sistema tradicional de lo contencioso, equiparó el emplazamiento de los demandados por medio de anuncios en el «B. O. E.» al emplazamiento personal o a los subsidiarios

previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sirviéndose de la ficción jurídica de presumir que tal publicación comporta un conocimiento del inicio del recurso por aquéllos, es algo merecedor de crítica adversa, en cuanto somete a dichos demandados al riesgo de no llegar a conocer lo anunciado en el periódico oficial, que es lo que ocurre con más frecuencia, dada la escasa difusión del referido «Boletín».

Que, si no obstante lo dicho, el precepto contenido en el referido artículo 64 hasta ahora no ha sido puesto en cuestión ha sido debido al imperio del apotegma «Dura lex, sed lex» y a la sumisión del juzgador al poder legislativo cuando éste no encuentra topes en su campo de actuación.

Que, sin embargo, lo que no pueden hacer estas técnicas de ficción-presunción es ir más allá, en sus efectos prácticos, de los surtidos por los emplazamientos efectuados dentro del régimen, de máxima garantía, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; Ley que compagina su sistema cauteloso de emplazamientos con la regulación de un procedimiento especial para posibilitar la audiencia del litigante rebelde, dedicando todo un Título de su Libro II a este cometido (el Título IV); procedimiento utilizable en nuestra jurisdicción en virtud de la supletoriedad que le confiere la Disposición Adicional Sexta de nuestra Ley de 27 de diciembre de 1956, convirtiendo así en innecesaria la existencia de un Reglamento complementario, lo que explica que en la actualidad no se cuenten con preceptos como los contenidos en los artículos 199 al 203 del viejo Reglamento de lo Contencioso, dedicados a regular esta materia.

Que, empero, con el nuevo orden constitucional la situación ya no es la misma, pues lo que antes era un problema de *lege ferenda* y un motivo de crítica para la doctrina se ha convertido en un tema de jerarquía normativa y de prevalencia de la «superley», puesto que nuestra Constitución, en su

artículo 24.1, garantiza tan solemnemente el derecho de los españoles a la tutela de Jueces y Tribunales y condena cualquier tipo de indefensión, lo que llevó a declarar que dicho artículo 24.1 contiene un mandato implícito al legislador —y al intérprete—, consistente en promover la defensa en la medida de lo posible mediante la correspondiente contradicción.

Que el mismo Tribunal Constitucional, en su sentencia de 20 de octubre de 1982, afrontando más directamente el problema, en un recurso de amparo estima el mismo y anula la sentencia del Tribunal de lo Contencioso al estimar que era obligado el emplazamiento personal del demandado, pese a lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley de esta Jurisdicción, aunque en esta ocasión sin hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 55.2 de su Ley Orgánica, y, por tanto, sin plantear ante el Pleno del Tribunal la cuestión de la inconstitucionalidad del repetido artículo 64 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, argumentando que en esta interpretación el artículo 64 no es contrario a la Constitución en cuanto permita que pueda buscarse, dentro de la vía judicial ordinaria, el remedio contra la indefensión, por lo que puede ser mantenido con este condicionamiento en tanto que el legislador no ofrezca una nueva regulación de la materia más plenamente ajustada a la Constitución.

Que precisamente lo que ha hecho la representación del señor M. A. en la presente ocasión no ha sido otra cosa que servirse de la vía judicial ordinaria (la de la audiencia al rebelde, regulada en el Título IV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil) para conseguir una reapertura de las actuaciones, con su presencia, a seguir de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 783 de la repetida Ley de Enjuiciamiento Civil, sirviendo en este caso la Constitución de simple refuerzo, sin que por ello haya que plantearse problema alguno de derecho transitorio, máxime cuando en este

tema nuestra norma fundamental, más que una innovación, lo que hace es dar rango legal a un principio de Derecho natural y a una regla basada en la naturaleza de las cosas, contrarios a que nadie sea condenado sin ser oído.

Que, por último, por lo que se refiere al segundo tema suscitado en estas actuaciones, sobre suspensión de la ejecución de la sentencia a que las mismas se contraen, dictada por esta Sala en 13 de noviembre de 1979, resulta procedente declarar tal suspensión por las siguientes razones: 1.ª) porque ya fue inicialmente acordada por providencia de 12 de noviembre de 1980 notificada en debida forma a la representación de los que ahora se oponen a tal suspensión, sin que por los mismos se reaccionara mediante la interposición del pertinente recurso; 2.ª) porque dada la solicitud de audiencia al rebelde y lo dispuesto, a contrario sensu, en el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo correcto jurídicamente, dada la situación de provisionalidad de la sentencia, es aplazar su ejecución, en espera de lo que en definitiva se resuelva en la incidencia abierta con este trámite; 3.ª) porque, por los intereses en juego y por las graves consecuencias de adoptar medidas que luego no se correspondieran con la decisión final, es preferible respetar de momento el *statu quo* antes de precipitarse con pronunciamientos contraproducentes.

3) S de 17 noviembre 1983.  
PENAL (Sala 2.ª) (RA 5507)

*El Tribunal Supremo declara que debe abrirse la vía del recurso de casación por infracción de ley a los supuestos manifiestos de indefensión.*

**CONSIDERANDO:** Que nuestro recurso de casación como recurso extraordinario, no permite otras impugnaciones por vicios «in procedendo» que los supuestos taxativos contenidos en el artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por ello durante años, y fundándose en el carácter res-

trictivo que acompaña a todo recurso extraordinario la jurisprudencia rechazó todo aquel que se fundaba en causas distintas de las contempladas por el artículo citado. Sin embargo, recientemente se inició doctrina contraria, fundada en la busca de la justicia material a que todo proceso debe tender, salvando obstáculos formales que la hagan imposible, y ante supuestos manifiestos de clara indefensión, que incidían en el escrupuloso respeto que merecen las garantías individuales y los derechos fundamentales. Las vías procesales generalmente seguidas fueron las del artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estimando la nulidad de actuaciones por forma como un artículo de previo pronunciamiento, añadido a los en ese precepto contemplados; o al número 1.º del artículo 849 por infracción de Ley —Sentencias de 21 de enero de 1975, 2 de abril de 1979 y 6 de junio de 1980; Autos de 29 de marzo de 1977, 20 de abril de 1977 y 29 de noviembre de 1977, y especialmente la aleccionadora Sentencia de 2 de junio de 1981—. Publicada la Constitución de 1978, el artículo 24.1 de la misma proclama el principio de que toda persona tiene derecho a la tutela judicial sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, precepto constitucional que vincula a todos los poderes públicos según el artículo 53.1 de la propia Constitución, por lo que debe declararse generalizada la operatividad del principio de indefensión a través de la locución en «todo caso», a supuestos distintos de los enumerados en los artículos 850 y 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que contemplan los quebrantamientos de forma susceptibles de ser corregidos en casación. En este sentido ya se ha pronunciado esta Sala en Sentencia de 10 de noviembre de 1982. Cuando las indefensiones producidas no son corregidas dentro de los cauces procesales adecuados dentro de la jurisdicción penal, pueden ser base de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, como último guardador de los derechos y libertades

constitucionales. Entre otros supuestos en que el mentado Tribunal se ha pronunciado, interesa en el presente juicio, traer a examen la Sentencia de 10 de marzo de 1982, en cuanto declara vicio causante de indefensión que «la indeterminación en el escrito de conclusiones provisionales de los hechos punibles puede dar lugar a una acusación imprecisa, vaga e incluso insuficiente y puede producir a causa de ello una situación de indefensión en el acusado que sólo podrá efectivamente defenderse y proponer las pruebas que crea conveniente en la medida en que conozca la exposición concreta de los hechos». Aplicando la doctrina expuesta a la conducta criminal objeto de aquel amparo (expresión o expresiones ofensivas en deshonra del Ejército hechos en una carta publicada por un periódico de gran circulación) precisa que «hubieran debido individualizarse las expresiones presuntamente injuriosas, pues aunque siempre habría sido necesario interpretarlas dentro del contexto que supone la carta en su totalidad, sólo determinadas expresiones y no todo su escrito (que llevando el razonamiento «ad absurdum» podría ser un voluminoso libro) pueden reputarse injuriosas».

## 2. ARTICULO 24.2

### PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

1) S de 13 enero 1983.  
PENAL (Sala 2.ª) (RA 6)

*Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, del motivo segundo del art. 849, en base a la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo lo estima.*

**CONSIDERANDOS:** Que la más reciente doctrina de esta Sala, como tal recogida en las próximas sentencias de 10 de noviembre y 27 de diciembre de 1982, abre la vía del recurso casatorio a la presunción de inocencia, ensanchando el cauce del artículo 849.2 de la L. E. Crim., bastando invocar en ella los artículos 24.2 y 53.1 del Texto

Constitucional, o simplemente alegar «la inexistencia de prueba alguna» —nunca la errónea apreciación de la prueba— respecto de la participación del acusado, aunque sea acudiendo a vía inadecuada, porque la preeminencia de dicho derecho le hace inmune al rigor formal del recurso extraordinario, y esta doctrina no desconoce o contradice cuanto viene este Tribunal afirmando sobre los caracteres de forma y fondo que definen al documento auténtico, porque no se trata de promover una revisión del resultado probatorio aceptado por el juzgador «a quo», sino de constatar la existencia de un medio o elemento de prueba que permita destruir la presunción de inocencia, de suerte que una vez advertida dicha «actividad probatoria mínima» debe prevalecer la versión de los hechos del juzgador de instancia, que traduce una convicción a la que han contribuido además los datos e informaciones inaprensibles pero valiosas que derivan del principio de inmediación y la virtud demostrativa de las alegaciones de la acusación y de la defensa, proyectándose sobre el conjunto la apreciación del Tribunal sentenciador con todos los desarrollos lógicos y a veces intuitivos que provocan una subjetiva creencia —certeza— sobre la participación del acusado en los hechos delictivos, convicción que solamente claudica cuando un documento formal e intrínsecamente auténtico proclama una verdad contraria —y no desvirtuada por otras pruebas— al relato judicial; y de este modo se concilian las exigencias indeclinables del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que debe ser acatado por todos los poderes públicos, y entre ellos el judicial, abriéndole vías de penetración en todas las instancias y recursos procesales, y la necesidad de impedir, por exigencias institucionales del proceso criminal, que este recurso pueda degenerar en una segunda instancia con lesión irreparable para el principio fundamental de la libre apreciación de la prueba que consagra el artículo 741 de la L. E. Crim.

Que los motivos cuarto y quinto del recurso utilizan la vía núm. 2 del artículo 849 de la Ley Procesal para invocar el «error de hecho en la apreciación de la prueba», señalando al efecto como documentos auténticos las declaraciones del procesado fallecido, del acusado recurrente y el acta del juicio oral, que ni en sentido positivo ni negativo acreditan una verdad que pueda imponerse a la versión judicial; ahora bien, dichos motivos de impugnación, aunque no pueden tener apoyo en dichos documentos, sí reciben fuerza legal del derecho constitucional a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2, que vinculando a todos los órganos jurisdiccionales, obliga a investigar la «existencia en la causa de una actividad probatoria «mínima» de la que pueda derivarse la posible intervención en los hechos del acusado, y este examen es en este caso totalmente infructuoso porque el simple hecho de que dispusiera el acusado de una llave de la casa donde fueron hallados parte de los efectos sustraídos, que no era su vivienda habitual, sino del coacusado, no es elemento o dato suficiente e inequívoco para desmontar la presunción de inocencia que le favorece, lo cual conduce a la estimación de los motivos expresados, pronunciando este Tribunal segunda sentencia que dé nueva redacción a los hechos, con el consiguiente pronunciamiento absoluto, absteniéndose —por innecesario— de examinar el sexto motivo de casación y prescindiendo también del séptimo, formulado «ad cautelam» para el caso de no prosperar los anteriores.

2) S 26 enero 1983.  
PENAL (Sala 2.ª) (RA 56)

*Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, en base al motivo segundo del art. 849 LECRIM, por haberse infringido el derecho a la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo desestima el recurso por existir en la causa una mínima actividad probatoria.*

CONSIDERANDO: Que por infracción de ley, con base en el artículo 849.2, precedentemente citado, se señalan las declaraciones del acusado obrantes a los folios 14 y 37 de la causa, para argüir el error en la apreciación de la prueba en relación a su participación en los hechos, y aunque tales declaraciones no son documentos auténticos que permitan la revisión de la apreciación judicial, late en el fondo de esta alegación una referencia al derecho a la presunción de inocencia que asiste a todo ciudadano según el artículo 24.2 de la Constitución Española, que opera mientras no aparezca en la causa una mínima actividad probatoria, según ha dicho y razonado esta Sala en sus sentencias de 10 de noviembre y 27 de diciembre de 1982 y 13 de enero de 1983, por citar las más próximas; y al investigar y examinar dicha actividad probatoria, cumpliendo el inexcusable deber que vincula a los Tribunales en todo recurso e instancia, según el artículo 53.1 de la Constitución, ha de significarse, primeramente, que el acusado a la presencia judicial ratificó las declaraciones prestadas en el atestado policial, atribuyéndose los hechos y describiendo las circunstancias de los mismos (folio 16 de la causa), y, posteriormente, aceptó su certeza, al mismo tiempo que facilitaba detalles sobre su realización y sobre las motivaciones en la declaración indagatoria documentada al folio 18; y estos elementos probatorios, por sí solos, y dejando al margen unas retractaciones desprovistas de seria fundamentación, son bastantes para desvirtuar la aludida presunción de inocencia, quedando incólume el relato o narración de los hechos aprobados, como resultado de la apreciación en conciencia de la prueba por parte del Tribunal de instancia, con la consiguiente desestimación del segundo motivo del recurso por infracción de ley.

En el mismo sentido pueden verse, entre otras, las SS. del T. S. de 2 diciembre 1983 (RA 6705), 10 diciembre

1983 (RA 6508), 19 diciembre 1983 (RA 6581), 21 diciembre 1983 (RA 6711 y 6712), 23 diciembre 1983 (RA 6728) y 27 diciembre 1983 (RA 6749).

3) S 26 enero 1983.  
PENAL (Sala 2.ª) (RA 55)

*Interpuesto recurso de casación por violación del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en base al motivo 1.º del art. 849, el Tribunal Supremo lo estima, no obstante considerar cauce más idóneo para hacer valer tal infracción el motivo 2.º del artículo 849.*

CONSIDERANDO: Que, en lo que respecta al tema de la valoración de la prueba en el proceso penal, los artículos 717, 741 y 973 de la L. E. Crim. se refieren a una apreciación de la misma «en conciencia» —arts. 741 y 973— o «con criterio racional» —artículo 717—, infiriéndose de su texto que los Tribunales de lo criminal pueden valorar la prueba practicada sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase, formando su convicción en torno a los problemas fácticos que defiera el procesado, sin más freno o cortapisa que: a) el de obrar recta e imparcialmente, con mente limpia de perjuicios y honesta intención, y b) el de no desdeñar o menospreciar el rango privilegiado de ciertos documentos auténticos que, obrando en la causa, obligan —a tenor del número 2 del art. 849 de la L. Pro. P.— a pasar y estar por su contenido desvirtuado por otros acreditamientos obrantes también en autos; pudiéndose añadir que, dada la inmediación con que se practican las pruebas en el juicio oral, en muchas ocasiones esa ponderación se efectúa de modo lícito, basándose en lo inaprehensible e impalpable que la intuición y el hábito de juzgar de los Tribunales les permite valorar positivamente sin necesidad de acudir a reglas fijas o a la sana y reflexiva crítica. Sin embargo, y aun antes de la vigencia del ordenamiento constitucio-

nal, dichos Tribunales de lo penal, de cumplir estrictamente con su deber, debían abstenerse de pronunciamientos desfavorables para el reo siempre y cuando no tuvieran a su disposición las oportunas pruebas, directas o indirectas, personales o reales, tangibles o circunstanciales, inmediatas o indiciarias, contradictorias o no, merced a las cuales fuera posible apreciarlas o valorarlas con soberano criterio, pudiéndose añadir, insistiendo en el tema, que si el proceso, desde el punto de vista del acreditamiento de los hechos de autos, no ofrece más que la desolación más absoluta y la carencia y vacío más completos, el principio «in dubio pro reo» y la prudencia más elemental aconsejan, si no se quiere incidir en error judicial, a absolver al procesado o procesados de los delitos objeto de acusación y respecto a los cuales no se ha practicado prueba alguna capaz de constituir la base o sustentáculo fáctico de una respuesta positiva y de una sentencia condenatoria. Pero hoy día, reconocido en la Constitución —último inciso del párrafo 2.º del art. 24— el derecho de todos los españoles a la presunción de inocencia, lo acabado de razonar se refuerza y apuntala con el rango prioritario propio de un mandato inserto en una ley de leyes, cuya aplicación directa e inmediata es obvia y que predomina, prepondera y prevalece sobre cualquier otra norma; habiendo declarado el Tribunal Constitucional —en sentencias que por conocidas es innecesario citar— que la presunción dicha no se puede en ningún caso rehuir o esquivar y que, en definitiva, no supone una alteración del soberano criterio de los Tribunales de lo criminal para valorar las pruebas practicadas conforme al libre arbitrio que el artículo 741 de la L. E. Crim. les concede, pero que para ello es preciso que conste en la causa un mínimo de actividad probatoria, rodeado de las garantías procesales más elementales y respetuosas con los derechos fundamentales de la persona reconocidos por las leyes; habiendo aceptado y co-

roborado esta doctrina las sentencias de este Tribunal de 1 de junio y 3 y 10 de noviembre de 1982, entre otras, cuyas resoluciones, obedeciendo el mandato constitucional y acomodándose a la interpretación realizada por el fiel custodio de las normas y valores reconocidos y fijados por dicha superley, han tratado de encontrar líneas de penetración de la presunción de inocencia en el ordenamiento casacional, declarando que, tal como lo ha proclamado el citado Tribunal Constitucional, el cauce más certero de impugnación casacional basado en la conculcación de la mentada presunción es el del número 2 del artículo 849 de la L. E. Crim., aunque para ello sea preciso atribuir rango de documento auténtico, al menos desde el punto de vista extrínseco o formal, a todas las actuaciones judiciales practicadas, pero sin que ello impida que este Tribunal, ante una impugnación canalizada por la vía del núm. 1 del artículo 849 y basada en la presunción de inocencia, pueda y deba conocer y resolver la cuestión planteada, usando para ello la facultad que le concede el artículo 899 de la L. E. Crim.; conclusión que se fundamenta, en primer lugar, en que, tratándose de una época de transición y de cambios, desde ordenamientos anteriores a la Constitución, el conocimiento y fecunda aplicación de la misma no son todavía general y perfectamente sabidos, divulgados y asimilados, siendo natural y disculpable que en esa fase todavía indecisa balbuciente las partes duden y hasta yerren en lo menos —cauce procesal adecuado—, habiendo acertado en lo más —invocación de la presunción de inocencia—, y, en segundo término, en el rango eminente y absolutamente prevalente sobre cualquier clase de normas del ordenamiento constitucional, lo que obliga a su aplicación inmediata y directa, sea cual sea la vía o cauce procesal escogidos, y aunque en algunos casos el planteamiento pueda ser de dudosa ortodoxia ritualaria.

En el mismo sentido SS. T. S. 2 diciembre 1983 (RA 6705) y 23 diciembre 1983 (RA 6728).

4) S de 4 marzo 1983.

