JUSTICIA 91

NUMERO IV

Director:

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE
VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ
JOSÉ V. GIMENO SENDRA
JUAN L. GÓMEZ COLOMER
FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI
JOSÉ S. MARTÍN OSTOS
JUAN MONTERO AROCA
VÍCTOR M. MORENO CATENA
MANUEL P. ORTELLS RAMOS
MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ
JOSÉ L. VÁZQUEZ SOTELO

LIBRERIA BOSCH – Ronda Universitat, 11 – BARCELONA

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

«JUSTICIA 91» se publica trimestralmente.

ADMINISTRACION (suscripciones), Librería Bosch, Ronda Universitat, 11, 08007 – Barcelona, Tel. (93) 317 53 08.

DIRECCION (originales, libros para recensiones), Dr. Francisco Ramos Méndez, Paseo de Gracia 92, 08008 Barcelona. Tel. (93) 487 11 12. Tx 59398 FRM. Fax (93) 487 35 62.

© 1991, Librería Bosch
Ronda Universitat, 11 - 08007 Barcelona

Depósito legal: B.19.117-87

Printed in Spain/Impreso en España por
Tesys, S.A. - Manso, 15-17 - 08015 Barcelona

INDICE

PATADA EN LA PUERTA 773

DACIONES EN CUENTA

Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia por Manuel Ortells Ramos 775

Hacia un nuevo secretario judicial español por José Martín Ostos .. 799

El allanamiento en los procesos matrimoniales por Luis Fernando Saura 807

De nuevo sobre la competencia de la jurisdicción militar en el proceso de Habeas Corpus por Agustín J. Pérez-Cruz y Martín 817

DESPACHO ORDINARIO

Idoneidad del procedimiento a efectos de la acumulación de acciones en materia de arrendamientos urbanos por Manuel Cachón Cadenas 827

Jurisprudencia arbitral por Francisco Ramos Méndez 839

Los tribunales han dicho por Belén Mora Capitán 919

COMISIONES ROGATORIAS

Sobre una reciente reforma del proceso cautelar italiano. Su incidencia en el art. 700 CPC por María Pía Calderón Cuadrado 973

EXEQUATUR DE TÍTULOS PUBLICADOS 1011

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Patada en la puerta

Qué menos podría esperarse que el personal se mosquee cuando le mentan el orden público policial. Tanta manifestación, sentada, corrida de grises, que costó antaño tumbar la infanda LOP, como para que ahora se la quieran meter con una ley de seguridad ciudadana. Desde luego que es para escamarse. Si efectivamente, como dice la propaganda del producto, la ley no hace más que reencarnar los preceptos constitucionales, no haría falta alarmarse. Pero tampoco se entiende qué empeño puede justificar lo que ya estaba claro en su esencia constitucional: Apenas una declaración de principios en la Constitución y un embrión en las leyes procesales, pero que no habían suscitado controversias significativas. El ciudadano no necesitaba aclaraciones, porque dichos textos le proporcionaban una tutela adecuada, precisamente en la línea más favorable. Seguramente los principales destinatarios y consumidores de la nueva ley son los propios cuerpos de policía. La reconversión constitucional obligó a un cambio de métodos que posiblemente dejó el aparato policial sumido en un mar de zozobra, sin saber exactamente cuáles eran los límites de sus funciones. De ahí a la inhibición o al desaliento puede que hubiera un corto paso. Decirle a la policía qué puede legítimamente hacer o no hacer es plausible, pero seguramente para esto bastaba recurrir a la escala de mando. Concretarlo en una ley tan minuciosa no podía hacerse sino a costa de recortar la esfera de libertad de los ciudadanos, tan trabajosamente ganada. Qué duda cabe de que todo el mundo desea una policía fuerte y eficaz en la defensa del orden. Pero no a cualquier precio. Ya antes de entrar la ley en vigor los anales periodísticos registran al menos dos casos de "patada en la puerta" que, a la postre, resultó una grave metedura de pata. Las estadísticas no indican si también ha habido "dianas", pero es presumible. En ambos casos, lo que preocupa es la dinámica que se ha desatado. Ahora, invocando la controvertida norma, ya se pueden realizar actuaciones que anteriormente había que valorar con más cautela. Es de esperar que no prime la actitud de "Rambos", por más que el ambiente puede considerarse favorable. Lo que llamamos civilización exige domesticar el uso de la fuerza.

Francisco Ramos

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

DACIONES DE CUENTA

PRINCIPIO ACUSATORIO, PODERES OFICIALES DEL JUZGADOR Y PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. UNA CRÍTICA DE CAMBIO JURISPRUDENCIAL SOBRE CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO:

I. La influencia de la Constitución y de otras normas de reconocimiento de derechos fundamentales procesales en ese cambio jurisprudencial. – II. Desarticulación del argumento complejo principio acusatorio –derecho a ser informado de la acusación– prohibición de indefensión. – III. La insuficiencia de las disposiciones de LECrim para tutelar el elemento esencial del principio acusatorio. La interpretación supletoria de la jurisprudencia tradicional. – IV. La limitada protección dispensada por la interpretación tradicional del art. 733 al derecho de contradicción de las partes (prohibición de indefensión). Su ampliación por la nueva jurisprudencia. – V. Modificación de la acusación, preclusiones probatorias y desprotección de la defensa. – VI. Una innovación necesaria en la estructura del juicio oral: admisibilidad de prueba después de calificaciones definitivas y del planteamiento de tesis por el tribunal, en determinados supuestos. – VII. El principio acusatorio y la amplitud de los poderes oficiales del juzgador.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

I. La influencia de la Constitución y de otras normas de reconocimiento de derechos fundamentales procesales en ese cambio jurisprudencial

Recientemente daba cuenta detallada, en las páginas de esta misma revista, de las nuevas orientaciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de correlación entre acusación y sentencia.[1]

La principal razón de ese cambio jurisprudencial, expresamente aducida en casi todas las sentencias, está en las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales procesales (art. 24 CE) y también en las normas correspondientes del Convenio Europeo de Derechos Humanos –por su simple vigencia en nuestro país y por la específica virtualidad que le da el art. 10.2 CE–. Incluso cuando se aducen razones sin una precisa expresión normativa (p. ej. el principio acusatorio), suele argumentarse su raigambre constitucional.

Y, en efecto, no requiere una amplia explicación la incidencia que sobre la configuración de la correlación como límite a la potestad de resolver, tiene la prohibición de indefensión y el derecho a la defensa (art. 24.1, *in fine*, y 2 CE, resultarían infringidos si pudiera válidamente resolverse sobre algo que no ha sido objeto de contradicción), el derecho a ser informado de la acusación (art. 24,2; su infracción acarrearía la violación de los anteriores derechos, porque, para la parte acusada, este derecho es lógicamente previo a aquéllos) y el más genérico, aunque en este aspecto innecesario en cuanto están reconocidos los anteriores, derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Pocas veces se cita, en este tema, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE), pero más adelante veremos cómo también guarda relación con el mismo.

Del Convenio Europeo de Derechos Humanos la incidencia más precisa corresponde al derecho reconocido a toda persona a que su causa sea oída por un tribunal que decidirá sobre cualquier acusación en materia penal dirigida contra aquélla (art. 6.1), al derecho a ser informado detalladamente de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él (art. 6.3, *a)*) y al de disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de su defensa (art. 6.3, *b)*).

Parece conveniente, para aproximarnos a un significado más concreto de las normas citadas, revisar cuál ha sido la doctrina de los intérpretes más autorizados de esos textos en punto a las exigencias que derivan de

1. Ortells Ramos, M., *Correlación entre acusación y sentencia: antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales*, en Justicia, 1991, II, p. 277.

los mismos para el régimen de la correlación como límite a la potestad de resolver.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta materia es escasísima. Desde luego, la jurisprudencia directa sobre el mismo; también la indirecta, pero con valor orientativo.

Entre la segunda suele citarse la STEDH 17 enero 1970, en el caso Delcourt, que, versando en esencia sobre los requisitos de independencia e imparcialidad del tribunal de casación belga por la participación en sus deliberaciones del Fiscal General, puntualiza incidentalmente –para justificar que la casación no se sustrae de las exigencias del art. 6.1 CEDH– que «la expresión *bien fondé*, que se halla en el texto francés del art. 6.1, se refiere no sólo a que la acusación esté bien fundada en los hechos, sino a que lo sea en derecho». Esta doctrina es recordada en la STEDH 27 febrero 1980, en el caso Deweer. De la misma se extrae, en definitiva, la razonable conclusión de que el sujeto pasivo de una acusación ha de poder conocer y contradecir en el juicio, tanto el fundamento fáctico, como la justificación jurídica de la misma, de modo que infringiría los derechos del art. 6 la sentencia que se pronunciara sobre una acusación respecto a la cual lo anterior no hubiera sido previamente garantizado.[2]

Una doctrina más directa sobre nuestro tema tuvo ocasión de sentarla el Tribunal en la STEDH 6 diciembre de 1988, en el caso Colak, aunque la prioridad de ciertas cuestiones de mero hecho, ha dejado en un segundo plazo la valoración jurídica de los acontecimientos del proceso penal interno desde el punto de vista del Convenio.

Estos habían sido, en esencial, los siguientes: la acusación inicial fue por tentativa de homicidio; el tribunal –en cumplimiento del parágrafo 265.1 STPO– advirtió que los hechos podrían ser también calificados como lesiones y heridas graves; al parecer, el presidente del tribunal, fuera de las sesiones, comunicó al defensor que el tribunal sólo contaba con la segunda hipótesis, no obstante lo cual la condena se produjo a título de tentativa de homicidio.

El recurso –fundado en la violación del derecho al juicio justo (art. 6.1), porque la advertencia del presidente indujo a la defensa a descuidar la primera calificación– fue desestimado por los motivos de que el defensor sabía que el tribunal fallaría fundándose sólo en los resultados de las sesiones del juicio y de que, en las mismas, no se dio a entender que ya no

2. Sin embargo alguna decisión de la Comisión se basó en el principio *iura novit curia* para negar infracción del principio de contradicción en el supuesto de que una parte no haya podido debatir sobre extremos de mero Derecho; véase, sobre esto, Chiavario, M., *Processo e garanzie della persona*, II, Milano, 1982, p. 159.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

se consideraba la posibilidad de resolver sobre la acusación por tentativa de homicidio.

De esta sentencia hay que resaltar, de un lado, la trascendencia del conocimiento de la tesis jurídica de la cual se puede resolver, y, de otro, que no aparece objeción alguna a que sea el tribunal el que revele las posibles tesis jurídicas (distintas a la de la acusación) que se ajusten a los hechos enjuiciados.

Para terminar, por ahora, la referencia a la jurisprudencia del TEDH, destacaré sólo el hecho negativo importante de que los supuestos de falta de imparcialidad (o de riesgo de la misma) en el órgano decisor, no se han presentado ante el Tribunal con relación a casos en que los tribunales internos han condenado excediéndose en alguna medida de la acusación, sino como supuestos en los que en el órgano juzgador se integraban quienes habían sido instructor o actuado como Fiscal en la misma causa (sentencias de los casos De Cubber, Pauwels y Piersack). En el último apartado del trabajo volveremos sobre esta cuestión.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es ciertamente más abundante y también su orientación más uniforme si se compara con la jurisprudencia del TS.

De entrada conviene llamar la atención sobre que la mayor parte de la jurisprudencia constitucional se ha formado respecto a cuestiones suscitadas en juicios de faltas. Ello revela que el más fuerte déficit de ajuste de las normas ordinarias a los principios acusatorio y de contradicción, se produce en ese tipo de procedimiento y no en los procedimientos por delitos.

Por lo demás, esta jurisprudencia aduce de modo preponderante como fundamento el derecho a ser informado de la acusación y la prohibición de indefensión. Entiende que esos derechos no son vulnerados si se mantiene la identidad del hecho punible entre la acusación inicial y la sentencia y, aunque varíe la calificación jurídica, siempre que los tipos de delito sean homogéneos, en el sentido de que todos los elementos del tipo por el que se condene estén comprendidos en el tipo del que se acusó y, consiguientemente, haya podido haber defensa respecto a los mismos. En el caso de que el tipo que se estime correcto sea más grave que el acusado, el tribunal deberá someterlo a debate en ejercicio de la facultad del art. 733 (SSTC 104/1986, 17 julio; 134/1986, 29 octubre; 12/1981, 10 abril; 105/1983, 23 noviembre; 17/1988, 16 febrero; 54/1985, 18 abril; las cuatro últimas exponen el significado y aplicación del art. 733).

Esa doctrina viene a sintetizarse en el fundamento jurídico 2 de la STC 205/1989, 11 diciembre, que, además, extiende la garantía del art. 733 a

la apreciación de oficio de circunstancias agravantes y encierra potencialidad para extenderla a la apreciación de otros elementos agravatorios. Así se expresa el Tribunal Constitucional: «El art. 24 de la Constitución establece, en lo que aquí interesa, un sistema complejo de garantías íntimamente vinculadas entre sí –principio acusatorio y de contradicción y defensa y prohibición de la indefensión– que, en el proceso penal, se traduce en la exigencia de que, entre la acusación y la sentencia, exista una relación de identidad del hecho punible, de forma tal que la condena recaiga sobre los hechos que se imputan al acusado, como configuradores de la ilicitud, punibilidad y responsabilidades criminales, puesto que el debate procesal vincula al juzgador impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración de la misma, ni sobre los cuales por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse, a no ser que el Tribunal sentenciador los ponga de manifiesto, introduciéndolos en el debate por el cauce que, al efecto, previene el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, de no hacer uso de la facultad que le confiere este precepto, no podrá calificar o penar los hechos de manera más grave a lo pretendido por la acusación, ni condenar por delito distinto, salvo que, respetando la identidad de los hechos se trate de tipos penales homogéneos –SSTC, entre otras, 12/1981, de 10 de abril; 105/1983, de 23 de noviembre, y 17/1988, de 6 de febrero.

La anterior doctrina, fundada en los principios acusatorio y de contradicción y defensa y, en último término, en la prohibición de indefensión, obliga a establecer que sin la tesis previa del citado art. 733, el Tribunal sentenciador no puede apreciar agravantes que no hayan sido objeto de la acusación, y así lo reconoce la Sala Segunda del Tribunal Supremo, siguiendo consolidada jurisprudencia de la que cita la Sentencia de la misma Sala de 4 de noviembre de 1986.

Ciertamente no falta la utilización del argumento de la posición imparcial del juzgador en un proceso regido por el principio acusatorio, pero a mi juicio ese argumento se sitúa en un segundo plano respecto a la preocupación principal por la efectividad de la contradicción. Me refiero, a continuación, a algunos ejemplos probatorios de lo que acabo de decir.

En la STC 54/1985, 18 de abril, se llega a argumentar lo siguiente «Derechos de información y defensa que difícilmente pueden lograrse sin un previo trámite de exposición de la acusación *por el Juez, si se estimare indebidamente, que a éste corresponde ejercitarla en el juicio de faltas*, por no hallarse regulado el mismo en las minuciosas normas que desarrollan este proceso, y que resultaría imposible de admitir cuando la acusación

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

se realizare, confundiéndola con la condena, en la sentencia, pues en tal supuesto la indefensión resultaría absoluta».

En varias sentencias relativas a supuestos similares de infracción de la prohibición de *reformatio in peius* (en segunda instancia de juicio de faltas) el argumento de la posición imparcial del juzgador no aparece siempre, mientras que se repite en todas ellas la argumentación atinente al derecho a conocer la acusación y a la defensa (véanse STC 115/1986, 6 octubre; 225/1988, 28 noviembre; 84/1985, 8 julio; 6/1987, 28 enero).

La STC 104/1985, 4 octubre, se refiere a un supuesto grave de infracción del principio acusatorio (en juicio de faltas una parte resulta condenada cuando ningún acusador había dirigido acusación contra ella). Al argumentar la estimación del amparo no se refiere a la asunción por el juzgador del papel del acusador, sino a la violación del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías.

La STC 53/1987, 7 mayo, tras una descripción demasiado esquemática del sistema acusatorio, en el análisis del caso concreto distingue acertadamente entre el principio acusatorio –respetado en cuanto el MF solicitó la agravación de la pena impuesta en primera instancia– y la prohibición de indefensión, que es violada en el caso concreto, porque la solicitud del MF no se produjo en el trámite adecuado para posibilitar la defensa.

II. Desarticulación del argumento complejo principio acusatorio –derecho a ser informado de la acusación– prohibición de indefensión

Es muy frecuente que la jurisprudencia se refiera en conjunto a ese triple fundamento para justificar como límite a la potestad de resolver, o que cite ese principio y esos dos derechos como infringidos cuando se excede de ese límite. Sin negar que existe una relación estrecha entre esos tres elementos, que merece ser estudiada como tal relación, también entiendo que la claridad en el planteamiento de los problemas requiere deshacer ese argumento complejo y determinar, en primer lugar, la virtualidad por separado de cada uno de sus componentes.

Un sistema legal que responde al principio acusatorio más puro no asegura, por esa sola razón, la más plena satisfacción del derecho de defensa. Esto segundo dependerá de cómo se configure normativamente el régimen de información de la acusación y de las posibles modificaciones de la misma, y el régimen de las posibilidades defensivas frente a esa acusación. Una configuración inadecuada podría dejar incólume el principio acusatorio, pero dar al traste o proteger insuficientemente los derechos a ser informado de la acusación y de la defensa.

Del mismo modo tampoco es cierto que un sistema legal que responda al principio acusatorio, pero que reconozca un ámbito de poderes oficiales del órgano jurisdiccional, signifique en sí y por sí lesión o menor protección del derecho de defensa.

Lo último dependerá de cómo se regule el derecho a conocer previamente no ya la acusación, sino las opiniones del tribunal acerca del ejercicio en el caso concreto de sus poderes oficiales, y las posibilidades (subsiguientes a ese conocimiento) de tomar postura frente a las mismas y de contradecirlas por parte del acusado.

Acabamos de referirnos sólo a la posibilidad de contradicción de una de las partes procesales (la parte acusada). Pero otra de las desventajas de descomponer los argumentos que se aducen para fundar la correlación como límite a la potestad de resolver, es la de hacer evidente que si el derecho a la no indefensión corresponde a ambas partes en el proceso, también para el eficaz ejercicio de los más amplios poderes oficiales indudablemente no atentatorios al principio acusatorio (los que permiten no acoger la acusación y apreciar elementos favorables al acusado) sería necesario regular una posibilidad de previo conocimiento por los acusadores y de reacción efectiva de los mismos.

Partiendo de lo acabado de exponer, me parece imprescindible, a la hora de revisar los fundamentos de la correlación entre acusación y sentencia penal, distinguir, principalmente, entre lo que es exigencia del principio acusatorio y lo que es del principio de contradicción (o de los preceptos constitucionales que recojan, en alguna medida, estos principios).

El principio acusatorio, en su significado más estricto, está relacionado con la exigencia de que los titulares del órgano jurisdiccional queden situados en una posición de imparcialidad. En atención precisamente a ese principio (y a su raíz constitucional) debe tratarse la cuestión de hasta qué punto se excluye o es aceptable reconocer al órgano jurisdiccional poderes oficiales de dirección material del proceso penal (o tal vez menos que eso: la simple potestad de subsunción, determinando las consecuencias legales previstas, de hechos alegados y probados sólo por las partes).

Por otra parte, habrá que atender al derecho de defensa, a la prohibición de indefensión. En definitiva, al derecho a contradecir de modo eficaz sobre todo elemento, en principio, que sea relevante para la admisibilidad y el sentido de la sentencia, se introduzca en el proceso por las partes o, de oficio, por el órgano jurisdiccional.

En este aspecto del fundamento del deber de correlación, quedarían comprendidos:

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

1.º El derecho del acusado a ser informado de la acusación, como lógico presupuesto de otras manifestaciones del derecho de defensa.

2.º El derecho de acusador a ser informado de la defensa, porque en otro caso se produciría indefensión para la postura de aquella parte procesal.

3.º También como lógico presupuesto de otras manifestaciones del derecho de defensa, el derecho de las partes a ser previamente informadas del modo concreto en que el órgano jurisdiccional tiene previsto ejercer los poderes oficiales que le asisten.

4.º En fin, y de modo subsiguiente a los anteriores derechos-presupuesto, el derecho a reaccionar, en respuesta a esas informaciones, con medios procesales adecuados (alegaciones, medios de prueba).

III. La insuficiencia de las disposiciones de de LECrim para tutelar un elemento esencial del principio acusatorio. La interpretación supletoria de la jurisprudencia tradicional

Como demostró hace tiempo Gómez Orbaneja, el autor de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tanto con el modo en el que creyó estar configurando la correlación como límite a la potestad de resolver, como de la manera en que, por el resultado de la interpretación sistemática de las normas, vino en efecto a configurarla, acabó por dejar sin protección –expresa, por lo menos– un componente esencial del principio acusatorio.[3]

Lo más aparentemente resulta establecido en la LECrim a efectos de determinar si se ha respetado la preceptiva correlación es la comparación entre las calificaciones jurídicas sostenidas por las partes en las conclusiones definitivas y las acogidas por el órgano jurisdiccional en la sentencia.

Esto resulta sorprendente por varias razones.

En primer lugar, porque establecer una vinculación del tribunal a lo que estrictamente es calificación jurídica sostenida por las partes (no a otros componentes de los actos fundamentales de iniciación procesal de éstas) contradice el principio *iura novit curia*, que ni siquiera en un proceso dispositivo se desconoce, aunque se matice su exacta comprensión.[4]

Segunda –y creo que principal– razón, porque lo que importa para la efectiva vigencia del principio acusatorio es que el hecho concreto del que

3. Gómez Orbaneja, *Comentarios*, I, pp. 290, 316-317; del mismo autor, *Sentencia 12 junio 1945. Quebrantamiento de forma. Delito continuado y principio acusatorio*, en RDPro, 1946, pp. 128-129.

4. Ortells, *Derecho jurisdiccional*, II-1.º, *Proceso civil*, Barcelona, 1991, con Montero, Gómez Colomer, pp. 327-328.

se acusa y la persona a quien se acusa sean determinados por sujetos distintos al órgano jurisdiccional, y esto no en el momento de las conclusiones definitivas, sino en la acusación que da lugar a la apertura del juicio oral y le proporciona el objeto. Se consigue de ese modo que el tribunal del juicio no pierda su posición de imparcialidad, lo que ocurriría si debiera ser él quien, investigando en una realidad histórica de contornos indefinidos, tuviera que determinar cuál es el hecho posiblemente constitutivo de delito y quién su posible responsable.[5]

En tercer lugar, objeto del proceso no puede serlo estrictamente una calificación jurídica –que, por su esencial abstracción, no puede satisfacer las necesidades de identificación a las que sirve la noción de objeto procesal–,[6] sino que ha de consistir en un concreto acaecer histórico. Esto lo impone tanto la funcionalidad hacia dentro del proceso del objeto del mismo, al que se refieren la alegación y la prueba de los datos de hecho de los que depende la aplicación de la norma, como la funcionalidad externa del objeto, es decir, dejar acotado el ámbito de la decisión a los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada.

Con todos los inconvenientes derivados de la apuntada imperfección técnica,[7] el conjunto de la LECrim ofrece suficiente fundamento para entender que la esencial vinculación al hecho concreto por el que se acusa se halla establecida.[8] Incluso se halla presupuesta en el art. 733, en cuanto las diferentes tesis jurídicas que puede suscitar el tribunal y a tenor de las cuales puede resolver han de estar referidas al llamado *hecho justiciable*.

Al mantenimiento de la identidad del hecho justiciable desde la acusación a la sentencia, respondía y sigue respondiendo [9] una reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo,[10] ahora también acogida por

5. Gómez Orbaneja, *Comentarios* I, p. 187, Vázquez Sotelo, *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, en RJC, 1984, pp. 379-384.

6. Véase sobre esto Ortells, *Derecho jurisdiccional*, II-1.º, cit., con Montero y Gómez Colomer, pp. 96-97.

7. Véase el detallado análisis de los mismos que hace Vázquez Sotelo, en *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, en RJC, 1984, pp. 406-415.

8. Gutiérrez de Cabiedes, *La correlación entre acusación y sentencia*, en «Estudios de Derecho Procesal», Pamplona, 1974, pp. 519; Alamillo Canillas, *El principio acusatorio y sus limitaciones en la Ley de Enjuiciamiento criminal*, en Actualidad Jurídica, 1981, X, p. 16.

9. Así lo entendieron también Gómez Orbaneja, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1984, con Herce Quemada, p. 413 y Vázquez Sotelo, *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, en RJC, 1984, pp. 134-135.

10. Véase la amplia reseña de la misma que ofrece Soto Nieto, *Correlación entre acusación y sentencia*, Madrid, 1979, pp. 83-141, y además, STS 5 julio 1990, marzo 1988, RA 2119; STS 5 julio 1990, RA 6231; STS 7 febrero, RA 1179; STS 14 mayo 1990, RA 3918; STS 25 mayo 1990, RA 4439.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

el Tribunal Constitucional como hemos visto, que, aun partiendo de la no vinculación o de la posibilidad de desvinculación respecto al tipo de delito afirmado por los acusadores, requiere la homogeneidad con éste del tipo de delito que afirme la sentencia, porque esta homogeneidad es índice de la coincidencia de los elementos de hecho esenciales para los diferentes tipos de delito que se han barajado en el proceso.

IV. La limitada protección dispensada por la interpretación tradicional del art. 733 al derecho de contradicción de las partes (prohibición de indefensión). Su ampliación por la nueva jurisprudencia

Presupuesto que la vigencia del principio acusatorio no excluya de modo absoluto el reconocimiento al órgano jurisdiccional de poderes oficiales (en el apartado 7 entraremos más a fondo en este argumento), importa ver ahora de qué modo el ejercicio de esos poderes se conjuga con la efectiva vigencia del principio de contradicción.

En un proceso configurado según los principios (en cuanto a la determinación de su objeto), de aportación de parte (en cuanto a la introducción y prueba de los hechos relevantes para resolver) y de control a instancia de parte de los presupuestos de admisibilidad de la resolución de fondo, la mecánica de la contradicción se realiza casi «naturalmente». Cada parte conoce los actos de la contraria y puede tomar postura frente a ellos. Y los actos de una y otra parte son los únicos relevantes para acotar el ámbito de la resolución e influir en su contenido.

Diversamente, si el órgano jurisdiccional tiene atribuidos poderes oficiales, su ejercicio puede sorprender a las partes, porque al no tener lugar y mostrar su resultado en la propia resolución judicial, las partes ya no tienen posibilidad de contradecir (con alegaciones y/o pruebas) para influir en el contenido de la resolución.

Para evitar, en estos casos, la lesión o insuficiente efectividad del principio de contradicción,[11] existe una técnica, nada novedosa y no sólo aplicada en el proceso penal, consistente en que, previamente al ejercicio de los poderes oficiales y como presupuesto de la eficacia del mismo, el órgano jurisdiccional ha de someter sus apreciaciones a contradicción de las partes.

11. En general sobre este tema puede consultarse DENTI, V., *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, en Riv. Dir. Proc. 1968, pp. 217-231.

Manifestación de esa técnica es el art. 733 LECrim, pero también por ejemplo, los arts. 8.2, 62.2 y 47 LJCA y los arts. 35.2, 50.1, 83 y 84 LOTC. Más próximos al art. 733 LECrim, porque los artículos acabados de citar sólo se refieren a poderes de dirección formal del proceso, están los arts. 43.2 y 79.2 LJCA y el art. 84 de la LOTC.

A) El artículo 733 es ciertamente una manifestación de esa técnica comentada de tutela del principio de contradicción. Pero la interpretación predominante del mismo –que expuso en otro momento–[12] y su propio contenido normativo –con límites claros, que no toleran cualquier intento interpretativo– hacen de ese precepto un instrumento insuficiente para cumplir aquel fin con efectividad plena.

En primer lugar, y como resultado de esa interpretación predominante, sólo está garantizado que se someterá a debate la concurrencia de un tipo de delito más grave que el afirmado por los acusadores. No la de un tipo de delito simplemente diferente, como hubiera permitido sostener sin dificultad la letra del art. 733. Ni siquiera queda asegurado que deba someterse a debate la posible concurrencia de una circunstancia eximente, porque la inequívoca mención que hace el art. 733, no tiene luego la cobertura del motivo casacional.

Por descontado –porque en esto la propia letra del artículo no da pie– no queda en absoluto garantizado que la apreciación de oficio de cualquier elemento de agravación diferente de un tipo delictivo más grave, dependa de su previo sometimiento a debate.

Y, de modo más evidente aún, nada obliga a someter a debate la apreciación de oficio de elementos de atenuación y de exención de la pena, de modo que el derecho a contradecir de la parte acusadora queda expuesto a importantes riesgos de lesión.

Dice Gómez Orbaneja, en un resumen eficaz, que la «garantía que el art. 733 ofrece a ésta (la defensa) queda, en vez de extendida, sumamente limitada. Absolutamente inaplicada la que ofrece al acusador».[13]

Pero el art. 733 tiene una insuficiencia adicional muy distinta a las tratadas hasta ahora. No sólo no establece que se deba comunicar a las partes todo posible ejercicio de un poder de resolver *ex officio* cuestiones atinentes al fondo del asunto, sino que, incluso cuando lo establece, esa disposición y sus concordantes (art. 737 en relación con los tres anteriores y el último párrafo del propio 733) sólo preveen una actividad defensiva limitada a contradecir argumentativamente en los informes la tesis plan-

12. ORTELLS, *Correlación entre acusación*, cit. apartado 2.
13. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, I, pp. 289-290.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

teada. Particularmente, ninguna especifica previsión de nueva proposición de prueba.

B) La nueva jurisprudencia antes reseñada ha venido a ampliar la garantía que supone el art. 733 para el principio de contradicción ante el ejercicio de poderes oficiales.

Como mínimo, y según una de las corrientes de esa nueva jurisprudencia, las calificaciones jurídicas diferentes a las sostenidas por las partes que deben ser previamente sometidas a debate para que sea válido el pronunciamiento a tenor de las mismas, ya no son sólo las que se refieren a un tipo de delito más grave, sino también a otras cuestiones.[14]

En este aspecto la nueva jurisprudencia es indiscutiblemente correcta, porque ha cumplido adecuadamente el mandato del art. 5 LOPJ de interpretar la norma de acuerdo con la Constitución. Partiendo de la interpretación predominante del art. 733 en relación con el 851.4.º, ha venido a extender el fomento de oficio de la contradicción sobre cuestiones jurídicas, más allá del restrictivo límite en el que antes se situaba.

Sin embargo creo, por una parte, que la jurisprudencia se ha quedado corta en las posibilidades que ofrece este camino de acomodación interpretativa. Por otro lado, que las técnicas de ajuste interpretativo no son suficientes para paliar las deficiencias de la efectividad del principio de contradicción en estos supuestos.

Por lo que hace a la primera observación, cabe resaltar que no he visto cuestionada –por más que la letra del art. 733 lo propicie– la interpretación tradicional sobre la apreciación de oficio de circunstancias eximentes.[15] A partir de ahí no es posible extrañarse de que no haya mención de que la apreciación de oficio de elementos favorables a la parte acusada tuviera que ser precedida, como mínimo, por su sometimiento a debate, para no incurrir en la indefensión prohibida (art. 24.1 CE) de la posición de los acusadores, en este caso. No creo que explique la falta de eclosión de este problema en la nueva jurisprudencia la inexistencia, en favor de los acusadores, de un motivo análogo al del art. 851.4.º Se hubiera podido tratar del mismo *obiter dicta*. Había buenas razones, porque en alguna Sentencia se echa mano del argumento de la igualdad de las partes en el proceso. Por otro lado, hay que indicar que gran parte de los supuestos

14. ORTELLS, *Correlación entre acusación*, cit. apartado 3, B. También sobre la ampliación de la aplicación del art. 733 como técnica de tutela del principio de contradicción, DE DIEGO DÍEZ, L.A., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: los principios acusatorio y de contradicción*, en Justicia, 1988, pp. 118-130.

15. Con la excepción de GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal*, con HERCE QUEMADA, p. 412.

en torno a los que se ha formado la nueva jurisprudencia, no han accedido a casación por la vía del motivo 4.º del art. 851, sino con base en el art. 5.4 LOPJ, cauce sin duda también apropiado para las quejas de indefensión de los acusadores.

Vayamos a la segunda observación. Haber ampliado los supuestos en los que el órgano jurisdiccional debe someter una calificación jurídica a discusión, no resuelve el problema de las limitadas posibilidades de reacción que el art. 733 y correlativos reconocen a las partes acusadoras. Como se deduce del propio art. 733 («Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el Tribunal...»),[16] la tesis que somete el Tribunal a debate no significa, por lo común, sólo un cambio en las calificaciones jurídicas de los acusadores, sino que ese cambio responde al resultado de la prueba practicada, y, por lo tanto, puede sustentarse en una versión de los hechos en alguna medida diferente en comparación con la de las calificaciones (provisionales y definitivas) de las partes.

La fórmula que establece el art. 733 no impone que el órgano jurisdiccional defina con precisión ese cambio de la versión del hecho. Sólo le obliga a enunciar la nueva calificación jurídica. Y después de ello la ley tampoco permite que la parte acusada articule la defensa amplia (alegaciones, prueba) que, en algún caso, puede ser necesaria para contrarrestar las variaciones en la versión de los hechos, sino que se limita a considerar que las partes podrán discutir al cuestión propuesta (art. 733, IV) y que se acomodarán a ella los informes (art. 737).

La nueva jurisprudencia ha sido también sensible a estos inconvenientes para la plena efectividad del derecho a la defensa, pero, a mi juicio, ha cometido el error de achacarlos en exclusiva a los supuestos en que el órgano jurisdiccional ejercita sus poderes de oficio con arreglo al art. 733. Y, partiendo de ese error, al menos una de las orientaciones de esa nueva jurisprudencia [17] ha acumulado argumentos en favor de la necesidad de que los acusadores asuman la tesis del tribunal –modificando en todo lo que corresponda sus calificaciones– para que pueda haber pronunciamiento a tenor de la misma, sin violación de los derechos a ser informado de la acusación y de defensa.

En realidad, esos mismos inconvenientes subsisten cuando no es el órgano jurisdiccional, sino las partes acusadoras las que modifican sus planteamientos en calificaciones definitivas.

16. Sobre este aspecto GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*, I, p. 219; del mismo, *Sentencia 12 junio 1945. Quebrantamiento de forma. Delito continuado y principio acusatorio*, en RDPro, 1946, p. 129; ORTELLS, *El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales*, en Justicia 1989, p. 554.

17. Así las sentencias que he estudiado en los números 7, 17, 22, 25 y 27.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

V. MODIFICACIÓN DE LA ACUSACIÓN, PRECLUSIONES PROBATORIAS Y DESPROTECCIÓN DE LA DEFENSA

El término de comparación para determinar la correlación entre acusación y Sentencia son las calificaciones definitivas, y éstas pueden modificar –como se halla expresamente dispuesto (art. 732)– las iniciales calificaciones provisionales. Los problemas son, en primer lugar, dónde están los límites de la posibilidad de modificación, y, en segundo término, cuáles son o deberían ser las consecuencias de la modificación.

No quisiera extenderme ahora sobre el tema de la interdicción o de las eventuales condiciones en que podría permitirse modificaciones que afectaran al propio objeto del proceso, sustituyendo el hecho justiciable afirmado en calificaciones provisionales, o introduciendo, junto a aquél, otro nuevo y distinto. Aunque falten normas expresas formuladas con la conveniente perfección técnica, la interpretación sistemática de varios preceptos de LECrim. y algunos derechos proclamados en el art. 24 CE y en el art. 6 CEDH, indudablemente excluirían la validez de una Sentencia que fuera correlativa a una acusación modificada con aquel alcance.

Pero, ¿por qué razón se excluiría la validez? No, ciertamente, por infringirse el principio acusatorio, en absoluto lesionado si el órgano jurisdiccional decide debidamente vinculado por la nueva acusación. La razón es que se escamotearía plenamente la garantía de la contradicción respecto al propio objeto del proceso, porque faltarían todas las posibilidades defensivas que sí han estado abiertas para tratar el objeto del proceso tal como venía propuesto en calificaciones provisionales.

Otra cosa es que con las normas adecuadas, o instrumentando con ese fin normas ya existentes (pienso en la que regula la sumaria instrucción complementaria [18]), pudiera ser alterado el propio objeto del proceso con pleno respeto al principio de contradicción, tal como está expresamente regulado en algunos ordenamientos (arts. 517, 518 y 519 *Codice di procedura penale;* art. 359 *Código de processo penal;* la llamada *Nachtragsanklage* del parágrafo 266 STPO).

Considero de mayor interés centrarme en las modificaciones que no afectan a la identidad del objeto del proceso.

Habría que distinguir entre aquellas consistentes en cambios de la mera calificación jurídica sostenida en provisionales (con la consecuente repercusión en el punto 5.º de la calificación) y las consistentes en cambios de los propios hechos que se narraban en la calificación provisional, no determinantes de un hecho justiciable-objeto del proceso distinto –por referirse a hechos accidentales, no identificadores del objeto–, pero relevantes para el sentido de la resolución sobre él. A esta segunda clase de cambios acompañan los de calificación jurídica (para ajustarla a la nueva narración) y, como lógica derivación, el de la conclusión relativa a la penalidad.

Si las modificaciones se refieren sólo a la calificación jurídica las posibilidades defensivas previstas por la ley parecen adecuadas. Es suficiente la argumentación que puede desarrollarse en los informes finales para rebatir la pretendida mayor corrección de la nueva calificación que se sostiene. Sólo es criticable que, a diferencia de lo previsto para su caso por el art. 733, IV, no se prevea la posibilidad de una breve suspensión antes de los informes, para permitir un cierto estudio de las cuestiones que suscite la nueva calificación.

Más insatisfactorio es el régimen legal cuando la modificación se refiere –de entrada y con las lógicas repercusiones– a la propia narración de los hechos para ajustarla al resultado de las pruebas.

La LECrim., en el proceso ordinario por delitos graves, no tiene un modelo definido sobre el tratamiento de la modificación de las alegaciones iniciales de las partes, característica de un procedimiento oral [19] y en concreto del que regula la propia LECrim. (art. 732,I: la modificación de las conclusiones de los escritos de calificación se realiza en atención a la prueba practicada). Esa indefinición ha conducido a un tratamiento incorrecto.

De entrada, la ley parece inclinarse por soluciones próximas a los principios de eventualidad y de preclusión, que, en realidad, resuelve la cuestión antes expuesta con la sencilla técnica de impedir que se plantee. La proximidad a aquellos principios –principalmente al primero de ellos– se demuestra en el art. 653 LECrim., que prevé el planteamiento de conclusiones alternativas [20] sobre los diferentes puntos de la calificación «para que si no resultare del juicio la procedencia de la primera, pueda estimarse cualquiera de las demás en la Sentencia». La preclusión relativa a la pro-

18. Sobre las posibilidades que abre el art. 746.6.º LECrim véase SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Información suplementaria*, en «Estudios», cit., pp. 785 y ss.; VÁZQUEZ SOTELO, *El principio acusatorio*, cit., p. 132; GARCÍA DE LA PUERTA, M.ª Isabel, *La suspensión del proceso penal por información suplementaria*, Córdoba, 1987, pp. 123-215.

19. Véase, por ejemplo, MONTERO, J., *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1979, pp. 216-266.

20. El artículo habla sólo de conclusiones alternativas, pero de su texto se deduce que está pensado –o, como mínimo, que está pensando también– en una formulación subsidiaria de las conclusiones.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

posición de prueba, resulta del art. 728,[21] y ciertamente tiene excepciones, pero no tan amplias como sería necesario según luego veremos.

Ocurre luego, sin embargo, que la ley no es consecuente con esos principios o con alguno de ellos. Principalmente: no limita las posibilidades de modificación de las calificaciones a aquellas diversas tesis que, de modo alternativo o subsidiario, ya se enunciaron en calificaciones provisionales, sino que, omitiendo toda restricción en ese sentido, a pesar del recuerdo que podía suponer el párrafo tercero del art. 732, autoriza ampliamente el ajuste de las calificaciones definitivas al resultado de las pruebas practicadas.

Se inclina, de ese modo, en definitiva, por la elasticidad de las alegaciones, pero mantiene la rigidez de la preclusión en las aportaciones de prueba, al menos en cuanto no prevé específicamente que éstas sean admisibles para contrarrestar ciertas versiones de los hechos, ahora afirmadas, pero que en calificaciones provisionales no aparecían o no estaban suficientemente definidas.

Ese defecto de la estructura procedimental acaba por lesionar al principio de contradicción, porque la contradicción efectiva frente a una nueva alegación de hecho, puede no consistir sólo en rebatir argumentativamente, en los informes, que haya resultado probada, sino también en articular prueba en contra.

VI. UNA INNOVACIÓN NECESARIA EN LA ESTRUCTURA DEL JUICIO ORAL: ADMISIBILIDAD DE PRUEBA DESPUÉS DE CALIFICACIONES DEFINITIVAS Y DEL PLANTEAMIENTO DE TESIS POR EL TRIBUNAL, EN DETERMINADOS SUPUESTOS

En definitiva, pues, las deficiencias que se detectaban en caso de ejercicio de los poderes oficiales del juzgador según el art. 733 LECrim. (en los supuestos que expresamente contempla y en los más amplios a los que debe aplicarse a tenor de la nueva jurisprudencia), coinciden con las que también se observan cuando las calificaciones definitivas consisten en determinadas modificaciones respecto a las calificaciones provisionales.

Subsiste, entre los dos casos, alguna diferencia: que la forma de planteamiento de la tesis prevista en el art. 733, no prevé que el tribunal manifieste cuál es –a su juicio– el resultado de las pruebas que le induce a plantear tesis jurídicas no sostenidas por las partes; de otro modo: no

21. Véase mi *Derecho jurisdiccional*, III con MONTERO, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN, cit. p. 340.

impone describir el hecho hipotético. Pero esta diferencia, con ser importante y deber ser específicamente corregida, resulta, en el actual contexto normativo de la materia, irrelevante, porque en un caso, como en otro –sin expresión de las variaciones no sustanciales de los hechos, o con ella, respectivamente–, lo decisivo en perjuicio de la contradicción es que no se halla específicamente prevista una posibilidad de defensa completa.

La protección efectiva del principio de contradicción en estos casos requiere, en definitiva, una innovación en la estructura del juicio oral para recoger esa posibilidad, como ya ocurre en otros ordenamientos europeos, y en el nuestro, aunque limitadamente al proceso abreviado.

El parágrafo 265 de ls STPO establece la suspensión de la vista a petición del acusado que alegue no estar suficientemente preparado para la defensa, respecto a un simple cambio de calificación jurídica a otra más grave, o ante nuevas circunstancias que determinan un aumento de la penalidad o la aplicación de medidas de seguridad. Más genéricamente establece la suspensión, a instancia de parte o de oficio, cuando un cambio en la situación de hecho haga adecuada la suspensión para una preparación suficiente de la acusación o la defensa. Evidentemente resulta admisible en estos casos la proposición de nuevas pruebas, porque el momento *a quo* de esa admisibilidad viene situado en el comienzo de la publicación de la sentencia al término de la vista.[22]

El nuevo *Código de proceso penal* portugués distingue entre alteraciones sustanciales (art. 359; en realidad son nuevos objetos procesales, que dan lugar a acusaciones complementarias en el mismo procedimiento, o a otro procedimiento) y alteraciones no sustanciales de los hechos descritos en la acusación (o en la pronuncia si la hubiere) relevantes para la decisión de la causa (art. 358.1).

En este segundo caso el presidente del tribunal, de oficio o a instancia de parte, los comunica al acusado, y, si lo pide, le concede el tiempo estrictamente necesario para preparar la defensa. La admisibilidad de nuevas proposiciones de prueba está asegurada, porque, aunque el art. 340 no fija límite temporal a la proposición, hay que entender que éste se halla en el inicio de las alegaciones orales, que incluso pueden ser interrumpidas para practicar nuevas pruebas en ciertos casos (art. 360.4).

En fin, por lo que hace a los ordenamientos extranjeros, el art. 519 del *Codice di procedura penale* establece la posibilidad de suspensión del juicio y, aquí de manera expresa, de proposición de nuevas pruebas, no sólo

22. GOLLWITZER, M., en LOWE-ROSENBERG *Die Strafprossarduano und die Gerichtsverfassungsgesetze*, III, Berlín-New York, 1987, macg. 102 del comentario el art. 244.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cuando hay un cambio en el propio objeto del proceso (y se puede continuar procediendo respecto al nuevo objeto –arts. 518.2 y, discutiblemente, delitos conexos según art. 517–), sino también cuando aparezcan circunstancias agravantes no mencionadas en el *decreto che dispone il giudizio* (art. 517.1), o resulte de la prueba que el hecho es distinto a como viene descrito en ese decreto (art. 516.1).

Por lo que hace a nuestro ordenamiento, el art. 793.7, aplicable en el procedimiento abreviado, revela una exquisita tutela del derecho de contradicción de la parte acusada, y palía –en este aspecto– las insuficiencias del régimen del proceso ordinario por delitos graves, permitiendo, en caso de cambio de la tipificación o de apreciación de mayor grado de participación o de ejecución, o de circunstancias de agravación de la pena, un aplazamiento y la aportación de elementos de descargo, incluidas nuevas pruebas.[23] Que este artículo sólo se refiera a los casos en que lo anterior resulta de una modificación de las conclusiones de las partes, y no de las cuestiones que, de oficio, ha podido plantear el tribunal –art. 793.6–, es, en ese momento, del todo secundario.

Esa matización es relevante como indicativa de la postura tomada por el autor de esta ley en punto a la amplitud de los poderes oficiales del juzgador, pero en nada afecta a la justificación y virtualidad del artículo 793.7 como técnica de tutela del derecho de contradicción.

VII. El principio acusatorio y la amplitud de los poderes oficiales del juzgador

Después de lo dicho hasta ahora, creo que puede afirmarse que el fundamento constitucional del principio acusatorio no se halla estrictamente en la prohibición de indefensión derecho a la defensa (y en el previo derecho a ser informado de todo lo relevante para la Sentencia), fundamento consistente en que sólo la vigencia de aquel principio permite garantizar esos derechos.

Hemos visto que en supuestos de nítida vigencia del principio acusatorio (modificación por los acusadores de sus calificaciones provisionales), la preceptiva contradicción es insuficientemente realizada. Por contraste, con las matizaciones a un principio acusatorio puro que caracterizan al sistema procesal español y a otros europeos, puede coexistir una cuidadosa tutela del principio de contradicción, y, concretamente en Derecho español, una de las corrientes de la nueva jurisprudencia sobre los arts. 733 y 851.4.º ha supuesto un loable avance en esa dirección.

Se impone, pues, la revisión desde una perspectiva distinta a la del principio acusatorio-garantía de contradicción, de aquella otra corriente de esta nueva orientación jurisprudencial que argumenta con el principio acusatorio para sostener que, si el juzgador entiende que algunos puntos de las calificaciones han de ser rectificados en función del resultado de la prueba, es necesario que algún acusador asuma la propuesta del tribunal, para que éste pueda válidamente sentenciar también a tenor de esa rectificación. Y ciertamente esa revisión crítica será extensible a la plasmación legal que, en el proceso abreviado, ha tenido este modo de entender la correlación entre acusación y sentencia.[24]

A mi juicio, el fundamento constitucional del principio acusatorio para el proceso penal, radica en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que, a través del art. 10.2 CE, conecta con el derecho a que la causa sea oída por un tribunal imparcial, reconocido por el art. 6.1 CEDH. Sin salirse de la Constitución también sería correcto decir que descansa en el derecho a un Juez que responda a la imagen constitucional del mismo (art. 24.2 CE), que sin duda comprende el requisito de imparcialidad.

La comisión de un delito hace nacer en el Estado un concreto poder de imponer una pena, pero dicho poder, a diferencia de otros que el Estado puede actuar por la vía de la autotutela administrativa, sólo puede ser actuado por los órganos jurisdiccionales mediante su potestad jurisdiccional. El poder de penar, en el Estado moderno, es un poder del Estado-Juez, es jurisdicción, potestad jurisdiccional.[25]

Ahora bien, la potestad jurisdiccional dirigida a la actuación del Derecho penal puede ser ejercitada de dos modos: de oficio por el propio órgano jurisdiccional, que conduciría el proceso hasta la sentencia sin ningún impulso exterior (principio inquisitivo); a instancia de otro órgano estatal o sujeto ajeno al órgano jurisdiccional, que le pide que ejercite su potestad jurisdiccional, actuando el Derecho penal respecto a un determinado hecho y persona.[26] Cuando la potestad jurisdiccinal se ejercita según esa modalidad decimos que rige el principio acusatorio formal.

23. Ortells, *El nuevo procedimiento penal abreviado*, cit. p. 554.

24. Sobre el mismo, véase, en principio mi El nuevo procedimiento penal abreviado, cit., pp. 560-561.

25. Goldschmidt, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935, pp. 23-26; Calamandrei, P., *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, en «Opere giuridiche», I, Napoli, 1965, pp. 160-161; Gómez Orbaneja, *Comentarios*, I, cit., pp. 32-33, II, cit., pp. 162-165, 183-188.

26. Sobre esta alternativa Goldschmidt, *Problemas jurídicos y políticos*, pp. 68-70; Roxin, K., *Strafverfahrensrecht*, München, 1989, p. 66.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

El fundamento de este principio es garantizar la imparcialidad del juez que podría verse comprometida si se le atribuyeran a él mismo las funciones de descubrir, investigar y perseguir los posibles delitos. Para conseguir ese distanciamiento del juez respecto a la proposición del objeto del proceso, que asegura su imparcialidad, se reproduce artificialmente en el proceso penal de estructura del *acturs trium personarum* a la que responde el proceso civil, como lógica consecuencia de la estructura jurídico-material de las relaciones que en él se deducen.[27]

Si es correcto establecer esta conexión entre principio acusatorio y el requisito constitucional de la imparcialidad del juzgador, el problema de constitucionalidad de ciertas normas por contradicción con aquel principio, habría que plantearlo así: ¿qué poderes cabe atribuir al juzgador y cómo ha de configurarse su ejercicio para que pueda afirmarse que se mantiene en la posición de imparcialidad que es exigencia constitucional? ¿A partir de qué punto la atribución de poderes ejercitables de oficio pone esencialmente en cuestión la imparcialidad?

Estas cuestiones tienen una respuesta segura y comúnmente aceptada para un aspecto que es fundamental para la vigencia del principio acusatorio: la concurrencia en un mismo titular de la potestad de dirigir el juicio oral y dictar sentencia, y de los poderes de conducir la investigación-instrucción previa en el mismo proceso, se entiende que, en un sentido objetivo, excluye el requisito de imparcialidad, porque el juzgador se sitúa ante los materiales que se aportan al juicio oral con un criterio ya formado en el desarrollo de la investigación.[28]

Pero no es ciertamente ese el aspecto del principio acusatorio que ahora está en discusión, sino este otro: ¿El poder del juzgador de resolver a tenor de la calificación jurídica que estime más ajustada a los hechos probados,

27. SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, I, Göttingen, 1964, p. 197; SCHAFER, K., *Strafprozessrecht. Eine Einführung*, Berlín-New York, 1976, pp. 220-221; BERTEL, Ch, *Grundiss des österreichischen Strafprozessrecht*, Wien, 1975, p. 7; GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos*; cit., pp. 28-31; GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, II, cit., pp. 164-165.

28. Respecto a esto son de obligada cita las sentencias del TEDH de 1 octubre 1982, en el caso Piersack, y de 26 de octubre 1984, en el caso De Cubber; y las sentencias del TC 145/1988, de 12 de julio, 164/1988, de 26 de septiembre. Información principalmente sobre doctrina española en torno a esta garantía y a su proclamación en las citadas sentencias, en FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *La inconstitucionalidad de la acumulación de funciones instructora y decisora, consecuencia del derecho a un juez objetivamente imparcial*, en RGD, 1989, núm. 534, pp. 1041-1094; DE DIEGO DÍEZ, L.A., *El principio «el que instruye no debe juzgar» como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal*, en Poder Judicial, 1987, núm. 8, pp. 9-26. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988, pp. 13-58.

y los poderes de contribuir con las partes a la prueba del hecho justiciable, ejercitados unos y otros sin más limitación a lo alegado y pedido por las partes que la relativa al hecho justiciable y persona del acusado, implican, objetivamente, pérdida de imparcialidad y prejuicio, y, por consiguiente, chocan con el fundamento constitucional del principio acusatorio?

Conviene distinguir y ocuparse, en primer término, de los poderes oficiales relativos a la calificación jurídica.

No creo que haya pérdida de la imparcialidad, ni prejuicio, si se reconoce al juzgador el poder de determinar de oficio cuál es la calificación jurídica más correcta de los hechos que resultan de la prueba practicada, y, en función de ello, también cuáles son las consecuencias jurídicas previstas por la ley penal en concreto procedentes, porque la única implicación activa del juzgador absolutamente indiscutible es la del ejercicio de su potestad de juzgar, que comprende la determinación de los hechos ciertos y la aplicación de la norma, proclamando el efecto jurídico que de ello derive.

Otra cosa es que, en la parte del ordenamiento cuya realización jurisdiccional está informada por el principio dispositivo, la potestad de juzgar, de actuar el Derecho en el caso concreto, no autorice a decir cuál es la consecuencia jurídica que, con arreglo a Derecho, deriva del hecho cierto, sino, solamente, si la consecuencia jurídica pretendida es la que corresponde, atendidos cuales son los hechos probados y las normas aplicables. Pero la razón de ser de este principio estructural de un proceso de tipo dispositivo no es, en verdad, garantizar una posición imparcial al juzgador, sino dejar a salvo, en el momento de la tutela jurisdiccional, la libre disponibilidad de los derechos e intereses jurídicos privados, que se corresponde con el principio de la autonomía de la voluntad, informador de una parte del Derecho material.[29]

La realización jurisdiccional del Derecho penal no se ha entendido, en nuestro ordenamiento –y no sólo en él–,[30] hasta ahora, de ese modo. Pero

29. CARNACINI, T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, en «Studi in onore di E. Redenti nel XL anno del suo insegnamento», II, Milano, 1951, p. 752 y el conjunto del artículo; JAUERNING, O., *Zivilprozessrecht*, München, 1981, p. 66; CAPPELLETTI, M., *El proceso civil en el Derecho comparado*, Buenos Aires, 1973, (trad. Sentis Melendo), pp. 3-39; MONTERO, J., *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1979, pp. 214-215; del mismo, *Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución*, en «Trabajos de Derecho Procesal», Barcelona, 1988, pp. 233-239; GIMENO, J.V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, 1981, pp. 178-179; ALMAGRO, I., *Garantías constitucionales del proceso civil*, en Justicia 81, núm. especial, pp. 17-19.

30. Para lo que ocurre en Derecho alemán basta remitirse a los parágrafos 264 y 265 de la STPO. Para el Derecho italiano, el art. 521.1 CPP dispone que «Nella

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

si así tuviera que entenderse –mediante el oportuno cambio legislativo o por imponerse una de las corrientes jurisprudenciales estudiadas–, y si así tiene que serlo en el ámbito de aplicación del art. 794.3 LECrim, diré que la clave explicativa habrá que buscarla no en el objetivo de garantizar la imparcialidad del juzgador, sino en el de reforzar el poder de disposición de los acusadores sobre los efectos jurídico-penales.

Vayamos, en segundo lugar, a la vigencia, dentro del juicio oral, del que suele llamarse principio de investigación oficial, frente al principio de aportación de parte.

Ciertamente el aumento de los poderes del juzgador en cuanto a la introducción y prueba de los hechos relevantes para resolver sobre el objeto del proceso, no es una cuestión extraña a la imparcialidad del órgano jurisdiccional.[31] Ahora bien ese reconocimiento no ha conducido a excluir de un modo absoluto estos poderes del Juez en los procesos civil, laboral y administrativo,[32] y muchísimo menos en el proceso penal.

sentenza il giudice puó dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, purché il reato non ecceda la sua competenza», el apartado 2 del mismo concede al juzgador el poder de oficio de remitir las actuaciones al Ministerio Público, si entiende que los hechos aparecen de la prueba como distintos a la descripción contenida en el decreto de apertura, para que el Ministerio Público, de acuerdo con el principio de obligatoriedad de la acción penal, asuma las correspondientes variaciones y las notifique al acusado (sobre esto ILLUMINATI, G., en CONSO, G, GREVI, V., *Profili del nuovo Codice di Procedura Penale*, Padova, 1990, pp. 362-372; AMODIO, E., DOMINIONI, O., *Commentario del nuovo Codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, pp. XL-XLIII).

El reciente *Código de processo penal* portugués considera nula, en su art. 379, *b*, la sentencia que condene por *hechos diversos* a los descritos en la acusación o en la «pronuncia» en su caso, salvo cuando la ley permite acusación supletoria y se han cumplido sus requisitos (art. 359), o cuando se trate de alteraciones no sustanciales de los hechos, y el juzgador, a instancia de parte o *de oficio*, las hubiera comunicado al acusado (art. 358.1). Ninguna vinculación, pues, a las calificaciones jurídicas, como también resulta del apartado 3 del art. 368 que dispone que se deliberarán y votarán «todas las cuestiones de derecho suscitadas por los hechos referidos en el número anterior», y tales hechos son no sólo los alegados por la acusación y la defensa, sino también los que resultaren de la discusión de la causa (art. 368.2).

31. LIEBMAN, E.T., *Fondamento del principio dispositivo*, en Riv. Dir. Proc., 1960, pp. 551-565; BAUR, F., *Potere giudiziario e formalismo del diritto processuale*, en Riv. trim. Dir. Proc. Civ., 1965, pp. 1698-1699; CAVALLONE, B., *Crisi delle maximen e disciplina dell'instruzione probatoria*, en Riv. Dir. Proc., 1976, pp. 697-698; MONTESANO, M.L., *Le prove disponibile d'uffizio e l'imparzialità del giudice civile*, en Riv. trim. Dir. Proc. Civ., 1978, pp. 189-205; CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal civil*, III, Madrid, 1936 (trad. GÓMEZ ORBANEJA), pp. 59-60; CORDÓN MORENO, F., *En torno a los poderes de dirección del juez civil*, en RDP, 1979, p. 811.

32. Sobre esto MONTERO, *Introducción*, p. 230; CORDÓN, *En torno a los poderes de dirección*, cit., p. 826; SENTIS MELENDO, S., *La prueba. Los grandes temas de Derecho probatorio*, Buenos Aires, 1978, pp. 141 y ss., 437 y ss.; MONTESANO, M.L., *Le prove disponibile d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., pp. 189-206.

La atribución al juzgador penal de esta clase de poderes oficiales se salva del reproche de riesgo para la imparcialidad, principalmente porque no hace del juzgador un investigador, sino que sólo le autoriza para, sin alterar en esencia el acaecer histórico acotado y llevado ante él por el acusador, contribuir, en concurso con la actividad probatoria de las partes, a comprobar la certeza de los elementos fácticos jurídicamente relevantes de aquel acaecer, y a utilizar con ese fin las fuentes de prueba que la propia actividad del juicio oral y la instrucción previa han revelado existentes.[33]

El parágrafo 244, II STPO dispone que, para la investigación de la verdad, el tribunal puede extender de oficio la práctica de prueba a todos los hechos y medios de prueba que sean importantes para la resolución. Y, por referirse a procesos penales de reciente configuración decididamente orientada hacia el principio acusatorio, el art. 340.1 del código portugués formula nítidamente el principio de investigación («El tribunal ordena, de oficio o a petición de parte, la producción de todos los medios de prueba cuyo conocimiento le parezca necesaria para el descubrimiento de la verdad y la acertada decisión de la causa»), y el código italiano, sin excluirlos, ha optado por un sistema de poderes del tribunal complementarios de la normal iniciativa probatoria de las partes (arts. 506, 507) [34]

En nuestro Derecho, tanto para el proceso ordinario por delitos graves como para el proceso abreviado (art. 780. 1 LECrim), rige el principio de investigación oficial en cuanto a la prueba de los hechos en el juicio oral.[35] Partiendo de ahí, me parece un despropósito pretender amparar en la imparcialidad del juzgador, como fundamento constitucional del principio acusatorio, la concepción de la correlación que aflora en el primer inciso del art. 794.3 LECrim y que se sostiene por una de las corrientes de la nueva jurisprudencia.

Si se le reconocen al juzgador poderes de intervenir de oficio en la prueba de los hechos es, sin duda, para que pueda resolver válidamente sin quedar sujeto a los hechos tal como resulten sólo de las alegaciones y pruebas de las partes, sino atendiendo también a lo que provenga de la intervención *ex officio* en la prueba.[36]

33. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, I, cit., pp. 112-113, 114-116; BAUR, *Potere giudiziario*, cit., p. 1699; MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio*, pp. 192-196.

34. Sobre la solución del Código Italiano ILLUMINATI, G., *Giudizio*, p. 367; AMODIO, *Il modelo accusatorio nel nuevo Codice*, cit., p. XXXVII.

35. Remito para un repaso de sus diversas manifestaciones a nuestro *Derecho Jurisdiccional*, III, cit., pp. 329-330, 339-342, 608.

36. Como dice el art. 368.2 del Código portugués para formar la sentencia se someten a deliberación y votación «los hechos alegados por la acusación y la defensa, así como *los que resultaren de la discusión de la causa*, relevantes...»

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Pues bien. He aquí el despropósito: el art. 794.3 LECrim y la corriente jurisdiccional antes mencionada, vienen a eliminar esta consecuencia práctica del principio de investigación oficial, pero dejan subsistente un sistema en el que el juzgador (pretendidamente) ha perdido su imparcialidad, por poder actuar y haber actuado de oficio en la actividad probatoria. La imparcialidad quedaría puesta en cuestión y, además, sin objeto alguno.

Ya como última crítica relativa a la extensión de los poderes oficiales del juzgador cuando rige el acusatorio, estimo que la disposición y la línea jurisprudencial de continua referencia, merecen una objeción fundamental precisamente desde la perspectiva de la preservación de la imparcialidad del juzgador.

Pocas veces he visto defender que la apreciación de elementos absoluta o relativamente exculpatorios dependa, en su validez, de que hayan sido previamente sometidos a debate contradictorio. Menos veces –por no decir ninguna– he visto sostener que la apreciación de dichos elementos no pueda hacerse de oficio.

Quisiera, antes de seguir, salir al paso de la opinión de que esto pudiera ser un reflejo del derecho a la presunción de inocencia. No. Presupuesto ese derecho o con independencia de él, queda abierta la cuestión sobre si los hechos relevantes sólo van a poder ser válidamente apreciados si resultan de la alegación y prueba de las partes, o también si resultan de la prueba oficial, o una cosa u otra según las clases de hechos.

En la línea en que vengo argumentando, y a la vista de lo dicho dos párrafos antes, llega el momento de preguntarse si es razonable sostener que la imparcialidad sólo se quiebra si el ordenamiento admite que el juzgador contribuya con sus poderes oficiales a clarificar los elementos de cargo, pero no si le autoriza a hacer lo mismo con los de descargo.

Si fuera cierto –que no acepto que lo sea– que la atribución al juzgador de ciertos poderes oficiales pone en cuestión su imparcialidad, habrá que concordar en que resulta evidente que permitir el juego de la investigación oficial sólo para los hechos favorables a una de las posiciones procesales, implica admitir –en flagrante contradicción con el primer postulado– que es correcto que la propia ley empiece por crear un riesgo de parcialidad estrictamente unidireccional.

HACIA UN NUEVO SECRETARIO JUDICIAL ESPAÑOL *

JOSÉ MARTÍN OSTOS
Catedrático de Derecho Procesal
Fac. de Derecho. Universidad de Cádiz

I. Dentro del tema de la presente mesa redonda «Hacia un modelo europeo de Secretario judicial» y de acuerdo con el reparto de intervenciones entre los participantes en la misma, vamos a dedicar nuestro comentario al futuro de este profesional de la justicia en el ordenamiento procesal patrio.

Para ello, en primer lugar, contemplaremos el marco legal dentro del que se desenvuelve su actividad, obligado punto de referencia para abordar cualquier nuevo diseño; el análisis, sucinto necesariamente, no olvidará las actuales tendencias internacionales en dicha materia, lo que constituirá la siguiente etapa del recorrido; a continuación, apuntaremos las posibilidades que cabrían en la situación descrita; finalmente, terminaremos con unas reflexiones ad hoc.

II. La Constitución de 1978 propugna la justicia como valor superior de su ordenamiento (Art. 1.1); ni que decir hay que se ha de tender a que la administración de ésta sea lo mejor posible. Además de este precepto de carácter programático, la vigente norma fundamental contiene otros de marcada naturaleza orgánica y procesal, con los que no es difícil relacionar la figura del Secretario judicial.

* Intervención en las V Jornadas de Fe pública judicial (Salamanca, noviembre de 1990).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Así, el apartado segundo del artículo 24 consagra el derecho a un proceso público con todas las garantías; como acertadamente afirma Sainz de Robles, se vincula la validez de la sentencia a la procedencia de un proceso debido y éste se desenvuelve a través de unas garantías constitucionales, «que se van construyendo al hilo de las actuaciones en las que la fe pública, la potestad de documentación y la ordenación del proceso son piezas maestras».[1] Por su parte, el artículo 117, en su apartado primero, proclama que la justicia se administra por Jueces y Magistrados, lo que –además de razonable– no significa ninguna alusión directa al Secretario, salvo la implícita colaboración del mismo en la realización de tan elevada tarea; en similares términos puede considerarse el apartado tercero del citado precepto, aunque, en este caso, la expresa referencia a las normas de procedimiento establecidas, destaca más, también implícitamente, el papel del Secretario judicial.

Además, tanto el artículo 118 (colaboración con la justicia), como los artículos 126 y 127 (policía judicial y asociacionismo), se refieren solamente a Jueces, Magistrados e, incluso, Tribunales. Ni siquiera el apartado primero del artículo 122 menciona expresamente a este funcionario; por el contrario, habla, en general, del personal al servicio de la Administración de Justicia, sin distinción; sin duda, éste hubiera sido el lugar idóneo para que el constituyente hubiera mencionado –al menos, de pasada– al fedatario judicial.

De la rápida lectura del texto constitucional pueden fácilmente extraerse, para el tema que nos ocupa, las siguientes conclusiones: a) se presta atención preferente a Jueces y Magistrados; b) el silencio en torno al Secretario es absoluto; c) tampoco se menciona a otros colaboradores y auxiliares de la justicia (p.e. Procurador y personal subalterno de la oficina judicial); y d) esta situación permite, en el futuro, desarrollar el Secretario judicial como mejor convenga.

Años más tarde, como es sabido, la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial supuso un paso adelante. En la discusión del Proyecto de ley hubo intervenciones contrapuestas y de interés, que no afectaron al texto definitivamente aprobado. Las novedosas funciones atribuidas a los Secretarios no fueron bien recibidas por las fuerzas políticas más conservadoras, que se opusieron sin éxito, pidiendo su supresión, por considerarlas exclusivas de Jueces y Magistrados. En anteriores ocasiones, con motivo de otras intervenciones en Jornadas de fe pública judicial, hemos tenido oportunidad de analizar, en el texto de 1985, los correspondientes aspectos orgánicos y procesales, por lo que nos limitaremos ahora a transcribir unas palabras de entonces, a modo de resumen: «El resultado es bien conocido: a las tradicionales fe pública judicial, documentación, conservación y custodia de autos y dación de cuenta, se añadieron las diligencias de ordenación y las propuestas de resolución, más la simbólica reforma de ocupar, en estrados, asientos a la misma altura que el resto de los actuantes».[2] En nuestra opinión, la LOPJ no encorseta, desde el punto de vista procesal, excesivamente a este funcionario y ello permite al legislador, en un posterior momento, obrar con cierta libertad.

1. Discurso en la sesión de clausura de las *Primeras Jornadas sobre la Fe pública judicial*, Sitges, 1985, p. 218.

En este sentido podemos interpretar unas palabras contenidas en la presentación (a modo de exposición de motivos) del Reglamento orgánico del Cuerpo de Secretarios judiciales, aprobado por Real Decreto 429/1988, de 29 de abril. En la misma se afirma que en dicho Reglamento se recogen «las amplias funciones de impulsión y ordenación del proceso que la Ley Orgánica, siguiendo la tendencia de otros ordenamientos de derecho comparado, atribuye a los Secretarios judiciales, sin perjuicio –añade, y esto es lo que nos conviene destacar aquí– del más amplio desarrollo de las mismas que ha de tener lugar en las leyes reformadoras del proceso». Es decir, además de informar que en la elaboración del texto orgánico del Poder Judicial, al menos por lo que respecta al Secretariado, se ha atendido a lo establecido en otros países, se admite que el diseño no es definitivo aún y se remite a la tan anunciada reforma procesal. La puerta, pues, sigue abierta.

Por lo que se refiere en concreto a los textos procesales, hay que distinguir entre aquellos que están pendientes de nueva regulación (Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley de Jurisdicción Contecioso-administrativa, principalmente), a los que, precisamente, van dirigidas en buena parte estas consideraciones, y aquellos cuerpos procesales de reciente promulgación, que nos sirven de orientación para conocer las intenciones del legislador. Dentro de los segundos, encontramos la Ley de procedimiento laboral de 1990 (que, en sus artículos 51 y 52, se muestra, en líneas generales, coincidente con lo dispuesto en los preceptos equivalentes de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y la Ley Procesal Militar de 1989 (que, en los artículos 48, 49, 79, 80, 103 y 104, se muestra más parca en cuanto a las funciones atribuidas al Secretario).

III. En el ámbito internacional, mencionaremos en primer lugar el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fun-

2. José Martín Ostos, *Poder Judicial, función jurisdiccional y Secretario judicial*, en Justicia, 1990, I, p. 41.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

damentales (Roma, 1950), ratificado por España, por Instrumento de 26 de septiembre de 1979 (BOE, de 10 de octubre). En el apartado primero de su artículo sexto, se dispone que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída públicamente, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley. Obviamente, para la satisfacción plena de tal derecho, resulta imprescindible la presencia e intervención de un fedatario judicial en cualquier tipo de proceso, como órgano de control del cumplimiento de todas las garantías.

En las misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), ratificado por España, por Instrumento de 13 de abril de 1977 (BOE, de 30). En los apartados primeros y quinto del artículo catorce se establece que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal; si es condenada en un proceso penal, tendrá derecho a ser sometida a un tribunal superior. Igualmente, consideramos que, tanto para lo uno como para lo otro, la presencia del Secretario es imprescindible, sin excepción.

Respecto a la utilización de modernos medios de reproducción en el acto del juicio oral, estimamos de interés la recomendación n.º R (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre la simplificación de la justicia penal (adoptada el 17 de septiembre de 1987, en la 410 reunión de los Delegados de los Ministros). En ella se indica que, cuando los debates se hubieran grabado en cinta magnética o cuando no aporten elementos nuevos en relación al sumario, la transcripción escrita del desarrollo del proceso debería reducirse al mínimo y limitarse a la redacción de un acta resumida. Debemos tener presente que el Secretario judicial es el controlador último de todo ello y que, aunque se produzca la incorporación al proceso de la moderna tecnología, la extensión del acta le corresponde a él.

Especial interés reviste la conferencia pronunciada por Walter J. Habscheid en la clausura del 15 Congreso de la Unión Europea de Secretarios judiciales, celebrada en Berlín el 3 de noviembre de 1989. En la misma, que versó sobre el Rechtspfleger en Europa, el ilustre profesor vertió una serie de importantes consideraciones, algunas de las cuales estimamos que son muy adecuadas para el objeto de estas reflexiones sobre el futuro del Secretariado español.[3]

Además de referirse a tareas encomendadas específicamente a este funcionario, como la ejecución de sentencias, los asuntos concursales y voluntarios, las conciliaciones y transacciones, etcétera, en distintos ordenamientos jurídicos centroeuropeos, destaca el hecho de que en todo nuestro continente se observa el fenómeno de que las funciones judiciales no se realizan únicamente por el Juez, sino que más bien se produce una división del trabajo entre más órganos que ejercen la jurisdicción. Así, afirma que, en Suiza, el Gerichtsschreiber (secretario judicial) no sólo documenta sino que también redacta la sentencia y participa en su deliberación, aunque, naturalmente, sin derecho a voto.

3. Traducción española a cargo de Lorenzo BUJOSA VADELL, realizada por encargo del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales y amablemente cedida por este último.

Sin embargo, lo que más nos ha llamado la atención han sido unos pronunciamientos claros e inequívocos sobre la naturaleza del fedatario judicial. Del mismo dice que no es un ayudante del juez y que debe ser independiente. En cuanto al contexto europeo, manifiesta que se está poniendo en marcha un proceso de armonización, no de mimetismo (palabras éstas que consideramos de gran relieve, por la persona que las dice y por la significativa tribuna en que ello acontece, y a las que deberían estar atentos algunos miembros del Secretariado patrio, más deslumbrados por los modelos foráneos que por la potenciación de las características propias).

En otro continente, concretamente en Iberoamérica, se trabaja desde hace cierto tiempo en la elaboración de unos Códigos Procesal Civil y Procesal Penal modelos para dichos países. De acuerdo con el fin perseguido en este apartado, puede ser importante conocer la concepción que los correspondientes grupos de trabajo tengan del fedatario judicial. Pues bien, el artículo dieciocho del anteproyecto del texto procesal civil sirve para disipar cualquier duda; según éste, se dispone «que sólo el Tribunal es titular de la potestad jurisdiccional en su integridad. Los funcionarios auxiliares, incluido el Secretario y el Alguacil o Ujier, sólo realizarán los actos permitidos por la Ley y por delegación y bajo la directa responsabilidad del Tribunal. Dicha delegación sólo abarcará la realización de actos auxiliares o de aportación técnica, si los funcionarios revisten la idoneidad respectiva».[4] Teniendo presente el importante peso específico de España, en general, y de nuestra doctrina procesal, en particular, en el citado concierto de naciones, pensamos que la responsabilidad en este asunto nos atañe a todos y que, tal vez, los procesalistas españoles tengamos mayor porción de culpa.

IV. El marco legal español descrito, sin olvidar las pautas apuntadas a nivel internacional, permite perfectamente la introducción de eficaces me-

4. *Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, modelos para Iberoamérica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 88.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

didas de carácter orgánico, junto con la potenciación de las actuales funciones del Secretario judicial y la atribución de nuevos cometidos.

Entre las primeras, hemos de citar necesariamente: la realización de un nuevo diseño de la oficina judicial (medida reclamada por todos, en la que desde hace tiempo se viene trabajando en el Ministerio de Justicia y que resulta ya imprescindible para el mejor funcionamiento de la Administración de Justicia), la atribución al Secretario de la efectiva dirección de dicha oficina (incluidos, lógicamente, el personal y la apertura de correspondencia), la incorporación a la misma de modernos medios técnicos (lo que, a estas alturas de avances científicos y complejidad de la vida social, parece evidente), la organización y funcionamiento, en las distintas Audiencias, de unos equipos de reproducción centralizados para su utilización en los órganos judiciales (especialmente, nos estamos refiriendo a los juicios orales y demás actuaciones en que predomine la escritura; sobre ello, la función del fedatario sería de control, supervisión y custodia, ya que no se trata de un perito en estas técnicas, labor que sería atribuida a otros funcionarios), la formación adecuada en el Centro de Estudios Judiciales (no nos detenemos en ello, pues será objeto de otra intervención en las presentes Jornadas) y, finalmente, la representación directa, aunque prudente, en el Consejo General del Poder Judicial (es un tema actualmente candente; un representante, al menos, del Secretariado en dicho órgano de gobierno creemos que sería beneficioso). Estas reformas, entre otras muchas que se podrían sugerir, coadyuvarían sin duda a una mejor administración de nuestra justicia.

Pero, como dijimos anteriormente, también se podrían adoptar otras medidas de naturaleza procesal. Así, la profundización en la fe pública judicial (que durante estos días ha sido objeto de debate y que le corresponde ¡faltaría más! a él en exclusiva), la atribución completa de la tramitación procedimental (naturalmente, excluyendo aquellas actuaciones que sean de carácter puramente jurisdiccional; se impone una mejor regulación de las diligencias de ordenación y de las propuestas de resolución, como ya hemos propuesto en anteriores Jornadas), una mayor intervención en materia de ejecución (lo que es objeto de un tratamiento monográfico en otra mesa redonda, en esta misma sede), así como activa presencia en conciliaciones y transacciones judiciales.

Coincidimos con el sector de la doctrina partidario de que en el futuro sean los Secretarios judiciales los encargados de los actos de jurisdiccón voluntaria, en lugar de los Notarios; sobre ello, valgan los siguientes razonamientos del Prof. Almagro Nosete: «en la mayoría de los actos de jurisdicción voluntaria,..., que consisten en declaraciones sobre derechos,

actos, o hechos, obtenidos unilateralmente, que tienen carácter constitutivo, ..., la actividad se rige por unas formas y exigen una secuencia de actos, ajenos a la unidad de acto o principio de concentración, propios de la comparecencia y audiencia notarial; reclaman, en ocasiones, una actividad probatoria que, aunque despojada del rigor formal de la prueba en el proceso contencioso, necesita una habitualidad en el ejercicio de la función no concurrente tampoco en el Notario y se encuentra sometida a un régimen de impugnaciones y oposiciones posibles que harían poco útil una separación orgánica de tal entidad. La preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, en los casos que afecten a los intereses públicos, o se refieran a personas o cosas cuya protección o defensa incumban a la autoridad pública, representa otro plus de dificultad para aceptar sin reservas aquel cambio orgánico».[5]

También, creemos que, en general, se les podría adjudicar todo lo relativo al Registro Civil (aunque somos conscientes de la originalidad de la propuesta, estimamos que, en la mayoría de las ocasiones, ello es perfectamente posible; por supuesto, determinados asuntos quedarían reservados a la autoridad judicial). Además, otra materia sobre la que podría aumentar la intervención del fedatario judicial es la relativa al beneficio de justicia gratuita (al menos, mientras su concesión continúe adscrita a la Administración de Justicia). Por último, en esta breve relación de sugerencias, pensamos que el apoderamiento judicial debería de ser otorgado exclusivamente ante dicho funcionario (como hemos dicho en anterior ocasión, sobre el apoderamiento apud acta, hay que contemplar la posibilidad de designar a varios procuradores, para los supuestos de cambio, y de que la representación sea válida para la segunda instancia e, incluso, se pueda otorgar mediante comparecencia ante el secretario de cualquier Juzgado o Tribunal, aunque no vaya a conocer del asunto; la tendencia ha de ir a ampliar, no a restringir).

V. En esta dirección pensamos que debe caminar la esperada reforma procesal española. Tales innovaciones no afectarían sustancialmente al diseño de la Administración de Justicia recogido en la Constitución de 1978.

En cuanto al Derecho comparado, hay que obrar con cautela, sin pretender trasladar a nuestro esquema modelos que choquen frontalmente con lo establecido desde hace siglos. No se olvide que en la aparición histórica de este fedatario prima en gran manera el papel controlador

5. *El Secretario judicial y la futura jurisdicción voluntaria,* en *Terceras Jornadas de Fe pública judicial,* Madrid, 1987, p. 70.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

respecto al trabajo del juez y el cuidado por el respecto de las garantías procesales.

Todo ello para, entre otros fines, combatir la actual crisis de identidad que, a nuestro juicio, padece al Secretariado judicial español. Especialmente, hay que acabar con la patente situación de la insatisfacción (me remito a necesarios trabajos sociológicos y me comprometo públicamente a trabajar en el futuro sobre ésto, aunque a nadie se le escapa el ambiente de las presentes Jornadas), que puede acabar convirtiéndolo en un estamento infrautilizado, con notables dosis de frustración profesional, para detrimento de nuestra Administración de Justicia. Aprovechando la presencia de representativas autoridades en este acto, me permito una vez más llamar la atención sobre el progresivo abandono que se produce en la citada profesión, que puede quedar reducida a una especie de vergonzante tránsito, en lugar de la ilusionada meta a la que, en su día, unos cualificados juristas, tras mucho estudio y esfuerzo, aspiraron alcanzar.

Hace aproximadamente un año, coincidimos con algún autor en considerar al Secretario como tercerta columna del tercer poder del Estado; pues, que lo sea a todos los efectos. Ello, únicamente, requiere voluntad política; legalmente, creemos que es posible.

EL ALLANAMIENTO EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES

LUIS FERNANDO SAURA
Prof. Titular de Derecho Civil
Universidad de Alicante

Empero haber transcurrido una década desde la promulgación de la Ley de 7 de julio de 1981, cuyas Disposiciones Adicionales dedica a la vertiente procesal todavía hoy son innúmeras las dudas que provoca y la inseguridad consecuente a la hora de optar por algunas posturas típicamente procedimentales, como podría ser, y ello vamos a dedicar estas líneas, lo referido a la actitud a adoptar por el demandado ante una demanda de nulidad, separación o divorcio, y, más concretamente, en torno a posibilidad o no de allanamiento.

Quizás el planteamiento del debate podría sustentarse sobre las siguientes iniciales premisas:

1.ª Según Castán «Las normas reguladores del Derecho de familia tienen, por lo general, la consideración de normas de orden público, y son, como tales, imperativas e inderogables: es la ley exclusivamenete, y no la voluntad del particular, la que regula el contenido, extensión y eficacia de las relaciones familiares. Aun cuando el nacimiento de la relación familiar dependa de la voluntad de los individuos, los individuos serán libres de hacer surgir o no la relación, pero no pueden alterar su regulación legal, salvo en términos muy reducidos y excepcionales».[1]

1. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS. *Derecho Civil Común y Foral.* tomo VI. Vol. I. Madrid, 1960, p. 37. Opinión por otra parte, unánimemente compartida).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

A este respecto, dispone el artículo 32,2 de la Constitución: «La ley regulará las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». Al tiempo que el artículo 149,8 de la Carta Magna, arroga al Estado la competencia exclusiva, en todo caso, sobre las «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio».

Los aludidos preceptos constitucionales, revalidan lo establecido en el número 1.º del artículo 13 del Código civil, del tenor siguiente: «Las disposiciones..., así como las del título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España».

Consecuentemente, dos vertientes convergen en la institución matrimonial: una de ellas, relativa al conjunto de normas de carácter imperativo; la otra, de carácter dispositivo, referida primordialmente al régimen económico matrimonial.

La conjunción de ambos aspectos en una misma institución, sustraída en uno de ellos a toda injerencia de la autonomía de la voluntad, y pendiente en el otro del libérrimo albedrío de los cónyuges, no deja de ser un fenómeno curioso que ha arrastrado a ilustres juristas (como a nuestro Sánchez Román, columbrador del fenómeno, o Cicu, difusor del mismo) a poner en duda la inclusión del Derecho de familia dentro del Derecho privado, bien para encasillarlo en el público, bien para sostener se trata de materia con ribetes de especialidad si se le considera como privado, bien para entenderlo a caballo entre el Derecho público y el privado.

Y ha de ser, precisamente, la faceta enconsertada por la norma, el eje central, motivo y fin de nuestro estudio.