PENAL (Sala 2.ª) (RA 1768)

*Interpuesto recurso de casación, en base al art. 849.1, por haberse violado el derecho a la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo desestima el recurso, exponiendo el «cuerpo de doctrina» existente sobre este derecho constitucional.*

CONSIDERANDOS: Que en relación con el artículo 24.2 de la Constitución de 1978, que consagra el expresado derecho, esta Sala ha formado ya cuerpo de doctrina acorde con la del Tribunal Constitucional, que en síntesis puede resumirse así: 1.º, el artículo 24.2 de la Constitución no es un precepto penal de carácter sustantivo y, por tanto, en general, sin relación con algún precepto penal violado, no es admisible en casación por la vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 2.º, no obstante, el artículo 53 de la Constitución afirma que los derechos reconocidos en el capítulo segundo vinculan a todos los poderes públicos y que la protección de tales principios informarán, entre otros extremos, la práctica judicial, aunque añade nuestro más alto Cuerpo legal que «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollan»; 3.º, a falta de este desarrollo por ahora, la presunción de inocencia puede invocarse en el recurso de casación, bien a través de la indefensión del procesado, cuyo supuesto está suficientemente cubierto por el artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que contempla los supuestos de indefensión, bien como auténtica presunción de inocencia a través del artículo 849.2 de la propia Ley, cuando no ha existido una mínima actividad probatoria con garantías procesales de la que pueda deducirse la culpabilidad

del procesado; 4.º, cuando existen medios de prueba en el sumario o en el juicio oral, el T. S. no puede entrar a censurar la valoración de prueba que al Tribunal de Instancia concede la L. E. Crim. en el artículo 741 para hacerlo «en conciencia», porque ello equivaldría a sustituir la conciencia del Tribunal «a quo» y a convertir la casación en una segunda instancia, lo que es legalmente de todo punto inadmisibles, y 5.º, cuando las pruebas practicadas son dolosas o insuficientes a juicio del T. S. por la vía del artículo 899 de la L. E. Crim., podría el Tribunal de Casación entrar en el análisis de la prueba, para mejor comprensión de los hechos, llegando a las conclusiones legales convenientes en orden a la aclaración de aquéllos mediante el examen de las pruebas (sentencias de esta Sala de 30 de mayo de 1981, 1 de junio, 27 de septiembre y 3 y 10 de noviembre de 1982 y 13 de enero de 1983).

Que, examinado el motivo del recurso, que invoca el artículo 24.2 de la Constitución en relación con el 344 del C. P., analizando las pruebas obrantes en el sumario al folio 13, otro de los procesados afirma que el recurrente era portador de la cantidad de cocaína que expresa la sentencia, lo cual es ratificado por el procesado (folio 15), renunciando al beneficio que le concede el artículo 520 de la L. E. Crim., lo que ratifica el folio 27, con fotografías de los zapatos donde iba oculta la cocaína (folios 31 y 32), pasaporte (folio 38), declaraciones testimoniales (folio 40), ratificación del procesado en lo esencial al folio 42, de las declaraciones del folio 15, informes de la Brigada de Estupeficientes (folio 55), declaración del recurrente del folio 104, contradictoria del folio 42, mas reconociendo el contenido de los zapatos que transportaba, las propias declaraciones del juicio oral, razones todas que llevan a concluir que por existir bastante más que una mínima actividad probatoria, con garantías legales, procede desestimar el motivo del recurso.

- 5) S de 28 enero 1983.  
CIVIL (Sala 1.ª) (RA 393)

*Interpuesta demanda por responsabilidad extracontractual o aquiliana de de los arts. 1902 y 1903, CC, y recaída sentencia estimatoria, el demandado interpuso recurso de casación, en base al núm. 1.º del art. 1692, por haberse violado el derecho a la presunción de inocencia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso.*

CONSIDERANDO: Que en lo referente al motivo sexto, que se plantea, con amparo en el núm. 1 del artículo 1692 de la Ley de Trámite Civil, por entender el recurrente producida violación, resultante de inaplicación del artículo 1092 del C. Civ., en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, en cuanto establece que todos tienen derecho a la presunción de inocencia, porque si no cabe desconocer que el mencionado artículo 1092 establece que las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se registrarán por las disposiciones del C. P., y dicho artículo 24 de la mencionada Constitución proclama dicho principio de presunción de inocencia, tampoco es de olvidar, de una parte, que la resolución impugnada no se base en apreciaciones responsabilizadoras de índole estrictamente penal, configuradoras de delito o falta de tal índole, sino de aspecto estrictamente civil derivado de culpa extracontractual o aquiliana por aplicación de lo establecido en los artículos 1902 y 1903 del C. Civ., y de otra parte, que la repetida sentencia recurrida no desconoce ni niega la presunción de inocencia, tanto por no reconocer apreciaciones de alcance penal, sino simplemente civil, cuanto porque el reconocimiento judicial de responsabilidad civil, extracontractual o aquiliana, consecuencia de procedimiento sometido a las reglas legalmente establecidas al respecto, en modo alguno altera aquel principio, sino que lo respeta en su integridad, pues que toda decisión judicial, precedida de normas legalmente preestablecidas para llegar a ella, son de riguroso acata-

miento para aquel a quien afecte, y solamente impugnables mediante el ejercicio de los correspondientes recursos.

- 6) S de 30 marzo 1983.  
CONT-ADM (Sala 4.ª) (RA 1587)

*Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia que anuló la resolución de la Dirección General de Política Interior, por la que se confirmaba la sanción de cierre temporal de una discoteca impuesta por el Gobierno civil de Gerona, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia recurrida porque la inexistencia de prueba sobre los derechos motivadores de la sanción infringía el derecho a la presunción de inocencia.*

CONSIDERANDOS: Que si bien la facultad conferida por la Orden del Ministerio de la Gobernación de 9 de marzo de 1946 a los Gobernadores Civiles para conceder licencias de apertura de Cafés, Bares, Cervecerías y similares e instalación y funcionamiento de Salas de Fiesta, Locales de Baile y establecimientos de recreo análogos, siempre que se acredite la buena conducta y antecedentes del peticionario, lleva implícita la de clausurar tales establecimientos cuando las condiciones que posibilitan su apertura desaparecen o la pública moralidad y disciplina de las costumbres que debe presidir el ejercicio de su funcionamiento se ve alterada, no por ello puede prescindirse de que los hechos que sirvan de soporte fáctico a la decisión gubernativa que ordene su clausura dejen de acreditarse y determinarse de forma que permitan controlar la procedencia y correcta aplicación de la normativa jurídica, que en su caso autoriza el cierre de los establecimientos de referencia, en este sentido el «razonable margen de discrecionalidad» que alude la sentencia de este Tribunal de 27 de mayo de 1964, citada en la resolución de la Dirección General de Política Interior, que confirmó la del señor Gobernador Civil de Gerona que clausuró

por tres meses la discoteca «J.», sita en la calle del General Mola, núm. 2, de Ripoll (Gerona), requiere para su adecuado uso la prueba de los fundamentos fácticos sobre los que actúa, los que permitirán penetrar en el modo y manera en que se ejercita esta discrecionalidad.

Que dada la vaguedad e indeterminación de los hechos que se califican como actos violentos en la resolución del Gobernador Civil que clausuró por tres meses la discoteca denominada «J.», no puede estimarse que los mismos sirvan de base para configurar una vulneración de la moralidad pública y disciplina de las buenas costumbres, a efectos de declarar el cierre por tres meses de la discoteca «J.», dado que la falta de datos del proceder de los clientes que en dicho establecimiento se dice producían fuertes altercados, llevaría a fundamentar la sanción impuesta en una simple opinión de la Guardia Civil sobre el comportamiento de personas no concretadas ni identificadas que concurrían a dicho establecimiento, lo cual no constituye una prueba que sirva de soporte fáctico para la adopción de una medida como la que recoge la resolución del Gobernador Civil, siendo a tener presente, como recuerda la sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 1981, «que nunca el administrado puede hallarse en posición peor a la del delincuente, y por ello, si para condenar a éste es necesario la aportación de una prueba demostrativa de la realidad del ilícito penal del que es acusado, para sancionar a aquél es también necesario acreditar la constatación plena del fundamento fáctico de la sanción», ya que lo contrario vulneraría el principio proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución Española de que toda persona tiene derecho a la presunción de inocencia.

También la S. T.S. de 26 diciembre 1983 (RA 6418) aplica el derecho a la presunción de inocencia a la actividad sancionadora de la Administración.

- 7) S de 10 noviembre 1983.  
PENAL (Sala 2.ª) (RA 5470)

*El Tribunal Supremo declara que la presunción de inocencia se refiere a cuestiones de hecho o de índole probatoria, y no a la actividad de interpretación y aplicación de la ley.*

CONSIDERANDO: Que si la presunción de inocencia establecida en el artículo 24.2 «in fine», de la Constitución vigente, se intenta introducir en el campo de la impugnación casacional concatenándola, no sólo con el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino con un precepto penal concreto y de carácter sustantivo —en este caso el artículo 259 del Código Penal— supuestamente infringido, se desnaturaliza, subvierte y distorsiona dicha presunción, la que se refiere únicamente a cuestiones de hecho o de índole probatoria, intentando entroncarla con la aplicación e interpretación de las Leyes, lo que es misión que exclusivamente incumbe a los Jueces y Tribunales, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 117.3 de la Constitución antecitada. Pero, en cualquier caso, y aunque no fuera así, basta examinar lo actuado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, muy especialmente, el acta del juicio oral, para comprobar que no sólo se practicó el «mínimo de actividad probatoria» exigido, por el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias de 28 de julio de 1981 y 26 de junio de 1982, para que las Audiencias puedan usar del soberano criterio valorativo de las pruebas que les concede el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino también: a) que, los acusados, confesaron en todo momento, tanto la reciente sustracción, en una Armería, de las escopetas, como la manipulación de las mismas recortándoles los cañones; b) que fueron sorprendidos «in fraganti», los acusados, con ellas, siendo ocupadas en su poder; y c) que es

lícito conjeturar —puesto que la prueba de indicios es una de las más fecundas y características del proceso penal— que, proyectando dedicarlas los acusados a posteriores actividades delictivas, las citadas escopetas se hallaban en estado de perfecto funcionamiento, como lo evidencia también el hecho cierto de haberles recortado los cañones, tarea que no se hubieran molestado en realizar si, tales armas de fuego, hubieran sido inútiles e inservibles; procediendo en armonía con todo lo expuesto, la desestimación conjunta de los motivos único de los recursos entablados por los procesados M. M. y B. T., basados, ambos, en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del artículo 259 del Código Penal y 24.2 de la Constitución Española.

8) S de 22 noviembre 1983.  
PENAL (Sala 2.ª) (RA 5679)

*El Tribunal Supremo ofrece un resumen de las líneas jurisprudenciales sobre el principio constitucional de la presunción de inocencia.*

**CONSIDERANDO:** Que, en una primera aproximación, la presunción de inocencia sentada en el número 2, «in fine», del artículo 24 de la Constitución, equivale a la proclamación dogmática, de que, a todo enjuiciado en proceso criminal, se le supone prístinamente inocente de todo cargo mientras no se demuestre lo contrario, incumbiendo, a las partes acusadoras, la prueba o acreditamiento de la culpabilidad del encausado; pero, atendiendo a la repercusión, del citado principio constitucional, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a las líneas de penetración, en la misma, del referido principio, el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias de 28 de julio de 1981 y 26 de julio de 1982 y este Tribunal, en Sentencias de 1 de junio, 10 de noviembre y 3 del mismo mes de 1982, y 26 de enero, 14 de marzo, 6 de abril, 10 de junio, 14 del mismo mes, 4 de julio, 27 de septiembre y 18 de octubre

de 1983, han declarado que: a) el citado precepto constitucional, es de estricta observancia, por parte de todos los Tribunales, y de inmediata aplicación sin necesidad de desarrollo legislativo; b) que, la meritada presunción, influye en la regulación, función y efectos del recurso de casación, de tal modo que, contemplando la integridad de la causa como un documento dotado de autenticidad, es dable alegar inocencia sin mácula, del acusado, al amparo del número del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, demostrando que la presunción de inculpabilidad no fue destruida por acreditamientos o pruebas de lo contrario; c) que también cabe, aunque no sea la vía más deseable, encauzar que la pretensión canalizándola al amparo del número 1 del artículo 849 antecitado, reputando, a la estudiada presunción, precepto sustantivo de obligada observancia en la aplicación de la Ley penal, apoyándose, para ello, en el sumario y rollo de la Audiencia —los que, esta Sala, ha de examinar merced a la facultad que le concede el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— como prueba demostrativa de que la presunción referida no ha sido combatida eficazmente ni destruida; d) que las Audiencias, pese al precepto constitucional, conservan la facultad de soberana, libérrima y omnimoda valoración, en conciencia, de la prueba practicada, que les concede el artículo 741 de la Ley citada, pero, para ello, es preciso que, dicha facultad, se ejerza no sobre el más desolador y desértico vacío probatorio —pues no se puede apreciar positivamente la nada o lo que no existe—, sino partiendo de la existencia, en la causa, de un mínimo de actividad probatoria practicada con las debidas garantías procesales; y e) que, la misión de este Tribunal, en tales casos, no es la de fiscalizar o supervisar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia, aprobándola y ratificándola o, en su caso, sustituyéndola por el propio criterio, sino exclusivamente la de comprobar si, la apreciación valorativa, se

ejerció sobre ese mínimo de actividad probatoria o si, por el contrario, no consta, en autos, ningún acreditamiento incriminatorio practicado con las debidas garantías.

9) S de 10 diciembre 1983.  
LABORAL (Sala 6.ª) (RA 6190)

*Dictada por la Magistratura de Trabajo una sentencia, declarando la procedencia del despido de que fue objeto un trabajador, e interpuesto recurso por la vía del núm. 5 del art. 167, LPL, el Tribunal Supremo declara la nulidad de la sentencia por haberse violado el principio constitucional de la presunción de inocencia, al no existir medios probatorios idóneos para promover la actividad judicial de valoración de la prueba.*

**CONSIDERANDOS:** Que el principio mantenido por esta Sala, de manera tan insistente y continua, de que la declaración de hechos probados es elemento esencial y constitutivo en esta jurisdicción laboral y de que su falta o deficiente consignación acarrea la nulidad de la resolución ha de entenderse referida no sólo a la exigencia de que tales hechos aparezcan expresados con claridad y precisión en orden a las pretensiones interpuestas, de manera tan amplia como sea precisa para que el Tribunal superior pueda resolver con plenitud de presupuestos fácticos si fuera interpuesto el correspondiente recurso, sino también a que la declaración de hechos probados responda a las exigencias procesales que con el carácter de necesarias impone nuestro ordenamiento jurídico y a que, por supuesto, no se quebrante ningún principio constitucional.

Que como queda dicho la sentencia recurrida declaró probados unos hechos que nacen de la conducta principal de otro trabajador que no ha sido oído, que es el único que imputa la actividad delictiva al recurrente, a través indirectamente de unas diligencias de naturaleza penal, dato éste que de

alguna manera significa, como ya se ha dicho, la violación del principio de contradicción, esencial en todo proceso y característica básica de esta jurisdicción de acuerdo con los artículos 76 y 78 de la L. Pro. Lab., así como un quebrantamiento del principio constitucional de presunción de inocencia que tiene vocación generalizadora, extensible a todos los órdenes jurisdiccionales y que por consiguiente es de aplicación potencial a cualquier situación de derecho público y privado, en especial en conductas determinantes de la imputación de un hecho punible, de acuerdo con la extensa doctrina mantenida por el Tr. Const., sin que por otra parte sea aceptable referir la actividad del recurrente, como lo hace la sentencia de instancia, a un eventual comportamiento negligente (Considerando único de la sentencia con valor fáctico), porque el mismo no fue contenido en la Carta de despido, de todo lo cual se deduce la procedencia de declarar la nulidad de la sentencia reponiendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a ella, para que el Magistrado «a quo» con libertad de criterio y haciendo uso de la facultad que para mejor proveer le concede el párrafo 1 del artículo 87 de la L. Pro. Lab. ordene la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, incluso la testifical, con observancia de las prescripciones que quedan anteriormente anotadas y dicte nueva sentencia.

Que a mayor abundamiento la doctrina del Tr. Const. de 28 de julio de 1981, mantenida posteriormente en otras varias resoluciones (y en análogo sentido la doctrina jurisprudencial de la Sala II del T. S. aplicable al Derecho del Trabajo en relación, de manera especial, al ordenamiento disciplinario tan cercano en este sentido al Derecho penal), impone la inexcusable consecuencia de declarar la nulidad radical, apreciable incluso de oficio, si en una resolución judicial se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia, lo que acaece cuando,

como en este caso, no existen medios probatorios idóneos para provocar la actividad judicial de la valoración de la prueba, que es en la jurisdicción laboral, libre, de acuerdo con el artículo 89 II de la L. Pro. Lab., pero que exige el presupuesto inexcusable de que exista una prueba y de que ésta haya sido aportada e incorporada a las actuaciones de acuerdo con las leyes, que en este proceso no se cumple, como ya queda dicho, lo que da lugar, como antes se razona, a la nulidad de la sentencia, solución que viene además impuesta en razón del principio de aplicación directa e inmediata que ha de tener la Constitución en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, y especialmente en el judicial, para lo cual deben arbitrarse los medios más procedentes para obtener su efectividad en tanto se establecen por vía legislativa los cauces procesales específicos, si hubiere lugar a ello, para lograrlo.

10) S 10 diciembre 1983.  
PENAL (Sala 2.ª) (RA 6510)

*Interpuesto recurso de casación por haberse infringido el derecho constitucional a la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo expone la jurisprudencia existente sobre el tema.*

CONSIDERANDO: Que después de las sentencias de esta Sala de 26 de abril, 1 de junio, 7, 20, 21 de octubre, 2, 3 y 10 de noviembre, 27 de diciembre del pasado año 1982, y de más de una treintena dictadas en el presente año 1983, ha encontrado vía procesal adecuada la aplicación del principio de presunción de inocencia, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución; las dos sentencias del Tribunal Constitucional de 8 y 26 de julio del mismo año 1982 coinciden esencialmente con la doctrina mantenida en las anteriores citadas de esta Sala. El examen conjunto de todas ellas, permite ya fijar los límites que determinan el ámbito de aplicación de la presunción y su eficacia en el orden penal: a) por

de pronto, y lo que es más esencial, ha quedado incólume el principio de libre valoración de la prueba que hace el Tribunal por expresa disposición del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que haya sido desconocido o limitado por la Constitución, ya que el artículo 117.3 de la misma dispone que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde *exclusivamente* a los jueces y tribunales determinados por las leyes según las normas de competencia y procedimiento que les establecen; potestad que no podría ejercerse exclusivamente, en un procedimiento penal en el que la última instancia fuera resuelta por un Tribunal no penal; b) el desconocimiento o vulneración del principio puede ser objeto de recurso de amparo constitucional, sin que el mismo permita intromisión en la valoración de la prueba que en conciencia haga el juzgador de instancia, mientras conste en los autos una mínima actividad probatoria que acredite la culpabilidad del reo; si tal mínimo no existe, es claro que esa libertad valorativa desaparece, pues mal puede valorarse una prueba inexistente; c) se dudó cuál era el cauce procesal penal adecuado para recoger la presunción, y puesto que el único precepto por cuya aplicación es posible en nuestro sistema de casación, modificar el Resultando de hechos, es el núm. 2.º del artículo 849 por la existencia de documentos auténticos que acreditan el error evidente del juzgador, se ha estimado que un motivo nuevo para añadir a tal precepto, es la infracción del principio de presunción de inocencia proclamado por el artículo 24.1 de la Constitución. La aplicación obligada y directa de los preceptos constitucionales ha permitido a esta Sala la aplicación de oficio de la tan repetida presunción; d) la incardinación de ésta como un motivo más del artículo 849.2 no permite afirmar que sean documentos auténticos, como las declaraciones de los procesados en el sumario y juicio oral, que

en cuanto hechas ante el juzgador y fedatario judicial, son documentos formalmente auténticos, en cuanto constatan la manifestación de inocencia que hacen los reos —lo que por otra parte ocurre en la mayor parte de las causas criminales— pero no de manera incontestable e indiscutible de que realmente no lo sean, que es la característica esencial del documento auténtico a efectos casacionales; e) se declara el carácter exclusivamente adjetivo o procesal de la presunción —por eso no se ha estimado vía procesal adecuada para su invocación el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— por lo que no puede incidir ni directa ni indirectamente sobre la tipificación de los delitos o faltas, o sobre las responsabilidades de los inculcados, sino que exige que esa responsabilidad quede probada; o como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de junio de 1982 se trata de «una norma que sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura, de modo que sólo puede ser violada a través del procedimiento establecido»; f) por último la única manera de saber si hay o no hay en los autos ese mínimo de prueba que permita ejercitar la facultad valorativa del juzgador, es inevitable el examen detenido de los autos, lo que es posible haciendo uso la Sala de la facultad que le confiere el artículo 899.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ha sido preciso extenderse en el examen del alcance y características de la presunción de inocencia, porque su invocación es el *leit motiv* de los recursos de los tres procesados, dándole una extensión y eficacia de la que carece. Por otra parte el análisis detenido de los cerca de los 2.000 folios que constituyen las actuaciones, acreditan que la Sala de instancia dispuso no sólo de las declaraciones de los procesados ante la policía, sino también de prueba objetiva que manifiestamente tiene entidad superior a ese *minimum* probatorio sobre el que la Sala de instancia pudo —acertada o equivocadamente, éste no es tema

que pueda ser revisable en vía casacional— ejercitar su potestad valorativa, lo que con más detenimiento se irá viendo en los motivos de cada recurso.

En el mismo sentido vid. S. 12 diciembre 1983 (RA 6517).

11) S de 21 diciembre 1983.  
PENAL (Sala 2.ª) (RA 6713)

*Interpuesto recurso de casación por entenderse infringido el derecho fundamental a la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo, tras reiterar su doctrina sobre este punto, declara que el respeto a la presunción de inocencia puede ser controlado «ex officii».*

CONSIDERANDO: Que el hecho de presunción de inocencia, considerado como fundamental en el núm. 2.º del art. 24 de la Const. (R. 1978, 2836), puede servir de base a la impugnación de las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, sin que pueda suponer un ataque al principio soberano de valoración de las pruebas practicadas durante el proceso, recogido en los arts. 717, 741 y 973 de la L. E. Crim., con fundamento en la independencia de los Tribunales de Justicia, recogido también constitucionalmente en el art. 117 del Texto Constitucional, porque su viabilidad no es factible cuando, en la causa o procedimiento, conste un mínimo de actividad probatoria, en conexión con los hechos objeto de enjuiciamiento y que se declaran probados, habiendo establecido la doctrina de esta Sala, que el cauce más adecuado para la impugnación casacional es el del número 2 del art. 849 de la L. E. Crim., atribuyendo a todas las actuaciones judiciales practicadas, en su conjunto, el carácter de documento auténtico a estos efectos, sin que ello sea obstáculo a que, en el supuesto de hacerse la impugnación al amparo del núm. 1.º del art. citado, puede rechazarse su admisibilidad, por tratarse de un principio constitucional de rango preeminente y prevalente sobre toda la nor-

mativa jurídica y de obligada observancia por todos los Organos del Estado, lo que da lugar, a que su simple alegación, por la parte recurrente, la Sala se vea obligada a su examen, ya que, incluso, aun en el supuesto de que no fuese alegado, y se pusiese de relieve la existencia de la vulneración del derecho fundamental, habría de ser objeto de estudio y de atención *ex officio*.

### 3. ARTICULO 29

#### DERECHO DE PETICIÓN.

S de 17 noviembre 1983.

CONT-ADM (Sala 4.ª) (RA 6054)

*Interpuesto recurso contencioso administrativo contra la desestimación, por silencio administrativo, de la petición dirigida a la Corporación Metropolitana de Barcelona, para que propusiera al Gobernador civil la suspensión de un acuerdo adoptado por la Comisión municipal permanente del Ayuntamiento de Ripollet, la Audiencia lo inadmite. El Tribunal Supremo, al conocer del recurso de apelación, confirmó la sentencia, porque la petición se dirigió a un órgano carente de facultad resolutoria en ese tema, por lo que su inactividad no era susceptible de impugnación.*

**CONSIDERANDO:** Que tanto el silencio administrativo recaído a la petición de los hoy recurrentes, como la sentencia que declara la inadmisibilidad de la pretensión jurisdiccional, no son causantes de indefensión para dichos litis consortes accionantes; en primer lugar, porque el art. 29 de la Constitución supedita el derecho de petición a la forma y efectos determinados en la ley, y basta la cita de los referidos efectos para coordinar los mismos con la competencia legalmente asignada por razón de la materia al órgano que ha de resolver la petición de modo congruente con el contenido de la misma, es decir, acordando, o no, la suspensión de los efectos auto-

rizantes de la obra producidos por la licencia otorgada por el Ayuntamiento; suspensión, ésta, que, de conformidad con los arts. 186 de la Ley del Suelo y 34 de su Reglamento de Disciplina Urbanística, se halla exclusivamente asignada al Alcalde, y, en su caso, al Gobernador Civil, transferida la segunda a la Generalidad de Cataluña en virtud del Real Decreto de 23 de junio de 1978, sin que la propuesta de tal suspensión a dirigir a aquellas Autoridades por la Entidad Municipal Metropolitana de Barcelona constituya condición de procedibilidad ni posea carácter de informe preceptivo o de propuesta vinculante para los mencionados órganos decisorios, pues tan sólo define una función tuitiva del ordenamiento urbanístico a ejercitar a modo de instancia o acción administrativa que, de no ser aceptada por el Alcalde (o, en su caso, la Generalidad), legitima a la Entidad Metropolitana para acudir al cauce jurisdiccional, pero no a los particulares peticionarios de que por la susodicha Entidad se curse tal propuesta, toda vez que ni de los citados preceptos de la legalidad urbanística, ni del D.ley de 24 de agosto de 1974 y D. de 28 de noviembre del mismo año, relativos a la Entidad Metropolitana, resulta norma alguna que prive a los hoy apelantes de la posibilidad de deducir, ante el órgano resolutorio competente para acordar tal suspensión, la misma instancia o petición en definitiva orientada a conseguir este efecto, sin que, por tanto, la inadmisión acordada por la Sala Territorial, limite, y menos prive, de medio alguno de defensa a los recurrentes, antes bien, lo que aquel pronunciamiento hace es situar en su propio ámbito la función revisora de esta Jurisdicción impidiendo deformaciones cuando, en correcta aplicación del artículo 37 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, la Audiencia de Barcelona deja libre vía a los accionantes para obtener un propio acto administrativo del órgano competente y como resultado de una instancia a ello dirigida, cosa muy distinta de la petición

presentada ante la Entidad Metropolitana sin otro alcance que el informativo a efectos de excitar el ejercicio de una actividad administrativa fiscalizadora de la correcta ejecución del planeamiento; en segundo lugar, porque la inexistencia de indefensión viene recogida por los propios apelantes como consecuencia de haber también dirigido la solicitud referente a suspensión de la obra al Alcalde y a la Generalidad, que iniciaron los respectivos trámites en la doble vertiente de posibilidades, tanto a los fines de la solicitada suspensión como a los que derivasen en el conexo ámbito sancionador a que conciernen las disposiciones de los arts. 51, 64 y 65 del Reglamento de Disciplina Urbanística; y, en tercer lugar, porque limitada la petición a que la Entidad Metropolitana propusiera la suspensión de la obra a los órganos resolutorios, Alcalde o Generalidad, ante los cuales también se produjo por los recurrentes la denuncia del hecho constructivo y petición de suspensión, los supuestos propios del caso y definidores de la materia procesal son distintos, y en nada afectan al ejercicio de la acción pública por los recurrentes a que se refiere el art. 235 de la Ley de Suelo, compatible con el camino que aquéllos eligieron, o sea, al de acudir a virtud de las tres referidas peticiones, a modalidades que en el peculiar régimen urbanístico y adecuación al mismo de las condiciones legitimadoras de interesado —arts. 23 de la L. Pro. Adm. y 28 de la Ley Jurisdiccional—, no hacen perder a la materia aquí tratada su primera configuración procesal basada en la idea rectora del juicio especial regulado en el art. 118 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, dentro de cuyo marco, y por lo que afecta a los solicitantes interesados en la propuesta de suspensión gubernativa, dicho acto de propuesta no es más que trámite de promoción del propio acto administrativo resolutorio de la suspensión pedida y a producir por el órgano competente para ello; por lo cual, sin confundir indefensión con denega-

ción de las pretendidas ampliaciones deformadoras de los supuestos y ámbito de revisión jurisdiccional, no procede aquí otra cosa que ratificar el pronunciamiento de inadmisión del recurso hecho en la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona.

### 4. ARTICULO 106.1

#### DESVIACIÓN DE PODER.

S de 28 noviembre 1983.

CONT-ADM (Sala 3.ª) (RA 6120)

*Interpuesto recurso contencioso administrativo con objeto de impugnar la modificación de una ordenanza municipal de exacciones en base a un supuesto vicio de vicio de desviación de poder, la Audiencia lo desestima. La sentencia es confirmada por el Tribunal Supremo, que, no obstante, reconoce que la desviación de poder es un modo de control jurisdiccional sobre la actuación administrativa.*

**CONSIDERANDOS:** Que la desviación de poder, vicio ya institucionalizado, al acogerse como modo de control jurisdiccional sobre la actuación administrativa, en orden a fiscalizar el sometimiento de dicha actuación «a los fines que la justifican», en el artículo 106.1 de la Constitución entraña el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el ordenamiento jurídico, tal como al efecto establece el art. 83.3 de la antes citada Ley Jurisdiccional, precepto que ha sido interpretado en numerosas sentencias de este Tribunal Supremo, en el sentido de que significa una desviación finalista del propósito inspirador de la norma, en definitiva, una discordancia entre el Ordenamiento jurídico y la actividad administrativa, al perseguir ésta fines distintos de los objetivos previstos por aquél, inspirándose para ello en la satisfacción de intereses extraños al bien común, que es el que debe constituir la meta de toda actividad administrativa, concepto que es totalmente

distinto de las simples irregularidades administrativas, e incluso de las puras infracciones del ordenamiento jurídico que no impliquen esa intención torcida y desviada del interés público, característica, como ya hemos dicho, del vicio a que nos venimos refiriendo, y que precisa de una intencionalidad administrativa que es necesario probar por quien alegue la existencia de dicho vicio.

Que por el hoy apelante no se ha probado en modo alguno la realidad de esa intención administrativa desviada a la que hemos aludido precedentemente, sin que, además, pueda deducirse la existencia de ello, de la conducta del Delegado de Hacienda de Barcelona, que al elevarse para su aprobación la modificación de la Ordenanza núm. 24 del Ayuntamiento de Igualada, reguladora del arbitrio, no fiscal, sobre solares sin cerrar, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 723 de la Ley de Régimen Local, y observarse por aquél, que el Gobernador Civil todavía no había autorizado expresamente la modificación en cuestión, autorización obligatoria y necesaria para la ejecutividad de la modificación aludida, en virtud de lo establecido en el art. 474 de la precitada Ley Local, suspendió la tramitación ante dicho Delegado de Hacienda pendiente, hasta tanto, por el Ayuntamiento titular de la exacción se aportara la preceptiva autorización anteriormente mencionada, autorización que fue concedida el 12 de mayo de 1980 y, en su consecuencia, y por las razones de fondo que no son del caso relacionar en esta sentencia, el Delegado de Hacienda, tras rechazar la reclamación contra dicha Ordenanza presentada por el hoy apelante, aprobó la misma, rectificación de una omisión que, como ya hemos adelantado, no puede entenderse como una desviación de poder, ni aun por el hecho de que al entonces reclamante no se le diera vista de lo acordado positivamente por el Gobernador Civil, pues esto, a lo más podría suponer una irregularidad for-

mal administrativa, pero nunca, insistimos una vez más, una actuación con intencionalidad contraria al bien común.

### 5. ARTICULO 117.3

#### COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES.

S de 7 marzo 1983.  
CONT-ADM (Sala 4.ª) (RA 1375)

*Interpuesto recurso contra los acuerdos de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, desestimatorios de la petición formulada por el promotor del Parque de Cataluña en solicitud de la modificación del proyecto original, y estimada la demanda, se recurre en apelación. El Tribunal Supremo al conocer del recurso confirma la sentencia apelada que, entre otras cosas, declaró que no es misión de los tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional resolver consultas o declarar la norma jurídica, sino aplicar la previamente establecida.*

**CONSIDERANDO:** Que en la contestación a la demanda se aduce, en primer lugar, la inadmisibilidad del presente recurso, al amparo del art. 82.b) de la Ley Jurisdiccional, por falta de legitimación del recurrente-demandante; pero tal motivo de inadmisibilidad no puede ser acogido, porque frente a las argumentaciones esgrimidas al respecto por el Ayuntamiento demandado, es de tener en cuenta: a) que la circunstancia de que en la solicitud inicial y en el de formulación del recurso de reposición se hiciera constar la condición de promotor del solicitante y recurrente don Saturnino D. C., en tanto que el presente recurso y la correspondiente demanda hayan sido formulados en representación del propio don Saturnino D. C., sin indicar su expresada condición de promotor, resulta irrelevante, por no implicar este dato variación alguna en la personalidad del solicitante —recurrente en vía administrativa y recurrente-demandante

en vía jurisdiccional, cuya personalidad, con o sin la indicación de su condición de promotor, es la misma, y, por lo demás, es patente que si mediante los acuerdos impugnados ha sido desestimada —por tanto, por razones de fondo— la petición formulada por el señor D. C., forzoso es concluir que éste está legitimado para recurrir en vía jurisdiccional contra la desestimación de su petición y subsiguiente recurso de reposición (art. 28 de la Ley Jurisdiccional); b) que también resulta irrelevante el hecho de que lo solicitado por el señor D. C. fuera una modificación de un proyecto anterior —en lo relativo a los bloques 19 al 22—, del que era titular otra persona o entidad, pues tal hecho en modo alguno puede servir de base idónea a la pretendida declaración de inadmisibilidad, porque, como ya se razonó, la legitimación activa del señor D. a los efectos del presente recurso es incuestionable desde el momento en que fue él quien formuló la petición desestimada mediante los acuerdos ahora impugnados, y, finalmente, c) también resulta inoperante a estos concretos efectos de la admisibilidad del presente recurso jurisdiccional el dato de que en la demanda, además de la anulación de los acuerdos impugnados, se solicite que se declare «expresamente que los garajes de la urbanización Parque de Cataluña, situados en sótanos y semisótanos, no pueden computarse como volumen edificable», porque este pedimento no encierra una pretensión propiamente tal, ya que si los garajes son o no computables a efectos de volumen edificable es algo que sólo puede operar como motivo o fundamento de una pretensión y en modo alguno como contenido de la pretensión misma, ni, por tanto, de la parte dispositiva de la sentencia, por cuanto no es misión de los Tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional la de resolver consultas o la de declarar la norma jurídica, sino la de aplicar la previamente establecida, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado —artículo 117.3 de la Consti-

tución Española de 1978 y art. 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870—, si bien procede dejar ya sentado que, además, el pedimento de referencia, aunque implicara una verdadera pretensión, tampoco sería procesalmente viable —la pretensión, no el recurso—, por la sencilla razón de que, cual se alega en la contestación, no ha sido formulada en la vía administrativa (arts. 1.1, 37.1 y concordantes de la Ley Jurisdiccional).

### 6. ARTICULO 117.5

#### JURISDICCIÓN MILITAR EN EL ÁMBITO ESTRICTAMENTE CASTRENSE.

1) A. de 11 julio 1983.  
PENAL (Sala 2.ª) (RA 4661)

*El Tribunal Supremo atribuye a la jurisdicción ordinaria la competencia para conocer de un delito de imprudencia cometido durante la maniobra de despegue de un avión DC-10 que realizaba un vuelo Madrid-Nueva York.*

**CONSIDERANDOS:** Que entablada cuestión de competencia para conocer de las actuaciones entre la 2.ª Región Aérea y el Juzgado núm. 2 de Málaga, para su adecuada resolución deben tenerse en cuenta las siguientes normas: 1.ª La Constitución Española de 1978, en cuyo artículo 117, núm. 5, se establece el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales, añadiéndose, por el citado precepto que la Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución. 2.ª La Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea de 24 de diciembre de 1964, en cuyo artículo 65 se establece que el que en el ejercicio de las funciones de la navegación aérea ejecuta por imprudencia, imprudencia o impericia grave un hecho que si mediare malicia constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor. A su vez el

artículo 76 dice que la jurisdicción penal aeronáutica, que se establece en dicha Ley, será la competente para conocer de los delitos y faltas prescritas en ella, pero a su vez añade que las normas de competencia del Código de Justicia Militar prevalecen sobre las establecidas en la presente Ley, que además será supletoria de dicho Código cuando conozca de los hechos la jurisdicción militar. Por tanto, en materia de competencia, dicha Ley se remite, con carácter primario, al Código de Justicia Militar, fuente jurídica primaria en materia de competencia. 3.ª El Código de Justicia Militar, con la reforma de 6 de noviembre de 1980; vigente, por tanto, cuando acaecen los hechos objeto de esta cuestión de competencia, tiene dos reglas de interés a los fines de la misma, contenidas en el artículo 9 del mismo: la primera en su núm. 3, que dice que, por razón del lugar, la jurisdicción militar, y por tanto aquí el área es competente para los delitos o faltas que se cometan «en el espacio aéreo sujeto a la soberanía española en la aeronave del Estado o privadas cuando se hallen en vuelo sobre dicho espacio, estacionadas en campos o aguas españolas, en las instalaciones de control, ayuda o auxilio a la navegación aérea exclusivamente, cuando los hechos realizados atenten a la soberanía española, la seguridad militar o causen un perjuicio al tráfico o normas aéreas de las aeronaves militares españolas o las que por compromisos internacionales militares sobrevuelan territorio español». Si tales intereses y servicios no resultan afectados, la autoridad judicial militar se inhibirá en favor de la ordinaria. Por tanto, la jurisdicción militar limita su competencia a: A) Delitos cometidos en el espacio aéreo sujetos a la soberanía española. B) Aeronaves del Estado o privadas en vuelo sobre el espacio aéreo español. C) Instalaciones españolas de navegación aérea cuando atenten a la soberanía española, seguridad militar y perjuicio a aeronaves militares. Por fin 4.ª Según el artículo 16 del vigente

Código de Justicia Militar, los delitos de naturaleza común, aunque sean cometidos por militares, serán sometidos a la jurisdicción ordinaria cuando los hechos no afectaren al buen régimen y servicio de las fuerzas Armadas, aunque se cometan en el ejercicio de función propia de destino o cargo civil o con ocasión de ellos.

Que a la vista de tales antecedentes legislativos y a los solos efectos de la competencia, dado el estado de investigación de los hechos hasta ahora realizados por una y otra jurisdicción de las contendientes, resulta que el avión siniestrado es un DC-10, de la Compañía Aérea S., que realizaba el vuelo Madrid-Nueva York; que el hecho ocurrió al intentar la maniobra de despegue, no consiguiéndolo, saliéndose del aeropuerto, atravesando la autopista de la carretera de Cádiz, colisionando al menos con cuatro vehículos que circulaban por la misma, incendiándose y causando al menos 50 muertos, 31 heridos, quemados, daños en el aeropuerto y en los vehículos citados, y estos hechos, por el momento, sin perjuicio de ulterior calificación, deben estimarse como de imprudencia, que en principio debería conocer la jurisdicción de navegación aérea, pero sometida ésta por su propia Ley al Código de Justicia Militar, éste a su vez la remite a la ordinaria por no ser delito cometido durante el vuelo por espacio aéreo, ni por nave del Estado, ni por privada atentando a la soberanía española, seguridad militar o aeronaves militares, por lo que tanto por imperio del Código de Justicia Militar como por la norma genérica del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Común es competente la jurisdicción ordinaria, en cuyo favor debe resolverse la actual competencia por ser la jurisdicción aérea una especialidad dentro de la militar.

- 2) A. de 27 octubre 1983.  
PENAL (Sala 2.ª) (RA 5707)

*Planteada un conflicto de competen-*

*cia entre los tribunales civiles y militares, el Tribunal Supremo atribuye a la jurisdicción ordinaria la competencia para conocer de un delito de intrusismo profesional imputable a un comandante auditor de la zona aérea de Canarias.*

**CONSIDERANDOS:** Que la declaración contenida en el artículo 117.5 de la Constitución, al reconducir la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense, y siguiendo el criterio establecido en el artículo 5 del Código de Justicia Militar pronto se advierte que el que pauta la competencia por razón del lugar queda erradicado sin mayores atenciones; el que se refiere al delito, en tanto en cuanto el Código de Justicia Militar no contempla el de usurpación de funciones, al contrario que el Ordinario, a la par que el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye la competencia a la común cuando aparezcan a la vez culpables personas sujetas a esta y otras aforadas, sin que, en este estadio, aparezca ninguna de las excepciones que el propio precepto establece; y, por razón de las personas, solamente podría contemplarse bajo el prisma del polémico número 1 del artículo 16 del Código castrense, según la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, ya que la actuación en clave de intrusismo no puede manchar ni ser baldón que afecte al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas, pese al sentimiento reflejo que corporativamente pueda sentirse ante hechos recusables de actuación personal y solapada.