Ocurre que, si existe polémica con relación al carácter público o privado del Derecho de familia, no cabe discusión alguna en punto a la condición de público del Derecho procesal, manifestando a este propósito –entre otras muchas de idéntico tenor– la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1973 (Ar. 1134): «Atendido el carácter de orden público que tienen las normas reguladoras del procedimiento, que vinculan imperativamente tanto a las partes como a los Tribunales, sin que su infracción pueda ser convalidada por aquietamiento o consentimiento alguno, procede declarar la nulidad...»

Carácter de Derecho público que en el ámbito civil deja un considerable arbitrio a las partes, ya desistiendo o renunciando, y allanándose, cotestando o reconviniendo, ya adoptando una actitud pasiva –factible en base a los principios dispositivo y de rogación que informan el proceso desde su inicio mediante demanda, hasta su terminación por sentencia o cualquier otro modo– lo que no impide, sin embargo, que la actividad de las partes haya de ajustarse a unos cauces rigurosa e inflexiblemente determinados, y, en punto a procesos matrimoniales, basarse en causas taxativamente enumeradas en el Código civil.[2]

Pero, si prácticamente toda clase de procedimientos civiles son susceptibles de transacción por las partes o de allanamiento a la demanda, siendo las mismas, en alguna forma, dueñas del proceso, no ocurre lo propio cuando el litigio recae sobre determinadas materias que, por su índole o naturaleza, escapan a la disponibilidad de los litigantes. Tal es, por ejemplo, el caso del artículo 1814 del Código civil, declarando: «No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros».

Sin perjuicio de retornar en nuestra reflexión al meritado artículo 1814, sería conveniente, previamente, una aproximación a dos conceptos que nos han de servir de hilos conductores en estas páginas; son ellos, la transación y el allanamiento.

Por lo pronto, remitámosnos al artículo 1809 del Código civil en cuanto establece: «La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado para, seguidamente, recoger la distinción que del allanamiento hace Cortés Domínguez: «Al contrario de la renuncia y del allanamiento que ponen fin al proceso mediante la sentencia absolutoria o condenatoria, la transacción pone fin al proceso sin necesidad de sentencia. Dicho en otros términos: la renuncia y el allanamiento son actos procesales de parte que determinan el contenido de la sentencia, pero no la evitan. La transacción evita la sentencia y pone fin al proceso, porque deja a éste sin objeto. Podríamos decir que la transacción es el negocio jurídico procesal cuyo objeto es la regulación de la relación jurídica litigiosa, en orden a la composición del litigio, y que por ello tiene como efecto directo la extinción del proceso».[3]

2. Con referencia a la normativa civil anterior a 1981, escribía Guasp: «Con el nombre de proceso matrimonial se designa aquel proceso de cognición, declarativo o constitutivo, y especial por razones jurídico materiales, que tiene por objeto dar satisfacción a las pretensiones fundadas en las normas que se refieren al matrimonio», añadiendo: «El proceso matrimonial tiene que recaer por fuerza sobre una pretensión fundada en las normas referentes al matrimonio civil... Tanto la pretensión de nulidad como la de divorcio, tienen que estar fundadas en una causa específica o motivo legal taxativo, que son los que respectivamente establecen el artículo 101 y el artículo 105 del Código civil, cuya determinación no corresponde, sin embargo, al Derecho procesal sino al civil». J. GUASP «*Derecho Procesal Civil.*» Tomo II, p. 518. Madrid, 1968.

3. ALMAGRO NOSETE, CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA, MORENO CATENA. *Derecho Procesal.* Tomo I. Vol. I. p. 480. Valencia, 1989.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Con referencia al allanamiento, escribe el mismo autor: «es una manifestación de conformidad con la petición contenida en la demanda hecha por el demandado en cualquier momento del proceso»,[4] para, más adelante, reseñar las normas que nuestro Derecho dedica al mismo, comenzando por el artículo 1541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del tenor siguiente: «Si el ejecutante y el ejecutado se allanaren a la demanda de tercería, el juez, sin más trámites, llamará los autos a la vista con citación de las partes y dictará sentencia. Lo mismo se practicará cuando ambos dejaren de contestar a la demanda»; artículo que contempla dos supuestos distintos –el allanamiento y la no contestación– a los que concede el meritado precepto idénticas consecuencias, si bien la jurisprudencia –que lo viene a denominar allanamiento expreso y tácito, respectivamente– interpretando referido precepto, distingue sus efectos, de suerte que en el primer caso el juez debe dictar sentencia ateniéndose a la declaración del allanamiento, mientras que en la segunda hipótesis el juez debe dictar sentencia conforme a la ley. No obstante, lo predicado para el allanamiento sólo será factible siempre que éste no suponga un fraude a la ley o encubra pretensiones de actos ilegales.

Apunta Manresa lo siguiente: «Dice el presente artículo que en el caso a que se refiere, el juez dictará sentencia. No añade que ésta sea de conformidad con la pretensión del tercerista, en virtud del allanamiento expreso o tácito del ejecutante y del ejecutado, y, por consiguiente, el juez debe atenerse a lo que resulte de los autos para resolver lo que estime conforme a derecho. Si la ley obligase al juez a fallar de conformidad con las pretensiones de las partes, no habría declarado que la sentencia será apelable en ambos efectos. Esta declaración del mismo artículo revela que la sentencia puede causar perjuicio a alguno de los litigantes, y, por tanto, que el juez no ha de ajustar a lo que ellos pretendan, sino a lo que entienda que procede la justicia. Cuando para ello estime necesario el esclarecimiento de algún hecho de influencia en la cuestión, podrá acordar, para mejor proveer la diligencia que estime procedente de las que permite el artículo 340, una de ellas la confesión de los demandados para que ratifiquen su conformidad presunta de que el tercerista cobre antes que el ejecutante, si la tercería es de preferencia, en cuyo caso será conforme a derecho el fallo en este sentido; pero si es de dominio la tercería, no puede accederse a ello si no resulta debidamente probado, no sólo el dominio del tercerista, sino también la identidad de la cosa, tenemos, pues, por ajustada a la ley la doctrina de que el juez, en el caso de que se trata, debe dictar el fallo que estime arreglado a derecho, según la resultancia de los

4. CORTÉS DOMÍNGUEZ. Op. Cit. p. 478.

autos, y así lo ha sancionado el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de noviembre de 1900...»[5]

Sobre el tema que nos ocupa, el artículo 41 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, dispone: «...el juez, sin más trámites, dictará sentencia estimando la demanda en todas sus partes, salvo que el allanamiento suponga una renuncia contra el interés o el orden público, o en perjuicio de terceros, en cuyo caso dictará auto en el mismo día o en el siguiente, ordenando la continuación del proceso». Obviamente, la delimitación del allanamiento que perfila el recogido artículo, significa un avance importante hacia la definitiva configuración de la figura que estudiamos. Con palabras de Cortés Domínguez: «...para el Decreto de 21 de noviembre de 1952, el allanamiento es una declaración de voluntad del demandado por la que se impone al juez una determinada sentencia, siempre y cuando dicha declaración no suponga dejación de norma de orden público, o suponga perjuicios para terceros».[6]

Abundando al respecto, más correcta es, a nuestro parecer, la opinión sustentada por Manresa, de que se hizo mérito líneas atrás, relativa al recurso del juez a las diligencias para mejor proveer referidas en el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la directriz marcada por el artículo 41 del comentado Decreto, facultando al juez para ordenar la continuación del proceso; y es que, mientras el juez está autorizado paladinamente para recabar o llevar a efecto las pruebas que entienda necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos y sobre los que habrá de cimentar su convicción traducida en la sentencia, el artículo 41 del Decreto amplía su potestad hasta el extremo de poder imponer a las partes una prueba que, expresamente rechazan –al menos una de ella, y es de suponer que también la otra en cuanto le beneficia– al manifestar el demandado, inconcusamente, su acuerdo con los hechos y acciones ejercitados por el actor. Todo ello, lógicamente, «mutatis mutandi».

Alude asimismo Cortés Domínguez al artículo 89,2 de la Ley Jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo, en tanto niega la virtualidad del allanamiento cuando supone una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, o cuando fuera demandada la Administración. «Ya no se habla de orden público –destaca el autor–, sino de infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, lo que significa la desvinculación del juez a la declaración de voluntad del demandado acerca de la pretensión del actor».[7]

5. J. M.ª MANRESA NAVARRO. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil.* T. V. p. 620. Madrid, 1910.
6. CORTÉS DOMÍNGUEZ. Op. Cit. p. 479.
7. CORTÉS DOMÍNGUEZ. Op. Cit. p. 480.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Ahora bien ¿es procedente el allanamiento en los procesos regulados por la Disposición Adicional 5.ª de la Ley 30/1981?

En pro se muestra Alberto Panizo y Romo de Arce, quien escribe: «Una vez admitida la demanda se dará traslado de la misma al demandado para su contestación, pudiendo éste optar por las siguientes acciones: Primera. Comparecer y allanarse a las pretensiones del demandante...»[8]

Por su parte, opina Entrena Klett: «La Disposición Adicional comentada (5.ª) no hace alusión alguna al allanamiento a la demanda luego es admisible en principio», añadiendo: «El allanamiento a la demanda es un supuesto distinto al previsto en el apartado k) de la Disposición Adicional V.ª, pero no es idéntico (mostramos nuestra absoluta conformidad. En efecto, si es un supuesto distinto, claramente es un supuesto no idéntico): en aquel caso la parte demandada se aviene a «todo» lo pedido de contrario; sin embargo, en este segundo caso, al sobrevenir la aquiescencia secesionista y transformarse el procedimiento en el cauce previsto en la Disposición Adicional VI.ª hay que acompañar propuesta de convenio regulador... de todas formas convengamos en que allanado el demandado, el juez podrá seguir uno de estos dos cauces: o transformar el proceso en el que corresponde según la Disposición Adicional VI.ª, considerando como convenio regulador la propuesta del demandante, o bien dictar sentencia aquiescentemente con las propuestas del demandante y declarando al demandado allanado a la demanda; cualquiera de las dos soluciones es hábil procesalmente hablando».[9]

Añade Entrena lo siguiente: «Si lo solicitado es la nulidad del matrimonio, no cabe allanamiento, pues interviene el Ministerio Fiscal y, además, sería como conceder por mutuo acuerdo la posibilidad de anular el matrimonio, lo que no es posible por oponerse a ello el principio del «favor matrimonii».[10]

A nuestro parecer, no se muestra muy acertado en este punto el prestigioso autor a que aludimos, por las razones siguientes: 1.ª El apartado k) de la Disposición Adicional 5.ª, si bien permite la transformación del proceso contencioso en el de mutuo acuerdo previsto en la Adicional siguiente, exige petición al respecto de ambas partes. El allanamiento es una declaración de voluntad unilateral, aceptando sin condiciones los términos de la demanda. 2.ª La demanda, o mejor, el proceso, puede instarse postulando únicamente sentencia o separación o divorcio, sin interesarse,

8. A. PANIZO Y ROMO DE ARCE. *Procesos matrimoniales. Formularios y legislación*. p. 78. Madrid, 1989.

9. C. M.ª ENTRENA KLETT. *Matrimonio, separación y divorcio*. p. 713. Pamplona, 1990.

10. ENTRENA KLETT. Loc. Cit.

cualquiera fuere la razón, la adopción de medida alguna, por lo que el recurso a la Disposición Adicional 6.ª que apunta Entrena sería inviable por inexistencia de convenio regulador, ni petición de adopción de medidas que pudiera hacer las veces de aquél. 3.ª Actuando de común acuerdo ambos cónyuges –es decir con unidad de propósito y ánimo fraudatorio–, que previamente hubieran otorgado capitulaciones matrimoniales y liquidado, en su caso, la sociedad de gananciales, cabría demandar uno al otro de divorcio amparándose en el transcurso de más de dos años de interrupción de la convivencia conyugal, aunque en verdad sólo hubieran transcurrido dos meses, obteniendo sentencia de divorcio, sin necesidad de prueba alguna, por el mero hecho de allanarse el demandado; y ello, además, en escasísimos días. 4.º No sólo en los procesos de nulidad interviene el Ministerio Fiscal, también ha de hacerlo en los relativos a separación y divorcio, siempre que alguno de los cónyuges o de los hijos del matrimonio fueren menores, incapacitados o ausentes, según establece la Disposición Adicional 8.ª de la referida ley de 7 de julio de 1981.

A este respecto, señalaba Guasp: «La evitación de connivencias y fraudes a que el principio dispositivo puede dar lugar, la obtiene el Derecho español estableciendo la legitimación, como parte, del Ministerio Fiscal en esta clase de procesos, ya que su presencia en el procedimiento, sea como parte auténtica, sea como auxiliar del juez, permitirá oponerse a maniobras, entre los litigantes, que pudieran dejar sin efecto el imperio de las normas sobre Derecho matrimonial civil»[11]

Tal vez pudiera arrojar alguna luz sobre la cuestión que nos ocupa, la propia Disposición Adicional 5.ª, en cuanto establece en su apartado a) «No será necesario intentar previamente la conciliación».

Escribe Cortes Domínguez –a nuestro entender con agudeza irreprochable– «En los supuestos de separación, divorcio o nulidad, se ventilan derechos claramente indisponibles, en donde las partes no pueden conseguir determinados efectos regulados por las normas jurídicas aun a pesar de que estén de acuerdo en conseguirlo. Parece evidente que porque marido y mujer se pongan de acuerdo en que su matrimonio es nulo, no por ello ese matrimonio es nulo; o porque quieran estar en la situación de divorciados, no por ello su vínculo matrimonial se disuelve; parece evidente que esas situaciones jurídicas se constituyen en virtud de sentencia judicial, no pudiendo disponer las partes del derecho a separar, a disolver o a anular el matrimonio; derechos indisponibles que no le pertenecen a los cónyuges, sino al Estado en función de juez.... llevando los casos a sus extremos, cualquier cónyuge tendría las puertas abiertas para deshacerse

11. J. GUASP. Op. Cit. p. 520.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de procedimientos caros, costosos y largos; basta conciliarse para obtener la nulidad del propio matrimonio; basta asistir al acto de conciliación y conciliarse para obtener la situación jurídica de divorcio; basta conciliarse para obtener la separación legal...»[12]

El tema, sin embargo, no es nuevo, ya sobre él escribía Guasp: «En la forma, únicamente deberá señalarse que no ha lugar en estos casos a la práctica previa del acto de conciliación, aunque la hipótesis no se recoja en el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».[13]

En efecto, la declaración expresa del legislador sobre la innecesariedad [14] del previo acto de conciliación para interponer demanda de separación o divorcio, nos lleva a la irrebatible conclusión de la imposibilidad de allanamiento en este tipo de procedimientos. Son perfectamente aplicables al allanamiento, los argumentos referidos al acto conciliatorio.

Prometíamos, páginas atrás, volver sobre el artículo 1814 del Código civil,[15] y conviene que lo hagamos ahora, poniendo de manifiesto la prohibición ínsita en él relativa a transacción sobre las cuestiones matrimoniales –excluyendo, naturalmente, las referidas a la órbita patrimonial, como quedó dicho oportunamente–.[16] Acaece que una transacción puede encubrirse en un allanamiento, consiguiendo por esta vía lo que, acaso, no pudiera conseguirse por la otra. La transacción puede realizarse judicial o extrajudicialmente, por lo que no tendría nada de particular que obtenida

12. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ. *Comentarios a las reformas del Derecho de familia.* 9 vol. II. pp. 2055 y ste. Madrid, 1984.

13. J. GUASP. Loc. Cit.

14. Del todo desafortunada es la redacción del apartado en cuestión, habida cuenta de que al establecer «No será necesario...» parece dejar a facultad de las partes la posibilidad de conciliarse o no, con todas las consecuencias negativas apuntadas. Debió haberse escrito, por ejemplo: «Será inoperante intentar previamente la conciliación, que, en ningún caso, producirá efecto».

15. Comentando este artículo, escribe Manresa: «El estado civil de las personas es de orden público, y la condición en que el ciudadano vive dentro de la sociedad no interesa sólo a éste, sino al derecho social mismo. Por los tanto, si no está en el dominio exclusivo del particular, no puede transigir sobre ello. Además, en esta cuestión, o sea en materia del Estado civil de las personas, no caben términos medios: o se posee con perfecto derecho un estado personal determinado, o no debe poseerse, y siendo esto cierto, lógico e inconcuso, resulta que nada cuanto se relacione al estado civil de las personas puede ser objeto de transacción». *Comentarios al Código Civil Español.* Tomo XII. p. 118. Madrid, 1921. (En la página siguiente, recoge Manresa la opinión de García Goyena, admitiendo la posibilidad de transigir en las causas matrimoniales en favor pero no en contra del matrimonio).

16. «... si bien no se puede transigir sobre el estado civil de una persona, el ámbito de aplicación del precepto no se extiende a las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial que de tal estado pueden derivarse, que revisten carácter privado y que no afectan al orden, ni al interés público». (Sentencia de 13 de octubre de 1966. Aranzadi. 4404).

mediante el segundo cauce, el acuerdo conllevara la obligación del allanamiento en juicio. También podría eludirse la ley cuando, prohibiendo la transacción se hiciera uso del allanamiento que, si bien permitido en términos generales, implicara en el caso concreto el retorcimiento del espíritu de aquélla.

Mas, prevista esta posibilidad de burlar la ley, ya el Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en distintas ocasiones, así en la sentencia de 5 de junio de 1926, manifestando: El allanamiento a la demanda tiene el orden procesal igual concepto y la propia virtud que la transacción, con la que tiene esencial conformidad en cuantos elementos la constituyen, y estando prohibida respecto a las cuestiones matrimoniales y que afectan al estado civil de las personas, es evidente la ineficacia del allanamiento que a la demanda otorgó su marido al contestarla».[17]

Valgan, como apostilla, las palabras de Cortés Domínguez: «Al ser el allanamiento causa inmediata de la sentencia de condena, no cabe llanarse en aquellos procesos en los que se ventilan relaciones jurídicas de «ius cogens».[18]

De todo lo expuesto, se podrían proponer las siguientes

CONCLUSIONES

1.ª No parece procedente el allanamiento en los procesos matrimoniales, por referirse a materia sustraída a la autonomía de la voluntad de las partes.

2.ª Mucho menos viable parece la posibilidad del allanamiento cuando, afectando el procedimiento a menores, incapacitados o ausentes, haya de intervenir el Ministerio Fiscal.

3.ª Tampoco sería aceptable el allanamiento, ni siquiera en aquellos procesos que no afecten a menores, pues sustentándose el litigio en alguna de las causas establecidas en el Código civil, habría de probarse la misma, sin que fuera admisible su elusión mediante conformidad del demandado con las tesis del demandante, con posterioridad a la presentación a la demanda.

17. En C.J. T. 171. n.º 57). No se compadece la tesis mantenida por esta sentencia con lo anteriormente anotado en este trabajo, en orden a delimitación del concepto respectivo y diferencias entre transacción y allanamiento, principalmente si tenemos en cuenta que aquélla pone fin al proceso, mientras éste exige pronunciamiento de sentencia, cabiendo, además, la posibilidad de que el juez o bien ordene la prosecución del pleito, o bien acuerde para mejor proveer cuanto tenga por conveniente.

18. CORTÉS DOMÍNGUEZ. *Derecho Procesal.* p. 480.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

4.ª En ningún caso se debe confundir allanamiento, cuyo componente básico es la declaración unilateral de voluntad de la parte demandada, con el procedimiento configurado en la Disposición Adicional 6.ª de la Ley de 7 de julio de 1981, basado en el consentimiento recíproco de las partes, ya sea actuando conjuntamente o uno de los cónyuges con el consentimiento del otro; procedimiento que además de exigir la ratificación de los cónyuges ante el juez, señala asimismo unos requisitos de inexorable observancia.

5.ª Tampoco se debe confundir transacción con allanamiento, por las razones que hemos dejado expuestas y a las que nos remitimos.

6.ª En definitiva, si el allanamiento pretende, caso de buena fe, «quemar etapas», la pretensión es vana e ilusoria pues en la mayor parte de los supuestos devendrá ineludible –sea por actividad de la parte, sea por el propio juez– probar la certeza de la causa en que se basa la demanda. Si, contrariamente, el allanamiento persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se considerará ejecutado en fraude de ley, siéndole de aplicación el número 4.º del artículo 6 del Código civil.

DE NUEVO SOBRE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN EL PROCESO DE HABEAS CORPUS. Comentario a la STC 44/1991, de 25 de febrero

AGUSTÍN J. PÉREZ-CRUZ y MARTÍN
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Oviedo

SUMARIO:

I. Introducción. – II. Resumen de los antecedentes de hechos. III. Doctrina consolidada del Tribunal Constitucional reiterada en la sentencia comentada: 1. El derecho consagrado en el art. 17, 4.º, primera parte de la C.E. supone una garantía institucional; 2. La garantía institucional, que resulta de la tutela judicial efectiva, en todas sus vertientes, se salvaguarda, tanto mediante la obtención de una resolución de fondo, como una liminar de rechazo a tramitar el incidente, ambas debidamente fundadas; 3. Reiteración del carácter militar de la Guardia civil; 4. El órgano judicial predeterminado por la Ley, para los supuestos de revisión de una sanción militar, viene referido al Juez Togado Militar y no al Juez de Instrucción. IV. Consideraciones críticas.

I. INTRODUCCIÓN

Ahora la STC 44/1991, de 25 de febrero [1] –de la que fue Ponente el Magistrado D. José Gabaldón López– nuevamente las problemáticas si-

1. Vid.: Rev. Jca. «La Ley» (Separata), n.º 2762, de 10 de junio de 1991; Cortes Generales. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*. n.º 119, marzo de 1991, pp. 120 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

guientes: la violación del art. 17, 4.º C.E., es decir, el derecho a la seguridad y libertad y al procedimiento del Habeas Corpus –por la declaración de improcedente del escrito de solicitud de Habeas Corpus por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de los de Logroño, lugar en el que se encontraba arrestrado D. J.P.G., Guardia Civil–, la lesión del art. 24, 1.º en lo relativo al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley –al conceder competencia a la Jurisdicción militar en la revisión de una sanción militar impuesta a un Guardia civil por comisión de una falta de insubordinación– y el carácter militar de la Guardia civil.

II. Resumen de los antecedentes de hechos

Se plantea por la cónyuge de un Guardia civil, sancionado por dos meses de arrestro por el Director General de la Guardia civil, por una falta grave prevista en el art. 9, 6.º de la L.O. 12/1985 y con anterioridad en el art. 38, 2.º de la L.O. 6/1980, escrito de solicitud de Habeas Corpus ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción del lugar donde cumplía arresto el mencionado Guardia civil.

Por Auto del Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º1 de los de Logroño se resolvió no haber lugar a incoar el procedimiento de Habeas Corpus «por ser improcedente», basándose el indicado Auto en que «dado que la situación de Don J.P.G. se encuentra resuelta a priori por la jurisdicción militar, no procede la incoación del procedimiento de Habeas Corpus, dentro de la esfera ordinaria, sin perjuicio de que se plantee en la jurisdicción penal militar y resuelva dicha jurisdicción lo que con base al Habeas Corpus corresponda».

La actora basa su petición de amparo, en primer lugar en negar el único argumento del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Logroño, antes aludido, por incierto al alegar que: «en la resolución del expediente habían intervenido exclusivamente autoridades administrativas, y el expediente disciplinario es resuelto por el Director General de la Guardia civil, que es un cargo del Ministerio del Interior. No hay por tanto, y hasta el momento de la intervención del Juez de Instrucción, ninguna actividad jurisdiccional y mucho menos de la jurisdicción militar».

Además considera la actora la improcedencia de la aplicación de la L.O. 12/1985, sobre Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas –por entender que la Guardia civil, al igual que los Cuerpos de Seguridad del Estado, cumplen una misión absolutamente distinta a la establecida por el art. 8, 1.º de la C.E. a las Fuerzas Armadas– afectando, por tanto, a la

legalidad de la detención de su esposo –entendida ésta en un sentido amplio, comprensivo de cualquier privación de libertad– y, por tanto, siendo de aplicación el art. 1, apartados *a)* y *b)* de la L.O. 6/1984.

Y, por último, estima que el Auto impugnado vulnera el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley y trasgrede el derecho a obtener la tutela efectiva de Juez y Tribunales al contravenir lo dispuesto en el art. 117, 5.º de la C.E.

En escrito de alegaciones, formulado por el Ministerio Fiscal, entiende que el Acto impugnado es acorde con la doctrina sentada por el T.C. –en Auto 1265/1988– en orden a la determinación de la Jurisdicción competente para conocer del procedimiento de Habeas Corpus solicitado respecto de un miembro de la Guardia civil en favor de la Jurisdicción militar –único punto de controversia que estima el Ministerio Fiscal se plantea en el recurso de amparo– ya que:

1. El arrestado cumple la sanción impuesta por la comisión de una falta de insubordinación prevista en el art. 9, 6.º de la L.O. 12/1986 –normativa que entiende aplicable al caso de Autos al estimar el carácter militar de la Guardia civil de conformidad con lo dispuesto en los arts. 13, 1.º de la L.O. 2/1986 y 10 de la L.O. 13/1985– y, por tanto, debiera hacer solicitado, en su caso, de la Jurisdicción militar la tutela de los derechos que entendiera violados a la luz de lo señalado en el art. 17 de la L.O. 4/1987.
2. Estima que tampoco el Auto impugnado vulnera el derecho a la libertad personal del actor, ni el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, al no considerar competencia a la jurisdicción ordinaria para el conocimiento del procedimiento de Habeas Corpus de una persona que ostenta la condición de militar y que sufre un arresto de conformidad con lo establecido en el art. 9, 6.º de la L.O. 12/1986, sobre Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.
3. Y, por último, no considera vulnerado el derecho a la tutela efectiva por entender que el Juzgado da a la pretensión del recurrente una respuesta razonada y fundada en derecho que satisface el derecho fundamental recogido en el art. 24, 1.º de la C.E.

III. Doctrina consolidada del Tribunal Constitucional reiterada en la sentencia comentada:

1. El derecho consagrado en el art. 17, 4.º primera parte de la C.E. supone una garantía institucional

El derecho a la obtención del Habeas Corpus, reconocido en el art. 17, 4.º de la C.E. no contiene propiamente un derecho fundamental, sino una

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

garantía institucional que resulta de la tutela efectiva en todas sus vertientes (doctrina que ya se recogía, entre otras en la STC 62/1989, de 3 de abril [2]).

El procedimiento de Habeas Corpus –«impropiamente denominado recurso»[3]– representa una de las mayores conquistas del ciudadano contra el arbitrio de las autoridades [4] constituyendo un «procedimiento especial y preferente, por el que se solicita de un órgano jurisdiccional competente el restablecimiento del derecho constitucional a la libertad, vulnerado por la comisión de cualquier detención ilegal que puede ser dispuesta por persona no encuadrada dentro del Poder Judicial»[5].

El procedimiento de Habeas Corpus, mientras siga vigente la L.O. 6/1984, de 24 de mayo, corresponderá a la Jurisdicción militar si la detención tiene como causa una sanción revisable por la indicada Jurisdicción, tal y como se deriva de la propia legislación mencionada, así como del art. 61, 3.º de la L.O. 4/1987 –más tarde tendremos ocasión de precisar, más críticamente, dicha posibilidad.

2. La garantía institucional, que resulta de la tutela judicial efectiva, en todas sus vertientes, se salvaguarda tanto mediante la obtención de una resolución de fondo, como una liminar de rechazo a tramitar el incidente, ambas debidamente fundadas

Superado cualquier tipo de vacilaciones en torno al alcance de la tutela jurídica y a las teorías surgidas en torno a ella [6] es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional [7] que la misma se alcanza –en palabras de Gómez de Liaño González [8] «cuando se obtiene una resolución fundada en derecho», debiéndose considerar efectiva «cuando el justiciable obtiene una sentencia justa».[9]

2. Vid.: Rev. Jca. «La Ley». tomo 1989/3, p. 144; Cortes Generales. *Boletín de Jurisprudencia...*, cit. n.º 96, abril de 1989, pp. 622 y ss.,

3. Crf.: GIMENO SENDRA, V. *El proceso de «Habeas Corpus»*. Madrid, 1985, pp. 57-58.

4. Crf.: SILVEIRA, A. *La Justicia inglesa de hoy*. R.D.Proc. (Argentina), 1955, Tomo I, p. 116.

5. Crf.: GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal*. (en couatoría con MORENO CATENA, V.: ALMAGRO NOSETE, J. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.). Tomo II (Proceso penal), 3.ª Edic., revisada y actualizada, Valencia, 1989, p. 715.

6. Vid.: LOZANO-HIGUERO PINTO, M. *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid, 1990, pp. 109 y ss.

7. Vid.: sobre el contenido completo de la tutela judicial efectiva, a la luz de la jurisprudencia del T.C., a GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F. *El proceso penal*. 2.ª Edic., Oviedo, 1989, pp. 311 y ss.

8. *Abogacía y Proceso*. 2.ª Edic. corregida y puesta al día. Oviedo, 1988, p. 25.

9. Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F. *Notas sobre el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva*. R.Un.D.Proc., 1988, n.º 0, p. 94.

De acuerdo con lo antes dicho debemos considerar correcto el Auto del Juez de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de los de Logroño al dictar una resolución que, si bien era de inadmisión de la pretensión y, por tanto, denegando incluso, la apertura del procedimiento, la misma resultaba razonada y basada en una causa legal –requisitos ambos requeridos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de denegaciones judiciales «a limine».

3. Reiteración del carácter militar de la Guardia civil

Con independencia de la opinión que pueda tenerse en torno al mencionado carácter militar de la Guardia civil, no cabe ninguna duda, desde el punto de vista legislativo, sobre la corrección de la indicada opinión jurisprudencial (recogida también, entre otras, en la STC 196/1989, de 27 de noviembre [10] si tenemos en cuenta los arts. 9 *b)*, 13, 1.º y 15, 1.º I de la L.O. 2/1986, confirmada por el art. 10 del Código Penal Militar (aprobado por L.O. 13/1985, de 9 de diciembre).

Sin embargo, nos interesa destacar de la sentencia comentada la recomendación formulada por el Tribunal Constitucional al legislador al señalar que:

«Reiteramos una vez más que la normativa disciplinaria aplicable ahora a la Guardia civil es la propia de las Fuerzas Armadas. Pero repetimos que esto es así mientras no se prevea otra propia o de singularidades específicas (ATC 1264/1988) y añadimos que esta previsión legislativa contenida en el art. 15, 1.º L.O. 2/1986 y antes en el art. 38, 2.ª L.O. 6/1980, no puede quedar indefinidamente incumplida, dando pie para una aplicación transitoria, pero también indefinida del régimen disciplinario militar. El legislador debe ser fiel a su propósito, zanjando de una vez las indefiniciones legislativas sobre la especificidad a estos efectos de la Guardia civil, y regulando la materia disciplinaria de dicho Instituto armado de un modo directo y positivo y no, como hasta ahora, por medio de técnicas de exclusión y de remisión».

La mencionada recomendación ha sido satisfecha muy recientemente por la L.O. 11/1991, de 17 de junio del Régimen Disciplinario de la Guardia civil y en cuya E.M. se reiteraba el carácter militar de el Benemérito Instituto al señalarse que: «dichas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado están integradas por el Cuerpo Nacional de Policía y el Cuerpo de la Guardia civil, que es un instituto armado de naturaleza militar, dependiente del

10. Vid., Cortes Generales. *Boletín de Jurisprudencia...*, cit., n.º 105, enero de 1990, pp. 68 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Ministro del Interior, en el desempeño de las funciones que esa misma Ley le atribuye –se está refiriendo a la L.O. 2/1986, de 13 de marzo– y del Ministro de Defensa, en el cumplimiento de las mismas de carácter militar que éste o el Gobierno le encomienden; asimismo y en tiempo de guerra y durante el estado de sitio, la Guardia civil dependerá exclusivamente del Ministro de Defensa.

4. El órgano judicial predeterminado por la Ley para los supuestos de revisión de una sanción militar viene referido al Juez Togado Militar y no al Juez de Instrucción

Tanto la doctrina científica [11] como la consolidada por el Tribunal Constitucional (SSTC 4/1990, de 18 de enero;[12] 60/1991, de 14 de enero [13]) se ha preocupado, en los últimos años, de precisar los justos límites de la Jurisdicción militar [14] de acuerdo con lo indicado en el art. 117, 5.º de la C.E.

Los mencionados límites de la Jurisdicción militar han de venir fijados «en tiempo de normalidad constitucional» –en los supuestos de estado de sitio, el legislador ordinario será libre de atribuir o no a la Jurisdicción militar el ámbito competencia que más convenga [15]– por su constricción al «ámbito estrictamente castrense» –debiéndose entender comprensible en la indicada expresión constitucional la extensión de la competencia de la Jurisdicción militar al conocimiento de los delitos exclusiva y estrictamente militares [16].

11. Vid.: ALMAGRO NOSETE, J. *Derecho Procesal.*, cit., pp. 825 y ss; GONZÁLEZ MONTES, J.L. *Instituciones de Derecho Procesal.* Parte General. Tomo 1. (La jurisdicción y sus órganos). 2.ª Edic., Granada, 1990, pp. 377 y ss.; JIMÉNEZ VILLAREJO, J.J. *Algunos aspectos de la nueva organización de la Jurisdicción Militar.* R.Es.D.M., 1989, n.º 53, pp. 11 y ss.

12. Vid.: Rev. jca. «La Ley», Tomo 1990/2, p. 3; Cortes Generales. *Boletín de Jurisprudencia....*, n.º 106, febrero de 1990, pp. 6 y ss.).

13. Rev. jca. «La Ley» (separata), n.º 2782, de 8 de julio de 1991, pp. 1 a 8; Cortes Generales. *Boletín de Jurisprudencia...*, cit., n.º 120, abril de 1991, pp. 5 y ss.

14. Cfr.: FERNÁNDEZ SALGADO, F. *La competencia de la jurisdicción militar tras la reforma del Código de Justicia militar.* en «El Poder Judicial», Vol. II. Madrid 1983; CALDERÓN SUSIN, E. *En torno a los límites constitucionales de la competencia de la Jurisdicción Militar.* R.Es.D.M.; 1989, n.º 53, pp. 81 y ss.: MILLÁN GARRIDO, A. *Algunas consideraciones generles sobre la L.O. 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.* R.Es.D.M.; 1989, n.º 53, pp. 107 y ss.

15. Cfr.: SERRANO ALBERCA, J.M. *Comentario al art. 117 de la C.E.*. en «Comentarios a la Constitución Española» (dirigidos por GARRIDO FALLA, F.), 2.ª Edic., Madrid, 1985, pp. 1666 a 1691.

16. Vid.: sobre la consideración del delito militar en la doctrina del T.C. a GARCÍA LABAJO, J.M. *La sumisión de los «insumisos»* (Comentario a la STC (Sala Pleno) 60/1991, de 14 de marzo. Rev. jca. «La Ley» (separata), n.º 2782, cit., pp. 1 a 5.

IV. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Tenemos que lamentar que, uno de los problemas –en el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal, como ya tuvimos ocasión de poner de manifiesto, lo consideraba como el único que se planteaba– más interesantes que abordaba el recurrente al plantear el recurso de amparo, cual era el de la competencia de la Jurisdicción militar para el conocimiento del procedimiento de Habeas Corpus solicitado por un Guardia civil –por tanto, de condición militar– se haya soslayado hábilmente por el tribunal Constitucional al entender que:

«... Tal nueva pretensión no puede ser tratada en el presente pleito de garantías por impedirlo el principio general del proceso en el sentido de que el objeto del mismo se fija en la demanda y no en momentos posteriores, principio éste que es de plena aplicación al recurso de amparo ...».

Debemos reiterarnos en nuestra opinión [17] –basada fundamentalmente en las consideraciones efectuadas por Gimeno Sendra,[18] la doctrina del Tedh (sentencias de 4 de diciembre de 1979, caso Schiesser; de 22 de mayo de 1984, caso Van Der Sluija, Zuderveld y Klappe); art. 4 del Cedh y la Asociación Pro Derechos Humanos [19]– de que la excepción, contenida en el art. 2, último párrafo de la O.L. 6/1984, en favor de la competencia objetiva de los Juzgados Togados Militares Territoriales para el conocimiento del procedimiento de Habeas Corpus cuando el solicitante ostente la condición de militar, no aparece justificada –salvo el supuesto de la Constitución portuguesa,[20] no existe ningún precepto similar en las Constituciones de los países europeos democráticos y estimamos que contraviene gravemente el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley.[21]

Y a la anterior conclusión nos lleva el hecho de que el Juez Togado Militar Territorial no reúne la fundamental de las notas que debe concurrir

17. Vid.: PÉREZ MARTÍN, A.J. *La competencia objetiva de los Juzgados Togados Militares Territoriales en la L.O. 6/1984, de 24 de mayo.* Rev. «Justicia», 1989, n. II, pp. 417 y ss.

18. *El proceso de «Habeas ...»*, ob cit., pp. 77 a 80.

19. Vid.: *Informe Anual. Derechos Humanos en España (1985).* Madrid, 1985, pp. 84 a 87.

20. Vid.: GUTIÉRREZ-ALVIZ y ARMARIO, F. *La Justicia, según la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976.* R.D.P.Ib., 1976, n.º, p. 574.; MARTÍNEZ VAL, J. M.ª: *La Constitución portuguesa de 1976 y sus reformas.* R.G.D., 1990, nos. 544-545, pp. 1 y ss.

21. Vid.: la doctrina del TC, en relación con el indicado derecho constitucional, en GARCÍA MORILLO, J. *La justicia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Vol. III, Madrid, 1987, pp. 1476 y ss.; LADRÓN DE GUEVARA, J.B. *El Juez ordinario predeterminado por la Ley.* Madrid, 1990.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

en los integrantes del Poder Judicial, a saber: la independencia.[22] Y ello por dos órdenes de razones, en primer lugar, la persistencia de un Cuerpo Jurídico Militar, de la Defensa, –al que se le encomienda, junto a las funciones jurisdiccionales, el asesoramiento al Mando, pudiendo desempeñar ambas funciones indistintamente–[23] al margen del Cuerpo único de Jueces y Magistrados; y, en segundo lugar, la facultad, que se reconoce, al Ministro de Defensa, de instar de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, cuando lo considere necesario, la inspección de cualquier Juzgado Togado o Tribunal Militar Territorial –de acuerdo con lo preceptuado en el art. 127 de la L.O. 4/1987– nos hacen dudar de la efectividad de la independencia de los integrantes del indicado Cuerpo Jurídico.

Pero además nos plantea serias dudas el que pueda considerarse al Juez Togado Militar Territorial como el Juez ordinario predeterminado por la Ley –pese a que así aparezca expresamente recogido en el art. 3 de la L.O. 4/1987–,[24] en el ámbito del procedimiento de Habeas Corpus, pues si bien es cierto que la determinación de la competencia y la organización de la Jurisdicción militar aparece regulada en una Ley en sentido escrito [25] y que la Ley reguladora del Habeas Corpus recoge expresamente la competencia del indicado Juez Togado; sin embargo, hemos de precisar que la referencia constitucional al derecho «Juez ordinario predeterminado por la Ley» hay que entenderla también como el predeterminado por la Constitución, lo que implica la necesidad de que la sustracción de la competencia al Juez de Instrucción, en el ámbito del procedimiento de Habeas Corpus, goce de una justificación objetiva y razonable que estimamos no se produce en la redacción del art. 2, último párrafo de la L.O. 6/1984.

Si tenemos en cuenta, además, que el criterio del Juez legal «natural» goza de una protección reforzada por el art. 24, 2.º de la C.E., razones de inmediación del órgano judicial con el sujeto privado de libertad nos permitirían también avalar las dudas que se nos plantean en torno a la virtualidad constitucional de la competencia objetiva del Juzgado Togado Militar en el procedimiento de Habeas Corpus.

Estimamos que el hecho de que cualquier persona pueda ser detenida por la autoridad militar –como ocurre en el caso de Autos que comentamos– sin un previo pronunciamiento sobre la competencia o sobre el carácter militar o civil de la infracción imputada, conculca los más elementales derechos constitucionales y, más concretamente, el derecho a la tutela de su libertad y de sus garantías por parte de un Juez ordinario.

Estimamos que, dada la especialidad de la Jurisdicción militar, la intervención, en la fase de detención, de la Jurisdicción ordinaria garantizaría la efectividad de la tutela jurídica que, constitucionalmente se confiere, con carácter exclusivo, a Jueces y Magistrados.[26]

22. Vid.: SIMÓN, D. *La independencia del Juez.* (traduc. de XIMÉNEZ-CARRILLO, C.), Madrid, 1985; MONTERO AROCA, J. *Independencia y responsabilidad del juez.* Madrid, 1990.

23. Cfr.: MILLÁN GARRIDO, A. *Algunas consideraciones generales sobre la O.L. 4/1987, de 15 de julio...*, trab. cit., p. 118.

24. Vid.: JIMÉNEZ VILLAREJO, J. *Algunos aspectos de la nueva ...*, trab. cit., p. 22, mantiene una opinión opuesta.

25. Vid.: OTTO PARDO, I. de *Estudios sobre el Poder Judicial.* Madrid, 1989, afirma que: «La existencia de predeterminación legal del juez se dirige en primer lugar, aunque no de modo exclusivo, al legislador. La expresión «Juez predeterminado por la Ley» ha de entenderse como exigencia de que sea una ley en sentido estricto, y no un decreto-ley ni las disposiciones emanadas del ejecutivo, las que procedan a esa determinación...» (p. 104).

26. Vid.: ALONSO GARCÍA, E. *Derechos fundamentales y Jurisdicción ordinaria.* En «La garantía constitucional de los Derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia». (obra dirigida por LÓPEZ PINA, A.), Madrid, 1991, pp. 210 a 212.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

DESPACHO ORDINARIO

IDONEIDAD DEL PROCEDIMIENTO A EFECTOS DE LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

MANUEL CACHÓN CADENAS
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

Se transcriben a continuación los dos primeros Fundamentos de Derecho de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo (Sala 1.ª) el 18 de abril de 1990:

Primero. Por demanda que entró a reparto en 3 de octubre de 1985, «RI., SA.», con base en el contrato de 1 de marzo de 1976, por el que arrendó el local C de la planta baja del inmueble sito en la Avda. de B. n.º 5 (fachada a O. n.º 34) de Madrid, Edificio I. M. II, con duración de dos años, en el que devino arrendataria «L., SL.», con fecha 24 de los propios mes y año, pasando a ser la renta mensual, según pacto, de 197.268 ptas. a partir de 1.º de mayo de 1978, solicita que se declare legítimo el incremento de 259.241 ptas. al mes sobre la anterior renta, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a abonarle los incrementos devengados y no satisfechos a partir de 1.º de agosto de 1985, pues que, conforme a la cláusula segunda, párrafos segundo y tercero, «El precio del arrendamiento regirá durante el primer año de plazo convenido y se revisará anualmente, a contar desde la fecha del contrato, en caso de que el arrendatario haga uso de su derecho de prórroga» y «La revisión del

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

precio del arrendamiento se efectuará modificando la renta anual anterior a la fecha de la revisión en el porcentaje en que haya variado en el último año el Índice General del Coste de Vida –Conjunto Urbano– de acuerdo con los datos facilitados por el Instituto Nacional de Estadística», para lo cual remitió notarialmente escrito revisorio, que fue recibido por «L., SL.» el 26 de junio de 1985, al que acompañaba un cuadro resumen y los certificados oficiales del Instituto Nacional de Estadística, cuyo resultado era –teniendo en cuenta los Reales Decretos-Leyes 49/1978, de 26 de diciembre, y 21/1979, de 29 de diciembre– establecer la nueva renta revisada en 456.520 ptas. mensuales o, lo que es lo mismo, 5.478.244 ptas. al año, suponiendo un incremento por los siete años, ya que no se había realizado modificación alguna desde el 1.º de marzo de 1978, de 259.241 ptas. mensuales. Opuesta «L., S.L.» el Juzgado de Primera Instancia acoge la inadecuación del procedimiento en cuanto a la petición de que se condene al pago de las diferencias desde 1.º de agosto de 1985 y aplica a la renta que se venía percibiendo desde 1978 un porcentaje de aumento del 9,7 % lo que arroja una renta actualizada de 216.415 ptas. mensuales, a cuyo pago condena a la demandada desde 1 de marzo de 1985. Apeló «RI., SA.» y se adhirió «L., S.L.» para pedir la condena en las costas de la primera instancia, siendo desestimados ambos recursos y confirmado íntegramente el fallo del Juzgado. Recurre en casación «RI., SA.».

Segundo. El primer motivo del recurso se formula al amparo del n.º 5 del art. 1692 de la LEC y denuncia «que en la sentencia recurrida se infringe, por no aplicación, el art. 153 en relación con el n.º 3 del art. 154, ambos de la citada Ley Procesal Civil, y la jurisprudencia sobre la simultaneidad de la acción de revisión y de reclamación de las cantidades adeudadas por dicho concepto, declarada, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1985, 13 de mayo de 1986 y 25 de noviembre de 1987. Ha de aclararse, en primer lugar, que el recurso de casación por infracción de ley no puede fundarse en normas de carácter procedimental, sino en normas de carácter sustantivo, siendo el cauce adecuado para acusar la vulneración de aquéllas los ordinales 2.º o 3.º del propio artículo 1692 citado; pero, aun prescindiendo de tal aspecto puramente formal, es lo cierto que, en principio, mal puede entenderse infringido el art. 154 en su n.º 3.º, que considera incompatibles, a efectos de su acumulación las acciones que deban ventilarse y decidirse en juicios de diferente naturaleza, ejercitándose en el caso que nos ocupa una acción de revisión de renta y otra de reclamación de las diferencias de las cantidades resultantes de dicha revisión, desde el momento en que la misma ha de producir efecto (1 de agosto de 1985), que, según Juzgado y Au-

diencia, al exceder de quinientas mil pesetas, habría de tramitarse por el procedimiento de menor cuantía y no por el procedimiento incidental aplicable a la primera acción ejercitada; este problema no se presenta enfrentado de modo directo por ninguna de las sentencias que se citan, pues no parece que constituyese motivo expreso de casación en los procedimientos que concluyeron, como tampoco en la sentencia de 29 de enero de 1988 que citó el recurrente, ni en la de 4 de julio de 1989 que alegó la parte recurrida, con independencia de que en muchos de dichos procedimientos se ejercitasen ambas acciones. El problema que sí se ha planteado ante el Supremo, y así lo expresa la Sentencia de 29 de enero de 1988, es el de si la acción revisora «por no ser, aunque propia de la relación arrendataria urbana, reconocida o fundada en la Ley de Arrendamientos Urbanos, el litigio debió sustanciarse conforme a las Leyes Procesales Comunes» o por el procedimiento especial de la LAU, todo ello a la vista del art. 151 de la Ley especial, aspecto que resuelve en el sentido de que «la última Jurisprudencia, significada por las Sentencias de 20 de octubre de 1984, 19 de junio de 1985, 23 de junio y 27 de octubre de 1986, ha admitido tratar por el procedimiento especial este tema de las cláusulas de estabilización, relacionándolo con los arts. 97, 98 y 101 de la repetida Ley», para después añadir que «aunque también se reclaman las rentas devengadas conforme a aquella merced y a la aplicación de la cláusula, con todo parece que el núcleo de la discordia movida se halla en la cláusula, por lo que debe reputarse que el procedimiento seguido es el adecuado y desestimarse... la inadecuación del mismo»; no se plantea, pues, idéntico caso al que nos ocupa, aunque también se reclamaban dos millones y pico de pesetas por la diferencia entre lo pagado y lo adeudado, consistiendo la divergencia en que en aquel caso el motivo impugnaba el procedimiento seguido para la revisión (cláusula estabilizadora) y en éste el procedimiento seguido para el cobro de las diferencias; mas como lo adeudado es consecuencia de la cláusula revisora, sin posibilidad de discutir el nexo causal; igual que se alude a tal cláusula en los artículos citados se alude a la renta y obligatoriedad de su pago a todo lo largo de la LAU; habiéndose discutido el problema de la cuantía y de lo adeudado, parece obvio que remitir en parte a un nuevo procedimiento frustraría el principio constitucional de la tutela judicial efectiva, al no darse respuesta eficaz a problemas conexos y accesorios, cayendo en un «peregrinaje de procedimientos» que también trató de evitar la jurisprudencia anterior al considerar idóneo al proceso especial para resolver los problemas que planteaban las cláusulas estabilizadoras. Por todo lo dicho, el motivo tiene que ser acogido, en su esencia de admitir la acumulación.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

1. El supuesto de hecho que dio lugar a esta sentencia entra dentro de la categoría de los que podríamos denominar casos cotidianos: el arrendador hace valer la oportuna cláusula de estabilización de la renta; el arrendatario se niega a aceptar el incremento pretendido por aquél; y el conflicto desemboca en los tribunales. En su demanda, el arrendador viene a pedir dos cosas: que se declare la legitimidad del aumento de la renta y que, en consecuencia, se condene al arrendatario a abonar la diferencia entre la cantidad pagada y la adeudada conforme a esa revisión. Hasta aquí todo parece discurrir por cauces normales.

Pero el arrendatario sabe que el camino de la acción es lento y costoso, y que el tiempo juega a su favor. Así pues, decide interponer algún obstáculo complementario. A tal fin, echa mano del arsenal de defensas procesales. En materia de arrendamientos urbanos, la caótica y deplorable proliferación de procedimientos especiales alcanza una de sus máximas cotas. Por tanto, no es difícil elegir la excepción oponible: inadecuación del procedimiento.[1]

Sobre poco más o menos, el razonamiento podría enunciarse en los términos que siguen. Puesto que estamos ante un contrato de arrendamiento de local de negocio sometido a la legislación especial, quizá sea correcto que la acción dirigida a lograr la revisión de la renta se tramite a través del procedimiento de los incidentes (art. art. 126,1 LAU). Pero la acción de condena encaminada a obtener el pago de las rentas devengadas en virtud de la revisión está incluida en el ámbito de aplicación del art. 151 LAU: «cuando la acción, aunque propia de la relación arrendaticia urbana, no se fundamente en derechos reconocidos en esta Ley, el litigio se sustanciará conforme a lo dispuesto en las Leyes procesales comunes». De acuerdo con esta norma, la pretensión de condena tiene que ventilarse por el cauce del juicio declarativo ordinario correspondiente a la cuantía reclamada. En consecuencia, el procedimiento incidental promovido por el demandante resulta inadecuado respecto de dicha acción de condena. A su vez, dado que los procesos previstos para sustanciar ambas acciones son de diferente naturaleza (declarativo ordinario el uno, incidental el otro), es improcedente la acumulación de acciones realizada por el actor (arg. art. 154,3.º LEC).

La alegación del demandado tiene éxito ante el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia, que se pronuncian sobre la cuestión de fondo

1. Me interesa dejar claro que no está en mi ánimo, ni con referencia a este caso ni respecto de supuestos similares, emitir un juicio de valor sobre la conducta profesional del abogado que, en beneficio de los intereses de su cliente (el demandado), utiliza las diversas posibilidades defensivas que le brinda el ordenamiento jurídico.

relativa a la petición de revisión de la renta, pero se abstienen de entrar a resolver la pretensión de condena. Por el contrario, el Tribunal Supremo entiende que el procedimiento seguido es el adecuado con relación a las dos acciones ejercitadas por el arrendador.

2. En mi modesta opinión, la solución adoptada por el TS resulta acertada. La doctrina tradicional relativa al tema de la adecuación del procedimiento debe ser revisada en profundidad, tanto por razones constitucionales como por necesidades prácticas.[2] Naturalmente, me refiero a los supuestos ordinarioss, esto es, a aquellos en los que se trata de escoger, entre los diferentes procedimientos previstos en la ley, el idóneo para tramitar una determinada demanda.[3] Esto no significa destruir la noción de procedimiento, ni implica excluir la exigencia de que el proceso se desenvuelva con arreglo a unas normas previamente determinadas por el legislador. Propugnar tales objetivos sería, entre otras cosas, inconstitucional (art. 117,3 CE). Ahora bien, dicho esto, se ha de reconocer que seguir un proceso durante varios meses o años, para encontrarse al final con una sentencia de absolución de la instancia por inadecuación del procedimiento, entraña un resultado manifiestamente contrario a los principios de eficacia y economía procesales. No podemos olvidar que el proceso, como dice Ramos, «es siempre un tema instrumental en lo referente a la tutela jurídica y... no es ni el objetivo ni la finalidad de la propia tutela efectiva de la Constitución».[4] En el fondo, la principal causa del problema, o sea, la profusión de procedimientos especiales, constituye una manifestación más de un defecto sobradamente conocido: el formalismo procesal.[5] Esta es la cuestión esencial.[6]

2. No quisiera efectuar afirmaciones imprudentes. Pero acaso también convendría prestar más atención al dogma en el que se apoya aquella doctrina: la inclusión de las normas procesales en la esfera del orden público o, si se prefiere, en el ámbito del derecho necesario. Una cosa es que este principio deba mantenerse como simple regla general y otra, muy distinta, convertirlo en un postulado que imponga inexorablemente todas las consecuencias que, en ocasiones, se le atribuyen.

3. Surgiría una hipótesis radicalmente distinta si se intentara sustanciar una pretensión al margen de cualquier procedimiento legal. Estos casos excepcionales quedarían englobados en la causa de nulidad prevista en el art. 238, 3.º LOPJ. Acerca del alcance de esta norma, *vid.*, VERGÉ GRAU, *La nulidad de actuaciones* (edición revisada por el Profesor D. MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ), Barcelona, 1987, pp. 86 y ss.

4. RAMOS, *La reforma de los procesos civiles especiales*, en «Justicia», 1990, II, p. 266.

5. En este sentido, señala RAMOS, *op. cit.*, p. 264, que «los países latinos somos más dados a esta superabundancia de formas, a tener una cierta riqueza a la que

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Indudablemente, una solución satisfactoria del problema requiere diversas modificaciones legales. Entre éstas, y en primer lugar, figura la supresión de muchos procedimientos especiales cuya existencia carece de justificación. Asimismo, sería necesario variar el tratamiento procesal de la inadecuación del procedimiento.[7] Pero, entre tanto, algo se puede hacer.

no queremos renunciar. Sin embargo, tengo la firme convicción de que en los momentos actuales esto es absurdo».

6. Si cada uno es hijo de sus obras, no lo es menos de sus lecturas. Cada vez que pienso en el problema del formalismo procesal, me viene a la memoria, a modo de ejemplificación casi grotesca, el episodio que trae a colación SATTA, extraído de fuentes antiguas mencionadas por el propio autor. No lo reproduzco en su versión original, sino en la traducción castellana debida a SENTÍS MELENDO: «Poca importancia tiene el escribir el *hablando a* al principio o al final del acto de citación. Lo esencial es no omitirlo. Pero como a menudo el acto de citación se entrega al ujier, y sea por la parte, ya sea por su patrocinador, escrito de puño y letra de aquélla o de éste; como se describen las palabras *hablando a*, dejando un cierto espacio en blanco para llenarse por este oficial ministerial, él debe estar atento a escribir en línea recta, a continuación de dichas palabras, y nunca en otro lugar del acto, el nombre, el apellido, o la cualidad de la persona a la que entrega la copia; en otro caso, el acto de citación debería ser declarado ineficaz, como ocurrió en una causa (resuelta por la Corte de Bruselas el 26 de junio de 1803) en que el nombre de la persona que había recibido el acto estaba escrito en el cuerpo del mismo dos líneas más arriba del lugar donde estaba escrito el *hablando a*» (*Vid.*, SATTA, *El formalismo en el proceso*, en «Derecho procesal civil. Soliloquios y coloquios de un jurista», trad. de SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1971, III, p. 49). Perdón por la larga cita. Pero sería muy triste pensar que los futuros juristas, al dirigir su atención a nuestra actual excepción de procedimiento inadecuado, vaya a experimentar un sentimiento similar al que provoca en nosotros la lectura de ese relato.

7. No es esta la ocasión oportuna para entrar en detalles. Pero, aunque sea de forma sucinta, pueden apuntarse algunas líneas generales. Tal vez, el tratamiento procesal más conveniente fuera el propio de una cuestión previa, a suscitar únicamente *in limite litis*, y que debería solventarse mediante resolución irrecurrible. No creo que esta propuesta sea excesivamente heterodoxa. Al fin y al cabo, supondría, en esencia, generalizar los criterios que inspiran la regulación contenida en los arts. 492 a 495 LEC, que hoy sólo son aplicables en un supuesto muy concreto. Esto no quiere decir que esos preceptos deban reproducirse al pie de la letra. Solamente se pretende indicar que dichas normas ofrecen elementos aprovechables *de lege ferenda*. Por otra parte, parece preferible que la declaración de inadecuación del procedimiento no produzca la extinción o terminación del proceso. En aplicación del principio de conservación de los actos procesales, bastaría la transformación del procedimiento, reponiendo las actuaciones al momento de la admisión a trámite de la demanda y manteniendo, por tanto, la validez de dicha demanda. Cuando, excepcionalmente, la demanda del proceso declarado inadecuado no reúna todos los requisitos formales exigidos respecto de la demanda del procedimiento que se considere idóneo, sería suficiente conceder al actor un breve plazo para que pueda subsanar aquella deficiencia.

Nada obsta para que se admita, además, la posibilidad de que el órgano jurisdiccional declare de oficio la inadecuación del procedimiento, a condición de que esta forma de control procesal no pueda utilizarse con posterioridad a la admisión

Ante la negligencia o la falta de pericia del legislador, la jurisprudencia debe buscar algunos remedios que, como mínimo, alivien algo la situación. En fechas recientes, algunos autores han abogado por suprimir en la práctica la excepción de procedimiento inadecuado.[8] Seguramente, desde el punto de vista del derecho positivo vigente, no sea posible, *en términos absolutos*, una solución tan drástica. Pero lo menos que se puede pedir es intentar restringir, por vía interpretativa, la noción y los efectos de la inadecuación del procedimiento dentro de los límites que permite el actual ordenamiento procesal.[9]

Por lo pronto, una concepción totalmente uniforme del problema de la idoneidad del procedimiento no se corresponde con la realidad. Nada habría que objetar si sólo pudiéramos recurrir a soluciones extremas –obviamente, inaceptables sin más–, como serían, de un lado, autorizar a las partes o al juez para que regularan discrecionalmente el procedimiento, y, del otro, sancionar con nulidad cualquier transgresión de las normas procedimentales. Entre ambos polos, cabe una rica y variada gama de posibilidades, que habrá que utilizar en función del concreto supuesto planteado. Tratándose de esta clase de problemas, es enorme la disparidad existente entre las diversas hipótesis imaginables. No cabe descartar, *a priori*, la posibilidad de incurrir en una inadecuación del procedimiento a pesar de disponer de una norma legal que fije con claridad la tramitación que se debe seguir. Es evidente que este supuesto tiene muy poco que ver con aquellos casos en los que la regulación legal es sumamente oscura y enrevesada, hasta el punto de que los propios especialistas sostienen opiniones divergentes en cuanto al procedimiento idóneo.[10] En esta situación

a trámite de la demanda.

Por supuesto, soy consciente de que estas u otras modificaciones semejantes servirían de bien poco si no se insertan convenientemente en el contexto de la reforma global del ordenamiento procesal.

8. *Vid.* RAMOS, *op. cit.*, p. 266; MUÑOZ SABATÉ, *Acabemos con la excepción de proceso inadecuado*, en «Revista Jurídica de Catalunya», 1991, pp. 569-571.

9. Incluso sin rebasar las limitaciones derivadas del derecho vigente, la aplicación rígida del concepto de *ius cogens* al tema de la adecuación del procedimiento no parece avenirse muy bien con aquellas disposiciones legales que, reiteradamente, admiten la posibilidad de que las partes se pongan de acuerdo en cuanto al procedimiento a seguir (así, por ejemplo, los arts. 493, 494 y 693, 1.ª LEC).

10. Insisto en que la finalidad perseguida no es la devaluación del derecho procesal, sino todo lo contrario. La observancia de las normas procesales es algo mucho más serio que esa especie de juego de adivinanzas al que, como consecuencia de una defectuosa regulación legal, debe someterse con frecuencia el justiciable, a fin de dar con el procedimiento adecuado. Al referirse a este problema MUÑOZ SABATÉ, *op. cit.*, p. 569, llega a afirmar que «muchas veces... la única o mejor solución aconsejable para acertar el llamado "cauce idóneo" pasa por echar una moneda al aire o confiar que el buen sentido del juez resuelva lo que no deja de constituir una auténtica aporía».

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

se encuentran los procesos concernientes a arrendamientos urbanos, habiéndose agravado la cuestión tras la desaparición de los Juzgados de Distrito.[11]

Por otra parte, la elección entre uno u otro de los procedimientos previstos en la ley carecerá, por regla general, de trascendencia con relación a las garantías procesales de carácter fundamental, que, por supuesto, han de quedar a salvo en todo caso. En fin, tras la supresión de los Juzgados de Distrito, la falta de idoneidad del procedimiento no irá acompañada, normalmente, de la infracción de preceptos atinentes a la competencia objetiva y funcional.

3. La sentencia que nos ocupa intenta seguir, con moderación y cautela, la orientación a que se ha hecho referencia. De esta forma, se esfuerza en poner de relieve los vínculos que median entre las dos pretensiones formuladas por el demandante, a fin de justificar un tratamiento procesal conjunto de ambas. No sé si se podría avanzar más en esta línea argumental. En el caso resuelto por la sentencia, se deducen, formalmente, dos pretensiones. Pero quizás, bajo esa apariencia, haya una sola acción, esto es, la acción de condena dirigida a obtener el pago de las sumas adeudadas a causa de la revisión de la renta. Como cualquier otra pretensión de esta índole, llevaría implícita una petición declarativa, enderezada a conseguir que se reconozca judicialmente el derecho del actor a la prestación sobre

11. El problema no afecta exclusivamente a aquellos supuestos que podríamos considerar raros o anecdóticos. Pensemos, por ejemplo, en un abogado que, poco después de la supresión de los Juzgados de Distrito, ha tenido que formular una demanda de resolución del contrato de arrendamiento de una vivienda, basándose en la causa prevista en el art. 114,11 en relación con el art. 62,1.º LAU. Nuestro abogado sabe que la competencia objetiva corresponde ahora a los Juzgados de Primera Instancia, pero duda en lo referente al procedimiento adecuado, pues se le ofrecen, al menos, dos opciones: *a)* promover el procedimiento previsto con carácter general para los litigios atribuidos a la competencia de aquel tipo de órganos jurisdiccionales (procedimiento de los incidentes, según el art. 126,1 LAU); *b)* incoar el procedimiento establecido genéricamente para los asuntos que, con anterioridad, se asignaban a la competencia de los Juzgados de Distrito (juicio de «cognición», conforme al art. 125 LAU). En tal caso, no parece irrazonable consultar los manuales de Derecho procesal. Y, entonces, el letrado comprueba, con desasosiego, que los expertos mantienen posturas discrepantes. Supongamos que el abogado se dedica por uno de aquellos procedimientos. Pasa el tiempo y llega la sentencia temida: el procedimiento seguido no es el adecuado. Ahora el abogado ha de enfrentarse con otro trago no menos amargo: comunicar a su defendido el resultado del proceso. Y al profano le resultará difícil convencerse de que un abogado mínimamente diligente no sea capaz siquiera de encontrar el procedimiento apropiado para tramitar su petición ante los tribunales. Entendámonos bien. El problema principal no es de carácter profesional o corporativo. Está en peligro algo –y no importa que se considere un tópico– más grave: la confianza del ciudadano en el sistema de administración de justicia.

la que versa la condena. En este tipo de supuestos, tal pretensión declarativa tendría por objeto el reconocimiento judicial de la legitimidad o procedencia del incremento de la renta postulado por el arrendador. Al tiempo de entablar el proceso, el arrendador ya ha hecho uso de la cláusula de estabilización de la renta. Este es un dato que no se puede dejar de lado.

No obstante, entre los diversos argumentos aducidos en la sentencia, me parece que el más relevante, por su alcance general y por su posible fuerza expansiva respecto de otros supuestos, es el que figura mencionado en último lugar: incurrir en un «peregrinaje de procedimientos» supone un grave ataque a la economía procesal y choca con el principio constitucional de la efectividad de la tutela judicial.[12] Ahora bien, la exigencia de eficacia procesal ha de ponerse en relación, en estos casos, con el principio se convierta en una simple declaración programática, alguna incidencia deberá tener en la cuestión citada. El grado de exactitud y rigor exigible en el cumplimiento de la ley no puede prescindir de la naturaleza del problema planteado, ni puede pasar por alto la situación legal existente. Todos estaremos de acuerdo en que la determinación del procedimiento adecuado para hacer valer un derecho ante los órganos jurisdiccionales es una cuestión básica y prioritaria. Por consiguiente, el legislador debe resolver el problema con absoluta claridad. Pero ya sabemos que hay casos en los que la normativa legal resulta extraordinariamente confusa a la hora de dilucidar el procedimiento idóneo, de suerte que provoca dudas fundadas entre dos o más procedimientos. Cuando estemos ante uno de estos supuestos, se ha de considerar adecuado cualquiera de los procedimientos en conflicto. Sostener lo contrario equivaldría a suponer que la ley establece diversos procesos, en particular los procesos especiales, con el propósito de entorpecer la obtención de la tutela judicial efectiva.

Las consideraciones precedentes son aplicables en materia de arrendamientos urbanos, y especialmente al problema planteado en esta sentencia. Si nos fijamos en la acción de condena ejercitada por el arrendador, comprobamos que no es fácil averiguar si se «fundamenta» o no en la LAU, según los términos en que se expresa el art. 151 de dicho texto legal. Por un lado, falta en esa Ley especial una regulación explícita, formal y completa del ejercicio de la acción de condena indicada. Por otra parte, cabe recordar que la acción de condena pretende en este caso el pago de la

12. Por lo demás, no es la primera vez que el TS alude a este argumento al resolver la cuestión de la idoneidad del procedimiento en materia de arrendamientos urbanos. *Vid.*, por ejemplo, la STS 29 enero 1988, citada en la resolución objeto de esta nota.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

renta, o sea, el cumplimiento de una obligación que, además de venir mencionada a lo largo del articulado de la LAU (como señala la sentencia), constituye uno de los elementos esenciales del contrato de arrendamiento. Algo bastante parecido ocurre con la otra pretensión formulada por el arrendador. Entiendo que, por las razones expuestas, tanto una acción como la otra pueden ser ejercitadas, bien mediante el procedimiento especial previsto al efecto en la LAU, bien a través del juicio declarativo ordinario correspondiente a la cuantía de la demanda. A su vez, partiendo de las mismas premisas, se ha de admitir la acumulación de ambas acciones en cualquiera de los procedimientos indicados. De hecho, éste es el criterio que ha adoptado implícitamente la jurisprudencia en numerosos supuestos relativos a esta materia. La propia sentencia que comentamos cita varias resoluciones del TS y reconoce que, en muchos de esos procesos, se ejercitaron las dos acciones. A esto se ha de añadir que los órganos jurisdiccionales que conocieron de tales casos se pronunciaron, a menudo, sobre las cuestiones de fondo concernientes a las dos pretensiones propuestas, sin que se suscitaran problemas de adecuación del procedimiento.

4. Otra interesante cuestión se planteaba en este caso. Una vez que el TS estimó el recurso de casación, por entender, en contra de la tesis sustentada por el Juzgado y la Audiencia, que el procedimiento seguido era el idóneo, debía optar entre remitir las actuaciones al órgano jurisdiccional *a quo* o pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto.

El problema se complica si se tiene en cuenta que, con anterioridad a la reforma de 1984, la inadecuación del procedimiento no figuraba incluida entre la extensa relación de motivos en que podía basarse el recurso de casación. Además, el tenor literal de la ley sirve de poca ayuda, dada la imprecisión e insuficiencia de la fórmula utilizada por el art. 1715, I, 1.º LEC: «se dejará a salvo el derecho a ejercitar las pretensiones... por el procedimiento adecuado»; en efecto, la hipótesis que la ley parece tomar en consideración es, precisamente, la opuesta a la que se produce en este caso, por cuanto el TS juzga adecuado el procedimiento seguido. Por si esto fuera poco, el propio TS admite que resulta dudoso si el motivo de casación invocable en estos supuestos es el previsto en el núm. 2 del art. 1692 LEC (se trata del submotivo de inadecuación del procedimiento) o, por el contrario, el contemplado en el núm. 3.º del mismo art. 1692 LEC.

En opinión de Serra, si el Tribunal de Casación entendiera, en contra de la sentencia recurrida, que el procedimiento seguido era el adecuado, revocará dicha sentencia, resolviendo sobre el fondo del asunto.[13] Esta es

13. SERRA, *Comentario al art. 1692 LEC*, en «Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», coord. Valentín Cortés, Madrid, 1985, p. 838.

la solución adoptada por el TS en el presente supuesto. No hay duda de que es el criterio más acorde con la economía procesal. Por ello, se ha de considerar preferente, siempre que la aplicación del mismo resulte posible. Esto es lo que sucederá cuando, al tiempo de resolverse el recurso de casación, ya ha quedado completada en el proceso la instrucción de la causa en cuanto a las cuestiones de fondo, de manera que las partes han tenido la oportunidad de efectuar alegaciones y aportar pruebas sobre aquellas cuestiones. Si dicha instrucción está incompleta, será difícil evitar la devolución de las actuaciones al órgano jurisdiccional *a quo*.[14]

14. Supongamos, por ejemplo, que se promueve un juicio de menor cuantía y el demandado alega la inadecuación del procedimiento en la contestación a la demanda. Se celebra la comparecencia previa y el juez dicta auto declarando la improcedencia del juicio de menor cuantía. El demandante recurre en apelación, pero la Audiencia confirma el auto del Juzgado. Si se interpone recurso de casación contra la resolución de la Audiencia (art. 1689 en relación con el art. 1687, 1.º LEC), la instrucción de la causa, en lo atinente a las cuestiones de fondo, aún no se habrá completado, ya que las partes no han podido proponer y practicar prueba. Si el Tribunal de Casación acoge el recurso, por considerar que el juicio de menor cuantía es el adecuado, tendrá que decretar la correspondiente reposición de actuaciones.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

JURISPRUDENCIA ARBITRAL

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO:

1. Omisión de pronunciamiento en laudo y juicio declarativo posterior: JPI n.º 7 Barcelona, S 21 diciembre 1988; AP Barcelona, S 17 mayo 1990; TSJ Catalunya, S 4 marzo 1991; 2. Formalización judicial de arbitraje: Derecho transitorio; JPI n.º 21 Barcelona, A 21 julio 1989; Laudo arbitral interlocutorio de 20.12.1989; JPI n.º 6 Barcelona, A 19 julio 1990; 3. Formalización judicial de arbitraje: Imposibilidad de sustituir árbitro nombrado directamente por las partes: JPI n.º 5 Barcelona, A 1 diciembre 1989; AP Barcelona, A 20 julio 1990; 4. Anulación del laudo: limitaciones: AP Madrid, S 14 septiembre 1990; 5. Arbitraje y medidas cautelares: JPI n.º 22 Barcelona, P 8 octubre 1990; JPI n.º 22 Barcelona, A 30 noviembre 1990; AP Barcelona, A 24 mayo 1991.

1. OMISIÓN DE PRONUNCIAMIENTO EN LAUDO Y JUICIO DECLARATIVO POSTERIOR

JPI n.º 7 Barcelona S 21.12.1988

SENTENCIA

En la Ciudad de Barcelona, a veintiuno de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

El Ilmo. Sr. Don Fco. Javier Pereda Gámez, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número siete de los de Barcelona; habiendo visto los presentes autos de Juicio Declarativo de Mayor Cuantía, promovidos a instancias de Eduardo contra Don Pedro.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Que la meritada representación de la parte actora, formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual manifiesta que D. Juan falleció en Barcelona en 25 de octubre de 1983, y otorgó testamento con fecha 27 de febrero de 1963, en el que lega a su esposa D.ª Pilar, y a sus hijos por partes iguales, en pago de todos sus derechos legitimarios, y en lo que exceda, a título de liberalidad: *a)* los bienes adquiridos como herencia de su padre, y de los que puede disponer libremente al fallecer el señor otorgante con hijos legítimos; *b)* todos aquellos otros bienes que, en virtud de la facultad concedida por su padre al Consejo de Familia, hubieren sido exonerados del gravamen sustitutorio, al fallecer el señor otorgante; *c)* el importe de todos los gastos extraordinaros, mejoras, y demás, satisfechos por el señor otorgante en las fincas que su señor padre le donó o prelegó bajo fideicomiso; *d)* el importe de todos los gastos, que haya satisfecho el señor otorgante por razón de los bienes que su señor padre le donó; *e)* todos los bienes libres, valores y metálico, que hubiesen adquirido por cualquier título, a excepción de la casa y terrenos sito en la calle de T. de S., y del mobiliario existen en la casa núm. 143 de la calle de C. de esta ciudad. Que instituye por su único y universal heredero, a su hijo Pedro, y era voluntad de D. Juan que todos sus bienes de libre disposición fueran distribuidos entre su esposa y sus diez hijos por partes iguales, designando heredero a su hijo Pedro, únicamente en lo que correspondía a éste en méritos del fideicomiso puro establecido en la donación de su padre. Favorecía además a dicho Pedro con un prelegado de una finca concreta y de los mobiliarios de otra finca. Y excluía a su esposa, de participación en las fincas de F. Que por sorpresa y sin previo aviso, el heredero Don Pedro se apresuró a otorgar en Barcelona, el día 12 de abril de 1984, escritura de inventario, en la que incluía como de su propiedad todos los bienes adquiridos por el testador por herencia de su padre D. Ignacio, contraviniendo la cláusula segunda, *a)* del testamento; que la tesis fue la de que dichos bienes habían sido objeto de una sustitución fideicomisaria condicional, para el supuesto de fallecer el testador sin hijos, y dicha interpretación era radicalmente contraria al testamento; que la supervivencia de los hijos excluía el fideicomiso condicional y permitía al testador recuperar su facultad de testar; que distinguía claramente el testador dos clases de bienes: los heredados de su padre, bajo fideicomiso condicional, que quedaba sin efecto al fallecer con hijos, y los donados por su padre con fideicomiso puro, de los que no pudiendo disponer libremente designaba heredero a su hijo; que se limitaba al heredero a aceptar la herencia a beneficio de inventario, pero sin hacer la menor reserva de las legítimas; que sus mandantes, pensaron en deferir a los árbitros. Que acompaña el Laudo Arbitral emitido en Barcelona en 13 de junio de 1985; que en el Laudo arbitral; *a)* se decidían los árbitros que formaban parte de la herencia del heredero Don Pedro no sólo los bienes incluidos en el fideicomiso condicional; *b)* dejaban sin resolver la determinación de las mejoras y gastos; *c)* en cambio, determinaban el importe de los frutos y rentas de los bienes legados y *d)* por último, fijaba la

compensación por gastos de herencia. Que sus mandantes, interpusieron recurso de nulidad, actualmente pendiente ante la Sala 1.ª del Tribunal Supremo. Que existen gran número de cuestiones no sometidas a arbitraje o no resueltas en el mismo, que necesitan urgente resolución; *a)* entrega de los bienes legados a sus mandantes, *b)* determinación de las mejoras y gastos extraordinarios efectuados en los bienes fideicomitidos; *c)* abono del complemento de legítima adecuado a sus mandantes, y *d)* pago de la cuarta vidual a D.ª Pilar; que dichas cuatro cuestiones, son planteadas en el proceso. Que distingue cinco clases diversas de bienes relictos: 1) bienes heredados de su padre Don Ignacio (Fideicomiso condicional), por testamento de 27 de febrero de 1947 («prelego todos los inmuebles, créditos, activos y pasivos existentes en los territorios de los Juzgados de primera instancia de S. y de T.»); 2) bienes donados por su padre D. Ignacio bajo fideicomiso electivo puro. En 11 de enero de 1946, otorgó escritura de donación a favor de sus hijos, y entre otras «Casa R.» sita en B, C/ C., sobre la que construyó luego varios edificios, un canódromo y unas pistas de tenis, y la finca donada, estaba sujeta a un fideicomiso electivo; a un solo varón; 3) bienes prelegados D. Pedro; D. Juan había prelegado la casa y terrenos sitos en la calle de S. y el mobiliario sito en la calle de C.; 4) bienes libres procedentes de la herencia de D.ª Pilar y adquiridos por D. Juan, legados indiscutiblemente a los diez hijos y a su esposa; 5) la herencia de D. Juan tiene por tanto un valor mínimo inventariado de 149.683.667 ptas. y un valor máximo de 1.380.233.563 ptas, valorándola el heredero en la suma de 667.281.975 ptas. Que pese a lo indicado en el Laudo arbitral, lo cierto es que D. Juan tenía la intención de repartir sus bienes en partes iguales entre su esposa e hijos, con la única excepción de los integrantes del fideicomiso puro, que ante la expresa voluntad del donante, debía entregar a uno solo de sus hijos, prefiriendo al respecto al mayor de edad, simplemente para no efectuar una elección que debiera discriminar a los otros. Que interesa destacar la carta de fecha 1 de noviembre de 1970, dirigida a su hijo Pedro. Que además, D. Juan había constituido con sus hijos diversas sociedades, a las cuales cedía la propiedad del terreno, encargándose acto seguido de su edificación, con lo que se conseguía el deseado propósito igualatorio. Que el testador había redactado de puño y letra el proyecto de división de bienes que se acompaña como documento número trece. Que entre las mejoras realizadas por D. Juan en los bienes objeto del fedeicomiso, y en el mismo solar de «Can R» se ubica el conocido C., y el último alquiler mensual pactado en el contrato de 1 de enero de 1976, era de 235.000 ptas., siendo el importe total de las mejoras, la suma de 364.702.712 ptas. Que la posesión de las fincas cedidas en legado a cada uno de sus mandantes, no han sido todavía entregadas por el heredero. Solicita asimismo, subsidiaria reclamación de complemento de legítima y cuarta viudal de D.ª Pilar, cuyo importe de la cuarta marital asciende a la suma de 121.594.400 pts. Y tras fundamentación en derecho, termina suplicando al Juzgado que dicte sentencia en la que: 1.º) Se condene a D. Pedro a satisfacer a cada uno de sus hermanos, y a su madre tres millones ciento cincuenta y cuatro mil setecientas noventa y dos pesetas (33.154.792

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ptas.) en concepto de pago del legado de mejoras y gastos extraordinarios efectuados por D. Juan en los bienes objeto del fideicomiso; 2.º) Se condene igualmente a D. Pedro, a abonar a cada uno de sus mandantes, reseñados en el pedimento anterior, la total suma de cuatrocientas setenta mil setecientas ochenta y seis pesetas (470.786 ptas.) onceava parte del líquido metálico de la herencia, una vez satisfechos los gastos de la misma; 3.º) Se condene igualmente a Don Pedro a abonar a sus mandantes la posesión de las fincas que fueron objeto del legado de D. Juan reseñadas en el Hecho séptimo, apartado 4, y más extensamente en el Fundamento de Derecho IV, así como a rendir cuentas de su administración desde el fallecimiento del testador. 5.º) Se declare el derecho de sus mandantes a no continuar en la indivisión de las fincas señaladas de apartados a) a p) en el Fundamento de Derecho IV, y en sus méritos se proceda a su división entre sus mandantes y el demandado, formando lotes de valor sensiblemente idéntico, y de no ser por ello posible procediendo a su venta en subasta pública y distribuyendo su importe entre sus mandantes y el demandado; 6.º) Subsidiariamente, para el supuesto de que el importe de la condena a favor de cada uno de sus mandantes, a que hace referencia los pedimentos 1.º, 2.º y 4.º, este último limitado al valor de los bienes inmuebles legados, no alcanzara la suma de treinta y cuatro millones quinientas cinco mil ochocinetas treinta y nueve pesetas (34.505.839 ptas.) a que asciende la legítima de cada uno de los hermanos se condene al heredero Don Pedro a completar la legítima de su mandantes hasta dicha suma, así como a abonar los intereses de dicho complemento desde el fallecimiento de D. Juan; 7.º) Se declare el derecho de D.ª Pilar a percibir la cuarta viudal en la herencia de su esposo D. Juan; 8.º) se condene a D. Pedro a formar un lote integrado por la cuarta parte de los bienes inmuebles de la herencia, previa deducción del valor a que asciendan los legados dispuestos a favor de D.ª Pilar; con la prevención que, de no formarlo en el plazo que se le conceda al respecto, será formado judicialmente; 9.º) Se condene a D. Pedro a otorgar escritura en la que se ceda a D.ª Pilar la propiedad de los bienes comprendidos en dicho lote, si en el plazo que prudencialmente se le conceda no ejercita la opción a abonar el importe del valor equivalente de dichos bienes en el momento de efectuar el pago; 10.º) Se condene igualmente a D. Pedro a abonar a D.ª Pilar la cuarta parte de los frutos obtenido por los bienes inmuebles de la herencia, desde el fallecimiento de D. Juan, en 25 de octubre de 1983, hasta la efectiva entrega de la cuarta vidual; 11.º) Se condene a D. Pedro al pago de las costas del presente juicio.

Segundo. Que admitida a trámite, se dispuso el emplazamiento de la parte demandada, para que en el término legal, compareciere en autos asistida de Abogado y Procurador, lo cual verificó. Por la representación de la parte demandada comparecida, se contestó a la demanda, manifestando que es difícil encontrar precedente en la historia judicial española de pleito más inútil y temerario que el que ha sido planteado. Que D. Juan otorgó testamento con fecha 27 de febrero de 1963. Que no es correcta la interpretación que de dicho testamento se efectúa en la demanda; la única interpretación válida del citado testamento es la que se contiene en el laudo arbitral otorgado por D. José, D. Juan y D. Jaime, el 13 de junio de 1985; que su mandante y heredero designado, recibía los bienes sujetos a fideicomismo puro y también los afectados por el mobiliario condicional, además del prelegado, y todo el mobiliario de la casa de la calle C. de esta ciudad, y su parte en el legado. Que el 12 de abril de 1984, su mandante otorgó escritura de inventario, y no hizo más que cumplir un precepto fiscal y evitar recargo del 5 por ciento de la cuota; en cuanto a las legítimas, era inútil hacer reserva alguna ya que tal reserva existe por imperativo legal. Que el 21 de marzo de 1985, su mandante y los actores otorgaron escritura de compromiso de arbitraje; que su mandante aceptó otorgar la escritura de compromiso, con ánimo de mantener la armonía familiar; que las cuestiones o extremos sometidos al arbitraje cumplían el propósito de resolver todas y cada una de las cuestiones derivadas de la herencia. Que es rotundamente falso el que los hoy actores no tuvieron oportunidad de ser oídos y de proponer prueba en el procedimiento arbitral; que el fallo daba cumplida respuesta al encargo hecho por los compromitentes, y los árbitros, actuando con suma prudencia, no determinaron el importe de los gastos extraordinarios, mejoras, maquinaria agrícola, ganado y demás satisfechos por el testador en las fincas que su padre, D. Ignacio, le donó o prelegó bajo fideicomiso; y tampoco el importe de todos los gastos, tanto ordinarios como extraordinarios, que haya satisfecho el mismo por razón de los bienes que su padre le donó con fideicomiso puro «por carecer los árbitros de pruebas suficientes para ello»; que actualmente nos hallamos en la misma situación, ya que los actores tampoco proporcionan prueban suficientes sobre estos extremos. Que los actores hacen un inventario de cuestiones, no sometidas a arbitraje: *a)* Entrega de los bienes legados a sus mandantes. Esta cuestión está ampliamente contemplada en las escritura de compromiso de arbitraje donde se articula una segunda fase del arbitraje, una vez firme y ejecutivo el laduo, para la distribución de los bienes integrantes del legado, dividiéndolos en los lotes correspondientes y adjudicándolos definitivamente (cláusula quinta); *b)* Determinación de las mejoras y gastos extraordinados efectuados en los bienes fideicomitidos; *c)* Abono del complemento de legítima adeudado a sus mandantes. No existe tal complemento de legítima, y d) Pago de la cuarta vidual. No concurren en la misma los requisitos que la Compilación exige para formular tal pretensión. Que rechazan la clasificación de los bienes que caprichosamente efectúan los actores, también el juego de valoraciones efectuadas de forma unilateral. Que en vida, D. Juan hizo las siguientes donaciones, de las cuales excluyó siempre a su mandante: *a)* Finca sita en V. intitulada a favor de la sociedad M. S.A. de la cual eran, y probablemente lo son hoy, accionistas todos los actores, no habiendo formado parte de la misma nunca su mandante; *b)* finca denominada «Can D.», que fue permutada por viviendas y locales comerciales, recibiendo cada uno de los hermanos de su mandante cuatro viviendas y la madre, cuatro viviendas, un local comercial y una parte indivisa en el aparcamiento. De dichas donaciones su mandante nada recibió; por otra parte, todos los actores son ac-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cionistas de la sociedad «Z S.A»; *c)* Don Juan aportó a la sociedad «M, S.A.», de la cual forman parte todos los actores, tres fincas en S. y una en B. y no habiendo sido beneficiado su mandante por esta liberalidad. Que los actores no justificaron o no aportaron pruebas de las mejoras realizadas por D. Juan en los bienes objeto del fideicomiso, y es falso que la libreta en la cual D. juan llevaba un control de los gastos que efectuaba en los bienes fideicomitidos, quedara en poder de su mandante. Que respecto al canódromo, ignora el fundamento lógico y económico del que parte, primero para considerar mejora, el que una finca esté arrendada; y segundo que esta mejora se estime en 50 millones de pesetas, por que ninguna prueba aportan; y al club de tenis, los actores continúan con el mismo razonamiento, y resumiendo, dice que no se justifica ni una sola peseta de las 364.702.712 pesetas, que se reclaman en este capítulo. Reclama la actora la división de las fincas, cuando la división forma parte de lo comprometido en la escritura de formalización de arbitraje. Que la reclamación del complemento de legítima tampoco está fundamentada, ya que los legados cubren sobradamente los derechos legitimarios de los actores. Que la cuarta marital también llamada uxoría o viudal, no corresponde. Que la Sra. S. es propietaria, y por el arrendamiento de las fincas percibe unas rentas mensuales de 275.000 ptas., a lo que debe añadirse los dividendos de las sociedades en que participa, y la pensión que le corresponde como viudá; que los ingresos mensuales, le permiten mantener el rango y decoro proporcionados a la condición social de su esposo y al patrimonio relicto». Y tras fundamentación en derecho, termina suplicando al Juzgado dicte sentencia por la cual absuelva a todos y cada uno de los pedimentos formulados por los actores, haciendo expresa imposición de costas a los mismos por su evidente temeridad. Y seguidamente, formula demanda reconvencional, en la cual manifiesta que la conducta procesal de los actores, produce gravísimo perjuicio a su mandante, y que la dilación totalmente injustificada de la firmeza del laudo arbitral y con ello la imposibilidad de entrar en la segunda fase del arbitraje, crea una situación de inseguridad jurídica, que redunda en perjuicio de los intereses de su mandante; a modo de ejemplo, dice que difícilmente podría su principal vender buena parte de los bienes de la herencia pendientes los procedimientos de referencia; que la anotación de la demanda significa el bloqueo de los bienes con el correspondiente perjuicio patrimonial. Que la situación antes descrita, le hace acreedor de la indemnización por los perjuicios causados y que sin duda se le causarán en el futuro. Y tras fundamentación en derecho, termina suplicando al juzgado que dicte sentencia condenando solidariamente a los demandados a la indemnización de los daños y perjuicios causados y que se causen a su principal por los hechos objeto de la presente demanda reconvencional, en la cuantía que se fije en trámite de ejecución de sentencia, haciéndoles expresa imposición de costas.

Tercero. Que por las partes se evacuaron la réplica y la dúplica, y abierto el juicio a prueba, previa declaración de pertinencia, se llevaron a la práctica las admitidas a los litigantes, con el resultado que obra en autos.

Cuarto. Que finido el período probatorio, y no solicitándose la celebración de vista pública, se evacuó el trámite de conclusiones, y se acordó traer los autos a la vista para sentencia. Y por S. S.ª, y para mejor proveer, con suspensión del término para dictar sentencia, se acuerda ampliar el peritaje, con el resultado que obra en autos.

Quinto. Que en la sustanciación del presente juicio se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. Propuso el demandado por escrito de 29 de octubre de 1986, la excepción dilatoria de falta de jurisdicción (art. 533, 1.º de la Ley de Enjuiciamiento civil), al amparo del artículo 19 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, «al haber sido objeto de decisión y fallo arbitral las cuestiones dimanantes del indicado testamento» y la excepción dilatoria de litispendencia del artículo 533,5 de la Ley de Enjuiciamiento civil, a tenor del artículo 1252 del Código Civil porque «las pretensiones de la adversa, derivadas de la interpretación y ejecución del testamento de D. Juan, fueron sometidas por ambas partes ahora en litigio a arbitraje de equidad». Desestimadas ambas pretensiones por Auto de fecha 9 de febrero de 1987, fueron *reproducidas* en el escrito de contestación a la demanda, de 26 de marzo de 1987, con carácter de perentorias (Art. 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), infringiendo el sentido de la Ley. Cita en sus fundamentos de derecho *nuevamente* el demandado, el artículo 533, 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1252 del Código Civil, y obliga al juzgador a optar por la disyuntura de aplicar el art. 538, 3.º «in fine» o el art. 542, 1.º Ley de Enjuiciamiento Civil, resolviendo, nuevamente y ahora como perentoria la excepción procesal formulada. Por un principio de economía procesal procede resolver en el segundo sentido, con mayor conocimiento de causa, a la vista de las extensas alegaciones de la contestación y dúplica y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1987 que desestima la petición de nulidad del laudo arbitral. Del mismo modo, la excepción del art. 533, 1.º decae por cuanto el laudo arbitral no es jurisdiccional, y la competencia sobre el contencioso guarda íntima relación con el estudio de fondo, no pudiendo «a priori» (art. 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) negarse el Juzgado a entender de la pretensión, pues la jurisdicción es improrrogable y tienen derecho los actores a la tutela judicial efectiva de Juzgados y Tribunales (artículo 24 de la Constitución Española).

Segundo. Solicitan los actores que se condene a la demandada, 1) al pago de determinadas cantidades en concepto de legado calculado en base a las mejoras y gastos extraordinarios sobre inmuebles fideicomitidos, 2) onceava parte del líquido metálico de la herencia, más sus intereses legales, y, 3) que se lleve a efecto determinadas operaciones (división, entrega de la posesión y otorgamiento de escritura pública) que legitime la partición hereditaria. Se arbitra asimismo la petición de cuarta vidual a favor de D.ª Pilar y acción de complemento de legítima al amparo del artículo 140 párrafo 2.º y 147 y siguientes de la Compilación de Derecho Civil Especial de Catalunya. Un orden ló-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

gico en la exposición debe llevar a analizar en primer lugar la validez y eficacia del laudo arbitral de 13 de junio de 1985 en relación con los pedimentos de la demanda, para, a continuación, (estableciendo el total activo o haz hereditario y su valor), poder fijar si existe o no quebrando de los derechos legitimarios pronunciamiento del que se derivará en su caso la colación de donaciones. La fijación del importe líquido del haber hereditario, la división o no de los bienes, y como consecuencia de ello, las demás operaciones particionales, entre ellas las de otorgamiento de escrituras públicas y entrega de la posesión de las fincas, serán operaciones ejecutorias derivadas del pronunciamiento principal. Se analizará, en último lugar si concurren los requisitos para la concesión de la cuarta vidual.

Tercero. En virtud de la escritura de compromiso otorgada por todos los litigantes ante el Notario D. E., el 21 de marzo de 1985, debían los tres árbitros designados: «Primero: determinar los bienes que comprende el legado establecido en favor de la esposa e hijos del causante en su último testamento, en sus apartados a) y b) de la cláusula segunda. A tal efecto los árbitros deberán pronunciarse sobre si todos o parte de los bienes adquiridos por el testador en méritos del prelegado ordenado a su favor por su padre D. Igancio, bajo su último y válido testamento y que quedaron sujetos a las condiciones que dicho último causante impuso y no liberados de las mismas por el Consejo de Familia que el propio causante instituyó, o en su caso, los bienes que hubiesen sustituido a bienes comprendidos en tal prelegado, forman parte de la herencia correspondiente al heredero D. Pedro, o si por el contrario, tales bienes forman parte del citado legado dispuesto a favor de la esposa y de todos los hijos del causante con la cláusula segunda de su testamento (apartado *a)*, a *e)*, inclusive). Segundo: determinar el importe que haya de integrar el legado establecido por el causante en su testamento en favor de su esposa y todos sus hijos, a satisfacer por el heredero y a que se refieren los apartado *c)* y *d)*, de la cláusula segunda del antedicho testamento. Tercero: fijar el importe de los frutos y rentas que corresponden a los bienes comprendidos en el legado ordenado por dicho causante, D. Juan, a favor de sus hijos por partes iguales, desde el día del fallecimiento de dicho causante, hasta la fecha en que los árbitros que se nombrarán, emitan su laudo y que deban ser satisfechos por el heredero D. Pedro a su madre y hermanos. Cuarto: establecer los saldos que resulten entre el heredero D. Pedro y cada uno de los restantes beneficiarios de la herencia, o sea su madre D.ª Pilar y cada uno de sus hermanos, tomando en consideración tanto la resultancia de las consideraciones segunda y tercera que anteceden, como las cantidades que acrediten frente a cada uno de los más interesados en la herencia D. Pedro, en concepto de adelanto por impuestos sucesorios y por cualquier otro concepto legítimo derivado de la herencia de D. Juan, con las correcciones que sean del caso y que deriven de la resultancia de la cuestión primera de este pacto, colacionando en caso de que proceda, los bienes que tuvieran tal carácter. Quinto: fijar y establecer la forma y condiciones que los árbitros estimen adecuadas para el pago de cada uno de los saldos resultantes de la cuestión cuarta que

antecede, incluidos aplazamientos y garantías de cada pago que libremente y en equidad establecerán los árbitros. Sexto: practicar las rectificaciones que procedan como resultancia de la cuestión primera de este pacto, en la escritura de inventario, y de relación de bienes, otorgada por D. Pedro en su condición de único heredero de su padre D. Juan, en 12 de abril del pasado año 1984, ante el Notario de esta ciudad D. P., así como las adiciones de bienes que asimismo procedan por omision y la corrección de cualquier error que respecto a los bienes en ella inventariados se constaten por los árbitros de modo y forma que dichas rectificaciones y correcciones tengan acceso al Registro de la Propiedad que en cada caso corresponda. Séptimo, determinar el contenido del legado establecido en favor de D. Pedro del mobiliario de esta ciudad». Los árbitros debían actuar por mayoría y el laudo sobre las cuestiones procedentes se debía pronunciar dentro del plazo de dos meses a contar desde la aceptación por los árbitros de su nombramiento. Los árbitros fallaron según su leal saber y entender sin sujeción a derecho. «Una vez firme y ejecutivo el expresado laudo, tendrán los interesados el plazo de un mes para ponerse de acuerdo en la distribución de los bienes integrantes del legado ordenado por D. juan en la cláusula segunda del apartado *a)* al *e)*, ambos inclusive de su testamento, y dentro del propio plazo comunicarán a los árbitros por escrito debidamente firmado, los acuerdos a que hubieren llegado. Transcurrido dicho plazo sin necesidad que requerimiento ni formalidad de clase alguna, los árbitros procederán a distribuir los bienes integrantes del citado legado que quede por distribuir, no acordados por los otorgantes, dividéndolos en los lotes correspondientes y procederán a la definitva adjudicación a cada uno de los beneficiarios del expresado legado, hasta que queden divididos y adjudicados todos los bienes integrantes del legado, asumiendo y respetando los acuerdos previos de los otorgantes, que les hubieren sido notificados, con la firma de todos los otorgantes, todo ello de suerte y forma que las adjudicaciones de bienes inmuebles tengan acceso al Registro de la Propiedad correspondiente, y los interesados, definitivamente saldos y finiquitados entre sí, respecto a todo en cuanto se refiere el legado dispuesto por D. Juan en la cláusula segunda apartado a) a e) inclusive de su último testamento, mediante la ejecución y cumplimiento de cuanto determinen dichos árbitros por mayoría entre ellos. A tal finalidad y para ello, los otorgantes conceden a dichos árbitros que actuarán por mayoría, en cuanto fuere menester *las facultades inherentes a los contadores y partidores, con la mayor amplitud* y con referencia al antedicho legado incluidas las facultades de efectuar y establecer valoraciones de todas clases, fijar y poner compensaciones así como condiciones y plazos de todo pago, fijar intereses de demora y medidas de aseguramiento de pago, todo ello al libre criterio de los árbitros y a su completa discreción para equilibrar como mejor entiendan als diferencias de valor que resultaren entre los interesados, pudiendo finalmente solicitar, con cargo a los gastos de arbitraje, división y adjudicación, los asesoramientos que a su libre juicio convengan. Todas las antedichas *facultades son meramente enunciativas*, y no limitativas si se

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

han relacionado los otorgantes por su singularidad, sin que ello en forma alguna, suponga que pueda interpetarse respecto a la actuación de los árbitros en dicha división y adjudicación que quede fuera del ámbito de arbitraje que en esta escritura se conviene, puesto que todos los otorgantes quieren y en lo menester convienen, que las citadas división y adjudicación, en todo caso, se considere arbitraje, y se les apliquen las normas correspondientes al arbitraje de equidad, especialmente las que se refieren a las causas de su posible impugnación.

Cuarto. Dicho compromiso arbitral debía llevarse a efecto partiendo del testamento del causante D. Juan de 27 de febrero de 1963, considerando asimismo la carta de 1 de noviembre de 1970, y cualesquiera otros elementos del juicio que los árbitros consideraran valioso. En virtud de dicho compromiso arbitral, los tres árbitros libraron el 13 de junio de 1985 su resolución que goza del carácter de firme, al haber sido desestimado por sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1987, el recurso de nulidad planteado contra dicho laudo. Es por tanto punto de partida *inalterable*, que de conformidad con la resolución arbitral, los bienes prelegados en fideicomiso condicional, y no liberados por el Consejo de Familia, corresponden al heredero, aquí demandado. Asimismo, de los términos del compromiso arbitral, se deduce que los árbitros gozan de amplísimas facultades para resolver las controversias surgidas entre los hermanos y la viuda del causante, con suficientes facultades ejecutivas, una vez firme el laudo, para contar, partir, y peritar los bienes, y hacer entrega de los mismos en lotes o hijuelas a los beneficiarios.

Quinto. Asimismo resuelven los árbitros que no se puede determinar el importe que haya de integrar el legado establecido por el causante en su testamento en favor de su esposa y todos sus hijos a satisfacer por el heredero y a que se refieren los apartados *c)* y *d)* de la cláusula 2.ª del antedicho testamento, por carecer los árbitros de pruebas suficientes para ello. Fijan los árbitros en los demás puntos resolutivos, todas las cuestiones sometidas a debate, por lo que en su caso, y respetando fielmente el contenido del laudo, el único punto oscuro, es el referente, precisamente, a los puntos *c)* y *d)* de la cláusula 2.ª del testamento de 27 de febrero de 1963, que dice que forma parte del legado a la esposa y a los diez hijos «en pago de todos sus derechos legitimarios y en lo que exceda a título de liberalidad: «*c)* el importe de todos los gastos extraordinarios, mejoras, maquinaria agrícola, ganado y demás satisfechos por el Sr. otorgante en las fincas que su Sr. padre le donó o prelegó bajo fideicomiso; *d)* el importe de todos los gastos tanto ordinarios como extraordinarios que haya satisfecho el Sr. otorgante por razón de los bienes que su Sr. padre le donó por fideicomiso». Ante el silencio de los árbitros caben dos interpretaciones, partiendo de la base que los colegatarios gozan del derecho de crédito reconocido en el artículo 208 de la Compilación: 1.º Entender que el silencio de los árbitros por falta de pruebas, equivale a considerar «valor cero» dichas mejoras, o, 2.º Entender que no ha quedado resuelto el contencioso sobre este punto, y en virtud de lo cual sería competente este Juzgado para fijar la cuantía que por tales conceptos reclaman los legatarios. Parece más adecuada esta última solución a la vista del contenido del laudo arbitral, y que no se reserva para la fase ejecutiva del laudo, la fijación de las mejoras, frutos y rentas. En todo caso, dichas mejoras acrecen al fideicomiso de conformidad con los artículos 185 y 192 de la Compilación, restando a los legatarios un derecho de crédito que es el que aquí se accionaría (208 de la Compilción Catalana) como sucesores a título particular (legatarios de mejoras).

Sexto. Constituyen mejoras en el haz hereditario aquellas construcciones o adiciones sobre bienes rústicos o urbanos, donados o prelegados bajo fideicomiso, el uno puro, el otro condicional, liberados o no por el Consejo de Familia, y que vienen relacionados en las escrituras públicas de donación de 24 de diciembre de 1943 y escritura pública de 11 de enero de 1946. Son éstas por tanto las fincas sometidas a fideicomiso puro. Por otra parte, en razón del prelegado testamentario, son fincas sometidas a fideicomiso condicional y no liberadas, las de las calles S. Asimismo son fincas que, inicialmente sometidas a fideicomiso condicional, fueron liberadas, las de: H. Asimismo, no sometidas a fideicomiso alguno, y prelegadas con sustitución vulgar, se encuentran las fincas de F., en las que no participa la esposa como legataria de las mejoras.

Séptimo. No son colacionables, según sostiene la doctrina (Roca, O'Callaghan, Puig Ferriol), los bienes sometidos a fideicomiso, por entenderse que éstos no pertenecen al fiduciario (el causante) sino al fideicomisario (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1964). Sólo pueden valorarse y hasta el límite de su coste las mejoras introducidas por el fiduciario. Por tanto los gastos extraordinarios, mejoras, maquinaria avícola, ganado y demás gastos ordinarios o extraordinarios referidos en la cláusula segunda apartado *c)* y *d)* de la escritura de testamento, deben relacionarse con los bienes antes descritos, y a la vista de las pruebas practicadas, en especial la pericial del Sr. F., arquitecto, cabe considerar como mejoras, «latu sensu», las siguientes: 1) La construcción de piso en M. en 1930: no valorable, por no haberla realizado el causante; 2) la realización de obras en la calle S: no valorable por ser posterior a la muerte del causante; 3) La finca construida en la Rambla C., que fue «permutada» y con subrogación real dio lugar (según la posición octava de confesión del demandado), a la entrega de un bajo y dos entresuelos. La diferencia entre el valor de la finca primitiva (solar de uno 190 m ^{2}, en 1975) y de las nuevas fincas permutadas, (valoradas por el Arquitecto en 1975-ex art. 208 Compilación), supone un valor de 1.939.000 ptas. Esta mejora la reconoce el propio demandado. 4) Constituyen mejoras en la finca donada por escritura pública de 11 de enero de 1946 y denominada «Can R.» la construcción de las casas sobre los respectivos solares, se llevó a efecto (a costa del causante según las inscripciones primeras del Registro de la Propiedad y las correspondientes escrituras públicas aportadas a los autos), y por tanto la mejora fijada por el informe pericial, debe considerarse en razón del coste en el momento de la construcción (años 1958, 1963, 1961) ex art. 208 de la Compilación: *a)* finca 1.132: 3.168.000 ptas.; *b)* Finca 23.966: 4.210.000 ptas.; *c)* Finca 23.968: 3.169.000 ptas.; *d)* Finca 30.436: 4.210.000 ptas.; *e)* Finca

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

40.808: 8.864.000 ptas.; *f)* Finca 1.181–, de la que, a su vez, segregaron cuatro nuevas fincas una de ellas restando con el n.º 986-N del Registro, y otras tres vendidas a Promotora, S.A. no tiene valor como «mejoras» pues las segregaciones y ventas son posteriores al 4 de agosto de 1983 y no implican por sí (a falta de otras pruebas) ninguna mejora del causante. Debe por tanto considerarse como mejora computable en el crédito de los legatarios del apartado 1 del artículo 208 de la Compilación, el valor de dichas fincas al tiempo de su constitución y con el límite de su propio coste. 5) Las construcciones sobre el canódromo y el Club de Tenis, se consideran sin valor de mejora en el informe Pericial. 6) La construcción de un invernadero en la finca «P. de S.: 1.498.000 ptas. (mejora admitida por el propio demandado en confesión); 7) La construcción de cámaras frigoríficas (admitida por el demandado) en S., en la finca sita en la calle T.: 750.000 ptas. 8) La construcción de una casa en la finca La Excavació: 40.000 ptas. Debe denegarse, en lo demás, la consideración de mejoras alegada por la parte actora, por falta de pruebas respecto a la finca de S. (fábrica de hormigón). Debe considerarse el valor de la mejora por desahucios rústicos entre 1950 y 1965 en 6.478.776 pts.

Octavo. Establecido por tanto el importe de las mejoras referidas a la vista de la pericial, esencialmente, en 33.285.776 pesetas, procede analizar a continuación, la *acción de complemento de legítima* arbitrada. A dichos efectos y a la vista de la pericial, cabe fijar el valor total del haz hereditario o activo hereditario líquido, en 168.864.896 pts. en razón de que, además de las mejoras referidas hasta el momento, cabe incluir como bienes de la herencia: 1) los recibidos en herencia libre, de D. Ignacio e incluidos en la cláusula 2, a) del testamento o sea las fincas: a) de la calle S. (0 ptas.) Manso (0 ptas.) por no existir a la muerte del causante. 2) Los recibidos como prelegado (cláusula 4.ª del testamento) o sea las fincas: *a)* de la calle T, de S, –finca 4.113 (13.517.225 pts.); *b)* el mobiliario de la calle C.: 6.065.000 pts. 3) Como bienes procedentes de la madre del causante, las fincas sitas en *a)* la calle R. –finca 1528: 29.218.692 pts; *b)* O: 35.105.594 pts– finca 1529, *c)* Terreno «B: 15.118.521 pts.; *d)* V –finca 1668, 4.043.200 pts; V, finca 1666: 4.968.000 ptas, (estas dos últimas sitas en S. 4) Fincas del tío del causante, D. José, *a)* Finzcas «P» –finca 1636– «F –finca 4637, y «L» finca 1642: 6.709.568 pts; *g)* «P» Finca 1640: 443.540 pts. Estas últimas cuatro, según escrito de 3 de julio de 1987, fueron parcialmente transaccionadas. *b)* Censo: 1/6 del Censo de la finca 1007, así como los censos referidos en la escritura de ampliación de inventario hasta un total de 38 censos: 494.092 pts; 5) las acciones del causante: *a)* 520 de la Empresa C. S.A.: 0 ptas, por ser inoperante y no acreditarse su activo; *b)* 47 acciones M. S.A., 540.500 pts; 6) Finca sita en la calle J., –finca n.º 945 del Registro, teniendo en cuenta que en relación a los censos referidos que correspondía al causante 1/9 parte y 1/9 parte de 1/6 parte indivisa, y que fueron adicionados por escritura de 3 de diciembre de 1987 a la herencia referida ya están valorados. 7) Otros bienes: *a)* 1/6 del «Manso, *b)* 1/6 de la pieza de la tierra, finca 963 y *c)* la pieza de tierra finca 6-D del propio término municipal: 12.000.000 ptas. en total de las tres fincas., Debe también añadirse al haz hereditario el importe de 8.356.188 pesetas referidas a la escritura de inventario como cuentas corrientes de los Bancos (15 entidades). Supone por lo tanto el total líquido del haz hereditario 168.864.896 pesetas.

Noveno. Deben deducirse como gastos los siguientes. Los préstamos del Banco Hipotecario y de la Caixa (tres) referidos a la escritura de inventario, 2.436.425 pts. Los gastos de enfermedad y entierro, fijados en 98.163 pts. Los impuestos satisfechos a las respectivas Corporaciones y Ayuntamientos, no deben computarse, atendido que el causante construyó a sus propias expensas dichas fincas, y abonó de su peculio los correspondientes gastos e impuestos, por lo que en la fijación del valor de la mejora producida ya se considera y valora el dispendio que el causante pudo sufrir. En cuanto a las rentas del canódromo y las pistas de tenis su valor como mejora, no existe por ser un demérito como deviene del propio informe pericial. Sí que son de cargo de la herencia, pero no computables para fijar la legítima, las deudas por Impuesto de Sucesiones, por valor de 41.434.932 pesetas en virtud de los expedientes de la Generalitat de Catalunya, que incluso hipotecó determinadas fincas el 19 de noviembre de 1984, (tal como consta en las notas marginales del Registro de la Propiedad sobre las fincas 1.141 y 1.142). También debe ser descontado del activo, y por ser deuda de la herencia como tal, el importe de 949.656 pesetas del embargo trabado el 25 de junio de 1967 por el Excmo. Ayuntamiento de esta ciudad en razón del Impuesto de Solares Edificables y no edificados. Fijado por tanto tan sólo en estos puntos el pasivo, resulta un *líquido total resultante* de 165.380.652, y por tanto, debe considerarse como legítima inatacable *la cuarta parte de dicho importe*, que queda fijado en 41.345.163 pesetas. Sin perjuicio de la concreta forma de pago que arbitre el heredero, con respecto o no al laudo arbitral, al poder entregar en pago de legítima bienes fideicomitidos, debe reconocerse que la acción de complemento de legítima supone reconocer a favor de cada uno de los diez hijos un derecho de crédito de naturaleza personal y no real (art. 140.2 de la Compilación) de 4.134.516 pesetas, inicialmente.

Décimo. Antes de fijas la cuantía última debe considerarse la *colación* de los bienes donados por el causante a cada uno de los beneficiarios colegitimarios. Y a dichos efectos, debe tenerse en cuenta: *a)* que no cabe colacionar las fincas «E.», «F.» y «M.», por cuanto constan inscritas en el Registro de la Propiedad a favor de un tercero, el Sr. E. que las aportó a la Sociedad M., S.A. en contrapartida de 400 acciones, así como la finca «V.», sin que se haya probado en modo alguno que dichas finca o fincas devinieran como permuta de otra finca de H. *b)* Sí que son, no obstante, colacionables las siguientes fincas: 1. Terreno de la calle C. de 3.000 metros cuadrados, finca 7.406 valorada por el Perito en 49.610.000 pesetas; 2. Finca sita en S. (10 pisos), activo de la Sociedad M., S.A. que es coacionable en la medida que reconocen en confesión los actores que dichas acciones fueron donadas sin contraprestación alguna por parte del causante, (posición 3.ª de los demandantes). Se debe, por tanto «levantar el velo» (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984, 27 de noviembre de 1985 y 24 de septiembre de 1987) de dicha Sociedad

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Anónima. 3. Asimismo, reconocen que las acciones de M., S.A. fueron donadas por D. Juan y que el activo de dicha sociedad, constituido básicamente por dos fincas sitas en S. así como los diez pisos de la Rambla, es el activo de la Sociedad. Teniendo en cuenta, asimismo que de M., S.A. poseía el causante 2.100 acciones y D.ª Pilar 40 acciones, así como cada uno de sus diez hijos 10 acciones, cabe fijar para cada uno, y colacionar en su parte dado el valor de dichas acciones. 4. También es colacionable, a la vista de la confesión, la donación formalizada en forma de escritura pública de compraventa de grupos de pisos, de la finca denominada «Casa D», de la calle C., número 46, finca 13.104 que supuso, según escrituras públicas de permuta en el fondo aunque formalmente de compraventa de cosa futura, la donación a favor de cada uno de los hijos (9), excluido Pedro y de la madre, de cuatro pisos añadiendo asimismo D.ª Pilar como beneficiaria, (tal como reconoce en confesión) un piso más y una quinta parte de los bajos y del sótano (confesión de la demandada en relación con la escritura pública de 9 de marzo de 1972, obrante al folio 494). Se trata por tanto de donaciones remuneratorias disimulada bajo compraventa (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1982 y 9 de mayo de 1988) y por ello, colacionables. Aun cuando formalmente constaran a favor de Z., S.A. dichas fincas y, como accionistas de las mismas, terceros ajenos, es lo cierto que consta ya en el Registro de la Propiedad a nombre de la madre y de los tres hermanos la finca de la calle C. finca n.º 7.406 como propiedad de estos mismos, por lo que esta finca, antes terreno, valorada en 49.610.000 pts. es colacionable en la parte proporcional a cada uno de los legitimarios, por lo que sin necesidad de mayores cálculos matemáticos, cabe concluir que debe desestimarse la acción de complemento de legítima, pues hechas todas las operaciones valorativas, colación, imputación, y división, procede entender que al establecerse el valor de la legítima en 4.134.516 pts. para cada legitimario, y el valor de lo recibido en cifras claramente superiores, la pretensión no puede prosperar.

Undécimo. En cuanto a la petición de *cuarta vidual* y a la vista del artículo 147 y siguientes de la Compilación, considerando los requisitos necesarios para su devengo, cabe tener en cuenta que los bienes propios de D.ª Pilar, son los siguientes, a tenor de las pruebas practicadas: 1. Piso de la calle E. finca 27.826, extremo que admite la propia demandante, valor: 16.581.250 pts.; 2. Finca de la calle C., local que también admite donado por su esposo difunto: 13.490.800 pts.; 3. Un piso comprado a M., S.A. de la calle S., finca n.º 40.632-N: 4.149.000 pts.; 4. Un piso de la calle T., (reconocido asimismo en confesión): 3.563.000 pts.; 5. Un piso de la Avenida D., 534: 13.947.000 pts.; y 6. Una pensión de viudedad de unas 60.000 pesetas al mes (confesión). No cabe imputar y no se ha acreditado que, la propiedad de determinadas participaciones sociales sea efectiva ni que su cómputo no suponga repetición, pues de Z., S.A. cabe predicar inoperancia como Sociedad Anónima, y consta su principal bien del activo, inscrito en parte a nombre de la solicitante. De las demás empresas, no se ha acreditado titularidad alguna, salvo de M., S.A., al parecer inoperante también. Teniendo en cuenta, por tanto, dichos bienes propios por un valor total de 51.731.050 ptas. unido a lo que le puede corresponder en la herencia del premuerto, en virtud de la reclamación como legitimaria, no parece que carezca de medios económicos suficientes para su congrua sustentación, atendido el nivel de vida que habían mantenido los consortes y el patrimonio relicto.

Duodécimo. Resuelto por tanto con carácter negativo el punto correspondiente del suplico referido a la entrega de legados (dada la competencia del arbitraje) así como la petición de complemento de legítima y determinación de cuarta vidual, no cabe, a la vista del suplico de la demanda, relegar para ejecución de sentencia la determinación, en su caso, de intereses legales, por la no entrega a los legitimarios de su correspondientes cuotas o participaciones. No procede en ningún caso implicar todos los bienes de la herencia, algunos de ellos, incluso, no propios del causante sino fideicomitidos a favor del fiduciario, por parte del fideicomitente, y que como tales al *no formar parte del caudal relicto*, no se tuvieron en cuenta en las operaciones establecidas en los fundamentos de derecho procedentes, sobre imputación y pago de legítimas. De conformidad con la doctrina (O'Callaghan, Roca, Puig Ferriol) y con las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1964 –Repertorio de Aranzadi n.º 1254– y de 9 de octubre de 1986 –Repertorio de Aranzadi n.º 5335– los bienes del fideicomiso, no son, en ningún caso, computables en el haber hereditario del causante, por cuanto fue su antecesor quien dispuso de ellos con carácter condicional o puro a favor de tercero distinto del fallecido de cuya sucesión se trata.

Decimotercero. No puede progresar la acción reconvencional al no apreciarse perjuicio por el hecho que legitimarios y viuda accionen en defensa de sus intereses.

Decimocuarto. Desestimando los pedimentos de los actores, se imponen a éstos las costas (artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

VISTOS: Los preceptos legales citados, los invocados por las partes y demás de pertinente aplicación al caso de autos.

FALLO

Que desestimando la demanda interpuesta por Eduardo contra Pedro, debo absolver y absuelvo libremente al demandado de los pedimentos formulados:

1.º No ha lugar a estimar la acción personal de complemento de legítima.

2.º No ha lugar a la estimación de la acción en solicitud de cuarta vidual.

3.º No ha lugar a condenar al demandado a la entrega (acción real) de los bienes legados al amparo de la cláusula segunda *A)* del testamento ni a llevar a cabo las operaciones particionales de los mismos por estar sometidas a compromiso arbitral.

4.º Se imponen las costas procesales a la parte actora.

Contra esta Sentencia podrá interponerse en este Juzgado recurso de apelación en el plazo de cinco días a contar desde su notificación.

Así por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

AUTO

En la Ciudad de Barcelona, a siete de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Dada cuenta; lo precedente únase, con entrega de copia a la parte contraria y

HECHOS

1.º Que con fecha veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho, y por la parte actora, se presentó dentro del término legal, escrito de aclaración de la sentencia dictada con fecha veintiuno de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho, y notificada a esa parte el día veintitrés de diciembre del mismo año.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.º Debe distinguir el recurrente, entre las acciones no planteadas y no resueltas por los árbitros (complemento de legítima, cuarta vidual, reclamación de crédito por mejoras ex apartados *C)* y *D)* de la cláusula 2.ª) de aquellas en las que las facultades declarativas y ejecutivas de los árbitros han quedado vigentes e inatacables («entrega» de legados del apartado *A)* de la cláusula 2.ª).

2.º Solicitaron los actores en el suplico de la demanda y como primer pedimento, el referente al pago de determinadas cantidades en concepto de legado calculado en base a las mejoras y gastos sobre inmuebles fideicomitidos (punto 1.º del Suplico y Fundamento de Derecho 2.º de la Sentencia), siendo lo cierto que el desarrollo lógico de la Sentencia olvidó al entrar a cuantificar el haz hereditario, la resolución de dicho pedimento, relacionado con los apartados *C)* y *D)* de la cláusula 2.ª del testamento y punto segundo del compromiso arbitral de 21 de marzo de 1985. Al no pronunciarse los árbitros por falta de pruebas, perdieron, lógicamente, las competencias ejecutivas amplísimas que como contadores y partidores podían mantener, sobre los concretos puntos *c)* y *d)* de la citada cláusula segunda, conocimiento que tampoco se reservan los árbitros para la fase ejecutiva. El derecho de crédito de los once legatarios (art. 208 de la Compilación Catalana) quedó incólume, y por ello el punto tercero del fallo niega competencia ejecutiva sobre el punto «A» de la cláusula segunda del testamento, a cuyo amparo se formulan los pedimentos 2.º a 5.º, del suplico de la demanda, sustancialmente. Debe suplirse la falta de pronunciamiento sobre mejoras y su ejecución y debe entenderse por tanto que la referencia del fundamento jurídico duodécimo a la competencia del arbitraje para la entrega de legados, se refiere a lo fijado por los árbitros respecto al legado de la cláusula segunda del testamento, excepción hecha de los apartados *c)* y *d)*.

3.º Al tratarse de cantidad ilíquida la fijada como crédito de legitimario y vista la limitación del artículo 208 de la Compilación respecto a la valoración de las mejoras, no procede condena al pago de intereses (Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 12 de junio de 1984, 9 de julio de 1984, 26 de junio de 1984 y 4 de abril de 1986).

Vistos los artículos invocados y demás de general aplicación.

S.S., por ante mí el Secretario, DIJO: Aclaro la sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1.º) Condeno a D. Pedro al pago (en concepto de crédito de mejoras sobre bienes fideicomitidos referidos en los apartados *c)* y *d)* de la cláusula segunda del testamento) de 3.025.980 pesetas a cada uno de los legatarios.

2.º) Condeno al demandado a la entrega (acción personal) de dicho importe al amparo de la cláusula segunda *C)* y *D)* del testamento, por no haber sido resuelto por los árbitros y haber quedado sin contenido sus facultades ejecutivas.

3.º) No ha lugar a liquidación y partición de bienes por tratarse de deuda crediticia y no real.

4.º) No ha lugar a devengo de intereses por tratarse de cantidad líquida, sin perjuicio del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Lo mandó y firma el Ilmo. Sr. D. Fco. Javier Pereda Gámez, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número siete. Doy fe.

S 17 mayo 1990 (AP Barcelona)

Sección 13.ª
Ilmos. Sres.
Presidente:
D. Javier Ferrer Mora
Magistrados:
D. José A. Ballester Llopis
D. Juan V. Gutiérrez Sánchez

SENTENCIA

En Barcelona, a diecisiete de mayo de mil novecientos noventa.

VISTOS ante la Sección 13.ª de esta Audiencia Provincial, en apelación admitida en ambos efectos a ambas partes y procedentes del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Barcelona los autos n.º 994/86 de juicio declarativo de menor cuantía seguidos a instancia de D. Eduardo contra D. Pedro.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Aceptando los de la sentencia apelada dictada con fecha 21 de diciembre de 1988 por el Juez de 1.ª Instancia n.º 7 de Barcelona en el juicio anteriormente reseñado y cuyo fallo dice: «Que desestimando la demanda interpuesta por Eduardo contra Pedro, debo absolver y absuelvo libremente al demandado por los pedimentos formulados:

1.º No ha lugar a estimar la acción personal de complemento de legítima.

2.º No ha lugar a la estimación de la acción en solicitud de cuarta vidual.

3.º No ha lugar a condenar al demandado a la entrega (acción real) de los bienes legados al amparo de la cláusula segunda *A)* del testamento ni a llevar a cabo las operaciones particionales de los mismos por estar sometidas a compromiso arbitral.

4.º Se imponen las costas procesales a la parte actora.

Segundo. Que contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de ambas partes, que fue admitido en ambos efectos y remitidos los autos a esta Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, fueron turnados a esta Sección 13.ª ante la que se personaron en tiempo hábil y forma legal y seguidos los trámites de la alzada, se celebró ante la misma la vista el día y hora señalados con la asistencia de las partes personadas quienes solicitaron la revocación y confirmación respectivamente del fallo recurrido.

VISTO siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. José A. Ballester Llopis.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Las once pretensiones que la actora reclama al órgano unipersonal frente a su hijo y hermano respectivamente, D. Pedro, respecto de la herencia del «de cuius», esposo y padre, respectivamente, D. Juan, quedan delimitadas, según manifiesta «in voce» en el acto de la vista, de la forma siguiente: 1.º) El Juzgador «a quo», para fijar el valor de las mejoras, ha seguido la tesis nominalista sin tener en cuenta el aumento de valor experimentado (tesis valorista), que ha de ser considerado en los momentos y circunstancias históricas de fuerte inflación, debiendo ser las mejoras valoradas en la suma de 201.279.028 ptas., y como quiera que el causante dispuso que éstas fueran distribuidas entre sus 10 hijos y su esposa, corresponde a cada uno de ellos la suma de 19.207.149 ptas.; 2.º) De ser tomado en cuenta, quedaría cubierta la cantidad que por legítima corresponde a cada uno de los hijos al sumar la cantidad resultante de los legados, por lo que sólo, subsidiariamente, reproduce el pedimento relativo a la acción de suplemento de legítima, y ello debido a que el caudal relicto asciende a 1.040.148.282 ptas., por lo que el importe de la legítima (1/4 entre 10 hermanos) ascendería a 26.003.707 ptas., con deducción de lo que a cada uno les correspondiera en concepto de legado y de mejora, habiendo omitido el Juzgador «a quo» para efectuar el cómputo del caudal relicto los bienes fideicomitidos, así como otras materias propias del legado; 3.º) Subsidiariamente, deben incluirse, en concpeto de mejoras, las cantidades admitidas por el demandado: 2.670.000 ptas. de contribuciones, 76.000 de la finca «R» y 252.000 de la finca ubicada en la C/ . S.; 4.º) En cualquier caso existe un error aritmético, dado que en la sentencia se admiten una serie de mejoras, así como su valor, que, según el órgano unipersonal, ascienden a la suma de 33.285.776 ptas., cuando en realidad resulta la cifra de 34.326.776; 5.º) Al haber sido desestimadas las excepciones de falta de «jurisdicción» y «litisprudentia» opuestas por el demandado, que alegó en su fundamentación la escritura de compromiso arbitral de 21 de marzo de 1985, resulta contradictorio que el Juzgador «a quo» no acoja el pedimento relativo a las operaciones particionales por estar sometidas al compromiso arbitral, siendo así que de lo expuesto se deduce que produce la división; y 6.º) En contradicción con los propios fundamentos de la sentencia recurrida, el fallo fue totalmente desestimatorio, por lo que las costas de primera instancia le fueron impuestas a la parte actora, y por medio de auto de aclaración, el fallo devino parcialmente estimatorio y no obstante no se absolvió a aquélla de la condena. La parte demandada, a su vez, se alzó contra la resolución de primer grado, porque mediante el trámite de aclaración, el juzgador «a quo» convirtió la sentencia, que había absuelto al demandado, en otra que acogía determinadas pretensiones de la parte actora, con lo que se extrapoló del fin que tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil como la Ley Orgánica del Poder Judicial conceden a dicho trámite aclaratorio, máxine en las presentes actuaciones en que al no haber apelado uno de los diez demandantes no le deben afectar las modificaciones introducidas por el Auto aclaratorio, de ahí que por lo que a ella se refiere, sus pretensiones han de ser íntegramente

desestimadas. En cualquier caso, las costas han de ser impuestas al apelante actor por su temeridad dado que la mayor parte de las cuestiones planteadas en la «litis» fueron sometidas al criterio de los árbitros cuyo laudo fue impugnado por la actora a la que el Tribunal Supremo le impuso las costas confirmándolo y porque se le han irrogado numerosos perjuicios en sus propios bienes como consecuencia del litigio.

Segundo. Cuestión debida en el estado jurídico anterior a la Compilación era la relativa a la forma en que debían estimarse las mejoras, de características sustancialmente idénticas a las que aquí y ahora son objeto de controversia. Si se atendía únicamente al importe de lo gastado por el fiduciario para realizar la mejora no suntuaria, se daba el inconveniente de que tal mejora podía importar mucho y, en cambio, dar poco resultado. Tal vez por eso la opinión dominante se había inclinado por la tesis de que las mejoras debían estimarse por el aumento de valor que representaban, solución no del todo convincente para el fiduciario, pues con ella no siempre podía reintegrarse de lo que verdaderamente supone una carga para él, y también perjudicial para el fideicomisario, si con un gasto pequeño el fiduciario había obtenido una mejora importante. Por ello, parece conveniente señalar, como límite de la indemnización que pudiera pretender el fiduciario, lo que representa el importe de lo gastado, aunque el beneficio experimentado sea mayor, pues con esta solución no resulta perjudicado el fiduciario ni los fideicomisarios se lucran a expensas de aquél. Y cuando el importe de lo gastado exceda del valor de la mejora, parece más equitativo hacer recaer el perjuicio sobre el fiduciario, pues la obra se realizó por su exclusiva voluntad y sin intervención de los fideicomisarios. Esta es, por otra parte, la solución adoptada por la Compilación en el núm. 1 del artículo 208, estableciendo que tales mejoras se estimarán «en el aumento de valor que por aquéllas hubiere experimentado la cosa al tiempo de la delación del fideicomiso sin que pueda exceder del precio de coste», cuyo criterio ha sido mantenido en la Ley 13/1984, de 20 de marzo, del Parlament de Catalunya, que representó la culminación de una etapa legislativa de máxima importancia encaminada principalmente, aunque no exclusivamente, a la adaptación de dicha Compilación a los principios constitucionales, por lo que sin que sea superfluo añadir el consabido principio «ubi lex non distinguit non distinguere debemus», hay que patrocinar la desestimación del primero de los motivos invocados.

Tercero. Por lo que se refiere al segundo, debe ser objeto de estudio separado una primera cuestión, a saber: la omisión de los bienes fideicomitidos, a los efectos de determinar el caudal relicto ha sido correcta, y ello porque si bien la doctrina se plantea si formarán parte del «relictum» aquellos bienes que el testador poseía a título de heredero fiduciario, si como es frecuente en Cataluña la herencia fideicomisaria no se defiere hasta la muerte del primer o anterior instituidos, normalmente para el caso de haber fallecido sin descendencia (art. 169 de la Compilación), hay que indicar que el criterio general se inclina por la negativa, y de acuerdo con la realidad, hoy día vigente en Cataluña, ha de seguir manteniéndose la misma opinión, porque según resulta de los artículos 204 y 206, la condición

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de heredero o legatorio la pierde automáticamente el fiduciario por el solo hecho de tener lugar la apertura de la sucesión fideicomisaria, de manera que, en tal momento, no le afecta ninguna obligación de restituir la herencia a los fideicomisarios, sino que en virtud del orden sucesivo impuesto por el testador, opera automáticamente el tránsito de la herencia del fiduciario a los fideicomisarios, quedando reducida la obligación de restituir a la mera entrega posesoria de los bienes hereditarios al heredero sucesivo. Luego si con la apertura de la sucesión fideicomisaria los herederos sucesivos adquieren inmediatamente la condición de herederos del fideicomitente (art. 162-2), resultará que a la muerte del heredero fiduciario los bienes de que era titular y que venían afectados por el gravamen fideicomisario son deferidos desde el mismo momento a los herederos sucesivos, y, por tanto, no hay términos hábiles para entender que forman parte del «relictum» a los efectos del cómputo de la legítima.

Cuarto. Es cierto que en la resolución impugnada se relacionan sólo parte de los bienes libres legados a los efectos del cómputo del caudal relicto, a los que deben añadirse los relacionados por el apelante en el acto de la vista, por lo que forzoso es, teniendo en cuenta tales consideraciones, determinar el «cuantum» legitimario a través de los apartados siguientes: *A)* Bienes relacionados por el Juez: C/. T (13.517.225 ptas.); mobiliario de C (6.065.000 ptas); Calle R (29.218.692 ptas.); Calle R (35.105.594); M (15.118.521 ptas.); V (4.043.200 ptas); V (4.968.000 ptas.); M (6.709.568 ptas.); P (443.540 ptas.); C (12.000.000 ptas.); acciones (540.500 ptas.); cuentas corrientes (8.356.188 ptas.) y censos (494.092 ptas.). El valor de los bienes relatados asciende a la suma de 136.580.120 ptas.; *B)* Bienes omitidos por el Juez y que hay que añadir según la pretensión del apelante, la cual hay que acoger por no tratarse de bienes fideicomitidos: H (701.400 ptas.); T (12.596.000 ptas.); parcela 12 F (4.764.240 ptas.); parcela 12 G (4.764.240 ptas.); parcela 12 H (4.764.240 ptas.); P (1.198.000 ptas.); L (290.120 ptas.); C (8.576.232 ptas.); 15.750.000; finca «E» (18.000.000 ptas.). Su valor asciende a la suma de 71.304.472 ptas.; *C*) Sumadas las cantidades resultantes del valor de los bienes relacionados por el juez a las omitidas por el mismo y añadimos la cantidad resultante de las mejoras da un total de 242.211.368 ptas., que ha de dividirse entre 40, lo que da un resultado de 6.055.284 ptas., que es la cantidad que a cada uno de los hijos del causante le hubiere correspondido en concepto de legítima; *D*) Para determinar lo que corresponde a cada uno de los llamados a la herencia, en concepto de legados, hay que dividir el total del patrimonio relicto por 11 (con exclusión del valor de la finca «E», de la que fue excluida la esposa), por consiguiente para determinar lo que corresponde por legado a cada uno de los hijos del testador, habrá que dividir la suma del caudal relicto, reducida por el legado de la esposa y con inclusión de la finca de «E», por 10, resultando ocioso realizar cualquier operación más al ser palmario lo que le corresponde a cada uno de los hermanos en concepto de legado, es muy superior a lo que por legítima les hubiera correspondido, por lo que quedando a salvo los derechos legitimarios, es obvio que no puede ser acogida la acción de suplemento de legítima, siendo

improsperable el segundo de los motivos invocados por la actora apelante.

Quinto. No puede correr mejor suerte el tercero, dado que del dictamen pericial se deduce que las cantidades excluidas en la sentencia impugnada y admitidas por el actor en concepto de mejoras, no pueden tener tal consideración, siendo patente el error de aquélla al hacer tal calificación, al ser valorable la prueba pericial según las reglas de la sana crítica (art. 362 de la LEC, art. 1243 del CC y Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1982, 22 de abril de 1983, 29 de septiembre de 1983, 25 de junio de 1985 y 29 de abril de 1986 entre otras). Merece, por el contrario, acogida el motivo relativo a que se corrijan las operaciones aritméticas que según sentencia arrojan un saldo equivocado, siendo obvio que teniendo en cuenta las mismas fincas relacionadas por el Juzgador «a quo» por haber sido objeto de mejoras, cuyo valor individual expresa, totalizaron la cantidad de 34.326.776 ptas.

Sexto. Por lo que se refiere al quinto motivo, forzoso es poner de relieve los aspectos que inciden sobre aquél y que, quedando reflejados en la escritura de compromiso arbitral de 21 de marzo de 1985 (aportada de doc. n.º 4 con el escrito de demanda), pueden sintetizarse en los siguientes extremos: *A*. Habiendo surgido diferencias entre el único heredero, por una parte, y su madre y los demás hermanos «aquí comparecientes, por otra, sobre la interpretación y alcance de lo dispuesto en el testamento bajo el que D. Juan falleció, de mutuo acuerdo todos los interesados y queriendo con ello mejor atacar y cumplir rigurosamente la voluntad de su padre y causante, han convenido someter todas las cuestiones objeto de discrepancia y derivadas de la interpretación y ejecución de dicho testamento»; *B*. «Una vez firme y ejecutivo el expresado laudo, tendrán los interesados el plazo de un mes para ponerse de acuerdo en la distribución de los bienes integrantes del legado ordenado por D. Juan en la cláusula segunda apartado *a*) a *e*), ambos inclusive, de su testamento y, dentro del propio plazo comunicarán a los árbitros por escrito debidamente firmado, los acuerdos a que hubieren llegado». Transcurrido dicho plazo los árbitros procederán a distribuir los bienes integrantes del citado legado que queden por distribuir no acordados por los otorgantes, dividiéndolos en los lotes correspondientes; *C*. Todas las antedichas facultades son meramente enunciativas y no limitativas y se han relacionado por los otorgantes por su singularidad, sin que ello, en forma alguna, suponga que pueda interpretarse, respecto a la actuación de los árbitros en dicha división y adjudicación, que quede fuera del ámbito del arbitraje que en esta escritura se conviene, puesto que todos los otorgantes quieren y, en lo menester, convienen que las citadas división y adjudicación en todo caso se considere arbitraje»; *D*. El laudo estableciendo entre los legatarios y otorgantes la definitiva distribución, división y adjudicación de los bienes integrantes del legado objeto de esta escritura se pronunciará dentro del plazo de tres meses a contar desde el día en que el anterior laudo haya ganado firmeza, quedando tal plazo automáticamente prorrogado por dos meses más, si en el plazo anterior no se hubieren pronunciado los árbitros.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Séptimo. Es claro que la división se atribuyó a los árbitros y que en atención a la naturaleza negocial del contrato de compromiso (art. 12 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los Arbitrajes de Derecho privado –aplicable al caso que nos ocupa–), su otorgamiento obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado (art. 18). No obstante, con fecha 30 de septiembre de 1986, se interpuso la demanda de que dimanan las presentes actuaciones, suplicando 11 pronunciamientos, algunos de los cuales habían sido ya sometidos a arbitraje, toda vez que las partes litigantes eran las mismas. Con fecha de 13 de junio de 1985, ya se había pronunciado el laudo arbitral resolviendo una de las cuestiones más importantes de la controversia, a saber: «que no procedía practicar rectificación alguna en la escritura de inventario y relación de bienes otorgada por D. Pedro el 12 de abril de 1984». Es doctrina jurisprudencial uniforme y reiterada que si bien los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están obligados a interpretarlos con demasiada restricción, apartándose de la misión amistosa que se les confía (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1985), y que el arbitraje de equidad tiene la característica de que contra su fallo sólo puede interponerse el recurso de nulidad (por los motivos que se enumeran en el artículo 1733 de la LEC) cuya misión es dejar sin efecto, en su caso, lo que pueda constituir extralimitación, pero no corregir las deficiencias en la decisión de los árbitros, ni interferir en el proceso de su elaboración creando dificultades al móvil de paz y de equidad que preside el arbitraje privado, y desnaturalizando con ello su sencillez y confianza (Sentencia del Tribunal de 15 de diciembre de 1987). El laudo fue objeto de recurso de nulidad por escrito que lleva fecha de 2 de septiembre de 1985 (doc. 6 de los acompañados a la demanda), no dando lugar al mismo el Tribunal Supremo por sentencia de 16 de junio de 1987.

Octavo. La división, en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto constituía «thema decidendi», establecido por la voluntad de las partes, y vinculante para los árbitros en razón al principio de congruencia, por lo que si bien es cierto que las excepciones de falta de jurisdicción y de «litis pendencia» (opuestas por el demandado en en su escrito de 20 de octubre de 1986) fueron desestimadas por el Juzgado por Auto de 9 de febrero de 1987, así como por la sentencia recurrida, no lo es menos que el objeto de determinadas acciones como la de suplemento de la legítima y de reclamación de la cuarta vidual no estaba sometido a compromiso y respecto del atinente a la reclamación de las mejoras no pudieron pronunciarse los árbitros por falta de pruebas, de ahí que la parte actora solicitara aclaración de la sentencia de primer grado por advertir contradicción entre los pronunciamientos relativos a excepciones y el rechazo de la pretensión relativa a las operaciones particionales «por estar sometidas al compromiso arbitral», lo que es resuelto por el Juzgador «a quo», en el fundamento 1.º del Auto aclaratorio de 7 de enero de 1989 al indicar que «las facultades declarativas y ejecutivas de los árbitros han quedado vigentes e inatacables», afirmación del órgano unipersonal que por lo expuesto ha de permanecer incólume en la presente resolución, no

pudiéndosele dar acogida al motivo analizado.

Noveno. Por lo que se refiere al primer motivo de los argüidos por la demandada hay que tener en cuenta que la sentencia, sin el Auto aclaratorio, hubiera adolecido de incongruencia al reconocer que efectivamente habían sido acreditadas unas partidas en concepto de mejoras, y, contrariamente a lo razonado, desestimar totalmente el pedimiento a aquéllas referido, por lo que fue correcta la rectificación realizada por el Juzgador de instancia estimando el pedimento en parte, y si bien es cierto que al personarse en la alzada el Procurador de la actora omitió a uno de los que habían sido sus representantes en la primera instancia, y como consecuencia a la persona física omitida se le notificaron las resoluciones en estrados, no lo es menos que en la actual resolución, con independencia de las respuestas dadas a la motivación invocada por ambas partes, únicamente se han corregido operaciones contables de carácter ínfimo si se enfocan en función a la cuantía del proceso, y que en cualquier caso el recurso de aclaración, así como el de apelación, fue interpuesto por la representación de todos los litigantes actores, por ello el motivo debe ser rechazado, toda vez que cuando la sentencia puede prestarse a dudas deben tenerse en cuenta los artículos 363 de la LEC y el 267 de la LOPJ (que recoge el anterior) precisamente para desvanecerlas, pues el principio de inalterabilidad de las resoluciones judiciales sería perjudicial si se llevase a sus últimas consecuencias, viniendo a permitirse, para evitarlo, que se aclare algún concepto oscuro o que se supla cualquier omisión sobre punto discutido en litigio y siempre que la discordancia o contradicción resulte de los propios términos de la sentencia, comparando lo resuelto con sus razonamientos, lo que no significa revisión de lo actuado, teniendo en cuenta que la amplitud cognoscitiva de la Sala para enfrentarse a los problemas que se le plantean y el haber sido éstos sustancialmente idénticos a los resueltos por el Juzgado, origina una convalidación o ratificación que sana todo posible vicio o defecto, señalando la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1986 que «no existe incongruencia ni por tanto infracción del artículo 363 de la Ley Rituaria, cuando los considerados, que son el antecedente obligado y causa verdadera del fallo contienen los razonamientos que exige la aclaración solicitada por la parte actora en la litis». Por todo ello el motivo ha de ser rechazado.

Décimo. El segundo no puede correr mejor suerte, pues no se olvide que el demandado interpuso en la primera instancia demanda reconvencional, (con análoga argumentación a la ahora aducida para sustentar el recurso) y fue desestimada en todos sus pedimentos, toda vez que se considera legítimo que la actora haya pretendido deslindar la materia propia del compromiso de la que no lo era, así como que haya planteado todos los temas objeto de controversia, no sometidos a arbitraje, a la consideración de los órganos jurisdiccionales, por cuanto que cualquiera que haya sido la respuesta, obvio es que no hay méritos para aplicar la excepción contenida en el artículo 523 de la LEC. Por ello, al haber sido, en la primera instancia, estimada la demanda en parte, debió el Juzgador aplicar la norma general contenida en el art. 523

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de la LEC, lo que hace prosperable el último de los motivos alegados por la actora. En lo que se refiere a las costas de la apelación, habiéndose advertido las justificadas razones de ambas partes para la interposición del recurso así como la naturaleza del litigio, intereses controvertidos y complejidad de las operaciones contables, no se hallan méritos para especial pronunciamiento.

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Eduardo y otros, y desestimamos el interpuesto por la representación de D. Pedro, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Barcelona de 21 de diciembre de 1988, que fue objeto de aclaración por Auto de 7 de enero de 1989, que MODIFICAMOS, CONDENANDO a D. Pedro al pago, en concepto de crédito de mejora sobre bienes fideicomitidos referidos a los apartados *c)* y *d)* de la cláusula segunda del testamento, de 3.120.616 ptas. a cada uno de los legatarios, manteniendo el resto de los pronunciamientos, sin condena al pago de las costas de ambas instancias. Notifíquese al apelado rebelde en forma legal si en el plazo de tres días el apelante no pidiese notificación personal. Firme esta resolución, expídase testimonio de la misma que con los autos originales se remitirá al Juzgado de procedencia a los efectos oportunos.

Así por esta nuestra resolución, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

S 4 marzo 1991 (TSJ Catalunya)

Excmo. Sr. Presidente:
D. José A. Somalo Giménez
Iltmos. Sres. Magistrados:
D. Luis M.ª Valcárcel
D. Jesús Corbal Fernández
D. Joaquín Badía Tobella
D.ª M.ª Dolores Lagunas Güell

SENTENCIA NÚM. 3

Barcelona a cuatro de marzo de mil novecientos noventa y uno.

VISTO por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados del margen el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio declarativo de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de los de Barcelona, sobre reclamación del pago de legados y otros extremos, cuyo recurso fue interpuesto por D.ª Pilar, de cuyo recurso se separaron en esta instancia los tres últimos expresados recurrentes, en el que es recurrido D. Pedro.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Que ante el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de los de esta ciudad, fueron vistos autos a instancia de D.ª Pilar y otros contra D. Pedro; la parte actora formalizó demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimaba oportunos, que se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1.º) Se condene a D. Pedro a satisfacer a cada uno de sus hermanos y a su madre la suma de 33.154.792 ptas. en concepto de pago del legado de mejoras y gastos extraordinarios efectuados por D. Juan en los bienes objeto del fideicomiso. 2.º) Se condene igualmente a D. Pedro a abonar a cada uno de mis mandantes reseñados en el pedimento anterior, la total suma de 470.786 ptas. onceava parte del líquido metálico de la herencia, una vez satisfechos los gastos de la misma. 3.º) Se condene igualmente a D. Pedro a abonar a mis mandantes los intereses legales de las anteriores sumas desde el momento del fallecimiento del testador, en 25 de octubre de 1983. 4.º) Se condene a D. Pedro a entregar a mis mandantes la posesión de las fincas que fueron objeto del legado a D. Juan, reseñadas en el Hecho séptimo, apartado 4, y más extensamente en el Fundamento de Derecho IV, así como a rendir cuentas de su administración desde el fallecimiento del testador. 5.º) Se declare el derecho de mis mandantes a no continuar en la indivisión de las fincas señaladas en apartados *a)* a *p)* en el Fundamento de Derecho IV, y en sus méritos se proceda a su división entre mis mandantes y el demandado, formando lotes de valor sensiblemente idéntico, y de no ser ello posible procediendo a su venta en subasta pública y distribuyendo su importe entre mis mandantes y el demandado. 6.º) Subsidiariamente, para el supuesto de que el importe de la condena a favor de cada uno de mis mandantes, a que hace referencia los pedimentos 1.º, 2.º y 4.º, este último limitado al valor de los bienes inmuebles legados, no alcanzar la suma de 34.505.839 ptas., a que asciende la legítima de cada uno de los hermanos, se condene al heredero D. Pedro a completar la legítima de mis mandantes hasta dicha suma, así como a abonar los intereses de dicho complemento desde el fallecimiento de D. Juan. 7.º) Se declare el derecho de D.ª Pilar a percibir la cuarta viudal en la herencia de su esposo D. Juan. 8.º) Se condene a D. Pedro a formar un lote integrado por la cuarta parte de los bienes inmuebles de la herencia, previa deducción del valor a que ascienden los legados dispuestos a favor de D.ª Pilar; con la prevención que, de no formarlo en el plazo que se le conceda al respecto, será formado judicialmente. 9.º) Se condena a D. Pedro a otorgar escritura en la que se ceda a D.ª Pilar la propiedad de los bienes comprendidos en dicho lote, si en el plazo que prudencialmente se le conceda no ejercita la opción a abonar el importe del valor equivalente de dichos bienes en el momento de efectuar el pago. 10.º) Se condene igualmente a D. Pedro a abonar a D.ª Pilar la cuarta parte de los frutos obtenidos por los bienes inmuebles de la herencia desde el fallecimiento de D. Juan en 25 octubre 1983, hasta la efectiva entrega de la cuarta viudal. 11.º) Se condena a D. Pedro al pago de las costas del presente juicio, y por otrosí se interesaba la anotación preventiva de la demanda en los Registros de la Propiedad correspondientes.

Segundo. Admitida a trámite la demanda se dispuso el emplazamiento del demandado para que en el término legal compareciera en los autos personándose en forma, lo que así verificó oportunamente; tramitado y resuelto el incidente promovido, por el que se desestimaron las excepciones dilatorias propuestas por el demandado y notificado para que contestara la demanda formulada evacuó oportunamente el

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

trámite con arreglo a las prescripciones legales con súplica de que se dictara sentencia absolviéndole de todos y cada uno de los pedimentos formulados por los actores, haciendo expresa imposición de costas a los mismos, formulando reconvención ejercitando la acción de indemnización de daños y perjuicios a fijar en trámite de ejecución de sentencia, contra todos los referidos actores. El pleito continuó por sus trámites, con los de réplica y dúplica, recibimiento a prueba y práctica de la admitida, todo ello con el resultado que obra en autos.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 21 de diciembre de 1988, cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por Eduardo contra Pedro, debo absolver y absuelvo libremente al demandado de los pedimentos formulados: 1.º) No ha lugar a estimar la acción personal de complemento de legítima. 2.º) No ha lugar a la estimación de la acción en solicitud de cuarta viudal. 3.º) No ha lugar a condenar al demandado a la entrega (acción real) de los bienes legados al amparo de la cláusula segunda *A*) del testamento ni a llevar a cabo las operaciones particionales de los mismos por estar sometidos a compromiso arbitral. 4.º) Se imponen las costas procesales a la parte actora. Contra esta sentencia podrá interponerse en este Juzgado recurso de apelación en el plazo de cinco días a contar desde su notificación».

Tercero. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación admitido en ambos efectos a ambas partes litigantes, y sustanciándose la alzada, la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en fecha diecisiete de mayo de mil novecientos noventa, cuya parte dipositiva dice: «FALLAMOS: Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Eduardo y otros, y desestimamos el interpuesto por la representación de D. Pedro, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Barcelona de 21 de diciembre de 1988, que fue objeto de aclaración por Auto de 7 de enero de 1989, que MODIFICAMOS, CONDENANDO a D. Pedro al pago, en concepto de crédito de mejoras sobre bienes fideicomitidos referidos a los apartados *c*) y *d*) de la cláusula segunda del testamento, de 3.120.616 ptas. a cada uno de los legatarios, manteniendo el resto de los pronunciamientos, sin condena al pago de las costas de ambas instancias. Notifíquese al apelado rebelde en forma legal si en el plazo de tres días el apelante no pidiese notificación personal. Firme esta resolución, expídase testimonio de la misma que con los autos originales se remitirán al Juzgado de procedencia a los efectos oportunos».

Cuarto. Por el Procurador Sr. R, en representación de D.ª Pilar se formalizó el recurso de casación por infracción de normas de Derecho civil común y de Derecho civil de la Compilación de Cataluña, que funda en los siguientes motivos:

1.º Amparado en el n.º 5.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en la infracción del art. 208.1.º de la Compilación de Cataluña.

2.º Amparado en el n.º 3.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en la infracción del art. 359 de la misma Ley.

3.º Amparado en el núm. 5.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en la infracción de

los arts. 882.1 y 884 del Código civil reforzados por los arts. 139 y 208 de la Compilación.

4.º Amparado en el n.º 3.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en la infracción de los arts. 359 y 363 de la misma Ley y 267.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

5.º Amparado en el núm. 1.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por defecto de jurisdicción con infracción del art. 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y

6.º Amparado en el núm. 5.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en la infracción del art. 129 de la Compilación de Cataluña.

Quinto. Admitido el recurso y evacuado el trámite del Ministerio Fiscal y el de instrucción por las partes, se señaló para la vista el día siete de febrero último, en que tuvo lugar, si bien, con fecha anterior, es decir, por auto de veintiocho de enero pasado, se tuvieron por separados del recurso de casación a D. S, continuando la tramitación con los otros recurrentes.

Ha sido Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. Jesús E. Corbal Fernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El primer motivo del recurso de casación se plantea al amparo del número quinto del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en él se denuncia infracción del art. 208, primero de la Compilación, –«tan bon punt deferit o transmès el fideïcomís, el fiduciari o els seus hereus tindran dret a exigir del fideïcomissari: Primer. L'import de les millores o incorporacions efectuades a llurs expenses, sempre que no siguin sumptuàries, estimat en l'augment de valor que per aquelles hagi experimentat la cosa al temps de la delació del fideïcomís, sense que pugui excedir el preu de cost»–. El argumento de la parte recurrente es, en síntesis, el siguiente: la sentencia recurrida interpreta en cuenta que, por las razones que expone ampliamente, se impone una consideración de deuda de valor, de manera que la solución correcta, a juicio de los recurrentes, es la de que para fijar el precio de coste de las mejoras o incorporaciones se habrá de estar al valor actualizado de la inversión efectuada en su momento. Para decidir la cuestión que se plantea es absolutamente preciso partir de unos antecedentes fácticos que revisten una trascendental relevancia, a saber: 1. En testamento otorgado el 27 de febrero de 1973 D. Juan lega a su esposa e hijos: «el importe de todos los gastos extraordinarios, mejoras, maquinaria agrícola, ganado y demás, satisfechos por el señor otorgante en las fincas que su señor padre le donó y prelegó bajo fideicomiso; y el importe de todos los gastos, tanto ordinarios como extraordinarios que haya satisfecho el señor otorgante por razón de los bienes que su señor padre le donó con fideicomiso puro» –CLÁUSULA SEGUNDA, apartados *b*) y *c*)–; 2. En el contrato de compromiso formalizado en escrituras públicas de 21 de marzo de 1985, por la viuda e hijos del testador se somete a arbitraje de equidad, como CUESTIÓN SEGUNDA, la de «determinar el importe que haya de integrar el legado establecido por el causante en su testamento, en favor de su esposa y todos sus hijos, a satisfacer por el heredero, y a que se refieren los apartados *c*) y *d*) de la cláusula se-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

gunda del antedicho testamento»; 3. En el laudo dictado por unanimidad por los tres árbitros el 13 de junio de 1985, instrumentalizado en escritura del día siguiente se dice en el ATENDIDO que hace referencia al tema objeto de análisis: «que la segunda cuestión a resolver por los árbitros, consiste en determinar el importe que haya de integrar el legado establecido en el testamento en favor de la esposa e hijos del causante, en los apartados *c)* y *d)* de la cláusula segunda del mismo. Para resolver la cuestión planteada, la propia cláusula SEXTA del mismo testamento, dispone expresamente que estos gastos se comprobarán de «las cuentas y libros» que el propio testador lleve al efecto. Estos elementos probatorios, que hubieran sido de especial importancia, por tratarse de datos suministrados por el propio testador, no han sido aportados a este procedimiento arbitral, no constando tampoco a los árbitros la existencia de los mismos; aunque sin embargo, debe aclararse que la inexistencia de estos elementos, a los que se refiere el propio testador, no obstan a la validez del legado, por haberse podido determinar su importe por otros medios. Que sin embargo, es lo cierto que no se ha aportado a estos árbitros, durante todo el procedimiento arbitral, ni tampoco se ha propuesto ningún medio de prueba que permita fijar el importe del legado establecido en estos apartados; sin que pueda cuantificarse tampoco aproximadamente, por carecer los Árbitros de elementos para ello, ni tampoco ser admisible por tratarse de un legado de cantidad o cosa específica. Por todo lo anterior, es por lo que estos Árbitros no pueden determinar el importe de este legado, dada la carencia de pruebas suficientes para ello» (sic). Y en el fallo se expresa bajo el numeral II: «Que no se puede determinar el importe que haya de integrar el legado establecido por el causante en su testamento, en favor de su esposa y todos sus hijos, a satisfacer por el heredero, y a que se refieren los apartados *c)* y *d)* de la cláusula segunda del antedicho testamento; por carecer los árbitros de pruebas suficientes para ello»; 4. Contra dicho laudo se interpuso por la viuda y varios de sus hijos recurso de nulidad ante la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, basado en el motivo único amparado en el número cuarto del art. 1733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y fundado en no haber concedido los árbitros a los recurrentes la oportunidad de ser oídos, y en cuya impugnación se hacían, entre otras alegaciones, las de «falta de audiencia a las partes, no habiendo podido mis mandantes proponer prueba alguna», «ausencia de toda prueba de sus mandantes sobre puntos de interés para el proceso» y «manifiestos errores del arbitraje». El recurso fue desestimado por la Sala 1.ª del más Alto Tribunal en Sentencia de 16 de junio de 1987 (de la que obra certificación en los autos, fs. 1022 a 1026, y es aludida en el primero de los fundamentos jurídicos de la Sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia el 21 de diciembre de 1988), en cuya resolución con claridad meridiana se rechaza la existencia de la infracción denunciada de no haberse procedido a la audiencia de las partes o a la práctica de la prueba, y se afirma que los árbitros dieron cabal cumplimiento a lo dispuesto en el art. 29 de la Ley sobre Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, sin producir a los aquí recurrentes la indefensión que proscribe el art. 24 de la Cons-

titución Española. Pues bien, planteando el tema ante la Jurisdicción Ordinaria Civil (la demanda se presentó el 30 de septiembre de 1986), y haciendo abstracción por el momento de la materia relativa a las excepciones de «incompetencia de jurisdicción» y «litisprudencia», el juzgador de primer grado, en labor hermenéutica del laudo, razona (fundamento jurídico quinto) que «ante el silencio de los árbitros caben dos interpretaciones, partiendo de la base que los colegatarios gozan del derecho de crédito reconocido en el art. 208 de la Compilación: 1.º Entender que el silencio de los árbitros por falta de pruebas, equivale a considerar «valor cero» dichas mejoras, o, 2.º Entender que no ha quedado resuelto el contencioso sobre este punto, y en virtud de lo cual sería competente este Juzgado para fijar la cuantía que por tales conceptos reclaman los legatarios. Parece más adecuada esta última solución a la vista del contenido del laudo arbitral, y que no se reserva para la fase ejecutiva del laudo, la fijación de las mejoras, frutos y rentas». La solución no es alterada en la apelación, sin que en la Sentencia de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de 17 de mayo de 1990 (que es la aquí objeto de recurso) se añada argumentación alguna que corrobore el razonamiento del juzgador de primera instancia. Comparados los antecedentes fácticos con la argumentación de las resoluciones judiciales, claramente se evidencia la existencia de la equivocación jurídica de no apreciar la existencia de EFECTO POSITIVO DE LA COSA JUZGADA. La identidad de lo resuelto en el laudo arbitral y lo planteado en este proceso es total abarcando los aspectos subjetivo, objetivo, causal y temporal. Procede observar que si bien los árbitros de equidad no están sujetos a reglas procedimentales deben dar a las partes la oportunidad de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias (art. 29 de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, que es la normativa legal aplicable al caso por razones de orden intertemporal), de tal manera que la inobservancia de los principios de audiencia y contradicción, al originar una clara indefensión (entre otras, Sentencias de 1 de diciembre de 1986 y 19 de junio de 1987), determinaba la posibilidad de impugnación mediante el recurso de nulidad (hoy desaparecido, al no ser recogido en la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 que regula un recurso de anulación ante la Audiencia Provincial), del que conocía la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, la cual asumía en exclusiva el control jurisdiccional acerca de si se había dado o no la oportunidad probatoria (SS 28 septiembre 1985; 1 diciembre 1986; 19 junio y 11 diciembre 1987; 6 y 8 febrero, 2 marzo y 25 septiembre 1989). Por lo tanto: a las partes interesadas incumbe aportar las pruebas en el artibraje; a los árbitros corresponde dar oportunidad al efecto; y al Tribunal Supremo, en decisión del recurso de nulidad, controlar si se cumplió la mínima exigencia legal; porque LAS DEFICIENCIAS Y OMISIONES no pueden ser corregidas ni por el Tribunal Supremo (SS 2 mayo 1972, 9 octubre 1984, 14 julio 1986, 24 febrero y 15 diciembre 1987, 17 marzo y 28 noviembre 1988 y 15 octubre 1970), NI MENOS TODAVÍA EN UN JUICIO DECLARATIVO POSTERIOR, como explícitamente declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1989, Los interesados acudieron al

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Tribunal Supremo aduciendo que no se les había dado oportunidad de proponer pruebas, y el más Alto Tribunal resolvió que no concurría tal defecto. Lo que ocurre entonces es que las partes no ofrecieron prueba, y tal inactividad imputable a su propia conducta, y, como tal, excluyente de indefensión (ad exemplum, Sentencia de 20 de noviembre de 1989), no puede ser tratada de subsanar a través del planteamiento de un juicio ordinario, ni siquiera mediante el hábil expediente de que nos hallamos ante una cuestión no resuelta por los árbitros, y por ende deferida a la Jurisdicción Ordinario Civil. Si hubiera habido una «cuestión no resuelta» debió someterse a la consideración del Tribunal Supremo en el recurso de nulidad, con carácter subsidiario o eventual propio, porque aunque es cierto que el concepto de incongruencia de las resoluciones judiciales no tiene en el jucio de equidad el mismo sentido que en el proceso ordinario, ello es siempre que el fallo del laudo se atenga a los temas litigiosos que se le ofrecieron a resolver, como dice la Sentencia de 14 de julio de 1986, y que era posible el planteamiento por «omisión de pronunciamiento», –INCONGRUENCIA POR DEFECTO–, lo revela la Sentencia de 17 de marzo de 1988, que pone en conexión sistemática el n.º 3.º del art. 1733 y el art. 1736, ambos de la LEC. El control correspondía, por lo tanto, al Tribunal Supremo; pero aunque hipotéticamente no fuere así (con base en el argumento de que el art. 1733 no contempla la incongruencia por defecto, y que la referencia del art. 1736 habría que hacerla al art. 1732 que se refería al recurso de casación contra laudos dictados en arbitrajes de derecho), de cualquier forma, no se da el caso de «cuestión no resuelta», y por consiguiente deferida a otro juicio arbitral o proceso judicial posterior. Ciertamente hay «non liquet» en el sentido de que la falta de prueba hace imposible cuantificar determinados créditos, pero ello ha de entenderse como pronunciamiento absolutorio, semejante a la consecuencia que produciría la aplicación de la doctrina de la carga de la prueba en un juicio de derecho (y no meramente de equidad). Pero no hay «non liquet» en el sentido de no resolver, de abstención de pronunciamiento, como en el caso clásico tan conocido «iurare sibi non liquere» (ej. Aulo Gelio, Noctes Atticae 14,2,25 «iuravi mihi non liquere atque ita iudicatu illo solutus sum» cuando decidió no seguir ni la regla de «onus probandi», ni el consejo de Favorino). No cabe hacer una interpretación semejante de la parte dispositiva del laudo, ni de su fundamentación; por otro lado, ni siquiera en los juicios de derecho cabe deferir para ejecución la cuantificación de un crédito cuando es factible hacerlo mediante la aportación probatoria en período declarativo, y no se hizo sin causa justificada; y además, admitir la eventualidad de que en procesos judiciales abriría una brecha peligrosa en el sistema, tanto más que en el caso presente se pretende se resuelva jurídicamente, lo que convencionalmente se acordó lo fuera en equidad. Por lo demás, debe dejarse constancia que el efecto positivo de la cosa juzgada es apreciable de oficio (SS 27 octubre 1944, 3 febrero 1961, 6 noviembre 1965, 17 diciembre 1977, 10 noviembre 1978, 11 noviembre 1981, 3 y 6 diciembre 1982, 5 octubre 1984, 9 mayo 1988 y 5 julio 1989) y que no es dable alterar el contenido de la Sentencia dictada

por la Audiencia en virtud del principio que veda la «reformatio in peius» (SS 28 enero 1975, 24 octubre 1978, 24 febrero 1983, 4 y 17 octubre de 1985, entre otras muchas), doctrina que tiene incluso alcance constitucional (SSTC 6 octubre 1986 y 12 julio 1988). Por todo ello debe rechazarse el primer motivo del recurso.

Segundo. En el segundo motivo del recurso se aduce infracción del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el cauce procedimental del número tercero del art. 1692 del propio Texto Legal; y se desarrolla en el sentido de que el demandante D. Pedro admitió la realidad de las obras de mejora realizadas en dos fincas y el pago de contribuciones de mejora por importe de 2.610.115 ptas. El motivo no puede ser acogido porque, además de que la temática fue resuelta por la Sala de instancia (fundamento jurídico quinto en relación con número tercero del fundamento primero), lo que conlleva que no quepa hablar de incongruencia, ni sea operativa la vía del ordinal tercero del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y tampoco procede discurrir en torno a la aplicabilidad de la doctrina del error de hecho en la valoración de la prueba (aducida por la parte recurrente en la fundamentación del motivo) porque no se dan los presupuestos fácticos que prevé el número cuarto del art. 1692 y jurisprudencia dictada en su aplicación, en todo caso es aplicable mutatis mutandis el efecto jurídico del fundamento de derecho anterior de esta resolución.

Tercero. En el tercer motivo del recurso, al amparo del número quinto del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia infracción de los arts. 882, uno, y 884 del Código Civil reforzado por los arts. 139 y 208 de la Compilación. Se razona que la sentencia recurrida infringe dichos preceptos al denegar la condena al pago de intereses. El motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria de los dos anteriores, sin que ni siquiera sea preciso su examen porque al no ser la cuestión objeto del recurso de apelación el pronunciamiento del Juzgado devino firme, y obviamente no puede ser replanteada en casación.

Cuarto. En el motivo cuarto del recurso con amparo en el número tercero del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alega la infracción de los arts. 359 y 363 de la propia Ley Procesal y 267, uno, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El motivo no puede prosperar porque la materia relativa a la entrega de legados y división de los mismos entre los legatarios forma parte del compromiso y está sujeta a la actuación de los árbitros. Basta leer los términos de la escritura de compromiso, cuya reproducción resulta aquí superflua, para disipar cualquier sombra de duda o incertidumbre. Es cierto que en la actuación procesal de la primera instancia se produjeran irregularidades, pues obviamente lo que procedía era tramitar en un efecto la apelación planteada contra el Auto dictado por el Juzgado el 9 de febrero de 1987, que resolvió el incidente de excepciones dilatorias, –de incontestación a la demanda–, y esperar a que recayere decisión por parte de la Audiencia Provincial, tal y como se establece en el párrafo tercero del art. 538 de la LEC, y no era correcto entrar a dictar sentencia definitiva volviendo a conocer de los temas de dicho artículo, ni siquiera por razones de economía procesal, porque obvia-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mente no cabe alegar en trámite de contestación excepciones dilatorias que fueron planteadas en el incidente previo, tal y como dispone el art. 536 de la Ley Procesal. Por otra parte la Sentencia del Juzgado no es clara, porque por un lado parece rechazar con carácter general la excepción de incompetencia de jurisdicción, y en cambio para puntos concretos de los que son objeto de la demanda (como ocurre con los del motivo) reconoce pertenecen al arbitraje. La Sentencia de la Audiencia que debió haber enfocado frontalmente toda la problemática procesal y adoptar las decisiones adecuadas, no lo hace, y viene a mantener de forma confusa la misma solución del Juzgado, examinando unas cuestiones, por no estar sujetas al arbitraje, y excluyendo otras del conocimiento judicial como vinculadas al mismo. Las definiciones expresadas no tienen sin embargo la trascendencia procesal que pretende la parte recurrente. En primer lugar, no se infringió la doctrina de la invariabilidad de las resoluciones judiciales (arts. 363 de la LEC y 267 uno, de la LOPJ) porque el Auto de 9 de febrero de 1987 no era firme; por otro lado, la Audiencia tenía plenitud de conocimiento para entrar en el tema, y obviamente es la resolución de esta Sala la que se debe tener en cuenta en la perspectiva de la casación; y, por último, no se ha producido indefensión. Por lo demás es claro el acierto de fondo (en el concreto particular objeto del motivo) por parte del Tribunal de instancia. Había falta de jurisdicción y el conocimiento correspondía al arbitraje de equidad. Y por la misma razón procede rechazar el motivo quinto del recurso en el que al amparo del número primero del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por defecto de jurisdicción se denuncia infracción del art. 9.º, dos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Procediendo sólo añadir que no cabe hablar o imaginar que pueda generarse lo que se denomina perpetuación de la jurisdicción de los árbitros, pues no es éste el caso, (tal situación tiene matices peculiares, como es de ver por ejemplo en el caso examinado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1987), y además es totalmente lógica la doble actividad de los árbitros (incluso con el interregno temporal que da lugar a dos periodos o fases en su intervención) habida cuenta la acumulación de funciones de arbitraje y contador partidor (posibilidad reconocida, por ejemplo en Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1984), y sin olvidar los términos contundentes de los firmantes del compromiso de solventar TODAS sus diferencias mediante el arbitraje de EQUIDAD. Nada obsta a lo dicho la hipotética situación de animosidad entre los recurrentes y los árbitros, como tampoco el deferimiento temporal de la actuación partidora de éstos, pues quienes precisamente interfirieron su labor fueron los alegantes con el recurso de nulidad y el planteamiento de este proceso.