Que, apurando la tesis que se sustenta, la circunstancia de que el propio enjuiciado militar ostente el cargo de Juez Togado Permanente no supone obstáculo alguno a la misma, por cuanto su actuación es ajena a su función, como puede deducirse de los términos en que se pronuncia el propio Código de Justicia Militar en sus artículos 101, 2, y 107, procediendo, en consecuencia, dirimir la cuestión jurisdiccional en fa-

vor de la Ordinaria con los demás pronunciamientos.

## 7. ARTICULO 163

CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

S de 15 noviembre 1983.  
CONT-ADM (Sala 3.ª) (RA 5777)

*La Cámara de Comercio, Industria y Navegación interpuso recurso contencioso administrativo solicitando la declaración de inconstitucionalidad del decreto de 4 de septiembre de 1981, regulador de la relación laboral de los representantes de comercio, y del artículo 2 y la disposición adicional 2.ª del Estatuto de los Trabajadores. El Tribunal Supremo declaró que la inconstitucionalidad no puede ser la pretensión básica del proceso, ya que la misma sólo puede ser declarada por el Tribunal Constitucional.*

**CONSIDERANDO:** Que si ha quedado constatado como realidad inconcusa la pretensión hecha valer de que se declare la inconstitucionalidad del Estatuto de los Trabajadores y del Decreto tantas veces citado 2.033/1981 que tiene su causa en la Ley aludida es claro que, al disponer el artículo 1.º de la Ley Jurisdiccional que «la jurisdicción contencioso-administrativa conocedora de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley», la categoría de Ley que asiste al Estatuto de los Trabajadores promulgado el 10 de marzo de 1980 impide toda consideración en torno a la legalidad e ilegalidad de dicha norma y le impide tanto en su significación propia y peculiar como fundamento o causa de la otra norma impugnada, el Decreto referenciado para el que se pretende una declaración de nulidad de inconstitucionalidad precisamente en torno a esa fundamentación y raíz supuesta de origen.

Que la pretensión de que esta competencia sea revisada amparándose en lo dispuesto en el artículo 163 de la Constitución conduce a ostensible error por cuanto que si bien es cierto que «cuando un órgano judicial considere en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la Ley, que en ningún caso serán suspensivos»; precepto que tiene su desarrollo en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la incidencia con todo detalle regulada que pueda surgir al encontrarse el juzgador en presencia de una norma con rango de Ley que suscite dudas sobre su constitucionalidad no puede tener otro sentido que el de esa prerrogativa que al Órgano judicial le viene conferida para que por el Tribunal competente sea resuelta la duda que pueda surgirle en torno a la constitucionalidad de la Ley que pueda tener decisiva influencia para dictar el fallo pertinente en el proceso en que tal incidencia surgiera, pero en manera alguna esa supuesta inconstitucionalidad puede ser resuelta por esta jurisdicción ni pudo ser pretensión básica del proceso, ya que si así fuera sobre haberse trastocado los principios fundamentales en orden a la legitimación para llegar al Tribunal Constitucional en demanda de la declaración procedente sobre la constitucionalidad o no de una norma, se plantearía el problema de competencia que se nos pretende atribuir de manera directa unas veces y otras a través de la prerrogativa comentada permitiendo que sea esta jurisdicción quien plantee de plano una cuestión que tiene sus legitimarios perfectamente establecidos y diferenciados y que no es pretensión que pueda venir con carácter principal como se ha configurado en la demanda lo evidencia el Tribunal Constitucional entre otras, en Sentencia 17/1981, de 1 de junio del mismo año, en la que declara que «la

cuestión de inconstitucionalidad es como el recurso del mismo nombre, un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites establecidos por la Constitución mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen esos límites. El objetivo común, la preservación de la constitucionalidad de las leyes, puede ser perseguido a través de estas dos vías procesales, pero cuya identidad teleológica no puede ser ignorada. A diferencia del recurso, que sólo puede ser iniciado por los órganos que enumera el artículo 16.1 de la Constitución y 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y sólo dentro del plazo que fija el artículo 33 del mismo, la cuestión de inconstitucionalidad puede ser planteada por cualquier Órgano Judicial (arts. 163 de la Constitución y 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) sea cual sea la entrada en vigor de la norma legal cuestionada. Esta mayor amplitud relativa a la de la cuestión de inconstitucionalidad no le convierte sin embargo ni en un instrumento procesal que quepa utilizar para transferir al Tribunal Constitucional la decisión de litigios concretos, que pueden ser resueltos sin acudir a las facultades de que este Tribunal dispone, para excluir del Ordenamiento las normas constitucionales, ni menos aún, para buscar a través suyo una depuración abstracta del ordenamiento que normalmente debe ser obra del legislador ordinario y sólo a través de una acción cuya titularidad corresponde a muy escasos órganos o partes muy cualificados de ellos, y es ejercitable únicamente dentro de un breve plazo preclusivo, ha sido atribuido a este Tribunal. La cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concebida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la Ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la Ley y a la Cons-

titución»; es claro que atendidos los términos en que están configuradas las pretensiones del recurrente tiene efectivamente la cuestión de inconstitucionalidad un carácter de acción directa y abstracta que repudia el Tribunal Constitucional y que es utilizado como medio para impugnar la validez de la Ley —Estatuto de los Trabajadores— y el Decreto 2.033/81, lo que conlleva la necesidad de declarar la inadmisibilidad del recurso por no corresponder a esta Jurisdicción pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de dichas disposiciones, ni ser posible la aplicación de la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución como se pretende en el primer otrosí por cuanto que, la Constitución deroga cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la misma, pero es lógico pensar que, esta facultad no alcance a las Leyes que tuvieron su vigencia con posterioridad a la Constitución cual sucede con el Estatuto de los Trabajadores que recordamos es de 10 de marzo de 1980.

### 8. ARTICULO 164.1

#### EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

- 1) S de 22 octubre 1983.  
CONT-ADM (Sala 3.ª) (RA 5217)

*Interpuesto recurso de apelación solicitando la nulidad del laudo dictado el 29 de marzo de 1980 por la Delegación Territorial de Vizcaya del Departamento de Trabajo, por contrario a la doctrina vinculante del Tribunal Constitucional y al art. 137 de la Constitución, el Tribunal Supremo estima el recurso.*

**CONSIDERANDO:** Que el Delegado Territorial de la Consejería del Trabajo del Consejo General del País Vasco dictó el día 29 de marzo de 1980 laudo de obligado cumplimiento, con apoyo legal en el artículo 25 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, en el

expediente de conflicto colectivo de trabajo planteado por el representante de los trabajadores de la empresa apelante ante la desavenencia de las partes negociadoras.

Que esta Sala (en sentencias de 25 de septiembre de 1982, 3 de febrero y 5 de abril de 1983, entre otras) tiene sentado lo siguiente: a) que el Tribunal Constitucional, en sentencia de 8 de abril de 1981, ha declarado que son inconstitucionales los artículos 25, apartado b), y el 26 del Real Decreto-ley 17/1977 porque el arbitraje en ellos regulado no lo es tal propiamente y porque, aunque lo fuera, no concurren los elementos justificativos de restricción que al derecho de negociación, recogido en el artículo 37 de la Constitución Española, podía establecerse sin afectar a su contenido esencial; y, como se ha dicho más arriba, el proceso que llevó al laudo de obligado cumplimiento, ante el fracaso de la negociación, revela que ese laudo implicó una eventual violación del citado precepto constitucional y del principio de la autonomía colectiva en el marco de las relaciones laborales; b) que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1 en relación con el 38 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, la declaración por este organismo de la inconstitucionalidad de un precepto legal determinado produce la nulidad del mismo y se le ha de tener por excluido del ordenamiento jurídico español.

Que, coherentemente con ello, ese laudo ha vulnerado el principio constitucional de autotutela en la negociación colectiva, basándose en un precepto declarado anticonstitucional, y, por tanto, ha de estimarse nulo de pleno derecho de acuerdo con el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

2) S de 20 diciembre 1983.  
CONT-ADM (Sala 3.ª) (RA 6285)

*Interpuesto recurso contencioso administrativo por la Federación Vizcaína de Empresas del Metal, solicitando la nulidad del laudo de obligado cumplimiento dictado por la Delegación Territorial de Vizcaya el 14 de marzo de 1980, en base a los arts. 25-b y 26 del Rd-ley de 1977, la Audiencia estimó la pretensión por haber sido declarados inconstitucionales tales preceptos por la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. El Tribunal Supremo, al conocer del recurso de apelación, confirmó la sentencia.*

Al no ser discutible ni discutida la competencia reconocida al Tribunal Constitucional para enjuiciar la conformidad o disconformidad de las leyes en sentido formal, al texto constitucional, tanto de las preconstitucionales como de las postconstitucionales y que el pronunciamiento que dicte de inconstitucionalidad sobrevenida de una norma legal anterior lleva implícita la derogación de aquel texto anterior, de lo que se infiere que, aunque el objeto o cuestión principal de este recurso versa, como alega el Abogado del Estado, sobre un acuerdo administrativo anterior a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 abril 1981, que la Administración no podía conocer, pero ello no impide, que los Tribunales de la Jurisdicción contenciosa, en este caso de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Bilbao, aun no haciendo uso de la facultad que el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional otorga a la Jurisdicción Ordinaria para plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la norma a aplicar, pueda dicha Sala de instancia dictar sentencia, no declarando ella por sí la inconstitucionalidad del artículo 25-b y 26 del Real Decreto-ley de 1977, pero sí, como lo hizo aplicar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 abril 1981, que declaró inconstitucionales tales preceptos, con

base tanto en la inconstitucionalidad sobrevenida como por la derogación de los mismos por ser contrarios u opuestos a la Superior Norma Constitucional que los hace inaplicables, ya que la competencia del Tribunal Constitucional opera sin perjuicio de la que los Jueces y Tribunales tienen —a título excepcional— para enjuiciar la inconstitucionalidad de las leyes preconstitucionales, por todo lo expuesto y tener efectos «erga omnes» las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la conformidad o no de la Norma Fundamental de las leyes ordinarias puesto que, en todo caso, se trata de resolver una colisión entre normas que en el supuesto de que la Constitución sea posterior a la Ley, de ser esta última disconforme con aquélla actúa no sólo por el principio de Lex Superior, sino también de Lex posterior que deroga a las anteriores de igual o inferior rango jerárquico discrepantes de ella, pues ambos principios ofrecen paralelamente en los supuestos de disconformidad irreductible de la ley con la Constitución, con independencia de la fecha en que haya sido promulgada la norma legal que se pretende hacer valer en un proceso concreto, por lo que la resolución que se enjuicia en la presente apelación debe ser confirmada, por, conforme a lo dispuesto en los artículos 38 y 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad que dicte el Tribunal Constitucional no sólo tendrán el valor de cosa juzgada entre las partes, sino que vinculan a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», y aunque tales Sentencias no permitirán revisar procesos anteriores que ya estén terminados por sentencias con fuerza de cosa juzgada en los que se hubiera aplicado las disposiciones inconstitucionales, pero es claro que «a sensu contrario» autoriza la revisión siempre que el proceso a resolver por los Tribunales de Justicia esté abierto, que éste es el caso que se enjuicia.

## AUDIENCIA PUBLICA

### HISTORIA FORENSE DE UNA MEDIDA CAUTELAR

02-05-1980. Viernes, 19 horas, en medio de un puente. La providencia dice «cítese desde luego a las partes a fin de que el día cinco de mayo próximo a las diez treinta horas comparezcan ante este Juzgado a fin de ponerse de acuerdo en la persona a quien deba nombrarse interventor, apercibiéndole en forma». Acaban de notificársela ahora mismo. Aun está caliente la cédula...

Vaya, ha tenido Ud. suerte de cogerme en el despacho un día como hoy y a estas horas. Se nota que el Juzgado ha aplicado a la perfección el art. 258 LEC: «se entienden horas hábiles las que median desde la salida hasta la puesta del sol». ¡Siempre es agradable trabajar con luz solar! Pero también es casualidad que el Juzgado se haya saltado a la torera el plazo de 9 días que señala el 1420 para la comparecencia. Realmente debe ser un caso urgente y no es cuestión de por un quitame allá esas pajas no acudir el lunes a la comparecencia. Así debería ser siempre, ya que las medidas cautelares han de ser expeditivas.

Bueno, pongamos manos a la obra y revisemos el caso. A ver los documentos que acompañan a la cédula. ¡Hum, la cosa ya dura...! Después de todo los demandantes han tardado mes y medio en obtener la providencia acordando la intervención judicial. Es curioso: El 13 de marzo pasado solicitan la administración judicial. El Juzgado con buen criterio, les responde que primero formulen demanda y luego ya se acordará. El 23 de abril se formula la demanda pidiendo por otrosí la *administración judicial* de los locales litigiosos. El Juzgado, en cambio, concede la *intervención judicial* y no se pronuncia sobre la otra medida. Bueno, a lo mejor se han confundido. Estas medidas siempre han parecido indistintas... pero pronto saldremos de dudas. El lunes próximo Dios dirá...

05-05-1980. De entrada hay que impugnar la medida. A ver qué es eso de confundir la intervención con la administración. Por otro lado, hay razones suficientes para mantener la improcedencia de cualquier medida. Por si acaso dejemos el escrito presentado y a ver qué ocurre en la comparecencia.

¡Hombre, de los interventores que proponen podríamos aceptar el nombre de L.! En el caso de que se mantenga la medida siempre será una persona imparcial. Hay que procurar jugar a todas las

cartas. De todas formas, parece que la impugnación que hemos hecho es fundada y pronto estará conjurado el peligro. ¡Vale, aceptamos el nombre de L. para el caso de que se decrete la intervención! A esperar...

06-05-1980. No cabe duda de que el auto es de lo más fundado: «considerando que se han cumplido los requisitos exigidos por el 1419 LEC, por lo que procede decretar la intervención judicial solicitada por el demandante, ello sin perjuicio de que la demanda pueda utilizar los recursos que autoriza la ley». Apenas cuatro líneas han zanjado toda la polémica. ¡Menos mal que la resolución nos ilustra sobre el camino a seguir! No hay dos sin tres, ni bien que por no venga.

08-05-1980. Reposición al canto, aunque tengo mis dudas.

09-05-1980. Esta si que es buena, el interventor nombrado dice que no puede aceptar porque no satisface contribución como titular mercantil. ¡Vivan las contribuciones! ¿Quién habló del proceso bajo el peso del fisco?

10-05-1980. No ha lugar a admitir la reposición, formule apelación si le interesa. ¡Claro que me interesa, ya decía yo...!

13-05-1980. Apelo.

15-05-1980. Vale; señale particulares.

19-05-1980. Insisto, oiga que apelo en ambos efectos.

22-05-1980. No ha lugar.

27-05-1980. Oiga, que esta situación me causa perjuicio irreparable.

28-05-1980. No ha lugar. Pues hala, reposición al canto, faltaría más.

22-04-1980. Hemos entrado en el túnel del tiempo. Esta providencia viene con fecha anterior al pastel que hemos armado. Pero está señalando nueva comparecencia para el próximo día 30 de mayo para ponerse de acuerdo sobre el nombramiento de interventor. Bueno, pues hala, otra vez, reposición al canto. Tenemos no sé cuántas cuestiones pendientes, poco puede ser... Pero la verdad es que esta comparecencia nadie la ha pedido. ¡Qué inoportunidad!

30-05-1980. No ha habido más remedio que venir a la comparecencia. Pero hoy, será otro cantar, nos vamos a enterar de qué es eso de la contribución industrial. La parte actora propone el nombre de cuatro interventores tal como previene el 1420. Venga, que designen al que pague mayor cuota de contribución territorial. Fin de la sesión.

11-06-1980. ¡Hay que ver, en poco más de un mes hemos llegado a los doscientos folios de papeles y vamos a tener que abrir otra carpeta! No es de extrañar, tanto recurso de reposición con copias al colitigante, más los escritos de impugnación, más los escritos de particulares, más los exhortos a ese rebelde que ya casi habíamos olvidado... A la postre las reposiciones no han tenido éxito, pero sigue abierta la cuestión en apelación y además todavía no hay interventor. Aquí nadie dice nada...

20-06-1980. Providencia: cítese a los cuatro candidatos designados para el próximo 11 de julio, a ver cuánto pagan de contribución territorial. Será interesante saber..., pero me pregunto, ¿qué tendrá que ver la contribución territorial con el cargo de interventor?

11-07-1980. Sólo han venido tres de los candidatos. ¡Muchos son los llamados y pocos los elegidos! La documentación que exhiben es bastante renqueante. Uno ha comprado el piso en documento privado y la contribución territorial está a nombre de la Inmobiliaria. Además son 36 copropietarios. Otro exhibe un recibo de 1978, no sé, no sé. En fin, otro exhibe una fotocopia de una carta al Banco ordenando el pago de la contribución territorial cuando venga..., la solvencia es la solvencia. ¡Quin fástic! Nunca imaginé que la ley procesal formara parte del coso nacional, pero estos candidatos no me parecen serios. ¡No pasarán! En todo caso, falta uno y no creo que se pueda tomar ninguna decisión antes del verano...

04-09-1980. ¡Qué barbaridad, si es que no se puede trabajar con este calor que reblandece los *miolos*! No puede ser, ¿qué dice este escrito? Vaya, que el cuarto candidato no está en condiciones de aceptar el cargo por sus múltiples ocupaciones profesionales. Sabia decisión. No hay que buscarse complicaciones innecesarias.

08-09-1980. Más sabia providencia: Unase el escrito a la pieza de su razón y las copias al colitigante, dándole vista por término de cinco días. «La razón de la sinrazón que a mi razón se hace...», pues qué quieres que te diga, que falta un candidato y con la terna solo es posible... tú comprenderás, *I am sorry*.

03-10-1980. Nueva providencia, cítese a las partes para el trece de los corrientes a las doce horas para proceder a la designación del cuarto interventor. Menos mal que no hay puente, en este asunto me los quieren machacar todos.

13-10-1980. ¡Ah, eso si que no, *excuse me, pardon*, verá Ud., es que me han dicho que..., Ud. comprenderá, no quisiera... pero es

- que la persona que proponen, salva sea su valía personal y su honorabilidad, trabaja en un despacho con vínculos familiares con este Juzgado! Aquí se produce un *break*, cuya mejor transcripción es pedir al linotipista que deje diez líneas en blanco para reflejarlo y al lector que guarde un minuto de silencio antes de proseguir. Fin de la comparecencia.
- 14-10-1980. Providencia: cítese al cuarto candidato para el día 22 de los corrientes para acreditar la contribución territorial que satisface a los efectos acordados. ¡Aquí no pasa nada, aquí se puede largar, aquí...! Tres contra uno a que le nombran. Apuesta segura al cien por cien.
- 22-10-1980. Providencia: dado que es el cuarto el candidato que paga mayor cuota de contribución territorial se le nombra interventor. Hágasele saber para su aceptación y juramento. Bien, a esperar acontecimientos.
- 15-12-1980. Han sido dos meses tranquilos. El interventor todavía no ha respirado. Vaya, acaba de llamar por teléfono a los locales. Vamos a adelantarnos, carta al canto. Muy Sr. mío: Aquí tiene Ud. razón de la historia social durante los últimos meses con posterioridad a su nombramiento. A su disposición atentamente e.s.m.s.s.s.
- 04-02-1981. Ya me había olvidado. Escrito de la parte actora quejándose de que el interventor no ha hecho nada y que se le requiera para que presente un balance de situación y no sé que más... Era de esperar. ¿Pero no le habían nombrado...?
- 05-02-1981. Providencia: requiérase al interventor en la forma solicitada. No puede ser, el Juzgado confunde la intervención del 1419 con la intervención de la suspensión de pagos. Para eso se ha escrito lo suficiente... Si es que nadie lee una línea, fuera del *As* o *Dicen*. Reposición al canto, faltaría más. Y aun tenemos pendiente aquella apelación del año pasado.
- 17-02-1981. Las reposiciones están condenadas al fracaso, pero veamos qué dice el interventor... Aquí no ha pasado nada.
- 07-04-1981. Es tremebundo, la Caja de Pandora. ¡Qué ha hecho, cielos, la parte actora para padecer esta cruz! ¡Si ella misma pide la remoción del interventor porque no ha hecho nada! Pues no nos vamos a oponer, no.
- 10-04-1981. Es sensato. El interventor, a la vista del escrito, ha renunciado voluntariamente a su cometido. Tendremos que volver a empezar. ¡Qué cruz, y con la Semana Santa por medio!