Quinto. En el motivo sexto del recurso, por la vía del número quinto del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se aduce vulneración del art. 129 de la Compilación de Cataluña; y en el mismo, con carácter subsidiario del primer motivo, se pretende el cobro de suplemento de legítima, sobre la base de que debe incluirse en el caudal relicto a efectos del cómputo de legítima el valor de los bienes que integran el fideicomiso puro electivo, valorado pericialmente en la suma

de 608.898.336 ptas. El motivo debe rechazarse porque es claro que dichos bienes no son computables en la herencia del fiduciario, sin que nada obste que el fideicomiso puro sea electivo, y nada tenga que ver el precepto del art. 270, cinco, de la Compilación sobre la reserva vidual. La pretensión de la parte recurrente no tiene ningún soporte doctrinal ni jurisprudencial; y por lo demás el mismo planteamiento del tema exaspera del proceso judicial, pues todos los interesados en la herencia, por las razones que fuere, repudiaron el juicio judicial, e incluso el proceso especial arbitral de derecho, para someterse al de equidad, y obviamente al mismo han de estar sin que quepa invocar en el juicio declarativo ordinario hipotéticas lesiones a los derechos de legítima como consecuencia de la actuación de los árbitros.

Sexto. Las costas del presente recurso deben ser impuestas a la parte recurrente (art. 1715, último párrafo de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por lo expuesto, en nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador D. J., en nombre y representación de D.ª Pilar, contra la Sentencia pronunciada por la Sección Décimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona el 17 de mayo de 1990, y condenamos a los referidos recurrentes al pago de las costas causadas en este recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia, mediante la certificación correspondiente y con devolución de los autos y rollo de apelación en su día remitidos. Dése a esta Sentencia la publicación legalmente establecida.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

Quedan transcritos los prolijos antecedentes de este complejo asunto judicial en su integridad por su interés documental. El caso merece algunas apostillas complementarias:

1. Es significativo observar cómo las sentencias de primera instancia y de apelación se centran en la llamada cuestión de fondo predominantemente, con amplio estudio de los textos de derecho civil especial de Catalunya. Por el contrario, la sentencia del TSJ es lamentablemente una sentencia meramente formal, que prácticamente elude abordar los importantes problemas interpretativos que suscitaba el fondo del asunto.

2. El Tribunal arbitral ha incidido claramente un «non liquet», como resulta de la transcripción literal de su pronunciamiento que figura reiteradamente en las sentencias reproducidas anteriormente. Esta figura es francamente impensable en un procedimiento que goza de naturaleza jurisdiccional bajo pena de responsabilidad personal. El árbitro, como el juez, no puede dejar de fallar sobre extremos que le están encomendados y mucho menos en el ámbito de un arbitraje de equidad, en el que goza de una flexibilidad omnímoda. Como mucho, los árbitros hubieran podido disimular su pronunciamiento con los mismos criterios con que lo haría un jez: determinar a quién de los litigantes perjudican las reglas de la carga de la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

prueba. Al no hacerlo así, es claro que incurrieron en un «non liquet» y que la cuestión quedó imprejuzgada.

3. La cuestión de compatibilidad del procedimiento judicial con el arbitraje se la plantea correctamente el Juzgado de Primera Instancia y la resuelve con sensatez, en el sentido de aceptar su competencia para resolver sobre aquello que quedó imprejuzgado en el laudo arbitral. Por el contrario, el TSJ no comparte dicha solución e invoca nada menos que el efecto positivo de la cosa juzgada. La tesis, por un lado, sería insostenible, porque la cosa juzgada no puede cubrir jamás aquello que quedó de verdad y expresamente imprejuzgado. Por otro lado, la solución en este caso es, además, injusta, porque sacraliza lo que ha sido una omisión expresa de los árbitros.

4. En fin, el arbitraje tiene la misma vocación de exhaustividad que la sentencia judicial, en el ámbito de los límites objetivos de la cosa juzgada. Es cierto que la anterior Ley de arbitraje de 1953 favorecía casi las contiendas judiciales posteriores al arbitraje. Siempre se encontraba algún motivo que permitiera abrir de nuevo la discusión en la vía judicial. Hay que llamar la atención sobre el hecho de que dicha situación ha cambiado radicalmente en la nueva Ley de arbitraje de 1988. En principio, «todo» se resuelve dentro del arbitraje, limitándose el control judicial a la regularidad de los principios y escasamente al fondo del asunto. Conviene pues aprovechar en su integridad la utilidad de un instrumento como el arbitraje para resolver definitivamente la controversia.

2. FORMALIZACIÓN JUDICIAL DE ARBITRAJE: DERECHO TRANSITORIO

JPI n.º 21 Barcelona
A 21.7.1989

ACTE

Barcelona; vint-i-un de juliol de mil nou-cents vuitanta-nou.

FETS

Primer. Amb data 1 d'abril de 1989 es va presentar davant el Jutjat Degà de Primera Instància d'aquesta ciutat, pel procurador Sr. J., demanda sobre formalització judicial d'arbitratge d'equitat, en representació de A., contra B. Exposava uns fets que en síntesi, són els següents:

1r. El 20 de gener de 1986 A. i B. van subscriure un contracte per a l'execució de les obres del Projecte de «Reestructuración del Aprovechamiento Hidroeléctrico de S. sobre el rio J.», la clàusula 23a. del contracte disposava literalment:

«JURISDICCIÓN APLICABLE Y ARBITRAJE. Este contrato se regirá por las leyes vigentes, intepretándose sus cláusulas en todo caso según los principios de la buena fe.

Cualquier duda o diferencia que pudiera derivarse del presente contrato y de su posterior ejecución, serán necesariamente sometidas por las partes a un arbitraje de equidad de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente, reguladora de los arbitrajes de derecho privado, obligándose desde ahora ambas partes a formalizar la correspondiente escritura de compromiso, en su caso, ante el notario de Barcelona, D. Raul.

El arbitraje se celebrará en Barcelona y los árbitros serán tres designados de conformidad a las previsiones legales.

Sin embargo, si requerida una de las partes para la firma de la escritura de compromiso se negare a ello o de cualquier otro modo lo impidiere o dilatare, quedará la parte requirente en libertad para, a su elección, o acudir al Juzgado pidiendo la formalización judicial del compromiso o renunciando al Juicio Arbitral, plantear la cuestión en litigio ante los tribunales de la Jurisdicción Ordinaria.

A tales efectos se someten las partes a la jurisdicción y competencia de los juzgados y Tribunales de Barcelona.»

2n. Com a conseqüència de les diferències entre les parts respecte de la interpretació d'alguns particulars del contracte i de l'execució de les obres que constituïen el seu objecte, sobre les que no es va arribar a un acord satisfactori, l'actora va requerir notarialment la demanda per a la formalització de l'escriptura de compromís.

3r. El requeriment va ser refusat.

4t. Per això, l'actora instava la formalització judicial de l'arbitratge, a l'empara del Títol VI de la Llei 36/1988 de 5 de desembre, d'arbitratge. Proposava dos àrbitres que haurien de dictar laude en el termini de 180 dies a comptar del següent a la constitució del Col·legi Arbitral. El lloc de celebració de l'arbitratge seria la ciutat de Barcelona i es proposaven les disset qüestions a resoldre pels àrbitres així com el procediment. Aportava documents, al·legava els fonaments de dret que considerava aplicables i sol·licitava, finalment, acte accedint a la formalització judicial de l'arbitratge amb condemna en costes a la demandada.

Segon. Per proveïment de set d'abril següent d'aquest Jutjat de Primera Instància es va admetre a tràmit la demanda i es va convocar les parts a una compareixença que va tenir lloc el dia disset d'abril de 1989.

En aquest acte la part demandada va sol·licitar la suspensió de la compareixença per no haver rebut l'últim full de les còpies de l'escrit de la demanda. Es va acordar la suspensió així com una nova compareixença que es va celebrar el següent dia dinou d'abril.

Tercer. En la compareixença la part demandada va manifestar que la Llei 36/1988 no era aplicable al cas, que existia un procés declaratiu anterior al present pendent davant el Jutjat de Primera Instància número 6 d'aquesta ciutat en el que es sol·licitava, entre d'altres coses, la nul·litat de la clàusula preliminar d'arbitratge. Aportava un escrit de vint-i-un folis en el qual manifestava, entre d'altres extrems, que no existia en el contracte un veritable conveni arbitral per no concórrer els requisits de l'article 5 de la Llei de 1988; es tracta d'una simple clàusula preparatòria; la resolució favorable a la demanda implicaria una evident falta de tutela jurisdiccional efectiva per l'aplicació d'un procés a un cas no previst per la Llei; i el contracte celebrat el primer de juny de 1987 no inclou cap clàusula d'arbitratge; no consta de manera inequívoca la voluntat de les parts. Aportava documents. Al·legava fo-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

naments de dret i sol·licitava acte que denegués la formalització judicial de l'arbitratge i, subsidiàriament, declarés la nul·litat del procés per no ser aplicable la llei 36/1985 de 5 de desembre, amb expressa condemna en costes de la part instant. La demandant va negar les al·legacions de la contrària i va sol·licitar la unió a les actuacions de l'escrit que acompanyava. Es va acordar la unió dels escrits d'ambdues parts.

Per la part demandada es va proposar com a prova la confessió en judici del representant de A. i documental consistent en: *a)* Tenir per reproduïts els documents acompanyats; *b)* Exhort al Jutjat de 1a. Instància n.º 6 de Barcelona en referència als actes 255/89 d'aquell Jutjat. *c)* Requeriment a l'actora per a què aporti determinats documents. *d)* Testifical.

La part demandant sol·licitava l'ampliació del testimoni a expedir pel Jutjat n.º 6. Es va declarar pertinent, només la prova documental.

Quart. La part demandada recorre contra la denegació de la resta de mitjans de prova amb les següents consideracions, en síntesi: 1a.) El temps i el ritme de la justícia: no és justícia ni la justícia tardana ni la justícia precipitada. 2n.) Les proves rebutjades ni són supèrflues ni són allunyades de l'objecte del procés; la mera designació d'àrbitres no constitueix l'únic objecte del procés. 3r.) Interessava el plantejament de qüestió d'inconstitucionalitat de l'article 23.1 de la Llei 36/1988 per vulnerar l'article 24.1 de la Constitució. Es va donar trasllat del recurs a la part contrària que va sol·licitar la seva desestimació. Per acte de vuit de maig de 1989 es va desestimar el recurs. El 9 de maig següent es va aportar a aquest Jutjat l'exhort complimentat pel Jutjat n.º 6 de Primera Instància demanat i acordat com a prova documental.

Cinquè. Per proveïment de data 11 de maig següent es va acordar oficiar als Col·legis d'Advocats, Enginyers de Camins, Canals i Ports, per tal que facilitessin llistes de professionals facultats per a intervenir com a àrbitres.

Sisè. En escrit presentat el 20 de maig de 1989 la part demandada sol·licitava testimoni de les actuacions a l'objecte de recórrer en empara davant el Tribunal Constitucional contra l'acte de 8 de maig passat. El 24 de maig es va acordar el lliurament del testimoni. Un nou escrit, en aquest cas de la demandant, es va presentar el 30 de maig. El 25 de maig la demandada presentava un altre escrit sol·licitant que s'oficiés als Col·legis d'Arquitectes, d'Aparelladors i la Cambra de Comerç de Barcelona, als efectes d'entrar en insaculació a la designació d'un àrbitre. L'actora es va oposar a la petició. El 26 de maig es va proveir en sentit contrari a la sol·licitud. El 5 de juny es va recórrer en reposició per la demandada i el 14 de juny la part contrària va demanar la desestimació del recurs. El 15 de juny es va dictar acte desestimant-lo.

Setè. Per altra banda, es va rebre en aquest jutjat les llistes dels col·legiats requerides als Col·legis d'Enginyers Industrials i d'Enginyers de Camins. El 28 de juny es va rebre del Col·legi d'Advocats de Barcelona la llista, que s'havia sol·licitat en data 11 de maig de l'article 41 paràgraf segon de la llei d'Arbitratges. A la llista hi figuraven tan sols sis col·legiats, entre ells el lletrat de la demandada en aquest procediment. El 30 de juny passat es va demanar al Col·legi d'Advocats la data

que els advocats de l'esmentada llista havien sol·licitat la seva inclusió en ella, així com la publicitat que hagués realitzat el Col·legi entre els seus membres per a la confecció de la relació. El 13 de juliol, mitjançant telegrama, es va recordar al Col·legi d'Advocats l'urgència de la resposta a l'ofici. El 17 de juliol de 1989 es rep la contestació de l'esmentat col·legi.

Vuitè. Per proveïment de 18 de juliol de 1989 se senyala el dia 21 de juliol a les 12,30 hores per a la designació dels àrbitres, a la que podran concórrer les parts.

Novè. El dia senyalat té lloc la compareixença amb el resultat que consta en actes.

FONAMENTS DE DRET

Primer. La primera qüestió a determinar la constitueix la relativa a la legislació aplicable al cas.

Per a la part instant del procediment resulta inqüestionable l'aplicabilitat de la Llei 36/1988, de 5 de desembre, d'arbitratge, la qual negà la part demandada, en l'acte de la vista de 19 d'abril passat (i en l'escrit que hi va aportar). La mateixa demandada, però, manifesta en el seu escrit de demanda de judici declaratiu de major quantia tramitat el Jutjat de Primera Instància número 6 d'aquesta ciutat –testimoni del qual obra en aquest procediment a sol·licitud de la pròpia part demandada– que la norma és ben clara i que en el nostre cas és clarament aplicable la llei de 1988.

La disposició transitòria única de la Llei de 1988 estableix que amb excepció dels casos en què el procediment arbitral ja s'hagués iniciat, els arbitratges, el conveni arbitral dels quals s'hagués celebrat abans de l'entrada en vigor d'aquesta Llei es regiran per les disposicions contingudes en ella.

Per conseqüència, es considera aplicable al cas la Llei de 5 de desembre de 1988.

Segon. La nova Llei vol restringir la intervenció jurisdiccional en el procediment a la designació dels àrbitres en cas de manca d'acord entre les parts (articles 38 i següents). Segons l'Exposició de Motius, la finalitat és la de descarregar l'Administració de Justícia d'algunes de les funcions que fins ara tenia encomanades en la matèria. Malgrat això, l'article 42.1 contempla el rebuig de la formalització judicial de l'arbitratge quan el jutge consideri pels documents aportats que no consta de manera inequívoca la voluntat de les parts. Aquesta manca de voluntat és al·legada per la part demandada en el cas present.

De l'examen dels documents aportats es desprèn, en canvi, que les parts van celebrar un veritable conveni arbitral en el contracte de data 20 de gener de 1986. S'ha de tenir en consideració, però, que al temps de la seva celebració la matèria no era encara, regida per la nova Llei. Per tant, no és d'estranyar l'absència en el Conveni d'alguna expressió literal de l'article 5 de la Llei i, concretament, la de l'obligació de complir la decisió dels àrbitres. Aquest precepte, per la seva naturalesa, no pot tenir eficàcia retroactiva i d'altra banda s'estima que l'obligació de complir la decisió arbitral és inequívocament implícita en el si del conveni. Per conseqüència, la clara voluntat de les parts no ve desvirtuada per aquella circumstància. És, per tant, procedent accedir a la formalització de l'arbitratge sense que això prejutgi, na-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

turalment, la validesa del conveni arbitral, de conformitat amb l'article 42.2 de la Llei 36/1988.

Tercer. Quant al nomenament dels àrbitres, l'article 41 de la Llei estableix tres sistemes subordinats entre si. El primer (article 41.1) descansa en l'acord de las parts, no assolit en el present procediment. El segon, en defecte d'acord (article 41.2) consisteix en sorteig a partir d'una llista d'advocats en exercici que haurà de facilitar el Col·legi professional de la circumscripció. L'últim sistema, en cas d'arbitratge d'equitat el constitueix la lliure designació pel jutge dels professionals que consideri convenients, oïda la proposta de les parts, o d'entre els que aquestes proposin de comú acord.

En el cas present, el Col·legi d'Advocats de Barcelona va comunicar verbalment al Jutjat, en demanar aquest la relació prevista per l'article 41.2, que aquesta no havia estat encara confegida. Setmanes més tard, però, va remetre una exigua relació de sis col·legiats (un d'ells el lletrat de la demandada en el procediment). Atès que totes les sol·licituds d'incorporació a la llista d'àrbitres (exclòs el lletrat de la demandada) han estat posteriors a la petició de la llista per aquest Jutjat i atesa l'absència de publicitat donada pel Col·legi de Barcelona entre els seus membres sobre l'existència d'aquesta relació d'àrbitres (tot i que, efectivament, la Llei 36/88 va tenir la publicació pròpia de totes les lleis) no es considera aplicable l'article 41.2 en el cas present, havent de recórrer al que preveu l'apartat 5 del mateix article.

Quart. Atesa la posició de les parts envers la formalització judicial de l'arbitratge, s'han d'imposar les costes d'aquests procediments a B.

PART DISPOSITIVA

S'accedeix a la formalització Judicial de l'Arbitratge sol·licitat per A. contra B. de conformitat a les prescripcions de la Llei 36/88 d'arbitratge.

Es nomenen els següents Àrbitres d'equitat:

1r.) TITULAR, Sr. M.
Primer suplent, Sr. J.M.
Segon suplent, Sr. M.

2n.) TITULAR, Sr. J.
Primer suplent, Sr. J.L.
Segon suplent, Sr. O.V.

3r.) TITULAR, Sr. F.
Primer suplent, Sr. M.
Segon suplent, Sr. A.

Comuniqui's la designació de forma fefaent als àrbitres per tal que compareguin en el termini de quinze dies naturals a acceptar el càrrec en aquest Jutjat.

Aquesta resolució no és recurrible.

Ho mana i signa MARTA RALLO AYEZCUREN, MAGISTRADA JUTGE DEL JUTJAT DE PRIMERA INSTÀNCIA 21 DE BARCELONA.

La anterior resolución resuelve con acertado criterio todos los problemas de derecho transitorio que provocaba la aplicación de la nueva Ley de Arbitraje a cláusulas redactadas bajo la vigencia de la Ley de 1953. Los argumentos de este Auto se explicitan y profundizan en el laudo interlocutorio que sigue.

LAUDO ARBITRAL INTERLOCUTORIO DE 20.12.1989

I. ANTECEDENTES

1. En fecha 20 de enero de 1986, las sociedades aquí interesa-

das, que en adelante y por razones de economía se designarán bajo los apelativos de A y B, suscribieron un contrato para la construcción de un salto hidroeléctrico. Entre las cláusulas en él contenidas interesa transcribir en este momento la siguiente:

«23.º JURISDICCIÓN APLICABLE Y ARBITRAJE

Este contrato se regirá por las leyes vigentes, interpretándose sus cláusulas en todo caso según los principios de la buena fe.

Cualquier duda o diferencia que pudiera derivarse del presente contrato y de su posterior ejecución, serán necesariamente sometidas por las partes a un arbitraje de equidad de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente reguladora de los arbitrajes de derecho privado, obligándose desde ahora ambas partes a formalizar la correspondiente escritura de compromiso, en su caso, ante el Notario D. Raúl.

El arbitraje se celebrará en Barcelona y los árbitros serán tres, designados de conformidad a las previsiones legales.

Sin embargo, si requerida una de las partes para la firma de la escritura de compromiso, se negare a ello o de cualquier otro modo lo impidiere o dilatare, quedará la parte requirente en libertad para, a su elección, o acudir al Juzgado pidiendo la formalización judicial del compromiso o renunciando al juicio arbitral plantear la cuestión en litigio ante los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria.

A tales efectos se someten las partes a la jurisdicción y competencia de los Juzgados y Tribunales de Barcelona».

2. Con el transcurso del tiempo surgieron determinadas cuestiones litigiosas entre las partes que hicieron preciso acudir al arbitraje previsto en dicha cláusula. En 17 de marzo de 1989 se cursó por A un requerimiento notarial a B y, a su vez, esta sociedad levantó acta notarial de 31 de marzo de 1989, con el contenido que resulta de los propios documentos. El resumen de ambas actuaciones es que el arbitraje no se pudo poner en funcionamiento voluntariamente por desacuerdo de las partes.

3. Ante dicha situación A acudió a los Tribunales ordinarios solicitando la formalización judicial del arbitraje mediante escrito de 1.4.1989. B se opuso a dicha formalización mediante escrito de 19.4.1989 y otras actuaciones que constan en autos. Finalmente, el Juzgado de Primera Instancia n.º 21 de los de Barcelona dictó auto de 21.7.1989 dando vía libre al arbitraje y nombrando los árbitros.

4. Por su parte, B acudió también a los Tribunales ordinarios mediante demanda de juicio de mayor cuantía que se presentó el 7.3.1989 y que correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de los de Barcelona. En dicha demanda se postula la nulidad de la cláusula arbitral y otros extremos. A alegó frente a dicha demanda la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (art. 533,8.º LEC) mediante escrito de 4.5.1989. En el momento actual, dicho incidente, por cuanto conocen los árbitros, no ha sido resuelto por el Juzgado de Primera Instancia.

5. Independientemente de ello, y mediante escrito de 9 de agosto de 1989, B formuló recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra el auto de 21.7.1989 del Juzgado de Primera Instancia N.º de Bar-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

celona, que puso fin al procedimiento de formalización judicial del arbitraje. Este recurso está pendiente de resolución sobre su admisión a trámite por el Tribunal Constitucional.

6. Finalmente, iniciadas las actuaciones arbitrales, B ha suscitado toda una serie de cuestiones previas que, en su opinión, se opondrían al mismo y que por imperativo del art. 23 de la Ley 36/1988 exigen un pronunciamiento previo por parte del Tribunal arbitral. Ello justifica el presente laudo interlocutorio.

II. Análisis de las cuestiones previas planteadas en el arbitraje

A la vista de los antecedentes que resultan, se llega a la conclusión de que en el presente procedimiento arbitral se plantea en realidad una sola cuestión previa bajo diferentes aspectos, en apoyo de la cual se exponen diversos argumentos. La problemática deriva de un hecho en el que están conformes las partes: la cláusula arbitral inserta en el contrato de 20 de enero de 1986 se redactó bajo la vigencia de la Ley de arbitraje de 1953, mientras que el procedimiento arbitral en curso se ha iniciado y se viene desarrollando al amparo de la nueva Ley de arbitraje de 1988. El tránsito entre una y otra legislación es el que provoca en B el rechazo de la validez del arbitraje, mientras que A sostiene su procedencia por imperativo de la propia Ley de 1988. Se trata pues de un problema que afecta al ámbito del derecho transitorio, en un momento en el que se extingue una legislación que viene sustituida por una norma de nuevo cuño.

Identificado de esta suerte el problema, es preciso sentar los criterios de diversa índole que pueden servir de ayuda para llegar a una solución del mismo. A tal efecto ocurre considerar lo siguiente:

1. Ninguna de las partes ha cuestionado la validez de la cláusula arbitral contenida en el pacto 23.º del contrato de 20 de enero de 1986 desde el punto de vista de la vieja Ley de arbitraje de 1953. Nadie ha argüido vicio de forma, de consentimiento o de voluntad en contra de ella y también es pacífico que según la ley entonces vigente sería tratada como una cláusula compromisoria válida. Queda entonces por ver si la entrada en vigor de la nueva Ley de arbitraje acarrea la nulidad de dicha cláusula o bien si es posible una lectura de dicho pacto arbitral a la luz de la nueva reglamentación, de acuerdo con el principio generalmente admitido de conservación de los actos jurídicos, si ello resulta posible. Formalmente B esgrime este argumento en uno de sus motivos de oposición al arbitraje.

2. Salta a la vista también una segunda observación importante: las partes en el momento de la contratación optan por el arbitraje como fórmula de resolución de las controversias. La voluntad de las partes es clara: recurrir al arbitraje con preferencia a la jurisdicción ordinaria. Si se tiene en cuenta que la nueva ley prima mucho más que la anterior la voluntad de las partes, desde este punto de vista no deberían de existir obstáculos que se opusiesen al cumplimiento de lo pactado. En este sentido A reclama expresamente el respeto a lo convenido por las partes.

3. Finalmente, hay que examinar si existe algún criterio legal que

pueda servir de ayuda para solucionar este problema de derecho intertemporal. Una mera lectura de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, nos descubre la existencia de una Disposición Transitoria expresa, que obviamente hay que tomar en consideración por ser la respuesta legal *ad-hoc*. Tanto el auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 21 de Barcelona de 21 de julio de 1989 como la misma Cubiertas invocan en apoyo de su postura dicha norma.

Expuestos los criterios que se presentan como más idóneos para abordar el estudio de la cuestión previa planteada, procede examinar los términos de esta controversia, según resulta de los escritos de las partes de 16 y 20 de octubre de 1989, así como de sus respectivas alegaciones en la audiencia del día 20 de noviembre de 1989 ante el Tribunal Arbitral. Siguiendo un criterio lógico, se examinarán en detalle los motivos de oposición al arbitraje esgrimidos por B en contraposición a la argumentación de A en favor del mismo.

III. Motivos de oposición al arbitraje

La sociedad B, en un extenso y documentado escrito de interesantísimo corte jurídico, pone sobre el tapete una serie de argumentos que, en su legítima postura de defensa, se opondrían a la validez del arbitraje en curso. A grandes rasgos y con la relatividad que cada clasificación comporta, se podría decir que los motivos de oposición se agrupan en torno a dos grupos de cuestiones: Unas afectarían a la validez del convenio arbitral; otras, son de índole procesal basadas en los diversos procedimientos en curso entre las partes. Entre las primeras se pueden citar: el problema de la ley aplicable al convenio arbitral, la naturaleza de la cláusula 23.ª del contrato de 20 de enero de 1986, la inconstitucionalidad del art. 23,1 de la Ley 36/1988, la inexistencia de arbitraje por abandono y la definición de la controversia objeto de arbitraje e indefensión.

Las de índole procesal se resumen principalmente en las dos siguientes: la defectuosa formalización del arbitraje y la litispendencia de un procedimiento ordinario.

Cada una de ellas merece un tratamiento por separado.

1. *Ley aplicable al convenio arbitral*

A aborda decididamente el problema principal de todas estas cuestiones previas al interrogarse respecto de la ley aplicable al convenio arbitral: ¿Es posible la aplicación a este caso de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, o las partes, en el momento de redactar la cláusula arbitral, cuando se referían a la legislación vigente, se referían exclusivamente a la entonces vigente (Ley de 22 de diciembre de 1953, de arbitrajes de derecho privado), excluyendo cualquier norma futura?

Al Tribunal arbitral no se le escapa que es muy difícil que las partes tomasen ya en cuenta una futura regulación del arbitraje, porque es un hecho que en el momento en que se firmó el contrato no se conocía. Lo que se deduce de la experiencia jurídica común es que las partes tomaron en cuenta la legislación entonces vigente, como la única conocida y eso bastaba para los

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

propósitos contractuales. Argumentando en la misma dirección también parece claro que las partes no excluyeron ni renunciaron a cualquier disposición futura que la voluntad del legislador quisiese insertar en el ordenamiento jurídico. Como es notorio, es un hecho habitual en la práctica la sucesión o renovación de normas legales con más o menos labores previas e incluso cada vez con menos *vacatio legis*, lo que no por ello impide su entrada en vigor y su obligatoriedad. Incluso, aun tratándose de una materia dispositiva, la falta de mención expresa no permite suponer una renuncia que es difícil de fundamentar y aventurado adivinar.

El verdadero problema no obstante sigue siendo el de saber si la nueva legislación es aplicable o no al convenio arbitral concluido bajo el imperio de la ley anterior. De entrada hay que decir que la Ley 36/1988 no ha invalidado las cláusulas arbitrales existentes, imponiendo una norma de derecho necesario que las considerase nulas. Tampoco las ha dejado congeladas, condenándolas a subsistir transitoriamente al cobijo de la Ley de 1953, lo que seguramente hubiera disipado cualquier duda. Más bien ha hecho justo lo contrario: ha salvado con una norma expresa las cláusulas arbitrales existentes, diciendo cómo había que leerlas. La Disposición Transitoria de la Ley 36/1988 dice textualmente: *Salvo en los casos en que el procedimiento arbitral se hubiese iniciado ya, los arbitrajes cuyo convenio arbitral se hubiere celebrado antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por las disposiciones contenidas en la misma*. Es decir, la ley ha previsto expresamente el supuesto (convenios arbitrales celebrados antes de entrar en vigor la nueva ley) y le ha dado un tratamiento específico: lectura de dichas cláusulas arbitrales de acuerdo con las disposiciones de la nueva ley. Ello obliga a concluir que la única ley aplicable a la cláusula arbitral en este momento es la Ley 36/1988, pues resulta imposible aplicar la legislación derogada, al existir una Disposición Transitoria que ha marcado un límite temporal para que ello fuese posible: que ya estuviese en curso el procedimiento arbitral, lo que no es el caso.

En este sentido, el Tribunal arbitral concuerda con la solución adoptada ya por el Auto de 21 de julio de 1989 dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 21 de Barcelona en la formalización judicial del arbitraje.

2. *Naturaleza de la cláusula 23.ª del contrato de 20 de enero de 1986*

Esta es otra cuestión del máximo interés para la suerte de este procedimiento arbitral, pues si bien ya fue esgrimida en el momento de formalización judicial del mismo, la nueva ley de arbitraje encomienda a los árbitros el pronunciamiento sobre las cuestiones que puedan afectar a la validez del convenio arbitral.

B efectúa un detenido estudio de la cláusula 23.ª del contrato de 20 de enero de 1986, que le lleva a dos conclusiones: Por un lado, dicha cláusula es un precontrato o contrato preliminar, que la nueva ley no puede por sí sola transformar en contrato o convenio arbitral. Por otro lado, dicha cláusula ni siquiera podría ser calificada de convenio arbitral, porque no cumple los requisitos del art. 5 de la nueva ley de arbitraje. A por su parte, argumenta

también *in extenso* sobre la validez de dicha cláusula al amparo de la nueva ley.

Para resolver este dilema no queda más remedio que acudir a la propia ley 36/1988, una vez despejada la incógnita de que la ley de 1953 ya no es posible aplicarla por estar derogada. Pues bien, en opinión del Colegio arbitral, la cláusula en cuestión no puede calificarse ya en la actualidad de simple cláusula compromisoria en el sentido que tenía dicha expresión en la Ley de 1953. No sólo porque esta Ley ya está derogada, sino también porque la nueva ley de 1988 ha suprimido las diferencias que existían entre la cláusula compromisoria y el compromiso en sentido estricto, en un loable deseo de simplificar y favorecer el arbitraje. Con ello se ha completado en el derecho interno del arbitraje una equiparación que nuestra propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ya había aplicado al arbitraje internacional, a partir de los autos de 11 de febrero y de 8 de octubre de 1981. No se trata aquí de la conversión de un precontrato en un contrato, pues al fin y al cabo la misma cláusula compromisoria se consideraba ya en el régimen de la antigua ley de 1953 como un verdadero contrato preliminar (Vid. por todos, Guasp, *El arbitraje en el derecho español*, Barcelona 1954, págs. 75 y ss.). La nueva ley no ha cambiado nada que afecte al fondo de lo convenido por las partes y, efectivamente, en este caso, ninguna de las partes ha tachado dicha cláusula de nula. Lo único que la nueva ley ha simplificado son los efectos de dicho pacto en orden al arbitraje y el mecanismo para hacerlos valer. Si anteriormente la cláusula compromisoria se ponía en acción mediante el compromiso otorgado notarialmente o formalizado judicialmente, ahora se le atribuye eficacia directa, simplificando los trámites. En este caso además, no puede decirse que haya existido agravio: Aun si se quisiera considerar a efectos dialécticos que el pacto 23.º del contrato entre las partes es una mera cláusula compromisoria, lo único que habría ocurrido es que la formalización judicial del arbitraje se ha hecho de acuerdo con los preceptos de la nueva ley. Esto, además, es la norma general en derecho procesal en materia de derecho intertemporal: los procedimientos antiguos se resuelven por el cauce comenzado, pero los nuevos no queda más remedio que incoarlos por los trámites nuevos. Por ello, a la postre, cláusula compromisoria según la ley antigua o convenio arbitral según la ley nueva, desde el punto de vista de su tratamiento procesal en la vía de formalización judicial, adquieren el mismo significado y llevan a las mismas consecuencias. Todas las garantías predicables del antiguo procedimiento judicial de formalización son por definición predicables del nuevo, salvo casos de inconstitucionalidad.

Este motivo de oposición tiene un segundo aspecto no menos importante: si es posible calificar el pacto 23.º del contrato como verdadero convenio arbitral. Como ya se ha dicho, el único examen posible de esta cuestión hay que efectuarlo a la luz de la nueva Ley de arbitraje. Este punto es de suma importancia, porque en definitiva la Disposición Transitoria de la Ley 36/1988 remite los convenios arbitrales anteriores a la nueva ley al tamiz de sus preceptos. Hay que ver pues qué resulta de esta relectura de la cláusula en cuestión. Obviamente, el art.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de referencia, como indican ambas partes, es el 5 de la Ley 36/1988. En opinión del Tribunal arbitral, la cláusula 23.ª del contrato de 20 de enero de 1986 también cumple suficientemente todos los requisitos de validez obligatorios del convenio arbitral previstos en el art. 5 de la Ley 36/1988. En efecto:

a) Se expresa la voluntad inequívoca de las partes de acudir al arbitraje: «*...serán necesariamente sometidas por las partes a un arbitraje...*». Este es sin duda el gozne de toda la cuestión. Como ya se ha señalado, la nueva ley de arbitraje adopta en toda su extensión el principio de autonomía de la voluntad de las partes con una amplitud digna de encomio. La primera manifestación de este principio es la opción por el arbitraje como vía de solución de las diferencias entre las partes. Sin ningún esfuerzo interpretativo, pues el texto es claro y lineal, el pacto contractual remite al arbitraje, incluso con un refuerzo enfático: «necesariamente», como si quisieran agotarse las posibilidades de vinculación tan lábiles en el esquema de la ley antigua.

b) Se someten a arbitraje cuestiones litigiosas que puedan surgir de una relación jurídica determinada: «*Cualquier duda o diferencia que pudiera derivarse del presente contrato y de su posterior ejecución...*». También es una fórmula clara y previsora que incluye las diferencias futuras, como ahora ha ocurrido.

c) Se indica el número de árbitros: «*...los árbitros serán tres...*». Previsión facultativa, según la nueva ley de arbitraje, pero que, en todo caso, coincide con el texto legal.

d) El arbitraje será «*de equidad*». Independientemente de que ello es una mención facultativa, se da la circunstancia de que además coincide con lo que es norma legal por defecto en el nuevo sistema.

e) Lo único que no recoge la cláusula 23.ª literalmente es la coletilla del art. 5 de la ley 36/1988 de «*expresar la obligación de cumplir tal decisión*». No lo podía recoger, porque hubiera sido una sorpresiva capacidad de adivinación de un evento futuro. Pero sería excesivo deducir de la falta de esta mención la nulidad de la cláusula arbitral, por varias razones. Ante todo, la expresión hay que considerarla una pura ingenuidad de la ley: ¡Como si los empresarios y los ciudadanos se dedicasen a firmar cláusulas arbitrales con el propósito o con la reserva mental de no cumplir la decisión o por puro esnobismo o divertimiento! El sentido común demuestra que no es así. La opción voluntaria por el arbitraje incluye todas las consecuencias propias de la institución y, entre ellas, la ejecución del laudo. ¡Ojalá dicha fórmula legal sustituyese a la ejecución del laudo o supusiese una pena suplementaria para el incumplidor! Pero tampoco es así y la prueba es que la ley dedica más de un precepto a regular la ejecución forzosa del laudo. ¿Para qué sirve pues una manifestación teórica de este tenor? Ya se han superado en el estadio actual de la cultura jurídica las fórmulas sacramentales, dando paso a criterios espirituales que tratan de sintonizar con la verdadera voluntad de las partes. Dicha previsión legal es sin duda una redundancia que ya se encuentra implícita en cualquier cláusula arbitral que exprese la voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje. En todo caso, no puede aplicarse a una cláusula arbitral redactada correctamente de

acuerdo con la ley entonces en vigor y que la nueva ley no ha invalidado, sino, si acaso, convalidado expresamente.

La conclusión que se impone es coincidente en cuanto a la validez del pacto 23.º del contrato de 20 de enero de 1986, cualquiera que fuera la perspectiva que se adoptase. Examinada a efectos dialécticos la que resultaría de la ley anterior, el Tribunal arbitral considera que la cláusula arbitral incluída en el contrato que vincula a las partes reúne los requisitos necesarios de *ius cogens* para ser considerada un convenio arbitral en el sentido de la nueva Ley de arbitraje.

3. *Inconstitucionalidad del art. 23,1 de la Ley 36/1988*

B esgrime en el arbitraje la inconstitucionalidad del art. 23,1 de la nueva ley de arbitraje, por deferir la ley a los árbitros el juicio sobre la validez del convenio arbitral o del propio arbitraje. Sobre este extremo versa además uno de los motivos del recurso de amparo que dicha sociedad tiene interpuesto ante el Tribunal Constitucional contra el Auto de 21.7.1989.

Sin prejuzgar cualquier resolución que pueda adoptar el Tribunal Constitucional al respecto, lo cierto es que tal argumentación merece algunas observaciones en este momento:

a) Entre las varias opciones que se ofrecen para tratar con carácter previo la cuestión de la nulidad de la cláusula arbitral o de la validez del arbitraje, la Ley 36/1988 ha elegido una de las fórmulas con más predicamento consagradas en el derecho comparado: encomendar la respuesta a los propios árbitros, decidiendo sobre su propia competencia. Esta opción representa una lógica congruencia con el propósito de favorecer la práctica del arbitraje y desjudicializarlo hasta el máximo posible.

b) Ello no implica una renuncia a la tutela judicial efectiva, tal como dice la propia exposición de motivos de la Ley 36/1988. En definitiva, a través del mecanismo de anulación del laudo encomendado a las Audiencias Provinciales, el derecho a la tutela judicial efectiva se deja a salvo. No en vano uno de los pocos motivos de anulación del laudo es precisamente cuando los Tribunales de Justicia consideren que el convenio arbitral era nulo (art. 45,1 LA). El posponer simplemente la intervención judicial hasta el momento culminante de la cosa juzgada es reconocer a su más alto nivel la garantía del art. 24 de la Constitución.

c) En este aspecto incluso podría decirse que el arbitraje interno se encuentra discriminado respecto del arbitraje internacional por las facilidades que permiten muchos reglamentos arbitrales de renunciar al recurso o de pasar por la decisión de los árbitros en única instancia sin recurso alguno.

d) Independientemente de que los árbitros puedan carecer de facultades para interpelar al Tribunal Constitucional, lo cierto es que, interpretado el art. 23,1 de la Ley 36/1988 a la luz de la Constitución, lo único que permite es una decisión de los árbitros, sujeta siempre a la posibilidad de recurso. Por lo tanto, la parte interesada, al finalizar el procedimiento, se encuentra justo en el trámite que ahora reclama. No puede considerarse un agravio, como ya se ha dicho, que la ley haya elegido esa opción.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

4. *Inexistencia de arbitraje por abandono*

B alega este motivo de oposición con carácter subsidiario, queriendo extraer de la conducta de A previa a la formalización del arbitraje la consecuencia de que esta última había abandonado tal posibilidad. No parece razonable acoger tal argumento, porque los hechos son elocuentes por sí mismos:

a) A está manteniendo un procedimiento arbitral en el que además argumenta ampliamente sobre la validez del mismo, lo cual no es precisamente indicio de abandono.

b) El hecho de que las partes hubiesen efectuado los pasos previos que, según la legislación anterior, requería el otorgamiento de la escritura de compromiso, no puede interpretarse de otra manera que como un deseo de respetar al máximo el tenor literal de la cláusula 23.ª del contrato. Es decir, fueron trámites realizados a mayor abundamiento, porque lo cierto es que en el momento en que se llevaron a cabo no eran legalmente exigibles. De ello tampoco puede deducirse un abandono del arbitraje atribuible a alguna de las partes.

c) Soslayar la cláusula arbitral presentando una demanda ante los Tribunales de Justicia antes de que se formalice judicialmente el arbitraje, era una práctica que incluso se había superado bajo el régimen de la legislación anterior. En este momento, sólo es posible en los términos previstos en el art. 11,2 de la Ley de arbitraje, lo que no ha ocurrido en el caso de autos. Dado que este punto se alega *in extenso* como motivo de oposición independiente, se deja para más adelante su examen en profundidad.

d) En este caso hay que tener además en cuenta una previsión expresa de la propia cláusula arbitral en cuanto a la facultad de renunciar al arbitraje y acudir a la vía ordinaria. Según la cláusula, *«si requerida una de las partes para la firma de la escritura de compromiso, se negare a ello o de cualquier otro modo lo impidiere o dilatare, quedará la parte requirente en libertad para, a su elección, o acudir al Juzgado pidiendo la formalización judicial del compromiso o renunciando al juicio arbitral plantear la cuestión en litigio ante los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria»*. Según el devenir histórico de los hechos, la parte que efectuó los requerimientos y a la que le correspondía por tanto la facultad de renunciar al arbitraje fue A. Precisamente optó por la otra alternativa: pedir la formalización judicial del arbitraje.

Por todo ello es imposible considerar abandonado el arbitraje por parte de A.

5. *Indefinición de la controversia objeto del arbitraje e indefensión*

Como otro de los motivos de oposición al arbitraje se alega por B el hecho de no haberse fijado previamente la controversia, determinándose lo que es objeto de arbitraje con claridad y precisión, circunstancia que le produciría indefensión.

En relación con esta objeción deben hacerse las siguientes observaciones:

a) En el sistema de la Ley de arbitraje de 1953, la controversia se fijaba en el contrato de compromiso, al otorgarse la escritura ante el Notario, o en la resolución acordando la formalización judicial del arbitraje. Pero la nueva ley de arbitraje 36/1988 ha optado por un nuevo sistema, acorde con su deseo de equiparar en cuanto a sus efectos cláusula compromisoria y compromiso y de potenciar la eficacia del convenio arbitral. La nueva regulación omite la necesidad de que el convenio arbitral contenga la descripción de la cuestión controvertida, ya que incluso es posible que el arbitraje tenga como objeto no sólo las cuestiones o diferencias surgidas, sino también las controversias «que puedan surgir» entre las partes en el desenvolvimiento de una determinada relación o negocio jurídico, mientras que limita el cometido jurisdiccional en el trámite de formalización a determinar la existencia del convenio arbitral y a la designación o nombramiento de los árbitros (arts. 38 a 44).

b) Siendo encomiable la filosofía inspiradora de la nueva ley, acorde con otras regulaciones extranjeras o internacionales, no puede negarse la deficiente técnica legislativa utilizada para regular este concreto punto, que se refleja en la antinomia que podría producir la lectura de los arts. 5.1, 11.1 y 38 a 44, en relación con la causa de anulación del laudo recogida en el art. 45,4.º, que tiene la misma redacción que la legislación derogada. Tal deficiente técnica legislativa no puede salvarse acudiendo sin más a la explicación de la exposición de motivos de la nueva ley, porque podría conducir a supuestos hipotéticos en los que la actuación arbitral hubiera de producirse con una total indefinición del objeto o materia sometida a su decisión. Es de esperar que los árbitros sabrán superar en cada caso concreto esa dificultad acudiendo a los escritos expositivos o de alegaciones que las partes deben, lógicamente, presentarles o que ellos mismos, para cumplimiento de su encargo, pueden y deben solicitarles.

c) Ahora bien, en el caso presente, las partes han delimitado con toda exactitud los puntos o cuestiones que definen la controversia sometida a este arbitraje de equidad. Tal delimitación ha sido realizada en dos ocasiones: primero, en los escritos presentados ante el Juzgado en el procedimiento de formalización del arbitraje y, después, en los escritos que han presentado en este procedimiento arbitral. Los términos del debate o controversia han quedado tan perfilados que A define dieciocho extremos como objeto de arbitraje y B concreta seis amplios pronunciamientos que concuerdan con la súplica de la demanda que previamente había interpuesto ante el Juzgado. Todos estos extremos integran y definen la materia u objeto de este arbitraje.

Por todo ello, para el Tribunal arbitral resulta suficientemente explícito lo que ha de ser objeto de su decisión. Y dado el escrupuloso respeto al principio de contradicción y al derecho de las dos partes de realizar alegaciones y proponer pruebas en paridad o igualdad de armas, no encuentra el Tribunal arbitral que se haya producido o pueda producirse indefensión alguna para las partes por esta razón.

6. *Defectuosa formalización del arbitraje*

Entre los motivos procesales que se alegan en contra del arbitraje el primero de ellos se fundamentaría según B en la defectuosa formalización del arbitraje, por no incluir el Auto de 21 de julio de 1989 un

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

pronunciamiento expreso de carácter constitutivo, accediendo a la formalización judicial del arbitraje. Al respecto puede señalarse lo siguiente:

a) En el sistema de la ley de 1953, dicho pronunciamiento tenía su lógica, porque la cláusula compromisoria no vinculaba directamente a las partes al arbitraje. Cuando había que acudir a la formalización judicial del mismo, el pronunciamiento judicial debía decidir en primer lugar sobre si accedía o no a la formalización del compromiso y, en caso afirmativo, efectuar las declaraciones necesarias para dar contenido a dicho compromiso (art. 10.4.º de la Ley de 22 de diciembre de 1953).

b) No puede ignorarse ahora que, en el sistema de la ley nueva, las cosas han cambiado. Por un lado porque el convenio arbitral, por sí mismo, vincula a las partes al arbitraje. Por otro, porque la formalización judicial del arbitraje se reduce a unos límites muy escuetos: examinar *prima facie* la existencia de convenio arbitral y nombrar los árbitros. Sin duda el mantenimiento de la nomenclatura suscita las reminiscencias de la ley antigua. Pero lo cierto es que la actual formalización judicial más que un carácter constitutivo lo que tiene es un carácter integrador en el único punto realmente necesario para poner el arbitraje en marcha, una vez constatada a primera vista la existencia del convenio arbitral: el nombramiento de los árbitros, sobre los que luego la ley hace recaer el peso de la mayor parte de las decisiones que en la ley antigua estaban sometidas a conocimiento judicial.

Desde esta perspectiva no se echa en falta ninguna formalidad que no haya sido respetada por el Auto de 21 de julio de 1989.

7. *Litispendencia de un procedimiento ordinario*

Mayor peso, interés y fundamentación tiene el segundo motivo de carácter procesal que se alega en contra de la viabilidad de este procedimiento arbitral: La existencia del procedimiento judicial incoado ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Barcelona, planteado con anterioridad a la formalización judicial del arbitraje y en el que las cuestiones que se ventilan, al menos en lo que respecta a B, serían coincidentes con las que son o serán objeto de arbitraje. La litispendencia producida por dicho procedimiento judicial, cronológicamente prioritario, excluiría el procedimiento arbitral en curso. Máxime si se tiene en cuenta que en dicho juicio ordinario se cuestiona expresamente la validez de la propia cláusula arbitral, cuestión que debe recibir un tratamiento prejudicical al resto de problemas. La procedencia de la excepción de litispendencia entre el procedimiento judicial y el arbitraje se fundamentaría en la naturaleza jurisdiccional de este último. La homogeneidad jurisdiccional del arbitraje sería un salvoconducto para que le sean extendidos los efectos de la litispendencia. La argumentación tiene un enorme fuerza seductora porque apela a las bases dogmáticas de la institución y, en concreto, al controvertido tema de la naturaleza jurídica del arbitraje (Vid. por todos los autores, SERRA, *Naturaleza jurídica del arbitraje*, en Estudios de Derecho Procesal, Barcelona 1969, pág. 571 y ss.) No cabe duda de que el resto de los presupuestos subjetivos y objetivos de la litispendencia concurriría en el caso de autos, por lo que el interés de la cuestión radica en decidir si es aplicable la litispendencia entre un proceso judicial y un arbitraje.

También parece noble decidirlo sin rehuir el bulto de situarse precisamente en la tesis jurisdiccionalista sobre la naturaleza del arbitraje en que se sitúa B. Sería en efecto un claro oportunismo echar mano de alguna de las tesis contractualistas o del equivalente jurisdiccional para despachar el problema en una línea. Desde esta perspectiva, bastaría con releer lo que dice Gutiérrez de Cabiedes, La *litis-pendencia*, en Estudios de Derecho Procesal, Pamplona 1974, pág. 348 para zanjar el problema: «El procedimiento arbitral al no ser un proceso, sino un simple equivalente jurisdiccional, no produce una verdadera y auténtica litis-pendencia. Por tanto, sería infundado admitir la excepción de litis-pendencia, por la existencia de un arbitraje anterior, sobre la misma cuestión». Pero tal argumentación no sería suficiente.

La misma discusión de este motivo de oposición puede basarse en las siguientes reflexiones:

a) La litispendencia, en el sentido de excepción dilatoria, tiene por objeto poner de relieve ante un Tribunal que está conociendo de un proceso la existencia de otro cronológicamente anterior jurídicamente igual al que se pretende seguir ante dicho Tribunal. Con ello se excluye el segundo proceso. Es un mecanismo procesal típico para evitar resoluciones contradictorias y para armonizar la función de juzgar.

b) En dicha configuración, la litispendencia en una excepción exclusiva de los procesos judiciales, que no puede extenderse al arbitraje. Desde el punto de vista de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, no repugnaría que la litispendencia fuese una excepción exportable al arbitraje. Pero no lo es, porque el derecho positivo ha elegido otra opción que prima precisamente al arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria. Se trata de la excepcción ahora recogida en el número 8.º del art. 533 LEC, que tiene también el carácter de dilatoria o previa y dice: «La sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje». En todo caso, si se quisiera hablar de litispendencia, ésta se produciría a la inversa, es decir, en el procedimiento ordinario por la existencia del arbitraje (Vid. indiciariamente, Prieto Castro, *Tratado de derecho procesal civil*, Pamplona 1985, I, pág. 832).

c) Desde el punto de vista del derecho positivo, se ha resuelto el problema de una eventual colisión entre un arbitraje y un procedimiento judicial sobre el mismo tema dando preferencia al arbitraje. La litispendencia no tiene sentido alegarla en el arbitraje, pues, por definición, éste excluye el conocimiento de la jurisdicción ordinaria. Si existe el arbitraje o si éste ha llegado a ponerse en marcha es porque previamente se ha considerado el tema de que ésta era la opción elegida por las partes como alternativa a la jurisdicción estatal. La excepción de litispendencia es una *contradictio in terminis* en el arbitraje, porque con anterioridad, para que sea viable el arbitraje, se ha tenido que excluir la jurisdicción ordinaria. No es posible pues reproducir el tema por la vía de la litispendencia, porque ello equivaldría a deshacer el camino andado. Dicho de otro modo: Partiendo de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la equiparación jurisdiccional de arbitraje y jurisdicción ordinaria, como dos alternativas igualmente válidas en orden a la cosa juzgada, lo que era del todo punto exigible es que se regulase las relaciones entre ambas instituciones. El punto crucial es el de la colisión entre ambas, cuando una de las partes reclama la preferencia en favor de una de ellas. También había que regular el hecho de la prioridad cronológica, si se acepta como punto de partida la idoneidad de ambas instituciones para solucinar determinadas controversias con fuerza de cosa juzgada. La ley ha renunciado a premiar la carrera de velocidad y la ventaja de una de las partes por el simple hecho de tomar la iniciativa más temprano. Dicha opción hubiera hecho vivir en el sobresalto a las partes y acabaría canonizando el punto de salida, olvidando que, por definición, no puede confundirse con la meta. Por ello la ley ha adoptado la única solución que cabía: dar la prioridad al arbitraje, siempre que conste que ésa es la voluntad de las partes por la existencia de un convenio arbitral. Es más, ésta era la única vía adecuada, si no se quería condenar al fracaso la propia institución arbitral. Por lo demás, esta opción se ha potenciado al máximo en la nueva ley, pues incluso se ha encomendado a los árbitros el pronunciamiento sobre la validez del convenio arbitral.

d) Las anteriores observaciones son válidas tanto en el orden conceptual, como en el orden positivo. Y ello ocurría tanto en la antigua ley de arbitraje como en la nueva. Si se repasa la doctrina jurisprudencial alegada por las propias partes y recaída antes de 1988 con respecto de la excepción de compromiso, se confirma cuanto venimos diciendo. La STS de 3 de febrero 1986 mantiene la tesis de que sólo el compromiso fundamentaba la antigua excepción, pero porque no se había acudido a su formalización judicial. La de 12 febrero 1987 no toma en consideración la excepción porque se pretende hacer valer como compromiso un informe obligatorio de la Unión Nacional de Cooperativas, que incluso es dudoso que llegase a tener el carácter de cláusula compromisoria. En fin, la sentencia más reciente publicada que resume toda la doctrina del TS sobre la ley antigua es la de 1 de abril de 1987, que textualmente indica: «La doctrina jurisprudencial ha establecido que solamente el compromiso formalizado puede oponerse al proceso judicial –sentencias de 6.10.1983 y 3.2.1986–, pero también enseña que ha de constar dejación del derecho que confiere la cláusula compromisoria –sentencia de 17.5.1962– o que no se haya hecho la menor gestión para formalizar el compromiso –sentencias de 6.6.1963 y 29.3.1969–». Como puede verse, incluso con la doctrina que dimana de la jurisprudencia sobre la antigua ley se llegaría a la misma conclusión que se viene propugnando.

e) Se podría traer incluso a colación una cierta doctrina jurisprudencial que viene aplicando la litispendencia sólo dentro del mismo orden jurisdiccional, como refleja la STS de 28 de octubre de 1987, relativa a un caso en que se había alegado ante los Juzgados civiles la litispendencia de un proceso contencioso administrativo. Hay que formular ciertas reservas a dicha doctrina, que no creemos pueda generalizarse, porque lo que normalmente suele ocurrir es que no coinciden los presupuestos de la

litispendencia, sobre todo, el relativo a la *causa petendi*. Lo que no cabe duda es que si dicha doctrina se aplicase el caso de autos, la solución no sería otra que excluir también la litispendencia.

f) En la nueva ley de arbitraje, la preferencia de éste se ha reforzado con una excepción omnímoda, recogida en el art. 11,1: «*El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los Jueces y tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque imediante la oportuna excepción*». Con ello se consagra en realidad la litispendencia del procedimiento arbitral sobre cualquier desvío a la jurisdicción ordinaria, lo cual demuestra cuál es el verdadero espíritu de la ley.

g) Existiendo convenio arbitral, el hecho de que una de las partes se adelante y proponga demanda judicial sobre el tema, no cambia las cosas, más que en la hipótesis que prevé el propio art. 11,2 de la nueva Ley de arbitraje: «*Las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demandada por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción*». Justo esto es los que ha ocurrido en el presente procedimiento arbitral. Si bien B acudió, con prioridad cronológica, al Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de los de Barcelona interponiendo demanda judicial sobre diversas cuestiones, A ha esgrimido la oportuna excepción de sumisión de las cuestiones litigiosas a arbitraje y por tanto no puede entenderse que haya renunciado al mismo. Es más, no consta al Tribunal arbitral tampoco que el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Barcelona se haya pronunciado en uno u otro sentido de dicha excepción.

h) Sin entrar ahora aquí *in extenso* en el ámibito de dicha excepción, pues no es objeto del presente procedimiento arbitral, lo que sí es cierto es que, en base a lo dispuesto en el art. 11 de la nueva Ley de arbitraje, el Tribunal arbitral no puede aceptar como motivo de oposición al arbitraje la existencia de un procedimiento judicial paralelo ante los tribunales ordinarios. No existe base legal para ello en este caso concreto, sobre todo si se tiene en cuenta que este arbitraje se ha formalizado judicialmente. Esto significa que la propia jurisdicción ordinaria ha considerado ya anticipadamente y ha tenido a la vista la demanda presentada por B ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Barcelona. Ello no obstante, ha dado luz verde al arbitraje. Esto pone de relieve que, en el fondo, el control que se efectúa en la formalización judicial del arbitraje es el justo equivalente al trámite de la excepción dilatoria en dos momentos jurisdiccionales distintos: uno, en el ámbito de la formalización judicial; el otro, en el ámbito de la excepción previa. Si alguna discordancia se produjese entre ambos momentos jurisdiccionales, lo sería en el orden judicial no en el arbitraje. Por lo tanto, se postergaría el control y armonización definitiva de la discordia en el punto en el que todas las fuerzas vuelven a confluir en la vía judicial: el recurso de anulación del laudo. En ese momento es posible reclamar legítimamente de los Tribunales ordinarios que digan la úl-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tima palabra y que la solución sea definitivamente unívoca.

i) Esta solución no hay que potenciarla hasta el extremo de que se convierta en absurda por un simple respecto al dogma. En un deseo de dar una respuesta coherente y flexible como debe ser la del arbitraje, los árbitros deben asimismo considerar la viabilidad del procedimiento arbitral en función de las circunstancias del asunto, sobre todo si se considera el riesgo de que la jurisdicción ordinaria decida continuar un proceso paralelo. En este caso concreto, desde el punto de vista de la validez de la cláusula arbitral no exiten obstáculos para el arbitraje y la jurisdicción ordinaria tampoco ha reclamado su competencia exclusiva denegando la excepción formulada. En estas circunstancias, considera el Tribunal arbitral que no exite obstáculo alguno para continuar adelante con el procedimiento arbitral.

Por otro lado, el hecho de que se pudiera seguir un proceso judicial paralelo al arbitraje por razón de la discordancia apuntada tampoco es infrecuente en la práctica del arbitraje y de ello puede dejar constancia, a título de anécdota, el caso recogido en Justicia 1986, p. 190 y ss: Auto de la AT de Barcelona de 18 de octubre de 1984 y sentencia del JPI n.º 5 de Barcelona de 12 de febrero de 1985.

Las anteriores reflexiones obligan a concluir que no es posible el acogimiento de la excepción de litispendencia en el caso de autos.

IV. Decisión arbitral

En virtud de los razonamientos expuestos, el Tribunal arbitral ha decidido desestimar los motivos de oposición al arbitraje y seguir el curso del procedimiento arbitral.

Esta decisión podrá impugnarse, en su caso, al solicitarse la anulación judical del laudo definitivo.

Barcelona, veinte de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.

JPI n.º 6 Barcelona
A 19.7.1990

Auto

En la Ciudad de Barcelona, a diecinueve de julio de mil novecientos noventa.

Dada cuenta; lo precedente únase y

Hechos

Primero. Por el Procurador Sr. Ranera Cahis en nombre y representación de B., se formuló demanda de Mayor Cuantía, contra la entidad mercantil A.; emplazada la parte demandada, compareció en su representación el Procurador Sr. Solá Serra, formulando excepción dilatoria, al amparo de lo previsto en el art. 533 n.º 8 de la LEC, añadido por la disposición adicional segunda-2, Ley 36/1988, de 5 de diciembre; en base a los hechos que expuso, y suplicando al Juzgado «que sin entrar en el fondo del asunto ni decidir en él jurisdiccionalmente, se estime la excepción procesal esgrimida por esta parte, disponiendo que mi mandante no está obligada a contestar la demanda, con imposición de costas a la actora». Se dio traslado a la parte actora por término de tres días, contestando la excepción formulada en base a los hechos que expuso,

suplicando al Juzgado que previos los trámites pertinentes, «... se dicte resolución por la que se declare no haber lugar a la demanda con expresa imposición de las costas de la misma a la actora A., con los demás pronunciamientos inherentes».

Segundo. Abierto el incidente a prueba, por las partes se propusieron las que estimaron conveniente a su derecho, verificándose las declaradas pertinentes, con el resultado que es de ver en autos.

Fundamentos jurídicos

Primero. Por la parte demandada se formula la excepción dilatoria contenida en el número ocho de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje», excepción ésta recientemente establecida e instaurada en el régimen general de excepciones dilatorias por la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, alegando a estos efectos los siguientes extremos: *a)* son de aplicación al presente supuesto las normas contenidas en la citada Ley de Arbitraje, en virtud de lo dispuesto en su disposición transitoria; *b)* no ha habido por su parte dejación de los derechos que la cláusula compromisaria confiere, al haberse realizado distintas gestiones para formalizar el compromiso y, antes de ser emplazada para comparecer en este procedimiento, interpuso la correspondiente demanda de formalización judicial del compromiso; y *c)* las cuestiones relativas a la inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral han de ser resueltas por los árbitros, sin que la invocación de las mismas pueda entorpecer el procedimiento de formalización judicial del arbitraje. Frente a tales manifestaciones y argumentaciones, la parte actora se opone manifestando en esencia lo siguiente: *a)* lo que se pretende con la demanda es la declarción judicial de «la invalidez de la cláusula preliminar como "CONVENIO ARBITRAL"»; *b)* tal cláusula no reúne los requisitos del artículo 5 de la Ley de 5 de diciembre de 1988 por lo que no puede ser considerada como un convenio arbitral, *c)* en la misma se excluyó la aplicación de la Ley de 1988, al someterse sólo a «las leyes vigentes», siendo ésto reconocido por la propia demandada que le requirió para que compareciera en una Notaría para otorgar la escritura de compromiso; *d)* inconstitucionalidad del artículo 23.1 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988; y *e)* actos propios de las partes, en virtud de los cuales el compromiso voluntariamente no se formalizó, existiendo una dejación de derechos por parte de la demandada la cual presentó la demanda de formalización judicial del compromiso un mes después de haber sido admitida a trámite esta demandada, habiendo, por último, sido novado el contrato que contenía la meritada cláusula por otro posterior sin cláusula de arbitraje.

Segundo. Vistas las anteriores alegaciones conviene señalar, en primer lugar que el contrato que nos ocupa, cuya cláusula es objeto de controversia, se verificó y suscribió el día 17 de marzo de 1989, estando vigente entonces la Ley de 22 de diciembre de 1953, y en él se disponía que «Este contrato se regirá por las leyes vigentes, interpretándose sus cláusulas, en todo caso, según los principos de buena fe. Cualquier duda o diferencia que pudiera derivarse el presente contrato y de su posterior ejecución, serán necesa-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

riamente sometidas por las partes a un arbitraje de equidad de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente reguladora de los arbitrajes de derecho privado, obligándose desde ahora ambas partes a formalizar la correspondiente escritura de compromiso, en su caso, ante el Notario de Barcelona, D. Raúl. El arbitraje se celebrará en Barcelona y los árbitros serán tres, designados de conformidad a las previsiones legales. Sin embargo, si requerida una de las partes para la firma de la escritura de compromiso, se negare a ello o de cualquier otro modo lo impidiere o dilatare, quedará la parte requirente en libertad para, a su elección, o acudir al Juzgado pidiendo la formalización judicial del compromiso o renunciando al juicio arbitral plantear la cuestión en litigio ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria...». Esta cláusula conlleva el hecho de que lo pactado fue tan sólo una «cláusula compromisaria» o contrato preliminar de arbitraje, cláusula que, según reiteradamente ha venido estableciendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras muchas, las Sentencias de 5 de mayo de 1958 y 20 de noviembre de 1968) es un precontrato que no tiene mayor alcance que el de vincular jurídicamente a las partes a la conclusión futura del compromiso, circunstancia ésta que no ha sido negada en este procedimiento por las partes, y viene además corroborada por el hecho de que la parte demandada, hoy actora incidental, requiriera a la actora para otorgar la escritura de compromiso, como ha quedado documentalmente acreditado. La cuestión litigiosa radica entonces, a juicio de este Juzgador, en si en el presente caso concurrió o no la formalización, voluntaria o judicial, del compromiso con las consecuencias que, en su caso, ello conlleva a impedir a los Jueces y Tribunales al conocer de la controversia sometida al fallo arbitral. Analizando así las pruebas obrantes en autos, es de apreciar que, con fecha 17 de marzo de 1989 la demandada requirió, por conducto notarial a la actora para que comparecieran el día 31 de marzo de 1989 a formalizar la correspondiente escritura de compromiso arbitral, escritura que no se otorgó, ni podía haberse otorgado en tal fecha, desde el momento en que, como consta en el Acta levantada al efecto por el Sr. Notario el día señalado para ello «Ni en este momento ni nunca he tenido en mi poder documento, ni antecedente alguno, que me permita estudiar, redactar y autorizar escritura alguna, entre la Sociedad requirente y B.», ante lo cual, comparecida la parte actora manifestó en dicha Acta que, enterado de lo anteriormente expuesto, «es evidente que no se puede proceder a la firma de ningún documento, toda vez que no existe preparado en esta Notaría documento alguno ni documentación para confeccionarlo, requiriendo a su vez al Notario autorizante, para que en su caso me haga entrega de la minuta de la escritura si estuviese preparada... En cualquier caso la compañía B., rechaza expresamente la vía arbitral, para resolver cualquier diferencia que pudiera existir con la requirente». Visto lo anteriormente expuesto la siguiente cuestión a dilucidar se centra en si ello implica, como afirma la actora, una dejación de derechos por parte de la demandada, señalando aquélla que lo ya narrado no supone una negligencia de la otra parte ya que en realidad ésta nunca pretendió un arbitraje

sino que se trataba con ello de obstaculizar la acción judicial ya iniciada por la actora que presentó la presente demanda ante el Juzgado el día 9 de marzo de 1989. A este respecto hay que manifestar, en primer lugar, que según ha establecido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que sea de aplicación el principio de los actos propios y por tanto vincule el mismo, es necesario que el acto en cuestión sea concluyente e indubitado, constituyendo la expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho, generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto (entre otras las Sentencias de 14 de febrero, 16 de junio, 5 de octubre y 21 de diciembre de 1984 y 23 de marzo de 1985), principio que no se revela como aplicable al presente supuesto ya que el hecho de no haber presentado los antecedentes o documentos precisos en la Notaría para redactar la oportuna escritura de compromiso arbitral no es en modo alguno indubitado ni de él se deriva la intención o consentimiento por parte de la demandada de no querer formalizar el tan reiterado compromiso, significando, por el contrario dicho acto una clara expresión de su voluntad de lo contrario, o por lo menos de querer que hubiera constancia de tal intención, aunque no se hubieran realizado los actos conducentes a que dicha escritura se formalizara con los requisitos legalmente necesarios para ello y prevenidos en la anterior legislación sobre Arbitrajes, razones todas ellas que conducen a no estimar la tesis planteada por la demandante en este punto.

Tercero. En segundo lugar, y referido al meritado requerimiento, es cierto que el otorgamiento de la escritura de compromiso no podía tener lugar por lo ya expuesto, sin embargo, es destacable el hecho de que la actora hizo constar que «en cualquier caso» rechazaba la vía arbitral para resolver las diferencias que pudiera haber con la demandada, circunstancia ésta que supone una negativa clara y abierta por parte de aquélla a formalizar en ese o en cualquier otro momento dicho compromiso de arbitraje, lo que tiene una importante trascendencia en el caso litigioso. En efecto, habida cuenta de lo prevenido en la propia cláusula, ya transcrita, y en el artículo 9 *in fine* de la ley de 22 de diciembre de 1953, según el cual, «Caso de que alguna de las partes se negare a verificarlo o lo hiciere de modo que resultare inaceptable, la otra parte podrá dirigirse al Juez pidiendo la formalización judicial del compromiso», dicha negativa facultaba ya a la parte demandada para dirigirse a los órganos judiciales y pretender de ellos la meritada formalización, por cuanto para ello sólo es necesario tener la constancia de que una de las partes se niega a verificarlo. Por tanto el problema se centra en determinar si la «formalización judicial del compromiso», intentada con éxito ante el Juzgado de Primera Instancia número 21 de esta Ciudad, permite estimar formalizado el mismo y, en su consecuencia, el apreciar la falta de competencia y jurisdicción de este Juzgado para el conocimiento de la presente demanda. Así, en cuanto al momento en que se instó judicialmente aquella formalización, es cierto que tuvo lugar, una vez ya iniciado el presente procedimiento y después de haber sido admitida a trámite la demanda, sin embargo, ésto no es óbice en el presente caso para poder considerar que concu-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rrió aquella formalización porque la misma se instó en la forma legalmente establecida antes de que la demandada hubiere sido emplazada en este procedimiento y, según se contempla en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968, tal circunstancia sí priva de jurisdicción y competencia a los Juzgados y Tribunales de la Jurisdicción ordinaria, equiparándose totalmente y siendo considerada ya como una formalización judicial del compromiso, sin que de lo actuado en este procedimiento se haya aportado prueba alguna que permita considerar justificado el hecho de que la parte demandada tuvo conocimiento de la existencia de tal demanda con anterioridad a instar dicha formalización. En consecuencia, y por todo lo ya suficientemente expuesto, procede considerar que no nos encontramos ante una simple cláusula compromisaria sino ante un compromiso, reduciéndose ya, y finalmente, la cuestión litigiosa a determinar si son aplicables o no al mismo las normas comprendidas en la Ley de 8 de diciembre de 1988. A este respecto la disposición transitoria de esta última norma establece que «Salvo en los casos en que el procedimiento arbitral se hubiere iniciado ya, los arbitrajes cuyo convenio arbitral se hubiere celebrado antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por las disposiciones contenidas en la misma», sobre este punto la actora manifiesta que en la tan reiterada cláusula, al manifestarse que «este contrato se regirá por las leyes vigentes», se excluyó la Ley de 1988, debiendo regirse a todos los efectos por las normas anteriores, esta manifestación, sin embargo, no puede ser estimada por este Juzgador ya que en ella se habla de someterse efectivamente a las normas vigentes, únicas existentes entonces para regular la materia relativa a los arbitrajes, lo que en modo alguno, puede considerarse como un pacto excluyente de otras normas, ya que al efecto nada se dice, y cuando se refiere a tales normas hay que entender que se alude a ellas en el concepto de ser las únicas existentes sobre tal materia de arbitrajes, pero para nada se menciona una exclusión de cualesquiera otras normas, lo que en este supuesto no puede considerarse como una exclusión de la Ley del 88, máxime cuando dada la fecha en que se suscribió el mencionado contrato, esta Ley no existía y, por tanto, las partes no podían pronunciarse al respecto. Tampoco el hecho de que la parte demandada en este procedimiento de mayor cuantía instara a la actora a formalizar el compromiso, como ya ha sido suficientemente analizado, suponga un acto propio que excluya la aplicación de esta nueva normativa por cuanto parece lógico que la misma acudiera a dicha formalización ya que entre ambas no existía todavía un compromiso, único equivalente al convenio arbitral, como así señala la propia parte actora, y en cualquiera de los casos era necesaria dicha formalización para que el arbitraje de equidad pudiera tener lugar, sin que tales circunstancias puedan ser contempladas como actos propios que supongan una expresión de no someterse a las disposiciones de la última Ley citada y sí a las anteriores, remitiéndose al Juzgado en todo lo ya expuesto respecto a la teoría de los actos propios en el fundamento segundo de esta resolución. La circunstancia alegada por la actora de que aquella cláusula no reúne los requisitos del llamado convenio arbitral, ha de ser

desestimada, desde el momento en que no nos encontramos ante una simple cláusula compromisaria sino ante un compromiso formalizado judicialmente, ya que se instó dicha formalización antes de ser emplazado el demandado en este procedimiento, y, por tanto, el mismo reúne las características esenciales del convenio arbitral, debiendo surtir todos sus efectos.

Cuarto. Por último, y en cuanto a la posible inconstitucionalidad de la transcrita disposición transitoria de la Ley de 5 de diciembre de 1988, este Juzgador considera igualmente que dicha norma no es incontitucional porque, en primer lugar, y en lo que afecta a la retroactividad o irretroactividad de las normas, es totalmente factible y legal el hecho de que las leyes tengan efectos retroactivos, viniendo así contemplado en el artículo dos del Código civil, según el cual «3. Las leyes no tendrán efectos retroactivos si no dispusiere lo contrario», con lo cual se admite la posibilidad legal de dicha retroacción. En segundo lugar, el hecho de que el artículo 4 y 7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establezcan el principio general de que los ciudadanos están bajo la tutela de los Tribunales de Justicia y que su jurisdicción se extiende a todas las personas, no supone contradicción alguna con tal norma ahora discutida ya que, efectivamente, ese es el principio general pero, en aplicación del principio «pacta sunt servanda» resulta evidente que las personas pueden, en los contratos en que intervienen, establecer los pactos que estimen convenientes y que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público (artículo 1255 del Código civil), sin que el hecho de sustraer el conocimiento de una controversia entre las partes a los Tribunales Ordinarios pueda estimarse como vulnerativo de norma alguna, y menos de la Constitución Española. Asimismo, y en cuanto al hecho de que en la nueva ley de arbitrajes sean los árbitros los que, en una primera instancia, determinen y resuelvan las cuestiones relativas a la nulidad, inexistencia o caducidad del convenio arbitral, esto no conlleva infracción alguna, ni supone la concurrencia de una norma inconstitucional, porque, en cualquiera de los casos, la decisión arbitral no es plenamente suficiente e irrecurrible, ya que, según establece el artículo 23 de esta ley, «la decisión arbitral desestimatoria sobre estas cuestiones podrá impugnarse, en su caso, al solicitarse la anulación judicial del laudo».

Quinto. Por todo lo anteriormente expuesto procede estimar la excepción dilatoria opuesta por la parte demandada, al estar sometida la cuestión litigiosa a arbitraje y no poder ser examinada la materia relativa a la validez existencia o subsistencia del arbitraje en este procedimiento ya que la misma, pese a no ser estrictamente tema que las partes se hubieran sometido a dicho arbitraje de equidad, ha de ser resuelta, en el procedimiento arbitral, en aplicación de lo prevenido en el artículo 23 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, sin perjuicio de que la actora, en su caso, al solicitar la anulación judicial del laudo, pueda impugnar lo resuelto al respecto por los árbitros. Todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte actora por imperativo legal (artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

VISTOS los artículos invocados y demás de general aplicación.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

S.S., por ante mí el Secretario, DIJO: Se estima la excepción dilatoria de «sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje» planteada por la parte demandada y, en su consecuencia, sin entrar en el fondo del asunto, se absuelve en la instancia a la entidad A. de las pretensiones contenidas en la demanda contra la misma interpuesta por B. Todo ello con expresa imposición de las costas a la parte actora.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en ambos efectos.

Lo mandó y firma la Ilma. Sra. D.ª LAURA PÉREZ DE LAZARRAGA, MAGISTRADA-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia número SEIS; Doy fe.

E/ Ante mí:

La presente resolución resulta un tanto liada en su argumentación inicial, para acabar reconvirtiéndose a la doctrina correcta.

En efecto, una vez vigente la Ley de arbitraje de 1988, no puede calificarse de cláusula compromisoria la que obraba en el contrato de autos, ni ha lugar a plantearse el tema de un eventual compromiso. La solución correcta ya la había adelantado en sus justos términos el Auto de JPI n.º 21 de Barcelona de 21.7.1989.

El intento de burlar el arbitraje formulando una demanda por sorpresa era un viejo truco consentido por una arcana jurisprudencia, claramente anti-arbitral, que seguía el juego al litigante picaruelo. Por eso es tremendamente peligroso el desliz que comete la presente resolución advirtiendo de que no se considera abortado el arbitraje porque la demandada no había sido todavía emplazada. Bonita forma de hacer revivir la litiscontestación romana. Además el emplazamiento ni siquiera se corresponde con el momento del inicio de la litispendencia, según la más moderna doctrina. Pero es que además tal tentación choca frontalmente con lo previsto en el art. 11 de la LA. Ese tipo de maniobras, como la intentada en el caso presente, están condenadas al fracaso más absoluto con sólo seguir en su literalidad lo previsto en dicha norma.

En fin, como puede verse en los últimos fundamentos jurídicos la propia resolución se desdice de la doctrina enunciada en los primeros y termina en el camino doctrina recto, en consonancia con la nueva ley de arbitraje.

3. FORMALIZACIÓN JUDICIAL DE ARBITRAJE: IMPOSIBILIDAD DE SUSTITUIR ÁRBITRO NOMBRADO DIRECTAMENTE POR LAS PARTES

JPI n.º 5 Barcelona
A 1 diciembre 1989

AUTO

Barcelona, a uno de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.

HECHOS

1. Mediante escrito, que fue repartido a este Juzgado con fecha de tres de noviembre, la representación de P. SA. interpone demanda de FORMALIZACIÓN JUDICIAL DE ARBITRAJE contra Don Alberto, exponiendo en el extenso escrito inicial, las razones por las que se impetraba el auxilio judicial.

2. Admitida a trámite la demanda se señaló día para la comparecencia, citándose las partes.

El día señalado comparecieron todas las partes convocadas con sus respectivas representación y defensa. Dado comienzo al acto, la actora ratificó enteramente las peticiones de su escrito de demanda, tras de lo cual hicieron uso de la palabra los tres letrados demandados comparecidos sosteniendo la improcedencia de la formalización de arbitraje solicitada por la actora por entender que de acuerdo con el artículo 38.2 de la Ley y fracasado el intento de nombrar sustituto, quedaba expédita la vía judicial.

Concedida la palabra nuevamente a la actora, insiste en su petición inicial por entender que su petición de designación de árbitro sustituto lo es en relación con el Sr. E, que no tiene la condición de árbitro designado directamente por las partes, razón por la que no le alcanza la prohibición del artículo 38.2 de la Ley invocada de contrario.

SS.ª acuerda la interrupción de la comparecencia así como que sobre la cuestión planteada –procedencia o no de la formalización judicial de arbitraje– se dictará resolución independiente.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

1. Basta una somera lectura de la Ley de Arbitraje y de su exposición de motivos, así como de los comentarios iniciales aparecidos con motivo de su publicación para comprender que se trata de un instituto basado estrictamente en la voluntad de las partes, las que, apartándose del cauce normal de solución de conflictos en la vía judicial, optan por encomendar la decisión de las cuestiones litigiosas que les afectan al laudo de uno o de varios árbitros.

Esta «filosofía» de la norma, en el caso concreto de que los árbitros hubiesen sido designados directamente por las partes, se traduce en una acentuación, mayor si cabe, de la «confianza» en que se inspira el instituto. Porque los interesados –a diferencia del arbitraje institucional, que se desarrolla bajo los auspicios de una organización que presta su asistencia a las partes designando en su lugar a los árbitros– en el arbitraje *intuitu personae* encomiendan la decisión de sus litigios no al laudo de unos árbitros genéricos, sino al que deben dictar

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

personas muy concretas y determinadas. En el caso de autos VENDEDOR y COMPRADOR –en la terminología del documento de 16 junio 1989– decidieron de consuno que las cuestiones que pudieran surgir entre ellos con motivo de la compra del grupo CAMP deberían ser resueltas mediante el laudo a pronunciar por Don A y Don J.

La historia posterior es, en síntesis, como sigue:

Los árbitros designados aceptan el cometido. Posteriormente, P. incluye entre las cuestiones nuevas a someter a arbitraje la de si el Sr. A ostentaba la representación de los demandados don F y de la sociedad T, lo que motiva que esta parte (parte integrante de la VENDEDORA) formule la recusación del Sr. A y que éste acepte la recusación.

La cuestión tenía una indudable trascendencia que ha sido puesta de manifiesto por la defensa del Sr. F y T en el acto de la comparecencia. El documento base de la reclamación de autos tenía una fecha límite, el cinco de julio de 1989. La prórroga que P solicitó y obtuvo, le fue otorgada únicamente por los demás componentes de la VENDEDORA, razón por la que aquélla considera improcedente un arbitraje cuyos efectos en modo alguno le podían alcanzar.

Se había producido la primera y más decisiva falla, y para solucionar el problema, como ordena el artículo 18 de la Ley, se procede al nombramiento de sustituto «por el mismo procedimiento mediante el cual fue designado el sustituto». Reunidas al efecto, la elección recae en el Sr. E, pero éste, después de sopesar el alcance de la propuesta, declina el nombramiento.

Fracasan los intentos de lograr un nuevo acuerdo y éste es el momento elegido por la actora para impetrar el auxilio judicial. En su opinión, la actitud del Juzgado sólo debe ser una: proceder en la forma que determina el artículo 41: se busca el acuerdo y si éste no se logra, el Juez debe proceder a la designación del árbitro mediante sorteo entre los nombres que haya suministrado el Colegio de Abogados.

La parte demandada, en su triple representación, se opone a ello con fundamento en el número 2 del artículo 38, demandando del Juzgado que sea denegada la pretensión de la actora y quede abierta y expédita la vía judicial. Es más, en previsión de ello y fracasado el intento de lograr el nombramiento de sustituto por acuerdo entre las partes, manifiesta tener ya entablada, ante el Juzgado competente de Madrid, la correspondiente demanda judicial.

2. Los términos en que fue redactado el artículo 38 de la Ley 38/1988, de Arbitraje, son claros y terminantes.

En opinión de este Juzgado, la tesis de la actora que pretende el nombramiento de sustituto por los cauces del artículo 41 con base en que, manifestada inequívocamente la voluntad de las partes de seguir sometiendo su decisión al juicio de árbitros, la falta de acuerdo debe ser suplida por la designación judicial, no puede aceptarse en el arbitraje concreto *ad hoc* por ellas convenido. En esta modalidad arbitral, producida la renuncia, tan sólo una nueva voluntad concorde de todos los interesados, en la designación de sustituto, puede salvar la institución arbitral. Si el acuerdo no sobreviene, la solución del conflicto compete a los Tribunales.

Los términos textuales del segundo párrafo del artículo 38 son terminantes.

«No obstante, *no procederá la formalización judicial del arbitraje si los árbitros hubiesen sido designados directamente por las partes y todos o alguno de ellos no aceptasen o se imposibilitasen para emitir el laudo* o si la corporación o asociación a la que se encomendó la administración del arbitraje no aceptase el encargo. En estos casos, *salvo que las partes llegaren a un acuerdo, quedará expédita la vía judicial* para la resolución de la controversia.»

2. El caso de autos encaja de manera total en esta excepción. Consiguientemente, la pretensión de la parte actora debe ser rechazada y por imperativo de lo ordenado en el artículo 523 de la ley procesal, procede asimismo su condena en las costas de este procedimiento.

PARTE DISPOSITVA

Que desestimando la demanda interpuesta por P. SA. contra Don Alberto, debía denegar y denegaba la formalización judicial del arbitraje solicitada.

Se imponen a la actora las costas del presente procedimiento.

Así lo manda y firma el Ilmo. Sr. Victoriano Domingo Lorén, Magistrado titular de este Juzgado.