¡Ah, bueno, también en el Juzgado hacen vacaciones! La providencia es para el día 24, cuando ya estemos de vuelta.

- 24-04-1981. Estamos de repaso, pero la lección ya me la se. Proponen cuatro nombres. Pues hala, el que pague mayor cuota de contribución territorial y viva la contribución.
- 28-04-1981. Esto va sobre ruedas. Providencia: vengan los candidatos el próximo día 8 de mayo, pertrechados con sus recibos de contribución territorial. Esperemos que vengan bien documentados. Ahora todos sabemos de qué va.
- 08-05-1981. Sólo ha comparecido un despistado, con una fotocopia de una escritura de compraventa, pero, claro, dijo que todavía no tenía los recibos del impuesto por la propiedad de dicho inmueble. A dónde vamos a parar, si es que hay que tener más moral que el Alcoyano para pedir una medida cautelar así...
- 12-05-1981. Escrito del demandante: Los otros tres candidatos ya están controlados fiscalmente. Hala, désignese el que proceda, pero désignese de una vez, que ya ha pasado un añito...
- 13-05-1981. Providencia: acredite, hombre, acredite sus obligaciones fiscales, esto es, la de los candidatos que Ud. propone y se acordará cómo pide.
- 15-05-1981. ¡Oh cielos, ha comparecido el segundo candidato y con la documentación en regla! Valor catastral cuatrocientas y pico mil del ala y en renta diecisiete mil y pico cucas. Esto progresa, pero no olvidemos que no basta un dúo para elegir a un solista.
- 18-05-1981. Si es que no se puede aguantar: el escrito de la actora mana desesperación e impotencia. Ahora resulta que los otros dos candidatos propuestos se excusan del cargo y le envían cartas de pésame. La actora propone otros dos y claro pide que ya se nombre a uno de una vez. Así debe ser. Si es que hay cantidad de incompreensión...
- 20-05-1981. El Juzgado también parece desconcertado por tanta calamidad. Providencia: dese vista a la parte demandada a ver si le gusta alguno de los interventores propuestos.
- 25-05-1981. El Juzgado comprenderá que la demandada no está en condiciones de elegir, porque todos los candidatos son óptimos. Debe ser el sistema objetivo de la ley el que decida, aquel que pague...
- 27-05-1981. Providencia: Una vez acrediten los nuevos su situación fiscal se proveerá.

01-06-1981. Comparecen los nuevos con un cartapacio de recibos, de todos los años pasados y venideros. ¡Así no vale! Ahora seguro que nombran a alguno. Bueno, después de todo ya hay sentencia de primera instancia de 28 de mayo pasado y no es buena, no. Siempre queda una apelación providencial, que con las colas que se prodigan en las Salas... ya... ya.

11-06-1981. Auto de la Sala sobre la apelación de la medida, aquella del año pasado por estas fechas: Si bien son distintas administración e intervención judicial, dado que la que aquí se decreta es la menos gravosa para los demandados procede mantenerla... Bueno, en realidad, más que mantenerla procedería implantarla, porque a este ritmo...

23-06-1981. Ya era hora: se nombra un interventor nuevo y vuelta al verano, los baños otra vez...

15-07-1981. Pues no... pues no, que hay que hacer un inventario antes del verano, que luego me las cargo y que ya hay experiencias pasadas. Bueno, la verdad es que un inventario más o menos no va a ninguna parte. Hagamos el inventario y tengamos el verano en paz.

19-09-1981. Unase a la pieza de su razón y dese vista a las partes. Ha quedado pasable el inventario ése, qué vamos a decir.

19-10-1981. ¡Cielos, no salgo de mi asombro! Un nuevo Procurador comparece en nombre de la parte actora. Es comprensible el cansancio acumulado, pero la experiencia bien vale una misa. ¡Sólo falta una jura de cuentas!

23-10-1981. Llega al Juzgado el aviso de que la apelación contra la medida cautelar se ha denegado. Bueno, la Audiencia está a tantos kilómetros de distancia que no me extraña que la misiva haya tardado cinco meses, pero llegó al fin.

03-12-1981. El interventor no ha hecho más que ir presentando informes para justificar su celo. Dese vista a las partes, pues qué vamos a decir... che.

16-02-1982. Nadie está contento con su suerte. Escrito de la parte actora: que no es suficiente la intervención, que hace falta un administrador judicial, que se nombre al que hasta ahora viene siendo interventor. ¡Pues faltaba más! No nos oponemos a que cese como interventor, pero sí a que se le nombre administrador. Las reglas son las reglas y todo ello requiere un orden y un procedimiento. *Voilà le firmament, le reste est procédure.*

02-03-1982. Inútil, es difícil hacer la misma suerte tres veces seguidas. El auto del Juzgado pasa de la *procédure* y donde dije interventor digo administrador. Justo al revés de que lo que dije hace dos años, que ya se me ha olvidado. ¡Ah, eso sí, la medida se decreta por cuenta y riesgo de los solicitantes y previa fianza de un millón quinientas mil del ala! El interfecto ha de aceptar y jurar de nuevo el cargo y rendir cuenta de su gestión como interventor. Vaya, vaya.

05-04-1982. Ahora va más en serio: El administrador quiere desalojar a los ocupantes de uno de los locales, porque no pagan la renta. Pero nadie se mueve, nadie quiere irse. ¡Que nos echen! Paralelamente requieren el propietario... ojo.

30-04-1982. Bueno ya está bien, que se nos van a subir a las barbas. El administrador está actuando, pero eh, oiga, que aun no han prestado la fianza que se les acordó. Todos quietos. Stop. Requíeráseles para que se abstenga, entretanto. Esto es la recaraba.

20-05-1982. Cuando las reglas del juego estorban, pues se prescinde de las reglas de juego. Lo que interesa es jugar. Acaba de aparecer en los autos por generación espontánea un auto lleno de contradicciones internas que revelan a la lucha contra la ley y las necesidades de la práctica. Considerando, que si bien el 1428 exige fianza, aquí no procede... por que no. Más congruente hubiera sido rebajarla a una peseta. Sería irreprochable. Otrosí: se nombra a un perito para que valore los derechos de traspaso de uno de los locales. Pero, ¿quién osa? La medida es para la conservación o para la dilapidación. ¿Quién la ha pedido? ¿Quién me ha dado ocasión de decir algo respecto del perito? Si antes el Juzgado pasaba de la *procédure*, ahora ya no le queda de qué pasar. Lo mínimo es reposición.

02-06-1982. Denegada la reposición porque sí.

12-06-1982. El Juzgado autoriza el traspaso de uno de los locales por 1.900.000 ptas., tal como lo ha tasado el perito. Ni el administrador, ni este Juzgado saben que el otro local ha sido desalojado por otro Juzgado a instancias del propietario, previa resolución del contrato. Y de esto ya hace meses. La vía dilapidadora sigue al parecer su curso.

16-06-1982. ¡Qué risa, nos pasan la factura del perito que ha tasado el derecho de traspaso para que la paguemos! Faltaba más.

01-10-1982. La providencia es escueta, pero da cuenta del *consumatum est*: Vista a las partes de la factura del administrador, que

representa un poco más de la cuarta parte del valor del local en traspaso. a) Primera noticia de que ha traspasado. b) Si se ha cobrado alguna cantidad dónde está. c) Que el Administrador no puede cobrar a cuenta de cantidades que, como mínimo, son litigiosas todavía. c) Que antes que nada lo que tiene que hacer es rendir cuentas de la administración.

19-10-1982. Hala, rinda al administrador cuenta detallada de su gestión. Razonable.

03-06-1983. Todo tarda, pero todo llega. Toda una pila de fotocopias de recibos y otros documentos. Lo único interesante que el traspaso se hizo por 2.100.000 ptas. en la más completa ignorancia de mis mandantes y que ahora, un año después, se pone a disposición del Juzgado un talón por el sobrante, de importe 1.447.558 ptas. Se supone que deducida la factura del administrador. ¿Quién autorizó al administrador a cobrar? ¿Cómo es posible disponer de una suma litigiosa sin más ni más? Fórmese pieza y dese vista a las partes, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1014 LEC (???)

15-06-1983. Se impugna la liquidación de cuentas y se piden explicaciones. Fórmese pieza (¿cuántas van?) y dese vista a las partes. Particulares.

05-06-1983. Formada la pieza. Dese vista a los causahabientes del administrador q.e.p.d., fallecido el 10 de junio pasado.

14-10-1983. Escrito de la viuda manifestando que desconoce totalmente los antecedentes y que no tiene nada que decir...

*Apostillas:* Aquí la medida entra en el vacío absoluto y se pierde en el recuerdo de todos por absoluta falta de interés para todos.

En 1984 la apelación de la sentencia sobre el fondo sigue sin proveer la personación de los apelantes.

El Procurador de los apelantes renuncia a la representación y promueve jura de cuentas cuyo embargo recae sobre las cantidades provenientes del traspaso.

Otro Juzgado pretende embargar parte de dichas sumas por alimentos debido por uno de los colitigantes demandados a otro. Mientras se tramitaba la historia se han separado.

El asunto se liquida porque como en las comedias del Oeste no queda ni el apuntador.

*Epilogo:* De mi diario, pero estoy seguro que también hubiera podido ser del suyo.

Francisco RAMOS

## BIBLIOGRAFIA

### RECENSIONES

ARROYO, I., GISPERT, M.: *Código de Legislación Bancaria, Cajas de Ahorro y Entidades Financieras*, Barcelona (Librería Bosch), 1985, págs. XXIII + 855, 35 x 17 cms.

El Código de Legislación Bancaria constituye una obra completa que recoge sistemáticamente ordenada todas las disposiciones legales referentes a los Bancos, Cajas de Ahorro y demás entidades de crédito y financiación que operan en el mundo financiero español.

Los autores, catedráticos de derecho mercantil en la Universidad de Barcelona, han sabido identificar, por una parte, la relación completa de los operadores financieros, ampliando consiguientemente el panorama de lo que tradicionalmente se conoce bajo la expresión legislación bancaria. En efecto, un repaso del Índice pone de manifiesto que junto a los Bancos Públicos (Banco de España) y demás Entidades oficiales de crédito (Banco de Crédito Agrícola, Banco de Crédito Industrial, Banco de Crédito Local, Banco Hipotecario, Crédito Social Pesquero y Banco Exterior de España), y a la Banca Privada (Bancos Industriales y de Negocios) y a las Cajas de Ahorro, existen numerosas disposiciones regulando los *aspectos institucionales* de la Caja Postal, Cooperativas de Crédito, Entidades de Capitalización y Ahorro, Entidades de Financiación (v.g. Entidades de financiación de ventas a plazos, empresas de leasing o arrendamiento financiero, Empresas de factoring), Sociedades y Fondos de Inversión Mobiliaria, las Sociedades mediadoras en el mercado monetario, las Sociedades instrumentales de los Agentes Mediadores Colegiados (Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores Colegiados de Comercio), las Sociedades de Crédito Hipotecario (el denominado mercado hipotecario), las Sociedades de Garantía Recíproca y, en fin, las Instituciones Auxiliares del tráfico bancario (Cámaras de Compensación, Central de Información de Riesgos, Consejo Superior Bancario, Confederación de Cajas de Ahorro, Asociación Española de la Banca Privada, Fondo de Garantía de Depósitos, el Registro de Bancos y Banqueros, el Registro Oficial de Altos Cargos de la Banca. Los aspectos institucionales de la Banca se cierran con la legislación sobre los Organismos Internacionales (Adhesión de España al Fondo Monetario Internacional y Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, a la Asociación Internacional de Fomento, a la Corporación Financiera Internacional y al Banco Iberoamericano de Desarrollo).

Al lado de la normativa vigente en España sobre lo que los autores denominan *aspectos Institucionales* de las entidades anteriormente mencionadas, se incluyen todas aquellas disposiciones legales sobre *Controles formales* de la Banca. Es decir, incompatibilidades, limitación de riesgos, tramitación de ex-

pedientes, normas especiales sobre contabilidad, previsión para insolvencias, control monetario, medidas cautelares de intervención de entidades bancarias, publicidad, estadística, así como la disciplina sobre vigilancia y seguridad.

Se ha recogido, por otra parte, toda la legislación referentes a la *Actividad bancaria y crediticia*. Junto a las Disposiciones generales se encuentran las operaciones pasivas (cuentas corrientes, cuentas de ahorro, imposiciones a plazo, emisión de bonos y obligaciones, intereses en operaciones pasivas); y las operaciones activas (préstamos, créditos especiales —agrícola, cinematográfico, corporales locales, difusión de la propiedad mobiliaria, exportación, editorial, financiación de bienes de equipo, hipotecarios, crédito naval, operaciones bursátiles, sociedades españolas con participación extranjera, crédito turístico, viviendas— las operaciones activas de descuento y los intereses y comisiones en operaciones activas). Dentro de la Actividad no han pasado por alto los Servicios bancarios: custodia, cajas de seguridad, negociación de efectos, transferencias, giros y órdenes de cobro y pago, cartas de crédito, gestión de valores mobiliarios, moneda extranjera, fianzas y avales y mediación en compraventas internacionales. Por último, se recogen las normas sobre secreto bancario.

El libro cuarto está dedicado a los *Titulos de Crédito*: letras de cambio, cheques y talones, libranzas y pagarés, certificados de depósito, bonos y cédulas hipotecarias.

Especial atención se ha prestado a la *Banca extranjera*, cuya rúbrica corresponde al capítulo quinto de la obra.

En el Anexo se han reproducido el Texto de la Ley Uniforme de Ginebra sobre letra de cambio, pagaré a la orden y cheque, las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios, la Ley de Sociedades Anónimas y el Decreto-Ley de Reversión y Reindustrialización de 1983.

Para facilitar el manejo de la obra se incluyen unos copiosísimos índices: General, Sistemático, Cronológico de disposiciones citadas y de Materias.

## A R S

ARROYO, Ignacio: *Estudios de Derecho Marítimo*, Barcelona (Librería Bosch, Ronda Universidad, 11), 1985, págs. 654, 23 x 17 cms.

El Profesor Ignacio Arroyo, Catedrático de Derecho mercantil en la Universidad de Barcelona, es una figura ampliamente conocida en el ámbito internacional, entre otras razones por ser el Fundador y Director del «Anuario de Derecho Marítimo».

El libro que reseñamos es un ejemplo de su concepción del Derecho marítimo: comprende tanto el tradicional Derecho del comercio marítimo (*Seehandelsrecht*) como el Derecho del mar (*Seerecht*). Consecuentemente, en el libro se encontrarán Estudios de Derecho privado y de Derecho internacional.

Junto al carácter interdisciplinar, la segunda característica de la obra es su doble visión teórico-práctica. El Prólogo lo anuncia. Quince años de docencia e investigación universitaria acompañados de otros cinco de ejercicio profesional como Abogado explican el método empleado. El lector encontrará, en efecto, el tratamiento riguroso y académico sin perder la visión de la aplicación práctica del Derecho.

Entrando en el contenido del volumen, llama la atención su densidad. La obra comprende diez estudios monográficos sobre los temas más relevantes del Derecho Marítimo y del Derecho del Mar. El primero, dedicado al «Origen y evolución del concepto del Derecho Marítimo» (págs. 31 a 101). Especial énfasis en el análisis del Derecho comparado: sistema de derecho civil (Alemania, Francia e Italia) frente al sistema del common law (Inglaterra y Estados). Es decir, cómo se enfrenta cada sistema jurídico, con su metodología propia, a la construcción del Concepto. Qué es el derecho marítimo.

El segundo estudio se refiere a los «Organismos relacionados con el tráfico marítimo» (págs. 102 a 184). Estudio original porque no se había presentado la relación de la totalidad de las organizaciones internacionales, gubernamentales y privadas, marítimas explicando su estructura, funcionamiento y objetivos alcanzados.

«Los derechos de pesquerías en la CEE y en la Conferencia de la ONU sobre derecho del mar» (págs. 184 a 228) es un tema de Derecho internacional público. Como su nombre indica plantea el problema de la regulación de la pesca en el derecho comunitario con relación a la posición de España, nuevo país miembro, y la incidencia de los Convenios de Pesca suscritos por España con terceros países. Se hace una referencia final a la pesca en el Convenio de la ONU de 1982.

El cuarto estudio, «La distribución del riesgo en el Derecho marítimo» (págs. 229 a 340), es un ensayo completo, casi 150 páginas. Examina las instituciones del Derecho marítimo (fletamento, transporte, abordaje, salvamento, avería gruesa y todas las modalidades del seguro marítimo) desde el denominado «Análisis económico del Derecho» (*Economic Analysis of Law*). En otras palabras, el autor cuestiona el derecho vigente a la luz de la «justicia» y «economía» del reparto entre los intereses afectados.

«Convenios internacionales y Derecho interno: especial referencia a la responsabilidad por abordaje», es el quinto estudio publicado (págs. 341 a 402). Se aborda el problema de la incorporación del derecho internacional al derecho interno. Concretamente se plantea el problema del derecho aplicable a un abordaje en aguas nacionales. ¿Se aplica el Convenio internacional o la ley interna (Código de comercio)? El debate tiene gran interés desde el punto de vista internacional porque la misma cuestión se plantea en cualquier ordenamiento. Y tiene interés, por otro lado, para el resto de las instituciones marítimas (no sólo el abordaje) porque el problema es análogo habida cuenta la doble regulación (nacional e internacional).

A continuación, el estudio sobre la «Responsabilidad del constructor de buques» (págs. 403 a 427), presenta la novedad de aplicar, por primera vez, al menos en España, el método de análisis económico del Derecho a una institución de derecho marítimo: el plazo de prescripción del constructor. Según la dogmática jurídica (arrendamiento de obra por empresa) la prescripción es de quince años. La conclusión aunque correcta es absurda porque la vida media del buque no sobrepasa los 10 años. La dogmática, los conceptos, el método tradicional quiebran ante el análisis económico del derecho.

«Relación entre póliza de fletamento y conocimiento de embarque» (páginas 427 a 502), estudia las conexiones entre ambos documentos y sobre todo la naturaleza jurídica de la póliza de fletamento frente al conocimiento en su condición de título valor. Especial referencia se hace a la cláusula de incorporación en cuya virtud el titular del conocimiento se ve sorprendido por la disciplina del fletamento, tal y como está descrita en la póliza. El efecto se consigue por la remisión (incorporación) del conocimiento a la póliza.

El estudio sobre «Transporte marítimo y cláusula de jurisdicción» aborda el problema de la validez de la cláusula de sumisión a tribunales extranjeros. El autor critica, con fundadas razones, la postura de la Jurisprudencia española contraria a la validez de dichas cláusulas, si la jurisdicción es extranjera.

Merece destacarse el noveno de los estudios «Comentario de Jurisprudencia» (págs. 519 a 569) porque expone sistemáticamente ordenadas las Sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales dictadas desde la promulgación de la Constitución en 1978 hasta 1983, naturalmente sobre derecho marítimo. Al lado de la reseña hay un comentario del autor.

Finalmente, es de gran utilidad, y debemos felicitar al Profesor Ignacio Arroyo por la iniciativa de incluir toda la Bibliografía española publicada sobre Derecho marítimo. La escasa información sobre las fuentes del conocimiento se suple con el último de los estudios: «Las fuentes del conocimiento del Derecho marítimo español. Valoración y reseña bibliográfica». Por consiguiente, la bibliografía se reseña y se valora.

La obra termina con unos copiosos índices, que la dotan de gran utilidad.

JACINTO GOENA VERDAGUER

PETERS, Karl: *Strafprozeß. Ein Lehrbuch* (4.ª edición), Ed. C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1985.