AP Barcelona
A 20 julio 1990

AUTO

Ilms. Sres.:
D. José Ramón Ferrándiz Gabriel
D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos
D. Francisco Javier Béjar García

En Barcelona, a veinte de julio de mil novecientos noventa.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Que el presente rollo dimana de los autos sobre Formalización Judicial de Arbitraje (Ley de Arbitraje 36/1988 de 5 de diciembre), seguidos por el Juzgado de Primera Instancia número cinco de Barcelona, a instancia de la entidad «P. SA.» contra D. Alberto, cuyas actuaciones se siguen ante este Tribunal en méritos del recurso de APELACIÓN interpuesto por la parte ACTORA mencionada, contra Auto de uno de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve dictado por el Sr. Juez del Juzgado «a quo».

Segundo. Que la parte dispositiva del Auto recurrido, es del tenor literal siguiente: «Que desestimando la demanda interpuesta por P. SA. contra Don Alberto, debía denegar y denegaba la formalización judicial del arbitraje solicitada. Se imponen a la actora las costas del presente procedimiento. Así lo manda y firma el Ilmo. Sr. D. Victoriano Domingo Lorén, Magistrado titular de este Juzgado».

Tercero. Que, contra el Auto cuya parte dispositiva se transcribe en el anterior de los antecedentes, por la parte ACTORA se interpuso en tiempo y forma recurso de APELACIÓN que fue admitido en ambos efectos, con elevación de las actuaciones originales a este Tribunal, habiendo comparecido las partes litigantes y, tras los trámites legales pertinentes se señaló para la celebración de la vista el día veintinueve de junio último a cuyo acto asistieron las representaciones y defensas de las partes litigantes que expusieron por su orden.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero. A efectos del presente recurso tienen interés los siguientes datos: *a)* El 16 de junio de 1989, se suscribió un documento por D. Alberto y P, SA.; *b)* Los tres primeros, en las representaciones ostentadas y bajo la denominación conjunta de «parte vendedora», y el último como «parte compradora» estipularon, entre otros, el acuerdo que reza: «Para resolver cuantas cuestiones puedan derivarse de la interpretación o cumplimiento del presente documento, las partes, con sujeción en lo no pactado a lo dispuesto en la Ley 36/1988 de 5 de diciembre actuarán de la siguiente forma: Una vez que surja la cuestión de interpretación o cumplimiento, la parte que la plantee lo pondrá en conocimiento de la otra, y ambas, la someterán a tres árbitros, dos de los cuales se designan de mutuo acuerdo en el presente documento en las personas de D. J y D. A y el tercero será designado de común acuerdo por dichos árbitros en el momento en que surja la cuestión de interpretación o cumplimiento. A falta de tal acuerdo el tercer árbitro sería designado por la Corte Española de Arbitraje, dependiente del Consejo Superior de Cámaras de Comercio. Dichos árbitros resolverán la cuestión surgida, mediante arbitraje de Derecho, dentro del plazo máximo de un mes desde que hubiesen aceptado la resolución de la controversia». *c)* El 25 de julio de 1989, tras haber surgido disensiones, D. Alberto y D. Francisco comunicaron a la actora los puntos objeto de discrepancia que pretendían someter a decisión arbitral, poniendo en conocimiento de los árbitros el nombramiento efectuado en su favor (docs. 2 y 3 de los acompañados a la demanda); *d)* El 3 y 8 de agosto de 1989 fueron aceptados los cargos por D. A y D. J (docs. a los ff. 46 y 49 y ss.); *e)* El día 8 de agosto, la actora amplió el contenido de las cuestiones que debían ser decididas por éstas (doc. 36 a 45); *f)* El 6 de septiembre fueron recusados los árbitros por D. Francisco siendo aceptada la recusación por D. A el mismo día 6 (docs. 13 y 15 de los acompañados a la demanda); *g)* Mantenida la decisión por D. A pese a la pretensión de la actora de que desempeñase el cargo, previo desistir del sometimiento a arbitraje de ciertos puntos inicialmente cuestionados y determinantes de la recusación (docs. a los ff. 76 y 79), por D. Alberto se convocó a la demandante para que compareciere el 5 de octubre en Madrid a una reunión que tenía por objeto proceder a la designación de árbitro de común acuerdo, lo que fue aceptado por la actora (docs. 20, 21 y 22 de la demanda); *h)* A dicha reunión concurrieron: D. Alberto y D. Francisco (doc. al f. 95 y ss.); *i)* En dicho acto, por los representantes del Sr. F se propuso como árbitro a D. E, lo que fue aceptado por los demás concurrentes; *j)* El 23 de octubre fue rechazada la designación por el designado (dco. al f. 140); y *k)* A convocatoria de la demandante, el 30 de octubre se celebró una reunión en Barcelona a la que tan sólo acudieron: la propia convocante, D. Alberto y la sociedad T SA.

Segundo. En el contexto fáctico expuesto, la demandante en la primera instancia, pretendió la formalización judicial del arbitraje, lo que fue rechazado por la resolución recurrida. El recurso, según expresa manifestación de la apelante en el escrito de interposición de la apelación, tenía por objeto: *a)* Obtener una interpretación jurídica del artículo 38-2 de la Ley de Arbitraje; y *b)* La modificación del pronunciamiento por el que se imponen a la actora las costas de la primera instancia. Dado que los términos de la vista del recurso –al sostenerse la procedencia del arbitraje– permiten, cuando menos, dudar del exacto alcance de la petición formulada en la vista de la apelación –ya que podría entenderse que altera y amplía el contenido indicado en dicho escrito–, la primera de las cuestiones que se plantean es la de concretar el eventual efecto vinculante del contenido del escrito interponiendo el recurso, toda vez que, vetada la «reformatio in peius», la exigencia de que las sentencias sean congruentes con las peticiones de las partes, impide –a salvo supuestos de orden público– que en la segunda instancia el Tribunal conceda más de lo pedido. Ello, claro está, sin perjuicio de que, dentro de los límites marcadas por las pretensiones de los litigantes, ya se entienda que la apelación es un «novum iudicum» o una «revisio prius instantiae», «se trata de un recurso ordinario, donde no aparecen limitados los poderes del órgano jurisdiccional que de él conoce, en relación el Juez de Primera Instancia» (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1987).

Tercero. Ciertamente los recursos de apelación, en el momento de su interposición, no es necesario que estén motivados formalmente ni que la recurrente precise los puntos de la resolución apelada que impugna –a diferencia de los supuestos de la adhesión (artículo 855 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)–, siendo en el acto de la vista del recurso cuando se concreta la pretensión de la apelación. Pero cuando en el escrito de interposición del recurso se efectúa la concreción, ésta es vinculante en aras al principio de lealtad procesal. Sin que pueda equipararse la limitación del ámbito objetivo del recurso con los puestos de desestimiento o de renuncia en los que es preciso ratificación del interesado o poder especial al efecto, ya que aceptarse el debate, al igual que en el escrito de demanda, se concreta la pretensión de la parte. La diferencia básica para con la explicitación de los pronunciantes impugnados en el acto de la vista, se limita al momento en el que se efectúa y su constancia escrita, pero no se altera su naturaleza por razón el diverso momento procesal. No se trata de una decisión contradictoria con una anteriormente adoptada, pudiendo la parte incluso «desertar» del recurso sin necesidad de especial y personal ratificación.

Cuarto. Pasando al estudio de la pretendida «interpretación jurídica del artículo 38-2 de la Ley de Arbitraje, debe significarse que como sostiene la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1972 «Conforme a lo dispuesto en los principios constitucionales (véase art. 31 de la Ley de 23 noviembre de 1966) y a las leyes orgánicas (artículo 2 de la del Poder Judicial), la misión de los Tribunales de Justicia no es la de emitir informes sobre temas jurídicos o evacuar consultas sobre problemas abstractos de carácter doctrinal, sino juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, condenando o absolviendo, como ordena este artículo, en relación con las peticiones de claridad y precisión de los litigantes para la protección de un derecho determinado o un bien concreto». En consecuencia, inicialmente, la viabilidad del estudio del cual sea la correcta interpreta-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ción del artículo 38-2 de la Ley de Arbitraje aparece interconectado con el estudio del pronunciamiento sobre las costas causadas en la primera instancia, de tal forma que tan sólo en el supuesto de que sea preciso el análisis del precepto cuestionado a efectos del pronunciamiento sobre las costas discutidas será procedente el estudio del primero de los problemas planteados, lo que impone, por razones de sistemática, entrar, con carácter previo, en cual sea la normativa aplicable a las costas causadas en la formalización del arbitraje.

Quinto. Sostiene la apelante que no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por tratarse de un procedimiento de «jurisdicción voluntaria», siéndolo los criterios de temeridad y mala fe, pudiendo, incluso, con base en el de la «temeridad» imponerse las costas al litigante vencedor. Dicha tesis contiene tres afirmaciones distintas. La primera, en cuanto sostiene que nos hallamos ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Al respecto, debe significarse que, dispuesto en el artículo 1811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que «se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas», quiebra la posición mantenida por la recurrente toda vez que la formalización judicial del arbitraje implica controversia entre partes determinadas, previniéndose el trámite para sustanciar la controversia en el artículo 39-3 de la Ley especial a cuyo tenor «el Juez procederá conforme a las formalidades previstas para el juicio verbal». La conclusión acerca de la naturaleza contenciosa del presente proceso viene avalada por una interpretación sistemática. Así, pese a que la frecuente imprecisión conceptual impide otorgar a dicho elemento un valor singular, el artículo 40 de la Ley se refiere al «demandado» y «demandados» en el apartado 1 y al «demandante» y «demandados» en el párrafo 2, lo que carecería de sentido si se tratase de un acto de jurisdicción voluntaria. También se llega a dicho resultado en un análisis histórico doctrinal. Regulados el «Juicio arbitral» en el Título XV (arts. 770 a 818) y «Del juicio de amigables componedores» en el XVI (arts. 819 a 836), ambos de la «Primera Parte» de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (dedicada a la «Jurisdicción contenciosa»), la Ley procesal dedicada a la «Jurisdicción contenciosa»), la Ley procesal de 1881 intitulado «De los juicios de árbitros y de amigables componedores» reguló el arbitraje en el Título V del Libro II «De la Jurisdicción contenciosa». En definitiva, debe concluirse que la Ley de Arbitraje regula un propio y verdadero proceso que tiene por objeto sustanciar la «pretensión» de designación judicial de árbitros.

Sexto. Ahora bien, lo expuesto, no determina «per se» la aplicación de lo dispuesto en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por un lado, la literalidad de la Ley de Arbitraje tan sólo previene la imposición de las costas en el artículo 40-2 cuando se tiene por desistido al demandante por incomparecencia al juicio verbal. Por otro lado, no cabe una equiparación apriorística entre los juicios verbales y aquellas cuestiones que deben sustanciarse por los trámites previstos para éstos pero en virtud de una remisión expresa –no por constituir materia

propia de un juicio verbal–. Ahora bien, la doctrina, ante el eventual abuso de quien utiliza el litigio de forma ilegítima, y partiendo de las insuficiencias propias de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 34/1984 de 6 de agosto, propugna la aplicabilidad de los principios inspiradores del artículo 523 incluso en aquellos supuestos en los que leyes especiales remiten a procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil en los que no aparece expresamente prevista la imposición de las costas de acuerdo con el criterio del vencimiento objetivo atenuado.

Séptimo. A su vez, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1990, en un supuesto de remisión de la Ley especial al trámite incidental, ha diferenciado la «naturaleza» del juicio y su «tramitación» para entender aplicable en cuanto a las costas la normativa correspondiente a su «naturaleza» aunque entrase en contradicción con el «trámite» ordenado. En el presente caso, si bien las diferencias existentes entre el supuesto resuelto por la sentencia citada y el que es objeto de estudio impiden la directa aplicación de la doctrina legal expuesta, ante la ausencia de una regulación específica, concluimos que, tanto en el supuesto de que se estime que la remisión al juicio verbal debe entenderse efectuada no sólo en cuanto al procedimiento, sino también en cuanto al criterio aplicable al tratamiento de las costas –y, dado que la Ley de Arbitraje remite al juicio verbal que, a su vez, es considerado por la propia Ley de Enjuiciamiento Civil como «juicio declarativo» (artículo 482)–, como en el caso de atender a la «naturaleza» del juicio, no es dudosa la aplicación del principio «victus victi» atenuado, ya que, dada la naturaleza de la controversia, no nos hallamos ante un acto de jurisdicción voluntaria, sino ante un juicio declarativo.

Octavo. Aquietada la recurrente al pronunciamiento por el cual se desestimó la pretensión de designación de árbitros, la eventual atenuación del principio del vencimiento exige analizar casuísticamente la posible concurrencia de circunstancias excepcionales que pudieren justificar la no imposición de las costas ya que, aunque sea discutible si la temeridad de la parte vencedora puede determinar la imposición de éstas –lo que sí era viable antes de la reforma en aras al principio de la mala fe pero parece excluido en la vigente redacción del artículo 523 de la Ley procesal–, el precepto citado no admite de forma rigurosa y objetiva el principio «victus victi». Ello obliga a entar en el estudio tanto de la interpretación que el Juez «a quo» ha realizado de la normativa aplicable al caso, como del contexto fáctico en el que surge la controversia.

Noveno. Mantiene la apelante: *a*) Que prevenido en el artículo 42 de la vigente Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, que «el Juez únicamente podrá rechazar la formalización del arbitraje cuando considere por los documentos aportados que no consta de manera inequívoca la voluntad de las partes» no resulta de aplicación al presente supuesto lo dispuesto en el artículo 38-2 que tras ordenar que «si las partes no se pusieren de acuerdo con la designación de los árbitros, se procederá a instancia de cualquiera de los interesados a la formalización judicial del arbitraje conforme a las reglas establecidas en los artículos siguientes», exceptúa el caso que

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

enuncia al disponer que «No obstante, no procederá la formalización judicial del arbitraje si los árbitros hubieren sido designados directamente por las partes y todos o alguno de ellos no aceptasen o se imposibilitasen para emitir el laudo o si la corporación o asociación a la que se encomendó la administración del arbitraje no aceptase el encargo. En estos casos, salvo que las partes lleguen a un acuerdo, quedará expédita la vía judicial para la resolución de la controversia»; *b*) La existencia de un abuso de derecho; y *c*) Que es cuestión de fondo la concreción de si D. José se halla vinculado por el arbitraje ya que D. Francisco es un propio y verdadero «testaferro» de aquél, siendo D. José quien, en la realidad, recibe directa e inmediatamente los efectos del contrato –sin interposición del propio D. Francisco– hallándose legitimado para ser demandado de formalización de arbitraje.

Décimo. Por lo que respecta a la primera de las tesis apuntadas, debe rechazarse ya que, fundamentado el arbitraje en la confianza de los litigantes en la institución, la Ley previene la posibilidad de que tal factor se vea acentuado cuando el convenio arbitral se extienda a la designación concreta de las personas de los árbitros, supuesto en el que resulta de aplicación el párrafo 2 del artículo 38 de la Ley especial cuando alguno de los árbitros no acepte o se imposibilite para la emisión del laudo. No cabe argumentar que al acceder los litigantes a la designación de quien pudiere sustituirle: *a*) Que se produjo una novación del primitivo contrato; y *b)* Que el tratamiento de la no aceptación o de la imposibilidad del árbitro así designado es diferente al del designado en el convenio inicial. La trascendencia de la modificación pretendida, para transformar un convenio arbitral con designación de árbitros en un convenio arbitral sin designación de éstos implica una alteración sustancial de lo acordado que exige que conste documentalmente, a tenor de los artículos 6 y 42 de la Ley la «voluntad inequívoca de las partes» de someterse a dicha modalidad de arbitraje, y, en el presente caso, los datos expuestos en el primero de los fundamentos no revelan esa voluntad, sin que pueda la parte transformar el intento de llegar al acuerdo que cita el artículo 38 de la propia Ley de Arbitraje, con la conclusión de un contrato arbitral novatorio. Tampoco cabe admitir que en el caso de que el designado no acepte el cargo se produce «ex lege» y al margen de la voluntad de las partes la importante alteración del contrato que sostiene la apelante. En efecto, no se trata de que tal interpretación venga vedada por lo preceptuado en el artículo 19 de la Ley a cuyo tenor «cualquiera que sea la causa por la que haya que designar un nuevo árbitro, se hará por el mismo procedimiento mediante el cual fue designado el sustituido» cuya ubicación sistemática en el Título III de la Ley hace cuando menos dudosa su aplicación directa al caso estudiado, sino que la claridad de la norma al exigir el acuerdo en la designación concreta de la persona del árbitro, no puede verse desvirtuada por la tesis, que se estima diametralmente opuesta al espíritu informador del precepto estudiado, de que, en el caso de que el nombrado para sustituir al designado en el convenio arbitral no aceptase, procederá su designación judicial.

Decimoprimero. Cuestiona la recurrente la admisibilidad de dicha

causa de oposición a la formalización judicial del arbitraje en fase de decisión, a la vista de los términos del artículo 42-1 de la Ley de Arbitraje antes transcrito –«el Juez únicamente podrá rechazar la formalización del arbitraje cuando considere por los documentos aportados que no consta de manera inequívoca la voluntad de las partes»–. Ahora bien, del tenor del precepto pudiere cuestionarse si en tal caso es procedente el rechazo «a limine» de la pretensión, pero no es dudoso que, caso de haberse tramitado el juicio verbal, la causa de inadmisión opera como causa de desestimación.

Decimosegundo. Mayor relevancia surge del estudio de la segunda de las tesis mantenidas por la recurrente. Preceptuado en el artículo 7 del Código Civil que: «1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso». En el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se dispone que: «1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas o libertades fundamentales. 2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal». En el presente caso, aquietada la demandante al árbitro designado por la contraparte, no ya después de conocida su identidad, sino con carácter previo, la ulterior negativa de una de las partes a efectuar la designa pudiere ocultar un abuso de derecho. Pero tal tesis no puede ser acogida ya que: *a)* La singular confianza que fundamenta el arbitraje no supone una valoración objetivizada de idoneidad para el cargo del árbitro designado que deviene, en consecuencia, insustituible –a salvo que las propias partes depositen idéntica confianza en un tercero–; y *b*) Aun cuando en el contrato arbitral se hace referencia a «parte vendedora», con independencia del alcance de la expresión utilizada –lo que no es objeto de este recurso en el que tan sólo se emplea a efectos de identificación y siguiendo la terminología de las partes en el documento indicado–, no existe, en la realidad, una sola parte vendedora, sino varias partes que también entre ellas debieren haberse puesto de acuerdo.

Decimotercero. También debe desestimarse la tesis de que la suscripción del contrato por D. José es cuestión de fondo sustraída al conocimiento del Juez en fase de designación de árbitros. La Ley no exige solamente analizar si consta la voluntad de someterse al arbitraje, sino que impone el análisis del término subjetivo «la voluntad de las partes» que debe ser «inequívoca», debiendo denegarse cuando aparezca dudosa y, tanto en el supuesto de que nos hallemos ante el caso de intervención en el contrato de quien es fiduciario de un tercero, como en el de que se trate de un propio «prestanombre», de los términos del convenio arbitral no puede llegarse a la conclusión de la inequívoca volun-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tad de D. José de sometimiento a arbitraje.

Decimocuarto. Consecuentemente con lo razonado, procede rechazar el recurso, con imposición a la recurrente de las costas causadas en esta apelación de conformidad con lo prevenido en el artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala DIJO: Que debía CONFIRMAR y CONFIRMABA el Auto del Juzgado de Primera Instancia número cinco de Barcelona de uno de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, cuya parte dispositiva se ha transcrito en el segundo de los antecedentes, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de P, SA., con imposición a la recurrente de las costas causadas en la presente instancia.

Así por este Auto, lo mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados del Tribunal.

De la lectura de las anteriores resoluciones pueden sacarse algunas lecciones provechosas:

En primer lugar, hay que llamar la atención sobre lo peligroso que resulta nombrar árbitros ad hoc, designados por sus nombres y apellidos con mucha anterioridad a la producción de la controversia. Se corren demasiados riesgos, entre ellos el que ocurrió en el caso de autos. Tampoco hay que despreciar otro no menos frecuente cual es el fallecimiento de uno de los árbitros. En la mayor parte de los casos se frustra el arbitraje.

En segundo lugar, hay que desterrar de una vez para siempre la viciosa práctica heredada de la ley anterior de nombrar como árbitros a los abogados de las partes. Inevitablemente tenía que ocurrir lo que ocurrió. Si una de las partes, por las razones que sea, formula la recusación, no queda más remedio que dejarlo correr... ¡A ver quién quiere asumir la responsabilidad de arbitrar en circunstancias semejantes!

Por lo demás, las resoluciones son correctas en relación con las circunstancias del caso. A nivel dogmático queda la duda de si el art. 38,2 LA se opondría a la designación de un nuevo árbitro, una vez iniciado el procedimiento arbitral, por ejemplo, en caso de fallecimiento de uno de los árbitros nombrado directamente por las partes. En mi opinión el tema debería resolverse en función de las circunstancias del caso y no siempre con una solución unívoca.

Es correcta asimismo la decisión sobre las costas, aunque quisiera cuestionarse la naturalea jurisdiccional del arbitraje, que, por lo demás, es la tesis mayoritaria.

En cambio no es cierto el apunte que se desliza en el FD tercero del auto de la AP en cuanto a la limitación de los motivos de la apelación por haberlos concretado en el escrito interponiendo el recurso. Tal hecho sería solamente indicativo, pero no vincula en absoluto a la parte, ya que el momento de motivación del recurso es exclusivamente el acto de la vista. La propia AP no hace caso de tal apunte anecdótico y examina de hecho todas las cuestiones planteadas en el acto de la vista.

4. ANULACIÓN DEL LAUDO: LIMITACIONES

AP MADRID
S 14 de septiembre de 1990

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

«*Primero.* Por la representación de la entidad mercantil El del V., S.A., se solicita por la vía del recurso de anulación establecido en los artículo 45 y siguientes de la Ley 36/1988 de 5 de diciembre de Arbitraje, la nulidad del laudo arbitral de 13 de julio de 1989, emitido ante el Notario de Madrid don Rafael Ruiz Gallardón, por el árbitro don G.A.O., que fue aclarado por auto de 26 del referido mes y año, en el que por el referido árbitro se dio respuesta negativa a la primera cuestión planteada por las partes, esto es, a si El del V., S.A., está jurídicamente obligada por la adaptación del contrato E./G.E., que surtió efecto a partir del 1 de enero de 1986, y positiva a las dos cuestiones siguientes, esto es, si E. de V., S.A., continuaba vinculada por el clausulado del primitivo contrato E./G.E., respecto de los suministros de energía eléctrica realizados por E. durante 1986 y 1987, si bien el árbitro en el laudo modera y corrige la aplicación estricta del primitivo contrato (de 16 de diciembre de 1980), en los términos que especifican los apartados *d), e), y f)* del laudo; y por último, la respuesta también afirmativa de la tercera y última cuestión debatida, estimando que E. de V., S.A., está obligada a pagar a las sociedades del G.P., las cantidades satisfechas por éstas y que corresponden a aquélla, que la estima en la cuantía de 2.919,0 millones de pesetas como importe de energía suministrada y 614,2 millones de pesetas por intereses de demora. Fundamentando el denominado recurso de nulidad, la entidad recurrente o actora en tres motivos, a saber: 1. El no haberse observado por el árbitro, en el desarrollo del arbitraje, en algunas de las diligencias probatorias esenciales, el principio de audiencia e intervención de las partes (artículo 45.2 en relación con el 26 de la Ley 36/88, de 5 de diciembre y el artículo 24.1 de la Constitución española). 2. El árbitro ha resuelto puntos no sometidos a la decisión arbitral: la revisión del contrato de 16 de diciembre de 1980, por razones de equidad (artículo 45.4 de la citada Ley de Arbitraje (LA) de 5 de diciembre de 1988, en relación con el artículo 3 del Código Civil (CC) y 9.3 de la Constitución española (CE). Y 3. La liquidación que formula el laudo, tanto por principal como por intereses de demora, es contraria al orden público (artículo 45.5 de la Ley de Arbitraje, en relación con el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 11.3 de la Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ), artículo 1.100 del Código Civil, en conexión con el artículo 24.1 y 9.3, de la Constitución española). Solicitanto en consecuencia, en primer término, la nulidad del laudo por no haberse observado el principio de audiencia e intervención de las partes en las diligencias para mejor proveer acordadas por el árbitro, después de las pruebas y de las conclusiones de las partes; segundo y en defecto de la petición anterior; solicita también la nulidad del laudo, en cuanto al fondo por haberse entrado a conocer cuestiones no sometidas por las partes a la decisión del árbitro, como

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ha sido la revisión del contrato de 16 de diciembre de 1980, realizada por motivos de equidad; y por último, para el supuesto de no apreciarse por la Sala ninguno de los dos anteriores, se estime que al calcular y fijar en el mismo por principal e intereses a cargo de V., se ha incurrido en la conculcación del orden público dimanante de la Constitución, conforme al artículo 45.5, de la Ley de Arbitraje, por violación del principio de la congruencia y legalidad y se acuerde por la Sala que se corrija la liquidación en el sentido: 1. Que los pagos ya realizados por V. ascienden a 8.117 millones de pesetas en vez de 4.964 millones de pesetas que, por error, fija el fallo. 2. Que la producción de intereses por demora ha de contarse a partir del fallo, o sea el 13 de julio de 1989, y no antes y 3. Que el tipo de interés aplicable deberá ser el 9 por ciento en vez del 12 por ciento que establece el laudo.

Segundo. De los tres motivos de impugnación señalados más arriba, es el primero el que aparece expuesto con más solidas fundamentaciones por la parte recurrente, en cuanto que aparecen reconocidas por la contraparte las alegaciones estrictamente fácticas invocadas por la parte actora o ejercitante del recurso de nulidad, y se refiere al hecho de que el árbitro, haciendo uso de la facultad concedida por las partes en la reunión celebrada en la Notaria de don Rafael Ruiz Gallardón el 27 de enero de 1989, en la que las partes de acuerdo con el árbitro, fijaron entre otras cuestiones, el procedimiento a seguir, recabó de las partes y de U., las informaciones complementarias a que se refiere el apartado E), de los referidos acuerdos (documento número 6 de los aportados en período probatorio, folios 74, 75 y 76 del legajo de documentos), después del período de conclusiones (vid. documento referido apartado A. a los folios indicados más arriba), y sin que el resultado de las referidas informaciones se hubiera dado vista a las partes, habiendo servido las mismas al árbitro para fijar el *quantum* de la deuda de V.m respecto del G. de E., y el tanto por ciento del interés aplicado por demora. Ahora bien, fijados así los hechos, para la resolución de este motivo de impugnación, es preciso determinar si tales "informaciones complementarias" son verdaderas diligencias de prueba en las que se vulneraron el principio de audiencia e intervención de las partes, consagrado singularmente para las mismas en el párrafo último del artículo 26 de Ley de Arbitraje. Entendemos que, de acuerdo con el propio convenio de las partes que las establece, no puede entenderse como pruebas, en el sentido propio de las mismas, aunque ellas se refieran a la apreciación de hechos de influencia en el pleito en que sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o prácticos, tal como dice el artículo 610 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y aunque tales informaciones hayan servido para formar el criterio del juzgador en algunos puntos (pues para eso se establecieron), y ello por las siguientes razones que pasamos a enumerar: 1. Porque estos conocimientos los han de proporcionar fundamentalmente las propias partes litigantes, por medio de sus propios técnicos ("el árbitro –dice la cláusula– podrá dirigirse a cualquiera de las partes solicitando cualquier información complementaria..."), por lo que están más en la vía de alegaciones o aclaración de alegaciones, que

en diligencias de prueba. 2. Es más dudoso en pura técnica jurídica, que en el procedimiento arbitral establecido por Ley 34/1988 se puedan aportar al procedimiento por "diligencias para mejor proveer", pruebas no practicadas en el período probatorio correspondiente, cuando de acuerdo con el artículo 26 de la Ley de Arbitraje, no rige el principio de aportación de parte, como en el procedimiento ordinario, sino que al contrario, se faculta ampliamente al árbitro a que por propia iniciativa se lleve a efecto las pruebas que estimen pertinentes, admisibles en derecho. 3. En el plano contractual y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, la Sala llega a la misma conclusión de entender que las informaciones complementarias no constituyen verdaderas y propias diligencias de prueba y ello que de acuerdo con los propios términos del convenio, celebrado el 27 de enero de 1989, en la reunión habida entre el árbitro y las partes; las informaciones se recogen en apartado *e)*, del acta levantada al efecto, en los siguientes términos: "El árbitro podrá dirigirse a cualquiera de las partes solicitando cualquier información complementaria, técnica o económica, que juzgue necesaria para formar su juicio. Podrá también dirigirse a los servicios técnicos de U., a través de su director con el mismo objeto". Fijándose por el contrario el procedimiento a seguir, para dictar el laudo, así como la situación de plazos para formular alegaciones, todo ello de acuerdo con lo previsto en los artículos 21.2, y 25.2 de la Ley de Arbitraje, en los apartados comprendidos en el epígrafe letra A, en cuyo apartado *c)* dedicado a la prueba y su práctica, no se hace referencia a las informaciones complementarias ni a las diligencias para mejor proveer. Interpretación ésta de los acuerdos, que se compagina con la contestación dada por el señor A. O., árbitro de la contienda, a la pregunta segunda, en la que manifiesta que las "informaciones" se establecieron, como actuaciones personales suyas cerca de los técnicos y expertos en materia eléctrica y en materia financiera, para formar su juicio.

Tercero. Para la solución de los restantes motivos de impugnación, es preciso poner de manifiesto que esta Sala entiende que es aplicable en términos generales a la nueva legalidad, la jurisprudencia surgida en aplicación de la Ley de 22 de diciembre de 1953, para fijar el contenido revisor de los laudos por los Tribunales de Justicia y recogido sintéticamente en el fundamento de derecho segundo de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1990, amparado en las sentencias que el mismo cita, las del propio Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1986, 12 junio de 1987, 17 de marzo de 1988 y el Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 1988, que lo constriñe a la emisión del juicio externo a cerca de la observancia de las formalidades esenciales y sometimiento del árbitro a los límites del convenio, por lo que de acuerdo con esta doctrina y lo que a continuación exponemos, merece ser desestimado el segundo motivo de impugnación, planteado al amparo del número 4 del artículo 45 de la Ley de Arbitraje, que se refiere a haber resuelto en el laudo cuestiones no sometidas a su decisión, como ha sido la revisión del contrato de suministro de energía eléctrica con E. de 16 de diciembre de 1980, y que esta revisión se haya hecho por mo-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tivos de equidad en un juicio arbitral de derecho. Es de tener en cuenta, al repecto, que al árbitro en el laudo, después de mantener la vigencia del referido contrato celebrado con E., con respecto a E. de V., S.A., sostuvo la modificación de los efectos del primitivo contrato de 1980, a consecuencia de que por la entrada en vigor de la Ley sobre Explotación Unificada del Sistema Eléctrico Nacional de 26 de diciembre de 1984, hizo mucho más gravosa la situación de una de las partes contratantes, precisamente la de E. de V., circunstancia ésta que por estimación del árbitro de que no fue prevista ni era de prever cuando se formalizó el contrato, hacía aconsejable modificar, atemperando, sus efectos, respecto de la entidad recurrida, por razones de equidad. Es evidente pues, que el árbitro no se excedió de los límites del convenio, en tanto que por el cumplimiento del mandato recogido en el punto número, 2.º del convenio arbitral, como por el recogido en el 3.º, se faculta al árbitro para adoptar congruentemente la resolución que ahora se reputa por la parte recurrente como no convenida en el contrato arbitral ya que en el mencionado en el primer lugar se trata de determinar si en los años 1986 y 1987, estaba todabía vinculado o no al primitivo acuerdo de 1980 la mercantil E. de V., y en el citado en segundo lugar, si a consecuencia de lo anterior o por cualquier otra causa jurídica, la entidad recurrente está o no está obligada al pago de la cantidad que le reclama el G. de E. Estableciéndose pues, en el laudo la causa de la obligación de pago como consecuencia de declarar subsistente el contrato con las modificaciones aconsejadas por la equidad, debidas al haber surgido circunstancias nuevas que no se tuvieron en cuenta a la firma del contrato que hacen más gravosas las prestaciones de una de las partes, modificación ésta en el laudo, que no rebasa los términos del mandato, en cuanto que según se dice en sentencia de 13 de junio de 1985 (citada por la parte recurrente), en su 5.º considerando "que atendida la finalidad del arbitraje, rectamente ordenada a dirimir pacíficamente cuestiones controvertidas, la interpretación de los puntos que para su resolución se someten al árbitro, no puede hacerse de manera restrictiva y de forma que ese coarte su libertad para resolver con toda amplitud lo que el conjunto de lo pactado imponga racionalmente", que es lo que adecuadamente y de conformidad con el convenio ha hecho el árbitro en el laudo al que se refiere el presente recurso. Por último y en lo que afecte a este motivo, tampoco se puede decir que por aplicar o moderar los efectos de un contrato con criterios de equidad, para obtener un reequilibrio de las prestaciones de las partes, haya convertido el arbitraje de derecho en un arbitraje de equidad, porque una cosa es el juicio de equidad, y otra cosa muy distinta es hacer uso de la equidad, como criterio de interpretación de las normas o de los contratos, puesto que ya los romanos advirtieron, con razón, que muchas veces la estricta aplicación del Derecho trae consecuencias dañosas para la justicia: *summum ius summa iniuria*.

Cuarto. El último motivo de la impugnación lo ha fundamentado la parte recurrente, en la causa de nulidad del número 5 del artículo 45 de la Ley de Arbitraje: "cuando el laudo arbitral fuera contrario al orden público", por entender su representación, que el laudo ha incurrido en tal conculcación, al calcular y fijar el mismo lo adeudado por V., tanto por principal como por intereses a favor del G. E., por haber violado los principios de congruencia y legalidad, y en su virtud se pide a la Sala, no la nulidad del laudo, sino una declaración de voluntad, en la que se manifieste, a la vista de las actuaciones en el proceso arbitral –ya que de otra forma la Sala no podía formar su convicción– 1. Que los pagos realizados por V. ascienden a 8.117 millones de pesetas, en vez de 4.964 millones de pesetas que, por error, fija el fallo; 2. Que la producción de intereses por demora ha de contarse a partir del fallo, o sea el 13 de julio de 1989 y no antes, y 3. Que el tipo de interés aplicable deberá ser el 9 por ciento en vez del 12 por ciento que establece el laudo; pronunciamientos éstos que no corresponde a la competencia jurisdiccional de este Tribunal, de acuerdo al artículo 45 de la Ley de Arbitraje, en relación con el número, del artículo 46 de la misma Ley, que determina la competencia de la Audiencia Provincial, para la anulación de los laudos en todo o en parte por alguna de las causas, señaladas en el primero de los artículos citados, pero carece de competencia, para sustituir o variar de cualquier forma lo fallado por el árbitro en otro pronunciamiento distinto, revisando la decisión del árbitro como si de un recurso de apelación se tratara, considerándole como si se tratara de un Juez *a quo*. Si no fuera suficiente lo expuesto para la desestimación de este motivo de impugnación de laudo y a mayor abundamiento, hay que entender que aunque como es sabido la incongruencia no es un vicio del procedimiento, entendiendo éste en un sentido restringido, sino del acto que pone fin al mismo, la sentencia, sin embargo del *factum* alegado por la parte recurrente para fundamentar el mismo como motivo de impugnación, no se refiere ninguno a la violación por el árbitro al dictar el laudo lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni del artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que es reiterada la doctrina jurisprudencial –entre otras las sentencias de 26 de febrero de 1934, 27 de enero de 1961, 15 de marzo de 1961 y 2 de febrero de 1962– que entiende que al referirse el artículo 359, a que las sentencias sean congruentes con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas, lo hace a los súplicos de los escritos y no a los razonamientos o fundamentación que se hagan en los mismos, esto es, la congruencia hay que buscarla entre las peticiones de las partes y el fallo, como también tiene declarado el Tribunal Supremo, siendo "doctrina jurisprudencial integradora en la materia –como se dice en la sentencia de 9 de diciembre de 19831–, la que proclama es la obligación del juzgador, en materia civil, de decidir las cuestiones planteadas, con sujeción a los hechos alegados y a las pretensiones oportunamente planteadas en el pleito, sin que pueda deducirse la incongruencia de los fundamentos jurídicos de la sentencia, y mucho menos de la discordancia entre éstos y lo estimados aplicables por los litigantes, ya que la facultad de los Tribunales de indagar y aplicar la norma que estiman del caso no tiene límite, con base a la incongruencia, que la de no poder dar acogida a una acción no invocada, alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones debatidas por otras, según reiterada jurisprudencia". Por lo que

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

no puede discutirse al socaire de la congruencia y del principio de la legalidad, la corrección o incorrección de la aplicación del artículo 1145 del Código Civil, en vez del artículo 1100 del mismo Código, con objeto de fijar el cálculo de los intereses moratorios. Tampoco se puede hablar de que el laudo haya ido en contra de los hechos alegados por la entidad recurrente y admitido por la recurrida, en cuando aparecen diferentes la base de los cálculos expuestos por las partes a los realizados por el árbitro en el laudo, por lo que, por otra parte, al haberse otorgado en el laudo menos de la cantidad reclamada por el G.E. a E. de V., S.A., ni cosa distinta a lo solicitado por las primeras, al haber atemperado la deuda, por razones de equidad, reduciendo la prestación que de conformidad al contrato de una interpretación rígida debía satisfacer, no se puede hablar de que el laudo haya incurrido en incongruencia.»

Esta interesante sentencia aplica el recurso de anulación previsto en la nueva Ley de arbitraje de 1988 correctamente, sin fisuras que permitieran una revisión del laudo en cuanto al fondo. Ha sintonizado pues plenamente con la filosofía de la nueva Ley.

Puede ser útil una pequeña matización en cuanto a la iniciativa probatoria del árbitro en materia arbitral. No cabe duda que la ley le concede esta iniciativa y debe hacerse uso de ella. Ahora bien, ello obliga a respetar la contradicción entre las partes, sobre todo para depurar los resultados que arrojen las pruebas ordenadas por el árbitro. Nadie mejor que las partes para arrimar el ascua a su sardina. En el caso de autos es probable que las partes tuvieran algo que decir respecto de las informaciones documentales recogidas motu propio por el árbitro y que le han servido para formar su convicción. Ello sería extremadamente relevante, sobre todo si los cálculos y los cómputos insinuados por la parte recurrente en el último motivo de impugnación fuesen ciertos....

5. ARBITRAJE Y MEDIDAS CAUTELARES

JPI n.º 22 Barcelona
P 8 octubre 1990

Providencia Magistrado-Juez: Sra. Vidal Martínez

En Barcelona a ocho de octubre de mil novecientos noventa

Por turnado el anterior escrito, escritura de poderes y documentos que al mismo se acompañan, con sus copias, fórmense autos que se registrarán en el libro correspondiente, en los que se tiene por comparecido y parte al Procurador de los Tribunales D. Francisco en nombre y representación de B S.A. y por formulada demanda sobre adopción de medidas cautelares, y concurriendo los presupuestos exigidos en el art. 1428 L.E.C., se decreta bajo la responsabilidad del actor y siempre que previamente constituya *fianza de importe Diez Millones de Pesetas (10.000.000 pts)*, para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que pudiese causar, el secuestro de los 996 relojes marca F. entregados por el actor al demandado, y de cuantos documentos se hallen en poder de éste relativos a los mismos, personándose la Comisión Judicial en el domicilio del comandado al objeto de aprehender los que se encuentren requiriéndole, en su caso, a fin que designe el lugar en que se hallen los restantes para su inmediata entrega al depositario que designe la actora el cual deberá aceptar el cargo y jurar o prometer desempeñarlo fielmente, señalándose al efecto *el próximo día 8 de noviembre de 1990 a las 10'30 horas de su mañana. No ha lugar a la administración judicial solicitada.*

Lo mando y firma S. S.ª Ilma. Doy fe.»

La mera existencia de esta resolución demuestra que no es cierto el temor literal del art. 50 de la ley de arbitraje. La necesidad y procedencia de las m. c. supera los estrechos moldes de la L.A. y se rige por los criterios generales de la L.E.C. ¡Faltaríamos!

JPI n.º 22 Barcelona
A 30 noviembre de 1990

AUTO

En Barcelona a treinta de noviembre de mil novecientos noventa.

HECHOS

1.º. Que en fecha de 5 de octubre de 1990 por el Procurador Sr. M. obrando en nombre y representación de B. S.A., formuló demanda sobre adopción de medidas cautelares contra S.A. tras exponer los hechos en que fundaba sus pretensiones, por resolución de fecha 8 de octubre de 1990 se acordó previa constitución de fianza la adopción de las medidas cautelares. Que en fecha 8 de octubre de 1990 se tuvo por comparecido y parte al Procurador Sr. M. en nombre y representación del demandado C. S.A. y por formulada oposición a las medias cautelares, citándose a las partes para la comparecencia prevista en el art. 1428 de la L.E.C. y celebrada la comparecencia acordada en fecha 29 de los corrientes, se practicaron las pruebas admitidas y declaradas pertinentes, con el resultado que consta en autos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.º El demandado como primer motivo de oposición a las medidas acordadas alega la falta de jurisdicción de los tribunales españoles, en base al art. 21 del contrato suscrito.

2.ª Tratándose del ejercicio de una demanda principal, no cabe duda que al haber formulado el demandado esta excepción con carácter previo, el Juez Español debería abstenerse de conocer en virtud de la cláusula de sumisión al Tribunal de arbitraje de Ginebra, ya que el demandado no ha renunciado a ella, al alegarla como excepción.

3.ª El actor no ha formulado una demanda principal, sino de adopción de medidas cautelares y el propio artículo 21 del Contrato de Distribución establece que el procedimiento del tribunal arbitral será el establecido por las normas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, estableciendo el art. 8.5 del Reglamento de concilia-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ción y arbitraje de la "International Chamberg of Commerce" que "las partes pueden ... solicitar a cualquier autoridad judicial medidas provisionales o conservatorias, sin contravenir por ello al convenio de arbitraje que las vincula...", y además al art. 22 5.º L.O.P.J. atribuye a los Juzgado españoles la competencia para adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España, y por lo expuesto debe desestimarse la oposición fundada en dicho motivo.

4.º El demandado alega, en segundo lugar, que la medida adoptada no es procedente pues lo que se reclama es una obligación pecuniaria.

5.º El art. 1428 L.E.C. exige para la adopción de medidas cautelares, que se trate de asegurar el cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas, y si bien en la demanda el actor afirmó tener derecho a que le fueran devueltas las mercancías entregadas, y el art. 19 del Contrato le faculta a recobrar los relojes en stock, y en base a ello se acordó la medida solicitada, de su actuación posterior, y en particular de la comunicación remitida al demandado de "notificación de solicitud de demanda de arbitraje y de designación de un árbitro" se evidencia que lo que reclaman no son los relojes sino la cantidad de 254.824'03 Francos Suizos de principal y los intereses, cantidad que afirman se corresponde al valor de la mercancía suministrada, y habida cuenta que el objeto del procedimiento arbitral no lo son los relojes secuestrados, ya que la acción no se dirije a obtener la entrega de los mismos, sino su valor, deberá dejarse sin efecto la medida acordada por no ser la procedente sin que deba, en consecuencia, ampliarse en los términos solicitados por la actora, y sin que deba sustituirse por una administración judicial, ya que los presupuestos para su concesión son los mismos que para el secuestro, y todo ello sin hacer expresa imposición de costas.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto:

DECIDO: *Dejar sin efecto las medidas cautelares* acordadas por resolución de fecha 8 de octubre de 1990, sin hacer declaración especial en cuanto a costas.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación en un solo efecto, en el plazo de cinco días a contar desde su notificación.

Así lo acordó, mandó y firma D.ª M.ª del Carmen Vidal Martínez Magistrado-Juez del Juzgado de 1.ª Instancia n.º de Barcelona. Doy fe.»

La argumentación de esta resolución es sustancialmente correcta y no contradice la procedencia de medidas cautelares en función de un arbitraje.

La revocación se debe a una interpretación demasiado restrictiva de los presupuestos del art. 1428 LEC y a entender que la mera puesta en marcha de un procedimiento de arbitraje internacional cuyo primer paso es la designación del Tribunal arbitral, equivale a la formulción de la demanda sobre el fondo a los efectos de enjuiciar la clase de acción ejercitada. Demasiado pronto, sin duda.

AP Barcelona
A 24 mayo 1991

Iltmos. Señores
Presidente Actal.
D. Pascual Martín Villa
Magistrados
D. Julio Luis Gallego Otero
D. Francisco J. Barbancho Tovillas

AUTO

En la ciudad de Barcelona, a veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y uno.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Se aceptan los hechos del auto apelado dictado el 30 de noviembre de 1990 por el Iltmo. Sr. Magistrado Juez de 1.ª Instancia núm. 22 de Barcelona, en el incidente que versa sobre adopción de medidas cautelares de secuestro de determinados bienes y administración judicial de la empresa demandada, dictada en autos de Medidas Cautelares núm. 1065/90 promovidos por "B. S.A.", representada por el Procurador D. Francisco y defendida por Letrado; contra "C. S.A.", representada por el Procurador D. F. y defendida por Letrado; siendo la parte dispositiva del auto apelado del tenor literal siguiente: "En atención a lo expuesto. DECIDO: Dejar sin efecto las medidas cautelares acordadas por resolución de fecha o de octubre de 1990, sin hacer declaración especial en cuanto a costas".

Segundo. Interpuesto recurso de apelacion contra el anterior auto por la parte actora se admitió el mismo en ambos efectos. Emplazadas las partes, se elevaron los autos originales a esta Superioridad en donde comparecieron, y seguidos los trámites legales tuvo lugar la celebración de la vista pública el día dos de mayo del corriente año, con la asistencia de sus Abogados y Procuradores.

Visto siendo ponente el Iltmo. Sr. Magistrado Don Julio Luis Gallego Otero.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero. El recurso de apelación contra la resolución de instancia se articula por la parte recurrente en los siguientes motivos: que el Juzgador al denegar la medida cautelar ha prejuzgado la cuestión principal que debe dirimirse ante un Tribunal arbitral extranjero, ya que en este procedimiento posterior la parte que ha instado que la medida cautelar puede pedir la devolución de los relojes y el citado órgano jurisdiccional no ha ponderado las prestaciones de las partes desde el punto de vista de la justicia para conseguir un equilibrio, así la parte solicitante que pretende que no desaparezcan los relojes no ha cobrado el precio de los mismos, exigiéndole una fianza de diez millones cuando la partida secuestrada asciende a cinco millones, mientras la contraria tiene todas las ventajas,

Segundo. De las anteriores alegaciones impugnatorias, las cuestiones adjetivas extrañas a este procedimiento no pueden lógicamente incidir en la solución que se adopte así como tampoco la invocación de litis-pendencia al no apreciar que el titular del órgano jurisdiccional haya prejuzgado la cuestión principal pues cuando el ejercicio de la acción cautelar no es contemporáneo al de la acción principal sin perjuicio de la instrumentalidad que se

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

predica de las medidas cautelares que no son un fin en sí mismas sino que están subordinadas o dependen de la resolución que se dicte sobre el fondo de la pretensión tutelada, hay que valorar indiciariamente la conducta de las partes enfrentadas por los efectos derivados de un contrato y los actos en que se exterioriza, y de estos antecedentes se infiere con ese carácter que la reclamación extrajudicial de la parte demandante se centraba en el pago del precio de la máquinas entregadas a la contraria y no en la devolución de las mismas con independencia de que se pueda perseguir esta consecuencia contractualmente estipulada en los supuestos de terminación del contrato.

Tercero. En cuanto al segundo motivo ceñido al ámbito de aplicación del artículo 1428 de la L.E.C. respecto a otras disposiciones reguladoras de las medidas cautelares, fijando al efecto los presupuestos que estas medidas cautelares comprende, la problemática planteada resulta de difícil solución en la práctica por la indeterminación del citado precepto que provoca una cierta inseguridad en su interpretación y aplicación provocando cierta prevención frente a su uso teniendo en cuenta la trascendencia de la concesión de una medida cautelar, que se produce cuando todavía el derecho es incierto o no reconocido por una decisión judicial, y la posibilidad de que origine daños morales o daños y perjuicios materiales a la persona que la sufre, como contrapartida de la utilidad que para el solicitante supone, el problema es, entonces, cómo se definen o delimitan tales supuestos, la doctrina científica y jurisprudencial ha entendido que el elemento decisivo es la situación jurídica cautelable y, como rango más destacado de ésta el carácter real o personal del derecho, así como también la clase de periculum inmora... frente al que se precisa la tutela, por cuanto si un cierto periculum inmora... no está previsto en el régimen de una medida cautelar típica, pero puede subsumirse en la más amplia y variada formulación del artícuo 1428, no debe desestimarse la petición sino resolverla de acuerdo con el último precepto, y ello por dos razones: aunque la situación jurídica cautelable según las disposiciones en juego sea la misma, no hay concurrencia de presupuestos, en cuya virtud deba prevalecer la regla especial y segunda por aplicación del artículo 24-1 de la Constitución Española debe inclinar por esta razonable interpretación, en cuanto contribuye a potenciar la efectividad de la tutela judicial.

Y la situación jurídica cautelable se define, a veces en términos jurídico-materiales (por ejemplo, deudas en metálico y en especie, según el artículo 1339 L.E.C.; obligación de hacer o no hacer y de entregar cosas determinadas o específicas para el artículo 1428) y más frecuentemente con referencia a la clase de pretensión que se interpone en el proceso principal con fundamento en cierta situación jurídica material.

Teniendo en cuenta las precedentes consideraciones resulta evidente que la interpretación del Juzgador que condiciona la adopción de esta medida a la que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer, de entregar cosa determinada o específica no puede compartirse en este caso con base en la situación jurídica cautelable, cuando las obligaciones de restitución o

liquidación derivan de la extinción de una relación jurídica, en la que se contienen pactos singularizados heterogéneos, en conclusión procede estimar el recurso y en su efecto revocar la resolución de instancia sin hacer especial pronunciamiento de las costas causadas en esta alzada.

Cuarto. Por último, la petición de la parte apelante de que se adecue la fianza al valor de la partida embargada, no se puede acoger pues la fijación de la cautela es discrecional para el juzgador, y de otra que para su determinación confluyen otros factores además de los materiales.

PARTE DISPOSITIVA

La sección ONCE de la Audiencia Provincial, ante mí el Secretario, ACUERDA:

Dando lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación de "B. S.A", se revoca el auto apelado dictado el treinta de noviembre de mil novecientos noventa por el Iltmo. Sr. Magistrado Juez de 1.ª Instancia núm. 22 de Barcelona en las actuaciones a que se contrae el presente, en el sentido de mantener la medida cautelar, sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada a la apelante. Y firme esta resolución remítase certificación de la misma al juzgado de su procedencia para su cumplimiento.

Así lo acuerdan y firman los Iltmos. Señores de la Sección ONCE indicados al margen; doy fe.»

El auto, además de efectuar una interpretación ponderada de los presupuestos del art. 1428 LEC, restablece el equilibrio de la situación en que se encuentran ambas partes en relación con el fondo del asunto.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LOS TRIBUNALES HAN DICHO

BELÉN MORA CAPITÁN

QUIEBRA FRAUDULENTA: COMPETENCIA DEL JUEZ CIVIL

STS (Sala 1.ª) 18 de abril de 1990

Segundo. Frente a la cuestión fáctica acreditada, que se deja sucintamente expuesta, el recurso de casación se basa en tres motivos, de los que el primero se formula al amparo del n.º 5.º del artículo 1962 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por no aplicación de los artículos 24.2 y 117, números 3 y 5, de la Constitución (R. 1978, 2836 y Ap. 1975-85, 2875), en relación con el art. 87.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 (R. 1578, 2635 y Ap. 1975-85, 8375); «cuyos preceptos, relativos al derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley, son conculcados –se dice– por la normativa preconstitucional relativa a la calificación de la quiebra (arts. 1140 y 1144 del Código de Comercio de 1829, art. 895 del Código de Comercio vigente de 1885 y preceptiva de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativa a la calificación de la quiebra, artículos 1382 a 1386) adoleciendo por ello de inconstitucionalidad, que puede ser declarada directamente por la Sala o formulando cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional». Esencialmente el desarrollo de este motivo se hace a base de que, según la recurrente, el Juez penal que entiende de la quiebra fraudulenta a tenor del art. 520 del Código Penal se halla vinculado materialmente al Juez civil que hace la declaracion de fraudulenta, y que ese Juez civil tiene la facultad de declarar si ha habido o no delito; para ello el recurso considera «Juez natural» únicamente al Juez penal. El motivo decae inevitablemente por las siguientes consideraciones: *a)* En primer lugar se estima erróneo sostener que el Juez determinado por la Ley (art. 117.3) o el «Juez ordinario predeterminado por la Ley» (art. 24.2) sea únicamente el Juez penal, ya que los textos constitucionales, al no con-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cretar más, indudablemente se refieren tanto a unos Jueces como a otros, y en este sentido no puede negarse que la recurrente se halla sometida al Juez civil de su domicilio, que es «Juez predeterminado por la Ley» (art. 63, reglas 8.ª y 9.ª), de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que declara Juez competente en las quiebras y concursos, con preferencia, al del domicilio del deudor, y lo mismo puede deducirse del art. 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. *b)* La calificación de la quiebra al haberse hecho en proceso contradictorio, con intervención en el mismo de la entidad quebrada, debidamente representada y defendida, determina la ausencia de toda posible indefensión, sin que tal calificación implique atentado alguno a la denominada «presunción de inocencia» que el art. 24.2 de la Constitución proclama, sino cumplimiento obligado de normas y preceptos legales establecidos dentro del proceso universal de quiebra, que tanto el Juzgado como la Sala de instancia, han observado escrupulosamente, de aquí que a tal actuación procesal no sea aplicable el citado precepto constitucional –Sentencia de 22 de noviembre de 1985 (R. 5627)–; declaración que puede aplicarse al objeto del motivo relativo a una inexistente constitucionalidad por razón de no actuación del llamado «Juez predeterminado por la Ley». *c)* Tampoco puede decirse, como sostiene el recurso, que el Juez penal en materia de quiebra fraudulenta se halle vinculado al Juez civil, ya que es muy reiterada la jurisprudencia, tanto civil como penal, en el sentido de que la declaración del Juez civil de quiebra fraudulenta es un requisito de precedibilidad en el proceso penal; pero siendo de destacar que la jurisdicción penal no se encuentra en situación de subordinación a las calificaciones hechas por la jurisdicción civil, sino que goza de absoluta independencia al tiempo del enjuiciamiento –Sentencias de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo de 1979 (R. 1418) y 17 de mayo de 1982 (R. 2680)–; y es doctrina jurisprudencial de esta Sala 1.ª que la intervención de la jurisdicción civil en el campo de la calificación de la quiebra viene estrictamente limitada a realizarla para provocar la apertura o no del procedimiento punitivo, pero sin que prejuzgue la resolución definitiva, respecto a los personalmente responsables y a la clase de responsabilidad que haya de hacerse en el proceso penal con plena soberanía, una vez que en el aspecto civil haya sido cumplido el requisito de viabilidad que el art. 895 del Código de Comercio establece –Sentencia de 27 de enero de 1988 (R. 148)– *d)* De todo ello se deduce la falta de fundamentación de este motivo en orden a la inconstitucionalidad de los artículos citados del Código de Comercio de 1829 y del vigente de 1885, así como de los artículos 1382 a 1386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, normas todas ellas de carácter predominantemente procesal, que en absoluto se ven coartadas por ningún precepto constitucional. Por tanto, como ya se indicó, el motivo debe ser rechazado.

LOS INTERESES LEGALES POSTERIORES A LA FECHA DE LA SENTENCIA NACEN «OPE LEGIS»

STS (Sala 1.ª) 10 de abril de 1990

Primero. Amparado en el número 3.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se formula el motivo segundo en el que se acusa quebrantamiento de las normas esenciales del juicio por infracción del párrafo primero del artículo 363 de la citada Ley Procesal produciéndose indefensión para la parte. En este motivo, de prioritario examen por su amparo en el n.º 3 del art. 1692 de la LEC, se argumenta, en síntesis, que bajo la apariencia y el pretexto de una simple aclaración de sentencia, la Sala de instancia, no obstante, declarar que no procedía acceder a la petición de condena al pago de los intereses legales solicitada en la demanda, la parte demandada resulta en definitiva condenada al pago de los citados intereses elevados en dos puntos, lo que en opinión de la recurrente equivale a «dar una vuelta completa a la sentencia», con infracción de lo dispuesto en el artículo 363 de la LEC. Dejando a un lado la posible insuficiencia del precepto procesal alegado para fundamentar por sí solo un motivo de casación hay que convenir que como acertadamente explica el auto de aclaración de sentencia, la referencia a los «intereses legales» son los moratorios de los artículos 1100 y 1108 del Código Civil, que la parte actora solicitó desde la interpelación judicial, por lo que hay que entender que el fallo de la sentencia recurrida deniega dichos intereses moratorios, pero en modo alguno los que establece el artículo 921 de la LEC, de aplicación preceptiva «en todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que contengan condena al pago de cantidad líquida». Como tiene declarado esta Sala, tales intereses nacen no de una sentencia declarativa, sino por imperativo de la Ley, y siendo obligatorio el conocimiento de ésta por parte de los órganos insertos en el Poder Judicial, ni hace falta pedir lo que la Ley manda, ni comete incongruencia el juez que silencia un «petitum» de tal naturaleza, procediendo, en consecuencia, la desestimación del motivo, dado que no son lo mismo los intereses moratorios propiamente dichos que contempla el art. 1108 del C. Civ. y los intereses que recoge el art. 921 redactado por Ley de 6 de agosto de 1984 (R. 2040 y Ap. 1975-85, 4257) y que dicha Ley ha configurado como punitivos o sancionadores y que, como esta Sala ha reiterado, nacen «ope legis» sin necesidad de petición ni de expresa condena.

DERECHO A LA LIBRE ELECCIÓN DE ABOGADO. PAGO DE HONORARIOS

STS (Sala 2.ª) 6 de abril de 1990

Primero y único. Por la vía directa de artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (R. 1985, 1578, 2635 y Ap. 1975-85, 8375), el acusado invoca la infracción de su derecho a un juicio con todas las garantías, al no haberse condenado en costas al acusador particular, a pe-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sar de haber resultado absuelto en la sentencia que ahora se recurre.

1. Estima el letrado recurrente que el derecho a un proceso con todas las garantías comporta implícitamente el de ser reintegrado de los gastos tenidos durante la tramitación de la presente causa en la que se ha visto envuelto por iniciativa de la entidad querellante, aunque dicha parte no consiguió que prosperasen sus tesis acusatorias. Para completar su reclamación se remite al artículo 240 número 3.º de la Ley de Enjuicimiento Criminal que impone la condena en costas al acusador particular cuando resultare de las actuaciones que ha obrado con temeridad o mala fe. Sin perjuicio de analizar la cuestión constitucional planteada el examen de las actuaciones incorporadas al rollo del recurso nos permite constatar que los recurrentes al formular sus conclusiones absolutorias, no solicitaron la imposición de las costas a la entidad querellante. En todo caso para que pudiera prosperar la petición de la condena en costas de la acusación particular debe preceder una previa y expresa declaración de temeridad o mala fe, que no se ha producido en la presente causa, lo que sería suficiente para desestimar el motivo.

2. Desde el punto de vista constitucional la cuestión, tal como la plantea el recurrente, tiene escasos precedentes y resulta novedosa a pesar del amplio cauce casacional abierto por la posibilidad de invocar directamente la violación de preceptos o principios constitucionales. Nuestro sistema procesal, con anterioridad a la vigencia del texto constitucional, sancionaba la interposición infundada de querellas o la imputación injustificada de hechos delictivos con la imposición de las costas, previa declaración de temeridad o mala fe, con independencia de las repercusiones penales que tal conducta pudiera tener para el que, con falta de rigor o de forma intencionada, atribuye falsamente a otro la comisión de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio.

El derecho a un juicio con todas las garantías necesarias constituye la síntesis de los sistemas procesales que colocan el acento de sus mecanismos de funcionamento en la protección de los derechos fundamentales de la persona envuelta en un proceso penal, tanto si actúa desempeñado una actividad acusatoria, como soportando las incomodidades de la condición de acusado o imputado de un hecho delictivo.

Estos derechos fundamentales, aparecen reflejados en los textos internacionales suscritos por España y en el artículo 24 de nuestra Constitución (R. 1978, 2836 y Ap. 1975-85, 2875). Su lectura nos muestra un amplio catálogo de garantías que se reiteran sustancialmente en el ordenamiento constitucional interno, entre ellas el derecho del acusado a ser asistido de abogado para su defensa que, en el caso del artículo 14.3 d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (R. 1977, 893 y Ap. 1975-85, 3630) precisa que debe ser de su elección y, en su defecto nombrado de oficio. La opción corresponde, por tanto, a la persona acusada en el porceso penal lo que comporta la libre elección, entre los profesionales de la Abogacía del letrado que le merezca una mayor confianza, pero ello no implica que en el caso de que se le nombre de oficio, se puedan considerar alteradas o disminuidas por sus posibilidades de defensa ni conculcado su derecho a

un proceso con todas las garantías. Existiendo esta libertad de elección, el coste económico derivado de los honorarios profesionales, debe ser imputado exclusivamente a la parte que ha estimado conveniente acudir a un letrado elegido por estimar que su capacidad económica le permite invertir una suma de dinero en la defensa de sus intereses, aunque lo haga forzado por la acusación o denuncia de un particular o del Ministerio Fiscal. El sistema de garantías establecido por la Constitución se satisface con proporcionar a toda persona acusada de un hecho delictivo las más amplias posibilidades de defensa, acudiendo a un Abogado –libremente elegido o designado de oficio–, pero no puede sostenerse como parece apuntar «a contrario» el recurrente que se haya conculcado el derecho al debido proceso cuando los acusados tienen necesidad de acudir al defensor de oficio porque admitirlo así supondría una censura implícita a la labor de estos letrados que no puede ser aceptada.

Los desembolsos económicos adicionales y estrictamente voluntarios originados por la actuación profesional del letrado elegido para la defensa no pueden ser automáticamente indemnizados en los casos de absolución sino cunado –conforme a la ley– se observa una evidente temeridad o notoria mala fe en el querellante.

No nos encontramos por tanto, ante la violación de un principio constitucional sino ante una cuestión de legalidad ordinaria, específicamente regulada en todos los órdenes jurisdiccionales y que, en el caso concreto del proceso penal, está prevista en el artículo 240.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuyo tenor literal ha sido estrictamente respetado, por lo que se debe desestimar el motivo.

COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA: LAS CLÁUSULAS DE SUMISIÓN EXPRESA NO AFECTAN A TERCEROS

STS (Sala 1.ª) 30 de abril de 1990

Primero. Por la demanda de la compañía «Unión Iberoamericana de Seguros y Reaseguros, S.A.», tramitada en juicio declarativo de menor cuantía se ejercita la acción de reclamación de ptas. 10.632.317, en concepto de daños y de méritos sufridos en los embarques de café como consecuencia de mojaduras, suma satisfecha por la misma al asegurado y que reclama en vía de repetión contra la demandada propietaria del buque; por el Juzgado de Primera Instancia se dictó sentencia apreciando la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por dicha demandada (al razonarse que, como el problema se refiere a una reclamación por incumplimiento de un contrato de transporte marítimo en el que portador o demandado es de nacionalidad extranjera y el destinatario y la aseguradora son entidades españolas, y habiéndose formalizado el contrato de transporte según los conocimientos de embarque en Cartagena de Indias –Colombia– en los que figura una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Bogotá, conforme a los arts. 51 de la LEC y a la nueva regulación del problema de los arts. 21 y 22-1 de la LOPJ (R. 1985, 1578, 2635, y Ap. 1975-85, 8375), procede

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

entender la referida excepción) decisión que fue confirmada por la Sala «a quo» al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, la que, tras aceptar la resolución impugnada, expresa en sus fundamentos 2 y 3: que el contrato de transporte marítimo, por subrogación de la sociedad cargadora fue suscrito en Cartagena de Indias, siendo el porteador una sociedad también colombiana, y la mercancía debía ser entregada en Alicante y Barcelona por lo que, a resultas de la cláusula de sumisión expresa inserta en los conocimientos de embarque a favor de los Tribunales de Bogotá (Colombia), y como además, no se ha acreditado en autos que la sociedad demandada tenga su domicilio en España, pues su citación y emplazamiento se hizo en el de su agente marítimo y la comparecencia de la demandada en los autos y la formulación de la excepción de incompetencia de jurisdicción en el mismo acto excluye la sumisión tácita de la misma a la jurisdiccion española; por último, el defecto de la falta de firma del cargador en el conocimiento de embarque no puede servir de base para negar validez a la cláusula de sumisión expresa incluida en el mismo y no sólo porque es usual que tales documentos sean suscritos tan sólo por el capitán del buque que ha de transportar la mercancía en cuestión, sino también porque la actora funda su pretensión en dichos conocimientos de embarque a los que atribuye la validez y eficacia consiguientes y no puede congruentemente negársela a una de las cláusulas contenidas en ellos, falta que, por otra parte, no ha denunciado más que en segunda instancia; procede por una interpretación a «sensu contrario» de lo dispuesto en el repetido art. 22-1 de la LOPJ apreciar la incompetencia declarada con desestimación de recurso; frente a cuya sentencia por la aseguradora actora se interpone el presente recurso de casación, con base a un primer motivo en el que, al amparo del art. 1692-1 de la LEC, se denuncia la infracción de los arts. 51 de la misma y 21 de la LOPJ con referencia a la jurisprudencia que se aduce, y en un 2.º motivo con igual amparo procesal se denuncia la infracción de los arts. 56 y 57 de la LEC y jurisprudencia asimismo referida en cuanto que los conocimientos de embarque no aparecen firmados ni por la aseguradora ni por el consignatrio de la mercancía ni, incluso, por los respectivos cargadores de la misma, y cuyo recurso a continuación se examina.

Segundo. Planteada, pues, no sólo con carácter preferente sino exclusiva la problemática sobre la incompetencia de jurisdicción aducida y apreciada por la sentencia recurrida y cuyo pronunciamiento en su sentencia interlocutoria es objeto asimismo de ataque del recurso, procede examinar la totalidad de las actuaciones existentes al respecto a los fines de esclarecer la solución del ambos motivos que, como se dice, se fundan en el «Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción» que se amparan en el núm. 1 del art. 1692 repetido; y de lo actuado, efectivamente, se demuestra que, a consecuencia del Contrato de Transporte Marítimo suscrito entre las partes interesadas para transporte del cargamento de café, 4.800 sacos, a bordo del buque «Río Magdalena» propiedad de la demandada en el puerto de Cartagena de Indias con destinado al puerto de Alicante y 694 sacos embarcados en el mismo puerto con destino a Barcelona, se suscribieron los documentos de

embarque, suscritos por el Capitán del citado naviero, con fecha respectivamente de 31/1/85 en los que, según se constata por la sentencia recurrida y se admite por las partes interesadas, aparece en su cláusula 3 la sumisión expresa a los Tribunales de Bogotá «para todas las acciones judiciales derivadas de dicho contrato suscrito entre el portador y el cargador» (FJ-2.º sentencia 1.ª orden); que, asimismo, tras arribar el buque en el puerto de Cádiz el 20/2/85 llegó al de Alicante el día 21 en donde se presentó por el Capitán del buque protesta de averías a consecuencia de las fuertes mojaduras o entrada de grandes cantidades de agua de mar sobre cubierta en los trayectos de Cádiz a Alicante, a causa de lo cual se produjeron desperfectos y depreciaciones en dicho cargamento, concretamente, en 1553 sacos de los destinados a Alicante y en 179 sacos de los destinados a Barcelona; tras las comprobaciones adecuadas de las citadas depreciaciones por el comprador de la mercancía «Fococafé, S.A.» que tenía asegurada la misma a través de la póliza núm. 302-109700 en régimen de coaseguro con la «Unión Iberoamericana de Seguros, S.A.», demandante, entre otras, y que según certificaciones que constan en los folios 159, 163, 189 y 199 de los autos actúa en su propio nombre y en el de todo el cuadro del coaseguro, con autorización expresa del resto de las coaseguradoras, se procedió por la misma a satisfacer la indemnización reclamada al citado asegurado, y que por certificación del 28/10/86 del mismo se acredita que con fecha 17/7/85 recibió la suma de 10.632.317 ptas., en concepto de indemnización por daños y perjuicios de la mercancía referida, cantidad que es, justamente, la que se reclama a la entidad demandada propietaria del buque; con tales antecedentes, es evidente que, inicialmente, la competencia de jurisdicción que determina la habilidad del órgano al respecto debe encontrarse en el principio general establecido en el art. 51 de la LEC en relación, en su caso, con el art. 62-1, al tratarse de una acción personal derivada del lugar en que deba cumplirse la obligación, o lugar en que deba entregarse la mercancía contratada en el transporte marítimo de referencia; mas esta última regla supone un cauce general para los casos en que no exista sumisión expresa o tácita, para los que los arts. 56 y 57 todos de la ley rituaria, establecen la preferencia del juez competente al que se han sometido los litigantes, lo que, aplicado al caso de autos supone que la controvertida cláusula de sumisión no puede «ab initio» alcanzar a los que en este pleito litigan al no haberla suscrito, entre los que, por supuesto, se encuentra la aseguradora que demanda (cuya causa contractual, aparece por la fórmula negocial inserta en los conocimientos de embarque de «seguro por cuenta de los compradores») y por ende tampoco aparece la aceptación de dicha cláusula por los destinatarios o compradores de la mercancía, sin que sea atendible, al punto, el alegato de la sentencia recurrida «de que sea usual que tales documentos sean suscritos tan sólo por el Capitán del buque que ha de transportar la mercancía en cuestión», por lo que en este caso no cabe, como expresa el 2.º motivo del recurso, estimar la relevancia jurídica de dicha cláusula de sumisión, conforme, entre otras, a la doctrina que informa las Sentencias de esta Sala de 30/6/1983 (R. 3699) y 20, 27 de julio de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

1988 (R. 5996), que, asimismo, contemplan lo dispuesto en el art. 10 del Código Civil, en lo atinente; mas la sentencia recurrida incorpora como fundamenta normativo de su decisión el resultado de su particular interpretación «a sensu contrario» de lo dispuesto en el art. 22-2 de la LOPJ que, en su opinión, y según lo razonado por la primera sentencia, ha modificado el anterior criterio atributivo en materia de límites de la jurisdicción, argumentación que tampoco debe prosperar porque, aparte de, como se expresa en el primer motivo, el repetido precepto de la Ley 6/85 de 1 de julio reproduce en lo esencial el anterior art. 267 de la LOPJ (N. Dicc. 18504), ha de afirmarse que la ordenación que se efectúa en el Tít. 1.º, Libro 1 de la vigente LOPJ sobre la extensión y límites de la jurisdicción, proclama en primer lugar en su art. 21-1 que «los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y españoles y extranjeros (introduciendo la novedad) con arreglo a lo establecido en la presente ley y en los Convenios Internacionales en los que España sea parte», por lo que, es claro que, el primer inciso viene a reproducir la prescripción del citado art. 51 de la LEC; en su art. 52 se especifica que «en el orden civil los Juzgados y Tribunales españoles así como cuando el demandante tenga su domicilio en España», siendo evidente, pues, que ese carácter general, no sólo se predica cuando, como en el caso de autos, el demandante tenga su domicilio en España sino cuando las partes se hayan sometido a los Juzgados y Tribunales españoles, sin que sea posible entender, como efectúa la sentencia recurrida, que con ello también se está habilitando una interpretación «a sensu contrario» porque además de que ello no lo permite el precepto, que sólo dice lo que dice, como es sabido, sobre los límites de jurisdicción o atribución de competencia, no cabe aplicar un criterio extensivo marginante de la expresividad legal, y porque, en otro aspecto, la tesis contraria de la sentencia provocaría el riesgo de que por una supuesta sumisión de los interesados, se pudiera eludir el conocimiento de los litigios que, con carácter general, vengan atribuidos a los Juzgados o Tribunales españoles con la consiguiente sustracción de los imperativos que ligan la jurisdicción a la soberanía nacional –en el sentido expuesto por Sentencia 31/10/1988 (R. 7779)–, por lo que, en definitiva, y confirmando además la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles en los términos del núm. 3 de repetido art. 22 («en materia de obligaciones contractuales cuando éstas hayan... o deban cumplirse en España»), es de pertinencia emitir un juicio estimatorio de los motivos del recurso y por lo tanto atribuyendo la competencia a la jurisdicción nacional con la consiguiente anulación de la sentencia recurrida.

NULIDAD RADICAL DE LA PRUEBA OBTENIDA TRANSGREDIENDO EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO

STS (Sala 2.ª) 29 de marzo de 1990

Primero. La sentencia recurrida condenó a Julián R.S. como autor de un delito contra la salud pública por posesión de 170 gramos de heroína en un apartamento del que era inquilino, imponiéndosele las penas de 6 años y 1 día de prisión mayor y 500.000 pesetas de multa.

Dicho condenado recurrió en casación alegando entre otros motivos, violación del artículo 18.2 de la Constitución Española (R. 1978, 2836 y Ap. 1975-85, 2875) porque el hallazgo de la mencionada sustancia estupefaciente se hizo en un registro que realizó la Policía sin el consentimiento del inquilino y sin autorización judicial.

Segundo. Después de la importante sentencia del Tribunal Constitucional n.º 114/1984, de 29 de noviembre (RT Cons. 114), y de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (R. 1985, 1578 y 2635 y Ap. 1975-85, 8375) que dice que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, en nuestro Derecho Positivo ya no puede existir duda alguna de que, en los casos como el presente en que, tal y como luego se razonará, se consiguió la aprehensión de la droga tóxica en un registro de un apartamento realizado con violación del artículo 18.2 de la Constitución Española, la prueba así obtenida es radicalmente nula.

Tradicionalmente la doctrina, en los supuestos como el ahora examinado, venía concediendo relevancia a los resultados de tales pruebas ilegítimamente adquiridas, porque en la ponderación de los intereses en juego se estimaba que tenía que prevalecer aquel de carácter público que derivaba de la necesidad de que en el proceso penal la sentencia definitiva respondiera a la verdad material, por encima de lo que se consideraba como una lesión a un derecho individual.

Sin embargo, cuando estos derechos de la persona se incorporan a la vida política de los Estados de manera que, rebasando su carácter meramente subjetivo o individual, se constituyen en elementos esenciales del ordenamiento jurídico en cuanto que se conciben como pieza clave para la organización de una convivencia verdaderamente humana, justa y pacífica –Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 25/81, de 14 de julio (RT Cons. 25)–, entonces la perspectiva cambia y ante el carácter fundamental que se concede a tales derechos, cuya protección adquiere, incluso, un rango de carácter internacional por el deber contraído por algunos Estados, como España, por convenios pactados con otros, en aras de conseguir el imprescindible efecto disuasorio en sus posibles infractores, a fin de impedir que una violación de este tenor pueda en definitiva prevalecer, se impone la necesidad de estimar radicalmente nula la prueba así obtenida, y, por tanto, sin eficacia ninguna en el proceso. En nuestro Derecho, como un supuesto más de actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas a que se refiere el artículo 6.3 del Código Civil.

Así pues, cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Jueces y Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa quizá haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada su consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza.

Tercero. En el caso presente, tanto la parte recurrente como el Ministerio Fiscal parten de la doctrina antes expuesta relativa a la nulidad radical de la prueba obtenida con violación de los derechos o libertades fundamentales. Las divergencias se encuentran en que el Ministerio Fiscal entiende, con la sentencia recurrida (2.º considerando), que nos encontramos ante un supuesto de delito flagrante que facultaba a la Policía para entrar en el piso sin mandamiento judicial, mientras que el recurrente estima que no hubo tal flagrancia y, por tanto, fue violado el artículo 18.2 de la Constitución Española.

Los hechos ocurrieron, en síntesis, de la forma siguiente: el día 15 de junio de 1983 unos funcionarios de policía, que al respecto habían establecido un servicio de vigilancia, detuvieron en la calle Cruz Verde de Madrid a Julián R.S. cuando salía del apartamento que ocupaba como inquilino en el n.º 22, 3.º B de dicha calle, y en el cacheo de que fue objeto se le ocupó una papelina de heroína de un gramo de peso. Inmediatamente después de esta detención, un mandamiento judicial y sin consentimiento del titular del apartamento referido, en compañía del conserje del inmueble, los cuatro policías que habían intervenido en esta diligencia subieron al mismo, hicieron un registro y encontraron allí, entre otros objetos, 170 gramos de heroína, dentro de una bolsa marrón que estaba escondida en un maletero, distribuidos en seis envoltorios.

En el sumario y en el juicio oral declararon el procesado, que negó siempre conocer la existencia de la heroína ocupada, y la señora que lo acompañaba cuando fue detenido, que nada sabía al respecto, y en el juicio oral testificaron uno de los policías que actuó en las referidas diligencias y el conserje que presenció el registro.

La sentencia recurrida, como se ha dicho, estimó válido el registro efectuado por entender que se hallaban ante un supuesto de flagrancia delictiva, y en base a ello condenó, siendo en realidad el resultado de tal registro la única prueba existente sobre la posesión de la droga, pues las testificales que se practicaron en el juicio se refirieron a la aprehensión antes referida.

Cuarto. Conforme aparece redactado el artículo 18.2 de la Constitución Española, que permite entrar en domicilio ajeno sin el consentimiento del titular y sin resolución judicial que lo autorice en los casos de flagrante delito, estos supuestos constituyen una excepción al contenido de un derecho fundamental. Por ello la aplicación de esta excepción y el mismo concepto de delito flagrante han de ser objeto de interpretación restrictiva en aras del máximo respeto posible al derecho fundamental.

El artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en su

versión originaria definía los delitos flagrantes a los efectos meramente procesales de determinar el ámbito de aplicación de un procedimiento especial más rápido y menos formalista que el ordinario, no resultó alterado en cuanto a tal definición pese a las múltiples modificaciones que sufrió en los años de 1957, 1959 y 1967 que regularon el llamado procedimiento de urgencia. Tal definición ha desaparecido ya de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la modificación introducida por la Ley Orgánica 7/1988 (R. 2605), reguladora del llamado procedimiento abreviado, que prescinde de este concepto para delimitar los casos a los que se aplica.

También fue utilizada esta figura en la Ley 10/1980 (R. 2598 y Ap. 1975-85, 4261) reguladora del enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, a los mismos efectos del llamado procedimiento de urgencia, esto es, para ampliar el ámbito de aplicación de este proceso, más rápido y sencillo, cuando el objeto del mismo lo fuera un delito de esta clase.

Asimismo el concepto aparece el artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción originaria y en el texto introducido por la Ley Orgánica 4/1988 (R. 1136), para permitir a los agentes de la policía entrar y registrar en lugar habilitado en casos de flagrante delito por su propia autoridad, es decir, sin autorización judicial, ni consentimiento del titular.

Pese a que ya ha desaparecido de nuestra Ley Procesal la definición del artículo 779 puede tener utilidad examinarla para precisar su contenido.

Dicho artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal refiere este concepto a los casos en que se estuviere cometiendo el delito o se acabare de cometer cuando el delincuente o delincuentes fueran sorprendidos, explicando en el párrafo siguiente cuando se entenderá sorprendido el delincuente y ampliando luego el concepto en el último párrafo a los casos en que el acto de sorprender, con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación, ocurriera inmediatamente después de cometido el delito.

Es decir, para que haya delito flagrante tiene que sorprenderse al delincuente cuando está cometiendo el delito o inmediatamente después en relación tal con el objeto o los efectos utilizados en su realización que ello sea una prueba de la existencia del delito y de la intervención del delincuente en el mismo.

Es precisamente la facilitación de la prueba en tales casos lo que permitía tramitar un procedimiento más rápido y urgente, incluso con menores garantías procesales.

Por lo que ahora interesa hay que resaltar de tal definición, única existente en nuestro Derecho Positivo, ya derogada, aunque vigente en la época en que ocurrieron los hechos de autos, el que para que exista un delito flagrante se exige una acción de sorprender al delincuente con el objeto, efectos o instrumentos del delito. Trasladando esta idea al caso que nos ocupa enseguida se advierte que la detención de Julián R.S. se produjo en la calle Cruz Verde cuando tenía en su poder una papelina de heroína de un gramo. A lo sumo podría existir delito flagrante respecto de la posesión de esta pequeña cantidad de estupefaciente, pero nunca en relación a los 170 gramos que fueron hallados en el registro domiciliario posterior.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Luego la posesión de esta última cantidad no puede reputarse delito flagrante, porque no era materialmente poseída por el acusado en el momento en que fue detenido por la Policía. No existía esa relación de inmediatez del delincuente con el objeto del delito de modo que pudieran infundir sospechas vehementes de ser autor del mismo. Había sido sorprendido en la calle y la droga estaba en el apartamento. Conviene hacer constar aquí que la acusación (folio 7 del rollo de la Audiencia) se formuló por la posesión de los 170 gramos de heroína hallados en el piso y no por la posesión de la papelina que tenía en su poder el recurrente cuando fue detenido, pues respecto de esta papelina nada dice la calificación del Ministerio Fiscal ni tampoco la sentencia recurrida.

Por tanto, hay que decir que no existía un delito flagrante que se estuviera cometiendo en el apartamento registrado por la Policía, y, por tanto, ésta no estaba legalmente autorizada para entrar en el mismo sin el consentimiento de su titular o de la autoridad judicial.

Quinto. Alega el Ministerio Fiscal que el delito de tenencia de estupefacientes para el tráfico es de carácter permanente y en ello se funda para estimar que en el caso presente nos encontramos ante un supuesto de flagrante delito porque se estaba cometiendo cuando la sustancia fue ocupada.

Con lo antes expuesto queda contestada esta alegación, pues no basta para que exista un delito de esta clase el que éste se esté cometiendo, sino que se exige, además, que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho de tal relación con los efectos del delito que ello sea prueba de su participación en el mismo, y esto sólo ocurrió con relación a la papelina ocupada en la calle y no respecto de la cantidad aprehendida en el apartamento registrado.

Sin embargo, hay que aclarar que, incluso aunque hubiera estado allí en el apartamento el ahora recurrente con la droga, tampoco habría estado autorizada la policía para penetrar en el domicilio sin consentimiento del titular o autorización judicial, porque, tal y como antes se dijo el concepto de delito flagrante, a los efectos ahora examinados, es decir, en cuanto fundamento para permitir una entrada en una vivienda por propia autoridad, al ser una excepción al régimen normal de operatividad de un derecho fundamental, debe ser objeto de interpretación restrictiva, a diferencia de lo que pudiera ocurrir bajo la legislación ya derogada, en orden a la determinación del procedimiento a seguir (art. 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal antes estudiado) para cuyo fin este concepto podía ser objeto de una interpretación más amplia.