Recientemente ha llegado a nuestras manos, directamente remitido por la Editorial alemana, la cuarta edición del famoso Tratado de Peters, reelaborada y ampliada.

El Prof. Peters, nacido en 1904 en Koblenz, estudió Ciencias Jurídicas y Económicas en las Universidades de Königsberg (la actual Kaliningrad rusa), Leipzig y Münster, en donde reside actualmente. Posteriormente fue Fiscal durante 13 años, y tras algunos de actividad en el Consejo del Tribunal Superior del Land, se habilitó en 1932 en Colonia y fue llamado como Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal a la Universidad de Greifswald, luego a la de Münster, y por último a la de Tübingen, en donde se jubiló en 1972.

Su obra cumbre es el Tratado de Derecho Procesal Penal cuya cuarta edición tenemos el gusto ahora de hacer la recensión para el lector de habla hispana. La primera edición data de 1952, la segunda de 1966, y la tercera de 1981.

El Tratado del Prof. Peters es uno de los más importantes de los que en este momento se encuentran en el mercado jurídico alemán, significado que se acentúa por su actualización. En esta cuarta edición el Prof. Peters ha estudiado más profundamente los temas relativos a la valoración de la prueba y el recurso de casación, motivado fundamentalmente por los numerosos trabajos publicados desde la fecha de la tercera edición, especialmente la aparición de dos nuevas revistas («Neue Zeitschrift für Strafrecht» y «Strafverteidiger»).

La idea esencial del Tratado es el estudio del Derecho Procesal Penal, por tanto, del proceso penal, en conexión con los conocimientos que otras disciplinas de las Ciencias humanísticas y naturales, proporcionan con el fin de hallar su fundamento ético y humano. Los fines del proceso son para el autor la verdad, la justicia, la humanidad y la seguridad jurídica, estando obligados

todos los participantes en el proceso a obtenerlos. Ello convierte a este libro en algo distinto y, por lo tanto, mucho más difícil para el jurista extranjero.

Los pilares básicos sobre los que asienta el autor aquella idea esencial y los fines propuestos son dos: el fundamento ético del proceso penal y la estructuración real de esa rama del derecho formada por la ley Procesal Penal (StPO) de 1887.

El tratado se divide en tres libros, dedicando el primero a los «Fundamentos Generales», el segundo a las «Fuerzas y Medios impulsores» y el tercero al «Desarrollo del proceso», lo que da ya una primera idea de la sistemática, poco común entre nosotros.

En los Fundamentos Generales estudia el autor una Introducción hacia el proceso penal, sendos capítulos dedicados al Derecho Procesal Penal en el Sistema jurídico, en el Sistema científico y en la Historia, la ley Procesal y su aplicación y la construcción del proceso, deteniéndose en la relación jurídico-procesal.

Dentro del libro «Fuerzas y Medios impulsores» analiza el autor, entre los primeros, al Tribunal (Juez y personal auxiliar), los órganos de persecución penal no judiciales (Ministerio Fiscal, Policía y Autoridades administrativas), el auxilio judicial, el inculpado y los actos procesales, los presupuestos procesales y el objeto del proceso; en cuanto a los medios, la prueba, la coerción y, por último, las resoluciones procesales.

En el tercer libro se entra de lleno en el proceso ordinario, los procesos especiales, los recursos, la ejecución y las costas.

La obra finaliza con unos Índices muy extensos y útiles dedicados a registrar los casos prácticos estudiados, las citas legales efectuadas y, por último, el Índice analítico.

El Prof. Peters ha tratado todos los temas con gran rigor sistemático. Tomemos al azar uno de ellos, el § 28, dedicado al inculpado (págs. 200 y ss.). En primer lugar, recoge una lista bibliográfica completa de los escritos que se han ocupado de él. A continuación lo define, y antes de entrar en el análisis puntual presenta un caso práctico en el que procura recoger la problemática más sobresaliente (caso 29, pág. 201), a la que a lo largo del desarrollo se va remitiendo cuando lo ha considerado conveniente, incluso exponiendo más de un supuesto práctico para un solo tema, como ocurre, v.gr., en la defensa (v. págs. 220 y 221).

Pero el sistema es precisamente la gran dificultad que presenta para nosotros. No sin cierta influencia anglosajona, el libro intenta construir instituciones dogmáticamente, y a nuestro juicio ello es válido. En nuestra cultura jurídica, sin embargo, el sistema anglosajón, el estudio del caso práctico para construir en base a la ley un sistema de enjuiciamiento, o simplemente exponer una problemática, no ha tenido hasta la fecha mucho éxito. Es verdad que en la propia República Federal de Alemania la dogmática del Derecho Procesal Penal está a años-luz de la dogmática del Derecho Penal. Se anuncian tiempos importantes de discusión doctrinal, con elaboración por parte de la doctrina de un Proyecto Alternativo de la StPO, que necesariamente significará fructíferos intentos dogmáticos de construcción de nuestra disciplina para los que los principios de Peters deberán ser tenidos muy en cuenta.

Es por ello por lo que no resulta fácil la lectura del Tratado de Peters, incluso quizás el que por su método no haya sido seguido por otros autores alemanes.

Según nuestras noticias, sin embargo, la obra del Prof. Peters va a tener una excelente continuación, pues casi seguro que el Prof. Tiedemann, Catedrático de la Universidad de Friburgo de Brisgovia y discípulo de aquél, asu-

mirá las nuevas ediciones de la obra e infundirá un espíritu mucho más joven y renovador a tan importante libro.

Nuestra recensión, pues, debe concluir afirmando muy positivamente el valor del Tratado sobre el proceso penal de Peters y su imprescindible consulta para los lectores que ya dominen el idioma y tengan una idea exacta de las instituciones del proceso penal alemán. Y desde luego, nuestra más sincera felicitación al autor, cuya avanzada edad no ha impedido realizar semejante trabajo, y hacerlo, además, con toda perfección.

JUAN-LUIS GOMEZ COLOMER

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: *El proceso penal alemán. Introducción y Normas básicas* (Introducción al Proceso Penal Alemán. Traducción de la Ley Procesal Penal alemana y de sus Leyes complementarias. Diccionario Jurídico Procesal-Penal-Alemán-Español); Bosch Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1985; con Prólogo del Prof. Dr. h.c.mult. Hans-Heinrich JESCHECK, Director emérito del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationale Strafrecht de Friburgo de Brisgovia (República Federal de Alemania), y Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

Una importante publicación acaba de aparecer en el mercado, fundamentalmente por haber cubierto una gran laguna que en nuestra doctrina existía, realizadas las traducciones globales del Derecho Procesal alemán hace ya más de cuarenta años.

En efecto, comprendiendo todo lo que había que incluir para que la traducción de una Ley como la StPO alemana resultara completa, Juan-Luis GÓMEZ COLOMER, Profesor Titular Numerario del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia (Estudio General), con un bagaje lingüístico encomiable, y una precisión y capacidad de síntesis admirable, nos ofrece su traducción de la Ley Procesal Penal alemana de 1877, como núcleo de la obra cuya recensión estamos efectuando.

A pesar del extraordinario trabajo que conlleva la realización de una traducción así, el autor no se ha limitado a ello, sino que ha traducido además, con igual rigor y fidelidad, las leyes complementarias de la StPO, a saber, la Ley Procesal Penal, la Ley Orgánica de los Tribunales, la Ley de Introducción a la Ley Orgánica de los Tribunales, con exclusión naturalmente en estos casos de los preceptos meramente procesales civiles, la Ley fundamental de Bonn, en donde se recogen sólo los artículos procesales y orgánicos, y, por último, se adjunta el texto español del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El lector tiene ante sí, por tanto, todas las disposiciones más importantes necesarias para estudiar el enjuiciamiento criminal en la República Federal de Alemania.

Las traducciones legales son sin duda la parte que más trabajo ha llevado. Para asegurarse el éxito, el autor no ha escatimado en medios, viajando siempre que sus obligaciones se lo han permitido a la República Federal, con el fin de, consciente de que una traducción solamente puede ser afrontada con garantías de éxito en el país de origen, poder consultar allí las dudas y corregir las imprecisiones o defectos en que se hubiera podido incurrir. El autor, según nos dice en su prólogo, ha disfrutado para ello de tres becas de inves-

tigación, concedidas por la prestigiosa Sociedad Max-Planck y el Servicio Alemán de Intercambio Académico. Quizás como fruto de los conocimientos adquiridos gracias a dichas estancias de investigación, añadimos nosotros ahora que Juan-Luis GÓMEZ COLOMER acaba de obtener una de las Becas más prestigiosas del mundo, la de la Fundación Alexander von Humboldt, que culmina de esta forma su penetración en el mundo jurídico germano.

Con un correcto método, traduciendo primero la Ley, el autor ha ampliado el inicial objeto indicado. Esta investigación ha supuesto para GÓMEZ COLOMER, globalmente, más de cuatro años de intenso trabajo, sin perjudicar lo más mínimo otras obligaciones y otros temas de estudio distintos, y sin perjuicio como se ha indicado de las necesarias estancias en Friburgo de Brisgovia, único lugar en el que era posible probablemente un trabajo como el que comentamos, por tener la sede allí el prestigioso Instituto Max-Planck de Derecho Penal (y Procesal Penal) extranjero e internacional.

Efectivamente, GÓMEZ COLOMER no se ha limitado a las traducciones antedichas; una vez realizadas, ha elaborado una Introducción al Derecho Procesal Penal, que es casi un manual de derecho procesal penal alemán. Se trata también de un modelo de claridad y concisión. En ella, como indica el afamado Prof. Jescheck, Director emérito del Instituto de Friburgo, y autor de un excelente Prólogo al libro que comentamos, puede encontrar el lector una exposición del proceso penal alemán que contiene todo lo esencial, un abundante aparato bibliográfico, íntegramente consultado por el autor para la redacción de los diferentes apartados, y profusión de citas jurisprudenciales, de tanta importancia en ese país.

El propio GÓMEZ COLOMER nos indica en sus Consideraciones Preliminares que en la Introducción ha tenido la intención de exponer descriptivamente los principales problemas que se plantean, sin ánimo de exhaustividad, pero sí de claridad y brevedad, dando siempre algo más que mera información. Pensamos que es una frase muy modesta, porque el autor ha conseguido explicarnos bien todas las instituciones procesales penales alemanas, un tanto olvidadas ya por la doctrina española en su conjunto, con especial referencia a problemas prácticos vivos allí y que nosotros empezamos a tener. Llama la atención el excelente tratamiento de las prohibiciones probatorias, y el de problemas puntuales como puede ser el del V-Mann u hombre-conexión, acuciantes en procesos contra terroristas, que por desgracia son muy frecuentes en nuestro país.

El Índice Bibliográfico que pone fin a la Introducción registra absolutamente todo el material básico del que debe partir quien se inicie o quiera profundizar en el derecho procesal penal alemán.

Por si fuera poco, aunque ello era necesario, el autor ha elaborado personalmente un Índice Analítico de todas las disposiciones traducidas, con la originalidad de expresar términos españoles, como, por ejemplo, el de querrela, que no tienen equivalencia, a pesar de erróneas traducciones, en el derecho procesal penal alemán, que cataloga descriptivamente como «inexistente». El ahorro de tiempo que ello va a suponer a partir de la obra de GÓMEZ COLOMER no tiene precio posible.

Cuando el lector cree que ya ha acabado la lectura y que tiene una idea completa del proceso penal alemán, nos introduce el autor en la última parte de su obra, que es absoluta novedad en el mercado: El Diccionario técnico jurídico-procesal Alemán-Español, elaborado con gran visión y sentido práctico desde el mismo momento en que comenzó las traducciones, allá por el verano de 1981. Este diccionario es tan útil que consideramos que ha allanado una de las más graves dificultades con las que los jóvenes profesores de Derecho Procesal se encuentran al llegar el momento de traspasar fronteras

y elegir país, el idioma alemán, siempre difícil. Se trata, además, de un diccionario explicativo generalmente, cuyo valor fundamental será sin duda el de servir para arrinconar definitivamente incorrectas traducciones utilizadas sin la necesaria reflexión entre nosotros, y animar a los jóvenes al estudio idiomático primero, y doctrinal después de la ciencia procesal penal alemana.

Tiene razón el Prof. JESCHECK cuando dice que este diccionario debería ser completado por un especialista en Derecho Penal y publicarlo independientemente, pues su utilidad en este caso sería máxima.

Esta obra, que consagra a su autor entre nosotros decididamente como germanista, aunque GÓMEZ COLOMER ya había efectuado con anterioridad otras traducciones, más breves, debe tener el gran valor de motivar a nuestros jóvenes procesalistas para volver de nuevo a las fuentes y reiniciar los estudios de las leyes, doctrina, jurisprudencia y práctica alemanas, pues en ella encontrarán las fuentes básicas y los problemas fundamentales para análisis más profundos.

Sería muy de desear que el autor, en un futuro no muy lejano, se planteara la traducción, con idéntico método y contenido, de la Ley Procesal Civil alemana y de sus leyes complementarias, pues las dos existentes son ya antiguas, y con ello quedaría totalmente cubierto el principal campo de estudio del Derecho Procesal alemán. Dado el éxito que sin duda tendrá este libro, esta idea que proponemos lo superará con creces.

JUAN MONTERO AROCA

Dr. MICHAEL SCHWIMANN, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1979, 146 páginas.

Este libro no quiere ser una exposición sistemática del Derecho procesal civil internacional —tarea que aún falta por acometer— sino que se dedica a temas singulares con el fin de dar respuesta práctica a cuestiones litigiosas que surgen con cierta frecuencia.

El autor, catedrático en Salzburgo, ha dividido el libro en tres partes. En la primera se ocupa, ante todo, de la temática de la jurisdicción interna cuando existen conexiones internacionales, exponiendo la normativa austríaca referente al derecho procesal internacional que, por ser incompleta, ha llevado a soluciones dispares en literatura y jurisprudencia.

Se exponen problemas especiales de jurisdicción interna en materia del Derecho de familia, de alimentos para hijos no matrimoniales, de relaciones paternofiliales, en general; de tutoría, cuestiones relacionadas con las medidas de protección de menores, objeto del Convenio de La Haya al respecto, para luego, en la segunda parte, pasar a incidir sobre problemas específicos en procedimientos de alimentos con conexiones internacionales.

Concluye el libro con una tercera parte dedicada al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras que incluye una relación de los tratados multi y bilaterales en la materia, que hoy podría ser ampliada ya con el recién publicado Convenio bilateral entre España y la República de Austria sobre reconocimientos y ejecución de resoluciones, transacciones y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil (BOE n.º 207, de 29 de agosto de 1985), y, en este sentido, estamos ante un libro de suma actualidad.

EUGEN EWIG

## ORGANIZACION DE LA JUSTICIA EN LA REPUBLICA ARGENTINA

SUSANA BEATRIZ PIRIZ

### 1. NOCIONES PREVIAS

La Carta Magna de nuestro país —la Constitución de la Nación Argentina— fue sancionada por el soberano Congreso General Constituyente el 1.º de mayo de 1853, modificada y concordada por la Convención Nacional del 25 de setiembre de 1860 y parcialmente enmendada por las Convenciones Generales de 1866, 1898 y 1957. En 1949 se la sometió a una reforma integral, quedando el nuevo texto sin efecto por la proclama del Gobierno Provisional del 27 de abril de 1956.

En su primer artículo declara que la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma republicana federal y que cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano (CN, 5).

De tal modo, el país se divide en 22 Estados provinciales, una Capital Federal —equiparable a estos efectos a un Estado— y Territorios Nacionales —los cuales no constituyen Estados y, por lo tanto, pertenecen a la federación—; ello implica que existen tantas constituciones, códigos procesales y leyes orgánicas de tribunales como Estados provinciales.

Conforme esta estructura política, la organización judicial comprende:

a) Un Poder Judicial de la Nación, con *competencia ordinaria* en la Capital Federal y Territorios Nacionales y con *competencia federal* en Capital Federal, Territorios Nacionales y todas las Provincias.

b) Tantos Poderes Judiciales como Provincias hay, con *competencia exclusivamente ordinaria* dentro de cada una de ellas.

Resumiendo: en cada Provincia encontramos dos categorías de magistrados: jueces federales y jueces ordinarios, que entienden en sus respectivas competencias, excepto en el caso de Capital Federal donde todos los jueces son llamados *nacionales* por estar sometidos a la potestad política de la Nación, pero que en razón de su competencia también se los diferencia en *federales* y *ordinarios*.

A los efectos del presente estudio trataremos el esquema de la organización de la justicia federal y ordinaria en cuanto a su composición, competencia y leyes aplicables, refiriéndonos en forma especial a la Provincia de Santa Fe y esto por dos razones —aun a riesgo de pecar de parciales—: a) su régimen se encuentra entre los más avanzados del país, y b) Santa Fe es nuestra provincia natal.

## 2. JUSTICIA FEDERAL

### 2.1. Caracteres

Dada la coexistencia temporo-espacial de dos formas diferentes de Estados —como mencionábamos en el capítulo anterior— y del contenido del art. 104 de la Constitución Nacional, según el cual las Provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal, se hace necesario caracterizar a la competencia federal, describiéndola como:

a) *De excepción*, ya que la justicia federal entiende sólo de aquellos casos correspondientes a excepciones predeterminadas.

b) *Expresa*, porque justamente la determinación expresa la encontramos en la Constitución Nacional y leyes concordantes.

c) *Privativa o excluyente*. En los casos en que entiende la justicia federal impide entender a la justicia ordinaria, excepto en la gama de competencia federal prorrogable, donde es dable hablar de jurisdicción concurrente.

d) *Sólo se ejerce en casos contenciosos y a instancia de parte* ya que nunca procede de oficio ni puede conocer de actos de jurisdicción voluntaria (L. 27, 2).

### 2.2. Organización de la Justicia Federal

La Justicia Nacional está organizada de la siguiente forma:

- Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Cámaras Federales de Apelaciones.
- Jueces Federales de Primera Instancia.
- Jueces de Paz del Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud.

## 2.2.1. Suprema Corte de Justicia de la Nación

### 2.2.1.1. Composición

La Corte Suprema de Justicia está compuesta por cinco jueces y un procurador general que actúa ante ella como representante del ministerio público (DL 1285/58, 21). Todos los miembros son abogados graduados en universidades nacionales, con ocho años de ejercicio y tienen las demás calidades exigidas para ser senador: 30 años de edad y seis años de ciudadano de la Nación (CN, 97, 47 - DL 1285/58, 4, 21).

En la primera instalación de la Corte, los miembros prestan juramento —en manos del Presidente de la Nación— de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución. En lo sucesivo cada nuevo integrante presta juramento ante el presidente de la misma Corte (CN, 98 - DL 1285/58, 7).

Todos los jueces, tanto de la Corte como de los tribunales inferiores de la Nación, conservan sus empleos mientras dura su buena conducta (CN, 96) y sólo pueden ser juzgados y removidos a través de un juicio político (DL 1285/58, 3 - CN, 45, 51, 52).

Asimismo cabe destacar que la magistratura judicial es incompatible con toda actividad política, con el ejercicio del comercio, con la realización de cualquier actividad profesional —salvo que se trate de la defensa de los intereses personales, del cónyuge, de los padres y de los hijos—, con el desempeño de empleos públicos o privados, y puede ejercer la docencia universitaria o de enseñanza superior equivalente sólo con la autorización previa y expresa, en cada caso, de la autoridad judicial que ejerza la superintendencia. Además les está prohibido a todos los jueces de la Nación practicar habitualmente juegos de azar, ejecutar actos que comprometan la dignidad del cargo; en cuanto a la residencia, la establecen en la ciudad que ejercen sus funciones o en un radio hasta de 60 km de la misma (DL 1285/58, 8, 9, 10).

### 2.2.1.2. Asiento

La Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene su asiento en la Capital Federal (DL 1285/58, 21).

### 2.2.1.3. Competencia

#### 2.2.1.3.1. Funcional

La Suprema Corte de Justicia tiene un doble grado de conocimiento: uno originario y exclusivo, y el otro recursivo (CN, 100, 101).