La palabra flagrante viene del latín flagrans-flagrantis, participio de presente del verbo flagrare, que significa arder o quemar, y se refiere a aquello que está ardiendo o resplandeciendo como fuego o llama, y en este sentido ha pasado a nuestros días, de modo que por delito flagrante en el concepto usual hay que entender aquel que se está cometiendo de la manera singularmente ostentosa o escandalosa, que hace necesaria la urgente intervención de alguien que termine con esa situación anómala y grave a fin de que cese el delito porque se está produciendo un daño que debe impedirse inmediatamente o porque es

posible conseguir que el mal se corte y no vaya en aumento, y, además, hay una razón de urgencia también para capturar al delicuente. Así ocurre, por ejemplo, en los casos de robo, incendio, daños, homicidios, lesiones, violaciones, etc.; pero no en los supuestos de delitos de consumación instantánea y efectos permanentes como lo son aquellos que se cometan por la tenencia de objetos de tráfico prohibido (drogas, armas, explosivos, municiones, otros que son materia de contrabando como el tabaco importado ilegalmente, etc.).

Estos últimos delitos desde el momento en que quedaron consumados por su tenencia ilegal ya no requieren, normalmente, una intervención urgente de la policía, tan urgente que no pueda esperar el tiempo que se tarda en acudir al Juzgado para obtener un mandamiento judicial.

No puede olvidarse que el régimen normal de las entradas en domicilio ajeno sin consentimiento del titular requiere que los funcionarios de policía acudan al Juez exponiéndole las razones por las cuales estiman que es necesario entrar en un domicilio para aprehender a un delincuente u obtener pruebas de un delito, a la vista de lo cual la autoridad judicial dictará un auto debidamente motivado con las razones necesarias para justificar concretamente la autorización que concede o su negativa. Mientras tanto, si la policía estima que en un inmueble que constituye el domicilio de un particular (o de una persona jurídica, según doctrina expuesta en la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 137/1985 de 17 de octubre (RT Const. 137) –fundamento de derecho 3.º–) se encuentra algún delincuente que debiera ser detenido allí mismo con el objeto o los instrumentos del delito, deberá establecerse la vigilancia necesaria para evitar la huida. Si, por alguna razón, en circunstancias especiales, existiera la urgencia referida en estos casos de delitos por tenencia de objetos prohibidos (supuesto que parece difícil que pueda producirse, pues la consumación ya se produjo en el pasado y se arrastra la situación de ilegalidad en el tiempo sin que normalmente exista una especial intensidad en un momento determinado), entonces y solamente entonces podría la policía penetrar en el domicilio de un particular por su propia autoridad como dice el artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sexto. Como conclusión de todo lo expuesto cabe decir que el concepto de delito flagrante, a los efectos del artículo 18.2 de la Constitución Española y del correlativo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, queda delimitado por los tres requisitos siguientes:

1.º Inmediatez temporal, es decir, que se está cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes.

2.º Inmediatez personal, consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho.

3.º Necesidad urgente, de tal modo que la Policía, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea, y de con-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

seguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la Autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente.

En el caso presente, de los tres requisitos expuestos sólo concurrió el primero, pues faltaron los otros dos en cuanto a los hechos que fueron objeto de acusación y que sirvieron de fundamento a la condena recurrida.

Concurrió el primero porque, como dijo el Ministerio Fiscal, nos encontramos ante un supuesto de delito permanente.

Faltó el segundo, porque en el apartamento registrado, donde fueron hallados los 170 gramos de heroína, no se encontraba el condenado ahora recurrente.

También faltó el tercero porque no había ninguna razón de especial urgencia que no permitiera acudir a la autoridad judicial para obtener el correspondiente mandamiento dejando simplemente una vigilancia en el lugar de los hechos para impedir, mientras tanto, la frustación de la operación policial.

Séptimo. Podría decirse que fue flagrante el delito en cuanto a que se sorprendió a Julián R.S. con una papelina de un gramo en su poder. Cierto, pero tal flagrancia sólo autorizaba a detener al sujeto y llevarle a comisaría, y no para entrar en el apartamento donde se sospechaba que había más droga, sospecha fundada habida cuenta de lo encontrado después, pues para esto se necesitaba o autorización del titular o del Juzgado, ya que la flagrancia no alcanzaba a las sustancias escondidas en dicho apartamento, tal y como antes se ha razonado.

Con relación a la posesión de dicha papelina, constitutiva de delito si se pudiera haber acreditado que se tenía para traficar con ella pese a la pequeña cantidad de heroína que contenía, hay que repetir ahora que en el presente proceso penal nunca pudo existir sentencia condenatoria porque la acusación formulada por el Ministerio Fiscal no se refirió en su relación de hechos a este extremo, sino solamente a la posesión de la droga hallada en el referido registro. El necesario respeto al principio acusatorio, a fin de evitar indefensión del acusado, impedía que la Audiencia Provincial pudiera condenar por tal posesión, e impide ahora a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que en segunda sentencia entienda que hubo delito respecto de la posesión de tal papelina. En todo caso debe tenerse en cuenta que, para tener por probado el ánimo de traficar con tan escasa cantidad de estupefacientes, nunca podría acudirse al hallazgo posterior de los 170 gramos, pues la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental es radicalmente nula no sólo en sí misma, es decir, para acreditar esa posesión de los 170 gramos, sino también en sus efectos sobre otras pruebas distintas en cuanto pudiera servir para que éstas pudieran ser valoradas en un determinado sentido. Y por ello no puede servir el ilegítimo hallazgo posterior de una cantidad importante para acreditar que la papelina antes ocupada se poseía para traficar con ella (así lo exige la llamada doctrina de los frutos del árbol envenedado y así debe entenderse la expresión «directa o indirectamente» que utiliza el antes citado artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (R. 1985, 1578 y 2635 y Ap. 1975-85, 8375).

Octavo. Por todo lo expuesto hay que entender que no nos encontramos ante un caso de delito flagrante que pudiera autorizar a la policía por su propia autoridad, sin consentimiento del titular ni mandamiento judicial, a efectuar un registro en el apartamento que constituía un domicilio particular del ahora recurrente, y, por tanto, el registro efectuado en tales condiciones se realizó con violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio recogido en el artículo 18.2 de la Constitución Española, lo que hace que el hallazgo de los 170 gramos de heroína ocurrido en dicho registro ilegítimo no pueda surtir efecto alguno en el presente proceso, ni en ningún otro, por aplicación de lo dispuesto en el referido artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder judicial.

Por ello deben ser estimados los motivos 1.º y 2.º del presente recurso que denunciaron violación de la presunción de inocencia del artículo 24.2 y del mencionado derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2, ambos de la Constitución Española, lo que excusa de examinar el motivo 3.º

Noveno. El artículo 191.1.º del Código Penal sanciona a los funcionarios públicos que, no siendo autoridad judicial, entraran en el domicilio de un súbdito español sin su consentimiento, fuera de los casos permitidos por las leyes.

Parece claro que concurren en el caso presente, en cuanto a la antes referida actuación policial, los distintos elementos del tipo del citado delito. Sin embargo, dadas las dificultades del caso presente en orden a la necesidad de precisar el concepto de delito flagrante, tan relevantes que la propia sentencia recurrida y el informe del Ministerio Fiscal entendieron que nos encontrábamos ante un caso encuadrable en tal clase de delito, por unas razones semejantes a las que expuso el Tribunal Constitucional en el fundamento de derecho 9.º de su Sentencia n.º 22/1984 de 17 de febrero (RT Const. 22), no se hace necesario ordenar la iniciación de procedimiento criminal que tuviera por objeto depurar unas responsabilidades penales de unos funcionarios de policía que, desde luego, no existieron.

LEGITIMACIÓN DE LOS HEREDEROS PARA PERCIBIR INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR CAUSA DE MUERTE. SUSTITUCIÓN PROCESAL

STS (Sala 2.ª) 12 de mayo de 1990

Segundo. El correlativo del recurso que se analiza se articula en la misma sede procesal que el precedente y en él se denuncia la vulneración por inaplicación o falta de aplicación de los preceptos penales sustantivos constituidos por los artículos 104, apartado primero, 101.3.º del Código Penal, al atribuir el fallo impugnado las indemnizaciones que concede no a los perjudicados, sino a los herederos de las víctimas, con lo que se conculcaría en el sentir del recurrente una dilatada doctrina jurisprudencial expresiva de que el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable «ex iure propio», ya que no puede sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del decuius, sino que nace precisamente por el hecho de su muerte.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Cierto es que una larga y continuada serie de decisiones de esta Sala y de la Primera de este mismo Tribunal han vendido resolviendo genéricamente el difícil tema de la naturaleza jurídica de la indemnización por causa de muerte en el sentido de estimar la legitimación para percibirla no a los herederos en cuanto tales, sino a los perjudicados por la muerte. Se ha dicho así, por ejemplo, entre muchas, en la S de 20 de octubre de 1986 (R. 5702), que «sólo los vivos son capaces de adquirir derechos y únicamente pueden transmitirlos por vía hereditaria aquellos que al fallecimiento del causante se hallasen integrando su patrimonio, condición que no concurre en la indemnización por causa de muerte, pues al ser la muerte la que genera el derecho a la indemnización aparece evidente que este derecho lo adquieren los perjudicados orginariamente y no por vía derivativa». En la S de 21 de diciembre de 1987 (R. 9802) se expresa que estos perjuicios materiales y morales corresponden «iure propio» y no «iure hereditario» y finalmente, la S de 15 de abril de 1988 (R. 2777), con cita de varias resoluciones anteriores, ratifica que es aplicable el artículo 104, que se refiere a «familia» y no el 105 del mismo Código Penal, que alude a «herederos», expresando que «al fallecer una persona como consecuencia de un delito surge la obligación de indemnizar, pero no por virtud del fenómeno sucesorio, puesto que el difunto nada llegó en vida a adquirir, que, integrado en su patrimonio, fuera luego objeto de transmisión mortis causa».

La doctrina precedente ha sido ya muy criticada por la más autorizada doctrina científica civil española, al indicar que existía así un sofisma al no tenerse en cuenta, que el *el daño se produce a la persona que vive, pues es a ella que se quita la vida o se le da muerte*, por lo que no es el hecho de la muerte (consecuencia), sino el acto que la produce, el que origina la responsabilidad del culpable; con lo que el hecho causante se produce viviendo la víctima. Es, sin embargo, la jurisprudencialmente establecida y tal interpretación debe ser mantenida en aras al valor de certeza y seguridad jurídicas establecido en el artículo 9 de la Constitución; si bien con las precisiones que se harán en el siguiente fundamento.

Tercero. Aun prescindiendo del dato esencial de que la moderna dogmática jurídico civil no identifica el fenómeno hereditario con la sucesión o transmisión de forma absoluta, pues cabe en aquél detectar la creación de situaciones jurídicas nuevas que no pertenecían al causante; lo cierto es que el motivo que ahora se examina debe ser desestimado, ya que:

1.º La acción civil fue ejercitada, salvo en el caso de uno de los perjudicados, por el Ministerio Fiscal, en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 3.º 4 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre (R. 1982, 66 y Ap. 1975-85, 9435), reguladora del Estatuto Orgánico del mismo. Su ejercicio ostenta las notas siguientes: *a)* La legitimación no es asimilable a la de la parte perjudicada, sino que es reconducible a la figura conocida en la dogmática procesal civil como *sustitución procesal* y aun dentro de ésta en la subfigura calificada por autorizadísima doctrina procesal española como *sustitución en relaciones meramente procesales*. En efecto, si en el género se está en presencia de ejercicio en nombre propio de un derecho ajeno, pero cuya estimación se vierte en el patrimonio del actor total o parcialmente, en la subespecie se ejercita también en nombre propio un derecho ajeno, mas este ejercicio ha de traducirse sobre la esfera de dominio del sustituido, pues se trata en definitiva de una legitimación derivada de carácter institucional o, como se dijo autorizadamente al referirse al denominado recurso en interés de la ley, «anclada en el ordenamiento jurídico». De ahí que las exigencias de legitimación sean mínimas, pues es obvio que el Ministerio Fiscal no es perjudicado ni está en condiciones de postular otra cosa que declaraciones indemnizatorias abstractas, con las consecuencias que seguidamente se indicarán.

2.º Que ello es posible no ofrece dudas y no se está en manera alguna en presencia, como expresa la recurrente, de un patrimonio flotante o patrimonio adscrito a un fin. La sentencia condenatoria no crea ninguna situación secundaria y menos aún abre fenómenos sucesorios, sino que establece derechos a favor de un titular aún no determinado y que vendrá siéndolo en virtud de los normales mecanismos jurídico-civiles derivados de la vocación, delación y adquisición. La sentencia que configura así los derechos indemnizatorios no vulnera norma alguna de congruencia jurídico-civil, pues se trata de una sentencia-base (lo que la doctrina germánica denomina «Grundurteil»), de la que en nuestro sistema se halla, precisamente en el área indemnizatoria, un ejemplo típico en la norma contenida en el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La atribución del derecho a la indemnización deriva sí de la sentencia, pero la concreción del/los titular/es se remite en ésta a un dato extrínseco originado por todo el proceso sucesorio subsecuente a la apertura de la sucesión: vocación, delación y adquisición. El derecho y su contenido objetivo son a la realización de un «posterius» y por ello no se está en presencia de inseguridad jurídica alguna.

Procede, por lo expuesto, la desestimación del motivo que se examina.

DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN

STS (Sala 2.ª) 4 de abril de 1990

Primero. Al amparo del art. 851.4.º LECrim., denuncia el recurrente S. que, sin hacer uso del art. 733 LECrim., por un lado, la Audiencia le ha condenado como cooperador necesario, comprendido en el art. 14.3.º CP, del delito de aborto previsto en el art. 411.2.º CP, a un año de prisión menor, pese a que el Ministerio Fiscal sólo le reputaba cómplice y solicitaba la pena de dos meses de arresto mayor; y, por otro lado, el Juzgador a quo le ha impuesto la pena de inhabilitación especial, no interesada por la Fiscalía.

Segundo. Cualquiera que sea el origen histórico del art. 851.4.º LECrim., el motivo que ese número alberga aparece actualmente vinculado al derecho de toda persona a ser informado de la acusación contra ella formulada, reconocido en el art. 24.2 CE (R. 1978, 2836 y Ap. 1975-85, 2875), como instrumento

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

del más general derecho a la no indefensión, plasmado en el art. 24.1: nadie puede ser condenado más allá de la pretensión sobre la que, por haber conocido, ha tenido oportunidad de defenderse.

Tercero. La imposición de la inhabilitación especial no vulnera aquel derecho a ser informado. Bastaría para ello tener en cuenta que, con arreglo al art. 417 CP, esa pena era necesaria consecuencia legal del delito atribuido por el Ministerio público a S. –cfr. Sentencia 16/2/88 (RT Const. 17) TC–, pero además, en el presente caso, la Fiscalía, desde que formuló sus conclusiones provisionales, había hecho cita de dicho art. 417. Consiguientemente, la presente faceta del motivo ha de ser desestimada.

Cuarto. La más reciente línea jurisprudencial –vid. Sentencia 30/09/88 (R. 7178) TS y las que cita–, interpretando, como ordena el art. 5.1 LOPJ (R. 1985, 1578, 2635 y Ap. 1975-85, 8375), los arts. 733 y 851.4.º LECrim. a la luz de los referidos derechos comprendidos en el art. 24 CE, ha venido a mantener que, sin previo planteamiento de la «tesis», el juzgador no puede agravar la posición penal del sujeto respecto al delito, como ocurre, en el Derecho español, si de la participación por cooperación no necesaria, complicidad que prevé el art. 16 CP, se pasa a la participación por cooperación necesaria, penométricamente equiparada en el art. 14.3.º a la autoría. Bien entendido que, si tal interpretación adaptadora se estimara gramaticalmente inviable, al particular del art. 733 LECrim. que se refiere a la «participación» habría de reputarse abrogado, por imperativo de la Disposición Derogatoria contenida en la Constitución –cfr. paralelamente, Sentencias 13/5/87 (R. 3059) y 04/11/86 (R. 6241) TS–.

Quinto. Así las cosas, como S. nunca fue enfrentado a una acusación de cooperación necesaria sino a la más leve de complicidad –respecto al delito tipificado en el art. 411.2.º CP–, la condena en el primer concepto ha vulnerado sus derechos constitucionales a la información y a la defensa, por lo que ha de ser apreciada la existencia del vicio denunciado.

Sexto. Atendidos los arts. 901, 901 bis *a)* y 901 bis *b)* LECrim., se debe, sin entrar a resolver sobre los motivos de casación por infracción de ley, casar y anular la sentencia impugnada, y mandar que se devuelva la causa a la Audencia, para que la reponga al momento inmediatamente posterior a la celebración del juicio, a fin de terminarla con arreglo a derecho.

EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH EN ESPAÑA

STS (Sala 2.ª) 4 de abril de 1990

Primero. En primer lugar, en la presente causa, hay que destacar la falta de fundamento, legalidad y el exceso competencial, que se desprende del Auto dictado el 29/6/89 por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Se dice lo anterior por varias razones, que por otra parte han sido destacadas por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones; dichas razones son: *a)* Es una resolución totalmente incongruente, puesto que después de declararse incompetente para conocer de la nulidad, acuerda la suspensión de la condena y la libertad de dos acusados, que están cumpliendo una pena de 30 años acordada en sentencia firme; todo lo cual merecerá un comentario en concreto, más adelante, dada la gravedad de tal decisión. *b)* Es una resolución excesiva, pues reconoce fuerza ejecutiva, en el aspecto de romper el cumplimiento de una sentencia firme, a una resolución definitiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que las sentencias de dicho Tribunal, conocido también vulgarmente, con el nombre de la localidad en donde ejerce su función, Estrasburgo, sólo tienen naturaleza declarativa, según se infiere no sólo del artículo 50 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y según pacífica y consolidada jurisprudencia de dicho TEDH, como son las Sentencias Pakelli de 25/4/1983 y Dudgeon 24/2/1984 que establecen que el Convenio no atribuye competencia al Tribunal ni para anular la sentencia ni para ordenar la desautorización los pasajes objeto de la queja, y *c)* Aquí, se quiere destacar la imperfección más grave del referido auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, como es la vulneración del artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (R. 1985, 1578, 2635 y Ap. 1975-85, 8375) que establece que las resoluciones judiciales sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos por las leyes; y en el presente caso tratándose de una sentencia firme, no cabe recurso alguno, a pesar de lo cual y de lo antedicho, dicha Sección 1.ª, ha puesto en libertad a dos personas que estaban cumpliendo condena, ejerciendo un derecho de gracia, que únicamente corresponde al Rey, después de oír, en su caso, al Tribunal Supremo y al Gobierno. Todo lo anterior sirve de base teórica, para lo que más tarde se acordará y ordenará.

Segundo. Entrando en el fondo de la cuestión debatida, hay que destacar que la Constitución Española de 1978 (R. 2836 y Ap 1975-85, 2875), en su artículo 10-2 establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Ahora bien, esta internacionalización, puede hacerse a través de una Ley Orgánica (artículo 93 de la Constitución Española) o por medio de una autorización de las Cortes Generales (artículo 94 de la Constitución Española), y no hay lugar a dudas que el Convenio Europeo de Derechos Humanos lo fue por el trámite de autorización, ya que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se ha dicho anteriormente, no tienen efecto directo o de ejecución en el sistema judicial español. Para corroborar lo anterior, hay que afirmar que el ordenamiento judicial español no prevé la ejecución de sentencias internacionales –no confundir con sentencias dictadas por Tribunales extranjeros– cuya ejecución puede llevarse a cabo por Tribunales españoles. Pero es que, además, el Tribunal Europeo no es un órgano judicial supranacional, pues el reconocimiento por España de la jurisdicción de dicho Tribunal Europeo de Derechos Humanos no puede exceder a lo previsto en el artículo 46 del Convenio que colateralmente prohíbe dar la naturaleza del Tribunal Nacional de última

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

instancia definitiva al Tribunal de Estrasburgo. Sobre todo porque el artículo 117-3 de la Constitución Española, establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes. Y, hoy por hoy, introducir el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la organización judicial española, sólo sería factible a través de una «lex data» de naturaleza orgánica, a tenor de lo dispuesto en el artículo 81-1 de la Constitución Española.

Tercero. Todo lo anterior lleva inexorablemente a la conclusión de la no posibilidad de efectos anulatorios de las sentencias tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de las decisiones del Comité de Ministros, en el ordenamiento jurídico español, pues para que ello fuera posible, tendrían que utilizarse los siguientes caminos: *a)* Modificar la legislación actual, como han hecho los Estados de Noruega, Luxemburgo, Malta y el cantón Suizo de Appenzell, estableciendo un nuevo motivo de revisión de sentencias firmes, cuando se declare por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos una violación de derechos individuales, y *b)* La firma de un nuevo protocolo al Convenio, que estableciera un procedimiento para el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o las decisiones del Comité de Ministros por los Estados demandados. Ante la ausencia de estos dos datos, se ha de resolver la cuestión debatida, se vuelve a repetir, declarando la imposibilidad de ejecución de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6/12/88, en el sentido de anular una sentencia firme dictada por el Tribunal Supremo que es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, que lo sería, entonces, el Tribunal Constitucional; pues ello supondría introducir una instancia judicial internacional superior para suspender la ejecución de sentencias firmes y con ello «inventar» un nuevo motivo de revisión.

Cuarto. Todo lo anterior no significa que las irregularidades detectadas y declaradas por la Sentencia de 6/12/88 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no puedan tener una solución, pues ello puede tener lugar por la vía del indulto en el caso de cumplimiento de penas privativas de libertad o pecuniarias por cumplir, y principalmente a través de la figura de la prestación reparatoria sustitutoria, que es una indemnización de carácter pecuniario, cuya regulación y requisitos están fijados en el artículo 50 del Convenio, y que será a cargo del Estado Español, y cuyo pronunciamiento que no es declarativo, sino de prestación, corresponde al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LA DECLARACIÓN DEL AGENTE DE LA GUARDIA CIVIL OFENDIDO ES PRUEBA SUFICIENTE PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

STS (Sala 2.ª) 22 de marzo de 1990

Tercero. La presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española (R. 1978, 2836 y Ap. 1975-85, 2875) se invoca en el motivo sexto del recurso –hubo desistimiento expreso para el motivo quinto– por inexistencia de actividad probatoria de signo inculpatorio respecto de la participación del acusado Antonio M. C. en el delito de atentado; la prueba practicada en el juicio oral y concretamente de la declaración del Agente de la Guardia Civil agredido se desprende que en el primer momento del hecho fue «achuchado» que es tanto como recibir empellones del acusado, cooperando después –una vez esposado– en la serie de golpes que le propinaron los demás procesados. Es elemento probatorio de cargo suficiente para desmontar la presunción de inocencia la indicada declaración del ofendido, sin que puedan traerse a colación otras pruebas testimoniales o personales contradictorias porque suscitaría un problema de apreciación probatoria –no de falta de prueba– ajeno o extraño a la presunción aludida.

LA IMPOSICIÓN DE UNA PENA SUPERIOR A LA SOLICITADA POR APRECIACIÓN DE ATENUANTE EN GRADO DISTINTO AL SOLICITADO POR EL MINISTERIO FISCAL, NO INFRINGE EL PRINCIPIO ACUSATORIO

STS (Sala 2.ª) 19 de abril de 1990

Primero. El *primer motivo* del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce infracción del principio acusatorio recogido en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y otros preceptos que cita de la propia Ley, en tanto que al recurrente le fue impuesta una pena superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal, por haber apreciado éste la eximente incompleta de enajenación mental del artículo 9.1.ª en relación con el artículo 8.1.ª del Código Penal mientras que la Sala de instancia le apreció la atenuante analógica del artículo 9.10.ª en relación con dicha eximente incompleta imponiéndole una pena de un año de prisión menor por el delito de robo y dos meses de arresto mayor por el delito de utilización ilegítima de vehículo de motor, cuando el Fiscal había solicitado las de cinco meses de arresto mayor y multa de 30.000 pesetas, respectivamente.

Segundo. El motivo, si bien irregularmente formulado por la infracción de Ley, cuando el cauce adecuado era el de quebrantamiento de forma del artículo 851,4.º; se admitió a trámite en cuanto invoca el principio, acusatorio, de rango constitucional, previsto en el artículo 24.2 de la Constitución Española (R. 1978, 2836 y Ap. 1975-85, 2875), siquiera no fue aducido este precepto por el recurrente.

Tercero. Centrado así el tema, es de advertir que el principio acusatorio, según doctrina del Tribunal

Constitucional y de esta Sala se basa en dos parámetros fundamentales: Que el Tribunal no puede condenar por delito más grave que el que fue objeto de acusación sin hacer uso de la tesis prevista en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, salvo que exista una verdadera homogeneidad entre el delito acusado y el sancionado y no se imponga pena mayor que la instada. Y, en segundo lugar, que la Defensa tenga perfecto conocimiento del hecho que se le imputa y de su calificación jurídica, de modo que el juzgador penal no podrá pronunciarse sobre hechos no aportados al proceso ni objeto de la acusación, ni podrá calificar esos hechos de forma más grave –incluidas agravantes genéricas o específicas– que las definidas por la acusación –S. número 17 del Tribunal Constitucional, 16 de febrero 1988 (R. T Const. 17), S. del Tribunal Supremo 11 de julio 1988 (R. 6540) y otras muchas–.

Cuarto. Aplicados tales criterios al alegato del recurrente se observa que la Audiencia condena por los mismos delitos calificados por el Fiscal y si se impuso pena mayor a la solicitada por éste fue por estimar que no concurría la eximente incompleta de enajenación mental sino la atenuante analógica de tal eximente incompleta, tema éste, y esto es lo decisivo, que fue ampliamente debatido en el juicio oral, en el que fue introducido por el propio Ministerio Público al solicitar un dictamen pericial sobre la capacidad mental del procesado que luego plasmó en sus conclusiones definitivas, de modo que tal extremo en modo alguno fue sustraído al conocimiento de la Defensa, todo se redujo, por tanto, a la apreciación por el Tribunal de una atenuante en grado distinto al postulado por la acusación pública, lo que no le obligaba a plantear la tesis conforme al artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El motivo, por tanto, debe decaer.

LAS TESIS EXCULPATORIAS NO CONSTITUYEN UN CUESTIONARIO QUE DEBA SER EXHAUSTIVAMENTE CONTESTADO EN LA SENTENCIA

STS (Sala 2.ª) 20 de marzo de 1990

Tercero. El *único motivo* del recurso formalizado por el procesado Miguel R. L., plantea, por la vía del n.º 3 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el posible quebrantamiento de forma por no haberse resuelto la cuestión planteada sobre la existencia de riña tumultuaria.

1. La incongruencia omisiva no existe por el solo hecho de que una sentencia no dé respuesta a todos y cada uno de los puntos planteados por las partes porque las tesis exculpatorias, explícitas o implícitas, no constituyen un cuestionario que deba ser ineludiblemente y exhaustivamente contestado por la Sala al redactar la sentencia. Los Tribunales sólo están obligados a consignar en sus resoluciones aquellos hechos que estiman probados y que integran la base fáctica sobre la que se construye posteriormente el tipo de imputación que aplica en el fallo o parte dispositiva.

2. Tampoco es necesario que en los fundamentos jurídicos se dé cumplida y minuciosa respuesta a

todas y cada una de las tesis mantenidas por la defensa porque la elección de una opción o posibilidad normativa puede excluir, sin más razonamientos, cualquier alternativa que resulta implícitamente excluida por resultar antitética con la elegida por la Sala sentenciadora.

La sentencia recurrida al describir en el hecho probado una confrontación o enfrentamiento entre la víctima y los tres procesados nos presenta dos bandos perfectamente identificados y personificados cuya concurrencia descarta de manera implícita y suficiente la existencia de una confusa riña en la que resultó homicidio por lo que queda suficientemente contestada la tesis alternativa planteada por la defensa. Por otro lado la concurrencia de una circunstancia atenuante como la de embriaguez sólo puede venir determinada por la estimación como hecho probado de la ingestión sucesiva y suficiente de bebidas alcohólicas lo que la Sala descarta al consignar como hecho probado que los procesados, pidieron una consumición al entrar en el bar lo que no es suficiente para construir la circunstancia modificativa alegada por la defensa.

LOS FOLIOS, ACTUACIONES SUMARIALES Y EL CONTENIDO DEL ACTA DEL JUICIO ORAL NO TIENEN LA CONDICIÓN DE DOCUMENTOS A EFECTOS CASACIONALES

STS (Sala 2.ª) 20 de marzo de 1990

Segundo. El *motivo segundo* se formula al amparo del n.º 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por haber sufrido el Tribunal sentenciador evidente error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador.

1. La carta de inculpación invocada por otro de los recurrentes no tiene la consideración de documento por lo que no puede ser utilizada a efectos de fundamentar la formalización de un recurso por la vía del error de hecho, ni mucho menos para acreditar o evidenciar el error sufrido por el juzgador.

Nos encontramos ante una transcripción por escrito de las manifestaciones de uno de los procesados en la que da una versión de los hechos distinta de la que se recoge en el relato fáctico de la sentencia recurrida, pero que no tiene más valor que el resto de las declaraciones de los procesados, y manifestaciones de los testigos abundantemente producidas a lo largo de la tramitación sumarial y en la vista oral por lo que la Sala, para llegar a formar su convicción, dispuso de elementos probatorios suficientes que no pueden ser desvirtuados por una simple manifestación en contrario de unos de los procesados, como se puede observar la versión que proporciona la Sala no resulta radicalmente antitética con la que facilitan los testigos presenciales por lo que no puede estimarse, como pretende el recurrente, que no constituyen realidades absolutamente incompatibles.

2. A pesar de la vía casacional invocada el recurrente abandona su propósito inicial y, a lo largo de todo el desarrollo del motivo, se dedica

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

a una nueva y exhaustiva valoración de la prueba, reproduciendo, desde su óptica defensiva, aquellos pasajes de la pericia médica o de las declaraciones de los procesados y testigo que estima favorecen su tesis lo que, lejos de ser convincente, resulta además inútil e improcedente porque revela un propósito claro de suplantar las facultades deductivas de la Sala sentenciadora, que forma su convicción, a través, precisamente, de la ponderación de la prueba testifical y del informe pericial forense sin que exista ninguna base objetiva que permita sostener que la inferencia o deducción inculpatoria carezca de la lógica y racionalidad que debe presidir el proceso valorativo de las pruebas, por lo que debemos desestimar el motivo.

Sexto. El motivo tercero del último de los recurrentes se formula al amparo del n.º 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que ha habido un evidente error en la apreciación de la prueba.

1. En el desarrollo del motivo se introducen alegaciones análogas a las vertidas en el recurso del procesado Jaime G.M. utilizando como documentos folios y actuaciones sumariales y el contenido del acta del juicio oral sin que, como ya se ha dicho, puedan tener la condición de tales a efecto de la casación ni muchos menos virtualidad suficiente para acreditar el error del juzgador. Sin perjuicio de la desestimación del motivo se observa una posible inadecuación de la pena a las condiciones psíquicas y mentales del recurrente que pudieron llevar a la reducción de la pena en dos grados cuestión que no ha sido planteada en este trámite ni podría haber sido revisada en casación.

Omisión de la prueba de presunción: admisible en casación en supuestos excepcionales

STS (Sala 1.ª) 28 de junio de 1990

Tercero. Por el motivo segundo y último, con apoyo procesal en el ordinal quinto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la recurrente denuncia, por un lado, que «la Audiencia ha infringido el artículo 1253 del Código Civil en relación con los artículos 1249 y 1250 del mismo Cuerpo legal, por no haber realizado una correcta formación del juicio deductivo –S. 15/7/86 (R. 4560)–, ni tan siquiera el mínimo raciocinio lógico» y, por otro, afirma que «así como también ha violado el artículo 7.2.º del Código Civil, por manifiesto abuso del derecho, por parte del otro litigante en este pleito». Dada la heterogénea naturaleza normativa de los preceptos que, dentro del mismo motivo, denuncia como infringidos (referentes los tres primeros a la prueba de presunciones y el último al abuso de derecho) que, al no guardar relación alguna entre sí, deberían haber sido objeto de motivos distintos, habrán de ser examinados con la necesaria separación entre ellos, como si de dos submotivos se tratara.

Cuarto. Con la invocación, como infringidos, del primer grupo de preceptos (artículo 1253 del Código Civil en relación con los artículos 1249 y 1250 del mismo Cuerpo legal), la recurrente viene simplemente a acusar a la sentencia

recurrida de no haber utilizado la prueba de presunciones en el sentido siguiente: partiendo del hecho de que la actora, aquí recurrente, tuvo un cuadro depresivo en el año 1966, como consecuencia de haber dado a luz (en 13 de agosto de dicho año) un hijo mongólico y de haber fallecido su padre (el de ella) al poco tiempo del referido alumbramiento, la Sala de apelación, dice la recurrente, debería haber llegado a la conclusión lógica de que, en el año 1967, ella estaba incapacitada, por enfermedad mental, para poder prestar su consentimiento en los ya referidos documentos (el privado de 20 de enero de 1967 y la escritura pública de 3 de abril del mismo año) y, por tanto, haber declarado, por dicha causa, la nulidad radical de los mismos, por lo que, al no haberlo hecho así, entiende la recurrente que ha infringido los ya dichos preceptos. Después de salvar las inoportunas citas que hace del artículo 1249 del Código Civil que, por referirse al hecho base, su supuesta infracción tiene un cauce procesal de denuncia (el del ordinal cuarto) que no es el aquí utilizado, y del artículo 1250 del mismo Cuerpo legal que, por referirse exclusivamente a las presunciones que la ley establece, no guarda relación alguna con el supuesto aquí contemplado, el submotivo (primera parte del motivo), que nos hallamos examinando, ha de fenecer por las siguientes consideraciones: 1.ª Porque, com acertadamente razona la sentencia recurrida, *la capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa* –Sentencias de esta Sala de 10 de febrero de 1986 (R. 520), 10 de abril de 1987 (R. 2549), 26 de septiembre de 1988 (R. 6860), 20 de febrero de 1989 (R. 1214), entre otras–, *por lo que no es posible que la referida presunción legal y jurisprudencial pueda ser destruida mediante otra presunción de las llamadas «de hombre»* («presumptio hominis» o «presumptio facti»), *contempladas en el artículo 1253 del Código Civil,* como aquí pretende la recurrente, *2.º Porque como también tiene declarado esta Sala* –Sentencias de 5 de octubre de 1966 (R. 4262), 18 de enero de 1967 (R. 81), 21 de octubre y 9 de diciembre de 1982 (R. 5569 y 7470), 16 de abril y 2 de julio de 1985 (R. 1766 y 3638), entre otras–, *la posibilidad de impugnar en casación la omisión o no utilización por los juzgadores de la instancia de la prueba de presunciones sólo es permisible en supuestos excepcionales (cuando partiendo de un hecho-base claramente constatado, del mismo haya de obtenerse necesariamente el hecho deducido, como consecuencia rigurosamente obligada e ineludible), supuesto de excepción que no se da en el caso aquí debatido,* pues aun dando por cierto que la actora, aquí recurrente hubiera tenido, en el año 1966, un cuadro depresivo (lo que únicamente se ha tratado de acreditar en los autos mediante dos certificados médicos aportados por la propia interesada con su demanda, expedidos ambos en el año 1982, o sea, dieciséis años después, uno de ellos por el ginecólogo que la asistió en su ya referido alumbramiento, y el otro por un médico que no la había asistido con anterioridad y se limita a formular conjeturas), aun dando por cierto, repetimos, dicho hecho-base, no fluye del mismo, como consecuencia rigurosamente obligada e ineludible, según las reglas del cri-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

terio humano, que en el año 1967 estuviera la misma incapacitada, por enfermedad mental, para poder prestar su consentimiento en los ya dichos documentos, cuando ni siquiera ha probado haber estado sometida a tratamiento psiquiátrico en dicha fecha, ni en ninguna otra, aparte de no haberse practicado en autos prueba pericial psiquiátrica alguna al respecto.

Cómputo del plazo para la presentación de la demanda: a falta de diligencia de presentación, debe tenerse en cuenta la fecha de la demanda

STS (Sala 1.ª) 23 de mayo de 1990

Tercero. La no constancia de diligencia de presentación de la referida demanda que ha dado origen al juicio de que dimana este recurso, que es esencial en el ámbito temporal de conformidad con lo prevenido en el artículo 283 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (R. 1985, 1578, 2635 y Ap. 1975-85, 8375), conduce a la estimación de dicho motivo primero inicial, al haber de atenerse, a efectos de determinación de cómputo final del plazo de treinta días establecido en la regla cuarta del artículo dieciséis de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, a la fecha de la demanda, que como queda dicho es de veinte de enero de mil novecientos ochenta y seis, comprendida dentro de aquel plazo de treinta días, concretamente correspondiente al último de ellos, por ser la única adecuadamente constatable a tal fin, dado que la fecha de veintiuno de febrero de mil novecientos ochenta y seis, afectante al día siguiente del vencimiento del referido plazo de treinta días, es únicamente de apreciar con exactitud en cuanto a la fecha de reparto, que es a la que corresponde, y no a la de presentación de la expresada demanda, que puede y suele ser anterior a la correspondiente a la diligencia de reparto; y el no entenderlo así significaría vulneración del principio de logro de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución Española.

Legitimación activa para pedir la declaración de prodigalidad

STS (Sala 1.ª) 22 de mayo de 1990

Tercero. El artículo 294 del Código Civil legitima para pedir la declaración de prodigalidad al cónyuge, a los descendientes o ascendientes que reciban alimentos del presunto impródigo o se encuentren en situación de reclamárselos.

Los principios en que se inspiró la reforma del art. 294 del Código Civil y la doctrina más autorizada, postulan la tesis de que sólo están legitimadas las personas que se citan en el precepto, que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos; pero esta situación ha de ser actual, en el sentido de que se haya hecho valer la petición en cualquiera de las formas que arbitra el derecho, pero nunca para proteger una expectativa.

En consecuencia procede la desestimación del segundo de los motivos del recurso.

El plazo de impugnación de acuerdos sociales es de caducidad, opera «ex lege» y debe ser apreciado de oficio

STS (Sala 1.ª) 22 de mayo de 1990

Primero. Promovida por don Francisco P.P. ante el Juzgado de Primera Instancia de Sant Boi de Llobregat, demanda de juicio de impugnación de acuerdos sociales contra la entidad «ISOLEKTRA, S.A.» con fecha de 11 de julio de 1988 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona en la que, confirmando la dictada por el referido Juzgado el 11 de diciembre de 1987, se estimaba la demanda y acordaba la nulidad de determinados acuerdos sociales, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de ley, cuyo primer motivo denuncia infracción del artículo 68 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 (R. 811, 945, 1021 y N. Dicc. 28531), en relación con el artículo 5 del Código Civil y 60.1 del Código de Comercio, alegando la caducidad de la acción ejercitada por haberse interpuesto después del plazo de un mes que, a partir del de inscripción de los acuerdos en el Registro Mercantil, señala el artículo 68 de la aludida Ley, motivo este que deberá ser estimado en atención a las siguientes razones: Primera: que efectivamente el artículo 68 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, dispone que la acción de impugnación de acuerdos a que se refiere el artículo 67 deberá ejercitarse, cuando el acuerdo impugnado hubiese sido objeto de inscripción en el Registro, dentro del mes siguiente a la fecha en que la inscripción tenga lugar, plazo este que el párrafo 2 de dicho precepto califica como de caducidad; Segunda: Que tratándose del instituto de la caducidad, una constante doctrina jurisprudencial viene reconociendo su actuación automática, siempre apreciable de oficio, de tal manera que opera «ex lege» para determinar la pérdida de un derecho o acción por su no ejercicio durante el plazo señalado por la Ley, sin que las partes y los Tribunales puedan contener su actividad y consecuencias extintivas, que se producen por el mero transcurso del tiempo, sin más, y sin que sea preciso, al contrario de lo que sucede en la prescripción, su alegación por las partes a través de la correspondiente excepción, alegada en tiempo y forma; Tercera: Que a la hora de proceder al cómputo de los plazos de caducidad, también es doctrina de esta Sala que el mes debe computarse como de treinta días, sin excluir los inhábiles –S. 11 octubre 1963 (R. 4099)–, con mayor razón aun cuando, como sucede en el caso que nos ocupa, no puede entenderse que el aludido plazo deba reputarse procesal, por no haber comenzado aún el tracto del proceso, al no haberse interpuesto la demanda; Cuarta: Que si tenemos en cuenta que, según reconoce la resolución de Primera Instancia, los acuerdos sociales impugnados se inscribieron

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

en el Registro el 19 de diciembre de 1986, obvio es que cuando se presentó la demanda, es decir, el día 30 de enero de 1987 había ya transcurrido con creces el plazo de un mes, a partir de la indicada excepción, por lo que debe estimarse de oficio la caducidad de la acción de impugnación de acuerdos sociales ejercitada en la demanda, estimándose, por tanto, el primero de los motivos del recurso, lo que hace innecesario el análisis de los restantes.

La impugnación de una resolución judicial sobre incapacitación, basada exclusivamente en aspectos procesales «está condenada al fracaso»

STS (Sala 1.ª) 19 de abril de 1990

Primero. Menester resulta para la adecuada comprensión y resolución del presente recurso expresar con carácter previo, que su alcance no puede ser otro que el que permite, dentro de los cauces legales, la impugnación de la sentencia de segundo grado referida al objeto litigioso principal, que versa sobre la declaración de incapacidad de don Enrique G.I., establecida en juicio contradictorio y plenario (juicio declarativo de menor cuantía) por sentencia dictada en primera instancia, que fue confirmada totalmente por la de apelación. Las circunstancias de haber precedido a dicha declaración obtenida en forma plenaria, otra declaración de incapacidad, básicamente en los mismos términos respecto de la misma persona, conseguida en forma sumaria por medio del expediente sumario de incapacitación, bajo el imperio de la ley anterior, esto es, antes de la reforma del Código Civil, producida por Ley 13/1983, de 24 de octubre (R. 2298), no modifica en lo sustancial la naturaleza de la declaración actual, objeto de controversia, aunque antes tal declaración con plenitud de efectos, no tenía carácter necesario, por cuanto que si las partes se aquietaban con la declaración obtenida en vía sumaria, la situación producida podía prolongarse indefinidamente, mientras que, ahora, con una concepción más garantista de los bienes tutelados «nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley» como manda el artículo 199 del Código Civil.

Segundo. Precisamente, la disconformidad con la declaración de incapacidad establecida en el auto que puso término al expediente de incapacitación, fue la que, tras otras actuaciones judiciales de carácter impugnatorio, llevó finalmente al recurrente don Enrique G.I. a ejercitar su pretensión anulatoria de la incapacidad declarada sumariamente por medio de demanda, promotora del juicio declarativo plenario, origen de este recurso. Esta pretensión anulatoria, limitada, sin embargo, al menos explícitamente al aspecto procesal, por cuanto se pedía la nulidad del procedimiento de jurisdicción voluntaria y la del auto que lo concluyó, escamoteaba, inicialmente, la cuestión principal a dilucidar, esto es, si don Enrique G.I. era o no incapaz. Tal elusión fue contrarrestada por la parte demandada que al contestar a la demanda

reconvino, ampliando el objeto del debate al estado de incapacidad y por el Ministerio Fiscal que solicitó sentencia conforme con los hechos que resultaran probados, según lo más conveniente para el propio incapacitado.

Tercero. Debe advertirse que en materia como la debatida, afectante a la capacidad de las personas y, por tanto, de orden público, un planteamiento impugnatorio de una declaración sumaria, basado exclusivamente en argumentos o razones procesales, cuya hipotética acogida, deje imprejuzgada la cuestión de fondo, esto es, la capacidad o la incapacidad del sujeto, está condenado al fracaso, en atención a un recto entendimiento del derecho a la tutela judicial reclamado por el artículo 24 de la Constitución (R. 1978, 2836 y Ap. 1975-85, 2875) *que conduce a procurar la justicia material del caso concreto, especialmente, cuando el objeto del proceso se encuentra sustraído a la disponibilidad de las partes.* La contraposición *«sumario», «plenario»*, como técnica procesal de antigua tradición, permite combinar una decisión rápida o urgente obtenida con garantías de defensa más limitadas, con la posible revisión de esta decisión en un proceso de mayor complejidad y amplitud defensiva y de objeto extendido a todos los puntos del litigio. En puridad, lo que no puede acontecer es que el proceso plenario se utilice para debatir si las garantías procesales fueron o no observadas para obtener la declaración sumaria, sin resolver conforme a la plenitud de garantías que el nuevo proceso ofrece la cuestión de fondo que motivó la declaración sumaria.

Cuarto. De los diecinueve motivos impugnatorios, los seis primeros que denuncia infracciones procesales y tres más (decimocuarto, decimoquinto, decimosexto) que se refieren a infracciones de ley, o sea un total de nueve motivos, se plantean en función de vicios o de errores que se dicen cometidos en el procedimiento sumario, lo que debe conducir al rechazo de los mismos por no ceñirse directamente al objeto casacional resultante de un asunto contencioso cuyo tema decisorio es el replanteamiento del juicio sobre la incapacitación, mediante las declaraciones oportunas y adopción de las medidas pertinentes previa la observancia de las garantías procesales necesarias para la validez de mismo.

No obstante, un comentario pormenorizado acerca de cada uno de estos motivos permite formar cabal juicio sobre la anunciada improcedencia de los mismos:

a) El motivo primero que denuncia la falta de competencia territorial del Juez de Bergara, para conocer del procedimiento sumario de incapacidad, no puede prosperar y debe, en consecuencia, ser desestimado, pues excede del ámbito propio del recurso de casación, considerar la carencia del referido requisito procesal en un proceso distinto de aquel que legitima el presente recurso. Abunda en esta línea argumentativa la circunstancia de haber sido el recurrente, demandante en el juicio de menor cuantía, origen, directo de estas actuaciones y, por tanto, artífice, como actor, de la sumisión al juzgado que se dirigió, dato a tener en cuenta como indicativo del verdadero domicilio del incapaz. Pero, además, según establece la sentencia de apelación, conforme a las resultancias probatorias que acepta y fija, aun considerada la ausencia temporal del actual domicilio, al tiempo de

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

promoverse la solicitud primera de incapacitación, debe concluirse que el domicilio real del incapacitado siempre estuvo ubicado dentro del partido judicial de Bergara, lo que no admite, ningún género de dudas, sobre todo, durante el tiempo de sustanciación del proceso declarativo plenario.

b) La inadecuación del procedimiento sumario de incapacitación, argüida como segundo motivo, incurre en análogo error de razonamiento al examinado en el caso anterior, ya que este recurso de casación cobija las causas de impugnación admisibles, según la extensión que determina la sentencia dictada en segunda instancia, por lo que resulta manifiestamente improcedente traer a debate si era o no adecuado el procedimiento sumario de incapacidad del artículo 218 del Código Civil, en su redacción anterior en vez del juicio contradictorio plenario por prodigalidad, máxime cuando estas cuestiones han quedado debatidas y decididas con alcance y plenitud suficientes en el juicio de menor cuantía, base de estas actuaciones, pues como razona la sentencia dictada en el recurso de apelación «las restricciones de administración y disposición sobre bienes propios pueden venir dadas, bien respecto a un sujeto apto mentalmente pero cuyos actos de dispendio en perjuicio de sus herederos deben ser controlados (prodigalidad), bien en cuanto esta falta de facultades provenga, a su vez de una cierta e importante falta, o carencia de capacidad mental del individuo (incapacidad psíquica). Y, desde luego, debe quedar claro que la adecuación de un determinado procedimiento no depende de la voluntad de las partes, sino de la objetiva naturaleza del objeto enjuiciado.

c) Igual destino desestimatorio debe sufrir la pretendida e invocada falta de audiencia del incapacitado, esgrimida como motivo tercero pues aparte la insuficiente regulación legal del expediente sumario y de la confusión que originaba la normativa del Código Civil en confrontación con el artículo 1848 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ubicado en el libro sobre jurisdicción voluntaria, lo cierto es que en el procedimiento sumario intervino el Ministerio Fiscal, como señala la resolución recurrida, el que conforme al artículo 215 del Código Civil, en su redacción anterior, asumía la función institucional de defensor, y que el incapaz tuvo conocimiento del mismo al ser examinado, aunque lo fuera por juez comisionado al efecto, asistido por el médico forense. Lo definitivo, ítem más, fue que la audiencia del incapaz se produjo sin restricciones en el proceso declarativo correspondiente, que por encima de la sumariedad del proceso primero, estableció plenamente y declaró la incapacidad, de modo que, en ningún caso, cabe hablar de indefensión puesto que el propio recurrente promotor de las actuaciones tuvo oportunidad y pudo proponer y practicar pruebas y realizar cuantos actos procesales convenían a su derecho de defensa jurídica.

d) De nuevo el recurrente vuelve al procedimiento sumario para fundar el motivo cuarto donde denuncia el vicio procesal consistente en no haber examinado, por sí mismo, el Juez de primera instancia, del domicilio, al entonces incapacitado y hacerlo por vía de auxilio jurisdiccional, el Juez de Azpeitia en atención a su residencia accidental, con

olvido de que tal posible infracción procesal fue, en todo caso, convalidada en el proceso plenario al ser examinado directamente don Enrique G.I. por el Juez del domicilio ante el que se tramitó aquélla.

e) La invocada falta de audiencia del consejo de familia que sirve para articular el motivo quinto, durante la sustanciación del proceso sumario, no puede en esta sede tener tampoco eficacia casacional, pues, aunque, en efecto, como reconoce la sentencia recurrida se incurrió en el defecto de procedimiento citado, el alcance de tal falta, según razona la misma, no puede producir la nulidad, pues el consejo de familia, finalmente, se nombró sin que se produjera reclamación alguna de sus miembros, ni aislada, ni colegiadamente. Debe, además, tenerse en cuenta que las dificultades para constituir, con carácter previo a la declaración de incapacidad, el consejo de familia, junto con otras derivadas del propio sistema, llevaron entre otras razones al legislador a promover la reforma del Código Civil, de 1983, que derogó el foráneo régimen de tutor, protutor y consejo de familia, inspirado en el Código Civil napoleónico y reimplantó el actual sistema de tutela judicialista de vieja raigambre hispánica. Estas dificultades las contemplaba expresamente el Código Civil, en su redacción anterior, pues el artículo 296 facultaba, como regla general, a los tribunales para subsanar las nulidades resultantes de la inobservancia de los artículos referentes a la formación del consejo de familia.

f) El motivo sexto, último de los formulados, como constitutivo de infracción formal, en relación con el procedimiento sumario, se refiere a la presunta invalidez de una prueba pericial psiquiátrica, emitida en éste, sin el cumplimiento de las formalidades relativas a aceptación del cargo, prestación de juramento y ratificación del informe, que, desde luego, ningún relieve puede tener, no sólo por afectar a un proceso que no puede ser objeto de impugnación casacional, sino, particularmente porque dicha prueba no estaba exigida como forma esencial de la declaración sumaria de incapacidad en el Derecho anterior y la práctica aconsejable de hacer el reconocimiento del incapaz acompañado de un perito médico o de aportar informes periciales de la misma naturaleza, no obligaba a más formalidades que a las de la emisión y constancia del dictamen, dado el carácter predominantemente inquisitivo del proceso y naturaleza sumaria del mismo. Por ello debe rechazarse.

g) En lo que concierne a los motivos de fondo, relativos al procedimiento sumario, el primero, que es el decimocuarto de los del escrito de formalización del recurso, se articula para denunciar una pretendida excepción procesal, la configurada al amparo del número tercero del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una infracción no de norma material, sino de norma procesal, por lo que debió fundarse en el número tercero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero esto sentado, la falta de legitimación activa de la actora, hermana del recurrente para promover el procedimiento sumario cualquiera que sea la interpretación del artículo 214, texto antiguo del Código Civil, amplia, como hace la sentencia recurrida, del concepto «parientes que tengan derecho a sucederle abintestato», o estricta, como mantiene el recurrente,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

conforme al orden de suceder según la diversidad de líneas, ninguna significación puede tener en este recurso pues el control de casación afectaría, en su caso, a la legitimación de la reconviniente en el juicio declarativo actual, la que no se pone en duda habida cuenta del fallecimiento de la madre y de la nueva redacción del artículo equivalente o sea, del artículo 202 del Código Civil.

h) Otro segundo motivo de fondo, decimoquinto de la serie impugnativa, atinente, persistentemente, al procedimiento sumario, intenta traer, por la vía del ordinal quinto del artículo 1692, el problema ya resuelto al considerar la improcedencia de la esgrimida inadecuación de procedimiento, pues al socaire de lo que decían los artículos 222 y 807 del Código Civil, se construye una inapropiada teoría, sin apoyo casacional alguno, según la cual lo que debió ejercitarse en su día, fue una acción de prodigalidad y no de incapacidad, afirmaciones no razonadas ni explicables que conducen a que el motivo debe perecer.

i) El motivo decimosexto de la exposición del recurrente que cierra el capítulo de las infracciones, éste, también de fondo, referentes al procedimiento sumario de incapacitación, patrocina una aplicación indebida del artículo 200 del Código Civil en su redacción anterior que no puede prosperar pues concluye con la afirmación, desmentida por la doctrina y por reiterada jurisprudencia de limitar a los locos o dementes la virtualidad del número segundo del citado precepto, lo que excluiría por tanto, según tan errónea opinión, de la tutela a los oligofrénicos y débiles mentales.

Quinto. Procede examinar, seguidamente, lo que son verdaderos y propios motivos de casación que afectan al asunto del que este recurso trae causa directa. El orden empleado por el recurrente, en algunos casos, falta de lógica jurídica, se alterará en la consideración de aquéllos, en tanto en cuanto sea necesario. Tal ocurre con el motivo decimotercero que plantea equivocadamente al amparo del ordinal quinto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la pretendida infracción de normas procesales, concretamente, la excepción de litispendencia, reconocida por el artículo 533, quinto, de preferente análisis como esta Sala tiene declarado en Sentencia de 5 de diciembre de 1981 (R. 5048), cuando, en verdad, debió plantearse al cobijo del número tercero del mismo precepto. No consta que el recurrente alegara la expresada excepción en el momento procesal oportuno, ni que, como ordena el artículo 1693 se haya pedido la subsanación de la afirmada transgresión. pero, sobre todo, la lectura del motivo, no defendido explícitamente en el acto de la vista por el abogado de la parte recurrente, desafía por su contenido las reglas de la comprensión ya que parte de la peregrina idea de que no se podía hacer una nueva declaración de incapacidad estando «sub iudice» la validez del proceso sumario, argumento que, independientemente de su inconsistencia por contradecir la realidad jurídica, poco expresa sobre el concepto operativo de la litispendencia, claramente establecido por la Sentencia de esta Sala de 22 de junio de 1987 (R. 4545), entre otras muchas. En consecuencia el motivo debe ser rechazado.

Sexto. El motivo séptimo (segundo de los referidos al proceso principal) se basa en el quebrantamiento de forma producido, según se afirma, al no haber sido oídos, en el juicio de menor cuantía, los parientes más próximos, tal como ordena el artículo 208 del Código Civil vigente, pero lo que consta en autos, precisamente, es que han sido oídos la hermana y los sobrinos del incapaz, sin que aparezcan citados otros pariente más próximos, ni, tampoco acreditado, haber cumplido el recurrente con lo dispuesto en el artículo 1693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que, en definitiva, la alegación casacional debe decaer.

Séptimo. Denuncia el motivo octavo (tercero de los que afectan al juicio declarativo) la vulneración por quebrantamiento de forma del artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no haberse convocado a las partes a la comparecencia que, con carácter preceptivo, establece el mismo para los juicios de menor cuantía desde la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil producida por Ley 34/1984, de 6 de agosto (R. 2040 y Ap. 1975-85, 4257). En efecto, la expresada comparecencia no se convocó, de manera que tal omisión fue advertida y objeto de impugnación mediante recurso de reposición por parte demandada y recurrida, no así por la parte actora y hoy recurrente, a la que se dio traslado del escrito del recurso sin que hiciera declaración alguna al respecto. El Ministerio Fiscal entendió, al dictaminar sobre la cuestión planteada en la instancia, que la mencionada comparecencia no era necesaria en los procesos de esta naturaleza pese a tramitarse como juicios de menor cuantía, puesto que la finalidad primordial de ésta era conseguir un acuerdo o transacción entre las partes que evitara la prosecución del litigio, objetivo reñido con el mandato de las normas vigentes que prohíben el allanamiento y la transacción en estas materias. Pero, sin entrar a valorar la validez de estos argumentos, que son discutibles, si se tiene en cuenta que otra finalidad básica de la comparecencia es la de sanear el proceso, no cabe duda que las posibilidades alegatorias del recurrente permanecieron íntegras durante todo el proceso, de modo que todas las posibles excepciones y defensas pudieron ser argüidas y ventiladas en el mismo. Consecuentemente, la falta de convocatoria a la comparecencia, nunca denunciada hasta la formalización del recurso, no produce indefensión, pues no sólo tuvo el recurrente efectivo y tempestivo conocimiento de aquella falta de citación, sino que actuó sin restricciones defensivas de ninguna clase y, por tanto el motivo no puede prosperar.

Octavo. El motivo noveno de la relación impugnatoria (cuarto del orden que se sigue), formulado al amparo del ordinal tercero del artículo 1692, pretende la existencia de quebrantamiento de forma por haberse practicado el reconocimiento judicial del incapaz por medio de «diligencia para mejor proveer», en vez de como prueba, dentro del período ordinario. Fácilmente, se observa por el propio planteamiento del motivo, su escasa fundamentación, pues el dato cierto es que el reconocimiento se practicó según exige el artículo 208 del Código vigente, sin que el óbice formal tenga relevancia casacional, mucho menos en este asunto, donde el Juez puede decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes, según la dicción literal del propio artículo del Código invocado. En definitiva, el motivo debe perecer.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Noveno. El motivo duodécimo (o quinto en el orden ya indicado) impugna erróneamente la sentencia recurrida al amparo del número quinto del artículo 1692, cuando, en realidad, se denuncia una supuesta infracción procesal que halla su lugar en el número tercero, por entender que se han estimado como pruebas periciales, informes o testimonios de este carácter, practicados sin las formalidades debidas, argumento que es de todo punto rechazable, ya que en la sentencia recurrida hace una exhaustiva valoración de los distintos medios probatorios, de contenido pericial que obran en los autos, con determinación de los convenientes matices, que llevan, por último a la convicción del juzgador de instancia, sobre la deficiencia psíquica que padece don Enrique G.I.

Décimo. El motivo décimo del relato (sexto en la ordenación adecuada), tacha de incongruente la sentencia, con fundamento en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con extensas e inapropiadas consideraciones sobre lo que debía estimar o desestimar la sentencia de instancia. Se olvida, por tanto, cuál es el contenido y exigencia del precepto señalado, básicamente detectable en su cumplimiento por el órgano jurisdiccional, al comparar el «petitum» de la demanda –también de la reconvención– con los pronunciamientos de la sentencia, plenamente acordes en el caso presente, pues como tiene reiteradamente declarado esta Sala, así en Sentencia de 28 de noviembre de 1989 (R. 7914). «*la congruencia no tiene otra exigencia que la derivada de la conformidad que ha de existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso delimitado por estas pretensiones y las de la oposición y que, por consiguiente, existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo o parte dispositiva de la sentencia y pretensión procesal, no está sustancialmente alterada, de manera que cualquier desajuste, incoherencia o desviación entre lo meramente razonado y lo resuelto no permite fundar la invocación de incongruencia*». De modo que procede desestimar el motivo. De análoga factura es el repetitivo motivo decimoctavo (séptimo) que se examina, acumuladamente, porque denuncia, también, la vulneración del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque matizada por la referencia a una supuesta infracción adicional del art. 363, que tampoco puede prosperar, entre otras razones, por la principal de haber resuelto el Juez con congruencia formal el escrito de aclaración, sin entrar a valorar la corrección de los comentarios explicitados en la resolución.

Undécimo. El error de hecho en la apreciación de la prueba, denunciado, de manera genérica al amparo del ordinal cuarto del art. 1692, bajo el número duodécimo del escrito impugnatorio (octavo), debe decaer, pues en el razonamiento del recurrente, sólo se traen a examen declaraciones probatorias de la sentencia de instancia o informes periciales, con lo que falta la cita y expresión de los documentos obrantes en autos que demuestren la equivocación del juzgador, concepto nítidamente establecido por la doctrina de esta Sala, entre otras. por Sentencia de 28 de noviembre de 1989 (R. 7912).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

LOS ACTOS PROPIOS SÓLO VINCULAN A QUIENES FORMULAN LAS BASES FÁCTICAS PARA APRECIARLOS

STS (Sala 1.ª) 17 de mayo de 1990

Primero. Procede desestimar el único motivo en que se apoya por la entidad recurrente «Altos Hornos de Vizcaya, S.A.» el recurso de casación de que se trata, formulado, al amparo del número 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendida infracción del artículo 3.º del Código Civil, en relación con los artículos 1 y 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (R. 1957, 1058, 1178 y N. Dicc. 25852) y 9-3 de la Constitución Española (R. 1978, 2836 y Ap. 1975-85, 2875), por inadecuada, en criterio de dicha entidad recurrente, la interpretación efectuada por la Sala sentenciadora de instancia de las disposiciones administrativas sobre medidas respecto a los daños producidos por las inundaciones en el País Vasco, Cantabria, Asturias, Burgos y Navarra, concretadas en el Real Decreto-Ley 5/1983, de 1 de septiembre (R. 1859 y 2057), Orden del Ministerio del Interior de 5 de los mismos mes y año (R. 1983, 1875) y Resolución de la Dirección General de Seguros del mismo día, dado que si ciertamente en dichos Real Decreto de 1 de septiembre de 1983 y Orden del Ministerio del Interior de 5 del mismo mes y año se declaró zona catastrófica el territorio de Navarra, con afectación al término municipal de Lesaca, en donde se han producido los daños objeto de la reclamación sometida a controversia, es lo cierto que esa reclamación se contrae exclusivamente a los fines que el referido Real Decreto-Ley tiene en cuenta, es decir, a los de exenciones fiscales, moratorias en los pagos de la Seguridad Social, establecimiento de líneas especiales de crédito oficial y otras análogas, que el citado Real Decreto-Ley detalla, y entre los que no figuran las indemnizaciones por siniestralidad declarada a cargo del Consorcio de Compensación de Seguros, que específicamente se rigen por la normativa reguladora del mismo, y concretamente por el Reglamento del Consorcio de 28 de noviembre de 1963 (R. 2211, 2371 y N. Dicc. 27677 nota), cuyo artículo 9, en su párrafo f), previene que la siniestrabilidad extraordinaria a fines de indemnización por el mencionado Consorcio de Compensación de Seguros, sea determinada por la Dirección General de Seguros con relación a la zona en que radiquen los bienes dañados, lo que no ha sucedido en el presente caso, desde el momento en que dicha Dirección General de Seguros, si bien reconoció el carácter de extraordinario de lluvias producidas en Navarra durante los días 26 y 27 de agosto de 1983, que dieron origen a inundaciones generantes de daños, no lo hizo extensivo a la Zona de Lesaca, en donde radican los bienes a que se contrae la actual reclamación formulada por la entidad «Altos Hornos de Vizcaya, S.A.», por lo que no es de acoger la pretensión indemnizatoria instada por esta entidad con base en inundaciones originadas por dichas lluvias; y sin que ello obste la apreciación que en el sentido de declaración catastrófica acordó el aludido Real Decreto-Ley de 1 de septiembre de 1983 con proyección al Municipio de Lesaca por la Orden del Ministerio del Interior

de 5 de septiembre de 1983, pues, como viene expresado, tienen efectos diferentes y plenamente independientes en cuanto a los fines a que respectivamente tienden y vienen encaminados, lo que conduce a que ninguna infracción se haya producido en la resolución impugnada en orden a los artículos 3.º del Código Civil, en relación con los 1 y 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 9-3 de la Constitución Española, puesto que, en contra de lo apreciado por la tan aludida entidad recurrente, la Sala sentenciadora de instancia ha interpretado adecuadamente las relacionadas disposiciones administrativas, al hacer aplicación de ellas a los fines, alcance y efectos que las mismas respectivamente persiguen; y puesto que no es de aplicación al presente caso la doctrina de los actos propios, por la circunstancia de que el Estado, a medio de los indicados Real Decreto-Ley de 1 de septiembre de 1983 y Orden del Ministerio del Interior de 5 del mismo mes y año, como tampoco el principio de jerarquía de normativa jurídica, lo primero debido a que el acto propio sólo es vinculante con relación a quien formule las bases fácticas para apreciarlo, y no con relación a aquellos que no lo han manifestado, lo que tanto quiere decir que lo apreciado en dichos Real Decreto y orden Ministerial sólo afecta a lo que el Estado acuerda a medio de tales ordenamientos jurídicos, pero no al Consorcio para la Compensación de Seguros, que se rige por el Reglamento de 28 de noviembre de 1963, al tener una personalidad jurídica definitiva independiente, y lo segundo a causa de que el referido principio de normativa jurídica no tiene aplicación al presente caso, puesto que los indicados Decreto-Ley y Orden Ministerial y Reglamento tienen una motivación diferente, al referirse tales Decreto-Ley y Orden a determinadas consecuencias –exenciones fiscales, moratorias en los pagos de la Seguridad Social, establecimiento de líneas especiales de crédito oficial y otras análogas y el mencionado Reglamento e indemnización por siniestro, aspectos ciertamente de diferente entidad y finalidad.

NECESIDAD DE RELACIÓN JURÍDICA O DE HECHO ENTRE EL INFRACTOR Y EL RESPONSABLE SUBSIDIARIO PARA GENERAR RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA

STS (Sala 1.ª) 16 de marzo de 1990

Primero. El primer motivo, amparado procesalmente en el n.º 5 del art. 22 del Código Penal y doctrina jurisprudencial al respecto, olvidando que en el caso de autos aparece acreditado, tal como puntualiza la sentencia recurrida, que *el sargento don José del R.F., causante del desgraciado accidente que produjo graves heridas de bala al soldado don Adolfo P.S. no estaba en realidad en dicho momento libre de servicio sino en el ejercicio de su cometido dentro del acuartelamiento y usando arma y uniforme reglamentarios. La responsabilidad subsidiaria que sanciona y recoge el alegado art. 22 del Código Penal, sin llegar a estimarse como enteramente objetiva, ha sido interpretada de forma*

progresiva por la doctrina y la jurisprudencia más recientes superando de modo decidido la arcaica concepción atemperada al momento histórico del Código Penal de 1870 y aceptando en cambio una responsabilidad más amplia de reparación patrimonial con la vinculación económica del segundo grado representada por esa responsabilidad civil subsidiaria ampliada para que pueda hacerse efectiva la adecuada reparación patrimonial a la víctima. Doctrina que acertadamente recoge la sentencia del Tribunal «a quo» al afirmar: «Y reposando la responsabilidad subsidiaria recogida en el artículo 22 del Código Penal, sobre presupuestos meramente objetivos, configurándose como una responsabilidad «in re ipsa» fundada sobre todo en el principio de que quien se benefició de la actividad de otro que puede generar perjuicio para tercero está obligado a asumir la carga económica de las acciones perpetradas por el responsable principal, en tanto en cuanto no pueden ser resarcidas con el peculio de éste –Sentencias de 13 de abril de 1981 (R. 1637) y 29 de noviembre de 1982 (R. 7217)–; *habiendo sido objeto el referido artículo de una interpretación progresiva, aperturista, extensiva, amplia y ponderada* –como la califica el Tribunal Supremo reiteradamente– actualmente apoyada en el artículo 3.1 del Código Civil –Sentencias de 18 de marzo de 1984, 18 de junio de 1985 (R. 3022)–; *para que se genere la responsabilidad civil subsidiaria, es preciso entre otros requisitos, que el infractor y el presunto responsable subsidiario, se hallen ligados por una relación jurídica o de hecho, o por un vínculo en virtud del cual el responsable penal principal, se halle bajo la dependencia del otro y además, que el delito que genera una y otra responsabilidad, se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas o bien con el consentimiento, conocimiento, o al menos sin la oposición del patrono* –como más recientes Sentencias de 29 de junio y 10 de julio de 1987 (R. 5018 y 5312), es decir, *que aun cuando haya extralimitaciones, variaciones o actuaciones irregulares, indebidas o torpes, en la ejecución del servicio, no exoneran de la responsabilidad civil subsidiaria* –Sentencias de 13 de abril de 1981 (R. 1637), 11 de diciembre de 1984 (R. 6263), *por ser de la más elemental justicia que no sean las víctimas del delito quienes en caso de insolvencia del culpable, pechen con las consecuencias económicas; quedando únicamente excluidas de la responsabilidad subsidiaria aquellas actividades que se ejecutan contra la prohibición expresa del presunto responsable civil subsidiario y la desobediencia cierta, abierta y acreditada, del empleado o dependiente, a las órdenes recibidas del principal* –Sentencias 8 y 29 de noviembre de 1982 (R. 7087 y 7217), 28 de junio de 1983 (R. 3601), 18 de octubre de 1984 (R. 4858), 31 de octubre de 1985 (R. 5079), 16 diciembre de 1986 (R. 7932), etc.–». *Desde tal correcto planteamiento, obvio es que en el caso de autos concurren los requisitos necesarios para estimar la procedencia de la responsabilidad subsidiaria de la Administración y, con ello, el rechazo de este primer motivo del recurso que se aparta de los hechos declarados probados* en la sentencia y acaecidos en el acuartelamiento de destino del agente causante del daño, pretendiendo la parte recurrente una interpretación restrictiva del art. 22 del C. Penal,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

hoy día superada por la más reciente doctrina y Jurisprudencia.

INEXISTENCIA DE INCONGRUENCIA POR EXTRAPETITUM SI LO SOLICITADO SON «INTERESES LEGALES DESDE Y POR LA CANTIDAD QUE SE SEÑALE EN SENTENCIA

STS (Sala 1.ª) 16 de mayo de 1990

Segundo. El segundo motivo, formulado como alternativo del primero y referido al pago de los intereses legales de la cantidad indemnizatoria «desde la fecha de la interpelación judicial», denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, al haber incurrido la sentencia recurrida en incongruencia por exceso (art. 359 LEC formulado con base en el n.º 3 del art. 1692 de la propia Ley procesal). El rechazo del motivo resulta de la correcta y adecuada interpretación del Fallo de la sentencia como plenamente congruente con el pedimento contenido en el suplico de la demanda, pues al solicitarse en dicho suplico la indemnización de cuatro millones de pesetas por daños y perjuicios «más los intereses legales desde y por la cantidad que se señale en sentencia», *la parte actora está en realidad dejando a la discrecionalidad del juzgador la fijación no sólo de la cuantía de los intereses sino también la fecha a partir de la cual deben comenzar a computarse aquéllos, pues ese es, en opinión de la Sala, el sentido que debe dársele a lo impetrado por la parte, vinculando también el término «desde» a lo que se fije o señale en la sentencia, razón por la cual la sentencia recurrida no incurre en la incongruencia denunciada al resolver y decidir el pago de los intereses legales «desde la fecha de la interpelación judicial».*

INCONGRUENCIA: NO ES NECESARIO RESOLVER DE MANERA EXPRESA CADA UNA DE LAS EXCEPCIONES DEL DEMANDADO, CUANDO LA ESTIMACIÓN DE LAS PRETENSIONES DEL ACTOR LAS EXCLUYE TÁCITAMENTE

STS (Sala 1.ª) 11 de mayo de 1990

Cuarto. Finalmente, el motivo cuarto, al amparo del ordinal 3.º del artículo 1692, repetidamente citado, de la Ley de Enjuiciamiento Civil sostiene la infracción de las normas reguladoras de la sentencia y, concretamente, del artículo 687 de la misma Ley adjetiva, que, según el recurrente, exige que el Juez resuelva sobre todas las excepciones propuestas por el demandado, por lo que, al no haberlo hecho así la resolución recurrida, entiende la recurrente que incurrió en incongruencia, motivo este que, como los anteriores, debe decaer, si tenemos en cuenta que una reiterada doctrina de esta Sala viene sosteniendo que en el fallo deben resolverse, como se hace en el de la resolución que hoy se recurre, *todas las pretensiones deducidas oportunamente por las partes en el pleito, sin que ello quiera decir que el órgano jurisdiccional haya de resolver en el fallo y de manera expresa cada una de las excepciones esgrimidas por el demandado, cuando la estimación de las pretensiones del actor les excluye de manera tácita; razón por la que debe también rechazarse este cuarto motivo.*

LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE CANTIDAD NO SE HALLA SUJETA A LA PRESCRIPCIÓN DEL ART. 1955 CC, SINO A LA DEL ART. 1964 CC

STS (Sala 1.ª) 11 de mayo de 1990

Primero. Promovida por don Ginés G.S. y la compañía mercantil «Hormigones Cartagena, S.A.» ante el Juzgado de primera Instancia de Lorca, demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra la compañía mercantil «Cementos Alba, S.A.», sobre reclamación de cantidad, con fecha 4 de julio de 1988 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete en la que, revocando la dictada por el referido Juzgado el 1 de septiembre de 1986, se estimaba la demanda, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de ley y en la que se sientan, entre otros, los siguientes hechos: Que consta la certeza de la percepción indebida por la demandada de unas determinadas cantidades en las compraventas de cemento básico PA 350 en polvo a granel, provenientes de la excesividad del precio exigido y recibido por la adquisición del mismo, con claro incumplimiento de la normativa legal que fijó su precio oficialmente autorizado. Hechos estos que, por la inadmisión del motivo primero del recurso, encaminado a combatir el fundamento fáctico, deben ser tenidos como inmutables.

Segundo. El motivo segundo del recurso –primero de los analizados, ante la inadmisión del anterior– se formula al amparo del ordinal 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y denuncia infracción del artículo 6.3 del Código Civil, alegando que, dado que la nulidad parcial de la obligación se apoya, en la sentencia recurrida, en el hecho de ser contraria a la norma legal que fijó el precio oficialmente autorizado para el cemento, la percepción de cantidades superiores al mismo, debe entenderse infringido el aludido artículo, claro está, sin embargo, que la inadmisión del motivo primero, al dejar incólume las conclusiones de la resolución de la Audiencia, en las que se mantiene que la demandada percibió cantidades superiores a las autorizadas por la normativa legal, que fijó el precio autorizado del cemento vendido por la recurrente a la actora, comporta la desestimación de este segundo motivo, que pretendía basarse en hechos diametralmente opuestos a los que la resolución recurrida sienta y el recurrente no ha acertado a combatir. Sin que quepa, por otra parte, admitir que el respeto a la fuerza vinculante de los contratos suscritos, pueda dejar sin efecto una norma de derecho necesario como es la que fija con carácter obligatorio para todos, el precio máximo y oficialmente autorizado de una determinada mercancía, *norma esta de ineludible acatamiento por los que comercian con la misma.*

Tercero. El motivo tercero, también al amparo del n.º 5 del artículo 1692 de la Ley de Enjuicia-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

miento Civil, acusa la infracción del artículo 1955 de dicho Cuerpo Legal, pretendiendo la prescripción adquisitiva de la parte del precio reclamadas en la demanda, *sin tener en cuenta que lo que el precepto citado somete a la prescripción adquisitiva por el transcurso de tres o seis años, según que haya o no buena fe, es el dominio de las cosas muebles, pero no la reclamación de una cantidad pagada por exceso en el precio autorizado, pago este que origina un crédito al que ampara una acción personal que al no tener un plazo especial de prescripción, debe entenderse cobijada en un término general de 15 años que señala el artículo 1964 del mismo Código Civil.*

INEXISTENCIA DE INCONGRUENCIA CON BASE EN LOS PRINCIPIOS «DA MIHI FACTUM ET EGO DABO TIBI IUS» Y «IURA NOVIT CURIA»

STS (Sala 1.ª) 11 de abril de 1990

Tercero. Y si cupiera graduación en este extremo, habría de afirmarse que menor razón aún asiste al motivo tercero, en el que nuevamente se utiliza el improcedente cauce del n.º 5 del art. 1692 de la LEC, en lugar del n.º 3, para acusar infracción del art. 693, regla 2.ª, del propio texto legal, al entender el recurrente que la manifestación de que se ejercitaba la acción del art. 133 al amparo del 129 altera sustancialmente la demanda. El decaimiento se produce porque: los dos preceptos sustantivos se citan en la demanda; lo que se trata en realidad es de acusar incongruencia, para lo que habría de citarse el art. 359 de la LEC, siguiendo igualmente el cauce del n.º 3.º del art. 1692, en lugar del n.º 5.º; la sentencia respeta el principio de la sustanciación, cuyo fundamento es hallar la sustancia del hecho controvertido, aplicando el Tribunal después el derecho que entiende corresponderle («da mihi factum, dabo tibi ius», «iura novit curia») sin necesidad de estricta sujeción al que las partes invoquen –S. de 9 de octubre de 1987 (R. 6930)–, aunque en el caso de autos tal invocación de los preceptos aplicados existe; lo único que se produjo en la comparecencia fue una aclaración (la regla 2.ª del art. 693 permite incluso la rectificación cuando se precisa para delimitar los términos del debate) y, en consecuencia, no se alteró de modo sustancial lo sustentado en la demanda, siendo así que la falta de congruencia se pondera no sólo por la relación entre los considerandos y el fallo, sino entre lo pedido en la demanda y discutido en la litis y los pronunciamientos del fallo, concordancia que no cabe discutir al suponer aquélla una estimación total de lo pedido –SS., entre otras muchas, de 7 de enero, 25 de mayo y 3 de noviembre de 1982 (R. 183, 6521) y 28 de febrero de 1983 (R. 1082)–. Por último, y como aplicable a los tres motivos examinados, ha de destacarse que el recurrente, en contra de la prohibición señalada por el Tribunal Constitucional, pretende acogerse a formalismos enervantes, pero sin respetar él formalidades mínimas exigidas para el extraordinario recurso de casación, teniendo dicho esta Sala –S. de 21 de abril de 1988 (R. 3268)– que si a la madre no casada se le negase el derecho a que

se reconozca la paternidad de un hijo por excesivos formalismos, se quebrantaría el art. 24.1 de la Constitución Española (R. 1978, 2836 y Ap. 1975-85, 2875), y que los arts. 129 y 133 del C. Civ. requieren una interpretación no restrictiva, en tanto el interés sobre el estado civil es público, no una cuestión estrictamente personal de los particulares a quienes afecta.

TERCERÍA DE DOMINIO: INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO EN CASO DE CESIÓN DE CRÉDITO EN UN SUPUESTO DE VENTA A PLAZOS CON RESERVA DE DOMINIO

STS (Sala 1.ª) 10 de mayo de 1990

Primero. No es admisible el primero de los motivos en que el Abogado del Estado fundamenta el recurso de casación de que se trata, al amparo del número 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto la sentencia recurrida no aprecia situación de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido demandada la «Caja Popular de Mondragón», a quien la entidad interviniente como vendedora en los contratos de venta a plazos de bienes inmuebles en cuestión «Talleres Zubiola S. Coop. R.L.», por haberle reintegrado de la parte aplazada del precio, subrogó en el crédito y derechos accesorios dimanantes de los referidos contratos, cediéndole las letras emitidas, respondiendo la mencionada entidad vendedora cedente al aludido cesionario financiador de la existencia y legitimidad del crédito y afianzándole solidariamente el cumplimiento de las obligaciones de pago asumidas por el comprador, puesto que esa cesión en nada afecta al dominio reclamado en el juicio de tercería en cuestión por la precitada entidad cedente, demandante en tal juicio, ni por tanto vincula en tal dominio a la meritada entidad cesionaria «Caja Popular de Mondragón», cuyas deudas no afectan a tal dominio, sino simplemente a las deudas, ahora no cuestionadas, del afianzamiento solidario a su favor efectuado por «Talleres Zubiola S. Coop. R.L.» por consecuencia de la indicada cesión, dado que, de una parte, conforme se deduce del contenido del párrafo primero del artículo 3 de la Ley sobre venta a plazos de bienes inmuebles de 17 de julio de 1965 (R. 1313 y N. Dicc. 30354), *cuando el vendedor ceda o subrogue al financiador en su crédito frente al comprador, con o sin reserva de dominio, o cuando vendedor y financiador se concierten de cualquier modo para proporcionar la adquisición de la cosa al comprador contra el pago ulterior del precio a plazos, es significativo de convenio a tal fin que tiene la consideración simplemente del préstamo de financiación a vendedor, sin determinar por sí solo el desplazamiento de los efectos del dominio de los bienes vendidos al cesionario o subrogado; y, de otra parte, a causa de que la referencia contenida en los cuestionados contratos a que la cesión convenida determina subrogación de «los derechos accesorios» dimanantes de tales contratos, viene limitado a los que provengan simplemente de los créditos cedidos, y no alcanza a transferencia del dominio reservado por el vendedor, al que en consecuencia re-*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sulta ajeno la tan repetida entidad cesionaria, puesto que para que la cesión alcance a la cláusula de reserva de dominio se habría precisado que expresamente se hubiese convenido, cual se deduce del contexto de la circunstancia 12 del artículo 6 de la invocada ley sobre venta a plazos de 17 de julio de 1965, en cuanto expresamente previene la precisión de consignar en el correspondiente contrato que se ha producido la cesión de la cláusula de reserva de dominio, lo que tanto quiere decir que de no consignarse, cual ha sucedido en el presente caso, la cesión consignada en los relacionados contratos de «los derechos accesorios» dimanantes de ellos no alcanzan a tal reserva de dominio que hizo a su favor el vendedor, sino simplemente al crédito cedido; todo lo cual conduce a la apreciación de la innecesariedad de traer al actual proceso a la expresada entidad «Caja Laboral Popular de Mondragón», pues que sus deudas con relación a la entidad «Zubiola S. Coop. R.L.», por derivación de la cesión que ésta le efectuó, de mantenerse actualmente, no afectan a la precitada reserva de dominio de que trae causa el procedimiento de tercería de dominio entablado y que da origen al presente recurso de casación, sino simplemente al crédito y a los accesorios que con relación exclusivamente al mismo se contraigan.

Segundo. El segundo de los motivos, formulado, al amparo del número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *decae con simplemente considerar que al venir planteado* con base en la circunstancia de *declarar la sentencia recurrida que la sociedad actora ha acreditado el dominio de los bienes muebles objeto* de la tercería y que éste está constituido por la cláusula *de «reserva de dominio», pactada en los contratos de compraventa con precio aplazado de dichos bienes y con apoyo en certificación librada por el Registro Mercantil de Castellón de la Plana, como encargado del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, con fecha 22 de junio de 1985, acreditativa de que al tiempo del inicio de la tercería de dominio en cuestión se encontraban canceladas, por caducidad, las inscripciones de los contratos de venta a plazos de bienes objeto de controversia, puesto que tal circunstancia fáctica en manera alguna la ignora o desconoce la Sala sentenciadora de instancia, sino que simplemente lo aprecia inoperante para la viabilidad de las pretensiones del tercerista, con lo que en realidad se plantea en el referido motivo que se examina no un aspecto de hecho enmarcable en el ámbito del número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino de índole esencialmente jurídica, cual es el alcance y efectos de dicha cancelación de las inscripciones de los relacionados contratos respecto a la acción de tercería planteada, y que como de tal naturaleza tiene su marco adecuado de planteamiento a medio del número 5.º del referido artículo 1692 de la Ley Procesal Civil.*

Tercero. Tampoco es de acoger el motivo tercero, formulado, al amparo del número 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por alegada infracción, a causa de aplicación indebida, del artículo 23, párrafo primero, de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre Venta de Bienes Muebles a Plazos, en relación con el artículo 18 y concordantes de la Orden del Ministerio de Justicia de 8 de julio de 1966 (R. 1294, 1427 y N. Dicc. 30356), y con el artículo 348, párrafo segundo, del

Código Civil, así como doctrina jurisprudencial citada al respecto, porque establecido en el aspecto fáctico por la Sala sentenciadora de instancia, con la consiguiente vinculación en casación al no haber sido atacados los correspondientes asertos por el cauce o vía del error en la apreciación de la prueba que depara el número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *que vendidos por la entidad demandante «Cooperativa Industrial Zubiola S. Coop. R.L.» a la entidad demandada «Uniex, S.A.» los bienes objeto de tercería de dominio de que se trata, con cláusula de reserva de dominio, con pacto expreso de que el dominio de los objetos vendidos quedaba afecto a dicha entidad vendedora hasta la total extinción de la deuda, con acreditación de que dicho efecto extintivo no se habría producido según evidencian las letras impagadas aportadas con la demanda, de las que era tenedora la precitada entidad demandante «Cooperativa Industrial Zubiola S. Coop. R.L.», en unión de las actas de protesto, revelando retrocesión del crédito que la tan citada entidad vendedora había efectuado a la «Caja Popular de Mondragón», (fundamento de derecho primero y segundo de la sentencia recurrida), tanto significa que con relación a los contratos en cuestión, afectados por la tercería entablada, no se ha producido la consumación de la venta sobre los bienes a que se contrae en favor de la entidad «Uniex, S.A.» a la que le fueron embargados por el Servicio de Recaudación de Tributos del Estado, Zona de Vinaroz (Castellón de la Plana), y por la que hoy actúa el Abogado del Estado, que por consecuencia de dicha cláusula de reserva de dominio, vigente al no constar haberse producido el efecto extintivo derivado del completo pago, no se ha generado la transmisión de dominio de vendedora a compradora, que ciertamente, por la naturaleza de los contratos aludidos, no tiene lugar hasta la total efectividad del precio convenido; y sin que a ello no obsta la circunstancia de que al tiempo de interponerse la acción de tercería de dominio, originadora del juicio de que emana este recurso, estuviesen cancelados, por caducidad, los asientos practicados en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (Registro Mercantil de Castellón de la Plana), referentes a los contratos en cuestión, de una parte porque cuando el embargo fue practicado todavía estaban vigentes tales inscripciones, cuya cancelación se produjo con posterioridad, y era conocido por el aludido Servicio de Recaudación de Tributos del Estado, Zona de Vinaroz (Castellón de la Plana), que los bienes pertenecían en virtud de los contratos de Venta a Plazos de que viene haciendo mención a persona distinta del embargado, es decir, de la entidad tercerista «Cooperativa Industrial Zubiola S. Coop. R.L.», corroborado con la titularidad dominical que en favor de ésta publicaba, al tiempo de dicho embargo, el referido Registro de Venta de Bienes Muebles (Registro Mercantil de Castellón de la Plana), o con el consiguiente efecto en orden a terceros, o sea en este caso a la mencionada embargante; y de otra parte, debido a que si ciertamente el artículo 23 de la Ley de 17 de julio de 1965, reguladora de la Venta a Plazos de Bienes Muebles, sanciona que para ser oponibles a terceros las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se inserten en los contratos sujetos a dicha ley, será necesaria su inscripción en el Registro de Reservas de dominio y prohi-*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

biciones de disponer que llevaran los Registradores Mercantiles con sujeción a las normas que dicte el Ministerio de Justicia, y la Orden de 8 de julio de 1966, que aprobó la Ordenanza rectora de aquel Registro, previene en su artículo 20 que a todos los efectos legales se presumirá que los contratos existen y que su contenido coincide con el que aparece registrado, hay que entenderlo referido a los efectos positivos, generados por la inscripción, esto es a que el ternero no venga afectado por el contrato de venta a plazos si no existe constancia registral de él, con la consiguiente presunción de veracidad y exactitud de lo que conste registrado, pero no en el aspecto negativo, consistente en que habiéndose producido la inscripción de las correspondientes Ventas a Plazos en el expresado Registro se hubiesen cancelado con posterioridad al embargo practicado en relación a los bienes que afecten, y por tanto con inscripción vigente al tiempo en que dicho embargo se practicó, pues en tal caso, y además apercibido de ello el embargante, se mantienen los efectos excluyentes del dominio de tales bienes por parte de quien adquirió con la referida modalidad de venta a plazos, con la consiguiente cláusula de reserva de dominio en favor del vendedor en tanto el pago de lo vendido no conste realizado *por completo, toda vez que la pervivencia de la inscripción de las ventas de tal naturaleza y carácter cuando el embargo fue practicado cumple adecuadamente con la finalidad de la constancia ante terceros que la inscripción registral persigue.*

Cuarto. A igual solución desestimatoria es de llegar en cuanto al motivo cuarto, formulado, al amparo del número 5.º del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendida infracción, por indebida aplicación, del párrafo segundo del artículo 348 del Código Civil, y doctrina jurisprudencial que se cita, *porque apreciado, como se deduce de lo consignado en el precedente fundamento de derecho, que la titularidad dominical sobre los bienes de que se trata, por consecuencia de la efectividad de la cláusula de reserva de dominio pactada en los contratos de venta a plazos en cuestión, le corresponde, en tanto no se extingan sus efectos por total pago del precio de la venta en tal modalidad convenida, claro es que hay que entender justificado por la entidad vendedora retrayente «Cooperativa Industrial Zubiola S. Coop. RL» el título exigido a fines viabilizados de la tercería entablada.*

ESTIMACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO EN CASO DE SOBRESEIMIENTO DEL PROCESO PENAL POR INDULTO. PLAZO GENERAL DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES PERSONALES

STS (Sala 1.ª) 1 de abril de 1990

Primero. Por demanda del actor, tramitada por el juicio declarativo de mayor cuantía y dirigida contra las personas y entidades que luego se especificarán, se ejercita la acción de responsabilidad civil derivada de delito o falta a los fines de que se reconozca la indemnización de 50 millones de pesetas por las lesiones sufridas por el mismo en 31 de enero de 1974 cuando tenía 8 años de edad –que en su lugar se

describirá– demanda que fue desestimada por la sentencia de primer grado, al apreciarse que, como por tales hechos se iniciaron actuaciones judiciales en juicio de faltas del Juzgado de Distrito núm. 2, núm. 302/76 que concluyeron con auto de sobreseimiento libre de 28 de marzo de 1977, por aplicación del Indulto General del RD 14 de marzo de 1977 (R. 576 y Ap. 1975-85, 7307), auto notificado el día 28 –sic– de abril del mismo año al padre del hoy demandante, y como la demanda fue presentada con posterioridad al año de prescripción de dicha acción, procede estimar dicha excepción alegada por las partes codemandadas, decisión que recurrida en apelación fue confirmada por la Sala «a quo» al emitir la siguiente «ratio decidendi»: que efectivamente al haberse presentado la demanda en 2 de octubre de 1985, habría transcurrido ese plazo de un año de prescripción de la acción, ya que, expresa la acción «ex delicto» es idéntica a la acción aquiliana, por lo que no son dos acciones distintas, que por tanto no cabe entender, como afirma el apelante, que el plazo de prescripción sea el de 15 años del art. 1964 del Codigo Civil, ya que, entonces por el mucho tiempo transcurrido sería extraordinariamente difícil el enjuiciamiento de los hechos, que aun admitiendo que esa acción «ex delicto» no se acoge a los arts. 1902 y 1968.2 del Código Civil, al ser una acción derivada de tal delito nunca podría prescribir a los 15 años pues, entonces, perduraría aun después de haber prescrito la infracción penal de que dimana –en el caso de autos, según el art. 113, a los 5 años si se trata de un delito o a los 2 meses si de falta–, y por último que tampoco cabe entender la remisión del art. 117 del CP en el sentido del apelante, pues para ello se precisaría la preexistencia de una sentencia condenatoria en lo penal, por lo que, se concluye, ha de desestimarse el recurso.

Segundo. Contra referida sentencia por la parte actora se interpone el presente recurso de casación, en cuyo escrito de formalización se articulan 4 motivos, tendentes todos ellos a demostrar la viabilidad de la tesis que se defiende, es decir, que la acción no había prescrito cuando se presentó la demanda, ya que al perseguirse una responsabilidad civil derivada de un delito o falta, y al no producirse la sentencia de condena por la proyección del Indulto General referido, el plazo de prescripción será el de 15 años que prevé para el caso general el citado art. 1964 del Código Civil y no el aplicado por la sentencia recurrida de un año conforme al art. 1968.2 de igual cuerpo legal al identificar dicha acción con la aquiliana o derivada de culpa o negligencia extracontractual, por lo que se pide se anule y case la sentencia y se acceda a la petición indemnizatoria de 50 millones de pesetas a cargo de los codemandados según los módulos de afectación que explicitan en su «petitum» de demanda.

Tercero. El citado recurso de la parte actora, se centra en la articulación de los siguientes motivos: El 1.º –por la silenciada vía del art. 1692.5 de la LEC– por inaplicación indebida del art. 1968.2 del Código Civil al declarar prescrita la acción y afirmar que son una única acción la aquiliana y la «ex delicto», en el 2.º se denuncia la violación por inaplicación del art. 1964.2 del Código Civil, al apreciar esa misma prescripción de un año pues, se dice, que al ser la acción ejercitada una

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de carácter personal sin plazo especial la prescripción será a los 15 años y no al año estimado, en el tercero, se denuncia la interpretación errónea del art. 113 del CP e inaplicación del 117 del mismo, pues no cabe entender o confundir la responsabilidad civil derivada de delito o falta con la extracontractual, y en el 4.º y último motivo, se denuncia la interpretación errónea del art. 9.2 y 3 de la LOPJ (R. 1985, 1578, 2635 y Ap. 1975-85, 8375) y el art. 116 de la LECrim. –por error se menciona el 16– pues la sentencia no condenatoria del orden penal se justifica por la presencia del mandado legal del Indulto General referido, que, por tanto, no desvirtúa la preexistencia de los hechos delictivos de que trae causa la acción, se concluye; y, ciertamente, todos los motivos del recurso han de apreciarse, por la siguiente línea de razonamiento:

1) Emerge como punto de partida sobresaliente que la terminación del proceso penal, en su final etapa del juicio de faltas, que impidió la existencia de una sentencia, fue debido al mandato incorporado por el RD 388/1977 de 14 de marzo art. 8.3 y 1, que al dejar sin efecto las consecuencias del proceso –tanto hubiera existido condena o estuviese pendiente la conclusión del mismo, según el modelo general de esta institución excepcional– condicionaba el pronunciamiento de sobreseimiento libre que se emitió, sin perjuicio de la reserva de las acciones civiles, entre las que, obvio, está la presente ejercitada; y, como es sabido, el Indulto supone una medida excepcional dentro del llamado Derecho de Gracia, que nuestra Constitución Española (R. 1978, 2836 y Ap. 1975-85, 2875), contempla en su art. 18.3; en su misma configuración histórica que data de la Ley 18 de junio de 1870 (NDicc. 16414) –M.º Gracia y Justicia– se establece, entre otros, el grado de su eficacia, si es total, cuando se remiten todas las penas a que hubiese sido condenado el delincuente si es parcial sólo alguna o parte de las penas impuestas; que siguiéndose el modelo incorporado, v. g. en el D 25/11/1975 (R. 2355 y Ap. 1975-85, 7302), en su art. 3 es susceptible de proyectarse los efectos sobre el procedimiento en que aún no haya recaído sentencia o resolución firme; en la ordenación del Código Penal, se sanciona, igualmente, que el indulto es una causa de extinción de la responsabilidad penal según su art. 112.4; de esta normativa amén de la específicamente constatada del Indulto llamado «Anticipado» aplicado al caso de autos, de carácter general a la sazón, se evidencia la razón por la que no pudo concluirse las actuaciones penales con la sentencia correspondiente y, asimismo, la razón por la que la Sala tenga que describir los «facta» en los términos que proceden, al no poder partir del diseño de hechos probados, que en el caso de sentencia condenatoria hubiera reflejado a su vez el Tribunal de lo penal.

2) Que la acción «ex delicto» ejercitada es distinta de la aquiliana del art. 1902 del Código Civil es tan elemental que basta con reproducir las tres vías que analiza el recurso de exacción de dicha responsabilidad: por la contractual del art. 1101 Código Civil, por la extracontractual del 1902, o derivada de delito o falta que le ampara el art. 1092 del Código Civil (que dice así: las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal) y los arts. 101 y ss. del Código Penal con el juego procesal de su uso concurrente o reservado en los términos de los arts. 100 y ss. de la LECrim., en particular, con las sanciones de su art. 112 en el caso de reserva, como ocurrió «ope sententiae» en el litigio, y cuyas tres especies además de la legal componen el cuadro cuatripartito de las fuentes de las obligaciones según el art. 1089 del Código Civil que luego, a su vez, se desarrollan respectivamente en los artículos 1090, 1091, 1092 y 1093 de dicho Código.

3) Que derivar de ello, que no pueden aplicarse a la tercera acción los plazos de prescripción adosados a la segunda, es elemental, ya que, mientras para ésta, de modo «ad hoc», el art. 1968.2 del Código Civil lo fija en un año en el caso de la derivada del delito o falta habrá de entenderse la proyección genérica de la prescripción señalada en su art. 1964, del plazo quincenal.

4) Que con esa tesis no sólo se atenúan los efectos siempre reductores de la justicia satisfactoria que toda apreciación de la prescripción como obstáculo al ejercicio de los derechos o acciones de por sí conlleva –entre otras en S 17/3/1986 (R. 1474), se dijo: *«no debe perjudicar a la víctima una aplicación técnica desmedida del derecho, fundada en una aplicación rigorista de la prescripción, que, como instituto no fundado en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento restrictivo, criterio formado en torno a la aplicación de las prescripciones cortas o cuando el daño no se produce instantáneamente, sino desplegado en el tiempo cual ocurre con las lesiones de duración o daños materiales originados por causas de tracto continuo* –S 6/5/85 (R. 6319)»– sino que además se corresponde con la tesis ya sustentada, entre otras en Sentencia 21 de marzo de 1984 (R. 1315), al decirse entonces... «por tanto, es obligado partir para el examen del motivo de casación articulado por supuesta violación del ap. 2.º del art. 1968 del Código Civil, de modo que si, en aquella resolución se estableció que la acción ejercitada «es la nacida ex delicti definida como fuente de obligaciones en el art. 1089 del Código Civil», a esta declaración –no combatida por la vía del núm. 7 del art. 1692 de la LPro. Civ.– ha de estarse para el enjuiciamiento del tema de prescripción, propuesto por los demandados recurrentes, tanto más cuanto que, la fijación de hechos por la sentencia impugnada se hizo con expresa constancia del valor a efectos condenatorios de una previa decisión penal, la cual, a su vez, al sentar unos hechos probados y declarar su trascendencia punible –*no obstante no haber sido sancionados por la existencia de normas de indulto*– ya ha establecido también una circunstancia fáctica que ha de tomarse en consideración, como ya declaró este Tribunal en S de 7 de octubre 1983 (R. 5314), para el posterior ejercicio y efectividad de la acción civil correspondiente. Que a la vista del razonamiento dicho, ha de claudicar el motivo de casación que se examina, el cual, sobre ser desarrollado dando por supuesto que, contrariamente a lo afirmado y no adecuadamente combatido, por la sentencia impugnada, la acción ejercitada no es nacida de delito, postula la aplicación al caso del plazo de prescripción del año que señala el art. 1968.2 del Código Civil omitiendo que este precepto fija una prescripción, corta o extraordinaria, que sólo afecta a las específicas acciones que la propia norma contempla, entre las que no está la nacida de delito sometida, por tanto,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

al plazo prescriptorio de 15 años que, como supuesto general de prescripción de las acciones personales sin plazo especial prescriptorio, señala el art. 1964 del propio Código, como recoge la sentencia combatida».

5) Que, a mayor abundamiento, la referencia que formula el art. 117 del CP sobre la extinción de la responsabilidad civil reclamada confirma que no se vulnera esa disciplina de reenvío al Derecho Civil con la tesis sustentada; que, por otro lado, por el alcance «ope legis» de este Indulto, es claro que a la vista del art. 116 de la LECrim. (que dice así: «La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer. En los demás casos, la persona a quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla, ante la jurisdicción o por la vía de lo civil que proceda, contra quien estuviere obligado a la restitución de la jurisdicción o por la vía de lo civil que proceda, contra quien estuviere obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido».) no se produce la extinción de la civil aunque la responsabilidad penal, de que trae causa sí se haya extinguido, lo que es consustancial con su distinta naturaleza aunque proceda de un mismo hecho cometido.

6) Que, se insiste, la inexistencia de sentencia condenatoria en el litigio penal y el consiguiente sobreseimiento libre del art. 637.3 LECrim. acordado en el acto del Indulto de 28/3/1977, no presupone un sentido absolutorio de responsabilidad penal, sino que se trata de un efecto impuesto «ope legis» por la preceptiva aplicación del Indulto anticipado del RD 14/3/1977 por lo que huelga especular sobre aquella inexistencia.

7) Que sería ocioso abundar en la diversa naturaleza de una u otra acción: la civil o aquiliana porque se ha vulnerado una norma civil –ilícito civil– y se subsume en el art. 1093 en relación con el art. 1902 y la civil «ex delicto» del 1092, porque se ha vulnerado una norma penal típica determinante de delito o falta con producción de un daño a la víctima, que es a la vista de lo descrito la calificación jurídica que merece el hecho enjuiciado.

LAS ACTAS NOTARIALES NO PRESUMEN LA VERACIDAD DE LAS MANIFESTACIONES REALIZADAS POR QUIENES EN ELLAS INTERVIENEN

STS (Sala 1.ª) 18 de mayo de 1990

Segundo. El tema del recurso se reduce a determinar si se encuentra ajustada a derecho la pretensión ejercitada por doña Santa del R. del R. contra don Sixto L.P. sobre la investigación de su paternidad en relación con la menor Susana del R. del R., cuya pretensión fue desestimada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Plasencia en Sentencia dictada en 10 de diciembre de 1987, siendo confirmada por la Sala de lo Civil de la Excma. Audiencia Territorial de Cáceres en la suya de 4 de julio de 1988, y es esta segunda sentencia la recurrida en casación por la expresada doña Santa, a través de dos motivos, de los cuales, el primero de ellos se ampara en el ordinal 4.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la apreciación de la prueba, en el que se cita como documento que le evidencia el aportado a la demanda como n.º 4 y consistente en el acta notarial de determinadas manifestaciones formuladas por don Marcelo S.S., argumentándose por la recurrente que el error en que incurrió el Juzgador de instancia fue consignar en el fundamento tercero que: «en la prueba practicada sólo se constata la relación íntima a que nos referimos, en los relatos de la actora, tanto a un asistente social como a presencia judicial...», cuando, verdaderamente, «el acta notarial no trata de relatos de la actora al asistente social, sino de relatos del demandado al asistente social», y en conexión con lo anterior, el Tribunal de apelación señala que: «examinada la prueba en profundidad, se pone de manifiesto..., por lo que ante tal penuria probatoria, que casi nos atreveríamos a calificar de inexistente, esta Sala no puede por menos que el desestimar el recurso y confirmar íntegramente la sentencia,... teniendo en cuenta, por otra parte, que las alegaciones recogidas en el acta notarial carecen de virtualidad alguna, al no haberse traído al proceso». El motivo carece de viabilidad por las siguientes consideraciones: *a)* En relación con la alusión al art. 597.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir que el documento n.º 4 de la demanda, en cuanto contiene la narración de unos hechos, puede afectarle el rechazo manifestado en el primero de la contestación para todos y cada uno de los hechos de la demanda en tanto expresamente no sean reconocidos por lo que su eficacia hubiera precisado del mandamiento compulsorio referido en la regla 2.ª del mentado precepto. *b)* Aun cuando se estimase que tal formalidad no era preceptiva al no haber mediado una expresa impugnación de dicho documento, y, por tanto, habría de ser tenido como legítimo y eficaz, ello no conllevaría una correlativa eficacia probatoria pues la valoración de los diferentes medios de prueba es tarea atribuida a la competencia de los Juzgados y Tribunales. *c)* En el sentido acabado de expresar, no es posible olvidar la reiterada doctrina mantenida por la Sala acerca de que «las actas notariales, si bien dotadas de autenticidad externa, o sea, en cuanto al hecho que origina su otorgamiento y a su fecha, no lo son respecto a la veracidad de sus manifestaciones realizadas por quienes en las mismas intervienen, es decir, en un acta de manifestación, de lo único que da fe el notario autorizante es de lo en él expresado por el compareciente, mas no de la veracidad de sus alegaciones, las cuales han de ser ponderadas relativamente por el Juzgador en conexión con el resto de las probanzas» –SS, entre otras, de 2 de mayo, 7 de julio y 9 de diciembre de 1981 (R. 3051 y 5153), 27 de febrero de 1982 (R. 792), 5 de febrero, 3 de junio y 31 de octubre de 1983 (R. 5848) y 6 de abril de 1984 (R. 1933)–. *d)* En relación con lo dicho en el apartado anterior, es de indicar que las manifestaciones que figuran en el Acta de 25 de febrero de 1987 como formuladas por don Marcelo S.S. habrían de merecer, por su propia naturaleza, la calificación de un testimonio y, en cuanto tal, necesario de corroboración con arreglo a las normas reguladoras de la prueba testifical, lo cual, no sucedió en el caso de autos, y es más, aunque ello hubiese acon-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tecido, la testifical en cuestión carecería del carácter de documento a efectos de casación, pues a tenor, asimismo, de reiterada doctrina de la Sala, «las manifestaciones testificales, el ser un medio de prueba cuya apreciación viene atribuida a las reglas de la sana crítica, que no tienen una definición legal, carecen de la condición de evidencia clara e inequívoca, sin necesidad de tener que acudir a razonamientos o deducciones, que se exige para apreciar error en el juzgador», doctrina la expuesta que, por conocida, excusa de la cita de las sentencias en que aparece recogida. *e)* Aun prescindiendo de todo lo dicho y se concediera eficacia probatoria a la manifestación del señor S.S., una valoración racional y crítica de la misma, no permitiría establecer como evidencia la existencia del acceso carnal como causa determinada de la paternidad que se solicita. *f)* A tenor de cuanto ha quedado razonado en los apartados que anteceden, el error atribuido a la sentencia del Juzgado, carecería de trascendencia práctica a los fines y efectos del presente recurso, y *g)* No es posible olvidar, por último, que el recurso se interpone contra la sentencia de la Audiencia, a la que no puede imputarse un juicio erróneo al referirse a la «penuria probatoria», ni mucho menos al afirmar «que las alegaciones recogidas en el acta notarial carecen de virtualidad alguna, al no haberse traído al proceso», ya que tanto una como otra apreciación son correctas por encontrarse ajustadas a derecho, como se desprende de lo aquí razonado, por lo que procede reafirmarse en la inviabilidad del motivo.

Tercero. El motivo segundo del recurso, último formulado, se acoge, aun sin expresarlo, al ordinal 5.º del rituario art. 1692, pues se invoca la «infracción de las normas del ordenamiento jurídico que son aplicables para resolver las cuestiones que son objeto de debate». No obstante la prolijidad del motivo y la variada cita de preceptos legales, los que supuestamente se estiman como infringidos son, por una parte, el art. 597.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los 1216, 1217 y 1218 del Código Civil y 144 del Reglamento Notarial (R. 1944, 994; R. 1945, 57 y NDicc. 22309), y por otra, el art. 3 del referido Código, en relación con el 127 del mismo y 39.2 de la Constitución (R. 1978, 2836 y Ap. 1975-85, 2875) y también, se hace alusión a los arts. 6.4 y 7.2 del repetido texto civil y 10 y 14 de la Constitución. La presunta infracción del rituario art. 597 carece de todo fundamento, bastando para rechazarlo el dar aquí por reproducidas cuantas consideraciones se expusieron en el fundamento precedente, e insistiendo en ello, no es que se desconozcan la efectividad y significación de los preceptos del Código Civil y Reglamento Notarial respecto a los documentos notariales, sino que su eficacia probatoria no puede extenderse a la veracidad de las manifestaciones vertidas por las personas que comparecen ante el Notario; incluso, cabría añadir que la alegación de la infracción del mentado art. 597, debido a su naturaleza, tendría que haberse reconducido por medio del ordinal 3.º del art. 1692 de la Ley procesal. En lo concerniente al segundo grupo de artículos dados como infringidos, es decir, siguiendo la línea marcada por reiterada doctrina de esta Sala, de la que son exponentes, entre otras, las Sentencias de 27 de junio y 14 de noviembre de 1987 (R. 4825 y 8401) y 23 de septiembre y 3 de

diciembre de 1988 (R. 6855 y 9295), que: si ciertamente la investigación de la paternidad viene propiciada por los arts. 39.2 de la Constitución y 127 del Código Civil, no es menos cierto que no puede ser impuesta obligatoriamente y contra la voluntad del presunto padre, quien, especialmente, cuando se trata de la prueba de análisis de sangre, puede amparar su negativa en los derechos a la protección de la intimidad e integridad física que le conceden los constitucionales arts. 15 y 18, por ello, el derecho a investigar la paternidad no puede llevar a la consecuencia de que quien se niegue, sin causa justificada, a someterse a pruebas hematológicas, incurra in «ficta confessio», pues tal resistencia no pasa de constituir un indicio que, lógicamente, ha de ser apreciado por el juzgador, ahora bien, la negativa unida a la acreditación de oportunidad de acceso carnal con la actora en las fechas críticas en que se cifra la concepción y a otros elementos probatorios que permitan la convicción de la realidad sobre la paternidad pretendida, entonces sí puede dejar de ser un indicio y pasaría a tener categoría de elemento probatorio de carácter positivo. Pues bien, proyectando cuanto se acaba de razonar al caso de autos, resulta que a la negativa en que incurrió el demandado no puede concedérsele sino el valor de simple indicio, ya que no existieron otras pruebas de contenido positivo acerca de la reclamada paternidad, con las que pudiera conjugarse, y de aquí, la imposibilidad de hacer jugar en favor de la recurrente las reglas interpretativas del art. 3 del Código, por lo que, tampoco, es de apreciar la vulneración del indicado grupo de preceptos, todo lo cual, especialmente, esa carencia de prueba con la que pudiera conjugarse la negativa, conduce, a su vez, al impedimento de conceder valor decisorio alguno al afán obstruccionista en que, en su caso, pudiera estar incurso el demandado por su negativa a someterse a las pruebas biológicas, pero sin que tal conducta o actitud pueda ser calificada cual fraude de ley o ejercicio antisocial del derecho, figura a las que se refieren los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil, por lo que, tampoco, puede prosperar el segundo motivo del recurso.

APLICACIÓN EN MATERIA DE COSTAS DEL PRINCIPIO PROCESAL DE LA «REFORMATIO IN PEIUS»

STS (Sala 1.ª) 3 de abril de 1990

Quinto. El motivo 3.º, con fundamento en el n.º 3.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por violación del art. 24 de la Constitución (R. 1978, 2836 y Ap. 1975-85, 2875) –que según el art. 5, p. 4.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (R. 1985, 1578, 2635 y Ap. 1975-85, 8375), tiene suficiente sustancia casacional para este acto–, así como del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haberse dictado el fallo con infracción de la precitada norma reguladora de la sentencia». Se desarrolla este motivo en el sentido de haber sido infringido el principio procesal de la «reformatio in peius», ya que en segunda instancia le fueron impuestas al apelante las costas de la primera instancia, pro-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nunciamiento que no contenía la sentencia apelada, con lo que resultó perjudicado el apelante en la sentencia ahora recurrida. El motivo debe ser estimado, por ser doctrina inconcusa de este Tribunal Supremo que en nuestro ordenamiento jurídico positivo está prohibido la «reformatio in peius», pues no habiéndose hecho imposición de costas en la sentencia de primera instancia y no habiendo apelado de ella la parte demandada (supuesto que en esta litis concurre), ni formulado adhesión a la contraria en segunda instancia respecto a tal extremo, no debió la sentencia recurrida condenar al demandado apelante en las costas de ambas instancias –Sentencia de 20 de diciembre de 1956 (R. 1957, 683)– pues entonces resultaría agravada la posición del que recurre, y al no haber apelado los demandados no puede por sí el Tribunal «ad quem» variar el pronunciamiento sobre costas establecido por el Juzgado –Sentencia de 4 de marzo de 1959 (R. 1500)–. Doctrina que aplicada al caso «sub judice» implica la revocación, en ese punto de imposición a la recurrente de las costas de primera instancia, de la sentencia recurrida, como se hará constar en el fallo que sigue. Todo ello aunque ciertamente el art. 24 de la Constitución no ha resultado infringido, ya que en este recurso de casación está demostrado que la parte perjudicada ha tenido ocasión de defensa en toda la amplitud permitida por el ordenamiento vigente.

Sexto. El último motivo con apoyo en el n.º 5.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción de las disposiciones transitorias 1.ª y 2.ª de la Ley de 6 de agosto de 1984, de reforma de la Ley Procesal citada, pues sostiene el motivo que la Sala «a quo» no ha tenido en cuenta esas disposiciones al aplicar para regular las costas de primera instancia el art. 523 de la Ley citada que comenzó a regir para el proceso de que se trata una vez concluida totalmente la primera instancia. Este motivo también debe ser acogido, aunque el resultado a que se llega es común al obtenido con la estimación del tercer motivo. Efectivamente, consta que la Sentencia de primera instancia lleva fecha de 23 de febrero de 1984, es decir fecha anterior a la Ley de reforma procesal expresada de 6 de agosto de 1984; por tanto, cuando ésta se promulgó, el proceso estaba en marcha, y según la disposición transitoria primera de esa Ley de reforma «debió continuar sustanciándose por las normas vigentes al tiempo de su iniciación», entre las que no figuraba el art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que fue redactado como nuevo por la Ley de reforma tan citada. En consecuencia, la normativa aplicable se integraba de la anteriormente vigente, que no era otra en materia de estas costas que la derivada del criterio de la temeridad y mala fe, y no al criterio del vencimiento, que sólo regía cuando de manera expresa lo ordenaba la Ley (por ejemplo, en materia de interdictos o de juicios de cognición). En definitiva, la estimación de este motivo exige modificar el fallo impugnado, según deriva también, como se ha dicho, de la estimación del motivo anterior.

Séptimo. La estimación de los motivos 3.º y 4.º del recurso obliga a esta Sala, según el art. 1715, n.º 3.º, a resolver lo que corresponda en el sentido ya indicado; lo que viene a significar, dada la conducta procesal de ambas partes, la no declaración especial en cuanto a las costas de primera instancia, la no aplicación en cuanto a las de la segunda, del art. 710 p. 2 de la Ley Procesal Civil por no ser la sentencia ahora recurrida confirmatoria de la de primera instancia; por tanto, sin declaración expresa de costas de apelación; ni tampoco en cuanto a las de este recurso, por aplicación del citado art. 1715, n.º 4.º Y acordando la devolución del depósito constituido a la parte recurrente.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

COMISIONES ROGATORIAS

SOBRE UNA RECIENTE REFORMA DEL PROCESO CAUTELAR ITALIANO. SU INCIDENCIA EN EL ART. 700 CPC.

MARÍA PÍA CALDERÓN CUADRADO
Ayudante de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN

El uno de enero de 1992 entrará en vigor en Italia la Ley de 26 de noviembre de 1990, n.º 353, sobre «Provvedimenti urgenti per il processo civile». En ella, y entre otras materias, se aborda la reforma del proceso cautelar. Reforma profundamente sentida, propugnada desde todos los ámbitos jurídicos de aquel país y cuya experiencia debemos aprovechar pensando en una posible y necesaria revisión del sistema cautelar español.

Ciertamente en Italia desde 1865, fecha en la cual se aprobó la primera normativa procesal civil de aplicación general,[1] la regulación legal de la tutela cautelar ha sufrido pocas, pero trascendentales modificaciones.

La primera y más significativa fue sin duda la establecida en el actual «Codice di Procedura Civile» de 28 de octubre de 1940.[2] En él se introdujeron, alterándose la tipicidad que en materia cautelar contenía la an-

1. Promulgada el 14 de junio de 1865, entró en vigor el 1 de enero de 1866 extendiendo paulatinamente su aplicación a toda Italia. Sobre ello puede verse MORTARA, *Manuale della procedura civile*, I, Torino 1926, p. 7 a 15.
2. Código que no entró en vigor hasta el 21 de abril de 1942.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

terior ley de 1865,[3] los «provvedimenti d'urgenza», respondiéndose así a las numerosas voces doctrinales [4] que, ante la insuficiencia de la regulación anterior, solicitaban el establecimiento al lado de las medidas tradicionales o clásicas ya existentes de una cautela general o atípica,[5] cuya plasmación final va a realizarse en los art. 700 y 702 del mencionado cuerpo legal.

Ahora bien, esta modificación pese a la trascendencia práctica posterior, no fue suficiente y nuevamente se pidieron reformas que, si bien en un primer momento tuvieron carácter parcial, intentando llenar lagunas existentes, más adelante, sin embargo, ampliaron su contenido incardinándose en un proyecto mucho más ambicioso, cual era conseguir una uniformidad de la tutela cautelar civil.

Existiendo unanimidad en este último punto –la uniformidad era tentadora–, la doctrina, sin embargo, diversificó sus opiniones sobre el camino a seguir. Por un lado propugnaba la concentración de todas la cautelas civiles en una única medida de contenido discrecional. Función ésta que, lógicamente, recaería en los «provvedimenti d'urgenza» del art. 700, los cuales dejarían de ser norma de clausura para convertirse en una regulación cautelar omnicomprensiva de todas las situaciones posibles. Por otro, pretendía introducir, manteniendo las medidas existentes, típicas o atípicas con sus presupuestos y efectos, una vía procedimental única para todas ellas.[6]

Quizá la primera corriente fuera demasiado innovadora, quizá fue grande el peso de las cautelas tradicionales,[7] lo cierto es que el legislador se

3. La regulación que de las medidas cautelares hacía el Código de 1865 podía calificarse de ejemplificativa. Unicamente se contemplaban cautelas típicas (secuestro, en sus dos modalidades y denuncia de obra nueva y de daño temido). ANDRIOLI, *Commento al Codice di Procedura Civile*, IV, Napoli 1964, p. 246.

4. La primera y más importante, relativamente hablando, fue la obra de Chiovenda. Sobre ello, véase, SAPIENZA, *I provvedimenti d'urgenza»*, Milano 1957, p. 89 a 93, ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza»*, Padova 1985, p. 12 a 16 y 20 a 27 y PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, en RD Processuale 1988, p. 16 a 34.

5. MONTESANO, *Sure misure provvisoire in Italia*, en *«Les mesures provisoires en procédure civile. Atti del Colloquio internazionale»*, Milano, 1985, p. 115. El poder general de cautela preconizado por cierto sector doctrinal no fue configurado con esa generalidad pretendida aunque sí se mantuvo la atipicidad. La amplitud del art. 234 del proyecto de Carnelutti y su reducción en la actual regulación del art. 700 CPC es puesta de manifiesto entre otros por este mismo autor, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli 1955, p. 22 a 27.

6. En este sentido FAZZALARI, E., *Profili della cautela*, en RD Processuale 1991 n.º 1, pp. 12 y 13.

7. Hace unos años y con motivo de un encuentro sobre la reforma urgente del proceso civil, se planteó precisamente la oportunidad de tipificar o no las diversas formas de tutela, sumaria, cautelar..., inclinándose por un mantenimiento del sistema actual como más de acuerdo con la tradición histórica de aquel país (medidas típicas junto a cláusula general). Véase *Atti dell'incontro di studio su riformi urgenti del processo civile*, Milano 1987, pp. 26 y 27.

inclinó por el segundo camino mediante el cual no sólo se llenan muchas de las lagunas existentes (aunque no todas), sino también se uniforman aspectos tales como órgano competente o actividad procesal. En este sentido el art. 669– quaterdecies establece que el ámbito de aplicación de las nuevas disposiciones se extiende al secuestro, a la denuncia de obra nueva y de daño temido, a las resoluciones de urgencia y al resto de resoluciones cautelares, en cuanto compatibles, previstas en el «Codice Civile» y en leyes especiales.[8]

Esta nueva normativa, calificada como la mejor aportación del proyecto de reforma y la menos necesitada de intervenciones correctivas,[9] se encuentra recogida en el art. 74 de la Ley de 26 de noviembre de 1990, el cual añade una sección, la primera «Dei procedimenti cautelari en generale»,[10] al capítulo III, título I, libro cuarto del CPC, cambiando la numeración de las hasta entonces primera, segunda, tercera y cuarta.[11]

Si doble era el camino que conducía a la uniformidad cautelar en Italia, doble es también la posibilidad de acercamiento a la reforma del CPC. Las reflexiones que a la luz de esta Ley se hagan pueden realizarse bien a través de un estudio pormenorizado de los diversos puntos reformados, bien poniéndolos en relación con instituciones concretas. Cierto es que la lógica favorece la primera solución, pero razones prácticas nos inclinan por la segunda, máxime cuando la institución elegida es el art. 700 CPC, lo cual nos permite en cierto modo reunir las dos tendencias unificadoras antes mencionadas así como aproximarnos a la realidad italiana sobre un tema, la tutela cautelar indeterminada, cada vez más controvertido y utilizado en nuestro país.

Lógicamente su estudio comprenderá tanto las normas que rigen la propia resolución cautelar de urgencia, presupuestos y efectos –sobre los cuales aunque de modo incidental o indirecto también ha influido la Ley–, como aquellas otras, contenidas, ahora sí, en la reciente reforma.[12]

8. La importancia de una norma como ésta ha sido recientemente destacada por PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991, p. 376.

9. TARZIA, *I provvedimenti urgenti sul processo civile approvati dal Senato*, en RD Processuale 1990 n.º 3, p. 739.

10. Esta nueva sección contiene trece artículos de incómoda numeración. Sobre todos ellos véase CONSOLO, LUISO, SASSANI, *La riforma del Processo civile, commentario*, Milano 1991, pp. 428 a 550 y PROTO PISANI, *La nuova...*, pp. 293 a 401.

11. Pasan a ser respectivamente, segunda, tercera, cuarta y quinta.

12. No obstante no debe olvidarse que, aunque referidas al art. 700, las conclusiones que podamos extraer son extrapolables al resto de medidas cautelares.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

II. Aproximación a la naturaleza cautelar de los «provvedimenti d'urgenza»

A. *En general*

Como hemos avanzado, el legislador de aquel país regula en el capítulo III del libro cuarto del CPC,[13] dedicado a los procedimientos especiales, los llamados procedimientos cautelares [14] dentro de los cuales encontramos el secuestro,[15] la denuncia de obra nueva y de daño temido,[16] los procedimientos de instrucción preventiva [17] y, por último, los «provvedimenti d'urgenza».[18]

Señalaba Proto Pisani [19] que el art. 700 originariamente fue pensado por el legislador como una típica norma de clausura del sistema,[20] dictada con el fin de dar salida a la exigencia de tutela urgente que, en cuanto no previsible o en cuanto considerada episódica o marginal, no había sido considerada meritoria de específico procedimiento sumario.[21]

Sin referirse a situaciones jurídico cautelables concretas, sin determinación del peligro y sin contenido prefijado la atipicidad es evidente. Ahora bien, al igual que ocurrió en otros países europeos, también aquí el «provvedimento d'urgenza» va a asumir una función cualitativa y cuantitativamente impensada e impensable [22] por el mismo legislador.

Ciertamente el precepto respondió en sus orígenes a un intento de tutelar cautelarmente todas aquellas resoluciones cuya efectividad no podía garantizarse acudiendo a formas típicas de cautela.[23] Sin embargo, esta idea primitiva se ha desbordado en la práctica diaria al ver las partes en esta institución «un instrumento milagroso»,[24] extraordinariamente eficaz, con el cual pueden obtener la satisfacción plena e inmediata de su derecho.[25]

La desviación es evidente. De una tutela cautelar provisional e instrumental respecto a otro proceso pasaría a ser un proceso, llamémosle sumario, cuya decisión podría permanecer en el tiempo indefinidamente.

La llamada de atención de la doctrina no se ha hecho esperar. Ante la jurisprudencia oscilante que no siempre encuadra la institución en sus justos límites, diversos autores han advertido de los peligros que pueden correrse por una extensión desmesurada en el concepto de «provvedimento d'urgenza». Sin embargo, la falta de medios procesales adecuados para solucionar jurídica y eficazmente esas necesidades acuciantes de la sociedad moderna hace que se siga acudiendo al art. 700 CPC en base a pretensiones, no de tutela cautelar sino exclusivamente de tutela ordinaria, aunque con carácter urgente.[26]

Que el legislador de 1940 reguló con los «provvedimenti d'urgenza» una forma de tutela cautelar es evidente, pero esta naturaleza no sólo debe desprenderse del propio encuadre legal sino también de una comprobación respecto a su función, sus características configuradoras y a la concurrencia de los presupuestos o requisitos tradicionalmente exigidos. Aspectos todos ellos sobre los que directa o indirectamente ha influido la reforma y que a continuación vamos a examinar.

13. Es evidente que en este punto la sistemática legal es mucho más perfecta, con todos los posibles inconvenientes, deficiencias e incluso errores, que la desarrollada por el legislador español.
14. Sobre todos ellos recientemente, *I procedimenti cautelari*, a cura di Giuseppe Tarzia, Padova 1990.
15. Bajo la denominación secuestro se engloban dos institutos distintos, el «secuestro giudiciario», similar a nuestro secuestro y el «secuestro conservativo» cuya semejanza con el embargo preventivo es evidente.
16. En España estas situaciones parecen tener protección a través de procesos sumarios dentro de los cuales puede existir incluso una fase cautelar.
17. Aunque desde nuestro punto de vista no estamos ante verdaderas medidas cautelares. En ellas no concurre el carácter instrumental que les une al proceso principal para asegurar la efectividad de sus resultados.
18. Tales instituciones siguen manteniéndose aunque, como hemos visto, la numeración de las correspondientes secciones haya sufrido alteración y algunos aspectos hubieran sido modificados. En realidad más que una modificación lo que se ha producido es una derogación de ciertos preceptos y su sustitución por una normativa general para todas las resoluciones cautelares.
19. Proto Pisani, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 CPC*, en «Appunti sulla giustizia civile», Bari 1982, p. 357.
20. Sobre ello puede verse también entre otros, Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, p. 211; Frisina, *La tutela cautelare d'urgenza dei diritti a prestazioni pecuniarie*, en RD Processuale 1986, p. 976.
21. Estamos, pues, ante una cláusula general de cierre de la tutela cautelar y en este sentido no deja de tener un cierto parecido con la «einstweilige Verfügung» alemana, «l'ordonnance des référés» francesa o las medidas del art. 1428 LEC españolas.
22. Proto Pisani, *I provvedimenti...*, en «Appunti...», p. 357.
23. La idea de que el legislador no pretendía configurar un instituto de la importancia práctica que posteriormente se le ha dado puede deducirse de la propia regulación del procedimiento hoy derogada, que, a pesar de la rúbrica con que se encabezaba el art. 702, el contenido de éste no dejaba de ser una norma de remisión y además incompleta.
24. Tommaseo, *Intervento*, recogido en «Les mesures provisoires...», p. 302, repitiendo una irónica expresión de Andrioli.
25. Tommaseo, ob. y lug. cit. nota anterior.
26. Sobre la sustitución que se está produciendo en la función del «provvedimento d'urgenza» puede verse, entre otros, Arieta, *I provvedimenti...*, p. 62. No obstante, se es consciente en Italia de la necesidad de separar lo que sería un proceso sumario especial y el propiamente «provvedimento d'urgenza», dejando para el art. 700 el desarrollo de su función original de norma de clausura. En este sentido parece haberse pronunciado alguno de los intentos de reforma del proceso civil. Véase Proto Pisani, *I provvedimenti...*, en «Appunti...», p. 357.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

B. *Función*

La «Relazione ministeriale», origen del art. 700 CPC, establecía en su primera redacción el poder del juez para adoptar en todo caso la medida provisional que valiera para mantener inmutable el estado de hecho durante la tramitación del proceso ordinario.[27]

Lógicamente, como señala Arieta,[28] el desconcierto del intérprete no se hacía esperar. Por un lado, se patrocinaba un poder de cautela que podía calificarse de general («en todo caso») al intentar tutelar todas aquellas situaciones no cubiertas por la tipicidad de las medidas ya establecidas. Por otro, se restringía enormemente tal poder al limitar su utilización a la función más tradicional de las medidas cautelares, conservar inmutable la situación fáctica, «para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia principal, puedan efectivamente hacerlo, sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud».[29]

El texto definitivo se apartó, sin embargo, de esta redacción estableciéndose la posibilidad de adoptar la medida que según las circunstancias apareciera como más idónea para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión del proceso principal. Entre una y otra se evidencia una distinta conceptuación respecto a la función a realizar por el «provvedimento d'urgenza». La primera mucho más restrictiva, la segunda más amplia o al menos su indeterminación permite, como así ha sido, interpretaciones más flexibles.[30]

Determinar la función que cumple o debe cumplir el «provvedimento d'urgenza» es tarea doblemente difícil. Por un lado y desde el punto de vista teórico, la doctrina no se pone de acuerdo sobre el papel a desarrollar por la medida cautelar. ¿Debe simplemente asegurar, conservar el resultado del proceso principal, o su misión puede ir más allá llegando incluso a anticipar efectos de la resolución final?. Por otro, desde una perspectiva práctica, la crisis del proceso ordinario, consecuencia del cada vez más intolerable lapso de tiempo que media entre la demanda y la decisión

27. Véase al respecto TOMMASEO, *I provvedimenti...*, p. 62 y ARIETA, *I provvedimenti...*, p. 56. Textualmente se decía: «mantenere immutato lo stato di fatto per tutta la durata del procedimento ordinario».
28. ARIETA, ob. y lug. cit. nota anterior.
29. ORTELLS, *Derecho Jurisdiccional*, II-2.º, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER, MONTON, Barcelona 1989, p. 268.
30. En este sentido ARIETA, *I provvedimenti...*, p. 61, señala cómo la misma dicción literal no ofrece indicación incontrovertible sobre la función y objeto de la medida cautelar.

definitiva, ha contribuido indirectamente para desnaturalizar la finalidad y eficacia del «provvedimento d'urgenza».

Señala Arieta,[32] cómo la necesidad de proceder a una exacta reconstrucción de la función a desarrollar por las medidas cautelares del art. 700 CPC se hace presente al constatar cómo el uso distorsionado de la norma ha sido acompañado por un verdadero trastorno funcional de la medida al intentar convertirla en instrumento capaz de resolver, no sólo con inmediatez y provisionalidad las exigencias urgentes de justicia, sino incluso, sustituyendo a la propia tutela ordinaria.

Pese a la existencia en este tema de una llamada clásica y nueva filosofía,[33] la mayoría de la doctrina está de acuerdo en calificar de improcedente cualquier tentativa de convertir a las medidas cautelares en una panacea para los males del proceso civil.[34] en una alternativa idónea [35] para el mismo. De ahí que sea necesario delimitar claramente la función, para lo cual deberá tenerse en cuenta tanto la propia redacción legal como las características y presupuestos de toda tutela cautelar.

C. *Carasterísticas*

Es necesario, pues, referirnos a las características que, configuradoras del «provvedimento d'urgenza» marcan sus propios límites de actuación.

La instrumentalidad, cuya formulación teórica se produjo precisamente en este país, debe conceptuar siempre la medida cautelar. En tanto en cuanto se halla indefectiblemente preordenada a la emanación de una ulterior resolución definitva, a la que asegura preventivamente su práctica utilidad,[36] la cautela, y en este caso el «provvedimento d'urgenza» guarda una estrecha relación con el proceso principal.

31. AIELLO, *I provvedimenti di urgenza nell'attuale momento legislativo italiano*, en «Les mesures provisoires...», pp. 265 y 266.
32. ARIETA, *I provvedimenti...*, p. 62.
33. TARZIA, *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, en RD Processuale 1985, p. 251.
34. Véase TARZIA, ob. y lug. cit. nota anterior, aunque también recoge la existencia de posturas contrarias.
35. ARIETA, *I provvedimenti...*, p. 62. También OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari e urgenti nel disegno di legge per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile*, en RD Processuale 1988, p. 733, quien, después de propugnar una reforma profunda del art. 700 como consecuencia del uso y abuso de esta institución, señala que la medida cautelar innominada, pensada como instrumento subsidiario de tutela provisional, se ha efectivamente convertido en una forma alternativa de tutela jurisdiccional.
36. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936, p. 21.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Esta relación instrumental de carácter necesario y unánimemente reconocida como requisito típico de la tutela cautelar [37] se manifiesta en la obligatoria existencia de un proceso al que asegurar sus resultados.[38] Por un lado, y aunque normalmente se solicitará pendiente ya el proceso principal, el legislador prevé la posibilidad de adopciones «ante causam», cuyos efectos sólo podrán continuar si se inicia el litigio dentro del plazo fijado por el juzgador, o en su defecto el legalmente establecido (art. 669-octies).

Como señala Montesano,[39] la instrumentalidad de la cautela respecto a la tutela ordinaria es intensa, de modo tal que está destinada a una muerte segura si no se sigue el juicio de fondo, más específicamente si no viene instaurado en el término perentorio. Esta consideración encuentra plasmación en la nueva regulación, al establecerse en el art. 669-novies que si el proceso principal [40] no se inicia en el plazo fijado la resolución cautelar pierde su eficacia.

Por otra parte, si la tutela cautelar está ligada por una relación de subsidiariedad e instrumentalidad con la tutela definitiva –en el sentido de concederse para que la reintegración del derecho obtenido por vía jurisdiccional sea eficaz y tempestiva,–[41] parece lógico afirmar que, finalizado el proceso principal,[42] deba también extinguirse la resolución de urgencia puesto que ha agotado la función para la que fue dada.[43] Si la sentencia resolvió favorablemente al que obtuvo la medida cautelar, nos encontramos ya ante un pronunciamiento definitivo que puede ser hecho valer, en su caso, por los mecanismos, del proceso de ejecución.[44] Si fuera desfavorable, «cede naturalmente el "provvedimento d'urgenza" que se revela infundado por estar al servicio de un derecho inexistente».[45] En este sentido se manifiesta la nueva Ley al señalar en el art. 669-novies la pérdida

37. ARIETA, *I provvedimenti...*, p. 40.
38. Sobre ello ampliamente, MERLIN, *I limiti temporali di efficacia*, en «I procedimento...», pp. 216 a 238.
39. MONTESANO, *Problemi attuali e riforme opportune del provvedimenti cautelari, e in specie d'urgenza, nel processo civile italiano*, en RD Processuale 1985, p. 232.
40. Entendiendo por tal tanto el que se desarrolla ante órganos jurisdiccionales –sean italianos o extranjeros– como ante árbitros.
41. CONIGLIO, *Sui provvedimenti cautelari innominati*, en «Studi in onore di Enrido Redenti», I, Milano 1951, p. 323.
42. Incluyendo aquí los medios anormales de terminación del proceso, inactividad de las partes, renuncia u otra causa. Véase PROTO PISANI, *La nuova...*, p. 350.
43. ARIETA, *I provvedimenti...*, p. 45.
44. En este sentido la previsión legal de ineficacia se extiende a los supuestos de laudo arbitral y sentencia extranjera no seguidos de la correspondiente demanda ejecutiva.
45. CONIGLIO, *Sui provvedimenti...*, en «Studi...», I, pp. 332 y 333. Aunque quizá fuera más correcto señalar que cede al no tener proceso cuyo resultado asegurar.

de eficacia de la resolución cautelar por la extinción del proceso principal.[46]

Por último, al tratar de esta característica, la doctrina italiana pone de manifiesto la diversidad de modalidades a través de las cuales puede realizarse la instrumentalidad. Coniglio [47] señala cómo el nexo de unión no puede ser igual y de la misma intensidad en todos los procesos que se quieran cautelar, la variedad de situaciones posibles lo impiden. Ahora bien, si en cada supuesto concreto surge una relación instrumental diferente, ello no puede significar la existencia de multitud de conceptuaciones, al contrario, todas caminan en una misma dirección, todas se dirigen teleológicamente a hacer posible, facilitar, o no hacer inútil la tutela ordinaria.[48]

En estrecha relación con la instrumentalidad, surge, como segunda característica de las medidas cautelares, la provisionalidad. Legalmente establecida en el art. 700 CPC, «asegurar provisionalmente los efectos de la decisión de fondo», constituye uno de los elementos primordiales para situar en sus justos límites la tutela cautelar, y, en particular los «provvedimenti d'urgenza». Es cierto que el legislador se refiere a ella de forma expresa, sin embargo, va a omitir cualquier indicación más particular sobre el significado que debe atribuirse a dicha característica.[49]

La medida cautelar nace sabiendo que tiene un período de vida limitado. Su vinculación a un proceso principal le indica «a priori» el carácter provisional al que está sometida, desarrollando temporalmente la función encomendada hasta la finalización de dicho proceso. Entonces, se exige siempre su desaparición [50] (art. 669-novies). Ahora bien si teórica y normativamente se configura el «provvedimento d'urgenza» como instrumen-

46. Sorprende, sin embargo, la decisión del legislador de equiparar a estos efectos la sentencia no firme declarando inexistente el derecho, en cuyo caso el p. III del precepto citado establece también la pérdida de eficacia de la resolución cautelar. Es cierto, como señala PROTO PISANI, *La nuova...*, p. 351, que la cognición sumaria del proceso cautelar debe ceder ante la cognición plena del proceso cautelar, sin embargo creemos que este supuesto entraría más en el art. siguiente en tanto en cuanto se trataría de un alzamiento de la medida por cambio de circunstancias, en concreto por desaparición del «fumus boni iuris».
47. CONIGLIO, ob. cit. nota anterior, p. 324.
48. En este sentido ARIETA *I provvedimenti...*, p. 43, quien, después de señalar la diversidad de relaciones de instrumentalidad posibles, indica que todas tienen una «direxione obbligata».
49. TOMMASEO, *Intervento*, en «Les mesures provisoires...», p. 304.
50. ARIETA, *I provvedimenti...*, p. 45. No puede, pues, confundirse la provisionalidad de este tipo de tutela con la que se predica en los procesos sumarios. No tiene vocación definitiva, ni está sujeta a un régimen de estabilidad. Por el contrario, está destinada a ser totalmente absorbida por la resolución principal.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

to provisional,[51] la práctica ha querido, y en ciertos casos conseguido, convertirlo en algo distinto. El problema de estas resoluciones señala Carpi [52] es que, aunque provisionales desde el punto de vista del derecho, tienden a ser definitivas de hecho.[53]

En la actualidad se está olvidando, muchas veces con conocimiento de causa, que toda medida cautelar, y en concreto la que estamos comentando, es por naturaleza instrumental y provisional. «La simplicidad y brevedad de su procedimiento encuentran coherente relación y compensación»[54] con dichas características, sin que puedan tales ventajas ser utilizadas con finalidad diversa a la que se pretendió.

El ampliar el ámbito funcional y objetivo del «provvedimento d'urgenza» es posible siempre que se mantenga dentro de los límites de la provisionalidad y de la instrumentalidad. Sobrepasarlos es desde el punto de vista teórico insostenible y jurídicamente improcedente.

D. *Presupuestos*

Como en toda forma de tutela cautelar, la adopción de un «provvedimento d'urgenza» va a depender de la concurrencia de una serie de requisitos. Tradicionalmente exigidos por la práctica totalidad de ordenamientos similares al nuestro, «fumus boni iuris» y «periculum in mora» se convierten, también en Italia, en presupuestos fundamentales para poder conceder una medida cautelar. Así, y bajo la rúbrica de «condiciones para la concesión» el precepto señala que «Fuera de los casos regulados en las precedentes secciones de este capítulo, quien tenga motivo fundado para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria, éste esté amenazado por un perjuicio inminente e irreparable», puede solicitar los «provvedimenti d'urgenza» que aparezcan, según las circunstancias, más idóneos para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo».[55]

51. TOMMASEO, *Intervento*, en «Les mesures provisoires...», p. 302.
52. CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, «sentenza anticipata» e giudizio di merito*, en RD Processuale 1985, p. 683.
53. Siguiendo a PROTO PISANI, *I provvedimenti..*, en «Appunti...», p. 411, podemos señalar como ejemplo, una medida cautelar dirigida a autorizar a los trabajadores de una empresa la realización de una asamblea o a reconocer el derecho de los ciudadanos a reunirse pacíficamente.
54. AIELLO, *I provvedimenti...*, en «Les mesures provisoires...», p. 265.
55. La atipicidad, antes mencionada, del art. 700 CPC hace que su formulación legal sea lo suficientemente amplia para que, a su amparo, pueda solicitarse una cautela respecto a cualquier derecho, y, para neutralizar cualquier peligro del cual se derive un perjuicio inminente e irreparable.

En primer lugar, y con relación al «fumus boni iuris», del texto legal parece desprenderse que requisito imprescindible para acceder a esta tutela cautelar es la existencia de un derecho controvertido cuya solución se busca, o se va a buscar, acudiendo a la vía ordinaria.

De los dos elementos en que puede desdoblarse este presupuesto, situación jurídica cautelable y su acreditamiento, el legislador italiano sólo hace referencia al primero de ellos. Respecto a él, la formulación del art. 700 CPC no puede ser más amplia. Como señala Andrioli,[56] en principio, cualquier situación jurídica cautelable puede tener cabida en el ámbito del precepto.

La diferencia con las medidas típicas es evidente, en ellas este elemento se encuentra perfectamente individualizado, por contra, la expresión «su derecho» del «provvedimento d'urgenza» parece carecer de limitación alguna. De este modo, y entendiendo por derecho cualquier interés legítimo protegido jurídicamente,[57] una resolución de urgencia va a poderse adoptar sea cual fuese la situación jurídica cautelable. Ahora bien, esta extensión en el ámbito objetivo va a verse reducida por el propio precepto desde dos perspectivas diferentes.

Por un lado, la norma, como hemos visto, se configuró con carácter residual; manifestación de ello es precisamente su propia redacción que subordina de forma negativa la concesión de «provvedimenti d'urgenza» a la imposibilidad de acudir a cautelas nominadas.[58] El comienzo del art. 700 CPC no puede ser más expresivo. «Fuera de los casos regulados en las precedentes secciones de este capítulo», lo cual parece excluir la adopción de resoluciones de urgencia respecto de aquellas situaciones jurídico cautelables contempladas en las medidas típicas.

No obstante, el texto legal puede someterse, como así ha sido, a dos interpretaciones.[59] Por la primera, claramente restrictiva, se impediría el acceso al «provvedimento d'urgenza» siempre que se esté en presencia de un derecho [60] tutelado por el legislador a través de una medida cautelar específica, independientemente de cuál sea el peligro que amenaza a la

56. ANDRIOLI, *Commento...*, IV, p. 249.
57. PROTO PISANI, *I provvedimenti...*, en «Appunti...», p. 367. Sobre la significación del término «derecho» puede verse también, ANDRIOLI, ob. y lug. cit. nota anterior, ARIETA, *I provvedimenti...*, pp. 89 y 90 y DITTRICH, *Presupposti e limiti*, en «I procedimenti...», pp. 161 a 165.
58. FRISINA *La tutela...*, en RD Processuale 1986, p. 975.
59. PROTO PISANI, ob. y lug. cit. nota anterior, se refiere expresamente a créditos dinerarios, propiedad, derecho real de goce, derecho a la entrega de un bien.
60. Aquí, PROTO PISANI, ob. y lug. cit. nota anterior, se refiere expresamente a créditos dinerarios, propiedad, derecho real de goce, derecho a la entrega de un bien.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

efectividad de la resolución principal. Tanto coincida como difiera el evento dañoso con el «periculum mora» dispuesto en la concreta medida, no podrá recurrirse el artículo 700 CPC, puesto que el «derecho» está cautelado por una norma típica.

De acuerdo con la segunda, sin embargo, solamente podría excluirse si coincidieran ambos presupuestos –apariencia de buen derecho y peligro en la demora–. Caso contrario, sería posible acudir al «provvedimento d'urgenza» cuando, a pesar de tener un «fumus boni iuris» idéntido al regulado en la medida cautelar concreta, se intentaran neutralizar peligros diversos a los previstos por el legislador.

Esta última es la opinión mayoritariamente mantenida por doctrina y jurisprudencia,[61] destacándose los «insuperables argumentos» que favorecen dicha interpretación. Entre ellos, señala Proto Pisani,[62] la atipicidad del art. 700 CPC –respecto a sus presupuestos y a la función a cumplir de garantía de la efectividad de la tutela jurisdiccional– y la tipicidad del resto de medidas, que se individualiza tanto a través del derecho al cual tutela, como por el peligro que intenta neutralizar.[63]

Por otra parte, el art. 700 contiene una precisión respecto al «derecho» que va a significar una nueva limitación al ámbito objetivo del «provvedimento d'urgenza». El solicitante debe hacer valer su derecho en vía ordinaria.

Suele ser pacífico en aquel país entender que vía ordinaria equivale a proceso de cognición plena y concluyente.[64] Con ello se acotan las posibilidades de solicitud de medidas cautelares atípicas desde un punto de vista positivo –en relación a procesos sobre el fondo de competencia de

61. En este sentido, FRISINA *La tutela...*, en RD Processuale 1986, p. 976, para quien, la relación de subsidiariedad no es pura y simplemente la inadmisibilidad de la tutela urgente para situaciones respecto a las cuales está prevista una forma nominada de cautela, sino que la posibilidad de utilización existe cuando concurran peligros o situaciones perjudiciales diversas de aquella establecida en la norma típica.

62. PROTO PISANI, *I provvedimenti...*, en «Appunti...», p. 366.

63. Al respecto, ROCCO, *Trattato di Diritto processuale civile*, V, Torino 1960, pp. 394 y 395, señala cómo en la disciplina de los institutos cautelares especiales, las normas procesales determinan una serie de hechos, de circunstancias, de presupuestos, entre los cuales, la particular naturaleza de los derechos no representa más que uno de los elementos determinantes e hipótesis de la norma. El límite puesto al Juez para conceder los «provvedimenti d'urgenza» consiste sólo en la prohibición de recurrir al mismo por los hechos, circunstancias y presupuestos, disciplinados específicamente por el ordenamiento jurídico para una medida típica, fuera de ellos sí será posible acudir al art. 700 CPC.

64. Expresión de PROTO PISANI, ob. cit. nota anterior, p. 369, recogida también por ARIETA, *I provvedimenti...*, p. 91 y DITTRICH, *Presupposti...*, en «I procedimenti...», p. 173.

los jueces ordinarios– y negativo [65] –al excluir de este tipo de tutela todos aquellos derechos en favor de los cuales el legislador hubiera previsto procedimientos especiales, bien sumarios ejecutivos, bien de cognición plena, pero con una fase sumaria urgente que consentiría la anticipación de todos o algunos efectos de la decisión de fondo–.[66]

No obstante y a pesar de estas limitaciones el «provvedimento d'urgenza» va a tener un amplio campo de utilización. Como señala Rocco,[67] cualquier interés tutelado por el ordenamiento jurídico como un derecho subjetivo que puede dar lugar a un proceso puede protegese mediante una resolución de urgencia, siempre, claro está, que concurran las circunstancias previstas en el art. 700 CPC.

De este modo su ámbito objetivo podría referirse, por un lado a sentencias de condena, y, por otro, aunque es un tema muy discutido, a sentencias meramente declarativas y constitutivas. Respecto a las primeras, no puede negarse la idoneidad de la tutela cautelar urgente para asegurar la efectividad de sus resultados.[68] La doctrina mayoritaria, apoyándose en una jurisprudencia constante, entiende que el art. 700 CPC es aplicable a cualquier tipo de obligación [69] –de hacer o de no hacer– que surja tanto de un derecho de crédito, o relativo, como de un derecho absoluto,[70] e incluso tratándose de obligaciones pecuniarias,[71] aun cuando algún autor [72] mantiene esta posibilidad sólo si la prestación en dinero es instrumento para conservar o reintegrar un bien no patrimonial.

Con relación a la posibilidad de utilizar el «provvedimento d'urgenza» para asegurar la efectividad, que no la ejecución, de sentencias meramente

65. Sobre ello ampliamente PROTO PISANI, *I provvedimenti...*, en «Appunti...», pp. 369 a 376.

66. En virtud de este inciso, los autores italianos de forma mayoritaria excluyen también la posibilidad de utilizar el «provvedimenti d'urgenza» durante el transcurso del proceso de ejecución, exclusión que no creemos trasladable al ordenamiento español.

67. ROCCO, *Trattato...*, V, p. 407.

68. TOMMASEO, *I provvedimenti...*, p. 248.

69. Teniendo en cuenta, sin embargo, que las obligaciones de dar están protegidas cautelarmente a través de dos medidas típicas, el secuestro «conservatio» y el secuestro «giudiziario» y sólo, en cuanto se intente proteger un peligro diverso del contemplado en sus respectivas regulaciones podría acudirse al art. 700 CPC.

70. MONTESANO, *Problemi...*, en RD Processuale 1985, p. 226. En el mismo sentido CARPI, *La tutela...*, p. 683, para quien no sólo se puede acudir al art. 700 CPC con el fin de garantizar derechos de contenido patrimonial, sino también y sobre todo de contenido no patrimonial, entre ellos por ejemplo los derechos de libertad.

71. Como puso de relieve la «pretura» romana, en ordenanza de 31 de julio de 1986, recogida y comentada por FRISINA, en RD Processuale 1986, pp. 972 a 1002.

72. MONTESANO, *Problemi...*, en RD Processuale 1985, p. 226.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

declarativas [73] y constitutivas la doctrina italiana no mantiene una postura unánime. Si bien en un principio la tesis predominante era la negativa, en la actualidad las voces favorables a su compatibilidad van en aumento.[74] Ciertamente los términos en que está redactado el precepto no parecen excluir dicha posibilidad. La función de asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo permite tutelar cautelarmente otro tipo de sentencias distintas a las de condena. No obstante, para que ello ocurra es necesario la concurrencia de los requisitos establecidos en el art. 700 CPC. En concreto, que pueda producirse un perjuicio inminente e irreparable, sin que deba, en estos supuestos, excluirse «a priori» la irreparabilidad del perjuicio.[75]

Examinada la situación jurídico cautelable, nos queda referirnos al otro componente del «fumus boni iuris», su acreditamiento. No basta con afirmar el derecho, es necesario demostrar que esa obligación que se quiere cautelar existe muy probablemente.[76] Como advertíamos el legislador no prevé dicho elemento. Ni se refiere a su exigencia, ni determina la forma a través de la cual debe realizarse. Sin embargo, es pacífico entender que la cognición sumaria, característica de este procedimiento, impone no la búsqueda de certeza sino que se conforma con la verosimilitud.[77] Para ello, sin limitación legal alguna, parece posible utilizar cualquier medio de acreditamiento que sirva al órgano jurisdiccional para valorar positivamente la existencia del «fumus» del derecho alegado.

Respecto al segundo requisito, «periculum in mora», el art. 700 lo configura a través de la expresión «fundado motivo de temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria, éste sea amenazado por un perjuicio inminente e irreparable». La diferencia con las medidas típicas es evidente.[78] Sin embargo, de esta atipicidad legal no

73. Véase FRISINA, *Tutela cautelare atípica e provvisoria assicurazione degli effetti della sentenza si mero accertamento*, en RD Processuale 1988, pp. 885 a 908.
74. Entre otras, ANDRIOLI, *Commento...*, IV, pp. 259 a 264; MONTESANO, *Problemi...*, en RD Processuale 1985, p. 226.
75. Sobre ello ANDRIOLI, ob. y lug. cit. nota anterior y TOMMASEO, *I provvedimenti...*, pp. 262 y 263.
76. VERDE, *Profili del Processo civile*, Napoli 1986, p. 165.
77. ARIETA, *I provvedimenti...*, p. 53. «Sobre el derecho el Juez debe formarse una simple opinión de credibilidad, sin razonamiento alguno de su existencia, a los solos fines de conceder o negar la tutela cautelar y sin que tal juicio positivo o negativo, determine influencia alguna sobre la declaración que el Juez de mérito deberá realizar en la plenitud de su poder cognitivo».
78. Indica ROCCO, *Trattato...*, V, p. 410, que para que pueda autorizarse una resolución cautelar específica es siempre necesario que el evento hecho generador del daño, posible o probable, esté determinado o, al menos, sea objetivamente determinable. Por contra, esta determinación no se encuentra en la hipótesis del

debe desprenderse la idea equivocada de que el solicitante puede simplemente alegar la existencia de un «periculum in mora». Al contrario, el peticionario deberá especificar y acreditar el concreto hecho productor del posible daño, frente al cual la tutela cautelar típica no resulta apta para evitar ese perjuicio inminente e irreparable.[79]

De la configuración dada por el art. 700 CPC a este presupuesto se puede deducir que, si bien el legislador italiano no concretó exactamente el tipo de peligro que pudiera dar lugar a la medida cautelar –y en este sentido es ya tradicional la doble referencia al peligro de infructuosidad y al peligro de tardanza de la resolución principal–,[80] sin embargo, sí estableció la necesidad que, de este evento indeterminado, surgiera un perjuicio de carácter inminente e irreparable.[81] Debemos, pues, tratar de precisar en qué consiste esa expresión legal de «pregiudizio inminente e irreparabile», teniendo en cuenta que no estamos ante una formulación alternativa, sino que ambas características deben concurrir conjuntamente.

Respecto a la inminencia del daño, la doctrina suele entender de forma unánime que se trata de un requisito de carácter temporal según el cual para que pueda el juez dictar un «provvedimento d'urgenza» debe verificarse o al menos poder verificarse el perjuicio en un brevísimo espacio de tiempo.[82] Indica Montesano,[83] cuya opinión es mayoritariamente seguida,[84] que este requisito comporta no una remota posibilidad, sino una próxima y amenazadora probabilidad de realizarse el evento dañoso temido por quien solicita la medida cautelar. Y, continúa diciendo, el camino conducente a dicho evento debe aparecer ya, si no propiamente iniciado, al menos sí directa y unívocamente preparado, de modo tal que sin tutela cautelar el perjuicio se produciría súbitamente.[85]

art. 700 CPC, donde cualquier hecho o evento dañoso que pueda dar lugar a un perjuicio de las características antes señaladas, hace que se dicte, concurriendo los demás presupuestos, un «provvedimento d'urgenza».
79. Véase ROCCO, ob. cit. nota anterior, pp. 410 y 411.
80. Ambos incluidos dentro de la conceptuación del «periculum in mora» para gran parte de la doctrina italiana.
81. Para ARIETA, *I provvedimenti...*, p. 49, la misma noción del «periculum in mora», la propia indeterminación, evita un rígido encuadramiento. Sin embargo, para convertirse en presupuesto de la medida cautelar atípica debe identificarse en un hecho perjudicial, inminente e irreparable.
82. ROCCO, *Trattato...*, V, p. 411.
83. MONTESANO, *I provvedimenti...*, pp. 78 y 79.
84. ARIETA *I provvedimenti...*, p. 133; PROTO PISANI, *I provvedimenti...*, en «Appunti...», p. 389.
85. No obstante esta unanimidad teórica, la inminencia del perjuicio ha planteado en Italia, como señala PROTO PISANI, ob. y lug. cit. nota anterior, una pro-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

El daño se califica, no sólo en relación al tiempo dentro del cual podrá sobrevenir, sino también respecto a su irreparabilidad o irremediabilidad.[86] Mucho más complejo aparece este segundo aspecto del perjuicio. Si del carácter inmediato podía predicarse una uniformidad doctrinal, tal unanimidad desaparece a la hora de conceptuar la irreparabilidad.[87]

La imprecisión del legislador, exigiendo del intérprete una noción sobre el significado de «perjuicio irreparable»,[88] permite a su vez una diversidad de conceptuaciones [89] que básicamente se sitúan entre dos extremos. Por un lado si se entiende este requisito en un sentido absoluto –como «impedimento para el ejercicio y para el goce del derecho»–, sólo respecto a «derechos absolutos, en el sentido amplio de situaciones jurídicas exclusivas, cualquiera que sea su carácter», puede afirmarse su concurrencia puesto que únicamente la violación de los mismos», determina, si es mantenida o prolongada durante toda la pendencia del proceso un irreparable perjuicio.[90] La crítica no se hace esperar, se contarían con los dedos de una mano y sobrarían los supuestos en que puede concederse una medida cautelar al amparo del art. 700 CPC.[91]

Por otra parte, y dando justificación teórica a una práctica jurisprudencial que aplica este presupuesto con enorme flexibilidad, se sostiene, aunque desde distintas perspectivas, la relatividad del concepto «perjuicio irreparable» excluyéndose así interpretaciones restrictivas.

Entre ellos podemos citar a Coniglio [92] para quien el secreto estaría en contemplar justamente, con equidad, los intereses del solicitante para tutelar en tiempo útil su derecho, con los intereses de la parte gravada por la medida cautelar para no soportar más que los límites absolutamente

blemática muy importante en torno a las formas de tutela admitidas en su ordenamiento jurídico, refiriéndose en concreto a la llamada tutela preventiva de carácter general o atípica. Sobre ello, además RAPISARDA, *Tutela Preventiva, inibitoria cautelare ex art. 700 CPC ed inibitoria finale*, en RD Processuale 1986, pp. 138 a 149.

86. ROCCO *Trattato...*, V, p. 411.

87. Puede verse PROTO PISANI, *I provvedimenti...*, en «Appunti...», pp. 377 a 380, quien recoge al menos tres tesis sobre este requisito. También ARIETA, *I provvedimenti...*, pp. 126 a 129.

88. ANDRIOLI, *Commento...*, IV, p. 250.

89. Ahora bien, lejos de estar ante un problema simplemente teórico, las consecuencias prácticas que de él se derivan son de tal importancia que al fijar el concepto están ampliando o reduciendo el propio ámbito del «provvedimento d'urgenza».

90. SATTA, *Manual de Derecho Procesal Civil*, II, traducción Sentís Melendo, Buenos Aires 1971, p. 232.

91. Esta es al menos la opinión de ANDROLI, *Commento...*, IV, p. 250. Independientemente de ella, la práctica totalidad de autores coinciden en señalar el carácter restrictivo de la tesis mantenida por SATTA.

92. CNIGLIO, *Sui provvedimenti..., en «Studi...», I, p. 326.*

necesarios de la medida misma. Montesano,por su parte, al igual que Rocco,[93] después de rechazar la tesis primera argumentando que el daño sería siempre resarcible, o por equivalente económico o mediante resarcimiento en forma específica, se inclina por considerar cumplido este presupuesto siempre que, en la inevitable mora del proceso principal, el actor no pueda servirse de medio alguno lo suficientemente eficaz como para defenderse de la situación de inferioridad que deriva del daño amenazador. Rocco,[94] sin embargo, a pesar del punto de partida común, entiende que perjuicio irreparable será aquel que ocasiona la total abolición del interés tutelado por el derecho objetivo o una gran disminución del interés mismo, con tal que el hecho violador del derecho se verifique.[95]

Bajo otro punto de vista, Andrioli [96] considera la irreparabilidad como existente no sólo cuando la reintegración por equivalente no es posible, sino también en los casos en que el resarcimiento –y los otros remedios excepcionalmente suministrados por la ley– no valen en concreto para actuar íntegramente el derecho deducido en juicio. Dos son según este mismo autor, los tipos de circunstancias impeditivas de esta satisfacción integral del derecho que debería procurarse en el proceso principal. Por un lado, los obstáculos atienden a la determinación del equivalente [97] y, por otro, a la idoneidad del demandado a prestar el equivalente.[98]

Mediante esta conceptuación se consigue ampliar, ciertamente, el ámbito del «provvedimento d'urgenza», de ahí que en los últimos tiempos esté siendo acogida de forma favorable por la doctrina italiana [99] que, sin embargo, llama la atención sobre un aspecto olvidado. Ya Coniglio [100] hablaba de la conveniencia de tener en cuenta los intereses del solicitante

93. *ROCCO Trattato...*, V, p. 411.

94. ROCCO, ob. y lug. cit. nota anterior.

95. Las diferencias entre uno y otro se ponen de manifiesto en las conclusiones respectivas. Para MONTESANO *I provvedimenti...*, p. 79, su concepto de irreparabilidad confirma la idea según la cual sólo son tutelables por el art. 700 CPC los derechos que tengan por objeto o tiendan a conseguir un bien infungible; contrariamente ROCCO, *Trattado...*, V, p. 412, criticando dicha concepción, señala que el legislador habla de cualquier derecho, no limitando la aplicabilidad de la norma a dichas obligaciones.

96. ANDRIOLI, *Commento...*, IV, p. 251.

97. La determinación del equivalente implica, según este mismo autor, tres órdenes de problemas, individualización del daño –que constituye la consecuencia inmediata y directa del ilícito–, previsibilidad y prueba de su montante.

98. Dependiendo lógicamente de las condiciones patrimoniales del sujeto pasivo y del montante del «tantundem». ANDRIOLI, ob. y lug. cit. notas anteriores.

99. Véase PROTO PISANI, *I provvedimenti...*, en «Apunti...», pp. 379 y 380; ARIETA, *I provvedimenti...*, pp. 127 a 129 y AIELLO, *I provvedimenti...*, en «Les mesures provisoires...», pp. 266 a 268.

100. CONIGLIO, *Sui provvedimenti...*, en «Studi...», I, p. 326.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

y los de la parte gravada a la hora de apreciar el requisito de la irreparabilidad del perjuicio. Recientemente Proto Pisani [101] ha puesto de manifiesto la necesidad de recuperar la importancia de la persona, del titular del derecho, señalando que seguir anclados en la letra de Ley –considerando el perjuicio con exclusiva referencia al derecho y no también y sobre todo a la persona titular de ese derecho– significa la incapacidad de todos los criterios elaborados y elaborables para desarrollar aquella finalidad de efectividad a la cual debe servir por definición el «provvedimento d'urgenza».

Como tercer y último presupuesto se ha venido considerando la fianza, requisito con el cual se pretende salvaguardar eventuales daños y perjuicios que se causen al sujeto pasivo por una medida infundada.

La regulación legal anterior omitía cualquier referencia a la exigencia de caución para la concesión de un «provvedimento d'urgenza». Normas generales y especiales, sin embargo, permitieron al órgano jurisdiccional imponer discrecionalmente al solicitante de la cautela la prestación de una fianza, con la que poder responder ante una posible indemnización.[102] La doctrina, por su parte, después de señalar la prudencia que debía estar presente en toda adopción de una medida cautelar,[103] se preguntaba sobre los remedios que podrían utilizarse para conjurar los peligros inherentes a la misma. Entre ellos, se hacía referencia [104] a la constitución de una caución. Ahora bien, aunque no se dudaba que la fianza fuera un instru-

101. PROTO PISANI, *I provvedimenti...*, en «Apunti...», pp. 380 a 384, indicando, a continuación, los derechos respecto de los cuales pueda surgir un perjuicio irreparable desde el punto de vista del solicitante. Derechos de contenido y función no patrimonial, y entre ellos principalmente los referentes a la personalidad y a la libertat constitucionalmente protegida; derechos de contenido patrimonial pero de función no patrimonial en cuanto que garantizan el goce de una situación de libertad o la satisfacción de necesidades primarias que no pueden ser satisfechas de otra manera; y, por último, derechos de contenido y función exclusivamente patrimonial en los cuales se produce un desajuste entre el daño sufrido y el daño compensado supuesto típico sería el de la competencia desleal.

102. En concreto, sería aplicable el art. 674 CPC –que autorizaba para el secuestro la imposición de una caución con la que hacer frente a un eventual resarcimiento de daños y costas–, y el art. 119 CPC –que con carácter general señala los aspectos que debe contener la resolución exigiendo fianza–. Sobre la aplicabilidad entonces del art. 674 CPC puede verse ARIETA, *I provvedimenti...*, pp. 159 y 160.

103. Se dirá que la prudencia debe ser primordial sobre todo cuando la cautela se proyecta sobre la esfera del sujeto pasivo. No debemos olvidar que entre las medidas cautelares el legislador italiano incluye la anticipación de la prueba.

104. Así TARZIA, *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, en RD Processuale 1985, p. 252.

mento de garantía,[105] una medida de atemperación contra los abusos de la cautela,[106] sin embargo, nadie sostenía su exigibilidad con carácter general. Al contrario, se entendía que la prestación indiscriminada de caución podía actuar como freno, y, en consecuencia, no debía recurrirse a ella con excesiva facilidad para no frustrar el mismo funcionamiento de la tutela cautelar.[107]

Así las cosas, la nueva regulación se refiere expresamente a la fianza, estableciendo en el art. 669-undecies la posibilidad de imponer el juez en su resolución, valoradas las circunstancias que concurren, una caución al demandante para el eventual resarcimiento de los daños. Poco por no decir nada aporta esta disposición a la situación anterior respecto al art. 700.[108] Seguimos estando ante una exigencia discrecional de fianza cuyo único punto de referencia es la valoración de todas las circunstancias, en clara alusión a un examen comparativo de las respectivas posiciones de las partes.[109] Al respecto se señalaba,[110] aunque es perfectamente defendible con la reforma, que el Juez podía hacer uso del poder de imponer caución sobre todo en dos hipótesis, cuando se trataba de medidas anticipativas o sus efectos vinieran caracterizados por una irreversibilidad al estado anterior.

Determinándose la imposición de una caución, existe, en principio, libertad de forma,[111] inclinándose los diversos autores por la garantía bancaria al ser «igualmente segura, moderna en la técnica y poco onerosa para quien la presta».[112]

105. PAJARDI, *La ideologia ispiratrice dei provvedimenti d'urgenza in generale. I provvedimenti cautelari. La provvisoria esecuzione*, en «Les mesures provisoires...», p. 299.

106. CONIGLIO, *Sui provvedimenti...*, en «Studi...», I, p. 332.

107. CONIGLIO, ob. y lug. cit. nota anterior.

108. Sin embargo, debe reconocerse su gran aportación en el sentido de uniformar la aplicación discrecional de caución a todas las medidas cautelares.

109. El órgano jurisdiccional deberá examinar los intereses contrapuestos de quien por un lado solicita la cautela y, por otro está sujeto a ella. Véase FAZZALARI, *Intervento*, en «Les mesures provisoires...», p. 282.