Podemos establecer la competencia de la Corte a través del siguiente cuadro:

COMPETENCIA DE LA SCJN (DL 1285, 24)	} Originaria y exclusiva — inc. 1	} Recursiva	— Recurso extraordinario — inc. 2
			— Recurso de revisión y aclaratoria — inc. 3.
			— Recursos directos — inc. 4
			— Recurso de queja por retardada justicia — inc. 5
			— Recurso de apelación ordinaria (tercera instancia) — inc. 6
			— Cuestiones de competencia — inc. 7

#### 2.2.1.3.1.1. Originaria y exclusiva

La Competencia originaria y exclusiva de la Corte se halla determinada fundamentalmente por razón de las personas intervinientes en las causas y en alguna medida también obedece a la naturaleza de la materia discutida en el pleito.

A continuación enumeramos las respectivas causas:

a) *Causas entre dos o más provincias.* Para que entienda la Corte es suficiente que se trate de una controversia entre diferentes Provincias y que el caso sea justiciable, excepto en las causas donde se plantean cuestiones de límites, ya que la fijación de los mismos corresponden al Congreso Nacional (CN, 67 inc. 14).

Esta competencia originaria y exclusiva tiene su razón de ser en el texto constitucional donde se establece que ninguna Provincia puede declarar o hacer la guerra a otra Provincia y todas sus quejas deben ser sometidas y dirimidas por la Corte, tribunal natural para que entienda en este tipo de conflictos (CN, 109).

b) *Causas civiles entre una provincia y algún vecino o vecinos de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros.* Se hallan comprendidas sólo las causas civiles, es decir, todas aquellas que están regidas por el derecho privado, excluyendo todas las cuestiones penales y las regidas por el derecho administrativo.

Asimismo, a los efectos de la competencia originaria, cabe distinguir qué se entiende por vecinos a (DL 1285/58, 24 ap. 3.º):

- las personas físicas domiciliadas en el país desde dos o más años antes de la iniciación de la demanda, cualquiera sea su nacionalidad;
- las personas jurídicas de derecho público del país;

- las demás personas jurídicas constituidas y domiciliadas en el país;
- las sociedades y asociaciones sin personería jurídica, cuando la totalidad de sus miembros se halle en la situación prevista en el primer punto.

c) *Causas suscitadas entre una Provincia y un estado extranjero.* Para que proceda la competencia de la Corte es necesario que alguna Provincia intervenga como parte actora o demandada excluyéndose a las causas suscitadas entre particulares y estados extranjeros.

No obstante, no se da curso a la demanda contra un estado extranjero sin requerir previamente de su representante diplomático —por intermedio del Ministerio de Relaciones y Culto— la conformidad de aquel país para ser sometido a juicio.

d) *Causas concernientes a embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros,* entendiéndose por tales a todas aquellas que lo afectan directamente por debatirse derechos que les asisten o porque comprometen su responsabilidad. Esta regla se hace extensiva a las personas de la familia de los embajadores o ministros plenipotenciarios y al personal de la embajada que tenga carácter diplomático.

e) *Causas relativas a cónsules extranjeros,* entendiéndose que son sólo aquellas seguidas por hechos o actos cumplidos en el ejercicio de sus funciones propias, siempre que en ellas se cuestione su responsabilidad civil o criminal.

#### 2.2.1.3.1.2. Recursiva

Creemos que esta información por tratarse de una descripción esquemática de la organización de la justicia en Argentina, excede al tratamiento detenido de los distintos recursos que se plantean ante la Corte Suprema de Justicia, dejando el estudio de los mismos para próxima ocasión.

#### 2.2.1.4. Atribuciones

Las atribuciones de la Suprema Corte surgen de la Constitución Nacional, del DL 1285/58 y del Reglamento para la Justicia Nacional, encontrándose entre las más importantes las que seguidamente detallamos:

- designa su propio presidente por mayoría absoluta de votos, quien dura en tres años en sus funciones;
- dicta su reglamento interno y económico;

- dicta el Reglamento para la Justicia Nacional;
- nombra todos sus empleados subalternos;
- establece las facultades de superintendencia de la SCJN y de los tribunales inferiores.

## 2.2.2. Cámaras Federales de Apelaciones

### 2.2.2.1. Composición

Las Cámaras Federales de Apelaciones con asiento en las provincias, se integran con por lo menos tres jueces y un fiscal (DL 1285/58, 31, ap. 4).

Las Cámaras se dividen en salas donde su número de miembros hace posible tal disposición. Asimismo cada tribunal designa su presidente y uno o más vicepresidentes, que distribuyen sus funciones en la forma en que lo determinan los reglamentos que se dictan (DL 1285/58, 25).

En Capital Federal el tribunal de alzada se denomina Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso-Administrativo y se encuentra dividida en tres salas por especialidades dentro de su competencia: civil y comercial; contencioso-administrativa y criminal y correccional.

### 2.2.2.2. Asiento

Actualmente existen en el territorio de las Provincias nueve Cámaras Federales de Apelaciones, con asiento en las siguientes ciudades: La Plata, Bahía Blanca, Paraná, Rosario, Mendoza, Tucumán, Resistencia y Corrientes. A las mencionadas debemos agregar la ya nombrada Cámara Nacional de Apelaciones de Capital Federal.

### 2.2.2.3. Competencia

Con respecto a la competencia de las Cámaras Federales de las Provincias, éstas entienden en grado de segundo conocimiento de los recursos que se deducen contra las resoluciones dictadas por los jueces federales que tienen su asiento en sus respectivas circunscripciones, como así también de las cuestiones suscitadas entre los mencionados jueces y de recursos deducidos contra resoluciones administrativas.

La Cámara de Apelaciones de Capital Federal ejerce funciones de tribunal de alzada respecto de los jueces nacionales de primera instancia en lo civil y comercial federal, en lo contencioso-administrativo y en lo criminal-correccional, teniendo además conocimiento de los recursos de apelación interpuestos contra resoluciones de orga-

nismos administrativos y contra resoluciones del Jefe de la Policía Federal.

## 2.2.3. Jueces federales de primera instancia

### 2.2.3.1. Asiento

Según lo dispuesto por la ley 27 se instituía en cada provincia de la República un juez seccional que conocería y decidiría en los asuntos de competencia federal, pero luego, con la sanción de la ley 4162, los mencionados jueces pasaron a recibir el nombre de *jueces federales*, denominación con la que se les designa actualmente, mientras que se mantuvo el nombre de *jueces nacionales* para todos los magistrados de Capital Federal.

Por lo tanto se les llama *jueces federales* de primera instancia a los que integran la justicia nacional con asiento en las provincias y en el Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud; y *jueces nacionales* de primera instancia a los que hacen lo propio en la Capital Federal.

### 2.2.3.2. Competencia

La competencia de los jueces federales de primera instancia surge de las disposiciones de los arts. 2 y 3 de la ley 48 y art. 111 de la ley 1893, según remisión del art. 27 de la ley 4055.

Reuniendo las causales de ambas normas, las enumeramos de la siguiente forma:

- a) Causas especialmente regidas por la Constitución Nacional.
- b) Causas especialmente regidas por las leyes del Congreso.
- c) Causas especialmente regidas por los tratados con las naciones extranjeras.
- d) Causas civiles en que sean partes vecinos de distintas provincias o que versen entre un ciudadano argentino y un extranjero.
- e) Causas que versen sobre negocios particulares de un cónsul o vicecónsul extranjero.
- f) En general todas aquellas causas en que la Nación o un recaudador de rentas sea parte.
- g) Procesos sobre actos administrativos del gobierno nacional.
- h) Pretensiones fiscales contra particulares o corporaciones.
- i) Causas concernientes al transporte terrestre.
- j) Causas regidas por el derecho de la navegación.
- k) Causas regidas por el derecho aeronáutico (L 13998, 55 inc. b y CA, 198).

- l) Recursos en materia contencioso-administrativa contra resoluciones dictadas por organismos de la Administración.
- m) Causas criminales y de contrabandos cuyo conocimiento compete a la justicia nacional:
- los crímenes cometidos en alta mar a bordo de buques nacionales o por piratas extranjeros;
  - los crímenes cometidos en los ríos, islas y puertos argentinos;
  - los crímenes cometidos en el territorio de las Provincias en violación de las leyes nacionales, como son todos aquellos que ofenden a la soberanía y seguridad de la Nación, o tiendan a la defraudación de sus rentas, u obstruyan o corrompan el buen servicio de sus empleados, o violenten o estorben la correspondencia de los correos, o estorben o falseen las elecciones nacionales, o representen falsificación de documentos nacionales o de moneda nacional, o de billetes de banco autorizados por el Congreso;
  - los crímenes de toda especie que se cometan en lugares donde el gobierno nacional tenga absoluta y exclusiva jurisdicción.
- n) De los recursos de habeas corpus, cuando la amenaza, restricción o privación de la libertad provenga de una autoridad nacional o afecte a una persona integrante o dependiente de una autoridad nacional (L 13998, 55).

#### 2.2.4. Jueces de paz del Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud

##### 2.2.4.1. Asiento

En el Territorio de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud la justicia de paz está a cargo de dos jueces de paz con asiento en Río Grande y Ushuaia (DL 2191/57, 55).

Para ser juez de paz se requiere ser argentino, saber leer y escribir, y tener veinticinco años de edad y antecedentes honorables.

Dichos jueces son designados por el Gobernador; no obstante, creemos que esta disposición se halla tácitamente derogada por el DL 1285/58 que establece un mismo régimen para la designación de todos los jueces de la Nación.

##### 2.2.4.2. Competencia

En lo referente a los jueces de paz el DL 2191/57 establece que conocen:

- a) En los asuntos:
- de menor cuantía, con exclusión de juicios sucesorios, asuntos de familia, concursos y quiebras;
  - en las demandas reconventionales;
  - en las demandas por desalojo, cuando no mediare contrato escrito, cualquiera que fuere el alquiler;
- b) en la sanción de falta y contravenciones por infracción al código rural, reglamentos de faltas, ordenanzas municipales y edictos de policía.

El procedimiento es verbal y actuado; resuelven a verdad sabida y buena fe guardada, exigiendo la defensa y la prueba. Dichos jueces sólo son recusados con justa causa.

Según el valor cuestionado las sentencias son o no apelables; en el caso afirmativo, las resoluciones son apelables ante el juez federal territorial.

### 3. JUSTICIA ORDINARIA

#### 3.1. Introducción

Habiéndonos ya ocupado de la justicia federal imperante en todo el territorio de la Nación, pasamos ahora a describir el régimen de organización de la justicia ordinaria, privativa de todos aquellos casos no contemplados por el texto constitucional. Asimismo, como adelantábamos oportunamente, cada una de las Provincias organiza su Poder Judicial —de acuerdo a su propia Constitución—, con competencia exclusivamente dentro de su territorio; pero dado que es materialmente imposible tratar los 22 Estados provinciales que componen la República, optamos por realizar un estudio esquemático de nuestra Provincia natal: SANTA FE.

#### 3.2. Organización judicial de la Provincia de Santa Fe

La Justicia Provincial está organizada de la siguiente forma (LOT, 1):

- Corte Suprema de Justicia,
- Cámaras de Apelación.
- Cámaras de Paz Letrada.
- Tribunales Colegiados de Instancia única en lo Civil.
- Jueces de Primera Instancia.
- Jueces de Paz Letrados, Departamentales y Legos.

### 3.2.1. Corte Suprema de Justicia

#### 3.2.1.1. Composición

La Corte Suprema de Justicia está compuesta por cinco ministros y un procurador general (CP, 84), quienes son ciudadanos argentinos, poseen título de abogados, tienen, por lo menos, treinta años de edad, diez de ejercicio de la profesión de abogado o de la magistratura y dos años de residencia inmediata en la Provincia si no han nacido en ésta (CP, 85).

Los magistrados son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Asamblea Legislativa, la cual está compuesta por la Cámara de Diputados y de Senadores (CP, 86). Al asumir sus cargos, prestan juramento de desempeñarlos conforme a la Constitución y a las leyes (CP, 87); son inamovibles mientras conservan su idoneidad física, intelectual y moral y el buen desempeño de sus funciones (CP, 88); estando sujetos al juicio político (CP, 91). La inamovilidad cesa a los 65 años de edad si el magistrado está en condiciones de acogerse a la jubilación ordinaria.

Es incompatible la actuación política, ejercer profesión o empleo alguno, salvo la docencia en materia jurídica, las comisiones de carácter honorario, técnico y transitorio que les encomiendan la Nación, la Provincia o los Municipios, y la defensa en juicio de derechos propios, de su cónyuge o de sus hijos menores; las mencionadas incompatibilidades no son sólo privativas de los miembros de la Corte sino también de los demás magistrados y funcionarios del Poder Judicial (CP, 89).

#### 3.2.1.2. Asiento

La Corte tiene su asiento en la ciudad de Santa Fe (LOT 2) donde cuenta con dos secretarías: una técnica y otra de superintendencia, teniendo además otra secretaría de superintendencia en Rosario.

#### 3.2.1.3. Competencia

##### 3.2.1.3.1. Territorial

La Corte Suprema ejerce su jurisdicción (LOT, 9) y la superintendencia de la Administración de Justicia en toda la provincia (LOT, 13).

##### 3.2.1.3.2. Funcional

La Corte Suprema ejerce dos clases de competencia que difieren según la forma en que los asuntos llegan a conocimiento de la misma: a) Competencia originaria y exclusiva. b) Competencia recursiva.

#### 3.2.1.3.2.1. Originaria y exclusiva

En este primer grado de conocimiento, la Corte entiende en:

- Procesos contencioso-administrativos (CP, 93 — LOT, 18 — L 4106).
- Procesos de expropiación que promueve la provincia (CP, 93 LOT, 18).
- Contiendas de competencia que se susciten entre tribunales o jueces de la provincia que no tengan un superior común (CP, 93 — LOT, 18).
- Conflictos de atribuciones planteados entre funcionarios del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial (CP, 93 — LOT, 18).
- Juicios de responsabilidad civil contra magistrados judiciales (CP, 93 — LOT, 18).
- Incidentes de recusación de sus propios miembros (LOT, 18).

#### 3.2.1.3.2.2. Recursiva

El segundo grado de conocimiento de la Corte es ejercido, por la vía del recurso de apelación, sobre las decisiones que dictan:

- El Tribunal de Cuentas (LOT, 18).
- El Directorio del Colegio de Abogados y el de Procuradores (LOT 227).

Además, conoce de las quejas por retardada justicia contra las Cámaras de Apelación y de Paz Letradas (LOT, 18). En tercer grado de conocimiento o primero extraordinario, conoce con respecto al recurso de inconstitucionalidad (CP, 93 — LOT, 18 — L 7055 y su reforma L 7964).

### 3.2.2. Cámaras de Apelación

#### 3.2.2.1. Composición

Las Cámaras de Apelación se encuentran divididas en tres especialidades:

- Cámaras de Apelación en lo Civil y Comercial.
- Cámaras de Apelación del Trabajo.
- Cámaras de Apelación en lo Penal.

Cada Cámara de Apelación se compone de tres vocales siendo su presidente elegido anualmente por mayoría absoluta (LOT, 20).

En los juicios civiles y comerciales cuya cuantía excede determinado monto o, cuando no siendo apreciable en dinero, es de mani-

fiesta importancia por los intereses en juego o por las cuestiones debatidas, cualquiera de las partes puede pedir que se constituya tribunal de cinco vocales para que conozca y decida de los recursos interpuestos contra resoluciones definitivas. Del mismo modo se procede en las causas penales, a petición del Fiscal o de parte interesada, cuando se trata de delitos a los cuales corresponde pena de reclusión o prisión que exceda de diez años y en las causas laborales a petición del trabajador o de la asociación profesional de trabajadores. Las Cámaras también pueden ordenar de oficio y sin recurso alguno su integración con dos vocales más, cuando lo creen conveniente (LOT, 22).

### 3.2.2.2. Competencia

Las Cámaras de Apelación conocen cada una en su fuero y jurisdicción, por medio de la sala de turno respectiva,

- a) De los recursos que se interponen contra las resoluciones de los Tribunales Colegiados de Instancia Unica en lo Civil y de los jueces en los casos que determinan los Códigos de Procedimiento y leyes especiales (LOT, 28).
- b) De las recusaciones de sus propios miembros y de los jueces (LOT, 28).
- c) De las cuestiones de competencia entre magistrados o funcionarios judiciales del mismo fuero (LOT, 28).
- d) De los recursos que se interpongan contra las resoluciones de la Presidencia (LOT, 28).
- e) De las quejas contra los jueces por retardo de justicia (LOT, 28).

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial son, además, tribunales de alzada de:

- a) Los jueces encargados de los Registros Públicos de Comercio (LOT, 38).
- b) Los Directorios de las Cajas Forenses (4949).
- c) El Consejo de Ingenieros (2429).
- d) Los Directores de los Colegios de Profesionales Universitarios de la Sanidad (L 3950).

La Cámara de Apelación del Trabajo es, también, tribunal de alzada de los recursos que se interponen contra decisiones de los jueces del trabajo de primera instancia (LOT, 29 — CPL, 3).

A la Cámara de Apelación en lo Penal le corresponde, además:

- a) La competencia material establecida en el Código Procesal Penal (LOT, 30).

- b) Practicar las visitas de cárceles (LOT, 30).
- c) Corregir disciplinariamente las infracciones a sus acordadas (LOT, 30).
- d) Llevar el registro de excarcelaciones (LOT, 30).
- e) Asesorar a la Corte Suprema en las solicitudes de indulto o conmutación de penas presentadas al Poder Ejecutivo (LOT, 30).

### 3.2.3. Cámaras de Paz Letradas

#### 3.2.3.1. Composición

Las Cámaras de Paz Letradas tienen su asiento en la ciudad de Santa Fe, donde está compuesta por tres vocales, y en Rosario, donde se divide en dos salas integradas por tres vocales cada una (LOT, 60).

Para ser miembro de las Cámaras se requiere ser argentino o naturalizado con cuatro años de ciudadanía, ser abogado, tener veinticinco años de edad y cuatro como mínimo de ejercicio de la profesión de abogado o en la Administración Pública y residencia inmediata en la Provincia no menos de dos años, en el caso de no ser nativo de ella (LOT, 59).

#### 3.2.3.2. Competencia

Las Cámaras de Paz Letradas son tribunales de alzada de los jueces de Paz Letrados y de los jueces de Paz Departamentales (LOT, 64), conociendo además como superior común de las cuestiones de competencia que se suscitan entre los jueces de Paz Letrados o entre los jueces de Paz Departamentales y/o entre ambos respectivamente.

Asimismo, conocen de las recusaciones de sus propios miembros y de los jueces de Paz Letrados y Departamentales. En estos dos últimos casos lo hacen en primer grado de conocimiento, es decir originariamente.

### 3.2.4. Tribunales Colegiados de Instancia Unica en lo civil

#### 3.2.4.1. Composición

Funcionan tres Tribunales Colegiados de Instancia Unica en la Provincia: dos en Santa Fe y tres en Rosario, estando integrados por tres miembros cada uno (LOT, 35).

#### 3.2.4.2. Competencia

Los Tribunales Colegiados son competentes para entender —de acuerdo con los trámites del juicio oral— en los procesos de divor-

cio, nulidad de matrimonio, alimentos y litis expensas, tenencia de hijos, disolución y liquidación de sociedad conyugal, filiación, adopción, venia para contraer matrimonio, suspensión y pérdida de la patria potestad, tutela, curatela, insania, inhabilitación judicial, acciones posesorias y de desalojo y responsabilidad por hechos ilícitos (CPC, 541 — LOT, 33).

La atribución de competencia material a los Tribunales es de carácter obligatoria, exclusiva y excluyente, y se ha establecido sin consideración alguna al valor o cuantía del juicio (salvo respecto de responsabilidad por hechos ilícitos), teniendo sólo en cuenta la materia objetiva sobre la que versa el litigio.

### 3.2.5. Jueces de primera instancia

#### 3.2.5.1. Especialidades

Correspondiendo a las tres especialidades de las Cámaras de Apelación, los jueces de primera instancia también se agrupan por razón de la materia en: jueces en lo civil y comercial, jueces del trabajo y jueces en lo penal. A su vez la ley distingue a los jueces en lo penal —según su competencia— en: jueces de instrucción, del crimen, correccionales, de faltas y de menores.

#### 3.2.5.2. Competencia

La competencia de los jueces en lo civil y comercial es ejercida sobre todo asunto civil, comercial y de minería no atribuida específica y originariamente a ningún otro tribunal (LOT, 36) y en los procesos de amparo (L 7053, 4).

Los jueces del trabajo conocen en (LOT, 40 — L 7945, 2):

- a) Las causas suscitadas entre empleadores y trabajadores por controversias de derecho, derivadas del contrato de trabajo o de una relación laboral.
- b) Las controversias de derecho que deriven de contratos o relaciones de ajuste de servicios, aprendizaje y tambero mediero.
- c) Las causas contenciosas en que se ejerciten acciones originadas en normas legales, reglamentarias o convencionales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sin perjuicio de disposiciones contenidas en regímenes que establezcan una competencia especial.
- d) Los desalojos que se promuevan por la restitución de inmuebles o parte de ellos acordados como beneficio o retribución complementaria de la remuneración.

- e) Las tercerías en los juicios de su competencia.
- f) Los cobros de aportes, contribuciones y multas, fundados en disposiciones legales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de multas procesales y de impuestos a las actuaciones judiciales respectivas.
- g) Las causas que se promuevan para obtener la declaración de recho laboral, cuando el estado de incertidumbre respecto de una relación jurídica individual, de sus modalidades o de su interpretación, cause o pudiera causar un perjuicio a quien tenga interés legítimo en determinarlo.

Con referencia al fuero penal, los jueces de instrucción investigan los delitos imputados a personas mayores de dieciocho años (CPP, 25) mientras que los jueces del crimen los juzgan (CPP, 26); siempre que el máximo de la pena exceda los tres años de prisión. A su vez, los jueces correccionales investigan y juzgan los delitos imputados a personas mayores de dieciocho años cuando el máximo de la pena no excede de tres años de prisión (CPP, 27).

En cuanto a los jueces de menores entienden en forma exclusiva en (LOT, 49):

- a) La investigación y juzgamiento de los delitos, faltas o contravenciones imputadas a menores de dieciocho años.
- b) En todos los casos en que se deba resolver sobre la persona de un menor de veintiún años en estado de abandono material o peligro moral, conforme a las leyes que rigen en materia de minoridad.
- c) En las infracciones a las leyes de educación común o de trabajo de menores.
- e) En los casos de aplicación de sanciones a que se hagan pasibles las personas por transgresión a las leyes de protección a la infancia y adolescencia.
- f) En la aplicación de cualquier precepto legal, que afecte la persona o los derechos de menores, a consecuencia de orfandad, abandono material o peligro moral, que no corresponda a la competencia de los jueces civiles.

Le corresponde, asimismo, a los jueces de menores (LOT, 51):

- a) Ejercer, en grado de superintendencia, el controlar sobre todos los menores asilados, tanto en establecimientos oficiales como privados, y disponer su internación por el tiempo que juzgue necesario.
- b) Inspeccionar el trato dado a los mismos, como así también su asistencia médica, alimentaria e higiénica y la educación

que se les imparta, adoptando las medidas que estime oportunas, para evitar los abusos o defectos que notare.

- c) Ejecutar todos los actos que fueren pertinentes para la protección de los menores como lo haría un buen padre de familia.

Finalmente, los jueces de faltas aplican el Código de Faltas y la Ley de Represión de Juegos y Apuestas Prohibidas (LOT, 58).

### 3.2.6. Jueces de paz

#### 3.2.6.1. Clasificación

La justicia de paz cuenta con tres clases de jueces: letrados, departamentales y legos; diferenciándose —entre otras pautas— en cuanto a los requisitos de designación ya que los jueces letrados son abogados (LOT, 22 ap. 1); los departamentales son abogados, escribanos o procuradores (LOT, 22 ap. 2); no exigiéndose título alguno en el caso de los jueces de paz legos (LOT, 78).

#### 3.2.6.2. Competencia

A los efectos de la competencia de los jueces de paz letrados y departamentales, ellos conocen de los asuntos civiles y comerciales, de las demandas reconvenzionales, de los juicios de desalojo de inmuebles urbanos y de resolución de contratos de esa índole, de los juicios divisorios y de los juicios de responsabilidad civil por hechos y actos ilícitos pero teniendo siempre en cuenta que la cuantía no exceda de montes determinados y ajustados periódicamente por la Corte Suprema basándose en la variación del índice de costo de vida según las estadísticas oficiales (LOT, 68).

Asimismo, es importante destacar que los jueces de paz letrados entienden en asuntos cuyos montos son mayores a los casos en que conocen los jueces de paz departamentales.

A su vez, los jueces de paz departamentales son tribunales superiores respecto de los jueces de paz legos de sus respectivos territorios (LOT, 68).

Finalmente, los jueces de paz legos tienen su asiento en caso todas las localidades de la provincia —villas, pueblos o comunas— salvo donde existe justicia de paz letrada o departamental (LOT, 3). Tienen todas las limitaciones señaladas para los jueces de paz letrados y departamentales en cuanto a la competencia material siendo el monto de los asuntos aún de menor cuantía que la de los nombrados (LOT, 79).

\* \* \*

Hasta aquí, hemos informado esquemáticamente la organización de la Justicia en la República Argentina, destacando el hecho relevante de la coexistencia de una justicia federal y una justicia ordinaria. Dejamos para próxima ocasión el estudio detallado de cada uno de los procesos y sus características particulares.

### INDICE DE ABREVIATURAS

CA	Código Aeronáutico
CN	Constitución Nacional
	Constitución Provincial de Santa Fe
CPC	Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de Santa Fe
CPL	Código Procesal Laboral de la Provincia de Santa Fe
CPP	Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe
CSJSF	Corte Suprema de Justicia de Santa Fe
DL	Decreto Ley
L	Ley
LOT	Ley Orgánica de los Tribunales de la Provincia de Santa Fe
RJN	Reglamento para la Justicia Nacional
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación



partamento de este nombre y cuya capital es Cartagena de Indias, los nombres y apellidos con los de la Dra. Carlota Verbel Ariza y los del Dr. Luis Rafael Borja González, presidenta y secretario, respectivamente. Los que tienen la suerte de conocerlos saben de su eficacia organizadora y de su entrega, aparte de su amabilidad y encanto personal.

El VII Congreso ha sumado a su interés científico otro interés, distinto pero no menos atrayente: se ha celebrado en Cartagena de Indias, patrimonio de la humanidad. Cuando el destino le ha deparado a uno la suerte de visitar «La Heroica» no necesita de palabras para recordararla; cuando ese destino le ha vuelto a otro la espalda, y no le ha conducido a ella, las palabras nunca serán reflejo ni siquiera aproximado, de lo que la Ciudad es. No vale la pena, pues, hablar de Cartagena; la ciudad está ahí y en ese marco y en los días 18 a 21 de septiembre, se ha celebrado el Congreso.

Como en otras ocasiones es preciso distinguir entre ponencias y conferencias. Las primeras han sido las siguientes:

1.º) *Fraude procesal*, por el Dr. Jorge Florez Gacharná: Un estudio completo del tema por quien empieza a despuntar en el mundo procesal colombiano. Esta Revista ha ofrecido de él un trabajo informativo en el núm II de 1985.

2.º) *La pretensión en el proceso contencioso administrativo*, por el Dr. Carlos Ramírez Arcilla. El ponente es autor de un espléndido libro sobre la acción y lo será de otro sobre la pretensión, siendo la ponencia un primer atisbo de este segundo. Su posición es original, aunque demasiado ceñida al Código de Procedimiento Civil colombiano. El Dr. Ramírez es la amabilidad y la vocación estudiosa hecha buena persona; sobre sus estudios discute hasta camino de la Catedral de Sal.

3.º) *Sistema acusatorio, inquisitivo o mixto*, por el Dr. Luis Aldana Roza. La exposición de estos sistemas se hizo con toda claridad y concisión, advirtiendo que el colombiano es prácticamente inquisitivo. El Dr. Aldana, magistrado de la Corte Suprema de Justicia, ha estado en nuestro recuerdo por motivos ajenos a los científicos.

4.º) *La oralidad en los procesos*, por el Dr. Jorge Bodensiek Sarmiento. Sobre el tema es difícil decir algo nuevo, pero el amigo Dr. Bodensiek lo intentó con fortuna, refiriéndolo a la situación colombiana.

5.º) *Recurso de revisión en materia laboral*, por el Dr. Anibal Pérez Chain; el ceñimiento a la legislación colombiana le quitó brillantez.

Las conferencias fueron: *La colegiatura obligatoria*, del Dr. Ramón Ariza Barrios, con perfiles de derecho comparado no siempre puestos al día; *Pruebas en segunda instancia en materia civil*, de la Dra. Anita Giacometto Ferrer, que hizo así sus primeras armas con evidente éxito; *Demanda de coopartes*, del Dr. Hernán Fabio López Blanco, relativa a una institución panameña, desarrollada con la brillantez habitual en él; *Cosa juzgada en materia penal*, del Dr. Hugo Pereira Anabalon (Chile), poniendo de manifiesto sus aspiraciones democráticas y valor cívico. El último día los Dres. Adolfo Alvarado Velloso (Argentina) y Juan Montero Aroca (España), dictaron, desde posiciones metodológicas distintas, una conferencia con tema único: *Partes y terceros en el proceso civil*.

Colombia sigue demostrando lo que puede hacerse por la ciencia cuando se trabaja en común y sigue dando ejemplo de colaboración entre estudiosos con visión de futuro.

El próximo congreso se celebrará en Bogotá, en agosto de 1986, coincidiendo con las Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Adición: *Actividades del prof. Montero en Hispanoamérica*.

Aparte de la asistencia al Congreso reseñado el prof. Montero, con la financiación del Instituto de Cooperación Iberoamericana, ha realizado las siguientes actividades científicas. 1.º) Coursillo en la Universidad de los Andes de Bogotá, de 12 horas lectivas, sobre *Poder judicial, acción y proceso*, dirigido principalmente a jueces y magistrados; 2.º) Conferencia en el Colegio Nacional de Abogados de Panamá, invitado por el Dr. Jorge Fábregas, sobre el nuevo Código Judicial panameño; 3.º) Conferencia en la Universidad Libre de Bogotá, y en el Instituto Jorge Eliécer Gaitán, sobre *Independencia del Juez*, y 4.º) Conferencias en Medellín, en las universidades Bolivariana y de Antioquía, sobre *Evolución del derecho procesal y Los terceros en el proceso civil*.

## INDICE 1985

### EDITORIALES

— Seguimos avanzando ... ..	5
— Ley cambiaria ... ..	261
— Ya tenemos LOPJ ... ..	517
— Sobre el jurado ... ..	773

### ARTICULOS

— <i>Almagro Nosete, José</i> , El juicio de menor cuantía reformado (Ley 34/1984) ... ..	519
— <i>Barona Vilar, Silvia</i> , El proceso de impugnación de acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos en materia de propiedad horizontal ... ..	821
— <i>Cortés Domínguez, Valentín</i> , La nueva regulación de la competencia jurisdiccional internacional en materia civil (Arts. 21 y 22 LOPJ) ... ..	775
— <i>Diinkel, Frieder</i> , La ejecución penal en la República Federal de Alemania y la evolución de su reforma desde 1970 ... ..	263
— <i>Gimeno Sendra, Vicente</i> , La reforma urgente y la «aceleración» del procedimiento civil ... ..	341
— <i>Mascarell Navarro, M.<sup>a</sup> José</i> , La reconvencción en el proceso laboral ... ..	851
— <i>Montón Redondo, Alberto</i> , El derecho a litigar sin gastos ante los tribunales civiles (Los presupuestos para su concesión y utilización) ... ..	305
— <i>Montón Redondo, Alberto</i> , Tramitación y alcance de la justicia gratuita en el proceso civil ... ..	797
— <i>Serra Domínguez, Manuel</i> , Notas sobre la situación actual de la Administración de Justicia en el ámbito procesal civil ... ..	7
— <i>Soriano, Ramón</i> , Hacia un jurado de escabinos para España ... ..	27

### NOTAS

— <i>Briguglio, Antonio Renato</i> , La nueva ley italiana sobre la competencia del «conciliatore» y del «pretore» ... ..	597
— <i>Cachón Cadenas, Manuel</i> , Embargo de bienes litigiosos ... ..	553
— <i>Cima García, Carlos</i> , Algunas cuestiones que suscita la Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referentes al embargo y al apremio ... ..	371
— <i>Gössel, Karl-Heinz</i> , Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadoras, incluidas las del procedimiento por contravenciones al orden administrativo y las del proceso por orden penal, en el proceso penal alemán ... ..	877
— <i>Fuentes Carst, Francisco</i> , La reforma del proceso de nulidad en propiedad industrial por la LOPJ ... ..	893

— <i>Lorca Navarrete, Antonio M.ª</i> , La obligación del juez de fallar «secundum allegata et probata partium» y su incumplimiento por la jurisprudencia del T.S. (Sala 2.ª) en materia de responsabilidad civil ...	107
— <i>Lorca Navarrete, Antonio M.ª</i> , Sobre el concepto de la legitimación del responsable civil en el proceso penal ...	565
— <i>Lozano-Higuero Pinto, Manuel</i> , La disposición derogatoria de la Ley 34/1984, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil ...	572
— <i>Martínez Ruiz, Luis F.</i> , Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales ...	117
— <i>Prado Ardito, Juan-Fermin</i> , La notificación de la sentencia al litigante rebelde ...	591
— <i>Ramos Méndez, Francisco</i> , Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil ...	75
— <i>Serrera Contreras, Pedro L.</i> , La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. Comentario de urgencia ...	91
— <i>Serrera Contreras, Pedro L.</i> , El régimen procesal en las nuevas bases del régimen local. Comentario de urgencia ...	903
— <i>Zeller, Josef</i> , La realización de créditos de acreedores extranjeros contra deudores domiciliados en la República Federal de Alemania ...	381

**JURISPRUDENCIA**

El índice de jurisprudencia procesal civil, penal, laboral y administrativa, a partir del núm. I de 1985, no se publicará ya anualmente, sino en períodos de tiempo más amplios, para mayor utilidad y comodidad de los lectores. Y lo mismo cabe decir de la jurisprudencia constitucional.

**PROCESAL CONSTITUCIONAL**

(Por *Francisco Ramos Méndez*)

— Competencia internacional, S. AT Palma de Mallorca, 18-I-84 ...	691
— Arraigo en juicio, S. AT Burgos, 15-II-83 ...	694
A AT Barcelona, 28-XII-83 ...	696
— Comisiones rogatorias, A AT Barcelona, 20-II-84 ...	698
— Documentos públicos extranjeros, S TS 4-X-82 ...	699
— Arbitraje internacional, A TS 10-II-84 (inglés) ...	704
A TS 26-IV-84 (inglés) ...	707
— Exequatur de sentencias extranjeras, A TS 26-I-83 (Siria) ...	710
A TS 24-V-83 (Francia) ...	711
— Exequatur de sentencia canónica, S TC 8-XI-83 ...	715
— Contravalor en pesetas de deuda en moneda extranjera, S AT Barcelona, 13-X-83 ...	714

**EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA CONSTITUCION**

(Por *M.ª José Mascarell Navarro*)

**ARTICULO 24.1**

— Alcance de la tutela de jueces y tribunales	
S 15 octubre 1983 (RA 5327) ...	971
S 28 septiembre 1983 (RA 4290) ...	973
S 5 noviembre 1983 (RA 5777) ...	974
S 27 diciembre 1983 (RA 6836) ...	975
— Derecho a no sufrir indefensión	
S 14 septiembre 1983 (RA 5713) ...	976
S 5 octubre 1983 (RA 5068) ...	977
S 17 noviembre 1983 (RA 5507) ...	978

**ARTICULO 24.2**

— Presunción de inocencia	
S 13 enero 1983 (RA 6) ...	979
S 26 enero 1983 (RA 56) ...	981
S 26 enero 1983 (RA 55) ...	981
S 4 marzo 1983 (RA 1768) ...	983
S 28 enero 1983 (RA 383) ...	984
S 30 marzo 1983 (RA 1587) ...	984
S 10 noviembre 1983 (RA 5470) ...	985
S 22 noviembre 1983 (RA 5679) ...	986
S 10 diciembre 1983 (RA 6190) ...	987
S 10 diciembre 1983 (RA 6510) ...	988
S 21 diciembre 1983 (RA 6713) ...	989

**ARTICULO 29**

— Derecho de petición	
S 17 noviembre 1983 (RA 6054) ...	990

**ARTICULO 106.1**

— Desviación de poder	
S 28 noviembre 1983 (RA 6120) ...	991

**ARTICULO 117.3**

— Competencia de los órganos judiciales	
S 7 marzo 1983 (RA 1375) ...	992

**ARTICULO 117.5**

— Jurisdicción militar, competencia	
A 11 julio 1983 (RA 4661) ...	993
A 27 octubre 1983 (RA 5707) ...	995

**ARTICULO 163**

— Cuestión de inconstitucionalidad	
S 15 noviembre 1983 (RA 5777) ...	995

**ARTICULO 164.1**

— Eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional	
S 22 octubre 1983 (RA 5217) ...	997
S 20 diciembre 1983 (RA 6285) ...	998

**LEGISLACION**

(Por *Manuel Lozano-Higuero Pinto*)

— Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, por la que se modifica el Título II de la Ley 5/1980, de 8 de octubre ...	723
— Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores ...	723
— Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado ...	724
— RD-ley 10/1984, de 11 de julio, por el que se establecen medidas urgentes para el reforzamiento del organismo de control (Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras) ...	726
— Ley 24/1984 (BOE de 3 de julio), sobre la modificación del tipo de interés del dinero ...	727
— Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado ...	728
— Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios ...	728
— Acuerdo de 21 de noviembre de 1984, del pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica parcialmente el de 20 de enero de 1982 sobre magistrados suplentes, jueces y secretarios sustitutos ...	732
— Acuerdo de 5 de diciembre de 1984, del pleno del CGPJ, por el que se suprime la regla general del secreto de los acuerdos de las Juntas de Jueces ...	732
— Ley orgánica 1/1985, de 18 de enero, de incompatibilidades del personal al servicio del Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, componentes del Poder Judicial y personal al servicio de la Administración de Justicia, Tribunal de Cuentas y Consejo de Estado ...	732

— Ley orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por el que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal, y se deroga el art. 45 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional ... ..	733
— RD 2388/1984, de 10 de octubre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento de la Ley Hipotecaria ... ..	734
— Ley orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución	734
— Ley orgánica 10/1984, de 26 de diciembre, por la que se modifican los artículos 503 y 504 y el primer párrafo del 529 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ... ..	741
— Ley 4/1985, de 1 de marzo, de extradición pasiva ... ..	743
— Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil ... ..	745
— RD 210/1985, de 20 de febrero, sobre indemnización por razón del servicio del personal al servicio de la Administración de Justicia ... ..	745
— Ley 6/1985, de 27 de marzo, sobre modificación del art. 849, 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ... ..	746
— Ley 10/1985, de 26 de abril, modificación parcial de la Ley General Tributaria	

**AUDIENCIA PUBLICA**

— La Constitución ante el recurso de casación ... ..	179
— Un retraso de dos años en dictar sentencia no constituye dilación indebida, por <i>Francisco Ramos Méndez</i> ... ..	427
— Historia forense de una medida cautelar, por <i>Francisco Ramos Méndez</i>	999

**BIBLIOGRAFIA**

— Revista de revistas (1983-I), por <i>J. Martín Ostos</i> ... ..	185
— Revista de revistas (1983-II), por <i>J. Martín Ostos</i> ... ..	451
— Recensiones ... ..	237, 491, 749 y 1007

**INFORMACION**

— Crónica del III Congreso Nacional de la Asociación de Fiscales, por <i>M. J. Dolz Lago</i> ... ..	245
— VI Congreso Colombiano de Derecho Procesal y I Congreso Colombiano Venezolano de Derecho Procesal ... ..	253
— Legislación orgánica y procesal de Colombia, por <i>Jorge Flórez Gacharná</i> ... ..	495
— IX Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (Madrid, 17 a 21 de junio de 1985) ... ..	511
— IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, por <i>Juan Luis Gómez Colomer</i> ... ..	759
— Organización de la justicia en la República Argentina, por <i>Susana Beatriz Piriz</i> ... ..	1015
— VII Congreso Colombiano de Derecho Procesal ... ..	1033