110. Véase ARIETA, *I provvedimenti...*, pp. 161 y 162.

111. El art. 86 RD n.º 1368, de 18 de diciembre de 1941, Disposizione per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, señala que, salvo que haya sido diversamente dispuesto por el Juez en virtud del art. 119 del Código, la caución debe ser prestada en dinero o en títulos de deuda pública, en el modo establecido para los depósitos judiciales. Deja pues en libertad al órgano jurisdiccional, pudiendo éste imponer según GRASSO, en *Commentario del Codice di procedura civile*, dirigidos por Allorio, I, Torino 1973, p. 1338, tanto una garantía real como personal.

112. PAJARDI, *La ideología...*, en «Les mesures provisoires...», p. 299.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En cuanto a la relación caución-medida cautelar, nos dice Arieta,[113] es indudable considerar a la primera como elemento de eficacia de la segunda, en el sentido de que el «provvedimento d'urgenza» no pueda tener efecto alguno en caso de falta de prestación de la caución por parte del sujeto obligado. Esta idea parece presidir el art. 669-novies p. III. Lo curioso es, sin embargo, que la imposición de fianza no sólo se realiza en el momento de emitir la resolución, sino también puede exigirse posteriormente,[114] incluso cuando la medida en sí ya se haya llevado a efecto, complicándose, lógicamente, no sólo la conceptuación de la fianza como presupuesto de adopción, o más exactamente como condición de eficacia de medidas cautelares, sino también su propia efectividad.[115]

III. Medidas posibles. Su individualización a través de la conformidad con la finalidad de asegurar la efectividad de la Sentencia

Sin distinción legal alguna, cualquier referencia a las medidas posibles pasa por elaboraciones doctrinales.[116] Para su individualización, el legislador [117] sólo ofrece la regla –no formal pero sí instrumental– de conformidad con la finalidad de asegurar los efectos de la sentencia principal.[118] De este modo, cualquier intento en la fijación del contenido del «provvedimento d'urgenza» va a exigir realizar una doble labor, por un lado determinar los efectos posibles, por otro señalar los límites a que están sometidos.

113. Arieta, *I provvedimenti...*, p.162.

114. En este sentido el art. 669-undecies se refiere no sólo a su posible imposición en resoluciones adoptando la medida, sino también cuando ésta es confirmada o modificada.

115. Al respecto, Arieta ob. cit. nota anterior, pp. 162 y 163, señala como solución posible, el poder del Juez de modificar o incluso revocar la cautela ya emitida.

116. Nuevamente se pone de manifiesto la atipicidad del precepto al dejar sin determinar la medida concreta que pueda concederse. Es cierto que la función de norma de clausura atribuida al art. 700 CPC dificulta la individualización, como sucede en la regulación de cautelas típicas, de las posibles medidas. Sí, si hubiera permitido una enumeración a modo ejemplificativo, pero, su falta unida a la extrema elasticidad con que está concebido obliga al intérprete a efectuar construcciones teóricas que, aunque diferentes entre ellas, suelen tener una estructura común. Véase Proto Pisani, *I provvedimenti...*, en «Appunti...», p. 391.

117. El art. 700 CPC respecto al contenido de la resolución cautelar se limita autorizar, de forma similar a nuestro art. 1428 LEC, *I provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanza piú idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito*».

118. Andrioli, *Commento...*, IV, p. 261.

Respecto a los efectos o consecuencias conformadoras del contenido [119] de la resolución de urgencia, la doctrina italiana se plantea –en estrecha conexión con otros temas como función o peligro– la amplitud que deba darse a la expresión legal.

Ninguna duda existe con relación a contenidos de carácter conservativo tendentes a evitar que durante el tiempo necesario para el desarrollo del proceso ordinario se produzca un cambio tal en la situación que haga imposible, o dificulte más, la realización del derecho.[120] Si originariamente la función a cumplir por la tutela cautelar era la mera conservación es lógico entender que hoy el «provvedimento d'urgenza» tiene o puede tener efectos conservativos.

Pero la duración del proceso no implica únicamente una posible alteración en la situación litigiosa. El tiempo que media entre su iniciación y la sentencia puede hacer imposible la efectividad de esta última, al concurrir peligros adicionales, diferentes del clásico «periculum» de infructuosidad. Si la tutela cautelar responde al principio [121] por el cual la mora necesaria para resolver justamente no debe causar daño al actor que tiene razón, es evidente, señala Andrioli,[122] que el más seguro y a veces siempre remedio consista en anticipar, en vía de urgencia, la producción de los efectos de la resolución final.

Aunque la moderna doctrina italiana se inclina, con alguna excepción, por entender que la anticipación no es extraña a la finalidad a la cual tiende a tutela cautelar,[123] una afirmación tan rotunda como la anterior precisa ser matizada en una doble dirección.

Por un lado, indicando que sea cual sea la postura –amplia o restrictiva– que se adopte sobre los efectos de las medidas cautelares, no debe nunca olvidarse que muchas de las consecuencias jurídicas que de ellas se derivan son simplemente conservativas. Por otro, diferenciando la verdadera función a cumplir por el «provvedimento d'urgenza» de la función puramente anticipatoria. En el primer caso, el órgano jurisdiccional después de examinar los requisitos del art. 700 CPC emite aquella resolución

119. Ortells, *Derecho Jurisdiccional*, II-2.º, con Montero, Gómez Colomer, Monton, p. 268.

120. Tarzia, *Considerazioni...*, en RD Processuale 1985, p. 245.

121. Recientemente reconocido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia «Factortame» de 19 de junio de 1990, (Recueil de la Jurisprudence de la Cour et du Tribunal de première instance, 1990-6, pp. 2433 a 2475).

122. Andrioli, *Commento...*, IV, p. 261.

123. Así Andrioli, *Commento...*, IV, p. 261; Fazzalari, *intervento*, en «Les mesures provisoires...», pp. 280 y 281; Pajardi, *La ideología...*, en «Les mesures provissoires...», pp. 295 y 296 y Frisina, *La tutela...*, en RD Processuale 1986, p. 378.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que parezca según las circunstancias más idóneas para asegurar la efectividad de la decisión de fondo. En el segundo, el Juez se limita a determinar el contenido de la futura sentencia sustituyendo al propio juzgador del proceso principal.[124] El resultado podría ser el mismo, pero, como señala Arieta,[125] la eventual coincidencia de efectos entre la medida cautelar dispuesta y la resolución de fondo, si bien no puede ser excluida «a priori», deberá estar justificada y suficientemente motivada por la realización de la finalidad cautelar que se pretende.

En consecuencia, deberíamos concluir afirmando que la estructura funcional del art. 700 CPC es tan elástica [126] que permite «provvedimenti d'urgenza» de efectos tanto conservativos como anticipatorios. Ahora bien, hay que ser conscientes que en nombre del principio de efectividad no puede, ni debe, crearse un proceso sumario que de forma alternativa esté en condiciones de realizar por medio de un pronunciamiento, a menudo de efectos irreversibles, el derecho probable del solicitante.[127] La elasticidad del precepto es grande, pero no lo suficiente como para permitir semejante alteración que supondría la rotura de todos los esquemas para los que fue concebido.

Partiendo, pues de una interpretación amplia de la expresión legal, comprensiva tanto de efectos conservativos como anticipatorios, el problema fundamental que se plantea es el de sus límites. Alguno de ellos impuesto por el mismo legislador ya han sido examinados,[128] otros previstos o no en la norma deben ser en este momento señalados, teniendo en cuenta que la problemática principal gira en torno a la medida anticipativa sin perjuicio de que los límites vengan referidos a cualquier tipo de efecto.

En primer lugar, opinión constante y unánime, tanto a nivel teórico como jurisprudencial, es entender que criterio básico, y por tanto límite en la determinación de la cautela, en el cual debe inspirarse el «provedimento d'urgenza», es el de la idoneidad con la futura decisión de fondo.[129]

124. ARIETA, *I provvedimenti...*, p. 154.
125. ARIETA, ob. cit. nota anterior, p. 155.
126. ANDRIOLI, *Commento...*, IV, p. 261.
127. TARZIA, *Considerazioni...*, en RD Processuale 1985, p. 249.
128. Que la potestad cautelar de urgencia del Juez tiene su razón de ser cuando la ley no prevé una medida cautelar típica, CONIGLIO, *Sui provvedimenti...*, en «Studi...», I, p. 320, que la medida debe adoptarse en relación a derechos hechos valer en vía ordinaria son limitaciones que más que al contenido afectan a las situaciones jurídicas cautelables.
129. ARIETA, *I provvedimenti...*, p. 58. TOMMASEO, por su parte, subraya la importancia que, a los fines de individualización de los límites dentro de los cuales debe ser ejercitado el poder del Juez, presenta la necesidad de estructurar la medida pedida con relación al probable contenido de la sentencia de fondo, *I provvedimenti...*, p. 217.

Manifestación de la instrumentalidad y en línea con otros preceptos del código,[130] la idoneidad significa la obligación de adoptar aquella medida que, aunque indeterminada, sea apta para poder realizar la función encomendada. No puede concederse cualquier cautela, sólo aquella que parezca idónea para el objeto señalado. Se establece por tanto una libertad limitada [131] que a la vez que marca la diferencia con las medidas típicas, configura un marco legalmente admisible.[132]

El segundo límite sobre todo referido al «provvedimento d'urgenza» de contenido anticipativo, se encuentra en la necesaria presencia de las características que conforman toda tutela cautelar.

Ciertamente como señala Montesano,[133] la realidad social de hoy en Italia demuestra la utilidad, la necesidad de una cautela que tenga la elasticidad, el contenido y esfera de aplicación del art. 700 CPC. Ahora bien, para no convertirla en una resolución sumaria de contenido satisfactivo y con función alternativa respecto al ordinario proceso de cognición, es necesario que estén presentes la instrumentalidad y la provisionalidad, caracteres que distinguen desde el punto de vista estructural las medidas cautelares.[134]

No debemos confundir, pese a aparecer la instrumentalidad en el apartado interior, una y otra limitación. Allí se manifestaba permitiendo sólo la adopción de medidas que fueran idóneas para asegurar los efectos del proceso principal, se pretendía la constitución regular de la relación instrumental. Aquí, por el contrario, se intenta impedir la suplantación de dicha relación «por la consecución directa de aquella tutela judicial respecto a la cual el «provvedimento d'urgenza» debe sólo funcionar de instrumento».[135]

Está claro, como señala Mandrioli [136] que esta tentación de suplantación es tanto más fuerte cuanto más lenta es la vía de la justicia ordinaria. Y

130. En concreto, art. 121 y 131.2 CPC. Véase ANDRIOLI, *Commento...*, IV, p. 261.
131. CORMIO, *Art. 131. Forma dei provvedimenti in generale*, en «Commentario...» dirigido por Allorio, I-2, p. 1392.
132. Como señala ROCCO, *Trattato...*, V, p. 401, el contenido indeterminado del art. 700 CPC remite para su fijación al criterio discrecional del Juez, el cual podrá formar su resolución apreciando la idoneidad de la misma para servir al particular fin cautelar que la naturaleza del interés, el peligro que le amenaza y las particulares circunstancias mejor lo aconsejen.
133. MONTESANO, *Problemi...*, en RD Processuale 1985, p. 235.
134. FRISINA, *La tutela...*, en RD Processuale 1986, p. 991. En el mismo sentido BIAVATI, *Tecniche di tutela del terzo nei procedimenti cautelari*, en RTD Processuale 1986, p. 54.
135. MANDRIOLI, *I provvedimenti d'urgenza: Deviazioni e proposte*, en RD Processuale 1985, p. 667.
136. MANDRIOLI, ob. y lug. cit. nota anterior.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

así algún autor [137] ha llegado a decir que «una anticipación ponderada es susceptible de cerrar la litis, pudiendo ser uno de los remedios, quizá el único serio, de la crisis del proceso civil, desde el punto de vista de los instrumentos, ciertamente, no de los hombres que están educados de forma diversa». Desde nuestro punto de vista esta opinión excede con mucho el ámbito permitido y permitible del art. 700 CPC.[138] La tutela cautelar debe ser provisional e instrumental y nunca puede aspirar «a priori» a ser definitiva.[139]

Por último, aunque lógico, se suele señalar un tercer límite al contenido de la resolución de urgencia. Esta, dentro de su atipicidad, deberá siempre tener en cuenta las disposiciones constitucionales de modo tal que nunca podría producir efectos lesivos para los derechos fundamentales del destinatario de la medida cautelar.[140]

En numerosas ocasiones ha sido mencionado el sujeto pasivo de la medida, ahora nos debemos referir nuevamente a él, puesto que la doctrina plantea la posibilidad de una nueva limitación en base al daño que con la medida se le puede causar.

Al respecto Tommaseo [141] se pregunta, qué clase de tutela jurisdiccional es aquella que, para evitar un perjuicio irreparable al derecho del demandante, puede, y legítimamente puede, provocar un perjuicio, también irreparable para el derecho del sujeto pasivo. Como veremos más adelante, el órgano jurisdiccional a la hora de adoptar la concreta cautela debe tener presente los intereses de ambas partes y «usar con moderación este potente instrumento que la ley le ha proporcionado». Pero ello no significa que estemos ante un nuevo límite estructural que imposibilite el acceso al «provvedimento d'urgenza» cuando la medida perjudique de hecho al sujeto pasivo. Si ello fuera así desaparecerían, si no todas, sí la mayoría de las cautelas posibles.

137. FAZZAALRI, *Intervento*, en «Les mesures provisioires...», p. 281.
138. La anticipación, como veíamos, es posible en tanto en cuanto sea la forma idónea para asegurar la efectividad de la futura sentencia; pero no podrá conseguirse por vía del «provvedimento d'urgenza» la extinción total y definitiva del conflicto. No debemos olvidar que presupuesto para su concesión es un simple «fumus boni iuris» y no la certeza del derecho.
139. TOMMASEO, *Intervento*, en «Les mesures provioires...», p. 305, pone de manifiesto cómo la jurisprudencia italiana ha apreciado en su justo valor la regla normativa de la provisionalidad, entendiéndola en su radical inidoneidad para dar aquella estabilidad e inmutabilidad formal que es propia de la resolución que realiza una función declarativa, una función dirigida a la verificación, con autoridad de cosa juzgada del derecho en disputa.
140. Salvo en los casos previstos por la ley. Sobre ello ampliamente PROTO PISANI, *I provvedimenti...*, en «Appunti...» p. 397.
141. TOMMASEO, *Intervento*, en «Les mesures provisoires...», p. 306.

El Juez tenderá a disponer aquellas medidas de contenido y efectos jurídicamente reversibles;[142] pero no debemos olvidar que el solicitante se ampara en la apariencia de buen derecho y como se ha dicho [143] la ética del «provvedimento d'urgenza» consiste en sacrificar la improbabilidad a la probabilidad.

Quedaría incompleto el panorama de las medidas cautelares posibles al amparo del art. 700 CPC si no descendiéramos, aunque brevemente, a la práctica cotidiana; si no diéramos algunos ejemplos de los campos donde el precepto encuentra mayor aplicación; si no hiciéramos, en definitiva, referencia a las cautelas concretas que han sido concedidas.

Siguiendo con la clasificación que venimos manejando, no es fácil, aunque parezca paradójico, encontrar «provvedimenti d'urgenza» de carácter conservativo. La razón es sencilla. Si bien pueden cumplir ambas funciones –conservativa y anticipativa–, «sin embargo de hecho, y dado que las medidas típicas otorgan una tutela cautelar casi completa contra el peligro de infructuosidad, el sector en el cual el art. 700 CPC está llamado más frecuentemente a operar es aquel de la tutela anticipatoria».[144]

No obstante, los órganos jurisdiccionales han adoptado resoluciones de urgencia conservativas sobre todo en aquellos supuestos en los que por falta de presupuestos la cautela típica no procedía. Así, la «Corte Constituzionale» en su decisión de 9 de julio de 1970 (n.º 122) reconoció explícitamente que «el art. 700, por la elasticidad de su contenido, faculta al Juez para adoptar la resolución que le parezca más congruente respecto al fin de asegurar provisionalmente los efectos de la decisión de fondo y no existe duda que en tan genérica previsión pueda comprenderse también el secuestro preventivo, cuando no se trata de uno de los secuestros típicos disciplinados por el art. 670 y ss. del mismo código».[145]

En la misma dirección el Tribunal de Turín va a conceder, por resolución e 31 de julio de 1951, la suspensión de los trabajos para la construcción de un tendido eléctrico destinado a atravesar una zona de parque natural. Aunque fuertemente criticada –debía haberse acudido a la denuncia de obra nueva–, el órgano jurisdiccional justificó su decisión en base a la irreparabilidad del perjuicio que se producirá respecto de la flora y fauna del recinto».

142. FRISINA, *La tutela...*, en RD Processuale 1986, p. 993.
143. TOMMASEO, *Intervento*, en «Les mesures provisoires...», p. 307.
144. PROTO PISANI, *I provvedimenti...*, en «Appunti...» p. 397.
145. Recogido por PROTO PISANI, ob. cit. nota anterior, p. 392.
146. La propia mención y su crítica en MONTESANO, *I provvedimenti...*, p. 98 y 99.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Fuera de estos supuestos también han sido adoptadas medidas de carácter conservativo sobre todo en relación a derechos de la personalidad. La aplicación de franjas en una determinada publicidad para no reconocer a cierta persona cuya imagen salía sin su previo consentimiento, el impedir la difusión de una novela cuando uno de sus personajes, puesto en ridículo, tenia un asombroso parecido con una persona de la vida real, o la retirada de algunos fotogramas de un documental televisivo [147] son ejemplos de cautelas no propiamente anticipativas que «se dirigen a mantener el "status quo" previo al conflicto, en espera de lo que se resuelva en la sentencia principal».[148]

Como vemos no es imposible acceder a la tutela cautelar conservativa a través del art. 700 CPC, pero es y será innegable que los efectos anticipativos constituyen la mayor parte del contenido de la resolución provisional.[149] Entre ellas pueden destacarse, las relativas a competencia desleal donde la inmediata cesación de las ventas de un determinado artículo por violación de la misma opera necesariamente anticipando la decisión de fondo.[150]

Del mismo modo, la protección de derechos fundamentales, en cuanto suponen una obligación, general o particular –de hacer o no hacer–, implican una anticipación necesaria si se quiere asegurar la efectividad de la sentencia final.[151]

En estos casos y en otros similares el peligro de tardanza ha justificado resoluciones como la de la Pretura de Roma (4 de junio de 1980), acogiendo la solicitud de algunos inválidos para eliminar los efectos dañosos que para ellos suponían las barreras arquitectónicas,[152] o la del Pretor de Arona, de 26 de agosto de 1964, ordenando la disponibilidad de una dársena en consideración a la pendencia del período estival.[153] Incluso, se ha llegado a disponer, por la Pretura de Roma en resolución comentada por Frisina [154] de 31 de julio de 1986, el pago de una suma de dinero en tanto en cuanto necesario para obviar el perjuicio causado a una empresa cuyas

147. SATTA, *Manual...*, traducción Sentís Melendo, p. 232.
148. ORTELLS, *Derecho Jurisdiccional*, II-2.º, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER, MONTON, p. 269.
149. PROTO PISANI, *I provvedimenti...*, en «Appunti...» p. 393.
150. MONTESANO, *I provvedimenti...*, p. 107.
151. Sobre la problemática del «provvedimento d'urgenza» y la tutela de los derechos de libertad, puede verse ampliamente PROTO PISANI, *I provvedimenti...*, en «Appunti...» p. 400 a 406.
152. PROTO PISANI, ob. cit. nota anterior, p. 396.
153. SATTA, *Manual...*, II., traducción Sentís Melendo, p. 231.
154. FRISINA, *La tutela...*, en RD Processuale 1986, p. 973 a 1002.

gravísimas dificultades financieras impedían hacer frente a sus propias obligaciones, en particular las derivadas de las relaciones laborales.[155]

IV. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

El proceso para la adopción de una medida cautelar al amparo del art. 700 CPC se encontraba regulado en los dos preceptos inmediatamente siguientes. Calificada de esquelética [156] dicha regulación, hoy, derogados ambos por el art. 89.1 de la Ley de 26 de noviembre de 1990, ha sido sustituida por lo dispuesto con carácter general en la futura sección primera (art. 74 de dicha Ley). En ella se sientan las bases uniformadoras de aspectos tales como competencia, actividad procedimental, resolución de la medida cuatelar y relaciones de la misma con el proceso principal. A todos ellos debemos referirnos ahora.

En primer lugar, y con relación al órgano jurisdiccional competente para emitir «provvedimenti d'urgenza» [157] (o cualquier otra resolución cautelar), la nueva Ley va a partir de una norma de competencia funcional, atribuyéndola a aquel que esté conociendo o vaya a conocer del proceso principal. De este modo y aunque se diferencie según se haya, o no, iniciado dicho proceso o exista cláusula compromisoria,[158] toda su filosofía radica en una identificación del órgano competente para conocer del proceso principal y de la medida cautelar.[159] Sin embargo, en ciertos casos, esta identificación no va a ser posible y a ello responden la práctica totalidad de excepciones recogidas por el legislador.

Dejando a un lado aquellos supuestos en que, a pesar de corresponder la competencia para el «giudicio di merito» al conciliador (art. 7 CPC), la ley exige que sea el pretor el que conozca de las solicitudes cautelares [160]

155. Los ejemplos son mucho más numerosos. Pudiéndose citar entre ellos, la orden dada a un empresario teatral de abstenerse de realizar cualquier acto que impidiera la radio difusión de un concierto; la autorización de paso a través de un fundo cuya servidumbre era discutida, o el cumplimiento de una obligación de consignar mercancías. MONTESANO, *I provvedimenti* p. 87 a 108.
156. PROTO PISANI, *I provvedimenti...*, en «Appunti...» p. 361.
157. Sobre la regulación anterior puede verse MUSCARDINI, *Giurisdizione e competenza*, en «I procedimenti...», p. 177 a 194.
158. Art. 669-ter, 669-quater y 669-quinquies, respectivamente.
159. Identificación que se extiende más allá de la primera instancia, en concreto a la apelación tal y como dispone el art. 669-quater.IV. En este supuesto, sin embargo, los problemas no son tanto de competencia como de acceso a la propia tutela cautelar dada la nueva previsión de ejecución provisional. Sobre ello PROTO PISANI, *La nuova...*, p. 335 a 339.
160. Tanto «ante causam» como posteriores a la interposición de la demanda. La justificación es señalada por CONSOLO, LUISO, SASSANI, *La riforma...*, p. 439, reservar a un juez profesional el conocimiento de toda la tutela cautelar.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

(art. 669-ter. II y quater. III), la primera excepción proviene de la extensión que se establece en materia cautelar respecto de la jurisdicción italiana cuando fuera competente para conocer del proceso principal un órgano extranjero. Del mismo modo que nuestro art. 22.5.º LOPJ, los arts. 669-ter. III y quater. V atribuyen la competencia a los tribunales italianos con independencia de que la tengan o no para el proceso principal.[161]

La segunda tiene su origen en otra regla cual es la atribución a los tribunales del orden judicial civil de la competencia genérica en medidas cautelares. Y en este sentido aun cuando la acción civil haya sido ejercitada o transferida al proceso penal va a continuar siendo competencia de los órganos jurisdiccionales civiles el conocimiento de la medida cautelar.[162] Sólo existe como excepción el supuesto previo por el art. 316.2.º CCP.[163]

Por último, el art. 669-quinquies se refiere a la existencia de una cláusula compromisoria, compromiso o pendencia del juicio arbitral. Dado que en estos supuestos el juzgar puede quedar en manos del árbitro y no así la adopción de medidas cautelares que deben ser siempre realizadas por órganos jurisdiccionales, el legislador prevé la atribución de competencia al órgano que objetiva y territorialmente lo fuera para conocer del proceso principal si la jurisdicción debiera entender del mismo.

Respecto a las partes intervinientes, y aunque sin fundamento legal expreso, se suele advertir sobre el paralelismo existente entre los legitimados activa y pasivamente para el proceso principal y para la medida cautelar.[164] Es evidente que quien afirma tener un derecho frente a una cierta persona y en base a él inicia o va a iniciar un proceso debe ser el solicitante de la cautela que, precisamente, irá dirigida contra el sujeto obligado, demandado o a punto de serlo. Si la relación instrumental une ambos tipos de tutela –cautelar y principal–, de forma tal que la primera asegura la efectividad de los resultados de la segunda, parece lógico que la medida se emita en favor y en contra de las mismas partes protagonistas del «giudizio di merito».[165]

161. En este último caso la solicitud cautelar deberá proponerse ante el juez, objetivamente competente por la materia o cuantía, del lugar en el cual debiera ser seguido el procedimiento cautelar.

162. Aplicándose la norma anterior para su determinación.

163. Se refiere al secuestro de los bienes del imputado o del responsable civil cuando existe fundado motivo de que las garantías de las obligaciones civiles derivadas del delito puedan faltar o destruirse.

164. Se indicará la improcedencia de adoptar medidas cautelares contra personas ajenas al proceso principal. En este sentido ANDRIOLI, *Commento...*, IV, p. 263 y 264. señala que el destinatario de la resolución cautelar debe participar en el proceso principal, excluyendo la posibilidad de adoptar medidas contra terceros y recientemente SALVANESCHI, *La domanda e il procedimiento*, en «I procedimenti..., p. 196 a 198.

165. ARIETA, *I provvedimenti...*, p. 261.

Legitimado activamente y por tanto solicitante del «provvedimento d'urgenza», será, según el art. 700 CPC. «Chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in vía ordinaria, questo qua minacciato da un pregiudizio inminente e irreparabile».[166]

Del propio texto legal se deduce, además, que no existe posibilidad alguna de concesión de medidas cautelares sin esa previa solicitud de parte. En ningún caso podrá, por tanto, adoptarlas el órgano jurisdiccional de oficio, siendo necesario «chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza».[167]

Entrando ya en la propia actividad procedimental, ésta comienza por demanda, «ricorso», que, en virtud de lo dispuesto en el art. 669-bis CPC, deberá depositarse en la secretaría del juez competente.

Ahora bien, si el legislador establece la forma de la solicitud, lo acabamos de ver –«ricorso»– y el momento [168] –con anterioridad al «giudizio di merito» o durante la pendencia del mismo–, no existe en la nueva regulación indicación alguna sobre los aspectos que debe contener. Aplicando normas generales, referencias obligatorias, tal y como prevé el art. 125 CPC, serán órgano jurisdiccional, partes, objeto, fundamentos y petición.[169] Teniendo en cuenta, además, que dada la naturaleza de este tipo de solicitud no sólo será necesario la determinación del interés tutelado –del cual el peticionario se afirma titular–, sino también deberá suministrarse «aquellos elementos que, "prima facie", puedan formar en el Juez una opinión de credibilidad a través de una cognición sumaria y deliberativa». Del mismo modo, a la afirmación de la posibilidad o pro-

166. Nos dice ROCCO, *Trattato...*, V, p. 402, que «legitimado activamente será aquel que, afirmándose titular de un interés protegido por el derecho objetivo, tiene fundado temor de que de una de acción u omisión de otro sujeto, pueda derivarse un daño inminente e irreparabe que haga desaparecer o disminuir el interés mismo. Legitimado pasivamente es aquel que con la propia acción u omisión puede ser autor de un daño inminente e irreparable». Sobre una posible legitimación del tercero, interventor adhesivo simple (art. 105 II CPC), véase ARIETA, *I provvedimenti...*, p. 271 a 274.

167. La unanimidad doctrinal en este punto es total. Ejemplo de ello en TOMMASEO, *I provedimenti...*, p. 218, «en el sistema procesal vigente (italiano) el poder de iniciar el proceso cautelar compete exclusivamente a la parte, como se determina pacíficamente por la misma disciplina normativa, en la cual es extraña la posibilidad de que el juez de oficio pueda predisponer medidas cautelares».

168. Aunque de forma indirecta al tratar de la competencia.

169. DNI, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile*, Milán 1961, p. 305, señala que contenido de la solicitud será, además de los requisitos del art. 125 CPC, las razones de la existencia de los presupuestos que concurren para la concesión de la resolución, y, especialmente, un «fumus boni iuris» respecto al derecho y la prueba para aquel perjuicio inminente e irreparable.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

babilidad de un daño que amenaza la destrucción o disminución del interés se unirán los elementos que, para la cognición del Juez, sean idóneos en la formación de una opinión de verosimilitud.[170]

A ellas la doctrina suele añadir,[171] remarcando su carácter necesario, aquella otra que sirve para señalar esa instrumentalidad que le une o va a unir con el proceso principal, es decir, el objeto que es o será de dicho proceso.[172]

Respecto al régimen de la comparecencia, la nueva Ley sólo se refiere a la forma de respetar la contradicción sin hacer prácticamente alusión a la amplitud de la misma.[173] En este sentido el art. 669-sexies p. I parece inclinarse por una audiencia obligatoria previa [174] donde se respeten todas las formalidades esenciales de la misma.[175] El Juez, señala el precepto, oídas las partes..., resolverá por medio de ordenanza... No es de extrañar, pues, que se diga que regla general conforme a lo enunciado por el art. 24.2 de la Constitución y 101 CPC es proceder previa audiencia. Sin embargo, el propio art. 669-sexies en su párrafo segundo prevé la posibilidad de resolución «inaudita parte» cuando de ella pueda resultar perjudicada la actuación de la medida.[176] La resolución en este caso reviste la forma de decreto que debe ser motivado, fijando además día para la comparecencia

170. ROCCO, *Trattato...*, V, p. 412 y 413.

171. No existe, sin embargo, unanimidad; véase SALVANESCHI, *La domanda...*, en «I procedimenti...», p. 198 y 199.

172. En este sentido TOMMASEO, *I provvedimenti...*, p. 224 y 225 se pronuncia por la necesidad de tal indicación y para ello tanto si se trata de una medida conservativa como anticipativa. En el primer caso, porque así se le da al juez la posibilidad técnica de valorar la subsistencia de los presupuestos y de las condiciones para la concesión de la medida. En el segundo, porque si la pretensión cautelar consiste en una anticipación de los efectos de la resolución principal el órgano jurisdiccional debe estar en condiciones no sólo de apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos, sino también de saber cuál será el «petitum» del «giudizio di merito».

173. A pesar de ello PROTO PISANI, *La nuova...*, p. 340, entiende que la fórmula utilizada acoge el máximo de claridad posible.

174. En esta audiencia el juez procederá sin sujeción a forma determinada de la manera que estime más oportuna para la realización de los actos de instrucción indispensables en relación a los presupuestos y a los fines de la resolución solicitada (art. 669-sexies).

175. Las no esenciales deben ser omitidas según el propio precepto.

176. Señalaba DINI, *I provvedimenti...*, p. 313, con relación a la anterior regulación, que en líneas generales la audiencia a la otra parte debía constituir la regla, aunque pudiera no realizarse si de ella se derivaran peligros para la utilidad de la resolución, como sucedería en aquellos casos en que el conocimiento «a priori» de la medida cautelar incide en la realización de actuaciones perjudiciales por parte del sujeto pasivo. A ellas habría que añadir las solicitudes basadas en un peligro de retraso donde la urgencia aparece como elemento primordial. Véase CONSOLO, LUISO, SASSANI, *La riforma...*, p. 468.

de las partes dentro de un término no superior a quince días.[177] Con ello se resuelven los problemas interpretativos que se plantearon con la anterior regulación sobre la existencia o no de comparecencia posterior en caso de resolución «insudita parte».[178]

Con o sin audiencia el órgano jurisdiccional debe a continuación resolver.[179] En su decisión, que reviste la forma de «ordinanza» o de «decreto», podrá rechazar la petición de cautela o, por el contrario, acceder a la misma si se cumplen los requisitos exigidos.

La resolución negativa viene contemplada en el art. 669-septies aunque mezclando supuestos de absolución en la instancia por falta de presupuestos procesales (en concreto hace alusión a la ordenanza de incompetencia [180]) con los de denegación de la cautela solicitada. En ambos casos la decisión no significa imposibilidad de realizar una nueva solicitud, pero mientras que en el primer supuesto bastará con que se presente ante el Juez competente, en el segundo deberá haberse producido un cambio en las circunstancias [181] o ser aducidas nuevas razones de hecho o de derecho. Caso contrario se entiende precluida la posibilidad de renovar la solicitud.[182]

Por su parte la resolución positiva acogiendo la solicitud se encuentra regulada en el artículo siguiente, aunque el legislador se limita a establecer la necesidad de interposición de la demanda principal tratándose de una adopción «ante causam». En efecto, por disposición expresa del art. 669-

177. Fijando además al demandante un término perentorio no superior a ocho días para que notifique el «ricorso» y el «decreto» a la parte contraria. Plazos éste y el anterior que se triplican si la notificación debe efectuarse en el extranjero.

178. En contra se manifestaba MONTESANO, *I provvedimenti...*, p. 114 y *Problemi...*, en RD Processuale 1985, p. 233, a favor ARIETA *I provvedimenti...*, p. 276 y 277 y PROTO PISANI, *I provvedimenti...*, p. 408.

179. Al respecto suele señalarse que, si bien es autónoma la tramitación cautelar, el carácter instrumental, a que antes nos referíamos, hace que todo el material instructorio eventualmente ya adquirido deba ser evaluado necesariamente por el juez a los fines de la concesión o no de la medida solicitada. Véase ARIETA, *I provvedimenti...*, p. 292 y 293.

180. Hipótesis que se dará fundamentalmente en solicitudes «ante causam». Sobre ello PROTO PISANI, *La nuova...*, p. 343.

181. Según PROTO PISANI, ob. cit. nota anterior, p. 344, la amplitud de la fórmula utilizada se presta a comprender no sólo el sobrevenir de nuevos hechos constitutivos del derecho o del «periculum in mora», sino también la utilización de nuevas pruebas en orden a los fundamentos anteriormente alegados.

182. Lo curioso es que a diferencia de la resolución positiva, impugnable según la nueva regulación, la negativa se encuentra sometida únicamente al régimen de la modificación o revocación (PROTO PISANI, ob. cit. nota anterior, p. 345 y 346), lo cual significa una diferencia de trato entre solicitantes y sujeto pasivo, en el sentido de que tan controlable debe ser la adopción de la medida como su rechazo. Sobre ello, CONSOLO, LUISO, SASSANI, *La riforma..*, p. 473.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

octies, el Juez debe, al emitir el «provvedimento d'urgenza», fijar un término perentorio dentro del cual el solicitante está obligado a iniciar el «giudizio di merito». Estamos ante un reflejo de la relación instrumental que media entre la medida cautelar y el proceso principal. Si bien se permiten adopciones previas a la iniciación de éste, la instrumentalidad exige que se establezca, en un plazo relativamente breve, esa relación, pues no debemos olvidar que función de la cautela es asegurar la efectividad del resultado de un proceso llamado principal.[183]

En este sentido el legislador italiano, a diferencia del español, se inclina porque sea el Juez –en su resolución acordando la medida– quien fije el plazo para la interposición de la demanda,[184] aunque, y esto es una novedad de la Ley del 90, se establece en el art. 669-octies un límite máximo de treinta días.[185] Su incumplimiento va a significar el alzamiento (pérdida de eficacia según el art. 669-novies) y una posible indemnización de daños y perjuicios,[186] pues, no debemos olvidar que la previsión legal habla de adopción de medidas necesarias para el restablecimiento de la situación anterior incluyendo no sólo la mera restitución sino también el resarcimiento del daño causado.[187]

Ahora bien, esta conclusión –totalmente obvia [188]– tropieza con una dificultad adicional derivada del tipo de medidas que se hubieran adoptado. Si éstas fueran anticipativas de modo tal que el solicitante consiguiera la plena satisfacción de su derecho de poco, o mejor dicho de nada, serviría

183. En este sentido ARIETA, *I provvedimenti...*, p. 280, nos dice que «la obligatoriedad de tal fijación se funda en el hecho de que la relación instrumental con el «giudizio di merito» incide también sobre la eficacia de la resolución que, una vez emitida, continúa produciendo sus efectos sólo si se inicia en tiempo, normalmente breve, el juicio ordinario.

184. Se preguntaba la doctrina italiana por las consecuencias de su posible omisión. Para unos la falta de fijación de ese término perentorio viciaba totalmente la resolución cautelar. Para otros, sin embargo, dicha falta podía ser subsanada (véase CASADEI, *Il controllo sul provvedimento d'urgenza*, en RTD Processuale 1989, I, pág. 350). Hoy, sin embargo el art. 669-octies resuelve la cuestión entendiendo que en falta de fijación del término por parte del Juez el proceso principal debe ser iniciado dentro del término perentorio de 30 días.

185. Se le critica, sin embargo que su previsión no se haya extendido a la fijación de un plazo mínimo.

186. Señala DINI, *I provvedimenti...*, p. 348, que el término acordado tiene carácter perentorio y su inobservancia produce indefectiblemente la caducidad del derecho de gozar los efectos provisionales del «provvedimento d'urgenza» solicitado y concedido bajo esta condición. En forma similar, SATTA, *Manual de Derecho Procesal Civil*, II, traducción Sentís Melendo, Buenos Aires 1971, p. 233 y 234 y TOMMASEO, *I provvedimenti...*, p. 266, entre otros.

187. PROTO PISANI, *La nuova...*, p. 356.

188. PROTO PISANI, *I provvedimenti...*, p. 410.

la previsión del art. 669-novies. Se incumpliría el plazo fijado y su sanción, el alzamiento de la medida, carecería de contenido práctico.[189]

Ante una situación similar conviene precisar:

1.º El «provvedimento d'urgenza» en estos casos, más que actuar como una medida cautelar, actuaría como un verdadero juicio sumario.

2.º No se daría cumplimiento a la exigencia del art. 669-octies CPC si la iniciación del proceso principal corriera a cargo del sujeto pasivo de la medida.[190] Independientemente de que pudiera hacerlo, «l'istante» es el único que tiene la carga correspondiente.[191]

3.º La consecuencia de tal incumplimiento se traducirá en una pérdida de efectividad de la cautela (art. 669-novies). Pérdida, real en ocasiones, teórica en otras, que llevaría aparejada, en todo caso, una indemnización por los daños y perjuicios que se hubieran podido causar.

Dada la generalidad con que está concebido el precepto la doctrina se pregunta sobre la existencia o no de discrecionalidad judicial en la determinación del contenido de la medida. El concepto legal «resoluciones de urgencia que aparezcan, según las circunstancias, más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el mérito», permitiría llenar al Juez el contenido de la propia tutela cautelar.[192] Sin embargo, es preciso puntualizar lo siguiente:

En primer lugar, la discrecionalidad que pudiera entenderse contenida en el art. 700 CPC no es tal, o al menos en el significado usual del tér-

189. Sobre esta problemática PROTO PISANI, ob. cit., nota anterior, p. 410 y 411. Una vez actuado el «provvedimenti d'urgenza», nos dice este autor, la instauración o incluso la continuación del proceso principal aparece privada de contenido efectivo.

190. La proposición de la demanda ordinaria por parte del perjudicado por la cautela es un acto inidóneo para conservar la eficacia de la resolución de urgencia, incluso realizada dentro de plazo. TOMMASEO, *I provvedimenti...*, p. 266.

191. Se plantea como solución alternativa que sea el perjudicado por la medida cautelar quien tenga, de forma similar a lo establecido en Alemania, la carga de dar impulso al proceso principal. Con ello además se evitaría, nos dice PROTO PISANI, ob. cit. nota anterior, p. 411, desde un plano de economía procesal, que, una vez emanado el «provvedimento d'urgenza» totalmente anticipatorio, se deba necesariamente desarrollar el proceso de cognición plena bajo iniciativa del sujeto ya satisfecho en trámite de la resolución sumaria.

En contra se pronuncia MONTESANO, *Problemi...*, en RD Processuale 1985, p. 233, quien, a pesar del costo procesal de la sucesiva instauración del «giudizio di merito», entiende que es necesario por esencial garantía de paritaria justicia, sobre todo para la parte más débil que no sepa o no pueda defenderse.

192. Es evidente la diferencia entre el contenido de una medida típica y el contenido establecido por el legislador para la resolución de urgencia. Como señala MONTESANO, *Problemi...*, en RD Processuale 1985, p. 234, el art. 700 CPC deja al Juez una discreción mucho más amplia para escoger el contenido de esta resolución.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mino.[193] Se trataría en todo caso de una discrecionalidad «secundum legem» [194] que no permitiría al Juez, prescindiendo de la propia regulación legal, determinar la medida cautelar. El órgano jurisdiccional está vinculado a la ley, y en este sentido, la falta de indicación en el precepto mencionado del contenido de la resolución de urgencia no comporta derogación alguna del principio de legalidad.[195] El propio artículo 700 CPC, a pesar de configurarse como una norma de clausura,[196] establece tanto «los elementos que caracterizan, según enseñanza constante de la doctrina, la estructura de toda forma de tutela cautelar, instrumentalidad y provisionalidad»,[197] como los propios presupuestos que deben concurrir para su concesión. Sin olvidar, como indicábamos antes, el criterio funtamental de la idoneidad.

En segundo lugar, la vigencia del principio dispositivo implica una nueva limitación en una posible actuación discrecional del órgano jurisdiccional. Evidentemente entre solicitud y resolución existe, o debe existir, una correlación tanto subjetiva como objetiva si no se quiere incurrir en incongruencia.[198] En base a ello el ámbito de decisión del juzgador deberá tener en cuenta no sólo lo dispuesto en la Ley sino también lo pretendido por la parte.[199] No obstante, este último límite parece concebirse con una mayor elasticidad que el primero.

Por un lado la jurisprudencia italiana, afirma Tommaseo,[200] se muestra partidaria de aplicar con mucha elasticidad el principio, recogido en el

193. Como libertad de decisión, o poder de resolución «ad libitum».

194. Sobre ello, véase NUVOLONE, *Discrezionalità del giudice e certezza del diritto*, en «Studi in onore di Enrico Tullio Liebman», I, Milano 1979, p. 585 a 596.

195. TOMMASEO, *I provvedimenti...*, p. 211.

196. La primera impresión al observar cualquier norma de clausura de una institución legal es de generalidad en su conceptuación y amplísima posibilidad de utilización. Sin embargo, tal impresión posteriormente no suele ser confirmada de forma plena. En primer lugar, el legislador se encarga desde el inicio, al menos normalmente, de delimitar el campo de actuación, señalando los requisitos exigidos. En segundo lugar, el propio intérprete es, o debe ser, más riguroso, actuando con cautela en el estudio y aplicación de estas disposiciones destinadas a colmar lagunas del ordenamiento jurídico. TOMMASEO, ob. y lug. cit. nota anterior.

197. TOMMASEO, *I provvedimenti...*, p. 214. Este mismo autor, más adelante, p. 216 y 217 señala que la referencia legal a la medida que según las circunstancias aparezca más idónea para asegurar los efectos de la decisión principal, hace que la relación instrumental sirva, en último término, también para realizar la previsión de dichos efectos en función de los cuales debe estructurarse la cautela solicitada. De forma similar MONTESANO, *Problemi...*, en RD Processuale 1985, p. 234.

198. ORTELLS, *Derecho Jurisdiccional*, II-1.º, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER, p. 320 a 328.

199. En este sentido TARZIA, *Rimedi Processuale contra i provvedimenti d'urgenza*, en RD Processuale 1986, p. 38.

200. TOMMASEO, *I provvedimenti...*, p. 283 y 284.

art. 112 CPC,[201] de correspondencia entre lo pedido y lo pronunciado, en el sentido de vincular su resolución no tanto a lo expresamente solicitado como a lo que hubiera podido pedir actuando de forma más precisa o más correcta. Estas mayores facultades que parecen atribuirse al órgano jurisdiccional, permiten, por ejemplo, que, improcedente una medida al amparo del art. 700 CPC por existir una concreta y específica regulación cautelar, el Juez pueda en la comparecencia invitar a las partes a que configuren la forma más adecuada de cautela.[202]

Por otra parte, si bien es innegable que el solicitante determina en su petición la medida concreta que aparezca según las circunstancias más idóneas, también lo es, señala Carpi,[203], que debe ser el Juez el que valore tal idoneidad. En este sentido, la propia literalidad del precepto le facilita, actuando así «secundum legem», un margen de adaptabilidad con el que salvaguardar, continúa diciendo este autor, lo que de positivo tiene la tutela cautelar urgente.

Por último, no debemos olvidar que el órgano jurisdiccional italiano no deja de sentirse condicionado por el llamado mínimo posible. Como indica Montesano,[204] sea porque la sumariedad de la cognición exige que la otra parte sufra el sacrificio menos grave en razón de la regla de paritaria defensa, sea porque la esencia provisional de esta tutela, explícitamente querida por el legislador, impone todo esfuerzo para evitar la equivalencia entre victoria cautelar y victoria principal, lo cierto es que el juzgador se inclina por reducir al mínimo posible el contenido de la medida cautelar.

Fijada la medida, la resolución cautelar deberá disponer también aquellos mecanismos que permitan su actuación.[205] La anterior existencia de una laguna normativa exigía que fuera el órgano jurisdiccional el que estableciera el mecanismo de ejecución de la cautela.[206] Hoy, sin embargo, la actuación de la resolución cautelar se contempla expresamente en el art. 669-duodecies, distinguiendo según su objeto. Así si éste fuera de suma

201. Véase GRASSO, *Dei poteri del giudice*, en «Commentario...», I-2.º, dirigidos por ALLORIO, p. 202 a 206.

202. Lógicamente esta posibilidad dependía del mantenimiento de la competencia por el Juzgador (Ver TOMMASEO, ob. cit. nota anterior, p. 315, que a su vez recoge la opinión inédita de ANDRIOLI). Hoy, la uniformidad competencial de la nueva Ley evita el problema.

203. CARPI, *La tutela d'urgenza...*, en RD Processuale 1985, p. 711 y 712.

204. MONTESANO, *Problemi...*, en RD Processuale 1985, p. 234. No obstante reconoce este autor que sería irreal mantener que se respetan en todo caso los límites, existiendo supuestos en que éstos han sido superados.

205. En este sentido MONTESANO, *I provvedimenti...*, p. 117 y recientemente TREGLIA, *L'attuazione dei provvedimenti*, en «I procedimenti...». p. 254.

206. La remisión del art. 702 se presentaba a todas luces inadecuada. Con relación a toda esa problemática, TREGLIA, ob. cit. nota anterior, p. 251 a 267.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de dinero se efectúa una remisión a las normas generales del art. 491 CPC en cuanto aplicables, mientras que, tratándose de obligaciones de entregar, hacer o no hacer, se deja a la determinación del Juez el establecimiento de la modalidad de actuación [207] así como la resolución, previa audiencia de las partes, de las dificultades que puedan surgir.

Independientemente del contenido de la resolución cautelar, dos problemas adicionales se presentaban,[208] consecuencia nuevamente de una falta de previsión legislativa.

Por un lado, la ausencia de norma venía referida a la posibilidad de impugnación del «provvedimento d'urgenza», concluyéndose que tales resoluciones eran irrecurribles.[209] Nos encontramos ante uno de los defectos más criticables y criticados de la anterior regulación.[210] Consciente de ello la nueva Ley establece definitivamente en el art. 669-terdecies la reclamación contra las resoluciones cautelares,[211] aunque, como advertíamos, limitándolas a las de adopción de la medida.[212] Reclamación que si bien, y como regla general, no va a suspender su ejecución, sí cabe que ésta se produzca cuando por motivos sobrevenidos la resolución ocasione graves daños;[213] en cuyo caso el presidente del órgano jurisdiccional competente

207. Entiende la doctrina, sin embargo, que en este supuesto no puede ignorarse lo dispuesto con carácter general por el CPC en los art. 605 y ss. Véase PROTO PISANI, *La nuova...*, p. 364 y 365 y CONSOLO, LUISO Y SASSANI, *La riforma...*, p. 513 a 515.

208. Sobre ellos puede verse ampliamente CASADEI, *Il controllo sul provvedimento d'urgenza*, en RTD Processuale 1989, p. 349 a 372 y MERLIN, *I limiti...*, en «I procedimenti...», p. 238 a 250.

209. DINI, *I provvedimenti...*, p. 353 a 355; ROCCO, *Trattat...*, V, p. 423.

210. Las voces doctrinales solicitando un cambio de postura, en el sentido de establecer una vía de recursos que posibilitara la impugnación ante órgano distinto del que concedió o denegó la medida cautelar, eran numerosas. Entre ellos MONTESANO, *Problemi...*, en RD Processuale 1985, p. 238 «me parece auspiciable una pequeña, pero incisiva reforma que introduzca un inmediato reexamen del provvedimento d'urgenza». TARZIA, *Considerazioni...*, en RD Processuale 1985, p. 252 y 253 («Es inconcebible que una jurisdicción de tal extensión y de tales efectos pueda presentarse sustraída a todo medio de impugnación») y *Rimedi...*, en RD Processuale 1986, p. 43 a 52, cuya preocupación se centraba fundamentalmente en los «provvedimenti d'urgenza» de carácter anticipatorio. BIAVATI, *Tecniche...*, en RTD Processuale 1986, p. 57. OLIVIERI, *I provvedimenti...*, en RTD Processuale 1988, p. 773 a 787.

211. Esta reclamación se regula a través de una remisión a lo dispuesto en el art. 737, 738 y 739.II, fijándose un término perentorio de 18 días para efectuar la impugnación que nuevamente reviste la forma de «ricorso». El procedimiento previsto en el art. 738 incluye una preceptiva audiencia del ministerio fiscal y finaliza por medio de ordenanza irrecurrible, ahora sí, que debe ser dictada en el plazo de veinte días.

212. Sobre las resoluciones irrecurribles véase PROTO PISANI, *La nuova...*, p. 369.

213. La suspensión de la ejecución viene, pues, condicionada no sólo por el

para conocer de la reclamación puede disponer mediante ordenanza, también irrecurrible, la suspensión de la ejecución o subordinarla a la prestación de fianza bastante.[214]

Por contra la segunda laguna legal [215] antes aludida, posible revocabilidad o modificabilidad de una cautela ya adoptada, encontraba, a pesar del silencio normativo, una respuesta doctrinal favorable,[216] abandonándose el terreno de la estabilidad que para dichas medidas, en concreto el secuestro (art. 683 CPC), propugnaba el legislador.[217]

Los argumentos eran variados. Para unos la provisionalidad de la cautela permitía su revocación,[218] para otros la justificación se encontraba en la función encomendada,[219] en la relación instrumental que le une al proceso principal.[220] Sin embargo, en último término, fundamentaban tal alteración en la posible modificación de sus presupuestos.[221] Con ello se adherían a la idea formulada por Calamandrei, entendiendo que el «provvedimento d'urgenza» se encuentra sometido, o está pronunciado, bajo la implícita cláusula «rebus sic stantibus» y en cuanto no cambien las circunstancias que dieron lugar a la medida, ésta permanecerá provisionalmente inalterada.[222] La conclusión, por tanto, prácticamente unánime a

grave perjuicio que pudiera causar sino por que el daño se produjera por motivo sobrevenido. Este último inciso ha sido criticado por TARZIA, *I provvedimenti urgenti sul processo civile...*, en RD Processuale 1990 n.º 3, p. 739 y CONSOLO, LUISO, SASSANI, *La riforma...*, p. 525 y 526. En el mismo sentido PROTO PISANI, *La nuova...*, p. 368, quien señala que la expresión legal desarticula las relaciones entre revocación y reclamación y altera esa función de mero control que parece lógico reservar al instituto.

214. Sobre las soluciones posibles que se barajaban antes de la ley véase CONSOLO, LUISO, SASSANI, *La riforma...*, p. 532 y 533.

215. De penosa laguna era calificada por TOMMASEO, *I provvedimenti...*, p. 318, esta omisión legal.

216. Sobre las posturas que al respecto existían en Italia, puede verse, BIAVATI, *Tecniche...*, en RTD Processuale 1986, p. 51.

217. CARPI, *La tutela d'urgenza...*, en RD Processuale 1985, p. 721 y 722.

218. Así TOMMASEO, *I provvedimenti...*, p. 318, señala que siendo provisional la medida cautelar, en cuanto no idónea para transformarse en tutela definitia, es lógico concluir que tal provisionalidad encuentra su propia expresión formal en la constante posibilidad de modificación o de revocación de la resolución ya concedida.

219. ARIETA, *I provvedimenti...*, p. 178.

220. MONTESANO, *I provvedimenti...*, p. 124.

221. En este sentido MONTESANO, *Problemi...*, en RD Processuale 1985, p. 236, indica que la Ley al imponer la dependencia del contenido de la medida en examen a las circunstancias que en ella se indican.., demanda... una continua revocabilidad y modificabilidad de la medida misma en razón de circunstancias sobrevenidas a la resolución cautelar.

222. CALAMANDREI, *Introduzione...*, p. 79 y 80. En el mismo sentido SAPIENZA, *I provvedimenti...*, p. 134; DINI, *I provvedimenti...*, p. 335 a 368; TOMMASEO, *I provvedimenti...*, p. 323.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

favor de una posible modificación o revocación,[223] se basaba en la distinción entre la estabilidad de la resolución (y de la valoración en ella contenida) y el cambio de hechos que justificaba la mutación del pronunciamiento, teniendo en cuenta que las nuevas solicitudes deberían basarse en circunstancias, también nuevas, sobrevenidas con posterioridad.

En la actualidad las argumentaciones doctrinales ceden o encuentran confirmación ante la rotundidad de la nueva regulación que establece en el art. 669-decies la posibilidad de revocación o modificación de la resolución por cambio de circunstancias.

Ahora bien, aunque el precepto resuelve alguno de los problemas que pudieran plantearse, necesidad de previa petición de parte y por tanto imposibilidad de acordarla de oficio, órgano competente para conocer de esta solicitud, deja sin concretar el posible significado o extensión del cambio de circunstancias, será el intérprete el encargado de realizarlo.[224]

223. Los problemas, sin embargo, no desaparecían a pesar de la unanimidad de la doctrina. La falta de determinación legal influía en cuestiones tales como el órgano competente para conocer de la nueva solicitud (sobre ello TARZIA, *Rigetto e Riproponibilità della domanda cautelare*, en RD Processuale 1988, p. 932 a 942), hoy solucionado por el art. 669-decies.

224. Si bien no existían, ni existen dudas para justificar la revocación-modificación de la resolución cautelar por el cambio producido en los presupuestos exigidos para su concesión –lógicamente exigiéndose siempre la novedad relevante de tal alteración–, sí se discute sobre la posibilidad de incluir entre las circunstancias sobrevenidas productoras de la variación un diferente acreditamiento de la situación jurídica cautelable. A favor se pronuncia MONTESANO, *Problemi...*, en RD Processuale 1985, p. 236, aunque reconoce las dificultades de su afirmación. Tras la Ley es opinión mayoritaria entender que cualquier interpretación debe respetar la regla de elasticidad que en materia cautelar establece la reforma, incluyendo la modificación de alegaciones y pruebas. PROTO PISANI, *La nuova...*, p. 357; CONSOLO, LUISO, SASSANI, *La riforma...*, p. 501.

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: «*El recurso de anulación contra los laudos arbitrales* (Estudio jurisprudencial)», EDERSA, Madrid, 1991, 676 páginas.

La aparición de una nueva ley constituye casi siempre fuente inagotable de reflexiones críticas. Con más o menos premura o precipitación, como mayor o menor intensidad o profundidad en la investigación, cada cual trata en todo caso de ofrecer aquello que considera puede ser de utilidad al colectivo para el cual va destinado.

En este aspecto, mucho habría que decir del trabajo del Prof. Hinojosa quien ha tenido la inusual valentía de abordar una materia que a pesar de su novedosa implantación, ha sido tratada con el suficiente rigor como para hacer de su trabajo punto de referencia obligado para cualquier estudio referido a la institución arbitral.

Sus páginas reflejan la tenacidad del autor quien, con exquisita meticulosidad y encomiable esfuerzo, ha sabido dar al trabajo la necesaria fluidez capaz de facilitar la pronta y cabal comprensión de cualquiera de sus contenidos. Resulta por lo menos sorprendente cómo el autor organiza semejante aparato doctrinal y jurisprudencial sin que por ello el trabajo pierda o desmerezca en su armonía interna y estructura definitiva.

En su estudio, además de llevar a cabo un sugestivo recorrido histórico sobre los diversos sistemas de impugnación de laudos arbitrales, realiza un exhaustivo análisis de la institución, desgranando metódicamente la tópica pero siempre problemática materia relativa al concepto, naturaleza jurídica y fundamento de este medio de impugnación. Con igual pulcritud desarrolla cada uno de sus presupuestos esenciales (requisitos, procedimiento y efectos) dando a cada uno de ellos el adecuado tratamiento dogmático que se merece.

Recoge el autor al final de sus páginas una detallada y extensa relación de sentencias y una no menos completa lista bibliográfica utilizada para

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

su elaboración. Aunque es fácil advertir que la obra está destinada fundamentalmente al erudito, sin embargo no olvida el autor la vertiente eminentemente práctica de este nuevo medio de impugnación, ofreciendo al profesional los elementos necesarios capaces de ilustrarle acerca de los problemas que pueden presentarse en su aplicación. Es por ello que quien prologa la obra, el Prof. Aragoneses, haya dicho de ella que «es una obra práctica, es una obra crítica y está llamada a ser una obra clásica». Hemos pues de felicitarnos por esta nueva incorporación a la literatura procesal de nuestros días.

JUAN DAMIÁN MORENO

PERROT, Roger, *Les intérêts*, Chambre Nationale des Huissiers de Justice, Aigle, 1990, 130 páginas.

Les intérêts (libro escrito en lengua francesa) es una interesante y práctica obra que, como su nombre indica, gira en torno a los intereses, su naturaleza y su relación con el ámbito jurídico.

En esta obra se ven contestadas todas las cuestiones referentes a los intereses bancarios, recogiendo tanto las preguntas triviales como las más complejas. Y todo ello, (y aquí radica, en mi opinión, el gran valor de esta obra de Perrot), con un lenguaje sencillo, que hace fácilmente comprensible al jurista lego en cuestiones económicas los más complejos casos de situaciones donde los intereses toman parte.

Obviamente, el origen de este libro provoca que las disposiciones en él citadas únicamente provengan de la jurisprudencia gala, pero no cabe duda que su lectura es altamente recomendable para todos aquellos que tengan o pretendan tener una relación más o menos directa con conceptos económicos.

Perrot consigue en su obra reflejar las múltiples aparentes contradicciones y desacuerdos que son recogidos en la normativa francesa. Sin embargo, el autor pretende no sólo mostrarlo sino que intenta marcar además una directriz que unifique criterios y los armonice en su conjunto, y todo ello lo logra abriendo múltiples interrogantes sobre aspectos que, en ocasiones, «escapan» de lo estrictamente económico y van más allá de lo jurídico.

En mi opinión, esta obra es sumamente valiosa porque el autor no es sólo una figura relevante en el mundo jurídico (profesor emérito en París y Doctor Honoris-Causa por tres Univ.) sino que demuestra ser al mismo tiempo un notable entendido en cuestiones económicas, con lo que consigue una unificación de ambos campos del saber (derecho y economía) que da la sensación, tanto al jurista como al economista, de que el libro pertenece a su materia.

En definitiva, pues, estamos ante una gran obra de referencia obligada en este tipo de cuestiones.

DANIEL VIDAL CANELLAS

JACOB, Jack I.H., *The Supreme Court Practice 1991*, Sweet & Maxwell, 9.ª ed., 1990, 3 vols.

Colección privada de las normas y jurisprudencia emanada o relativa al Tribunal Supremo (Supreme Court of Judicature) que, en Inglaterra y Gales, desde 1971, agrupa tres instituciones jurídicas: la «Court of Appeal», la «High Court of Justice» y la «Crown Court». Constituye la novena edición del repertorio jurídico *The Supreme Court Practice...* que sucedió, a partir de 1967, a la publicación periódica *Annual Practice*, flexibilizando sus intervalos de publicación de acuerdo con determinadas circunstancias relativas a la institución anteriormente indicada.

El repertorio ha sido realizado bajo la dirección del editor general, Sir Jack I.H. Jacob, miembro del Consejo de la Reina («Her Majesty's Conseil») y vinculado a la vida académica de diferentes universidades británicas, con la colaboración de un equipo de 19 juristas de reconocido prestigio. Se presenta en tres corpus diferenciados tanto por su contenido como por su periodicidad de publicación: un corpus fundamental –*The Supreme Court Practice* propiamente dicho–, y dos subproductos de actualización y puesta al día que se ofrecen al público lector durante los períodos de 2 a 3 años en que se realiza la recogida, preparación y publicación del nuevo material del corpus fundamental: los «Cumulative Supplements» y los *Supreme Court Practice News*. El Corpus fundamental de esta obra se compone de 3 volúmenes: el primero –subtitulado *Part 1*– y el segundo –subtitulado *Parts 2-18*– contienen, respectivamente, las reglas de procedimiento del Tribunal Supremo y los formularios, leyes, reglamentos... relacionados con las diferentes materias de su jurisdicción. El tercer volumen, de dimensiones muy inferiores a los dos anteriores y subtitulado *Index and Tables*, incluye 4 índices que posibilitan una consulta más ágil y diversificada, en cuanto a criterios de ordenación, del material incluido en los volúmenes anteriores. Tres de estos índices nos remiten a normas jurídicas incluidas, citadas... en aquellos dos volúmenes: un índice alfabético de materias –*Index*– con diferentes niveles de profundización (submaterias, apartados...),

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

un índice cronológico de las normas ordenado a partir del año de promulgación de las mismas –«Table of Statutes» (desde 1640 hasta 1989)– y un índice de idénticas características aunque referido a reglamentos y ordenanzas administrativas –«Table of Statutory Instruments» (desde 1883 hasta 1989). Estos índices pueden remitirnos bien a una norma completa, bien a una sección concreta de aquélla, según su amplitud conceptual. El volumen tercero contiene, además, un índice alfabético de casos citados como procedimiento de ejemplificación, argumentación... en la exposición de las diferentes normas, a partir de la denominación más conocida, incluyendo un sistema de referencias internas (denominaciones aceptadas y no aceptadas) que ponderan su rentabilidad informativa.

En cuanto a los dos subproductos de actualización y puesta al día, los «Cumulative Supplements», que aparecen publicados dos veces por cada año que transcurre entre una y otra edición de *The Supreme Court Practice*, ofrecen, en cada fascículo, todos los elementos del Corpus fundamental que hemos indicado al referirnos a los volúmenes 1 a 3. Su función es informar a los juristas en ejercicio sobre todas las incidencias relativas a al jurisprudencia de la Corte Suprema acontecidas en sus respectivos campos de trabajo. El segundo subproducto, *The Supreme Court Practice News*, es expedido diez veces por año a los subscriptores del repertorio, y a modo de «servicio de última hora» proporciona la más actualizada información sobre cambios experimentados por las normas, nueva jurisprudencia que afecta a los procesos, y observaciones sobre «Topical procedural subjects».

Según sus editores, este repertorio va dirigido no sólo a juristas y profesionales del Derecho, sino también al público no especializado que pueda estar interesado en el funcionamiento y normas relativas a la «Supreme Court» inglesa, y, de hecho, la presentación del material y su tratamiento –anotación, comentario, indización...– permiten un uso no erudito de la obra.

Cabe destacar, finalmente, que presagiando un ciclo largo de cambios radicales y frecuentes en la práctica y procedimientos de las «Supreme Court», los editores de la obra anuncian una regularización de sus períodos de publicación a dos años y ponderan el eco de estos cambios en la edición objeto de esta recensión: incorporación de numerosas enmiendas a las Normas de la «Supreme Court», de instrucciones prácticas que regulaban la actividad de la «Court of Appeal» (Tribunal de Casación)...

MIQUEL CENTELLES I VELILLA

JOHNSON, Derek Kirby, *International Commodity Arbitration*, Lloyd's of London Press (LLP), Londres, 1.ª ed., 1991, 321 páginas.

Derek Kirby Johnson proporciona con este libro una valiosa contribución al incremento del cuerpo de literatura sobre el arbitraje comercial en Londres. Su libro es una guía práctica para aquellos que se vean envueltos en arbitrajes de mercancías. A su vez, proporciona una útil introducción a la ley y práctica de arbitrajes mercantiles.

El libro consta de un prefacio, a continuación una serie de tablas: de casos, legislación y de las reglas de asociación de comercio. La obra consta de once capítulos y aparecen en Apéndices, al final del libro, varios textos relevantes. En el primer capítulo atiende al desarrollo histórico; en el segundo al actual arbitraje de mercancías; en el tercero a las principales asociaciones de comercio londinenses (GAFTA; SAOL entre otras); en el cuarto y siguientes trata cada una de estas asociaciones amplia y profundamente; en el décimo hace referencia a una guía de la conducta del árbitro y en el undécimo capítulo ofrece una guía del árbitro para la ley inglesa.

Hasta este momento no ha habido libros que se ocuparan pura y específicamente de los acuerdos de disputas por el arbitraje en el comercio internacional de mercancías. Por ello, el libro, según el propio autor, ha sido escrito para llenar ese hueco y examina con somero detalle las reglas y práctica del arbitraje institucionalizado llevado bajo los auspicios de numerosas asociaciones de comercio de mercancías fundadas en o alrededor de Londres.

En el arbitraje comercial se ha dicho que Inglaterra, más que en ningún otro país, es la casa de los arbitrajes cuyas partes han sido llevadas al extranjero. La contribución de campos de mercancía es al menos tan sustancial como de la arena marítima. Hoy en día están floreciendo en la ciudad de Londres un gran número de asociaciones de comercio las cuales, aparte de su función, poseen la provisión de formas estándar de contrato para usar en el comercio, y, como rasgo complementario, el arbitraje de comercio facilita el acuerdo de disputas surgido fuera de contratos los cuales incorporan su plazo o límite.

ALICIA MARTÍNEZ DEL CAMPO

WILKINSON J.H., *Donovan Leisure Newton & Irvine ADR practice book* Wilew Law Publications, USA, 1990, 555 páginas.

Wilkinson con la ayuda de diversos colaboradores como: Howard J. Aibel, William L.D. Barret, Mary A. Bedikian, Richard J. Bednar, etc...,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

directamente relacionados con el mundo de las leyes y en cargos privilegiados dentro de corporaciones de especial relevancia, nos describe de forma exhaustiva y completa pero sin abandonar la brevedad y el sintetismo las muchas ventajas del llamado ADR («Dispute Resolution Alternatives» –Alternativas de resolución de conflictos–), que pretenden resolver los conflictos que se puedan producir a través de un acuerdo, sin necesidad de ser llevados a juicio, gracias a una plantilla especializada en este tipo de soluciones, en una sociedad donde se habla de justicia saturada y estancada, inundada de largos y costosos pleitos, que convierten el sistema judicial en «caro, destructivo y demasiado ineficiente para una sociedad civilizada».

La obra se divide en 4 partes:

1. El ADR, sus ventajas y obstáculos.
2. Formas del ADR y cómo utilizarlo.
3. Instrumentos del ADR.
4. Relaciones del ADR con los procesos judiciales tradicionales.

El ADR según la opinión del autor es confidencial, flexible, eficiente y permite, además, salvar tiempo y dinero.

La obra, en resumen nos aproxima a la justicia americana, sus métodos y búsqueda de modelos más eficientes y democráticos.

MONTSE CALVO ARIÑO

CALSAMIGLIA, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, Ed. Ariel, Barcelona, 3.ª ed. 1990, 155 páginas.

Libro que nos introduce a la ciencia jurídica, expone las teorías de muchos estudiosos y el concepto de ciencia frente a la ciencia jurídica.

La obra de Calsamiglia se estructura en cinco partes o capítulos distribuidos, según su contenido temático, de la siguiente manera: un primer capítulo en el que se nos muestran diversas perspectivas de la cuestión metodológica en la filosofía de la ciencia, desde el método racionalista clásico hasta el falsacionismo de Popper; en el segundo capítulo se trata de la muy debatida cuestión que versa sobre la cientificidad de la dogmática, tratando los obstáculos principales dados para desestimar la categoría científica de la actividad dogmática. Seguidamente expone la crítica efectuada por Kirchman y también la rebate con una sólida argumentación basada en su superficialidad. Calsamiglia *acaba* el capítulo dando diferentes enfoques a favor y en contra de la cientificidad de la dogmática. En los últimos capítulos el autor realiza una caracterización descriptiva y a

la vez crítica, de la comunidad dogmática y su actividad. Señala sus presupuestos, reglas de juego y sus funciones más relevantes. Calsamiglia deja de plantearse la cientificidad de la dogmática y prefiere referirse a su funcionamiento; hace un exhaustivo análisis que nos da idea de la importancia real de esta tarea. A lo largo del análisis plantea diversos problemas y consideraciones de gran relevancia en la dogmática como son sus funciones.

Cabe destacar la gran y dificultosa síntesis que realiza el autor que se muestra en la gran cantidad de bibliografía consultada.

La voluntad del autor es hacer una obra clarificadora pero a la vez completa de la ciencia jurídica.

JOAN MARC CLEMENT ROVIRA

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, Ariel, S.A., Barcelona, 2.ª edición, septiembre 1991, 413 páginas.

Con motivo de las reformas instauradas en relación con los delitos del Código Penal desde la primera edición del año 1986, el catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona, Dr. Bustos, ha considerado una labor urgente del legislador llevar a cabo una revisión de la Parte Especial del Derecho Penal y su coordinación con las penas de la Parte General.

Siendo la Parte general del Derecho Penal el examen de la teoría del delito y la teoría de la pena, junto a la del sujeto responsable; y la Parte Especial la determinación de las características específicas de cada delito y el marco penal que le corresponde, ha podido sostenerse la preeminencia de la Parte Especial sobre la Parte General, ya que los elementos esenciales para todo el sistema penal son los tipos legales.

Así pues, la presente edición se considera una notable aportación en el ámbito del Derecho Penal español, puesto que en la actualidad son pocas las obras que tratan de manera completa y actualizada el contenido de la Parte General y Especial del Derecho penal.

La obra consta de dos partes. Distribuida en capítulos, la primera parte integra los Delitos contra las bases de existencia del sistema; y la segunda parte, Delitos contra el funcionamiento del sistema, consta de tres secciones, a su vez subdivididas en capítulos.

El autor ha llevado a cabo un análisis de los bienes que están en relación entre una o varias personas (bienes jurídicos microsociales) y que configuran las bases de existencia del sistema. Pero evidentemente, el desarrollo

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

y pervivencia de éste, requiere, además, un determinado funcionamiento; surgirán, de este modo, los bienes jurídicos macrosociales, cuya presentación sugiere dos aspectos que conllevan cierta confusión.

Por una parte, la tendencia a tratar de solucionar por vía penal los problemas de carácter político, y por otra, la necesidad de que estos bienes sean objeto de protección para la pervivencia de los fundamentos del sistema.

Se origina problemática también, ante la falta de claridad en su determinación respecto a los bienes jurídicos de relación personal, con lo cual la designación de los delitos que los afectan resulta defectuosa.

Dentro del funcionamiento del sistema, resultan trascendentes además, aquellas instancias destinadas al aseguramiento del ejercicio de los derechos de los miembros de la colectividad, así como de sus formas de interrelación.

Los delitos que atacan estos bienes jurídicos, afectan modelos de comportamiento e interrelación entre los sujetos que se encuentran establecidos por la Constitución y las leyes.

A modo de colofón, y atendiendo al tratamiento del contenido del libro, el autor reconoce, incluso, planteamientos ajenos a un Derecho Penal moderno, considera en cada caso los grados de desarrollo del delito, atenuantes y agravantes, y al mismo tiempo recoge las críticas que ha estimado oportunas y entra en discusión con aquellas ajenas a los presupuestos doctrinales mantenidos, ofreciéndonos por lo tanto multiplicidad de puntos de vista sobre cada punto en cuestión.

MARI CARMEN PÉREZ FDEZ.

BORGES, Marcos Alfonso, *Principios de direito processual: civil e agrário*, Cejup, Belém-Pará, 1991, 116 páginas.

«...nova tarefa se impöe ao jus-agraristas, qual seja a da edificaçaö de um Direito Processual Agrário, objetivo, predominantemente público, com princípios e normas própias, capazes de propiciar a soluçäo rápida e sem excessos de formalismos, dos conflictos de interesses gerados no campo e que afligem a toda sociedade.»

En actitud expectante a las necesidades de la sociedad brasileña, la tentativa del profesor Borges en la cuestión del Derecho Agrario irrumpe estrepitosamente por su vigor y rigurosidad doctrinal.

La obra delata unicidad y sistematización estructural. A cada capítulo le precede una exposición sumaria del asunto, y cada capítulo se inaugura

como un somero recorrido por el panorama jurídico contemplado desde una óptica concreta, sin entrar en cuestiones de fondo, para aterrizar en la aplicación puntual de esa parcela al Derecho Agrario.

El Derecho Agrario aparece en la obra, pues, como un nuevo advenimiento jurídico desde la Enmienda Constitucional n.º 10, de 10 de noviembre de 1964, con autonomía propia y del que se pretende dilucidar las cuestiones más controvertidas y las polémicas que a él se asocian.

Frente a la extralimitación de la jurisdicción agraria pretendida por muchos juristas el autor propone como único medio viable para la resolución de conflictos de intereses producidos en el Derecho Agrario, la adopción de una vía jurisdiccional por medio de la creación de la Justicia Agraria, que se encuadraría en una especie de Jurisdicción civil en sentido amplio, con varios grados y de origen legal.

Para una prestación jurisdiccional efectiva y eficaz se requeriría una subdivisión en órganos, singulares y colectivos, more Justicia Federal.

Pero para mover esa máquina judicial sería necesaria la existencia de un motivo determinante de este impulso o interés. El profesor Borges realiza una clasificación sistemática de estas acciones agrarias en acciones de conocimiento, ejecutivas y cautelares.

Para ejercitar tales acciones precisaría de un proceso con una relación predeterminada de principios, con prevalencia del de oralidad. Así por el acto procesal quedaría manifestada la voluntad objetiva de producción de efectos jurídicos que serían conseguidos por mediación de los procesos de ejecución típicamente agrarios.

A parte las excelentes elucubraciones, el conjunto de la obra se nutre de innúmeras y vastas notas a pie de página y adjunta una copiosa bibliografía internacional.

Expuesto con un discurso en ningún modo artificial, la obra se hace accesible y desvirtúa la imagen esotérica de los tratados doctrinales de derecho.

MARTA ISABEL NOGUEIRA ORDEN

ROTONDI M., *Inchieste di Diritto Comparato: The Arbitration, L'Arbitrato, L'Arbitrage, El Arbitraje, A Arbitragem, Das Schiedsgerichtsverfahren, Dott. A Giuffrè Editore S.p.A., Milano, 1.ª Ed., 1991, Vol. 10, 472 páginas.*

El conocido y experimentado maestro Rotondi ha dirigido en esta ocasión una interesante obra valiéndose de articulistas de diversas nacionalidades. Para lograr tan sutil finalidad, se ha basado en un tema consagrado

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

y comentado a lo largo de la historia del derecho pero que últimamente no había sido tratado en profundidad como tal en una agrupación unitaria. Cabe añadir, empero, que el arbitraje –sobre el concepto y la extensión del cual versa en gran parte la recopilación no es tratado de modo genérico, ya que se ajusta fundamentalmente –aparte los aspectos señalados–, a sus relaciones y modificaciones actuales dentro del panorama internacional. Aun así, se centra puntualmente en su desarrollo en estados donde la cuestión es especialmente debatida. Se trata de países tales como Méjico, Guatemala o Inglaterra –este último como estandarte de los países de derecho anglosajón.

El libro se nos presenta escrito en francés, portugués, alemán, inglés y español, debido a la multitud de artículos que en su interior aparecen. A todos ellos, el director ha transmitido un punto de partida, pues se ha servido a una encuesta realizada en diversas sociedades sobre la opinión que en cada una de ellas merece el arbitraje. El prólogo fue originariamente redactado en lengua italiana pero ha sido, asimismo, traducido a los idiomas ulteriormente mencionados, entre los que aparece el nuestro.

Generalizando, podemos conceder una estructura común a los variados –y en parte heterogéneos– artículos. Esta quedaría compuesta, en primer lugar, por una perspectiva histórica del arbitraje en diversas geografías, a las que los autores suelen introducir elementos individuales y claramente subjetivos. Prosigue una exposición-valoración del contexto en que se aplica el arbitraje en nuestros días. Finalmente, aparecen comentarios sobre sentencias o decretos que han modificado algún aspecto del arbitraje en específicos terrenos del derecho de los países examinados, así como las convenciones y tratados internacionales que sobre el tema prevalecen.

A modo de conclusión cabe remitirse al último artículo: «L'Arbitrage en France» de Detlev von Breitenstein, autor especializado en la materia. Esta alusión se justifica por la claridad, esquematicidad y contenido informativo del mismo, así como a la bibliografía que sobre el tema muestra como puntos singularmente atractivos de referencia.

VALENTÍN GÓMEZ SALAS

DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, 508 páginas.

Las ideas que Ronald Dworkin, seguidor de Hart, nos expone en este formato de artículos escritos es imprescindible para la reflexión filosófica, política y jurídica.

Su más candente crítica va dirigida al positivismo y al utilitarismo. Su pretensión consiste en fundamentar la filosofía política liberal sobre unas bases más sólidas progresistas e igualitarias. Se le consideraba un autor incómodo ya que pone en cuestión los presupuestos del positivismo jurídico.

Dworkin rechaza las doctrinas realistas y positivistas basándose sobre todo en la crítica a la metodología, propone un test como regla de conocimiento «El testo de su perdigee» entendido como de su origen, esta regla ha sido debatida.

En su separación entre el Derecho y la Moral le lleva a construir una teoría donde la moral y la política ocupan un lugar preeminente (fijándose en Fuller con la fusión del Derecho y la Moral). Nuestro autor busca una tercera vía entre el Iusnaturalismo y el positivismo.

Uno de los puntos más trascendentes en Dworkin es la pugnante crítica de la función discrecional de los jueces, él cree en los principios junto con las normas. La función del juez es garantizadora y no creadora.

La función primordial de la teoría del Derecho según nuestro autor es la reducción de la incertidumbre. Toda teoría debe tener la fase descriptiva y la prescriptiva.

Su filosofía se fundamenta en los derechos individuales, (hondamente criticados). Rechaza al utilitarismo por no tomarse los derechos en serio, la garantía del derecho individual es la función considerada más importante por Dworkin del Sistema Jurídico.

Su modelo de función Judicial contrasta con el tradicional. Su modelo se respalda en «la respuesta correcta», el juez siempre puede encontrar una respuesta correcta en el Derecho establecido por lo que el juez carece de discreción, la función del juez es diferente a la legislativa o ejecutiva. Acepta la existencia de casos difíciles que va a resolver con los principios que fundamentan el derecho.

El nuevo liberalismo de Dworkin se caracteriza por pasar del liberalismo conservador al progresista. Su radicalismo igualitarista le ha hecho llegar a decir «no existe un derecho a la libertad». El autor mantiene la incompatibilidad entre la variedad y la definición de las tesis.

Dworkin con un lenguaje ameno nos invita a la reflexión filosófica, política y jurídica de nuestro tiempo.

ELVIRA GARCÍA VILANOVA

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

INDICE 1991

Décimo aniversario 5
Ne nos inducas in tentationem 261
¡Cuán largo me lo fiais! 515
Patada en la puerta 773

EN ESTRADOS
Tendencias actuales del derecho procesal penal por Víctor Fairén-Guillén . 263
Tribunales Superiores de Justicia y Tribunal Supremo: Reflexiones sobre un despropósito por Francisco Ramos Méndez 519

AUDIENCIA PUBLICA
Derecho al sufragio y derecho al jurado: ¿también obligaciones? por Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi 7
En Sevilla tuvo que ser... por José Martín Ostos 11

DACIONES EN CUENTA
Premisas básicas para una posible redefinición de la teoría procesal sobre el hecho notorio por Juan Carlos Cabañas García 565
Legitimación del responsable civil subsidiario para recurrir en vía penal por Rosa Cobos Gavala 59
El allanamiento en los procesos matrimoniales por Luis Fernando Saura .. 807
El derecho a un proceso «administrativo» con todas las garantías por Vicente Gimeno Sendra 15
El futuro jurado español por Juan-Luis Gómez Colomer 31
El nuevo plan de estudios de la licenciatura en derecho y el derecho jurisdiccional: método, investigación, docencia, contenido y desarrollo concreto en la Universidad Jaume I de Castellón por Juan-Luis Gómez Colomer 315
El abogado: ética profesional y lealtad procesal por Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi 301
Información veraz, crónica y crítica periodística por Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi 551
Algunos aspectos de la relación justicia-medios de comunicación social por Vicente Carlos Guzmán Fluja 593
Hacia un nuevo secretario judicial español por José Martín Ostos 799
Para la reforma de la ejecución provisional en el proceso civil por Manuel Ortells Ramos 277
Correlación entre acusación y sentencia: antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales por Manuel Ortells Ramos 529

Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia por Manuel Ortells Ramos 775
De nuevo sobre la competencia de la jurisdicción militar en el proceso de Habeas Corpus por Agustín J. Pérez-Cruz y Martín 817
El derecho al recurso en la doctrina del Tribunal Constitucional por Bernardino J. Varela Gómez 35

DESPACHO ORDINARIO
Reserva de dominio y ejecución por Manuel J. Cachón Cadenas 77
Idoneidad del procedimiento a efectos de la acumulación de acciones en materia de arrendmientos urbanos por Manuel Cachón Cadenas 827
Los tribunales han dicho por Chantal Català 641
Los tribunales han dicho por Belén Mora Capitán 919
Jurisprudencia procesal internacional por Francisco Ramos Méndez 369
Jurisprudencia arbitral por Francisco Ramos Méndez 839
Los tribunales han dicho por J. Solé 89
Legislación procesal y competencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas por J. Solé Riera 365
Comentario a la STC 15 nov. 1990 sobre la constitucionalidad del art. 240 LOPJ por Joan Vergé Grau 611
Fundamentación conjunta del recurso de casación en normas de derecho civil común y de derecho civil foral o especial propio de una comunidad autónoma por Marco Villagómez 629

COMISIONES ROGATORIAS
Sobre una reciente reforma del proceso cautelar italiano. Su incidencia en el art. 700 CPC por María Pía Calderón Cuadrado 973
El Tribunal de primera instancia de las Comunidades Europeas: aspectos orgánico y procedimental (I y II) por Lotario Vilaboy Lois 419, 689

PARA MEJOR PROVEER
Bases para un borrador de anteproyecto de ley penal y procesal del menor por Jośe Martín Ostos 159
Algunos problemas procesales que plantea la despenalización de la imprudencia con resultado de daños por Agustín-Jesús Pérez-Cruz y Martín . 167
Un nuevo enfoque sobre la recurribilidad del auto de sobreseimiento provisional por Joan Picó i Junoy 485

EXEQUATUR DE TÍTULOS PUBLICADOS 171, 497, 757, 1011

APUNTAMIENTOS
III Jornadas procesales 209
Doctor Honoris Causa por la Universitat de València por Víctor Fairén-Guillén 243

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez