

JUSTICIA 94

NUMERO II

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



1994

JOSÉ MARÍA BOSCH EDITOR, S. A. — BARCELONA

«JUSTICIA 94» se publica trimestralmente.

ADMINISTRACION (suscripciones), José M.^º Bosch, editor, S. A., Rosselló, 22
08029 — Barcelona, Tel. (93) 419 77 50.

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

INDICE

IN MEMORIAM	
<i>Enrico Allorio</i> por Giuseppe Tarzia	259
DACIONES DE CUENTA	
<i>La reforma necesaria</i> por Emilio Gómez Orbaneja	261
<i>Jurisdicción competente para el conocimiento de las reclamaciones frente a la Administración Sanitaria por lesiones producidas en el transcurso de una asistencia hospitalaria</i> por Manuel Serra Domínguez	275
<i>Las atribuciones del Consejo Superior de la Magistratura en Italia: Estudio comparado con el derecho español</i> por Marco Villagó- mez Cebrián	303
<i>Los documentos otorgados en el extranjero como medio de prueba en el proceso civil español</i> por M. ^ª Dolores Adam Muñoz	327
<i>La formación de abogados en España: Las escuelas de práctica ju- rídica</i> por Joan Picó i Junoy	367
DESPACHO ORDINARIO	
<i>Los Tribunales han dicho</i> por F. Málaga Diéguez, Alex Carocca Pé- rez, B. Mora Capitán, Ch. Català Comas y J. Solé Riera	385
COMISIONES ROGATORIAS	
<i>La problemática incidencia del proceso ejecutivo en la realidad económica</i> por Angelo Bonsignori	477
EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS	
<i>Revista de revistas y obras colectivas. 1988 — II</i> por Arturo Alva- rez Alarcón y Jesús Sáez González	493

© 1994, José M.^º Bosch, editor, S. A.
Rosselló, 22 — 08029 Barcelona

Depósito legal: B. 19.117-87
ISSN (en trámite)

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

IN MEMORIAM

ENRICO ALLORIO *

GIUSEPPE TARZIA

El pasado 20 de abril, Enrico Allorio ha dejado a la familia, a los innumerables amigos y alumnos, a la ciencia jurídica italiana e internacional.

No es posible recordar adecuadamente su vida y su obra en unas pocas líneas dictadas en un momento de conmoción.

Baste aquí recordar la extraordinaria riqueza de la mente y del ánimo del Maestro desaparecido, junto con las etapas más relevantes de una carrera académica y de una actividad científica, que ha sido y es objeto de admiración y gratitud por parte de los estudiosos.

Nacido en 1914, consiguió la «libera docenza» de derecho procesal civil y el encargo de la enseñanza en la Universidad de Messina; profesor «di ruolo» a los 23 años, enseñó sucesivamente en las Universidades de Macerata, de Padova y, desde 1948 hasta 1974, en la *Università Cattolica del Sacro Cuore*, pasando del derecho procesal civil a la ciencia de las finanzas y al derecho financiero, y teniendo encargada durante mucho tiempo la docencia de derecho procesal penal.

Catedrático desde entonces de derecho procesal civil en la *Università degli Studi di Milano* y posteriormente emérito de esta Universidad; director de *Giurisprudenza italiana*, de la *Rivista di diritto civile*, de la

* Trad. Belén Mora Capitán.

Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze; socio de la *Accademia dei Lincei* y del *Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*; Enrico Allorio ha prodigado, tanto en la enseñanza como en la ciencia, sus últimas dotes intelectuales y morales.

Sus inquietudes científicas se extendieron desde el derecho procesal civil al tributario y a la teoría del derecho y su obra se halla recogida, en cuanto a los principales títulos, en monografías y tratados merecidamente famosos (*La cosa giudicata rispetto ai terzi*, de 1935; *Il giuramento delle parte*, de 1937; *Diritto processuale tributario*, 5.ª ed., en 1969), así como en tres volúmenes de ensayos (de casi 2.000 páginas, editados en 1957) sobre *Problemi di diritto*.

No se puede omitir el recordar, junto a los méritos del estudioso, los del Maestro de muchas generaciones de juristas: constantemente abierto al diálogo, ávido de sugerencias y atento a las reflexiones de los jóvenes, quienes con amplia y justa confianza se han dirigido siempre a él; tan generoso en la ayuda como respetuoso con el pensamiento ajeno.

DACIONES DE CUENTA

LA REFORMA NECESARIA *

EMILIO GÓMEZ ORBANEJA
Catedrático de Derecho Procesal

Las últimas reformas de nuestras leyes procesales, desde 1984 a la reciente de 30 de abril de este mismo año (1992) ya han sido expuestas y discutidas en estas Jornadas, en especial la última. No es mi intención, claro está, volver sobre el tema. Sin embargo, en algunos puntos esenciales, que tocan a los principios de ambos procesos, el civil y el penal, se me permitirá que me apoye en ellas, para proyectar desde mi crítica la cuestión que a mí me ha correspondido tratar.

Esas reformas recientes están todas hechas con la protesta expresa de ser parciales, urgentes, y de no querer tocar a los principios. Sólo en una de ellas, la de diciembre de 1988, se trataba de rectificar un yerro fundamental, que venía desde una ley de 1967 para el procedimiento penal de urgencia, reiterado después, incluso en pleno período constituyente, para las competencias de la Audiencia Nacional. Consistía este error, como sabéis, en atribuir al propio juez que instruye e investiga competencia para conocer del juicio y fallarlo, recayéndose así en lo más característico del proceso penal inquisitivo.

No bastaron las denuncias reiteradas en exposiciones doctrinales y

* Conferencia de clausura del Curso organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga sobre las *Reformas Procesales*, noviembre 1992.

manuales; fue preciso que se declarase por el Supremo órgano la inconstitucionalidad de tal regulación. Por cierto, que a juzgar por el arranque de la Exposición de motivos de esa Ley orgánica de 1988, se creería que en ella iba a tratarse exclusivamente de rectificar tal punto esencial, con normas tanto orgánicas como procesales a tal fin. Verdad que en la misma Exposición se añade el propósito, seguramente plausible, de aprovechar la ocasión para unificar los tres procedimientos existentes. Pues en seguida veremos cómo, consciente o no el legislador de la trascendencia del tema, afronta, para el juicio unificado por delitos menos graves, el problema seguramente más central y delicado del proceso penal, que la Ley de Enj. criminal de 1882 planteó mal y sólo resolvía parcial e indirectamente: el problema de la identificación del hecho por que se procede, que no se puede resolver con el concepto de *hecho* del derecho penal sustantivo o material, y lo afronta en su vertiente más visible: la correlación entre la acusación y la sentencia.

Una desviación no menos llamativa —luego vamos a considerarlo— se dio para el proceso civil en la reforma de 1984. Tras afirmarse, también en la Exposición de motivos, que se trataba tan sólo de medidas «urgentes», encaminadas a la aceleración de la justicia; de corregir «dilaciones insoportables» que la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 facilitaba o permitía, mas sin alterar para nada los «fundamentos y fines» de tan venerable cuerpo legal, se lanza el legislador a cambiar radicalmente el recurso de casación, la pieza más delicada de todo el proceso, de un modo que, sabiéndolo o no, trastoca la función del juez en la fijación de los hechos y las normas fundamentales de valoración de la prueba de la propia Ley y del Código civil.

Y, finalmente, en la última reforma, 1992, después de reconocer que «una reforma global del ordenamiento procesal es tarea que se debe afrontar sin precipitación y ponderando cuantos factores confluyen en los distintos procesos», implicando con estas palabras, que cito a la letra, que ni de ese tiempo ni de esa ponderación se disponía ahora, se va de nuevo, en el campo civil, a la casación, el lugar, repitémoslo, más incompatible con la parcialidad y la premura, y sin más explicaciones, sino la consabida de que «la casación no es una tercera instancia», se suprime sin más el cuarto motivo del recurso, puesto por el legislador de 1984 con desprecio y hasta burla de la función del documento auténtico; se suprime, no sabemos si con la intención de remachar o disimular el error primero.

Justamente porque en todo esto se trata de «fundamentos y fines», como decía la Exposición de motivos de la reforma del 84, y para pro-

yectar la reflexión hacia lo que denomina el programa «La reforma necesaria», me permito volver sobre las parciales reformas recientes. Y paso a considerar, uno tras otro, esos temas cardinales de ambos procesos, penal y civil, que de ningún modo pueden soslayarse en un ordenamiento nuevo.

La identificación del hecho por que se procede corresponde, en el proceso penal, a lo que en la doctrina del derecho procesal civil se denomina la identificación de las acciones. Tema central, que si en nuestra Ley de 1882 quedó mal planteado y no resuelto, en esta ley reciente de 1988, y sólo para el procedimiento de urgencia, queda mal resuelto y sin plantear.

El profesor italiano Bettiol escribió en su día que este problema domina, en extensión y profundidad, toda la teoría general del derecho procesal penal. «Basta considerar —añadía— que de identidad se habla a propósito de la litis pendencia, de la correlación entre la acusación y la sentencia, de la excepción de cosa juzgada. El juzgador no puede conocer y fallar sobre un hecho distinto de aquel en función del cual el fiscal (o el acusador particular, en España) ejercitan la acción. Ni después de dictada una resolución firme puede abrirse otro juicio [contra la misma persona] por el mismo hecho». Por el mismo hecho, precisemos nosotros, aun diversamente calificado.

Que la calificación no entra en la identificación de la acción penal es evidente. Baste considerar que puede modificarse en el juicio oral, después de la prueba, sin que la identidad se pierda. Y que en nuestro sistema de la acción popular, se puede entrar a celebrar el juicio con calificaciones divergentes. Corrientemente decimos que a X se le sigue una causa por hurto. Es claro que nada impide, habiendo pluralidad de calificaciones, simultáneas o sucesivas, que ese mismo hecho de X sea también considerado como robo, o apropiación indebida, o estafa. Por donde se impone la conclusión de que la identidad de la acción penal no está en la calificación sino en lo calificado.

Pero fijémonos en que el cambio de calificación del mismo hecho no es por lo general, sin más, un cambio de criterio técnico. La parte acusadora que, después de la prueba hecha en el juicio, modifica su calificación provisional de hurto por la definitiva de robo, no lo hace porque estime que se equivocó antes, sino por entender que una circunstancia cualificativa ha venido a revelarse por la prueba; por entender que, en algo, el hecho ha cambiado. A los tipos penales, o calificaciones, co-

responden esquemas factuales inmutables. El problema de la identidad de la acción penal es, por consecuencia, éste: hasta qué punto puede cambiar el hecho, quitándole o añadiéndole algo, sin que se rompa su identidad histórica. Y la respuesta mejor parece ser esta: la identidad no se rompe mientras siga habiendo identidad parcial de los concretos actos de realización. Basta que haya una porción común, en el acaecer histórico, entre los objetos que se comparan.

Veamos ahora cómo quedó la cuestión mal planteada y no resuelta en la Ley de 1882.

Que al legislador no se le pasó por alto el tema, es indudable, a la vista del artículo 733, introducido por primera vez en el cuerpo de una compilación que, en gran parte, venía de atrás. Recuerdo que ese artículo dice que si el tribunal, juzgando *por el resultado de las pruebas*, entiende que el hecho ha sido calificado con manifiesto error (cuidado, el texto no dice que por las partes acusadoras sólo —el error puede estar también en las conclusiones de la defensa) puede dirigirse a las partes y pedirles, sin prejuzgar el fallo definitivo, que se pronuncien sobre si el hecho justiciable no constituye tal (otro) delito (cuidado, el texto no dice que el delito propuesto tenga que ser más grave) o si no constituye tal eximente concreta del código penal. Y añade el artículo que esta llamada «facultad», encaminada a que no coja sin debate y por sorpresa a las partes (también a la acusadora) la calificación de la sentencia, no se extiende ni a las circunstancias modificativas dentro de un mismo delito ni al grado de participación en él de cada uno de los procesados.

Este texto no se ha estudiado ni aclarado nunca debidamente, y en seguida veremos por qué. Si se lee con cuidado, se cae en la cuenta de que su fin primordial no era evitarle al reo la sorpresa de verse condenado a una pena mayor que la pedida. Hemos visto que no distingue entre gravedad de delitos: también la condena a un delito menos grave puede cogerle al procesado indefenso. Y al legislador no se le podía ocultar que, concurriendo una o más circunstancias agravantes, o pasándose del encubrimiento o la complicidad a la autoría, la repercusión en la pena puede ser mayor que pasando de uno a otro título delictivo. Y tratándose de garantías, no se olvide la que ofrece al acusador: evitarle la sorpresa de ver al acusado absuelto en virtud de un eximente, acaso rebatible, no alegada por la defensa y, por tanto, no debatida.

¿Por qué nadie se ha parado mucho en tal artículo? Yo creo que la razón está en que venía a caer en una compilación que, así entendido, lo rechazaba. La Ley de Enjuiciamiento de 1882 contenía la misma causa de nulidad de la sentencia que, recogida de atrás, figuraba ya en la Compi-

lación general del 71; a saber, el fallo, por disparidad de calificación (y no por el cuanto de la pena) sólo es anulable cuando pene por un delito más grave que el que haya sido objeto de acusación. Y como al motivo de casación correspondiente se añadió en 1882 la frase «si el tribunal no hubiera procedido previamente como determina el art. 733», para esto exclusivamente sirve el art. 733, y lo concebido como facultad ha pasado a ser condición, y no, repito, de la pena mayor, sino del tipo más grave.

El problema capital de la correlación entre acusación y sentencia se quedó, pues, sin resolver en la Ley que rige desde hace ciento diez años. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, y ahora también la del Tribunal Constitucional en los recursos de amparo en que se alega indefensión, sostienen, confirmando una práctica constante, que nada impide imponer pena mayor, si concurren circunstancias agravantes o se aprecia distinto grado de participación, con tal que no sea por un delito más grave. En cuando a la identidad propiamente dicha del hecho, o apuntando a ella, ambos Organos hacen uso de un concepto harto ambiguo: no hay indefensión (o incongruencia), dicen, si el delito por que se acusó y el delito que se pena son *homogéneos*. A lo cual se debe argüir que comparando, como en realidad hay que hacer, no tipos abstractos del código penal sino complejos de hechos concretos de la vida real, no ya con delitos homogéneos sino con el mismo delito, la identidad puede faltar por completo. Como si al acusado por robo, no probándose el hecho o su participación en él, se le condena por otro robo distinto.

Veamos de qué modo resuelve ahora el problema de la correlación la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento abreviado. «La sentencia —dice el nuevo texto del artículo 749, a partir de 1988— no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad del bien jurídico protegido o mutación esencial del hecho enjuiciado».

Como creo que es más importante atender a la primera prohibición, la de agravación de la pena, comento brevemente la otra, la de cambio de título de delito. Lo de la identidad del bien jurídico protegido, no siendo a la receptación, como delito per se, no adivino a qué se refiere, porque en el encubrimiento, el hecho en efecto es distinto, pero el delito es el mismo. E igual sucede en la imprudencia temeraria, porque, bien dichas las cosas, en el delito culposo no hay tampoco cambio de título (y en este caso, a diferencia del otro, ni tampoco cambio en los elementos objetivos del hecho).

La primera prohibición representa, pura y simplemente, dejar la valoración de la prueba al acusador, al mismo que la propone, y dejar en sus manos el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, quitándoselo al juez. Representa una transposición inadecuada del *ultra petita* del proceso civil y la idea errónea de que la acción penal, que no es más que el derecho (o tratándose del Ministerio fiscal, el derecho-deber) de acusar, para que decida el juez, se identifica por un *petitum*, como pasa con la demanda. Y significa dejar a la disposición del acusador, que en nuestro sistema puede ser a la vez el ofendido y perjudicado por el delito, la acción penal como lo está la civil acumulable a ella, y el peligro de que se juegue con esta confluencia de acciones.

La acción penal, que no se identifica por un determinado título de delito, menos se identifica por una pena, y no es esencial que las conclusiones del acusador la señalen, ni la generalidad de las legislaciones, por lo que yo sé, lo exigen. (Esto es especialmente evidente en el juicio por jurado; a éste no se le pide nunca una pena, sino que declare culpable al procesado de un determinado hecho, y es luego el juez togado el que determina la pena que corresponde a ese hecho).

Considérese que ese mismo artículo reformado, antes de sentar la prohibición, empieza diciendo que la sentencia se dictará en la forma prevista en el correspondiente precepto de la Ley Orgánica. Y cabe preguntarse qué hechos y circunstancias de hecho ha de poner el juez en la motivación, los que él mismo considere probados o los que ha tenido por probados el acusador, cosa por demás chusca. Pero de otro modo, el fallo por fuerza será incongruente con la motivación.

En suma, no identificándose la acción penal ni por un título de delito (una calificación) ni por el hecho tal como venga descrito en el auto de apertura (en nuestro sistema, en la calificación provisional que inmediatamente le sigue), sino como del juicio mismo resulte este hecho, será conveniente aclararlo en este sentido, redundando en lo que ya el artículo 741 de la Lecrim. indica al expresar qué objeto de la sentencia es el hecho inculcado en la apertura tal como resulte de las pruebas del juicio mismo. Y tal como lo considere probado el juez, individual o colegiado, y no el acusador. Y correspondiendo al juzgador encuadrar el hecho en una u otra calificación, será necesario, en interés de la defensa, prevenir a ésta de cualquier encuadramiento o calificación que no haya sido objeto de debate, y ello con independencia de que se trate de delito más o menos grave que el de las conclusiones definitivas de la acusación. Pues también, ya se ha indicado, frente a un delito menos grave puede requerirse un cambio en los argumentos, y eventualmente en las pruebas, de la defensa.

En cuanto a la excepción de cosa juzgada, dicho se está que abarca, objetivamente al hecho en su identidad esencial, con todas las calificaciones jurídicas y variaciones factuales posibles, mientras esa identidad se mantenga.

Pasemos ahora al proceso civil. Aquí —no habrá necesidad de recordarlo— estamos en pleno dominio del principio dispositivo, como consecuencia de la naturaleza de los derechos que el proceso protege y en él se actúan. No sólo no puede el juez dar nada por fuera de lo que el actor pida, aunque lo tenga por justo y debido, sino que además todo el material de hecho del proceso y de la sentencia han de aportarlo las partes. *Judex iudicet secundum allegata et probata partium*. El juez no investiga nada; no sale, no puede salir, por iniciativa propia, en busca de los hechos. Su percepción está limitada a las pruebas que las partes le traigan. Y más aún: unas determinadas pruebas, reducidas en los ordenamientos modernos a la confesión y los documentos, prevalecen sobre las otras, de libre apreciación del juez.

Pero, se me dirá, todo esto, tan elemental y sabido, tan firme y netamente articulado en la legislación que ya nos rige ¿qué tiene que ver con la legislación por venir, con la reforma de mañana?

Vamos a ver la razón de traerlo a cuento.

La ley de 1984, que en principio no se proponía más que abreviar el proceso civil, sin alterar sus fines y fundamentos, al estructurar de nuevo el recurso de casación, marca un hito en la crisis de ésta. ¿Crisis? Sí, profunda, y en seguida trataré de mostrarlo.

Ya es significativa esa insistencia en repetir el propio órgano —y ahora el reformador de 1992— que la casación no es una tercera instancia. Si nos referimos a su misión peculiar, política más que jurisdiccional, la salvaguardia de la ley, tal negativa es una verdad obvia. Tan obvia, que no se entiende que haya necesidad de repetirla tanto. Pero la casación que adoptó desde el principio nuestro legislador es una casación sin reenvío. Lo cual quiere decir que como, anulada la sentencia de instancia, el caso se queda sin decidir, y hay que decidirlo de nuevo, el propio órgano que ha anulado dicta (en el recurso de infracción de ley) el nuevo fallo. Que sea el mismo órgano, u otro distinto, para la naturaleza del acto sería indiferente. Porque cuando el Tribunal Supremo, una vez estimado el recurso, vuelve a fallar (antes, en una segunda sentencia; ahora en la misma, tras anular) no hace propiamente de órgano de casación; hace lo que cualquier otro tribunal podría hacer por igual.

Tratándose de infracción de ley propiamente dicha, cometida respecto de un complejo de hechos inmutable, que subsisten como probados tras la anulación, esta segunda parte de la función compleja del órgano no ofrece dificultad *per se*: basta aplicar la ley que hubiera debido aplicarse, o la misma debidamente entendida e interpretada, conforme a la propia tesis de la anulación, a los mismos hechos, los fijados en la sentencia anulada como probados.

Pero la complicación estaba en que entre los motivos que el antiguo artículo 1692 consideraba también de infracción de ley (aunque aquí la ley no fuese propiamente la material o sustantiva) figuraba uno, el último, por error en la apreciación de la prueba. Y aquí sí que la labor adicional se complicaba.

Anotemos, de pasada, que aunque el texto legal derogado distinguía entre error de derecho y error de hecho en la apreciación, como este segundo había de resultar de documentos auténticos que demostrasen la equivocación evidente del juzgador de instancia, y la ley —tanto el código civil como la procesal—, atribuyen valor probatorio al documento, ambas clases de error venían a ser de derecho.

Y aquí sí estaba la complicación, digo. Porque para la nueva sentencia ya no bastaba con poner debidamente la ley aplicable al caso; había que poner también el caso, esto es, el hecho o conjunto de hechos que sustituyeran a los formulados por el tribunal de instancia con error en la apreciación de la prueba, y por lo general esto no podía hacerse sin valorar otra vez las pruebas.

Sería una temeridad, que yo no voy a cometer, suponer subterfugios para orillar esta dificultad. Pero no creo demasiado aventurado imaginar que un Tribunal Supremo, lejano a todo lo que en el curso de la instancia podía dar un conocimiento vivo e inmediato de los hechos, considerase en muchos casos que, después de todo, alguna razón habrían tenido los jueces de instancia para sentar los hechos como lo hicieron. (Algún partidario de la oralidad e intermediación podría tal vez argüir que muchas veces tampoco el juez de instancia, cuando se pone a estudiar y redactar la sentencia, sabe de cuanto estaba vivo en el proceso más que lo que ha quedado en los autos, esto es, lo que ya no está vivo). Pero todo eso sería conjetura. Lo que nadie podrá negar es que los recursos desestimados por este motivo son innumerables; en los últimos años, anteriores a la reforma de 1984, virtualmente todos.

De aquí ha salido, con toda probabilidad, la doctrina jurisprudencial de la «apreciación conjunta» de la prueba. La cual conduce, invocada en la sentencia, a que el juzgador de instancia no tenga que razonar o moti-

var la fijación de los hechos. Y a que insensiblemente, sin darse cuenta, se traspasen dos fronteras: la que separa la fijación del hecho de la «subsunción», que es el encaje del hecho material neto en un concepto legal, y la que media entre la fijación del hecho y la interpretación del negocio y particularmente de los contratos. Sin contar con que nada impide que en ese complejo inarticulado, el juez, estimulado por lo que él estima con plena convicción ser la verdad, afirme como probados hechos que en efecto lo estén para él, pero sobre los cuales la ley no permitía hacer prueba, o lo estén por circunstancias de hecho producto de percepciones por fuera de la prueba pedida y producida por las partes.

Pero a lo que indudablemente conduce la apreciación conjunta —y esto no lo conjeturo yo sino que lo reconoce taxativamente el propio Tribunal Supremo— es a que las pruebas legales pierdan su primacía y toda la prueba del proceso civil se convierta en prueba libre.

Después de haber afirmado, en no pocas sentencias, que el documento que consta en autos y ha sido ya considerado por el juzgador de instancia, no tiene la consideración de auténtico a los efectos del antiguo motivo de casación por error de hecho de apreciación, dice una sentencia de 18 de junio de 1984 (fecha en que se estaría terminando de gestar la reforma de ese año) lo siguiente: «Quedando en pie, dentro de cualquier tesis, la posibilidad actuada por la Audiencia de valorar *libre y conjuntamente* la prueba producida». Y dos años antes, pero ya en la época que desemboca en la reforma, afirma la sentencia de 10 de octubre de 1982: «La confesión no vale ya contra la apreciación conjunta... por no ser ya prueba legal». No es aventurado imaginar que alguien, leyendo esto, y no confiando en los textos legales que tenga en casa, se haya lanzado a la calle para adquirir ediciones más recientes de la Ley de Enjuiciamiento y del Código civil y comprobar si en efecto han desaparecido el art. 580 de aquella y el 1.232 de éste.

Así las cosas, no parece temerario considerar el motivo número 4.º de la reforma de 1984 (ahora suprimido por la reforma de 1992) como un intento de salida de la crisis. En casi todo su contenido, venía a decir lo mismo que decía el motivo séptimo de la Ley de Enjuiciamiento desde 1881: el error de hecho en la apreciación tiene que resultar de documentos, así, sin más. El reformador suprimía el adjetivo «auténticos», porque según confiesa en la Exposición de motivos, no sabe bien qué sea eso. Pero añade (o añadía) al nuevo texto algo que se ha ido a buscar a otro lugar, y voy a recordar adónde.

En 1933, las Cortes de la República modificaron la casación penal. Introducir un motivo análogo al de la casación civil no se le ocurrió a la

Comisión jurídica asesora, en la que figuraban juristas doctos; la idea fue de diputados *prácticos*. Y se copió casi a la letra el texto del motivo de la casación civil. Pero como dar valor preferente al documento se compadecía mal con la libre valoración, se añadió incongruentemente lo siguiente: «si no estuvieren desvirtuados (los documentos auténticos) por otras pruebas». Incongruentemente, digo, porque siendo estas otras pruebas de libre apreciación, la libertad quedaba intacta, y nosotros sin saber para qué servía realmente el motivo.

Pues aunque parezca extraño tratándose de la casación civil, ese mismo inciso, apenas cambiadas las palabras, es lo que añadió la reforma de 1984. No es de extrañar que ahora, en 1992, aduciendo que la casación no es una tercera instancia, el legislador lo haya borrado de un plumazo.

* * *

Dejemos ya de volver sobre las recientes reformas; pongámonos en el presente y miremos al futuro. Un proceso civil sin pruebas legales sería un mal inmenso. La seguridad del tráfico jurídico, civil y mercantil, se funda, cada día más, en el valor de los documentos que los sujetos otorgan para hacer sus actos y contratos. Y es un enorme error creer que es misión del juez civil buscar la verdad real, en contraposición a una sedicente verdad formal, que sería la que proporcionase la prueba *tasada*. Como si el documento no nos llevara en la inmensa mayoría de los casos, antes y mejor que la libre apreciación, a la realidad misma.

En primer lugar, misión del juez civil no es averiguar nada, por fuera de la iniciativa y carga de la prueba de las partes. «La ley no sólo no hace que sea un deber del juez la libre averiguación, sino que se la prohíbe», escribía, hace ya más de un siglo, el gran maestro alemán Wach. Los límites y trabas puestos por la ley —repetámoslo— a la averiguación y percepción del juez, es claro que no están ideados para celar la verdad, sino para obtenerla. Porque la experiencia nos enseña (la «experiencia acumulada», como decía Carnelutti) que habiendo un documento auténtico, esto es, hecho y firmado fehacientemente por la parte a quien perjudica, es mucho más seguro lo que diga el documento que lo que salga de cualquier otra prueba libremente apreciada. Y otro tanto cabe decir de la confesión, porque esa misma experiencia enseña que nadie declara contra sí mismo a no ser que el hecho declarado sea cierto. Por fortuna, esos artículos, que citábamos antes, que en la Ley de Enjuiciamiento y en el Código civil dan valor de prueba a la confesión y los

documentos siguen en su sitio, y deben seguir. Y no sólo ocurre que sin esas limitaciones puestas a la libre apreciación del juez, el daño en conjunto sería mayor que el que puede resultar de la excepcional y rarísima inadecuación de las pruebas legales a la verdad, según decía el autor italiano citado, sino que además la libre averiguación pone en peligro la objetividad del juzgador.

Si la libre apreciación, disimulada o no como apreciación conjunta, prevaleciera, tendríamos que preguntarnos: De suerte que ahora, cuando nos hemos visto obligados a reconocer que en el proceso penal (donde sí se trata, a diferencia del civil, de un interés propio del Estado, y el propio Estado tiene el derecho-deber de la averiguación de los hechos, y no cede esta actividad a los particulares, sino que las asume con sus propios órganos), no son compatibles la función de averiguar y la de juzgar, y que el juez que averigua, por ese solo hecho, puede resultar, al ir a dictar el fallo, si no parcial, sí prevenido, no objetivo ¿vamos a consentir sin clamoroso reparo que en el proceso civil sea misión del propio juez que falla ponerse a buscar la verdad, base de su fallo?

Y aquí viene bien a cuento, como síntoma del mismo mal, la ampliación que ha hecho la misma reforma de 1984 de las diligencias para mejor proveer del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

La compatibilidad de esas diligencias, ya como estaban antes, con las limitaciones necesarias a la averiguación del juez, era dudosa. ¿Dónde quedaba el *secundum allegata et probata partium*? Y ello porque nuestra legislación no se cuidó de establecer su carácter, más que supletorio, complementario, respecto de la actividad probatoria de las partes. No se cuidaba de precisar que no es misión del juez en este punto del proceso, como no lo es en ningún otro, suplir la iniciativa y carga de la prueba, sino en el caso precisar o completar una prueba que se ha quedado a punto de llegar a su objetivo. Lo hacía ya, en cambio, el Código Napoleón, que para el juramento supletorio —figura que viene del derecho común y que es la principal de esas medidas de nuestro art. 340— exige: a) que el hecho no esté ya plenamente justificado, y b) (y sobre todo) que no esté totalmente falto de prueba. Y exige la ley alemana vigente, para una figura equivalente, que al menos haya algo en favor o en contra de la verdad del hecho controvertido. Y no aduzco más que estos dos ejemplos, uno anterior, posterior al otro, al precepto incondicionado de nuestro derecho anterior a la reforma. ¿Pues qué juez imparcial, o digamos, objetivo, puede ser ese que viendo, antes de dictar sentencia, que un hecho está absolutamente falto de prueba, suspende el término para ver de hacerla él, o viendo que un hecho está probado, sale en busca de una posible contraprueba?

Me he extendido más de lo pensado en esto, porque, como sabéis, la reforma del 84 no sólo mantiene, en vez de condicionarla, la iniciativa del juez sino la lleva adonde nunca se pensó llevarla, a la prueba de testigos. De tal modo que ahora puede llamar el juez, para mejor proveer, no sólo a los traídos por las partes que ya hayan declarado en el período probatorio (por ejemplo, para hacer lo que no hizo en la declaración: alguna pregunta aclaratoria o complementaria) sino a cualquier persona sólo con que su nombre aparezca por algún sitio en los autos. Con lo cual, claro es, no se complementa nada, sino francamente se su-ple la iniciativa y la carga de la parte que no ha conseguido probar por su cuenta.

* * *

Al llegar aquí, tal vez se diga que me he ido alejando de mi tema. Mas todas estas observaciones críticas ¿no van en realidad apuntando a la *reforma necesaria*? Al menos, tal es mi propósito. Y acaso se piense, por lo último que he dicho, que propugno reducir la función de la prueba libremente apreciada en el proceso civil. Creo, por el contrario, que su papel debe ser grande, pero a condición de someterla al principio de oralidad y su complementario de intermediación, consustanciales a ella.

Por ejemplo, acabamos de ver, cómo, al abrirse el término para dictar sentencia, ha de saber el juez, a fin de disponer una u otra de las diligencias para mejor proveer, si la prueba en cuestión es suficiente. ¿Y cómo puede saberlo a tiempo, si no ha sido él mismo quien la ha presidido? ¿Por la declaración de un testigo a quien él, el juez, no ha visto ni oído, tal como la recoge la dactilografía distraída del dependiente del juzgado? Declarando de otro modo ese testigo, tal vez hubiera bastado una simple pregunta aclaratoria a tiempo para que se precisara la fuente de su afirmación.

La ley disponía, precisamente hasta 1984, que las pruebas se practicasen en audiencia pública. Ya sabemos que una cosa es lo que la ley diga y otra lo que con la ley se haga; en seguida, y para terminar, volveré sobre esto. Pero es chocante que una reforma, que iba precisamente buscando la celeridad, haya borrado disposición tan rotunda y necesaria.

Porque la oralidad y publicidad en la práctica de las pruebas no sólo hacen posible la apreciación adecuada, sino prestan celeridad al proceso, en ésta y en todas sus otras fases. «Sobre aquello que se dice y transcurre en nuestra presencia, y en que de veras participamos —ha es-

crito un autor— la resolución tiende a venir pronta. Lo que sin más queda escrito, puede aguardar, y de hecho aguarda».

De sobra sé que el cambio radical que significaría introducir de veras en el proceso civil la oralidad, con todas sus implicaciones (inmediación, concentración) no exige sólo un cambio de ley. Hay que empezar por cambiar y preparar el terreno, la estructura, y enfrentarse con una serie de querencias y hábitos muy apegados al mundo del proceso. Y tal vez lo mejor sería proceder por etapas, exigiéndose con rigor, eso sí, que cada uno de los tramos se hiciera realmente efectivo.

La comparecencia del nuevo juicio de menor cuantía podría tomarse como un tímido ensayo de oralidad. Ustedes pueden apreciar mucho mejor que yo qué resultado ha dado en estos ocho años.

Y para mostrar que no se me escapa la necesidad y dificultad de esa preparación de la estructura, social y profesional, de la creación de un clima adecuado, para que lo legislado sea efectivo, se me permitirá que, aunque lo haya hecho en otra ocasión, cite para concluir un breve texto poco conocido de Montesquieu, que viene muy a propósito. El futuro autor de *El espíritu de las leyes* viajó, desde 1728, por Austria, Italia, Alemania y Holanda; en 1729 se fijó en Londres, por tres años. En un pasaje de sus *Notas sobre Inglaterra*, Montesquieu escribe: «Cuando visito un país no me paro a examinar si hay buenas leyes, sino si se cumplen las que haya, pues buenas leyes en todas partes las hay».

**JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA
EL CONOCIMIENTO DE LAS RECLAMACIONES
FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA
POR LESIONES PRODUCIDAS EN EL TRANCURSO
DE UNA ASISTENCIA HOSPITALARIA**

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO:

I. Planteamiento de la cuestión. — II. Carácter artificial de la atribución de las reclamaciones por perjuicios derivados de la asistencia sanitaria a la jurisdicción social. — III. Inadecuación del proceso laboral a las complejidades propias de las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria. — IV. La jurisdicción para conocer de las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria debe corresponder en principio, de no existir una norma en contrario, a la jurisdicción civil. — V. Atribución por la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo a los Tribunales del orden civil de la jurisdicción para conocer de las reclamaciones por asistencia sanitaria. — VI. Problemática en torno al conocimiento de las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria por los Tribunales Contencioso-Administrativos. — VII. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La atribución de las reclamaciones por indemnización de daños y perjuicios resultantes de una defectuosa asistencia médica distaba mucho de estar resuelta en nuestro derecho positivo y en nuestra jurisprudencia, hasta el punto de producirse en la práctica la concurrencia de los cuatro distintos órganos jurisdiccionales para entender de una misma cuestión:

- a) El orden penal, de carácter siempre preferente (Arts. 10.2 y 44 LOPJ), que tanto por dicha preferencia como por lo limitado de su objeto, no plantea problemas especiales al respecto.
- b) El orden contencioso-administrativo, motivado por la intervención en el proceso de una Entidad de carácter público, como lo son el INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD, en España, el INSTITUT CATALA DE LA SALUT, en Catalunya, y las restantes Administraciones Sanitarias de cada Comunidad Autónoma, y la existencia de una previa reclamación administrativa (Arts. 9.4 LOPJ y 1.2.c y 3.b LJC).
- c) El orden social, de estimarse que estamos ante reclamaciones en materia de Seguridad Social (Art. 9.5 LOPJ y 2.b LPL).
- d) El orden civil, de ejercitarse una acción de carácter básicamente privado, la acción por responsabilidad extracontractual, fundada en preceptos del Código Civil, y además por la «vis atractiva» de la jurisdicción civil (Art. 9.2 LOPJ).

En la actualidad existen sentencias aparentemente contradictorias, en torno al orden jurisdiccional competente para conocer de las acciones relacionadas con la reclamación a las Entidades Sanitarias Públicas por defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios:

- a) Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, de 14 junio y 15 julio 1991, asumen el conocimiento de la impugnación en vía contenciosa de las resoluciones del INSALUD denegando indemnizaciones por defectuosa asistencia sanitaria.
- b) Las sentencias de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 24 abril 1990, 3 mayo 1990, 5 junio 1991, 20 abril 1992, 6 mayo 1992 y 20 noviembre 1992, sostienen la competencia de la jurisdicción social por estimar que los perjuicios originados «se producen en función de la relación de aseguramiento protector que vincula a la Seguridad Social con sus titulares y beneficiarios».
- c) Por último, son numerosas las sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo defendiendo, bien expresa, bien tácitamente, la jurisdic-

ción de los Tribunales Civiles, por tratarse de una acción de responsabilidad extracontractual y además en función de la «vis atractiva» establecida por el art. 9.2 LOPJ. Destacan al respecto las sentencias de 5 mayo 1988, 30 enero 1990, 8 y 23 noviembre 1990 y 30 julio 1991, entre otras muchas.

Ciertamente el conocimiento simultáneo de una misma materia por tres diversos órganos jurisdiccionales supone un fenómeno profundamente perturbador en el ámbito de las relaciones jurídicas. Teniendo la jurisdicción carácter público e indisponible, y siendo exclusiva y excluyente (Art. 9.1 LOPJ), por lo que la falta de jurisdicción puede ser apreciada incluso de oficio, se comprende que sólo uno de los tres órdenes jurisdiccionales debe poder conocer de las reclamaciones que se formulen.

Aneecdótico, pero revelador de la profunda crisis jurídica actual, deben estimarse diversas resoluciones jurisprudenciales recientes estableciendo el carácter electivo para el actor de la jurisdicción¹, prescindiendo

1. La sentencia de 14 junio 1993 del Juzgado de 1.^a Instancia número 48 de Barcelona declaró literalmente que «en un intento de armonización de ambas doctrinas, cabe admitir que el perjudicado por la asistencia sanitaria defectuosa, que sea además beneficiario de la Seguridad Social, goza del beneficio de la duplicidad de jurisdicción para la obtención de la indemnización de perjuicios por defectuoso funcionamiento de los servicios médicos, pudiendo acudir a la jurisdicción civil, como titular de los derechos de la personalidad, de naturaleza privada y relevancia constitucional, a la vida y a la integridad física, con fundamento en los arts. 1.902 y 1.903 CC; o bien, en su condición de beneficiario del sistema de la Seguridad Social, y por tanto como titular del derecho a la asistencia sanitaria, acudir a la jurisdicción social, exigiendo las consecuencias de la prestación asistencial deficiente, con fundamento en los arts. 23, 98 y concordantes de la Ley General de la Seguridad Social, sin que la defectuosa regulación de la materia por las normas laborales, impida su integración con las contenidas en el Código Civil, por el carácter supletorio que de las disposiciones del Código Civil en las materias regidas por otras leyes, proclama su art. 4.3».

Aún cuando el mismo Juzgado rectificó dicha doctrina en un Auto posterior de 23 marzo 1994 en otro proceso similar en el que se inhibió a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, el Auto antes transcrito ha sido ratificado por Auto de 6 abril 1984 de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona fundándolo nada menos que en el principio de la «editio actionis» que evidentemente nada tiene que ver con la jurisdicción: «Es así el respeto a la 'editio actionis' el principio básico de interpretación y aunque ciertamente la elaboración teórica es alambicada y presenta graves inconvenientes para el lego no lo es menos que responde a la complejidad actual del ordenamiento jurídico y que el principio de tutela judicial efectiva (art. 24 CE) actúa como elemento corrector. En análogo sentido un mismo hecho puede dar lugar, en la jurisdicción civil, a una acción contractual, extracontractual o de enriquecimiento injusto, a criterio del demandante que por tal elección queda vinculado a la estructura procesal y a los límites de derecho material de lo que elige».

Por herética que pueda parecer dicha doctrina, que desconoce además totalmente el

do totalmente del carácter improrrogable de la jurisdicción (Art. 9.6 LOPJ), y de que incluso sin previa denuncia de parte debe ser apreciada de oficio por los órganos judiciales. Conceder al actor, por el mero hecho de fundar su pretensión en normas civiles, laborales o contencioso-administrativas, la elección del órgano jurisdiccional adecuado pugna con los principios jurídicos más elementales y desconoce el principio de seguridad jurídica garantizado por el art. 9.3 de la Constitución.

II. CARÁCTER ARTIFICIAL DE LA ATRIBUCIÓN DE LAS RECLAMACIONES POR PERJUICIOS DERIVADOS DE LA ASISTENCIA A LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Ante todo interesa señalar que no existe un sólo argumento mínimamente admisible que justifique la atribución a la jurisdicción social de las reclamaciones en materia de asistencia médica sanitaria. Las múltiples resoluciones de la jurisdicción social se fundan exclusivamente en una doctrina expansiva de la Sala IV del Tribunal Supremo², que no puede considerarse pacífica al estar contradicha por otras sentencias de

Auto de 23 diciembre 1993 de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo, origen de este comentario, puede imponerse en la Audiencia Provincial de Barcelona, al contar con el precedente del Auto dictado en 18 febrero 1994 por la Sección 16 de dicha Audiencia, que imputa a una inexistente oscuridad de la legislación vigente la problemática suscitada al respecto: «La prestación sanitaria realizada a través de la Seguridad Social presenta múltiples aspectos jurídicos, que inciden en el ordenamiento administrativo, en el ordenamiento social y en el ordenamiento civil, de suerte que el conflicto que se suscite será conocido y resuelto por una u otra jurisdicción... Complemento de lo anterior es que, hoy por hoy, corresponde al actor la facultad de encauzar su reclamación ante la Seguridad Social ante una u otra de las Jurisdicciones especializadas en base a la elección de la cobertura jurídica en la que encuadre los hechos dañosos, sin que el demandado tenga facultad para desviar tal encauzamiento hacia la jurisdicción que entienda más favorable a sus propios intereses».

Es significativo de la profunda anarquía jurídica de nuestro Ordenamiento Jurídico que cuando se suprime la sumisión tácita en materia de competencia, se establezca un fuero electivo del actor en materia de jurisdicción. Confiemos en que ambas resoluciones, que no pueden ser revisadas ante el Tribunal Supremo, no sirvan de precedente a otras Secciones de la Audiencia Provincial de Barcelona, evitándose una clara divergencia entre la doctrina jurisprudencial de dicha Audiencia y las de las restantes Audiencias españolas y del propio Tribunal Supremo.

2. Contenida entre otras en SS 24 abril 1990, 5 junio 1991, 20 abril, 6 mayo y 23 septiembre 1992.

la propia Sala³, e incluso por sentencias de Tribunales inferiores alguna de ellas muy reciente⁴, y que no resiste el menor análisis crítico, como

3. En este sentido se pronuncian las sentencias de 10 octubre y 20 septiembre 1990:

S. 10 octubre 1990 (Sala IV): «La aseguradora condenada en pleito sobre abono de una cantidad en los supuestos de invalidez absoluta, de los trabajadores de la empresa que los ocupa que tuvieren abierta la cuenta de haberes en la Caja de Ahorros también demandada, interpone recurso, volviendo a plantear la excepción de incompetencia por razón de la materia, con mención de los arts. 533.1 L.E.C., 2 y 380 y sigs. del C. de Comercio y 24, 38 y 104 L. de Contrato de Seguro 50/80, de 8-10, argumentando en torno a la idea de que la materia del contrato era de seguro y conforme a la misma debe regirse por la póliza y, en definitiva, por la señalada L. de seguros, pues ninguna relación ha guardado con el contrato de trabajo, que unía al actor con la empresa, ni con el accidente; la propia empresa, dice la recurrente, admite que es totalmente ajena a la situación, por la circunstancia de que la Caja de ahorros la contrató con la aseguradora recurrente, en favor de aquellos trabajadores que tuvieran en dicha Caja, domiciliado el pago de sus salarios, como podía haber sido otro motivo distinto; alegaciones éstas que deben aceptarse, pues la *relación constituida es independiente del contrato de trabajo vigente entre Casal S.A. y el trabajador y de la relación de Seguridad Social y constituye una típica relación mercantil derivada de la cuenta corriente abierta en la entidad crediticia, al margen de las obligaciones de la patronal y con el vínculo exclusivo: trabajador, Cajas de Ahorros y Entidad Aseguradora y totalmente independiente de las mejoras voluntarias de la acción protectora del R.G.S.S., que se constituyen por las empresas individual o colectivamente y cualquier conflicto que se provoque, derivado de aquella relación, no se encontrará amparado por el Orden Jurisdiccional Social, cuya cobertura se tipifica en el art. 9 L.O.P.J. y 1.4 L.P.L., sino por los Juzgados y Tribunales del Orden Civil, competencia que se describe en el art. 9.2 L.O.P.J. y art. 51 L.O.P.J. y 1.4 L.P.L., sino por los Juzgados y Tribunales del Orden Civil. Y como es tesis mantenida por el T.S. en SS. entre otras de 19-1 y 21-11-88, procede declarar, oído el Ministerio Fiscal, la incompetencia, por razón de la materia, del Orden Jurisdiccional Social para conocer de la presente cuestión.*

S. 20 septiembre 1990 (Sala IV): «El recurso, como dice el Ministerio Fiscal en su informe debe acogerse; los argumentos de la sentencia, en cuanto estima que, por estar resuelta con anterioridad a la prestación de esta demanda la relación laboral entre los litigantes como consecuencia del despido anterior, este orden jurisdiccional social carece de competencia, al haber sido ya resarcidos los daños materiales derivado del despido declarado improcedente y *no proceder la discusión de los daños morales, que ahora se reclama, en esta vía por tratarse de imputaciones de naturaleza civil o penal, que no guardan relación con el ámbito laboral, no puede admitirse*».

4. En este sentido destaca la interesante sentencia de 23 junio 1992 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, que declaró su falta de jurisdicción «por ser las reglas de competencia por razón de la materia de orden público procesal, de derecho necesario de ineludible observancia, con la consecuencia de que la Sala está facultada para conocer de las alegaciones y pruebas practicadas en el proceso»; y analizando el fondo de la cuestión aunque sólo fuera a efectos de determinar el orden jurisdiccional que debía conocerlo afirmó literalmente lo siguiente:

ha puesto de relieve el Catedrático de Derecho Civil y Magistrado SERRANO ALONSO⁵ que excluye totalmente la atribución al orden laboral de la jurisdicción para conocer de dichas reclamaciones. Resumiremos los argumentos en que se funda en los siguientes puntos:

a) «La Administración pública actúa como entidad privada que ha de curar al enfermo y por tanto tal tipo de relación queda subsumida en el presupuesto del art. 41 LRJAE (queda por tanto fuera del conocimiento tanto de la jurisdicción contenciosa como de la social)».

b) «Los daños se derivan de culpa o negligencia de quienes atien-

«A tenor de la sentencia de 20 febrero 1981 cabe decir que es bien diferente la relación que existe entre la Seguridad Social y el personal a su servicio de la que existe entre dicho Instituto y el beneficiario de sus prestaciones, figurando entre las mismas la atención médico-sanitaria, siendo el enfermo un particular que se ve afectado en su patrimonio personal y privado, susceptible de sufrir daños por culpa o negligencia de quienes le atienden, generándose así una responsabilidad civil, cuya efectividad requiere el ejercicio de la acción culpable extracontractual amparada en el art. 1.902, y en su caso en el art. 1.903, ambos del Código Civil, corresponde conocer a la jurisdicción de este orden civil, pues claramente estamos en presencia de una acción de reclamación de daños derivados de un ilícito civil, por funcionamiento anormal de los servicios, que encuentran su apoyo en los preceptos citados en general y en particular del artículo 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado».

Gran interés ofrece igualmente la reciente sentencia del Juzgado de lo Social número 19 de Barcelona de 29 noviembre 1993 que se inhibe a favor de la jurisdicción civil por estimar que «claramente estamos en presencia de una acción de reclamación de daños derivados de un ilícito civil por funcionamiento anormal de los servicios, que encuentra su apoyo en los preceptos citados (Arts. 1.902 y 1.903 CC) en general y en particular en el art. 40-1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. A continuación critica certeramente esta sentencia sin citarla la doctrina del Tribunal Supremo:

«Por otra parte, el art. 2.b LPL, al fijar la competencia del Orden Social se refiere a la 'materia de Seguridad Social incluida la pretensión por desempleo' y la acción que el actor ejercita nada tiene que ver con la Seguridad Social, como se ha visto, excluidas por lo tanto de las previsiones del art. 9.5 en relación con el 25 LOPJ y 1.7 y 8 LPL. Sin que tampoco se pueda basar la competencia en el art. 23.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que se refiere a la responsabilidad de las Entes Gestoras por las prestaciones que tienen a su cargo, y la indemnización por daños que tenga su origen en una actuación supuestamente negligente de un organismo gestor o del personal en relación con el beneficio, en modo alguno puede ser considerada o contemplada como una prestación de la Seguridad Social, por lo que resulta imposible que sobre tal concreta pretensión se pronuncien los órganos judiciales sociales, cuando carecen de base legal expresa para ello y cuando el fin perseguido tiene las vías adecuadas para que su acción sea debidamente tutelada».

5. SERRANO ALONSO, *Sobre la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil por daños personales causados a los beneficiarios de la Seguridad Social*, en ACTUALIDAD Y DERECHO, 1992, número 34.

den al enfermo, lo que genera una responsabilidad civil para cuya efectividad habrá de ejercitarse la acción de culpa extracontractual de los arts. 1.902 y 1.903 CC, sin que la condición del sujeto responsable, ni el lugar ni la ocasión en que tal acto se ha producido suponga una alteración del supuesto tipo contemplado en tales preceptos».

c) «La fuerza atractiva reconocida de manera sistemática por la jurisprudencia a la jurisdicción civil, cuando la cuestión litigiosa no ha sido atribuida de forma clara y terminante a otra jurisdicción».

d) «El objeto de las demandas por daños causados a las personas no es otro que la obtención de una indemnización en dinero, y tal objeto no está comprendido entre las atribuciones que corresponden al INSS según las disposiciones del RD 30 julio 1970, por lo que esta materia no puede equipararse a un pleito de Seguridad Social».

e) «La base de todas estas demandas son los arts. 1.902 y 1.903 CC es decir la culpa extracontractual, materia esencialmente civil».

f) «Razones de economía procesal imponen, en todo caso, el sometimiento a la jurisdicción civil: en efecto, en este tipo de proceso lo habitual es que además del causante del daño sea codemandada la Administración en sus diversas categorías».

g) «De lo contrario, se llegaría a resultados tan absurdos como sería el de considerar asistencia sanitaria y por tanto atribuida a la jurisdicción social, el accidente de tráfico sufrido por una ambulancia que traslada al enfermo de un centro hospitalario a otro;... o el daño sufrido por un paciente durante la prestación de asistencia sanitaria, pero no directamente debida a ella, piénsese en la lesión producida por un auxiliar al servir la comida a un enfermo, sobre el que derrama un caldo y le produce quemaduras».

Basta un ligero resumen de los argumentos utilizados por la Sala IV del Tribunal Supremo para sostener una solución radicalmente contraria a la mantenida por dichas sentencias:

1.º— No es posible sostener, como efectúa la sentencia de 24 abril 1990, que sobre una misma materia puedan actuar dos órdenes jurisdiccionales distintos: «la solución a arbitrar será una cuando el beneficiario sea persona protegida por el sistema de la Seguridad Social y otra diferente cuando sea un ajeno a la acción protectora de la misma, aun cuando tenga la plenitud del derecho a la protección de la salud, reconocido en el artículo 43 de la Constitución y regulado por el art. 1 y siguiente de la Ley General de Sanidad». Precisamente el carácter excluyente de

la jurisdicción pretende preservar el principio de uniformidad de jurisprudencia y con él el de Unidad del Ordenamiento Jurídico. Prescindiendo incluso del problema jurisdiccional, no es admisible que mientras la jurisprudencia civil excluya el principio de responsabilidad objetiva en materia de reclamaciones sanitarias, en cambio la jurisprudencia social lo admita. No existe la menor justificación para tratar desigualmente situaciones jurídicas idénticas.

2.º— Existe una manifiesta petición de principio en la equiparación que efectúan dichas sentencias entre «exigir las consecuencias de la prestación asistencial deficiente, como exigir la prestación misma o pedir el reintegro de los gastos ocasionales» y sobre todo en derivar dicho derecho del art. 98 de la Ley General de la Seguridad Social. Basta una simple transcripción literal de dicho precepto.

«Art. 98. Objeto. 1.— La asistencia sanitaria del Régimen General de la Seguridad Social tiene por objeto la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios de dicho régimen, así como su aptitud para el trabajo.

2.— Proporcionará también los servicios convenientes para completar las prestaciones médicas y farmacéuticas y, de un modo especial, atenderá a la rehabilitación física precisa para la recuperación profesional de los trabajadores».

para concluir que las Entidades gestoras de la Seguridad Social cumplen simplemente proporcionando a los beneficiarios «los servicios médicos y farmacéuticos» por ellos coordinados, sin que entre dentro de dicha asistencia sanitaria la indemnización por los daños producidos como consecuencia de la asistencia sanitaria ya prestada, indemnización que procedería incluso de no haberse producido la asistencia sanitaria como consecuencia del régimen de la Seguridad Social, siendo por tanto extraña e independiente de ésta.

c) Una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo viene sosteniendo que la prestación sanitaria lo es simplemente de medios, pero no de resultados. La Administración sanitaria debe garantizar que el enfermo sea debidamente asistido, pero nunca que sea curado. Basta con que la asistencia se encuentre dentro de los límites de la «lex artis», de acuerdo con el estado de la ciencia en unos momentos determinados, para el cumplimiento de su función. Ciertamente, la negativa a la prestación de asistencia sanitaria puede ser enjuiciada por los Juzgados de lo

Social. Pero una vez prestada dicha asistencia, el resultado obtenido escapa a las prestaciones de la Seguridad Social, originando la obligación, civil o administrativa, según los casos, derivada del funcionamiento de la Administración sanitaria.

III. INADECUACIÓN DEL PROCESO LABORAL A LAS COMPLEJIDADES PROPIAS DE LAS RECLAMACIONES POR DEFECTUOSA ASISTENCIA SANITARIA

La aprobación de la vigente Constitución supuso una profunda transformación en los principios que debían regir la Administración de Justicia. Consciente el constituyente de que son los Tribunales los únicos garantes de los derechos de los particulares, elevó los principios técnicos procesales a derechos constitucionales que debían ser respetados no sólo por los Tribunales, sino incluso por el legislador.

Las formas procesales no pueden en forma alguna ser elegidas caprichosamente, sino que constituyen instrumentos indispensables para el acierto jurisdiccional. Mediante el método dialéctico cada una de las partes expone sus respectivas alegaciones, propone los medios de prueba que estima oportunos, y razona en torno al resultado de dichos medios de prueba. El proceso constituye en la actualidad un instrumento irrenunciable para la efectividad de los derechos de los particulares.

Ciertamente no existe un sólo modelo de proceso, sino varios modelos. Incluso dentro de un mismo ámbito jurisdiccional se contemplan varios procesos ordinarios y, al lado de éstos, diversos procesos especiales. Siendo el proceso un instrumento para la declaración del derecho, se comprende que la forma externa del proceso deba ser la más adecuada para la efectividad del derecho cuya declaración se pretende. Derívase de ello que el proceso penal, el proceso contencioso-administrativo, el proceso civil y el proceso laboral, sean estructuralmente distintos y estén inspirados por principios diversos y en ocasiones contradictorios entre sí, como única manera de conseguir la tutela jurisdiccional efectiva garantizada por el art. 24.1 CE.

Precisamente por ello el art. 24.2 CE entre las garantías que comprende la tutela jurisdiccional efectiva establece la de «un proceso *con todas las garantías*». Si el cauce procesal elegido por el legislador o aplicado en un caso concreto por el Juez no reúne todas las garantías, se habrá producido una infracción constitucional que debe ser tenida en

cuenta por los Tribunales Ordinarios y que en otro caso puede ser declarada en amparo por el Tribunal Constitucional.

Desde esta perspectiva es necesario destacar la ausencia de garantías derivadas de la sustitución por un excepcional procedimiento especial laboral del normal procedimiento ordinario contencioso-administrativo o civil:

1.º— No parece aconsejable que un proceso en que se reclaman varios millones de pesetas se dilucide en juicio verbal: contestación oral y pruebas en el acto del juicio. De atribuirse la jurisdicción al orden social se quebrantaría el fundamental principio de un proceso «con todas las garantías» tutelado por el art. 24.2 CE.

2.º— No se trata tan sólo de un proceso de extraordinaria importancia económica, sino de alegaciones y pruebas de extrema complejidad, que mal se avienen con el carácter oral y concentrado propio del juicio laboral. En estos procesos se discuten problemas médico periciales complejíssimos, como los relativos a la existencia de defectos en la asistencia sanitaria, posibilidad de evitarlos, relación de causalidad entre el eventual defecto y los daños producidos, existencia y cuantificación de dichos daños, etc..., para los que resulta totalmente inadecuado el juicio laboral. Pero es que además los problemas técnico-jurídicos son de una extrema dificultad: naturaleza y alcance de la responsabilidad extracontractual; distribución de la carga de la prueba; responsabilidad «in eligendo»; caso fortuito y fuerza mayor; daños morales; distribución de los daños; etc..., para los que no se avienen las formas del juicio laboral.

3.º— La extraordinaria simplicidad del juicio laboral: contestación oral, pruebas e informes en el mismo acto, posibilidad incluso de sentencia «in voce», se justifica exclusivamente por la sencillez y el carácter repetitivo de los conflictos laborales. Dicho juicio es totalmente inadecuado para la resolución de las complejas cuestiones propias de la responsabilidad médica antes apuntadas.

4.º— Pero es que además, tanto la ley como la jurisprudencia como la doctrina que deben ser aplicadas e interpretadas para la resolución de dichas pretensiones, tienen carácter marcadamente administrativo y civil, están reguladas por la Constitución, por Leyes Administrativas y por el Código Civil, desarrolladas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y comentadas por los constitucionalistas, administrativistas y civilistas. Ni un solo precepto de las leyes laborales se ocupa de dichas materias.

5.º— Las dificultades prácticas alcanzan su punto culminante si tenemos presente que nunca la responsabilidad corresponderá exclusiva-

mente a la Administración pública, sino que dicha responsabilidad derivará de una actuación culposa o negligente de las instituciones sanitarias, públicas o privadas, y de los profesionales médicos, contratados por la Seguridad Social. Resulta evidente que para que pueda dictarse sentencia condenatoria de la Administración pública previamente debe declararse la responsabilidad profesional. Pero ello no es posible en el proceso laboral, en que dichos profesionales no son ni pueden ser parte. De atribuir competencia a la jurisdicción social se darían los siguientes inconvenientes:

a) Ante todo la posible prejudicialidad derivada de la sentencia laboral en el posterior proceso civil seguido contra los responsables. Estos deberían estar y pasar por la sentencia laboral sin posibilidad de defenderse.

b) Pero sobre todo la posible división de la continenencia de la causa. No bastaría con un solo proceso, sino que deberían seguirse varios procesos ante jurisdicciones distintas y con el mismo objeto: mientras las Entidades gestoras de la Seguridad Social serían demandadas ante los Juzgados de lo Social, los profesionales médicos y las Instituciones sanitarias lo serían ante los Juzgados de lo Civil. La anarquía y posibilidad de resoluciones contradictorias que ello supone no requieren ulteriores comentarios.

c) Dicha división de la continenencia de la causa reviste una especial singularidad en los procesos con pluralidad de actores, en los que sólo alguno de los demandantes fuera beneficiario de la Seguridad Social. De considerarse adecuado el proceso laboral, deberían seguirse simultáneamente dos procesos distintos con resoluciones posiblemente contradictorias: el laboral, respecto de los beneficiarios de la Seguridad Social; el contencioso-administrativo o el Civil, respecto de los extraños a la misma.

6.º— Por si todo ello no fuera suficiente bastaría considerar los supuestos de prejudicialidad penal. Es perfectamente posible que la imprudencia médica pueda ser tipificada en el art. 565 CP. Pues bien, mientras la prejudicialidad penal produce siempre la suspensión del proceso civil (art. 114 LECr), en cambio la regla general es la no suspensión del proceso laboral por prejudicialidad penal (art. 86.1 LPL). El precepto es lógico, habida cuenta que en un proceso laboral no se discute la pretensión civil de resarcimiento. Pero no lo sería de admitirse que pueda declararse

una responsabilidad médica, prejuzgando con ello o contradiciendo el proceso penal pendiente.

Por todos los anteriores motivos la tramitación por el procedimiento laboral de reclamaciones por daños derivados de defectuosa prestación sanitaria, no reúne las garantías exigibles de conformidad con el art. 24.2 CE. Dicho defecto no puede en forma alguna ser imputable al legislador, que en ningún momento pensó que pudieran tramitarse por las reglas del procedimiento laboral cuestiones relativas a reclamaciones extracontractuales, sino que es imputable exclusivamente a la Sala IV del Tribunal Supremo cuya doctrina manifiestamente errónea ha provocado la inseguridad jurídica y procesal denunciada, con la consiguiente merma del prestigio de la Administración de Justicia.

IV. LA JURISDICCIÓN PARA CONOCER DE LAS RECLAMACIONES POR DEFECTUOSA ASISTENCIA SANITARIA DEBE CORRESPONDER EN PRINCIPIO, DE NO EXISTIR UNA NORMA EN CONTRARIO, A LA JURISDICCIÓN CIVIL

Para la determinación del orden jurisdiccional competente hay que acudir a las reglas del art. 9 LOPJ:

a) Ante todo, el art. 9.1 LOPJ establece la regla general para la determinación de la jurisdicción: debe existir algún precepto legal que expresamente la atribuya:

«Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta u otra Ley».

b) La jurisdicción del orden civil tiene una doble vertiente: la específica: «las materias que les son propias», y la residual: «todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional» (Art. 9.2 LOPJ). Consecuente con dicha declaración general el art. 85.1.º LOPJ confía a los Juzgados de Primera Instancia «los juicios que no vengan atribuidos por esta Ley a otros Juzgados o Tribunales».

c) La jurisdicción del orden social se limita a las relaciones laborales y a algunas específicas relacionadas con ella:

«Los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones

que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral» (Art. 9.4 LOPJ).

Partiendo de dichos principios es fácil justificar que de no existir una norma expresa con rango de ley que disponga lo contrario son los Tribunales Civiles quienes deben conocer las reclamaciones frente a las Instituciones Sanitarias Públicas por daños producidos como consecuencia de la asistencia sanitaria:

1.º— Los preceptos relativos a la determinación cualitativa y cuantitativa del daño, al caso fortuito y a la fuerza mayor, se encuentran regulados en el Código Civil (Arts. 1.103, 1.105 y 1.109 CC) y deben por tanto ser aplicados por los Tribunales civiles.

2.º— Si la acción se configura como de responsabilidad contractual, el precepto general aplicable sería el art. 1.104 CC, y los preceptos específicos los que se refieren al arrendamiento de servicios (Art. 1.544 CC), respecto de los médicos, o al contrato de seguro (Art. 105 Ley 50/1980 de 8 octubre de contrato de seguro, que sustituye los antiguos arts. 1.791 a 1.797 CC), disposiciones todas ellas que pertenecen al ámbito civil.

3.º— Si la acción se funda en responsabilidad extracontractual o aquiliana, tradicionalmente ya desde el derecho romano, su aplicación ha correspondido a los Tribunales Civiles siendo la Sala 1.ª del Tribunal Supremo quien la ha desarrollado y adaptado a las complejas circunstancias de la técnica contemporánea.

4.º— Concretamente, por lo que respecta a la responsabilidad médica ha sido la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo la que la ha desarrollado, declarando en forma clara y reiterada su jurisdicción para entender de las reclamaciones fundadas en infracciones de la «lex artis» médica⁶.

6. Sentencias de 5 mayo, 22 junio, 21 septiembre 1988; 30 enero y 8 y 23 noviembre 1990; 16 julio 1991; 13 y 29 octubre 1992; y 15 febrero, 4, 15 y 23 marzo 1993 para citar sólo las más recientes. Bastará con la transcripción de la S. 30 enero 1990:

«La actuación de la entidad pública recurrente no tuvo lugar en virtud de sus facultades soberanas, como parte de la Administración del Estado, sino como entidad privada que debía procurar la curación de un enfermo, que fue ingresado en los centros dependientes de la misma a tal fin; se está, por tanto, fuera de la relación de derecho público, siendo más bien de aplicación el art. 41 L.R.J.A.E.,

5.º— La misma norma que excluye la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa, el antiguo art. 41 LRJA y el actual art. 144 LPAC, se remite al Derecho Civil: «cuando el Estado (o las Administraciones Públicas) actúen en relaciones de *Derecho privado*». La alternativa es clara: si actúa en relaciones públicas es competente la jurisdicción contencioso-administrativa; si en relaciones privadas, la jurisdicción civil. En ningún caso es factible la intervención de la jurisdicción social.

6.º— Las «reclamaciones en materia de Seguridad Social» a que aluden tanto el art. 9.4 LOPJ como el art. 2.b LPL, son, como su propio nombre indica, las relativas al derecho a recibir las prestaciones de la Seguridad Social, no a los resultados derivados de cualquier daño producido como consecuencia de dichas prestaciones. Nos remitimos al respecto al exhaustivo trabajo de CONDE MARTÍN DE HÍJAR⁷, quien se remite a

cuando éste actúa en relaciones de derecho privado, en cuyo caso responderá ante los Tribunales ordinarios directamente, por los daños y perjuicios causados por sus funcionarios, autoridades o agentes, aunque se considere la actuación de los mismos como actos propios de la Administración; es decir, la Administración actúa como un empresario privado, fuera de su actividad pública o de un servicio público, causando daños por culpa de negligencia de sus funcionarios o empleados, lo que sitúa el tema como propio del Derecho civil. (SS 3-3-73, 1-7-86, 16-3-87, 5-5 y 21-9-88). *Aparece totalmente diferente la relación existente entre la Seguridad Social y el personal a su servicio, y la que se origina entre la misma Seguridad Social y el beneficiario de sus diversas prestaciones, entre ellas las atenciones médico sanitarias, por unos daños sufridos como consecuencia de la negligencia o imprudencia de quienes le atienden, lo que genera una responsabilidad civil, para cuya efectividad habrá de ejercitarse la acción de culpa extracontractual de los arts. 1.902 y, en su caso, del 1.903 CC.; no se trata, pues, de un conflicto laboral entre las partes, circunstancias que lo incardinarían en el art. 1 L.P.L. 13-6-80, pues aun teniendo el beneficiario derecho a las prestaciones que ampliamente recoge el art. 98 D. 1.065/74, la base de la presente demanda responde al supuesto de daños por culpa extracontractual, padecidos por el paciente como consecuencia de una extubación, que no fue corregida de inmediato por el personal del Centro, dando lugar con ello a unas gravísimas secuelas irreversibles de coma profundo; conducta negligente del personal que prestaba sus servicios laborales por cuenta y dependencia de X., que hacen a éste responsable directo y solidario en la indemnización de los perjuicios causados; planteamiento jurídico que impide equiparar esta litis a los pleitos sobre Seguridad Social, determinantes, por razón de la materia, de la competencia jurisdiccional del orden social, según el precitado art. 1; mucho más si tenemos en cuenta la doctrina sobre la «vis atractiva» en favor de la jurisdicción civil ordinaria, y los «principios de Economía procesal», todo ello unido a la evidente circunstancia de la inalterabilidad del concepto de la culpa extracontractual, supuesta y estudiada en este caso, aunque la acción se dirija solamente contra X., dada la falta de identificación de las personas directamente responsables, por su intervención directa en el evento (SS. 20-2-81, 1-12-87 y 13-6-88).*

7. CONDE MARTÍN DE HÍJAR, *Jurisdicción Social y Jurisdicción Contencioso-Admi-*

la doctrina y la jurisprudencia en cuanto las configuran como prestaciones de medio, pero no de resultado. La Seguridad Social caracteriza que el enfermo será atendido, pero no que será curado. Ni siquiera es la propia Seguridad Social la que atiende al enfermo, sino Instituciones Hospitalarias y médicos al servicio de dicha Seguridad Social, que serán los únicos responsables de su «mala artis». No sólo no existe precepto alguno que establezca la jurisdicción de los Tribunales del orden social para el conocimiento de dichas reclamaciones, sino que de la normativa legal se deduce su exclusión:

a) La equiparación que afecta el art. 2.b LPL de la «protección al desempleo» muestra claramente hasta qué punto las reclamaciones de que conoce la jurisdicción social son las derivadas de la obligatoriedad de las prestaciones de la Seguridad Social, no de los daños originados por una defectuosa prestación sanitaria.

b) El procedimiento a seguir para tales reclamaciones no es el ordinario de la jurisdicción social, sino el especial regulado en los arts. 138 a 144 LPL, que se refiere a «accidentes de trabajo», «enfermedades profesionales», o «revisión de actos declarativos de derechos», pero no menciona en absoluto la exigencia de responsabilidad por defectuosa prestación del servicio de asistencia sanitaria.

c) Resulta evidente por tanto que las Entidades gestoras de la Seguridad Social cumplen simplemente proporcionando a los beneficiarios «los servicios médicos y farmacéuticos», por ellos coordinados, sin que entre dentro de dicha asistencia sanitaria la indemnización por los daños producidos como consecuencia de la asistencia sanitaria ya prestada.

d) El art. 191.2 LPL, que constituye una norma especial en los procesos sobre Seguridad Social, obligando a las entidades gestoras a consignar el capital de la pensión a constituir, es totalmente inaplicable a los procesos en los que no se reclama pensión alguna, sino una indemnización por daños y perjuicios totalmente incompatibles con dichos preceptos.

7.º— Pero es que además, debido al carácter residual de la jurisdicción civil, reconocido por el artículo 9.2 LOPJ, cualquier duda que pudiera plantearse en torno a la competencia civil o social, debería resol-

nistrativa. Concurrencia y conflictos en materias laborales y de Seguridad Social, en «Terceras Jornadas de Derecho Judicial», publicadas por el Ministerio de Justicia, I, ps 205 a 244.

verse necesariamente en favor de la primera por la mayor amplitud del ámbito en que actúa.

V. ATRIBUCIÓN POR LA SALA ESPECIAL DE CONFLICTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO A LOS TRIBUNALES DEL ORDEN CIVIL DE LA JURISDICCIÓN PARA CONOCER DE LAS RECLAMACIONES POR ASISTENCIA SANITARIA

La contradicción existente entre la jurisprudencia de las Salas I y IV del Tribunal Supremo provocaba en la práctica que el demandante pudiera optar entre acudir a la jurisdicción civil o a la laboral. La excepción de incompetencia de jurisdicción formulada ante los Tribunales inferiores normalmente, con algunas excepciones notables ya citadas, era desestimada con fundamento en la jurisprudencia de la Sala del Tribunal Supremo del orden a que correspondía el órgano jurisdiccional que conocía de la primera instancia. E incluso cuando un órgano inferior discrepaba de la doctrina del Tribunal Supremo, su resolución podía ser revocada por dicho Tribunal Supremo⁸.

La única forma de superar dicha jurisprudencia contradictoria era acudiendo a la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, integrada por un Magistrado de cada una de dichas Salas y presidida por el Presidente del Tribunal Supremo (Art. 42 LOPJ), debiendo suscitarse el conflicto por inhibitoria ante el órgano que se considera competente (Art. 45 LOPJ).

En la práctica tenemos noticia de dos diversos conflictos de competencia entre las jurisdicciones civil y social planteados ante la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo:

a) El primero de ellos, resuelto por el Auto de 23 diciembre 1993 a que nos referiremos seguidamente, se instó por el Servei Valencià de la Salut, y fue suscitado, previo dictamen favorable del Ministerio Fiscal, por el Juzgado de 1.^a Instancia número 21 de Valencia, que requirió de inhibición al Juzgado de lo Social número 16 de Valencia, en relación con una reclamación de una indemnización de doscientos millones de pesetas basada en «la omisión de determinada prueba diagnóstica, que hubiera posibilitado el conocimiento de la malformación fetal, que a su vez hubiera propiciado la realización de un aborto eugenésico». El Auto dic-

tado por dicho Juzgado en 30 de marzo 1993 es de una gran simplicidad, acorde con la sencillez del problema planteado⁹. No habiéndose accedido al requerimiento por el Juzgado de lo Social, se remitieron los Autos a la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo.

b) El segundo, relativo a una reclamación por daños derivados del supuesto contagio del virus del SIDA con ocasión de una transfusión sanguínea, se suscitó entre el Juzgado de 1.^a Instancia número 25 de Barcelona y el Juzgado de lo Social número 13 de Barcelona, encontrándose actualmente pendiente de resolución por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo. Como principales diferencias entre este conflicto y el suscitado en Valencia cabe destacar que el Ministerio Fiscal dictaminó en sentido favorable a la jurisdicción social, y que el Auto dictado en 25 junio 1993 analiza en profundidad la jurisprudencia contradictoria de las Salas I y IV, fundándose en la «vis atractiva» de la jurisdicción civil¹⁰, cuando en la negativa a considerar un concepto amplísimo de prestación sanitaria¹¹, destacando además las razones de economía procesal deriva-

9. «Nos encontramos ante un claro supuesto de responsabilidad extracontractual de los arts. 1.902 y 1.903, CC, por cuanto el perjudicado con independencia de ser beneficiario de la Seguridad Social, es un particular que se ve afectado en sus bienes personales y privados, que pueden sufrir perjuicio por la imprudencia de quienes le atienden... A los argumentos anteriormente citados debe añadirse que el art. 85 LOPJ recoge el carácter atrayente de la jurisdicción civil».

10. «Teniendo la jurisdicción civil una doble vertiente: la específica: 'la materia que le son propias' y la residual: 'todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional' (Art. 9.1 LOPJ)', por lo que 'siendo que la jurisdicción del orden social se limita a las relaciones laborales y a algunas específicas relacionadas con ella (Art. 9.4)' y que 'las reclamaciones en materia de seguridad social' a que alude el art. 9.4 LOPJ, se consideran las relativas al derecho a recibir las prestaciones de la seguridad social, no a los resultados derivados de cualquier daño producido como consecuencia de dichas prestaciones. Esto unido al criterio de la 'vis atractiva' de la jurisdicción civil se ve reforzado por el principio de la unidad jurisdiccional sancionado por el art. 117.5 CE, todo lo cual y ante una determinación concreta y precisa legalmente que expresa el orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones por una supuesta responsabilidad contractual o extracontractual del organismo público, como consecuencia de no haber utilizado las técnicas adecuadas para la detección del virus VIH en la sangre, lleva a la conclusión de que han de ser los tribunales civiles los competentes».

11. «La atribución del conocimiento a la jurisdicción social, por considerar que el daño sufrido con ocasión de la asistencia sanitaria forma parte de las 'prestaciones de la Seguridad Social' a que tiene derecho el perjudicado, supondría aceptar un concepto de 'prestación de la S.S.' amplísima, cuya extensión no se encuentra avalado por ningún texto normativo.— La asunción por parte de la Administración del servicio público de la salud determina una obligación de medios y no de resultado, asume poner los medios precisos para que el asegurado y en general el beneficiario, reciban la atención precisa para hacer frente a sus dolencias, cumplida esa exigencia el éxito o el fracaso, y en su caso, los daños personales sufridos con ocasión de las mismas, sobrepasa el límite de la

8. Las sentencias de 20 de abril y 23 septiembre 1992 de la Sala IV del Tribunal Supremo fueron dictadas precisamente con motivo de recursos de casación para unificación de doctrina.

das de la pluralidad de demandados¹², así como la inadecuación del proceso laboral¹³. El Juzgado de lo Social número 13 de Barcelona, sin más argumentos que los extraídos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁴, no accedió a la inhibitoria, encontrándose actualmente las actuaciones pendientes de resolución ante la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo.

Pasando ya el examen concreto del Auto de 23 diciembre 1993 de dicha Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo, nos interesa destacar los siguientes puntos:

a) Ante todo que por el Ministerio Fiscal se informó en favor de la jurisdicción civil con la sucinta argumentación de que no se trataba de «un problema de Derecho Laboral, sino de un problema de aplicación del art. 1902 y ss. del Código Civil».

b) Aun cuando el Ponente de la sentencia fue el Magistrado de la Sala I Don Alfonso Barcala, no consta existiera voto particular del Magistrado de la Sala IV, Don Antonio Martín Valverde. Es de esperar por consiguiente que el criterio manifestado en este caso concreto por la

asistencia sanitaria y pasa a integrarse en uno o más de los supuestos de responsabilidad civil, sin que la particularidad de una de las partes implicadas determine una atribución competencial diversa de las ordinarias».

12. «Son también razones de economía procesal las que sirven de fundamento para la atribución de estas causas a la jurisdicción civil; en efecto, en este tipo de procesos lo habitual es que además del causante del daño sea codemandada la Administración en sus diversas categorías, ello ha llevado al T.S., Sala 1.ª a reiterar una doctrina en los siguientes términos: «siendo solidarias las responsabilidades demandadas, de separarse la continencia de la causa se correría el riesgo de fallos contradictorios, la demanda conjunta a la Administración junto con una persona privada, pretendidamente corresponsable del evento dañoso, determina la competencia exclusiva de la jurisdicción civil para su conocimiento por el carácter atractivo de la misma, pues siendo solidarias sus responsabilidades, de separarse la continencia de la causa, se correría el riesgo de fallos contradictorios, lo que constituiría un absurdo lógico y jurídico».

13. «Siendo este proceso (el civil) el más adecuado estructuralmente, a saber: 1.º Para la prueba de la relación de causalidad y la necesidad de acreditar los daños efectivamente producidos, son precisas complejas pruebas periciales que no se compaginan con la simplicidad y oralidad del juicio ante Juzgado de lo Social. 2.º) La simplicidad y limitación del recurso del proceso laboral construido sobre la base del juicio verbal civil cuando se trata de cuestiones de tanta complejidad y cuantía debe existir: un trámite de contestación escrito —debe cumplirse el principio de la doble instancia, inexistente en el ámbito laboral».

14. Es significativo que los Juzgados de lo Social normalmente no aporten argumentación propia, limitándose a la cita literal de la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo. Y es que en realidad no existe ningún argumento jurídico convincente que justifique la intervención de la jurisdicción laboral.

Sala Especial de Conflictos sirva como precedente para posteriores resoluciones de la Sala IV de lo Social.

c) No deja de ser significativo que dicho Auto se apoye básicamente en las resoluciones dictadas por la Sala 1.ª de lo Civil, silenciando totalmente las contradictorias emanadas de la Sala IV de lo Social¹⁵.

d) Descarta la resolución estudiada cualquier conexión con la jurisdicción social, distinguiendo entre el derecho a la prestación de los servicios sanitarios, cuya efectividad corresponde declararla a la jurisdicción social, de las consecuencias derivadas del resultado dañoso consecutivo a dichas prestaciones que escapa totalmente del ámbito laboral¹⁶.

e) Menor importancia tiene el argumento de dicha resolución en torno a la fundamentación de la demanda en los arts. 1.902 y 1.903 CC. Sabido es que en méritos del principio «iura novit curia» la aplicación del derecho corresponde a los Tribunales, que no vienen en absoluto vinculados por la denominación que las partes confieran a la acción ejercitada. Aún cuando, como ocurre con la mayoría de las demandas presentadas ante la jurisdicción social, se silencien los arts. 1.902 y 1.903 CC, fundando la acción en los arts. 106.2 CE o 23.1 y 98 de la Ley de Se-

15. «No cabe tampoco omitir que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido declarando de manera generalizada que a la mentada jurisdicción compete el conocimiento de los perjuicios originados en el curso de una asistencia médica-quirúrgica encuadrado en los supuestos de culpa extracontractual, y así, sin propósito exhaustivo, son de citar, entre otras, las sentencias de las fechas siguientes, en cuanto contemplan casos análogos al que nos ocupa: 20 febrero 1981, 7 y 22 junio y 21 septiembre 1988 y 29 junio y 23 noviembre 1990».

16. «El art. 2.b LPL concierne a las cuestiones litigiosas promovidas en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo»; los arts. 23.1 y 98 del Decreto 2.065/74 de 30 de mayo, que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, atañen, de modo respectivo, a la responsabilidad de las Entidades gestoras de la Seguridad Social en las prestaciones cuya gestión les está atribuida, siempre que se hayan cumplido los requisitos generales y particulares exigidos para causar derecho a las mismas, y a que la asistencia sanitaria tiene por objeto la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios, así como su aptitud para el trabajo, atendiendo, de un modo especial, a la rehabilitación precisa para la recuperación profesional de los trabajadores; y el art. 7 de la Ley 14/86, de 25 abril, General de Sanidad, se limita a establecer que los servicios sanitarios, administrativos y económicos y cualesquiera otros que sean precisos para el funcionamiento del Sistema de Salud, adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad del mismo. Asimismo, las consecuencias antedichas no cabe incluirlas dentro del ámbito de la acción protectora que preconiza el art. 20.1.a) del precitado Decreto 2.065/74, pues una cosa es que tal acción comprenda la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo, y otra bien distinta que el resultado dañoso derivado de una asistencia de semejante índole proceda atribuirle a la jurisdicción del orden social».

guridad Social, habida cuenta que el real fundamento de dichas demandas son los citados arts. 1.902 y 1.903 CC, corresponde su conocimiento a los Tribunales Civiles.

f) Concluye la resolución recurrida con una referencia a la «vis atractiva» de la jurisdicción civil, reconocida en el art. 9.2 LOPJ.

Podría pensarse que a partir de la resolución comentada, ha quedado definitivamente determinada la atribución a la jurisdicción civil de las reclamaciones en materia de asistencia sanitaria¹⁷, pero como observaremos en los próximos apartados, la verdadera utilidad de dicha resolución ha sido exclusivamente la de impedir el conocimiento del orden jurisdiccional social, pero no prejuzga si la jurisdicción corresponde a los Tribunales Civiles con preferencia a los Contencioso-Administrativos.

VI. PROBLEMÁTICA EN TORNO AL CONOCIMIENTO DE LAS RECLAMACIONES POR DEFECTUOSA ASISTENCIA SANITARIA POR LOS TRIBUNALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

No podemos abordar en estas notas con la debida extensión el problema relativo a cual de las dos jurisdicciones, la civil o la contencioso-administrativa, debe conocer de las resoluciones en materia de asistencia pública sanitaria. Nos limitaremos simplemente a exponer cual sea la situación actual y cual sea a nuestro entender la solución que deba adoptarse.

Mientras no puede alegarse argumento alguno en torno a la atribución a la jurisdicción social de dicha materia, existen poderosos argumentos que apoyan la jurisdicción de los Tribunales del orden contencioso-administrativo:

a) Ante todo, el art. 9.1 LOPJ establece la regla general para la determinación de la jurisdicción: debe existir algún precepto legal que expresamente la atribuya:

17. Ello no obstante un Auto del Tribunal Supremo, Sala IV, de fecha 20 diciembre 1993, dictado tres días antes de la sentencia comentada, inadmite un recurso de casación para uniformidad de doctrina tendente a que se declarara la jurisdicción de los Tribunales Civiles insistiendo en la «doctrina reiterada de la Sala que establece la competencia de este orden jurisdiccional social para el adecuado encaje de las reclamaciones indemnizatorias de daños y perjuicios causados con ocasión del tratamiento médico-sanitario dispensado por las Entidades Gestoras a los titulares y beneficiarios de la Seguridad Social».

«Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta u otra Ley»

b) La jurisdicción del orden contencioso-administrativo «conoce de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones reglamentarias» (Art. 9.4 LOPJ).

Partiendo de dichos principios es posible justificar que sean los Tribunales contencioso-administrativos quienes deban conocer las reclamaciones frente a las Instituciones Sanitarias Públicas por daños producidos como consecuencia de la asistencia sanitaria:

1.º— La pretensión formulada contra la Administración Sanitaria «se deduce en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo» (Art. 9.4 LOPJ), y por consiguiente pueden ser competentes los Tribunales del orden contencioso-administrativo.

2.º— Se postula la «responsabilidad patrimonial de la Administración pública» (Art. 3.b LJC), y por consiguiente puede conocer también la jurisdicción contencioso-administrativa.

3.º— El precepto en que puede fundarse la demanda en cuanto al fondo, el art. 106.2 CE, está incluido dentro del Título IV de la Constitución que por sí solo es más que expresivo: «Del Gobierno y de la Administración».

4.º— Con fecha 27 febrero 1993 entró en vigor tanto la Ley de Procedimiento Administrativo común aprobado por Ley 30/1992 de 26 noviembre, como el R.D. 26 marzo 1993 aprobando el Reglamento de Procedimiento de la Administración Pública que lo desarrolla en materia de responsabilidad patrimonial de los que resulta en forma indiscutible la jurisdicción de los Tribunales contencioso-administrativos ya que:

a) El art. 139 LPAC, recogiendo el texto del antiguo art. 40 LRJAE, establece que

«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».

b) El art. 141.6 y 7 LPAC destaca el carácter administrativo de la

reclamación: «la resolución administrativa... pone fin a la vía administrativa» y que «si no recae resolución expresa se podrá entender desestimada la solicitud de desestimación».

c) El art. 143 LPAC, al regular la responsabilidad de las Administraciones Públicas cuando actúen en relaciones de derecho privado, se remite para su exigencia al procedimiento regulado en los arts. 142 y 143 LPAC, comunes a la exigencia de responsabilidad por funcionamiento de los servicios públicos, y recurribles por tanto en vía contencioso-administrativa.

d) La Disposición Adicional del R.D. 26 marzo 1993 aprobando el Reglamento de Procedimiento de la Administración Pública se pronuncia claramente a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa al disponer que:

«De conformidad con lo establecido en los arts. 2.º 2 y 139 a 144 y concordantes de la Ley 30/1992, de 16 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de la Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa y contencioso-administrativa previstas en dicha Ley y en el presente Reglamento».

5.º— Era reiterada la jurisprudencia contencioso-administrativa, dictada incluso con anterioridad a dichas disposiciones legales, fijando en dichos supuestos su jurisdicción:

a) La S. 15 junio 1991, en un supuesto relativo a lesiones sufridas por una enferma como consecuencia de una intervención jurídica que la sentencia de instancia declara realizada en forma incorrecta, tras hacer referencia a un conflicto de competencias entre la antigua Sala VI de lo Social de este Tribunal Supremo y la Sala III de lo Contencioso-Administrativo, resuelta a favor de esta última, confirma la sentencia dictada en la instancia condenando al INSALUD aplicando precisamente no sólo el art. 106.2 CE alegado en el presente proceso, sino también el art. 43 CE en que se reconoce el derecho a la salud.

b) La S. 15 julio 1991, revoca la recurrida que había absuelto al INSALUD de la reclamación derivada del suicidio de una enferma inter-

nada en unas instalaciones hospitalarias, declarando expresamente la jurisdicción de los Tribunales contencioso-administrativos para pronunciarse en torno a indemnizaciones por funcionamiento anormal de los servicios públicos, reconocido por los arts. 40 LRJAE y 106.2 CE.

6.º— A mayor abundamiento, las indemnizaciones a personas que hubieran contraído el SIDA con motivo de asistencia sanitaria está regulada por el RDL 9/1993 de 28 mayo, del que interesan a los efectos del presente estudio los siguientes artículos:

a) El art. 1.a incluye dentro del RDL a las personas que «hubieran recibido tratamiento con hemoderivados dentro del sistema sanitario público antes del establecimiento de la obligatoriedad de las pruebas de detección del VIH».

b) El art. 5 se remite expresamente para el procedimiento a seguir a lo dispuesto en la Ley 30/1992 de 26 noviembre sobre Procedimiento Administrativo Común.

Pese a dicha argumentación la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo en Auto de 21 junio 1991 había declarado la jurisdicción de los Juzgados de lo Social frente a los Tribunales contencioso-administrativos, lo que había impedido en la práctica la formulación de conflictos de jurisdicción a favor de estos últimos Tribunales.

Podía pensarse que la situación había cambiado radicalmente ante el claro precepto del Reglamento de Procedimiento de la Administración Pública. Pese a ello las resoluciones de que tenemos noticia hasta la fecha no han sido concordantes:

a) La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya se ha pronunciado hasta la fecha en tres ocasiones sobre el particular:

1.º— Los Autos de la Sección 1.ª de fechas 9 y 19 noviembre 1993 han mantenido la jurisdicción de los Juzgados de lo Social con argumentos de derecho transitorio. Según dichos Autos habrá que estar al momento en que se formula la reclamación administrativa: si ésta lo fue con anterioridad al día 27 febrero 1993 en que entró en vigor la Ley de Procedimiento Administrativo Común, es preferible la jurisdicción social a la contencioso-administrativa en cumplimiento del Auto de 21 de junio

1991¹⁸. Con la peculiaridad de que dicha Sección 1.^a en una interpretación rigurosa del art. 49 LOPJ estima que no cabe recurso alguno contra la negativa a la inhibitoria¹⁹. Si por el contrario la reclamación administrativa es posterior al 27 febrero 1993, la jurisdicción corresponde al orden contencioso-administrativo.

2.º— Aplicando dicha doctrina el Auto dictado por dicha Sección 1.^a en 16 diciembre 1993 acordó requerir de inhibición al Juzgado de lo Social número 12 de Barcelona, el cual no accedió a dicho requerimiento en Auto de 2 febrero 1993, negando eficacia al RDL 429/1993 de 26 marzo por estimar que vulnera el principio de reserva de ley e infringe el principio de jerarquía normativa garantizado por el art. 9.3 de la Constitución, al vulnerar el art. 9.5 LPL²⁰.

3.º— En el mismo sentido, el Juzgado de 1.^a Instancia número 48 de Barcelona, en auto de 23 marzo 1994, apreció su falta de jurisdicción para el conocimiento de una demanda frente al Departament de Sanitat y Seguretat Social de la Generalitat de Catalunya por supuesta defectuosa asistencia médica sanitaria reservando al actor su derecho para ejercitarlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa²¹.

18. Interesa destacar que los conflictos de jurisdicción tienen en todo caso carácter relativo. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia únicamente podía decidir entre sostener su jurisdicción y suscitar conflicto al Juzgado de lo Social, o denegar la inhibitoria a dichos Tribunales, pero en forma alguna podía declarar la jurisdicción de los Tribunales Civiles, que no entran en dicho conflicto.

19. Personalmente discrepamos de dicha doctrina, ya que el art. 49 LOPJ se refiere tan solo a las resoluciones recaídas en la tramitación de los conflictos de competencia (Art. 49 LOPJ), frente a las que al igual que las de sustanciación de las cuestiones de competencia (Arts. 88, 93 y 97 LEC) no procede recurso alguno. Por el contrario, de la misma forma que contra las resoluciones finales de las cuestiones de competencia, bien por declarar no haber lugar al requerimiento de inhibición (Art. 87 LEC), bien por inhibirse del conocimiento de un proceso (Art. 91 LEC), bien por desistir de la inhibitoria (Art. 96 LEC), proceden los recursos ordinarios, proceden también dichos recursos contra los Autos, que decidan los conflictos de competencia, bien declarando no haber lugar a requerir de inhibición, bien aceptando el requerimiento de inhibición, y en este sentido se pronuncia la más reciente monografía sobre la materia: LÓPEZ SIMO, *La jurisdicción por razón de la materia*, Madrid, 1991, p. 208.

20. Ello no obstante el Auto dictado en 2 febrero 1994 del Juzgado de lo Social número 12 de Barcelona mantiene su jurisdicción frente a la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, remitiéndose por tanto las actuaciones a la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo que debería pronunciarse en fecha próxima sobre dicha cuestión.

21. Se funda dicho Auto básicamente en los arts. 142, 143 y 144 de la Ley 30/1992 de 26 noviembre sobre Procedimiento Administrativo común, así como en la Disposición Final de su Reglamento de 26 marzo 1993, que estima ha modificado la anterior regulación, por cuyo motivo «pasa a ser la jurisdicción contencioso-administrativa la única competente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Pú-

b) Por el contrario, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en resolución de 6 octubre 1993, mantiene la postura negativa de su jurisdicción anterior a la Ley y al Reglamento de Procedimiento Administrativo con la siguiente argumentación:

1.º— El art. 139 LPAC recoge «una cláusula de responsabilidad patrimonial clásica en nuestro ordenamiento y que tiene su reflejo en el actual art. 106.2 CE, (por lo que) no puede deducirse un cambio en la situación anterior a la entrada en vigor de la norma».

2.º— Pese a que incluso en las relaciones de derecho privado (Art. 144 LPAC), el recurso procedente sea el contencioso-administrativo en méritos de la remisión efectuada por este artículo a los arts. 142 y 143, ante «el silencio que guarda la Ley respecto de la responsabilidad antes excluida, de los servicios de la Seguridad Social, cuya revisión era antes residenciada en los órganos de la jurisprudencia social, cabría entender que *inclusio unius, exclusio alterius*, la Ley habría dejado fuera de este procedimiento único de exigencia de responsabilidad a la que se deriva de este tipo de relaciones».

3.º— Pese a entender que el RDL 429/1993 de 26 marzo «da un salto cualitativo» resolviendo definitivamente la cuestión, no lo aplica por estimar que «a juicio de la Sala esta norma reglamentaria vulnera los preceptos legales antes citados que atribuían la compraventa a la jurisdicción social para el conocimiento de estas cuestiones».

Ciertamente, es lamentable que existiendo una disposición clara y terminante que atribuye la jurisdicción a los Tribunales del orden contencioso-administrativo, éstos le nieguen aplicación o la apliquen restrictivamente. El error deriva de considerar que la jurisdicción social tiene atribuido legalmente el conocimiento de dichas pretensiones. Demostrado en los apartados anteriores que nunca debió haber conocido la jurisdicción social, y habida cuenta lo dispuesto en los arts. 144, 139 y 142 LPAC, y la Disposición Adicional del RDL 429/1993 de 26 marzo, forzoso es concluir:

a) Que no estando atribuidas por la Ley Orgánica dichas reclamaciones a los Juzgados de lo Social, no cabe referirse al principio de re-

blicas», efectuando sin embargo una expresa reserva a favor de la jurisdicción civil cuando junto a la Administración Pública sean demandadas personas jurídicas privadas existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas.

serva de ley ni de jerarquía normativa. Precisamente la laguna legal existente en el art. 9 LOPJ habría sido cubierta por los preceptos citados de la Ley y del Reglamento de Procedimiento Administrativo.

b) Ciertamente, el RDL 429/1993 no puede nunca prevalecer frente a lo dispuesto en el art. 9 LOPJ. Pero habida cuenta que dicho art. 9.4 confía precisamente a los Tribunales del orden contencioso-administrativo «las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias», resulta evidente que dicho RDL no es contrario a la Ley Orgánica, sino que la completa, interpretando auténticamente, a falta de cualquier otra legislación superior, que las pretensiones frente a la Administración sanitaria por daños y perjuicios derivados de acto médico, deben formularse ante los Tribunales contencioso-administrativos.

Cosa distinta es que dicha normativa no esté exenta de críticas, pero éstas nunca pueden prevalecer sobre las claras disposiciones legales. Las principales críticas que pueden formularse son las siguientes:

a) Ante todo, la falta de desarrollo de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos. Para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda prestar la tutela judicial efectiva garantizada por el art. 24 CE, sería indispensable que entraran en funcionamiento los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, lo que permitiría una doble instancia, y eliminaría los retrasos inevitables de la actual organización transitoria. Es evidente que las Salas de lo Contencioso-Administrativa carecen de medios suficientes para resolver con plenas garantías las reclamaciones derivadas de defectuosa asistencia sanitaria. Pero este reproche es común al insatisfactorio desarrollo orgánico y requiere una urgente entrada en servicio de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

b) Otra dificultad la originaría las reclamaciones formuladas no sólo contra la Administración sanitaria, sino también contra los médicos responsables del daño. La peculiar estructura del recurso contencioso-administrativo, encaminado a velar por el ajuste a derecho de los actos de la Administración, impide que los particulares puedan ser condenados en vía contencioso-administrativa, produciéndose con ello una peligrosa división de la contienda de la causa, al conocer de una misma materia dos distintos órdenes jurisdiccionales por razones meramente subjetivas. Es por ello por lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicó en dichos supuestos la «vis atractiva» de la jurisdicción civil, doctrina que

estimamos debería mantenerse pese a lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento de Procedimiento Administrativo.

VII. CONCLUSIONES

Aún cuando en el momento actual subsistan gran número de problemas, forzoso es reconocer que si se elimina la infundada pretensión de la jurisdicción social de conocer de las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria, se aclara extraordinariamente la problemática:

a) Si la reclamación se formula simultáneamente contra la Administración Pública Sanitaria y los profesionales médicos responsables, la jurisdicción corresponde en todo caso al orden civil.

b) Si la reclamación administrativa se inició antes del día 27 febrero 1993 exclusivamente contra la Administración Pública Sanitaria, la jurisdicción corresponde también al orden civil, si bien pueden formularse serias reservas a esta conclusión.

c) Por el contrario, iniciada la reclamación administrativa con posterioridad al día 27 febrero 1993, exclusivamente contra la Administración Pública Sanitaria, la jurisdicción corresponde al orden contencioso-administrativo.

d) La jurisdicción social no puede nunca conocer de dichas reclamaciones, siendo conveniente formular conflicto de competencia por inhibitoria en todos los asuntos pendientes ante dicha jurisdicción, tanto si están en primera instancia, como en suplicación, como en casación para uniformidad de doctrina.

LAS ATRIBUCIONES DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA MAGISTRATURA EN ITALIA: ESTUDIO COMPARADO CON EL DERECHO ESPAÑOL

MARCO VILLAGÓMEZ CEBRIÁN
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO:

I. El modelo italiano de autogobierno judicial. — II. Composición y funcionamiento interno. — III. Atribuciones: a) Selección y formación de jueces y magistrados; b) Provisión de destinos, traslados y ascensos; c) Potestad disciplinaria y funciones de inspección; d) Potestad reglamentaria; e) Atribuciones de informe, propuesta y consulta. — IV. Relaciones con el Ministerio de Justicia.

I. EL MODELO ITALIANO DE AUTOGOBIERNO JUDICIAL

El «Consejo Superior de la Magistratura» se instituyó en Italia por la constitución en 1947¹ con el fin de garantizar la independencia judi-

1. Fue regulado posteriormente por ley de 24 de marzo de 1958, n.º 195; modificada por las leyes de 18 de diciembre 1967, n.º 1.198; 22 de diciembre de 1975, n.º 695; 3 de enero de 1981, n.º 1; y 12 de abril de 1990, n.º 74.

cial² y asumir la función de gobierno de la Magistratura, que hasta entonces seguía retenida por el Ministerio de Justicia. Como órgano de «autogobierno», el Consejo Superior (CSM) se constituye con el carácter de órgano representativo del colectivo judicial, dotado de autonomía financiera y de personal, y con facultad para dictar reglamentos sobre organización y funcionamiento y de gestión de la dotación presupuestaria.

La configuración de este órgano otorga sin duda al modelo italiano una originalidad que lo distingue de otros sistemas existentes en el *civil law*. Concretamente del denominado modelo francés³, que, aplicado con algunas variantes en centroeuropa —Alemania, Austria y Bélgica—, viene a considerar, en líneas generales, a la Magistratura como una parte de la Administración Pública. En este sistema el Poder Judicial no se configura con una estructura organizativa propia, y el Consejo Superior, o no existe —como en Alemania⁴—, o es sólo un órgano consultivo del Presidente de la República, integrado en el mismo Poder Ejecutivo —como sucede en Francia—.

En cambio, el modelo italiano —seguido también en España, Portugal y Grecia, aunque con ciertas diferencias— rompe los ligámenes que unían a la Magistratura con el Poder Ejecutivo y configura un Poder Judicial con una organización autónoma, en cuya cúspide está situado el Consejo Superior. Se trata de un sistema netamente distinto del francés que, sin embargo, había inspirado a la legislación italiana anterior a la Constitución de 1947⁵.

Una característica del CSM, que avala su naturaleza de órgano de autogobierno, es su composición mixta; con una representación de diez miembros legos elegidos por el Parlamento, y un componente togado de

veinte magistrados, en el que están representadas todas las categorías de la carrera judicial. Como indica PIZZORUSSO⁶, el pluralismo en el interior del Consejo, es una garantía para la independencia de los jueces, también frente al propio CSM —independencia en su plano interno—⁷; «de modo que se hace posible a cada Magistrado encontrar en este órgano una forma de protección y, en todo caso, se reafirma la posibilidad de que cualquier eventual agravio que pudiera cometerse o intentarse no quede oculto a la opinión pública, sino que pueda dar lugar a debates y reacciones, incluso fuera de los ámbitos judiciales». Este sistema de composición mixta «constituye una solución intermedia que, por un lado, responde a la naturaleza representativa y democrática que debe tener un órgano de gobierno y, por otro, evita que el reforzamiento de la independencia de la magistratura, que supone la propia creación del CSM, pudiera inducir a ésta a encerrarse en sí misma».

Precisamente, a esta finalidad responde la previsión normativa de los artículos 87 pfo. 10 y 104 pfo. 2 de la Constitución italiana, cuando establecen que el Consejo estará presidido por el Presidente de la República. El Presidente representa la jefatura del Estado y, en este caso, cumple una función de coordinación del Poder Judicial y los demás Poderes del Estado. Si bien es obligado precisar que, a diferencia de lo que sucede con el *Conseil Supérieur de la Magistrature* francés⁸, en el Consejo italiano, el Presidente de la República no puede interferir en su au-

6. PIZZORUSSO, A., «El Consejo Superior de la Magistratura en Italia», *Documentación Jurídica*, núms. 42/44, abril-diciembre, 1984, vol. 1, pág. 680. En este sentido, indica también Díez-PICAZO, que «en los países con una judicatura formada por funcionarios de carrera, las expectativas de ascenso en ésta, junto con la carencia de algunas otras garantías, hacen al juez más sensible y vulnerable ante el poder político, de donde surgen las voces a favor del autogobierno. Pero no hay que olvidar que es difícilmente compatible con un Estado democrático, la existencia de un cuerpo de funcionarios, reclutados según criterios de mérito y capacidad, cuyo gobierno esté exento de sujeción a los poderes públicos representativos. De ahí que una solución intermedia sea lo único razonable» (DÍEZ PICAZO, L. M., *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, 1991, p. 145).

7. Vid. sobre este aspecto de la independencia judicial, GONZÁLEZ GRANDA, *Independencia del Juez y control de su actividad*, Valencia, 1993, págs. 21 y ss.

8. El Consejo Superior de la Magistratura francés, tal y como fue diseñado en la Constitución de 1958, está estrechamente vinculado al Poder Ejecutivo, hasta el punto que puede sostenerse su naturaleza de órgano consultivo del Presidente de la República. Así, el artículo 64.2 de la Constitución francesa, establece que «el presidente de la República *es asistido* por el Consejo Superior de la Magistratura». También su composición es claramente indicativa de lo dicho, ya que está integrado, además de por el Jefe del Estado, por el Ministro de Justicia, que actúa como vicepresidente, y por nueve miembros elegidos por el propio Presidente de la República.

2. Sus competencias se centran en el personal propiamente judicial, sin abarcar al personal auxiliar.

3. Vid. PIZZORUSSO, A., «La magistratura», tomo III, en *Commentario della Costituzione*, con ZAGREBELSKY y CARBONE, Bolonia, 1992. Vid. también PRIETO CASTRO, «El autogobierno de la Magistratura», *Revista de Derecho Procesal*, 1970, n.º 2, págs. 251 ss., quien examina los grados de autogobierno imperante en Alemania, Francia e Italia.

4. En este país se atribuyen algunas funciones de administración de la jurisdicción a los propios órganos judiciales, y principalmente al Tribunal Supremo.

5. La introducción del CSM italiano está influida, en cierta medida, por la experiencia de la Constitución francesa de 1946, que estableció un órgano de autogobierno judicial con funciones muy parecidas al actual CSM italiano. Sobre las causas del fracaso de este órgano y el retroceso experimentado con la Constitución de 1958 de la V.ª República, vid. E. BLOCH, «Le Conseil Supérieur de la Magistrature de la Constitution de 27 octobre 1946: une institution peut-être décriée», en *Entre juge demain*, en colaboración con J. P. ROYER, Lille, 1983, págs. 179 ss.

tonomía funcional. El Consejo actúa en función del principio de la mayoría, y sin que el Presidente ostente poder de veto sobre sus decisiones.

Por otro lado, el párrafo 4 de este mismo precepto constitucional establece que el Vicepresidente del Consejo será elegido por el propio Consejo, entre los miembros que hayan sido designados por el Parlamento. De lo que resulta que los dos primeros cargos del mismo son ajenos a la Magistratura.

II. COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO INTERNO

El Consejo Superior de la Magistratura está integrado por un total de 33 miembros: el Presidente de la República, el Primer Presidente de la Corte de Casación, el Fiscal General de este mismo Tribunal —que son miembros natos del Consejo—, veinte miembros elegidos por los propios Magistrados, y diez miembros más elegidos por el Parlamento; ambos por un período de 4 años.

Los veinte miembros de procedencia judicial son elegidos por los jueces que se encuentren en servicio activo⁹ en función de las distintas categorías judiciales; concretamente, dos entre Magistrados de Casación; ocho entre Magistrados de instancia (Cortes de Apelación y Tribunales), y diez con independencia de la categoría y funciones que ejerzan¹⁰. La elección se lleva a cabo mediante voto personal, igual, directo y secreto.

La elección de los miembros que corresponde al Parlamento, se efectúa en sesión conjunta de ambas Cámaras, mediante votación secreta, y por mayoría tres quintos. Los miembros a designar son elegidos entre profesores ordinarios de Universidad que impartan materias jurídicas, y entre abogados con más de 15 años de ejercicio profesional.

En cuanto a su funcionamiento interno, el CSM ejerce la mayoría de sus competencias en sesión plenaria; no obstante, como sucede en

9. Participan en la elección todos los Magistrados que integran la carrera judicial, incluidos los *uditori giudiziari* [jueces adjuntos que se encuentran realizando un período de prácticas] a los que hayan sido conferidas funciones jurisdiccionales y hayan tomado posesión en su órgano de destino (art. 16 L. 3 enero 1981, n.º 1).

10. Esta es la proporción electoral que resultó de la reforma de 12 de abril de 1990 (ley n.º 74/1990) que modificó el artículo 23 de la LCSM. En la redacción anterior a la reforma se establecía la siguiente: cuatro entre Magistrados de Casación, dos entre Magistrados de Apelación, cuatro entre Magistrados de Tribunales de primera instancia, y diez con independencia de la categoría a que pertenezcan. Con la reforma se trató de reducir la presencia de altos cargos de la carrera judicial en el Consejo, democratizándolo se más el sistema.

nuestro país, buena parte de las funciones preparatorias e instrumentales son confiadas a sus órganos internos. Estos son, principalmente:

a) *El Comité de Presidencia*, que está compuesto por el Vicepresidente del Congreso¹¹ y por los dos miembros natos, es decir, el primer Presidente y el Fiscal General del Tribunal Supremo de Casación¹². El Comité promueve la actuación y la ejecución de las resoluciones del Consejo, y provee a la gestión de los fondos asignados en el Presupuesto. También dirige la Secretaría del Consejo, que actúa bajo su dependencia directa (art. 7 LCSM).

b) *Las Comisiones*, que, según el artículo 3 de la LCSM, se designarán por el Presidente del Consejo —dentro del mes siguiente a la constitución—, y tendrán la facultad de formular propuestas al Pleno. Concretamente, su número, atribuciones, y miembros¹³ se designará a propuesta del Comité de Presidencia, que la formulará después de haber oído a sus componentes. Algunas de estas Comisiones están previstas legalmente (en la propia LCSM o en el Reglamento interior del Consejo, de 6 de abril de 1988¹⁴); otras, en cambio, son Comisiones especiales para asuntos determinados, y se nombran, normalmente, al comienzo de cada año. Entre las permanentes figuran, por ejemplo: *La Comisión para el nombramiento de cargos directivos* (prevista en el artículo 11, último párrafo de la LCSM. Vendría a equivaler a la Comisión de calificación, y su cometido principal es el de formular las oportunas propuestas sobre los nombramientos de la competencia del Pleno¹⁵); *La Comisión para el Reglamento del Consejo* (cuya función es interpretar el Reglamento cuando para ello sea requerida por el Presidente, por el Vicepresidente, por el Comité de Presidencia o por el Consejo, elaborar propuestas de modificación del Reglamento sometiéndolas al Consejo, e informar al

11. El Vicepresidente es elegido entre los miembros de procedencia parlamentaria, por todos los componentes del Consejo.

12. La doctrina italiana ha cuestionado la constitucionalidad de la composición de este órgano, que no responde al principio democrático que, en general, orienta la institución del CSM. En la práctica, para paliar este inconveniente ha venido funcionando un «Comité de portavoces», compuesto por un número proporcional de miembros legos y de magistrados. Sobre este punto, cfr. VOLPE, «Ordinamento Generale», en *Enciclopedia del Diritto*, págs. 854 ss.

13. La Corte Constitucional, en Sent. de 2 de febrero de 1971, n.º 12 (Giur. Cost. 1971, pág. 83; y Foro It., 1971, I, pág. 536) estableció la exigencia de respetar en las Comisiones la proporción entre componentes togados y legos.

14. Gaceta oficial, n.º 104 de 5 mayo 1988.

15. Está formada por seis miembros del Consejo: cuatro de los elegidos por los Magistrados, y dos de los elegidos por el Parlamento.

Consejo sobre las propuestas de modificación que sean formuladas por cualquiera de los componentes del mismo); La *Comisión para el Reglamento de Administración y Contabilidad*; La *Comisión de Presupuestos del Consejo*; La *Comisión para la eliminación y la incorporación de documentos a los expedientes personales de los magistrados*; La *Comisión para la Reforma Judicial y para la Administración de la justicia*, etc.

c) La *Sección Disciplinaria*; a la que corresponde la instrucción de los expedientes, y la imposición de las sanciones, que se deriven del ejercicio de la acción disciplinaria (cuya titularidad, por lo demás, corresponde al Fiscal General de la Corte de Casación). Este órgano está compuesto por 9 miembros titulares y por 6 suplentes. Dos tercios de sus miembros son de procedencia judicial, y un tercio de entre los elegidos por el Parlamento. Concretamente, son miembros titulares: el Vicepresidente del CSM, dos miembros de entre los elegidos por el Parlamento, un Magistrado de Casación, y cinco Magistrados del resto de las categorías judiciales¹⁶. Y son miembros suplentes: un Magistrado de Casación; tres Magistrados; y dos miembros de procedencia parlamentaria. La Sección Disciplinaria debe actuar con asistencia de todos sus componentes y bajo la presidencia del Vicepresidente del CSM —salvo que el Presidente del Consejo, o sea, el Presidente de la República, se valga de la facultad legal de presidirla¹⁷—. En caso de transitoria imposibilidad o ausencia justificada de alguno de sus miembros, se procederá a su sustitución por un miembro suplente de idéntica procedencia¹⁸.

III. ATRIBUCIONES

Las atribuciones del CSM comprenden, según el Art. 105 de la Constitución italiana, «*los nombramientos, destinos, traslados, ascensos y acuerdos disciplinarios en relación con los Magistrados*»¹⁹. Por su parte,

16. Los miembros de la Sección Disciplinaria se eligen por el Pleno del Consejo por mayoría de 2/3.

17. Art. 1 L. 3 enero 1981, n.º 1.

18. Según la opinión dominante constituye un órgano colegiado de naturaleza jurisdiccional y, como tal, debe funcionar con la necesaria presencia de todos sus componentes. Vid. al respecto, Corte Constitucional, Sent. 2 febrero 1971, cit.

19. Hay que entender que tal enumeración es indicativa (Vid. BONIFACIO, F., «La Magistratura», tomo II, en *Commentario della Costituzione*, dir. por G. Branca, Bologna, 1986, págs. 76 ss.); como también sucedería en España con el Art. 122.2 de la Constitución, dado el uso de la expresión «en particular», que se utiliza en este precepto (DÍEZ PICAZO, L., *op. cit.*, pág. 146).

el Art. 10 de la LCSM establece que «*Corresponde al Consejo Superior resolver:*

1. *Sobre el ingreso en la Magistratura, destinos, traslados y promociones de los Magistrados, así como cualquier otra decisión relativa a la situación de éstos.*

2. *Sobre el nombramiento y revocación de los Vicepretores honorarios, Conciliadores, Viceconciliadores, así como de los miembros de las Secciones especializadas no integrados en la Magistratura²⁰; sin embargo, respecto a los Conciliadores, Viceconciliadores y miembros no integrados en la Magistratura, se admitirá la delegación en los Presidentes de los Tribunales de apelación.*

3. *Sobre las sanciones contra Magistrados, impuestas en los procedimientos disciplinarios iniciados a instancia del Ministro o del Fiscal General de la Corte de Casación.*

4. *Sobre el nombramiento de Magistrados de la Corte de Casación, por méritos insignes entre profesores y abogados.*

5. *Sobre la concesión, dentro de los límites de las cantidades al efecto asignadas en el presupuesto, de las remuneraciones especiales previstas en el artículo 6 del Decreto legislativo de 27 de julio de 1946, núm. 19²¹, y de las subvenciones a los Magistrados que ejercen funciones judiciales o a sus familias.*

Podrá hacer propuestas al Ministro de Justicia sobre modificaciones de las demarcaciones judiciales y sobre todas las materias relativas a la organización y funcionamiento de los servicios de la Administración de Justicia. Dará informes al Ministro sobre los proyectos de ley que conciernan a la organización judicial, a la Administración de Justicia, y sobre cualquier otro asunto relacionado con estas materias.

Resolverá sobre los demás asuntos que le estén atribuidos por Ley».

El análisis de estas competencias del CSM creemos conveniente hacerlo distinguiendo cinco bloques de materias: a) selección y formación de los miembros de la Carrera judicial; b) provisión de destinos, traslados y ascensos; c) potestad disciplinaria y funciones de inspección; d) potestad reglamentaria; e) atribuciones de informe, propuesta y consulta.

20. Sobre estos órganos vid. posteriormente nota 23.

21. Estas remuneraciones especiales han sido suprimidas por los artículos 2 y 5 del Decreto 28 de diciembre de 1970, n.º 1.080.

a) *Selección y formación de jueces y magistrados*

En Italia la selección y formación de jueces y magistrados es de la exclusiva competencia del Consejo. Es el CSM quien convoca la oposición de acceso a la carrera judicial (*concorso per uditore giudiziario*; art. 123 del RD de Ordenamiento Judicial)²²; nombra el Tribunal encargado de juzgarlo (art. 125 RDOJ); establece las normas por las que ha de regirse la oposición y las prácticas posteriores a su superación (tirocinio o *uditorato*); nombra auditores judiciales a los aspirantes que hayan superado la oposición; y, finalizado el período de prácticas, nombra al auditor Magistrado de Tribunal (art. 127 RDOJ)²³.

Corresponde asimismo al Consejo el nombramiento de los jueces de paz²⁴ (a propuesta del Consejo judicial territorialmente competente); vicepretores y viceprocuradores honorarios²⁵; y Magistrados de Casación

22. En Italia la Carrera judicial se inicia con el nombramiento de auditor judicial, y prosigue con la promoción a Magistrado de Tribunal, Magistrado de Apelación y Magistrado de Casación. Afirma ALBACAR que el sistema tiene la ventaja de que el juez al iniciar su carrera no actúa en órganos unipersonales, contrariamente a lo que sucede en nuestro país donde se da el paradójico contrasentido de que la carrera judicial se inicia en juzgados; y el transcurso del tiempo, que lógicamente ha de suponer una mayor madurez, comporta la promoción a órganos colegiados (Cfr. ALBACAR LÓPEZ, «La organización judicial y el sistema de selección de jueces en la nueva Constitución española», en *L'Ordinamento Giudiziario, Documentazione comparativa*, vol. 2, Rimini, 1983, pág. 429).

23. Los auditores judiciales (jueces adjuntos) deben cumplir un período de prácticas, de dos años de duración como mínimo, en las preturas, tribunales y procuradurías de la República (fiscalfas); además, podrán serles atribuidas funciones jurisdiccionales plenas después de al menos seis meses de prácticas, previa autorización del Consejo judicial (Art. 129 del RD de Ordenamiento judicial de 1941, y Decreto de 11 de enero de 1988, n.º 116). También en España, el Proyecto de reforma de la LOPJ (BOCG 4 enero 1944, Núm. 45-1) regula la figura de los jueces adjuntos, atribuyendo a quienes han superado la oposición el carácter de funcionarios en prácticas. Los jueces adjuntos realizarán funciones de auxilio y colaboración con los titulares del órgano, con facultad para la redacción de borradores o proyectos de resolución; asimismo se prevé la posibilidad de atribuirles funciones de sustitución o en régimen de refuerzo (arts. 216 bis y ss.). El Proyecto atribuye al CGPJ (art. 307.2) competencia para regular la duración del período de prácticas, sus circunstancias y el destino y funciones de los Jueces adjuntos.

24. Los jueces de paz, como en nuestro país, están integrados por personal que no pertenece a la carrera judicial —*magistrados honorarios*—, y son nombrados por un período de cuatro años; tienen atribuidas funciones jurisdiccionales en el orden civil y penal, y específicamente en el orden civil desempeñan también funciones conciliatorias. Su regulación básica se contiene en la Ley de 21 de noviembre de 1991.

25. Se trata también de jueces no integrados en la carrera judicial, cuya función principal es auxiliar a los magistrados con destino en juzgados unipersonales —*preturas*—.

por méritos entre profesores y abogados con más de 15 años de ejercicio profesional.

En el sistema español, como es sabido, la competencia en materia de selección de jueces se atribuye principalmente al Ministro de Justicia. El art. 306.1 LOPJ otorga al Ministro competencia para aprobar «las normas por las que ha de regirse el acceso al Centro de Estudios Judiciales, los ejercicios y los programas»; y el art. 313.1 dispone que «para resolver los concursos entre juristas de reconocida competencia, el Ministerio de Justicia, al tiempo de convocarlos, aprobará y publicará las correspondientes bases en las que se graduarán la puntuación de los méritos que puedan concurrir en los solicitantes»²⁶. La situación cambia radicalmente en el Proyecto de Ley de reforma de la LOPJ²⁷. El apartado 4 del artículo 107 LOPJ atribuye al CGPJ competencia exclusiva en materia de selección de jueces; y el art. 434 apartado 2 establece claramente que «la selección, formación y perfeccionamiento de los miembros de la Carrera Judicial se realizará bajo la exclusiva dirección del Consejo General del Poder Judicial». En consecuencia con esta nueva atribución, corresponderá al CGPJ aprobar las normas por las que ha de regirse la oposición, el concurso-oposición y el posterior curso teórico práctico (art. 306.1); la oposición se convocará por el Consejo, oído el Ministerio de Justicia (art. 306.2); el Consejo aprobará reglamentariamente las correspondientes bases del concurso-oposición (art. 313); y el curso teórico práctico se realizará en el Centro de selección y formación de Jueces y Magistrados dependiente del CGPJ (art. 301.1).

b) *Provisión de destinos, traslados y ascensos*

También en este punto el CSM ejerce una función relevante, ya que la competencia en materia de provisión de destinos, no sólo comprende la asignación a los Magistrados de los órganos y secciones en que deberán ejercer su cargo (art. 7 bis del RD de Ordenamiento Judicial), sino también la determinación de las funciones, decisorias [de Juez] o promotoras [de Ministerio Público], que le corresponderá desempeñar.

Es preciso indicar que en Italia, el Ministerio Público se sitúa en el

26. Extremo que ha sido especialmente criticado por la doctrina, en cuanto supone una limitación en las competencias del CGPJ carente de cualquier justificación (Vid. XIOL RÍOS y otros, *El Poder Judicial y el Consejo General en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Premios Poder Judicial, 1, Madrid, 1990, pág. 52).

27. BOCG, 4 enero 1994, Núm. 45-1.

ámbito institucional de la Magistratura y, en consecuencia, los funcionarios pertenecientes a la misma pueden desempeñar, según el servicio al que se hallen adscritos, funciones propiamente jurisdiccionales —decisorias—, o bien, funciones promotoras —requirentes—. Los funcionarios del Ministerio Público son designados del mismo modo que los jueces, y participan en los mismos concursos o selecciones. Disponen de una misma regulación básica, contenida en el R.D. de 30 de enero de 1941 de «Ordenamiento judicial»²⁸. Pero, además, esta configuración uniforme también se observa en su aspecto de organización y gobierno, como lo demuestra la integración del Fiscal Jefe de la Corte de Casación, como miembro nato, en el propio CSM (art. 104.3 de la Constitución)²⁹.

En materia de ascensos, el art. 11.3 LCSM contiene la particulari-

28. Esta norma comprende bajo el título «Autoridades a las que corresponde la administración de la Justicia», a los órganos jurisdiccionales y a los del Ministerio Público. Así, tras enumerar en su artículo primero los Juzgados y Tribunales ordinarios [Juez de paz, Pretor, Tribunal, Corte de apelación, Corte de casación, Tribunal de menores, Juez y Tribunal de vigilancia penitenciaria], el artículo siguiente dispone la constitución en estos órganos de un magistrado del Ministerio Público. Por su parte, el art. 3 señala que «el Orden judicial está constituido por los auditores, jueces de primer grado de las Preturas, magistrados de los Tribunales y Cortes, y magistrados del Ministerio Público». Por lo demás, la organización y funciones del Ministerio Público se regula concretamente en el Título III (arts. 69-86) de esta norma.

29. La dependencia gubernamental del Ministerio Público se suprime tras el RD de 31 de mayo de 1946, que modificó el art. 69 del RD de 30 de enero de 1941 de Ordenamiento Judicial; mientras este último texto atribuía, conforme a la tradición, al Ministro de Justicia la «dirección» del Ministerio Público, la nueva disposición (art. 39) limita su competencia a la «vigilancia» de este órgano (Cfr. ESTEVEZ, J.A., «La polémica en torno al Ministerio Público en Italia», *Poder Judicial*, 1983, págs. 95 y ss.). Sobre la naturaleza del MP en Italia y su especial configuración, vid., entre otros, PRIETO CASTRO, «El Ministerio Fiscal en Europa», *Revista de Derecho Procesal*, 1977, n.º 1, págs. 7 y ss.; MARCHENA GÓMEZ, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Madrid, 1992, pág. 62; y PIZZORUSSO, *La Magistratura*, op. cit., pág. 29. Este autor destaca como en la conformación de este órgano, el legislador postconstitucional ha pretendido coordinar su singular autonomía, que debilita el principio de dependencia tan fuertemente implantado en otros ordenamientos continentales, con la unidad e indivisibilidad de su función. Así, mientras que el pfo. 4 del art. 70 del RD de Ordenamiento Judicial mantiene la subordinación jerárquica respecto al jefe del órgano, quien ejerce su dirección, organización y distribución de asuntos, los párrafos siguientes de este mismo precepto —introducidos por D. de 20-11-1991— confirman que «en el curso de las audiencias penales, el magistrado designado desarrolla las funciones de Ministerio Público con plena autonomía y sólo puede ser sustituido en los casos previstos por el código de procedimiento penal. El jefe del órgano remitirá al Consejo Superior de la Magistratura, copia de la resolución motivada en que haya dispuesto la sustitución del magistrado»; «Cuando el procurador nacional antimafia o el procurador general ante la Corte de apelación dispongan la avocación de las investigaciones preliminares en los casos previstos por la ley, remitirán copia del correspondiente decreto motivado al Consejo Superior de la Magistratura y a los Procuradores de la República interesados...».

dad de exigir un previo acuerdo o concierto del Consejo con el Ministro de Justicia. Según este precepto, el nombramiento de los cargos directivos, excepto el de Pretor jefe, se resolverá por el Consejo en virtud de propuesta formulada, de acuerdo con el Ministro de Justicia, por la Comisión correspondiente. Si bien ello podría suponer una clara limitación a la competencia de nombramientos que corresponde al CSM³⁰, es preciso observar que la opinión del Ministro no es vinculante, y pueden ser desatendidas sus indicaciones. El art. 15 del Reglamento interior del CSM dispone que «la Comisión indicada someterá al Consejo la relación de candidatos y la calificación que se hubiera realizado de ellos. El Consejo comunicará a la Comisión su opinión al respecto. Posteriormente la Comisión procederá al acuerdo con el Ministro y lo participará al Consejo, quien decidirá finalmente». Como ha señalado la doctrina italiana el procedimiento, tal y como ha sido ideado, trata de obviar cualquier forma de condicionamiento de la decisión del Consejo, y el concierto con el Ministro no deja de ser una simple formalidad consultiva que se justifica en la propia atribución al Ministro de competencias y responsabilidades en la organización y funcionamiento de la Administración de Justicia³¹.

Por otro lado, el CSM, en circular de 19 de octubre de 1987, ha establecido una serie de criterios para la asignación de puestos directivos, que hacen referencia a las aptitudes (perfil profesional, capacidad de organización, resultados en el ejercicio de funciones análogas...), méritos (laboriosidad, dedicación, observancia de los deberes del cargo...) o ancianidad (criterio sólo a tener en cuenta después de la previa valoración comparativa de todos los candidatos sobre la base de las anteriores pautas).

Los acuerdos del Consejo son impugnables por motivos de ilegalidad, en vía contencioso-administrativa ante los Tribunales Administrativos Regionales. Antes de la reforma de la LCSM de 12 de abril de 1990, la competencia para conocer en primera instancia correspondía a los Tribunales del lugar en que el Magistrado afectado prestara sus servicios. Esto originaba una fragmentación de recursos que fue denunciada por el propio Consejo (Acuerdo de 20 de julio de 1989³²). La reforma de 1990 centralizó esta competencia y la atribuyó al Tribunal Adminis-

30. Vid. una crítica en DE MATTIA, A., «La organización judicial italiana», *Información jurídica*, n.º 301, abril-junio 1969, págs. 7 y ss.

31. Cfr. BONIFACIO, F., «La magistratura», cit., pág. 84.

32. *Notiziario del CSM*, n.º 7, 1990, pág. 12.

trativo de la Región del Lazio (Art. 17 pfo. 2 LCSM). La resolución del Tribunal es impugnabile en segunda instancia ante el Consejo de Estado.

Indicar, finalmente, que en la resolución de funciones y ascensos no puede desconocerse el importante papel que desarrollan los «Consejos judiciales». Se trata de órganos de gobierno interno, constituidos en cada Corte de Apelación, con atribuciones de carácter administrativo taxativamente determinadas en la ley y con competencia sobre todos los Magistrados con destino en el distrito. En cuanto a su composición, conforme a lo dispuesto en el art. 1 de la Ley de 12 de octubre de 1966, n. 825, el Consejo judicial está integrado por el Presidente de la Corte de Apelación, el Procurador general de la República, y 8 miembros —3 de los cuales en calidad de suplentes— elegidos cada dos años por los Magistrados que estuvieran destinados en los órganos jurisdiccionales radicados en el correspondiente distrito, con exclusión de los auditores privados de funciones jurisdiccionales. La elección se realiza mediante voto personal y secreto, en la siguiente proporción: 1 miembro titular y 1 suplente entre los Magistrados de Casación; 2 miembros titulares y 1 suplente entre los Magistrados de Apelación; y 2 miembros titulares y 1 suplente entre los Magistrados de Tribunal.

La principal atribución del Consejo judicial es la elaboración de los informes que le solicite el CSM, particularmente, a efectos de promoción a la categoría de Magistrado de Tribunal y Magistrado de Apelación, para la atribución de cargos directivos a los Magistrados de la Corte de Apelación, o para el cambio de funciones en los Magistrados, de las decisorias a las promotoras y viceversa. Asimismo, el Consejo judicial tiene importantes competencias en la organización del tirocinio de los auditores judiciales, estando facultado para la actuación de las directivas emanadas del CSM (artículos 8-11 del D. 11 enero 1988, n. 116).

c) *Potestad disciplinaria y funciones de inspección*

En materia disciplinaria el Consejo asume plenitud de competencia, siendo el único órgano legitimado para la imposición de sanciones a los Magistrados por el incumplimiento de los deberes inherentes a su cargo. La competencia se concentra en un órgano³³, la Sección Disciplinaria, de

33. En contra de atribuir esta competencia a la Sección Disciplinaria, y a favor de que conozca el Pleno, VOLPE, «Ordinamento Giudiziario in Generale», *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXX, Milano, 1980, pág. 869.

naturaleza más jurisdiccional que gubernativa³⁴. Se trata de un órgano que actúa orientado por los principios informadores del proceso penal, y sus resoluciones son recurribles ante el pleno («secciones unidas») de la Corte de Casación.

La titularidad de la acción disciplinaria corresponde, conforme al artículo 14 de la LCSM, al Fiscal General de la Corte de Casación. El Ministro de Justicia, tiene atribuida la facultad —discrecional— de promover la acción disciplinaria, mediante propuesta dirigida al Fiscal General.

En cuanto al procedimiento —como se acaba de indicar— se desarrolla en un marco que presenta sustanciales analogías con el proceso penal. El Fiscal General, en su función de Ministerio Público ante la Sección Disciplinaria, ejercita la acción, si no estima procedente el archivo de las actuaciones. La iniciación del procedimiento deberá comunicarse, con indicación del hecho, al inculcado, quien podrá estar asistido en su defensa por otro Magistrado de rango no inferior a Magistrado de Apelación.

En el procedimiento se distingue una primera fase de instrucción que tramitará el propio Fiscal General, o uno de los miembros de la Sección, según la complejidad de los hechos y gravedad de la sanción. Completada la instrucción, en la que se debe dar participación al inculcado³⁵, el Fiscal General formulará su escrito de acusación, y la Sección Disciplinaria, reunida en sesión a puerta cerrada (*camera di consiglio*), deliberará sobre la apertura del juicio oral. Declarada la apertura del juicio, el Presidente de la Sección, fijará mediante decreto el día del inicio de las sesiones del juicio oral, y designará un ponente entre los miembros de la Sección que no hayan tenido participación en la instrucción; asimismo, decidirá si los testigos y peritos que declararon durante la instrucción deben ser oídos nuevamente. El decreto de apertura del juicio deberá comunicarse al inculcado en el término de 1 año desde el inicio del procedimiento; y en los dos años sucesivos, deberá dictarse sentencia, en caso contrario, se produce la caducidad del procedimiento.

En el juicio oral, el ponente formulará una exposición de los hechos, se procederá a la práctica de las pruebas que el Presidente haya estimado pertinentes, y las partes formularán sus conclusiones, después

34. Corte Constitucional, Sent. 8 junio 1981, n.º 100, *Foro It.*, 1981, I, pág. 2.360; Casación, Secciones Unidas, Sent. 27 enero 1976, n.º 255, *Foro It.*, 1976, pág. 59, con nota de VOLPE

35. Resolución del CSM de 17-2-1988.

de haber sido oído el inculpado. Finalmente, la Sección delibera y dicta resolución motivada —*decreto*— que será comunicada al Ministro, al Fiscal General de la Corte de Casación y al inculpado. En el plazo de 60 días siguientes a la notificación de dicha resolución, las partes podrán interponer recurso a las Secciones Unidas de la Corte de Casación³⁶; produciendo tal recurso la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada (Art. 17 pfo. 3 LCSM).

La resolución todavía puede ser objeto de revisión —ante la propia Sección Disciplinaria—, a instancia del Ministro de Justicia, Fiscal General, o del propio interesado y sus herederos, cuando hayan sobrevenido nuevos hechos o nuevos elementos de prueba que evidencien la inocencia del condenado, o si resulta que la decisión se adoptó con error de hecho, fraude o falsedad en las pruebas.

El procedimiento disciplinario se promueve con independencia de la acción civil que pueda ejercitarse por el mismo hecho, y, aunque el procedimiento civil esté en curso. En el caso en que el Magistrado esté siendo sometido a un procedimiento penal por el mismo hecho, o influyera la decisión del procedimiento penal sobre el disciplinario, este último se suspenderá hasta que en el proceso penal haya recaído sentencia firme.

Pero la valoración que merecen a la doctrina italiana el régimen de responsabilidad disciplinaria es esencialmente negativo. Se critica, primero, que los hechos constitutivos del ilícito disciplinario no estén tipificados en la ley. El art. 18 del RD de 31 mayo 1946 únicamente establece que «*el Magistrado que falte a sus deberes, o mantenga una conducta que lo haga desmerecer de la consideración que le corresponde, o que comprometa el prestigio de la organización judicial, podrá ser objeto de las sanciones disciplinarias que se establecen en los artículos siguientes*»³⁷.

Además, indica PIZZORUSSO, en la práctica, la iniciativa del Fiscal General ha resultado infructuosa, probablemente por carecer de la in-

36. La diferencia respecto a las resoluciones y acuerdos del CSM en materia de administración y aplicación del estatuto de los magistrados, que como se dijo son impugnables ante los Tribunales Administrativos Regionales, podría deberse a la naturaleza jurisdiccional que el legislador ha querido otorgar al procedimiento disciplinario. Así, mientras que en el primer tipo de acuerdos el Consejo actúa en calidad de parte (la Administración que se resiste a la parte privada recurrente) en materia disciplinaria se presenta como juez de instancia.

37. Pese a haber sido objeto de alguna cuestión de inconstitucionalidad, esta genérica previsión normativa no ha sido declarada inconstitucional. Vid. la Sentencia de la Corte Constitucional de 8 de junio de 1981, *Foro It.*, 1981, I, pág. 2.360.

fraestructura necesaria para controlar eficazmente el cumplimiento por los Magistrados de sus deberes profesionales. Así, ha ocurrido en diversas ocasiones que haya tenido que ser el propio Consejo quien haya tenido que comunicar al Fiscal General hechos susceptibles de general responsabilidad disciplinaria³⁸.

Por lo que respecta a la función de inspección, el CSM —a diferencia de lo que sucede con el órgano de gobierno instaurado en nuestro país— carece de un Servicio de inspección. La comprobación y control de los servicios de la Administración de Justicia, está atribuida al Ministerio de Justicia, en virtud de la Ley de 12 de agosto de 1962³⁹. Esta atribución de competencia inspectora al Ministerio no ha estado tampoco exenta de críticas, llegando a afirmarse que supone una «alteración en el equilibrio de roles, que fija la Constitución, entre el Ministro de Justicia, al que el art. 110 reserva solamente funciones inherentes a la organización de los servicios judiciales, y el CSM, que es el órgano institucionalmente investido de la competencia para valorar la actividad y productividad de los Magistrados». La asignación al Consejo de la función de inspección es, a su vez, esencial para que este órgano de gobierno pueda tomar conocimiento de la administración de justicia antes de resolver; se trata de la exigencia de adquirir los elementos de juicio necesarios para poder administrar⁴⁰.

No obstante, es preciso indicar que el art. 8 de la LCSM atribuye al Consejo la facultad de utilizar el Servicio de inspección instituido en el Ministerio de Justicia⁴¹; y, actualmente, esta facultad, que en principio fue una práctica esporádica, se ha institucionalizado, con el consentimiento de los propios órganos gubernativos.

38. PIZZORUSSO, «El Consejo Superior de la Magistratura en Italia», *op. cit.*, pág. 181.

39. La Ley 12-8-1962 (n.º 1.311), establece que el órgano técnico de inspección, dependiente del Ministerio de Justicia, estará compuesto por nueve Magistrados de Casación —uno de los cuales asumirá las funciones de Jefe del servicio—, y doce Magistrados de Apelación, además del personal del Ministerio que se destine a este órgano.

40. BONIFACIO, *op. cit.*, pág. 103; Vid. también, BARTOLE, «Materiali per un riesame delle posizioni del CSM», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1975, p. 3 y ss.; y FERRARI, «CSM, autonomia del ordine giudiziario e magistrati», *Studi Esposito*, pág. 2.263.

41. Según este precepto, «El Consejo Superior, para el cumplimiento de las funciones que le están atribuidas, utilizará el Servicio de Inspección General instituido en el Ministerio de Justicia».

d) *Potestad reglamentaria*

Entre las atribuciones del Consejo, la LCSM prevé, en su artículo 20, «la facultad de disciplinar mediante reglamento interno (de organización) su propio funcionamiento». Se trata de una competencia que debe incluirse entre las normales atribuciones de los órganos constitucionales.

Pero el artículo 11 del Reglamento de organización establece, además que el Consejo podrá «adoptar resoluciones en todo lo que afecte al ejercicio de sus propias atribuciones». Este precepto ha permitido al CSM italiano dictar circulares y reglamentos susceptibles de trascender en el funcionamiento de los órganos judiciales; incluso esta facultad reglamentaria ha sido reconocida a nivel normativo, por ejemplo, el artículo 48 del decreto 916/1958 (por el que se dictan normas para la aplicación y coordinación de la LCSM), faculta al Consejo para dictar las normas relativas a la organización del período de prácticas que deben efectuar los jueces adjuntos (*uditori giudiziari*).

Principalmente, indica CARBONE, ha sido a partir de la tercera legislatura (1968-1972) cuando el Consejo ha reclamado su potestad reglamentaria externa como un requisito necesario para el ejercicio de sus competencias. En este período el CSM ha procedido a emanar toda una serie de disposiciones fijando los criterios generales que deben presidir el ingreso, actividades de formación, sistema de ascensos, organización de la oficina judicial, régimen disciplinario y de inspección, régimen de licencias y permisos, incompatibilidades, sustituciones y demás materias en las que la ley resulta ser forzosamente insuficiente⁴².

Esta práctica, que también ha encontrado apoyo en la jurisprudencia constitucional⁴³, supone el reconocimiento en favor del Consejo de una

42. CARBONE, V. «La Magistratura», tomo III, en *Commentario della Costituzione*, dir. por G. Branca, Bolonia, 1992, pág. 122. Entre estas disposiciones cabe citar, a título de ejemplo, la Resolución de 10 de marzo de 1977, sobre «criterios para la concesión de los cargos directivos»; la Circular de 20 de noviembre de 1978, sobre «disciplina de las sustituciones y suplencias»; el Documento de 10 de febrero de 1978 sobre «la independencia de los magistrados y los límites a la crítica de las sentencias»; y la Circular de 13 de mayo de 1977, sobre «disposiciones en materia de traslados y asignación de funciones».

43. Corte Constitucional, Sent. 18 de julio de 1973, n.º 143, *Giur. Cost.*, 1973, pág. 1.430, y Sent. de 23 de julio de 1974, n.º 245, *Giur. Cost.*, 1974, pág. 2.365. En estas Sentencias se destaca además el poder de dirección que corresponde al CSM, de modo que los Presidentes de los órganos judiciales están unidos al Consejo por un verdadero y propio nexo jerárquico, con la consiguiente potestad del CSM de anular sus resoluciones y de impartir instrucciones vinculantes según los principios de la organización administrativa.

auténtica potestad reglamentaria externa. «La actividad normativa del CSM se sitúa dentro del sistema de las fuentes de producción del derecho, a nivel de fuente secundaria; de hecho, está subordinada a la ley y a las fuentes a ella equiparadas, y se distingue de los Reglamentos del Gobierno y de las demás fuentes secundarias por el principio de competencia»⁴⁴. Además, como ha precisado el propio Consejo, se trata de «normas desprovistas de sanción, que se imponen por la misma autoridad de la propuesta y cuya eficacia es meramente persuasiva, aunque en todo caso no despreciable»⁴⁵.

En España, aunque el art. 110 LOPJ sólo prevé la facultad del CGPJ de dictar reglamentos sobre su personal, organización y funcionamiento, este precepto, como ha declarado el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 29 de julio de 1986, «debe ser interpretado en sentido amplio, por constituir una garantía de las funciones que la misma ley asigna al Consejo para la protección de la independencia judicial». De esta sentencia se desprende según la doctrina, una especie de competencia simultánea, aunque independiente, del CGPJ y el Gobierno⁴⁶.

El Proyecto de reforma de la LOPJ, que regula explícitamente la potestad reglamentaria externa, se ajusta a lo declarado en la Sentencia del Tribunal Constitucional. En su Exposición de Motivos se indica que «la formulación legal opta por ceñirse estrictamente a las manifestaciones del Tribunal Constitucional, el cual ha declarado que los Reglamentos de desarrollo del Consejo sólo pueden contener regulaciones de carácter secundario y auxiliar, dado el carácter estricto de la reserva de la ley orgánica para las cuestiones referentes al estatuto judicial y al funcionamiento y gobierno de los Tribunales».

El Proyecto hace una enumeración de materias concretas en que la potestad reglamentaria puede desenvolverse y establece en su artículo 110,2 que «El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de su

44. PIZZORUSSO, «Fonti del Diritto», *Commentario al Codice Civile*, en colaboración con SCIALOJA y BRANCA, Roma, 1977, págs. 332 y ss.

45. Vid. PIZZORUSSO, *op. loc. cit.*

46. Afirma SAINZ DE ROBLES, «Poder Judicial y Consejo General del Poder Judicial», en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Prof. García Enterría*, tomo IV, Madrid, 1991, pág. 3.012, que «se advierte mal, cual puede ser el criterio apropiado para trazar la frontera... a falta de criterio objetivo delimitador de ámbitos, no puede acudirse a otro que no sea susceptible de enturbiar la seguridad jurídica, que el de prioridad en el tiempo». En contra de que el CGPJ asuma potestad reglamentaria externa, DíEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, quien afirma (pág. 150) que «en un Estado democrático la normación ad extra... sólo puede ser producida por órganos directa o indirectamente responsables ante el cuerpo electoral».

competencia y con subordinación a las leyes, podrá dictar Reglamentos de desarrollo de esta Ley para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar. Estos Reglamentos podrán regular condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estudio judicial sin innovar aquéllos ni alterar éste en su conjunto. Podrán aprobarse en los casos en que sean necesarios para la ejecución o aplicación de esta Ley, en aquéllos en que así se prevea en esta u otra Ley y, especialmente, en las siguientes materias:

- a) Sistema de ingreso, promoción y especialización en la Carrera judicial, régimen de los funcionarios judiciales en prácticas y de los Jueces adjuntos y cursos teóricos y prácticos en el Centro de selección y formación de Jueces y Magistrados, así como organización y funciones de dicho Centro. A este efecto, en el desarrollo reglamentario de la organización y funciones del Centro, deberá determinarse la composición de su Consejo Rector, en el que necesariamente habrán de estar representados el Ministerio de Justicia, las Comunidades Autónomas y las Asociaciones Profesionales de Jueces y Magistrados;
- b) Forma de distribución entre turnos y de provisión de plazas vacantes y desiertas de Jueces y Magistrados;
- c) Tiempo mínimo de permanencia en el destino de los Jueces y Magistrados;
- d) Procedimiento de los concursos reglados y forma de solicitud de provisión de plazas y de cargos de nombramiento discrecional;
- e) Actividades de formación de los Jueces y Magistrados y forma de obtención de títulos de especialización;
- f) Situaciones administrativas de Jueces y Magistrados;
- g) Régimen de licencias y permisos de Jueces y Magistrados;
- h) Valoración como mérito preferente del conocimiento de la lengua y Derecho propios de las Comunidades Autónomas, en la provisión de plazas judiciales en el territorio de la Comunidad respectiva;
- i) Régimen de incompatibilidades y tramitación de expedientes sobre cuestiones que afecten al estatuto de Jueces y Magistrados;
- j) Contenido del Escalafón judicial, en los términos previstos en esta ley;
- k) Ejercicio de la iniciativa para la provisión de plazas judiciales por las Comunidades Autónomas;
- l) Régimen de sustituciones, de los Magistrados suplentes, de los Jueces sustitutos y de provisión temporal y de los Jueces de Paz;
- m) Funcionamiento y facultades de las Salas de Gobierno, de las

Juntas de Jueces y demás órganos gubernativos y elecciones, nombramiento y cese de miembros de las Salas de Gobierno y de Jueces Decanos;

- n) Inspección de Jueces y Tribunales y tramitación de quejas y denuncias;
- ñ) Funcionamiento de la Oficina Judicial, organización de registros generales y servicios comunes, horario de trabajo, atención al público y publicidad de las actuaciones judiciales, habilitación de días y horas hábiles y constitución de los órganos judiciales fuera de su sede;
- o) Especialización de órganos judiciales, funcionamiento del servicio de guardia y reparto de asuntos y de ponencias;
- p) Forma de cese y posesión en los órganos judiciales y confección de alardes;
- q) Cooperación jurisdiccional;
- r) Honores y tratamiento de Jueces y Magistrados y reglas sobre protocolo en actos judiciales.

En el procedimiento para la elaboración de los Reglamentos de desarrollo de la LOPJ por el Consejo, el Proyecto ha tenido en cuenta la exigencia de la Jurisprudencia del TS sobre audiencia de las asociaciones interesadas, obligando a someter los proyectos de Reglamentos a informe de las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados y de las corporaciones profesionales o asociaciones de otra naturaleza que tengan reconocida legalmente representación de intereses a los que puedan afectar. Asimismo, se prevé dar intervención a la Administración del Estado, por medio del Ministerio de Justicia, y a las Comunidades Autónomas siempre que unas y otras tengan competencias relacionadas con el contenido del Reglamento o sea necesario coordinar éstas con las del Consejo General. Se recabarán entonces las consultas y los estudios previos que se consideren pertinentes y un dictamen de legalidad sobre el proyecto. De igual modo, se prevé dar audiencia al Ministerio Fiscal cuando le afecte la materia sobre que verse el proyecto y especialmente en materia de funcionamiento de la Oficina judicial, organización de registros generales y servicios comunes, horario de trabajo, atención al público y publicidad de las actuaciones judiciales, habilitación de días y horas hábiles y constitución de los órganos judiciales fuera de su sede; especialización de órganos judiciales, funcionamiento del servicio de guardia y reparto de asuntos y de ponencias; honores y tratamiento de Jueces y Magistrados y reglas sobre protocolo en actos judiciales.

Los límites que se imponen al ejercicio de la potestad reglamentaria

del Consejo afectan también al Gobierno —que conserva la potestad reglamentaria por antonomasia—, cuando proceda a dictar disposiciones generales sobre materias análogas relacionadas con el estatuto de jueces y magistrados, por lo que el Proyecto LOPJ establece en la nueva redacción de la Disposición Adicional Primera, apartado 2, que «El Gobierno aprobará los reglamentos que exija el desarrollo de la presente Ley Orgánica, salvo cuando la competencia para ello corresponda al Consejo General del Poder Judicial a tenor de lo que dispone el art. 110. Cuando afecten a condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes de los Jueces y Magistrados, estarán sujetos a los mismos límites y condiciones establecidos para el CGPJ».

e) *Atribuciones de informe, propuesta y consulta*

Al igual que en el sistema español, el art. 21 del Reglamento interior del CSM, impone a este órgano la obligación de elevar anualmente al Parlamento una Memoria sobre las actividades del propio Consejo (nombramientos, actividades de las distintas Comisiones, relaciones institucionales, servicio de inspección, etc.), y sobre el estado, funcionamiento y actividades de Juzgados y Tribunales (plantilla de personal, edificios y obras, informatización, relación de asuntos ingresados y resueltos, etc.). Destaca la doctrina italiana la función de dicha Memoria como modalidad de relación del CSM con el Parlamento, con el subsiguiente procedimiento parlamentario para la exigencia de la responsabilidad política que pudiera derivarse⁴⁷. Además, puede recoger las sugerencias que se deriven de los informes de los Presidentes de los Tribunales, cumpliendo de este modo una función mediadora frente al Poder Legislativo, lo que a su vez reforzaría el pretendido papel representativo del Consejo.

La Memoria puede servir de instrumento para el control parlamentario de la actividad del Consejo, aunque en este punto la imprecisión de la normativa italiana es mayor que la del art. 109 de la LOPJ, que establece que dicha Memoria podrá dar lugar a la presentación de mociones, preguntas de obligada contestación por parte del Consejo, y en general a la adopción de cuantas medidas prevean los Reglamentos de las Cámaras.

Por otra parte, el art. 10 pfo. 2 LCSM prevé entre las atribuciones del Consejo, la facultad de «hacer *propuestas* al Ministro de Justicia so-

47. Cfr. BONIFACIO, *op. cit.*, págs. 100 y 101.

bre modificación de las demarcaciones judiciales y sobre todas las materias relativas a la organización y funcionamiento de los servicios de la Administración de Justicia. Dará *informes* al Ministro sobre los proyectos de ley que conciernen a la organización judicial, a la Administración de Justicia, y sobre cualquier otro asunto relacionado con estas materias».

La facultad de propuesta no implica la atribución al CSM de iniciativa legislativa —como derecho que daría lugar al deber de las Cámaras de iniciar el procedimiento legislativo—; la propuesta se hace al Gobierno, quien puede asumirla o rechazarla. En España, actualmente, la LOPJ no prevé esta facultad entre las atribuciones del CGPJ; a diferencia de la anterior LOCGPJ de 10 de enero de 1980, que en su artículo 3 confería al Consejo «facultad de iniciativa o propuesta» en determinadas materias.

Respecto a la competencia de informe, se efectúa sobre «proyectos de ley»; es decir, textos definitivos antes de su elevación al Parlamento. También se observa en este punto otra diferencia significativa con la facultad homóloga prevista en nuestro ordenamiento. El art. 108 LOPJ limita el informe a «anteproyectos de leyes y disposiciones generales». Si bien se debe precisar que el art. 109.3 en la redacción que prevé el Proyecto de LOPJ, establece que «Las Cortes Generales, cuando así lo dispongan los Reglamentos de las Cámaras, podrán solicitar informe al Consejo General del Poder Judicial sobre proyectos, proposiciones de ley o enmiendas que versen sobre materias comprendidas en el apartado primero del artículo anterior. Esta misma regla será de aplicación, en el mismo supuesto, a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas». Según indica la E.M. «con ello, con pleno respeto a la soberanía de las Cámaras y de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, y siguiendo la opinión del órgano de gobierno del Poder Judicial, se permite la apertura de un cauce de solución para aquellos casos en que el informe del Consejo General pueda tener relevancia y no haya sido solicitado o no haya podido serlo por razón del procedimiento legislativo seguido». Por otro lado, el art. 108.1 amplía la competencia informante del Consejo, al comprender en ella los anteproyectos de leyes de las Comunidades Autónomas; y extenderla a las materias de la capitalidad de los partidos judiciales que corresponde determinar a las Comunidades Autónomas, normas que afecten a aspectos jurídico constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales, y leyes penales⁴⁸.

48. Según el Artículo octavo, apartado segundo, del Proyecto, el primer párrafo y las letras a), e) y f) del apartado 1 del artículo 108 quedan redactados de la forma siguiente:

IV. RELACIONES CON EL MINISTERIO DE JUSTICIA

La Constitución italiana, en su Artículo 110, constitucionalizó al Ministerio de Justicia, al disponer que «a salvo las competencias atribuidas al Consejo Superior, corresponde al Ministro de Justicia, la organización y funcionamiento de los servicios de la administración de justicia».

En desarrollo de esta previsión constitucional la LCSM atribuyó al Ministro competencias en materia de administración del Poder Judicial, pero lo hizo de forma excesivamente amplia, reservándole, en el art. 11, un poder general de iniciativa vinculante para el Consejo. Sin embargo, este precepto, que limitaba ostensiblemente la autonomía del Consejo, fue declarado inconstitucional por la Corte en Sentencia de 23 de diciembre de 1963⁴⁹.

En la actualidad las competencias que conserva el Ministro de Justicia en materia de administración del Poder Judicial, pueden resumirse en las siguientes:

a) Facultad de formular peticiones y observaciones al Consejo en las materias indicadas en el número 1 del artículo 10 [«sobre ingreso en la Magistratura, destinos, traslados y promociones de los Magistrados, así como sobre cualquier otra decisión relativa a la situación de éstos»]. El Ministro podrá además intervenir en las reuniones del CSM, a petición del Presidente, o cuando lo estime oportuno, si bien, no podrá estar presente en las deliberaciones del Consejo (art. 16 LCSM).

b) Intervención en el nombramiento de Magistrados para cargos directivos. Como se indicó anteriormente, estas decisiones, aunque son competencia del Consejo, se adoptan previo acuerdo o concierto con el Ministro, cuyo parecer es preceptivo pero no vinculante (art. 11.3 LCSM).

c) Facultad de promover el ejercicio de la acción disciplinaria

1. El Consejo General del Poder Judicial deberá informar los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente a alguna de las siguientes materias:

a) Determinación y modificación de demarcaciones judiciales y de su capitalidad en los términos del art. 35 de esta ley.

e) Normas procesales o que afecten a aspectos jurídico constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento, y gobierno de los Juzgados y Tribunales.

f) Leyes penales y normas sobre régimen penitenciario».

49. Sent. 21-12-1963, n.º 188, *Giur. Cost.*, 1968, pág. 1.644.

frente a Jueces y Magistrados, mediante solicitud dirigida al Fiscal General de la Corte de Casación (art. 14.1 LCSM).

d) Dirección del servicio de Inspección General (art. 8 LCSM); y facultad de pedir a los Presidentes de los Tribunales información sobre el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, «pudiendo hacer al respecto las comunicaciones que estime oportunas» (art. 14.2 LCSM)⁵⁰.

e) Refrendo de las resoluciones del Consejo. El art. 17 de la LCSM establece con carácter general que «Todos los acuerdos relativos a los Magistrados serán adoptados de conformidad con las resoluciones del Consejo Superior»⁵¹, por decreto del Presidente de la República con el refrendo del Ministerio; o, en los casos establecidos en la ley, mediante decreto del Ministro de Justicia».

Por último indicar que la interferencia del Ministro de Justicia en las funciones del Consejo se ha incrementado significativamente a partir de 1980⁵², con el argumento de que el Ministro, a diferencia del Consejo, está sujeto a responsabilidad política ante el Parlamento, y es directamente responsable de las disfunciones en la Administración de Justicia. Frente a esta orientación se ha alzado el propio Consejo, rechazando cualquier forma de diarquía en la administración de la jurisdicción. En su Memoria al Parlamento de 1990 se afirma que, «de conformidad al diseño constitucional, pertenecen al Consejo Superior todas las funciones atinentes a la administración de los órganos jurisdiccionales y a la ges-

50. Vid. supra nota 37. Las inspecciones se realizan cada tres años, en todos los órganos jurisdiccionales. No obstante, la ley de 6 de octubre de 1988, que modificó el artículo 7.3 de la ley reguladora del servicio de Inspección General, de 12 de agosto de 1962, ha contemplado la posibilidad de efectuar inspecciones periódicas a fin de comprobar la productividad de algún órgano en particular.

51. El Consejo de Estado ha insistido que el acuerdo o resolución del Consejo no es un mero acto preparatorio sino un acto presupuesto del sucesivo acto administrativo (decreto) que debe limitarse a aceptarlo en cuanto debido, sin poder interferir mínimamente en su contenido (Consejo de Estado, sección IV, 14 septiembre 1984, n.º 682, *Giur. It.*, 1985, III, 1, pág. 166); siendo ilegítimo el silencio negativo por parte del Ministerio (Consejo de Estado, sección IV, 9 noviembre 1976, n.º 1.041, *Giur. It.*, 1976, I, pág. 118). Este requisito de forma podría tener su justificación en la exigencia de que las resoluciones del Consejo, de naturaleza administrativa y como tales susceptibles de ser impugnadas en vía contencioso-administrativa, asuman propiamente la forma prescrita para las resoluciones de esta naturaleza.

52. En este sentido CARBONE, «La Magistratura», cit., pág. 109, quien señala que «inmediatamente después de la creación del CSM —en 1958— se observó en Italia un decreciente papel del Ministerio de Justicia en la función de administrar el Poder Judicial. Pero a partir de los años 80 esta situación ha cambiado y el Gobierno ha tratado constantemente de asumir mayores competencias en la materia».

tión del personal de la Magistratura»⁵³. Y en esta línea también estima la doctrina que «una imprescindible exigencia de transferir al Consejo todos los residuos de poder concernientes a la Magistratura, que todavía están en manos del Ministerio de Justicia. Aunque, lo cierto es que se aleja cada vez más la idea de creación de una nueva ley de organización judicial que actúe la disposición transitoria VII de la Constitución⁵⁴, (...) que debería dar reconocimiento al diseño constitucional de Poder Judicial, confiriéndole una autonomía que encuentre su fundamento, no en la legitimación política sino en la legitimación profesional, conectada a la función de justicia que postula como preminente y caracterizante, la interpretación y aplicación de la ley»⁵⁵.

LOS DOCUMENTOS OTORGADOS EN EL EXTRANJERO COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

M.^a DOLORES ADAM MUÑOZ

Prof. Titular Interina de Derecho Internacional Privado
Facultad de Derecho. Universidad de Córdoba

SUMARIO:

I. Concepto de documento y de prueba documental. — II. Clasificación de documentos. — III. Documentos otorgados en el extranjero. — IV. Requisitos que han de observar los documentos otorgados en el extranjero para que gocen de eficacia en el proceso español: 1. Que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes de España; 2. Que los otorgantes tengan aptitud o capacidad legal para obligarse con arreglo a las leyes de su país; 3. Que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los documentos; 4. Que el documento contenga la legalización y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España; 5. Que el documento esté traducido al castellano. — V. Calificación de los documentos otorgados en el extranjero. — VI. Momento oportuno para aportar al proceso español un documento otorgado en el extranjero como medio probatorio.

53. Consiglio Superiore della Magistratura, Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia, 1986-1990, pág. 178.

54. Esta disposición establece que «Mientras no sea promulgada la nueva ley sobre ordenamiento judicial conforme a la Constitución, continuarán observándose las normas del ordenamiento vigente». Aunque desde 1947, año de aprobación de la Constitución, han sido varios los proyectos de ley preparados para dar cumplimiento a lo dispuesto en esta disposición transitoria, ninguno ha llegado a ser promulgado, por lo que continúa vigente el Ordenamiento judicial de 1941.

55. Vid. E. GALLO, «II CSM nella legge istitutiva nella Costituzione e nelle prospettive di riforma», Comunicación al *Convenio de Parma de 1984*, pág. 22.

I. CONCEPTO DE DOCUMENTO Y DE PRUEBA DOCUMENTAL

La doctrina procesalista no es unánime en cuanto al concepto de documento se refiere; por un lado, los partidarios de una tesis estricta, entre los que se encuentra CORTÉS DOMÍNGUEZ, mantienen que desde el punto de vista procesal y, más concretamente desde el punto de vista de la prueba, documento es sólo y exclusivamente «la representación de un pensamiento escrito en papel», cualquier otra manifestación de pensamiento escrita en materia distinta del papel no puede ser objeto de la prueba por documentos, no tiene la eficacia jurídica de la prueba documental¹. Junto a esta tesis se sitúa otra corriente doctrinal, entre los que destacan PRIETO CASTRO, la cual entiende que documento en sentido estricto es «el objeto o materia donde consta, por medio de escritura ordinaria, (Manuscrita o tipográfica), en cualquiera de los idiomas españoles o extranjeros, modernos o antiguos o por otro tipo de escritura, como es la estenografía, una declaración de voluntad o de conocimiento o cualquiera expresión de pensamientos»². En esta línea, esta corriente doctrinal admite que el material del documento puede ser papel ordinario, pergamino, madera, bronce, plomo, etc. Ahora bien, existen otros objetos o materias con contenido probatorio procesal que no se pueden incluir entre ninguno de los medios de prueba señalados por la ley (artículo 578 de la L.E.C.), y se ha convenido en incluirlos, por razón de analogía, dentro del término «documentos». De este modo, dentro del ámbito del Derecho procesal, existe la llamada «teoría de la representación»³ la cual mantiene, que documento es también cualquier objeto o materia que presente o dé a entender algo de interés probatorio, no escrito (planos, croquis, proyectos, dibujos, etc.), o que sirva para representar un estado jurídico reconocido por la ley (hitos o mojones), o que pueda ser perceptible por la vista o el oído mediante el uso de medios técnicos adecuados (cintas de vídeo, casete, discos de ordenador, fotografías, etc.); sin embargo, no todos estos medios de prueba se pueden someter al procedimiento probatorio propio de los documentos, debiéndose de acudir al

1. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal*. T. I. Parte general. Proceso Civil (1). Obra colectiva. Valencia 1988, págs. 401 y ss.

2. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho procesal civil*. Pamplona 1982, págs. 706 y ss.

3. Todo documento contiene una manifestación del pensamiento, sin embargo, ésta no es la nota esencial del documento, sino que, para que podamos hablar de documento, éste ha de representar además un hecho. Vid. CARNELUTTI, F., *La prueba civil*. Buenos Aires, 1982. Segunda Ed., págs. 160 y 161. Entre nosotros Vid. PLAZA, M., *Derecho procesal civil*, T. I, pág. 534, el cual se adhiere a la teoría de la representación.

procedimiento probatorio establecido para el reconocimiento judicial, sólo o junto con el examen pericial⁴.

De este modo, podemos afirmar, con RAMOS MENDEZ, que los elementos que componen la noción de documento en un sentido amplio son los siguientes: en primer lugar, el sujeto autor del documento, en segundo lugar, la materia que puede servir de soporte físico al documento, y, por último, el contenido, precisamente, el documento es útil como medio de prueba en cuanto que permite a cualquier persona ajena a su autor enterarse del hecho que recoge⁵.

No obstante y, según afirma GUASP DELGADO, el hecho de que se defina procesalmente el documento como cualquier objeto con función probatoria que pueda ser llevado a la presencia del juez, quiere decir que la nota distintiva de lo documental no se halla meramente en su estructura ni en su función, sino en el tratamiento procesal, que, fundándose en la movilidad o inmovilidad de la cosa, da la ley al objeto en cuestión; a tenor de este tratamiento, el documento es, pura y simplemente, cualquier objeto mueble que dentro del proceso puede ser utilizado como prueba. La confirmación de esta doctrina, se encuentra en el análisis de la prueba llamada de reconocimiento judicial⁶.

Una vez que hemos dejado bien sentado las distintas afecciones que puede tener el vocablo documento y, en concreto, las diferentes signifi-

4. En este sentido, GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II, Madrid 1947, págs. 528 y 529, señala que la teoría de la representación valdría, en todo caso, para el ámbito exterior al proceso mismo; explicaría la esencia del documento como prueba material, no como prueba procesal y ello porque «lo que individualiza a la índole representativa de los documentos, dentro de los restantes reflejos que son todas las pruebas, es su intencionalidad, es decir; el hecho de que voluntariamente y desde su origen están destinados a dicha función reproductiva y nacen para ella: los documentos serían no tanto objetos que representan, sino objetos destinados a representar y que alcanzan su significación esencial en tal representación; así, el documento se diferenciaría de cualquier otra pieza de convicción en que aunque uno y otro reproducen (reflejan) el dato a probar, el primero lo hace por esencia y la segunda por accidente: el primero está destinado a tal tarea, la segunda no. Más esto sería sólo cierto respecto al mundo extraprocesal, no del mundo del proceso. Porque dentro del proceso todos los objetos que se utilizan como medio de prueba tienen una misma significación y un mismo destino: mediante la relación más o menos estrecha que los une con el tema de prueba, tratan de provocar una cierta convicción del órgano jurisdiccional».

5. RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*. Barcelona 1985, págs. 541 y ss. En este mismo sentido, GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág. 530, señala que los elementos que integran la noción de prueba documental son fundamentalmente tres: el sujeto, el objeto y la modificación de la realidad o acacimiento que la existencia de todo documento lleva consigo.

6. GUASP DELGADO, J., *La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales*.

caciones de que goza la prueba documental, nos vamos a referir en nuestro estudio al sentido estricto, tanto de documento, como de prueba documental, entendiendo por tal el instrumento por el cual se expresa por escrito un pensamiento en un papel y del cual se valen las partes para hacer posible la apreciación judicial del objeto de la prueba; es decir, de las alegaciones vertidas por las mismas.

II. CLASIFICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS

Los documentos han sido objeto de distintas clasificaciones, las cuales obedecen a diferentes criterios: así, atendiendo al funcionario que autoriza el documento, podemos distinguir entre documentos judiciales, notariales y administrativos. En relación con una determinada cualidad del sujeto que autoriza el documento, los documentos se dividen en auténticos, indubitados, legítimos y legalizados. Atendiendo a su contenido, se habla de documentos constitutivos y testimoniales y, dependiendo del lugar de su otorgamiento, podemos distinguir entre documentos otorgados en España y documentos otorgados en el extranjero. Sin embargo, la clasificación más importante que se ha realizado de los documentos es la que se basa en los sujetos que intervienen en su producción, distinguiéndose los documentos públicos de los documentos privados.

1. Documentos públicos

Según establece el Código Civil en su artículo 1.216 es aquel «*autorizado por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley*». En tal sentido, la L.E.C. en sus artículos 596 a 601, enumera qué documentos se encuentran en este caso y los requisitos que han de reunir para que gocen de eficacia en juicio. En tal sentido, el artículo 596 de la L.E.C. señala que son documentos públicos y solemnes los siguientes:

- 1.º) Las escrituras públicas otorgadas con arreglo a derecho.
- 2.º) Las certificaciones expedidas por los agentes de bolsa y corredores de comercio, con las solemnidades que prescribe el Código de Comercio y las leyes especiales.
- 3.º) Los documentos expedidos por los funcionarios públicos que estén autorizados para ello, en lo que refiera al ejercicio de sus funciones.

4.º) Los libros de actas, estatutos, ordenanzas catastros y demás documentos que se hallen en archivos públicos o dependientes del estado y las copias sacadas por los archiveros y secretarios por mandato de la autoridad competente.

5.º) Las ordenanzas, estatutos y reglamentos de sociedades, comunidades, o asociaciones, siempre que estuvieren aprobados por autoridad pública, y las copias autorizadas.

6.º) Las partidas o certificaciones de nacimiento, de matrimonio y de defunción dadas con arreglo a los libros por los párrocos o por los que tengan a su cargo el Registro Civil.

7.º) Las ejecutorias y las actuaciones judiciales de toda especie.

De la casuística señalada en el artículo 596 de la L.E.C. PRIETO-CASTRO⁷ realiza una clasificación de los documentos públicos la cual los divide en:

- 1.º) Documentos públicos referentes al tráfico civil.
- 2.º) Documentos judiciales, incluyendo todos los de jurisdicción voluntaria encomendada a los tribunales y
- 3.º) Documentos administrativos.

2. Documentos privados

No existe definición de los mismos en ningún texto normativo, pero podemos entender por tales, a la luz de las disposiciones a ellos referidas, aquellos documentos redactados, producidos o suscritos por personas privadas. Dentro de los mismos podemos incluir la correspondencia (artículo 602 y 604 de la L.E.C.) y los libros de los comerciantes (artículo 605 de la L.E.C.).

III. DOCUMENTOS OTORGADOS EN EL EXTRANJERO

El artículo 600 de la L.E.C. se refiere al valor en juicio del que gozarán los documentos otorgados en el extranjero, condicionándolo al cumplimiento de ciertos requisitos. En relación con este precepto, la doctrina coincide al afirmar que su redacción es demasiado concisa y poco

7. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho procesal civil, ob. cit.*, pág. 78.

técnica⁸, ya que, en lugar de hacer mención de los documentos «*otorgados en otras naciones*» y documentos «*autorizados en España*», debía de haber establecido, los documentos «*autorizados por autoridades de otras naciones*» y los documentos «*autorizados por autoridades españolas*», ya que, como muy acertadamente señala, MANRESA NAVARRO⁹, no es documento extranjero el que se produce fuera de España, pero ante autoridades o funcionarios consulares españoles y, por el contrario, no es documento español el que se efectúa en España ante autoridades consulares de otras naciones.

De este modo, el artículo 21 del Reglamento de la Carrera Consular de 27 de abril de 1990, señala que «*Los cónsules son agentes administrativos comerciales de la nación; tienen además atribuciones judiciales y notariales, y están encargados del Registro Civil. En el desempeño de sus cargos deben cumplir lo dispuesto por los tratados y por las leyes y reglamentos españoles, ateniéndose también a los principios de Derecho Internacional y a los usos establecidos en el país en que residan*»¹⁰. En este mismo sentido, el artículo 11 número 3 del Código Civil señala que «*Será de aplicación la ley española a los contratos, testamentos y demás actos jurídicos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero*»¹¹. A sensu contrario, los cónsules de otras

naciones acreditados en España, pueden ejercer la misma fe pública que los cónsules españoles en el extranjero, si bien, en sus funciones notariales se ajustarán a las leyes del Estado al que pertenezcan¹². De este modo, los documentos autorizados por cónsules españoles en el extranjero han de ser considerados como si se hubieran otorgado en España ante notario y, los otorgados por cónsules extranjeros acreditados en España como si se hubieran otorgado en otras naciones y, por lo tanto, han de estar sujetos a lo dispuesto en el artículo 600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A la luz de esta identificación de los documentos y, para evitar equívocos, cuando nos refiramos a documentos otorgados en el extranjero, los vamos a identificar con los documentos autorizados u otorgados por autoridades extranjeras y también a aquellos suscritos de forma privada por las partes en territorio extranjero.

pág. 289. Esta norma, en opinión de MIJADA DE LA MUELA, A.A., *Derecho Internacional Privado. Parte especial*. Novena Ed. Madrid 1982, pág. 258, no parece que pueda bilateralizarse y que se aplique la ley extranjera a los actos que autoricen los diplomáticos y cónsules extranjeros en España, salvo que así se desprenda de los tratados celebrados entre España y los Estados respectivos, si bien, cabe pensar que el propósito del legislador, expresado en la Exposición de Motivos del nuevo título Preliminar sobre la bilateralidad de las reglas conflictuales, permita a la futura jurisprudencia una mayor amplitud en este sentido.

12. Así, el Convenio consular celebrado entre España y Francia el 7 de enero de 1862, señala que los cónsules generales, los vicecónsules o agentes consulares de los dos países, o sus cancilleres, podrán recibir en sus cancillerías, en el domicilio de las partes y a bordo de buques de su nación declaraciones a súbditos de la misma; autorizar como notarios los testamentos que éstos otorguen, y todos los demás actos notariales, aunque tengan por objeto la constitución de hipotecas o envuelvan obligaciones personales entre sus compatriotas y otras personas del país en que residan, como también todos aquellos contratos que, aún siendo de interés exclusivo para los naturales del territorio en el que se celebren, se refieran a bienes situados o a negocios que deban tratarse en la nación a que pertenezca el Consulado ante el cual se formalicen dichos actos; y que los testimonios o legalizaciones de los mismos, legalizados por dichos agentes y sellados en su sello oficial, harán fe en juicio y fuera de él en los Estados de una y otra nación y tendrán la misma fuerza y valor que si hubieren otorgado ante notario, con tal de que estos actos se hayan extendido en la forma requerida por las leyes del Estado a que pertenezcan los cónsules o vicecónsules, y hallan sido después sometidos al sello, registro o cualquiera otras formalidades que rijan en el país en que aquel acto deba ponerse en ejecución.

Asimismo, el Convenio multilateral de Viena de 24 de abril de 1963 sobre Relaciones consulares, ratificado por España el 3 de febrero de 1970 (B.O.E. 6 de marzo), afirma en su artículo 5 que «*Las funciones consulares consistirán en... f) actuar en calidad de notario, en la de funcionario del registro Civil y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor*».

8. GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág. 573.

9. MANRESA NAVARRO, J.M., *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., págs. 457 y ss.

10. Las atribuciones específicas a que se refiere el precepto transcrito se hallan contempladas en los artículos 27 a 30 del citado Reglamento. Asimismo, el artículo 50 del Reglamento del Registro Civil, señala que habrá un Registro para cada demarcación consular. En tal sentido, vid. la Orden de 14 de marzo de 1950 sobre inscripción de actos ocurridos en países en los que no haya representación española (B.O.E. de 27 de marzo, n.º 87). Vid. Anexo III del Reglamento Notarial por el que se atribuyen funciones notariales a los cónsules, los cuales pueden autorizar toda clase de documentos públicos, practicar legalización de firmas, otorgar certificados de ley, verificar traducciones o expedir testimonios.

11. Antes de la Reforma del Título Preliminar del Código Civil llevada a cabo en 1974, el artículo 11 disponía en su párrafo primero que «*Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes del país en que se otorguen. Cuando los actos referidos sean autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes españolas*». Actualmente el párrafo 3 del artículo 11 del Código Civil consagra también la regla «*auctor regit actum*» de modo que prescribe la aplicación de la ley española a las formalidades de constitución de los actos en los que intervengan funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero. Vid. ESPINAR VICENTE, J.M., «*La forma de los actos y negocios jurídicos*». Obra colectiva, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*. Oviedo, 1989, Vol. II,

IV. REQUISITOS QUE HAN DE OBSERVAR LOS DOCUMENTOS OTORGADOS EN EL EXTRANJERO PARA QUE GOCEN DE EFICACIA EN EL PROCESO ESPAÑOL

A tenor del artículo 600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los requisitos que han de cumplir los documentos extranjeros para que gocen de eficacia en el proceso español son los siguientes:

- 1.— Que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes de España.
- 2.— Que los otorgantes tengan aptitud o capacidad legal para obligarse con arreglo a las leyes de su país.
- 3.— Que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos.
- 4.— Que el documento contenga la legalización y los demás requisitos necesarios para la autenticidad en España¹³.

En relación con los requisitos mencionados, la doctrina se ha pronunciado de forma unánime y coincide al afirmar que el precepto mezcla dos aspectos distintos, referidos, el primero de ellos al valor jurídico material y el segundo al valor jurídico procesal del documento¹⁴. En efecto, como señala GUASP, no se puede negar que un documento cuyo autor carezca de capacidad o que trata de una materia ilícita o que no cumple las formalidades exigidas, no es que no pruebe procesalmente, es decir, no convenza al juez de su contenido, sino que no tiene eficacia suficiente para influir en el ámbito jurídico material por falta de un presupuesto de ese carácter. De este modo, cuando el artículo 600 dice que los documentos extranjeros «tendrán el mismo valor en juicio que los autorizados en España si reúnen los requisitos siguientes», está pensando en rea-

lidad, no en su valor como prueba, sino en su valor para el fondo de la decisión¹⁵.

Dada la diversidad de estos requisitos, resulta conveniente que nos detengamos en el análisis de cada uno de ellos por separado.

1. *Que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes de España*

Respecto de este primer requisito, es decir, en relación con la materia objeto del acto o contrato, podemos señalar que el precepto nos conduce directamente, para comprobar su ilicitud o no con arreglo al Ordenamiento Jurídico español, a la aplicación de la excepción del orden público¹⁶ de modo que, la misma actuará como límite a la aplicación de la ley extranjera que posibilite la celebración de un acto o contrato sobre una determinada materia prohibida por las leyes españolas o que carezca de licitud con arreglo a las mismas¹⁷.

15. GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág. 573.

16. Según la doctrina mayoritaria, la noción de orden público aparece como algo enigmático y problemático, incluso se nos presenta como algo imposible de definir si tratamos de establecer un concepto rígido. AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho Internacional privado*. Vol. I. T. II parte II. Madrid 1979. Reimpresión de la tercera Ed. págs. 197 y ss. Sin embargo, podemos intentar acercarnos a su concepción concluyendo con CARRILLO SALCEDO, J.A., *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*. Tercera Ed. Madrid 1985, págs. 242-243, que el orden público es ante todo «una excepción a la aplicación del derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto para regular una situación o relación extranacional y, en este sentido, el orden público representa un modo de asegurar la preeminencia del punto de vista nacional en la concurrencia de ordenamientos, un cauce mediante el que el derecho del foro impone sus propios conceptos frente a los del derecho extranjero, sus valoraciones de justicia material frente a los de mejor localización de un supuesto de tráfico externo expresadas en las reglas de conflicto».

17. Vid. MANZINI, F., «Rapport à l'Institut de Droit International». J. Clunet de Dr. Int. 1874, págs. 295 y ss. El autor entendía que dentro del orden público se podían incluir de una forma más amplia «El respeto de los principios superiores de la moral humana y social tal y como son entendidos y profesados en aquel país, las buenas costumbres, los derechos primitivos inherentes a la naturaleza humana y las libertades a las cuales ni las instituciones positivas, ni ningún gobierno, ni los actos de la voluntad humana podrían aportar derogaciones válidas y obligatorias para estos estados. Si las leyes positivas de un Estado, una sentencia extranjera o los actos o contratos realizados en el extranjero violan estos principios o estos derechos, cada soberanía, lejos de aceptar estos ultrajes a la naturaleza y a la moralidad humana, puede a justo título recusarles todo efecto y toda ejecución en su territorio». Esta teoría sobre el orden público fue posteriormente completada y limitada por F.C.V. SAVIGNY. Vid. AGUILAR NAVARRO, M.,

13. En tal sentido, el artículo 4 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Hipotecaria (B.O.E. de 29 de mayo de 1946), señala que «También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo 2 otorgados en país extranjero que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes, y a las ejecutorias pronunciadas por los tribunales extranjeros a que deba darse cumplimiento en España, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 951 a 958)».

14. MANRESA NAVARRO, J.M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., págs. 460 y ss. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Obra colectiva, Derecho procesal. Proceso Civil*. T. I, Vol. I, 6.ª Ed. Valencia 1992, págs. 439 y 440. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Madrid 1991, págs. 581 y ss.

Actualmente la excepción del orden público en el Derecho español se regula en el artículo 12.3 del Código Civil, estableciendo tal precepto que «*En ningún caso será de aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*». Esta norma únicamente se refiere a la ley extranjera como contraria al orden público y deja al margen los actos, resoluciones y decisiones no nacionales opuestas a esta excepción. Quizá sea esta la causa por la que la doctrina, cuando analiza el orden público, lo hace siempre fundamentalmente con base en la norma extranjera y deja a un lado otros actos y decisiones extranjeras que también resulten contrarias a esta excepción¹⁸.

Este tema se contempla en el antiguo artículo 11.3 del Código Civil, el cual señalaba que «*No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tiene por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero*». Las críticas doctrinales realizadas a esta norma motivaron su desaparición¹⁹ y, actualmente las sentencias y actos extranjeros que son o que pueden ser considerados como contrarios al orden público del foro, tiene su sede de estudio en el Derecho Procesal Internacional o se contemplan en los tratados o Convenios Internacionales sobre ejecución de sentencias extranjeras.

En relación con los efectos de la excepción del orden público, observamos que, en cuanto a los actos otorgados en el extranjero, no se da de forma automática el efecto negativo y el positivo, es decir, el efecto negativo, o exclusión de la aplicación de la norma extranjera, no tiene como consecuencia el efecto positivo, o aplicación de una norma del

Derecho Internacional privado, ob. cit., págs. 202 y ss. Del mismo autor «*El orden público en el Derecho Internacional Privado*». REDI 1967, Vol. XX, págs. 33 y ss. MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho Internacional Privado*. T. I. Octava Ed. Reimpresión. Madrid 1982, págs. 383 y ss. RUBIOLA SANTANA, E., «*Sobre el concepto y delimitación del orden público en el sistema de Derecho Internacional Privado*», RGLJ, T. LXVIII, 1974, págs. 655 y ss.

18. CARRILLO SALCEDO, J.A., «*Comentario al artículo 12.3 del Código Civil*», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales dirigidas por Albaladejo*. Jaén 1978, T. I, pág. 545. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Tráfico jurídico externo y sistema del Derecho Internacional Privado*. Oviedo 1985, Segunda Ed. revisada, págs. 242 y ss.

19. CORRIENTE CORDOBA, J.A., «*La excepción de orden público en el Derecho Internacional Privado español*», A.D.I., 1975, págs. 135 y ss. AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., págs. 227 y ss. Del mismo autor «*El orden público en el Derecho Internacional Privado*», ob. cit., págs. 73 y ss.

foro²⁰, sino que, si el intérprete jurídico rechaza un documento otorgado en el extranjero porque su contenido es contrario al orden público del foro, no aplicará en su lugar la normativa española en la materia, sino que lo que sucederá es que no admitirá la validez del acto representado al exterior por medio del documento. De ello se deduce que este primer requisito contenido en el artículo 600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es presupuesto de aceptación del documento como medio de prueba, sino que constituye un presupuesto de la eficacia de la celebración de este acto en nuestro Ordenamiento Jurídico y, como consecuencia una condición que afecta al fondo de la cuestión²¹.

2. *Que los otorgantes tengan aptitud o capacidad legal para obligarse con arreglo a las leyes de su país*

En cuanto a este requisito, será la ley nacional de los otorgantes, de acuerdo con el artículo 9.1 del Código Civil, la que nos indicará si los mismos gozan de capacidad legal para otorgar el acto²², a salvo, claro

20. Según NIBOYET, la excepción del orden público siempre produce un efecto negativo, la eliminación de la ley extranjera que rige la institución. A su lado puede existir, aunque no se de siempre, un efecto positivo, la aplicación de la ley material del foro en sustitución de la extranjera inaplicable. Vid. *Traité de Droit International Privé français*. T. III, París 1944, págs. 551 y ss. En relación con esta teoría, MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho Internacional Privado. Introducción y parte general*. Octava Ed. reimpresión, págs. 398 y ss., entiende que lo normal es que en sustitución del derecho extranjero de contenido intolerable para el foro, se aplique la ley de éste; es decir, que el orden público produzca los dos efectos, el negativo y el positivo. Junto a esta opinión se alzan otras posturas más radicales, como la vertida por CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Internacional Privado*. Vol. I. Tema VI. UNED. Madrid 1992, pág. 152, el cual mantiene que el efecto positivo y el negativo del orden público se mantiene siempre (sic), ya que, aunque la ley extranjera sea descartada es necesario que el juez de una solución al caso litigioso, so pena de incurrir en una denegación de justicia, para ello debe de ampararse en alguna ley que no puede ser otra que la del foro.

21. Como pone de manifiesto, F. RIGAU, *Derecho Internacional Privado. Parte general*. Trad. A. Borrás, págs. 376 y ss. Los lazos entre el proceso y el orden público son muy estrechos, ya que, a lo largo del proceso y en todos los grados de la jurisdicción es cuando el orden público cobra una mayor eficacia; sin embargo, a veces en el proceso civil, el juez tiene una mayor dificultad para hacer valer el orden público sin violar el principio dispositivo, ya que, las partes, de mutuo acuerdo, pueden estar interesadas en ocultar al juez aspectos de su situación que afectan al orden público, con lo cual al juzgador no le será fácil detectar esta situación a no ser que una de las partes tenga interés en ponerla de manifiesto.

22. En este sentido resulta, cuanto menos curioso, que el antecedente más remoto que se ha querido ver en España, en cuanto a la ley nacional, como ley rectora del estatus personal, y, por lo tanto, de la capacidad, el cual, en el sentir de la doctrina mayo-

está de aquellas personas que carezcan de nacionalidad, o la tengan indeterminada, en cuyo caso se estará a lo previsto en el artículo 9.9 y 9.10 del Código Civil.

La exigencia de la concurrencia de este segundo requisito nuevamente nos sitúa ante una cuestión de la validez intrínseca del acto que se contiene en el documento otorgado en el extranjero y que se presenta en el proceso español como medio de prueba, ya que si la persona que realizó el acto no tenía capacidad para llevarlo a cabo, no quiere decir que el documento crezca de fuerza probatoria, sino que, lo que en realidad nos está indicando es su invalidez por falta de capacidad de la persona que otorgó el acto, lo cual, lógicamente afecta al fondo de la cuestión; por este motivo, la falta de capacidad deberá ser apreciada por el juzgador en el momento de dictar la sentencia y no en el momento de admitir el documento otorgado en el extranjero como medio probatorio.

Es en este momento en el que el juzgador deberá apreciar si la falta de capacidad invalida el acto, o por el contrario, esta ausencia se puede obviar por medio de otros mecanismos utilizados en el ámbito del Derecho Internacional Privado, como la excepción del interés nacional²³. Esta institución se recoge en nuestro Ordenamiento Jurídico en el artículo 10.8 del Código Civil, estableciendo que «*serán válidos a efectos del Ordenamiento Jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz, según su ley nacional, si la causa de incapacidad no estuviese reconocida en la legislación española. Esta regla no se aplicará a los contratos relativos a inmuebles situados en el ex-*

tranjero»²⁴. Este precepto recoge únicamente el supuesto de que el contrato se haya celebrado en España, por lo tanto, lo más factible es que el documento también se haya otorgado en territorio español, lo cual nos sitúa fuera del ámbito de la materia de nuestro estudio, a no ser que el acto o contrato se haya realizado en España por extranjero o extranjeros ante la autoridad consular de su nación o de sus naciones, situaciones que sí entrarían a formar parte de la materia objeto de nuestro análisis; no obstante, esta norma de conflicto unilateral contempla únicamente el supuesto de extranjeros que contraten en España, pero no el de españoles que contraten en el extranjero o el de extranjeros que contraten con extranjeros fuera de España, de modo que la doctrina del interés nacional, según nuestro Ordenamiento Jurídico, goza de aplicación en función del lugar donde se han celebrado el acto o contrato; es decir, el territorio español, y no resulta de aplicación en cuanto que suponga un beneficio para el individuo en atención a razones de nacionalidad, ya que, se aplica tanto a españoles como a extranjeros que contraten en España. Llegados a este punto hemos de cuestionarnos si el intérprete jurídico bilateralizaría el artículo 10.8 del Código Civil y declararía el contrato válido si los contratantes, ya sean españoles o extranjeros, gozan de capacidad para celebrarlo con arreglo a la ley del lugar de celebración del contrato.

En relación con esta cuestión aún nuestra jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse, lo deseable según CALVO CARAVACA, sería que, aún cuando por imperativo del artículo 9.1 del Código Civil no se aplicase a los españoles incapaces, según la ley española, pero capaces, conforme a la ley del lugar de celebración del contrato (bilateralización *ratione personae*), si que cubriese las incapacidades de los extranjeros en el extranjero (bilateralización *ratione loci*)²⁵. De este modo y aún cuando la jurisprudencia realizara esta bilateralización, seguiría distanciada de las soluciones más progresistas en la materia que llegan a admitir la bilateralización frente a los propios nacionales²⁶, como así lo establece el

24. Este precepto ha sido criticado por la doctrina, entre otras causas, porque al ser establecida la intervención de la ley local sin ningún tipo de restricción, apenas la relativa a los contratos onerosos sobre bienes inmuebles sitos en el extranjero, el artículo 10.8 se desorbita en favor de los intereses del comercio; mientras que los incapaces españoles quedan amparados por la acción de nulidad contenida en el artículo 1.301 del Código Civil. ORTIZ ARCE, A., «Comentario al artículo 10.8 del Código Civil» en Comentarios a las reformas del Código Civil El nuevo Título Preliminar..., ob., cit., págs. 540 y ss.

25. CALVO CARAVACA, A.L., «Comentario al artículo 10.8 del Código Civil» en Comentarios del Código Civil. Ministerio de Justicia. T. I. Madrid 1991, págs. 126-127.

26. Sobre la regulación de esta institución en la legislación comparada, Vid. CALVO CARAVACA, A.L., «La doctrina del interés nacional». A.D.C. 1981, págs. 85-107.

ritaria, se encuentra consagrado en el artículo 9.1 del Código Civil, Vid. MARIN LÓPEZ, A., «Comentarios al artículo 9.1 del Código Civil», en Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar y la Ley de 2 de mayo de 1975. Madrid 1977, Vol. I, págs. 427 y ss., sea el Real Decreto de Extranjería de 17 de noviembre de 1852, en el que se determinaban las condiciones de validez en España de los actos y contratos celebrados en el extranjero, señalando que los contratos serán válidos *inter alia* cuando concorra la circunstancia de que los otorgantes «*tengan aptitud y capacidad legal para obligarse con arreglo a las leyes de su país*».

23. Sobre la doctrina del interés nacional Vid. entre otros, BATIFFOL, H., *La capacité civile des étrangers en France. Influence de la loi française*. Paris 1929, pág. 322. LASALA LLANAS, M., *La capacidad contractual del extranjero en el nuevo Código Civil italiano y en el Derecho Español*. En Universidad 1943, págs. 35-48. FRANCESKAKIS, PH., «Capacité» en Répertoire de Droit international. Enc. Jur. Dalloz, I, 1968, págs. 251-256. REMIRO BROTONS, A., «Artículo 10.8 del Código civil» en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales I, Madrid 1978, págs. 346-359. SURVILLE, F., «De la validité des contrats passés en France par un étranger incapable d'après sa loi nationale mais capable d'après la loi française». Jour. Clunet 1909, págs. 625-640. VITTA, E., «L'art. 17 comma 2 disp. prel.» en Scritti in memoria di A. Giuffrè, IV, Milán 1967, págs. 909-917.

artículo 11 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980²⁷, o como nuestra propia legislación establece en diversos sectores de nuestro ordenamiento como en el Derecho Cambiario, ya que, la Ley 19/1985 de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, establece en sus artículos 98 y 166 que la excepción del interés nacional es aplicable a la capacidad del obligado, tanto si la obligación cambiaria ha surgido en España, como fuera de ella y, tanto si se trata de un español, como de un extranjero²⁸.

3. *Que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos*

En relación con este tercer requisito, es decir, en cuanto a la forma de los actos, hemos de acudir a lo establecido en el artículo 11 del Código Civil, el cual señala la ley aplicable a los actos, contratos y testamentos otorgados en el extranjero, estableciendo esta norma de conflicto una serie de conexiones dispuestas en un orden alternativo²⁹, de modo que, el acto será válido si se adecua a cualquiera de las posibilidades consignadas en este precepto³⁰. El artículo 600 de la L.E.C., al ser su

27. El artículo 11 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980 establece en su artículo 11 que «En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país, sólo podrán invocar su incapacidad resultante de otra ley si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de imprudencia por su parte».

28. El artículo 98.2 de la Ley 19/1985 de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, establece que «La persona incapaz, según la ley indicada en el párrafo anterior (Ley nacional), quedará sin embargo, válidamente obligada si hubiere firmado en el territorio de un país conforme a cuya legislación esa persona habría sido capaz de obligarse cambiariamente».

29. PÉREZ VERA, E., *Derecho Internacional Privado. Parte especial*. Madrid 1980, págs. 294. ESPINAR VICENTE, J.M., «El artículo 11 del Código Civil Español». An. Est. Soc. y Jur. Vol. X-XI. Granada 1981-82, págs. 423-441. MARIN LÓPEZ, A., *Derecho Internacional Privado Español. Parte especial*. Séptima Ed. Granada 1991, pág. 94. En contra GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y ORTIZ ARCE, A., «Comentario al artículo 11 del Código Civil» en Comentarios al Código Civil dirigidos por M. Albaladejo. T. I. Jaén 1978, págs. 412 y ss., los cuales afirman que se trata de un cúmulo sucesivo de los tres criterios generales.

30. En este sentido, PÉREZ VERA, E., «Comentario al artículo 11 del Código Civil» en Comentarios a la reforma del Código Civil. El nuevo Título Preliminar. Madrid 1977. Vol. I, págs. 294, entiende que en relación con la validez de los actos, atendiendo

redacción anterior en el tiempo al actual artículo 11 del Código Civil, exige para la validez de estos actos que hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país en donde se han otorgado, de modo que, resulta ser mucho más rígido que el artículo 11 del Código Civil al establecer una sola posibilidad que valide el acto otorgado en el extranjero en cuanto a la forma observada en el mismo; sin embargo, en opinión de ESPINAR VICENTE³¹, este precepto ha de interpretarse de acuerdo con las previsiones establecidas en el artículo 11 del Código Civil y así, admitir la validez de los actos otorgados en el extranjero que se adecuen a cualquiera de las conexiones alternativas establecidas en el artículo 11.1 del Código Civil; es decir, los actos otorgados en el extranjero serán válidos si se rigen, además de por la ley del país en el que se otorgan, señalada, tanto en el artículo 600 de la L.E.C., como en el primer apartado del artículo 11.1 del Código Civil, si cumplen las formas y solemnidades de la ley aplicable a su contenido o los celebrados conforme a la ley personal del disponente o a la ley común de los otorgantes.

4. *Que el documento contenga la legalización y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España*

Como ya hemos señalado en las líneas anteriores, la doctrina es unánime al afirmar que es el cuarto requisito el que verdaderamente ha de cumplir el documento otorgado en el extranjero para que el mismo pueda gozar en un proceso celebrado ante los tribunales españoles de eficacia probatoria. La autenticidad del documento depende de la coincidencia absoluta entre el autor formal que expresa el propio documento y el verdadero y genuino autor material; en este sentido, son documentos auténticos los públicos que hacen prueba de su autenticidad, en tanto en cuanto, provienen de un funcionario público a quien el Estado confía la fe pública y los privados que hayan sido reconocidos como auténticos por las personas a quienes se atribuye la autoría formal o por sus causa-

a su forma, puede hablarse de una auténtica autonomía de la voluntad de las partes, si bien, reducida a tres conexiones. IGLESIAS BUHIGUES, J.L., «La forma de los actos en Derecho Internacional Privado Español». Documentación Jurídica, n.º 24, 1979, págs. 888 y ss.

31. ESPINAR VICENTE, J.M., «La forma de los actos y negocios jurídicos». En obra colectiva Derecho Internacional Privado. Parte especial. Vol. II Oviedo 1989, págs. 285 y ss. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional Privado español*. Madrid 1991, págs. 584-585.

habientes (artículos 1.225 y 1.226 del Código Civil)³². No obstante, el Estado confía la fe pública a sus propios funcionarios, pero no la extiende a los funcionarios de otros Estados; por este motivo, es por lo que el funcionario del Estado en el que el proceso se está llevando a cabo ha de certificar que el documento expedido por un funcionario de otro país goza de autenticidad y es en este mecanismo en el que consiste básicamente la legalización. De este modo, la condición de autenticidad de un documento otorgado en el extranjero es la legalización³³.

El acto de la legalización consiste, por lo tanto, en «*la aseveración por un funcionario de la exactitud de la firma inserta en un acto, y si se trata de un acto público, de la condición y cualidad de los que la han expedido, suponiendo un doble control: reconocimiento material de la firma y verificación de la cualidad de las partes*»³⁴. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de la necesidad del cumplimiento de este requisito³⁵ (Sentencias de 9-octubre-1962, 3-noviembre-1962, 10-diciembre-1962, 30-mayo-1966, 24-enero-1973 y 13-marzo-1973).

En la práctica, la legalización supone un requisito sometido a numerosos trámites, los cuales se consagran en la legislación consular, en la cual se establece una larga y complicada cadena de legalizaciones, las cuales van desde la del autorizante del documento, pasando por la del cónsul español y terminando por la responsable del Ministerio de Asuntos Exteriores encargado de asuntos consulares³⁶. Por este motivo y,

32. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal*, ob. cit., págs. 433 y 434.

33. La legalización es un requisito que se exige por nuestro Ordenamiento Jurídico desde la Real Orden de 9 de junio de 1842, existiendo al respecto una abundante jurisprudencia. La legalización se exigía respecto de todo documento otorgado en el extranjero, en relación con las firmas de los particulares, autoridades y funcionarios extranjeros. En relación con las firmas de estos últimos, la legalización ha de realizarse por el cónsul de demarcación o por el Canciller de la correspondiente Embajada española; a su vez, el Ministerio Español de Asuntos Exteriores debe legalizar la del funcionario consular o diplomático que lo hizo en el extranjero. Vid. ORUE Y ARREGUI, *Manual de Derecho Internacional Privado*. Tercera Ed. Madrid 1958, págs. 551 y ss.

34. AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho Civil Internacional Privado*. Parte especial. Madrid 1980, pág. 513. RIGAUX, F., «*La force probante des écrits en droit international privé*». Rev. Crit. Dr. Int. Priv. T. 50, pág. 46.

35. La legislación española establece el cumplimiento de esta condición, no solamente en el artículo 600.4 de la L.E.C., sino que esta necesidad también se consagra en el artículo 36.4 del Reglamento de la Ley Hipotecaria, el artículo 19 de la Ley del Registro Civil y el artículo 87 del Reglamento del Registro Civil.

36. En relación con el procedimiento a seguir para la legalización de los documentos, Vid. artículos 17 a 24 del Anexo III del Reglamento Notarial. En cuanto a la legalización de los documentos extranjeros, a efectos del Registro Civil, Vid. artículos 88 y

dado la complejidad y lentitud del sistema, aparte de la incomodidad y dilatación en el tiempo³⁷, los Estados han manifestado su voluntad de cooperar en la agilización y simplificación de estas formalidades, incluso de llegar a su supresión o sustitución por otras³⁸.

Como resultado de esta cooperación internacional, existen numerosos convenios multilaterales de los que España es parte, y de entre los cuales podemos destacar los siguientes: Convenio de La Haya sobre supresión de la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros de 5 de octubre de 1961, el Convenio Europeo relativo a la supresión de la legalización de documentos extendidos por los agentes Diplomáticos o Consulares, hecho en Londres el 7 de junio de 1968, el Convenio sobre la expedición de certificaciones plurilingües de las actas del Registro Civil, hecho en Viena el 8 de septiembre de 1976 y el Convenio sobre dispensa de legalización de ciertos documentos hecho en Atenas el 15 de septiembre de 1977. Entre los convenios bilaterales, España posee antiguos acuerdos con Argentina de 17 de septiembre de 1902, con Portugal de 7 de julio de 1903 y con Estados Unidos de 7 de agosto de 1901, acerca de la dispensa del requisito de la legalización de exhortos y comisiones rogatorias. Además de estos, podemos destacar, el Canje de Notas entre España y la URSS de 24 de febrero de 1984 sobre supresión de legalizaciones y expedición de certificaciones del Registro Civil y el Convenio entre España e Italia de 10 de octubre de 1983 sobre intercambio de documentos en materia de Registro Civil y dispensa de legalización de ciertos documentos.

90 del Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958, Reformado por Real Decreto 1.917/1986 de 29 de agosto.

37. En este sentido, la R.D.G.R.N. de 6 de abril de 1976, señaló que «*Es de elogiar la postura del notario autorizante de la escritura al tratar de suplir por procedimiento extrarreglamentario la autenticidad del documento extranjero mediante testimonio de legitimidad de las firmas autógrafas de ambos poderdantes que figuran estampadas en los respectivos poderes, pero al resultar incompleta su dación de fe por no haberla extendido a la del notario alemán y funcionario del Tribunal Comarcal, no cabe en consecuencia entender cumplido el requisito de la legalización en la forma realizada que habrá en todo caso de acomodarse a las normas legales pertinentes*».

38. En cuanto a la legislación española, tendente a la supresión de la legalización, el artículo 89 del Reglamento del Registro Civil señala que «*Aún siendo preceptiva la legalización, no se exigirá si consta al encargado la autenticidad, directamente, o bien por haberle llegado el documento por vía oficial o por diligencia bastante. No se exigirá legalización ulterior si consta la autenticidad precedente*». En esta dirección se incardina también el Decreto 302/1972 de 10 de febrero sobre supresión de legalizaciones en los certificados del Registro Civil.

Análisis de los distintos Convenios sobre supresión de la legalización

1.º) Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre supresión de la exigencia de legalización diplomática o consular de los documentos públicos³⁹.

De entre todos los textos señalados merece una especial mención este Convenio de La Haya, el cual suprime entre los Estados Parte la exigencia de legalización diplomática o consular de los documentos públicos. Este Convenio fue ratificado por España el 10 de abril de 1978⁴⁰ y, hay que señalar que, en la actualidad obliga a más de cuarenta países. El ámbito de aplicación del convenio se refiere a aquellos documentos públicos que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado Contratante y que deban ser presentados en el territorio de otro Estado Contratante.

En el sentido establecido por el Convenio, se consideran documentos públicos, aquellos que hayan dimanado de una autoridad vinculada a la jurisdicción estatal, incluidos los agentes judiciales, Ministerio Público, etc., lo documentos administrativos, los documentos notariales y las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados. Sin embargo, el Convenio no se aplicará a los documentos expedidos por los agentes diplomáticos o consulares ni a los documentos administrativos que se refieran directamente a una operación mercantil o aduanera. En este sentido resulta, por lo tanto muy útil, por el grado de complementariedad que contiene en relación con el presente Convenio, el Convenio Europeo relativo a la supresión de la legalización de documentos extendidos por agentes diplomáticos y consulares, hecho en Londres

39. Sobre este Convenio Vid. BATIFFOL, h., «*La neuvième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*». Rev. Crit. Dr. Int. Pr. T. 50, 1961, págs. 462-463. LOUSSOUARN, Y., *Conférence de La Haye de droit international privé. Actes et documents de la neuvième session. T. II. La Haya 1961*, págs. 19 y 73. *Ibid.* «*La Xe session de la Conférence de La Haye de Droit International privé*». Journ. Clunet Dr. In., 88 de 1961, pág. 656. PANCHAUD, A., «*La neuvième session de la Conférence de La Haye de Droit International Privé: Première partie*». Ann Suisse Dr. In. Pr. Vol. XVII, 1960, pág. 12. REESE, W.L.M., «*Ninth Session of the Hague Conference on Private International Law*». A.J.I.L., vol. 55, 1961, págs. 447 y ss. SAUVEPLANNE, J.G., «*I recenti sviluppi nel diritto internazionale privato delle convenzioni dell'Aja*». Riv. Trim. dir. proc. civ. XIX, 1965, págs. 1.129 y ss. LEICH, M. N., «*The Hague Convention Abolishing the Requirement of Legalization for Foreign Public Documents*». A.J.I.L. Vol. 76, 1982, págs. 182-183.

40. B.O.E. de 25 septiembre de 1978.

el 7 de junio de 1968, el cual fue ratificado por España el 1 de junio de 1982⁴¹.

Los puntos más importantes del Convenio de La Haya y que merecen una especial mención son los siguientes:

a) El Convenio suprime el requisito de la legalización y lo sustituye por el de la apostilla, de modo que éste será el único requisito exigible para certificar la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento ha actuado y la entidad del sello o timbre del que el documento esté revestido (artículo 2 y 3). De este modo, la apostilla se convierte en el máximo requisito establecido por el Convenio para demostrar la autenticidad extrínseca de los documentos a que se refiere y, constituye una exigencia máxima porque en el párrafo dos del artículo tres señala que esta formalidad no podrá exigirse cuando las leyes, reglamentos o usos en vigor en el Estado en que deba surtir efecto, o bien un acuerdo entre dos o más Estados Contratantes, la rechacen la simplifiquen o dispensen de legalización al propio documento. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Auto de 2 de julio de 1981 en relación con el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 y el Convenio de España con Francia de 28 de marzo de 1969 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y de actas auténticas en materia civil y comercial, afirmando que «...sin que la eficacia de la ejecutoria pueda resultar impedida por la circunstancia de que falta en los documentos la fijación de la apostilla, pues esta formalidad a que se refiere el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, ratificado por España el 10 de abril de 1978, sólo adquiere valor en los casos en que deba mediar exigencia de legalización diplomática o consular para los documentos públicos extranjeros, según indica su Preámbulo, presupuesto inoperante en el caso que se trata, ya que con arreglo al artículo 15 in fine del citado convenio de 28 de mayo de 1969, los presentados para solicitar el reconocimiento o la ejecución de las decisiones foráneas están dispensadas de su legalización». (En el mismo sentido, Autos del Tribunal Supremo de 7-junio-1983, 12-noviembre-1984 y 5-octubre-1984). Asimismo, esta exigencia máxima de apostillar, también se desprende del artículo 8 del Convenio, el cual señala que cuando entre dos o más Estados Contratantes exista un tratado o acuerdo que contenga disposiciones que sometan la certificación de una firma, sello o timbre a ciertas formalidades, el presente Convenio sólo anulará

41. B.O.E. de 28 de agosto de 1982.

dichas disposiciones si tales formalidades son más rigurosas que las previstas en los artículos 2 y 3.

b) La apostilla se expedirá a petición del signatario o de cualquier persona portadora del documento. Esta se deberá acomodar a un modelo que se contiene en un anexo al Convenio, la cual se deberá colocar sobre el propio documento o sobre una prolongación del mismo. Habrá de ir redactada en la lengua oficial de la autoridad que la expida, aunque las menciones que figuren en ella podrán también ser redactadas en una segunda lengua; no obstante, el título «*Apostille (Convention de La Haya de 5 de octubre de 1961)*», deberá mencionarse en lengua francesa.

c) El Convenio señala la necesidad de que cada Estado Contratante designe a las autoridades competentes para expedir la apostilla. España ha cumplido esta obligación a través del Real Decreto 2.433/1978 de 2 de octubre (B.O.E. de 17 de octubre) en el cual se instituyen como autoridades competentes para realizar la apostilla a las siguientes: 1.— Respecto de los documentos autorizados por las autoridades o funcionarios judiciales competentes, los Secretarios de Gobierno de las Audiencias o quienes les sustituyan legalmente. 2.— Respecto de los documentos autorizados notarialmente y los documentos privados cuyas firmas hayan sido legitimadas por notario, los Decanos de los Colegios Notariales respectivos o quienes hagan sus veces reglamentariamente. 3.— Respecto de los demás documentos públicos, excepto los emanados de la Administración Central, los interesados en el cumplimiento del trámite al que se refiere el presente Decreto podrán utilizar indistintamente y a su elección cualquiera de los procedimientos indicados en los apartados anteriores. 4.— La legalización única o apostilla de los documentos expedidos por las autoridades y funcionarios de la Administración Central corresponde al jefe de la Sección Central de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia.

La Orden de 30 de diciembre de 1978 (B.O.E. 17-enero-1979), interpreta y desarrolla el texto anterior del siguiente modo: 1.— Se entenderá por Administración Central únicamente los Organos Centrales de la Administración del Estado, quedando excluidos los órganos de la Administración periférica y de los Entes y Organismos Autónomos. 2.— Las certificaciones del Registro Civil, excepto las expedidas por el Registro Civil Central, serán apostilladas por los Secretarios de Gobierno de las Audiencias o quienes legalmente les sustituyan, salvo que la firma del funcionario que expidió la certificación hubiera sido legitimada por notario, en cuyo caso, la certificación podrá ser apostillada, como documento notarial, por los Decanos de los Colegios Notariales o quienes hagan sus veces reglamentariamente.

Respecto a la designación de estas autoridades por el Estado español, se han pronunciado ALONSO HORCADA Y ZAMORA CABOT⁴², entendiéndose que destaca una cierta complejidad en la designación de las autoridades realizada por España si la comparamos con la efectuada por otros Estado Parte; sin embargo, esta aparente complejidad es la causa de que se produzca una mayor agilización en relación con la antigua legalización, ya que si se hubiera optado por la designación de una Autoridad Central, el procedimiento podría retrasarse y también supondría un mayor coste.

d) A los efectos de la total eficacia del Convenio, en orden a la única vigencia de la apostilla en sustitución de la legalización, el artículo 9 señala que cada Estado Contratante deberá adoptar las medidas necesarias para evitar que sus agentes diplomáticos o consulares procedan a legalizaciones, en los casos en que el presente Convenio prevea la exención de las mismas. Siguiendo esta línea, el Tribunal Supremo en su Auto de 7 de marzo de 1981 señaló que no cabía objetar la falta de apostilla, como hacía la parte contraria, a una sentencia de la R.F.A. de 13 de julio de 1977 que se presentaba acompañada de legalización realizada por los funcionarios competentes, con anterioridad al 10 de abril de 1978, fecha en que España ratificó el Convenio. En opinión de ALONSO HORCADA Y ZAMORA CABOT, sería deseable que nuestros tribunales recordaran a nuestros agentes diplomáticos o consulares en el extranjero que no procedan a legalizaciones en aquellos supuestos en que está prevista su dispensa, a pesar de la insistencia de los particulares que se encuentran abrumados, las más de las veces, por los trámites burocráticos e insistan en este procedimiento ya abandonado e innecesario⁴³.

En relación con la aplicación de este Convenio por los tribunales españoles⁴⁴, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 8 de julio de 1982, estimó la aplicación del mismo a un poder otorgado en el extranjero, estimando en su considerando primero que «*Aunque el poder de representación otorgado en Dulseldorf (Alemania) no está legalizado por el cónsul español y carece, por tanto, del reconocimiento de firma del Mi-*

42. ALONSO HORCADA, M.L. y ZAMORA CABOT, F.J., «*Aplicación del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 de supresión de la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros: algunos aspectos recientes de la práctica española*». Rev. La Ley 1985-2, pág. 1.005.

43. ALONSO HORCADA, M.L., y ZAMORA CABOT, F.J., *Ibid.*, pág. 1.099.

44. Sobre la jurisprudencia española en aplicación de este convenio Vid. SUMAMPOUW, M., *Les nouvelles Conventions de La Haye. Leur application par les juges nationaux*. T. III. Dordrecht 1984, págs. 131-132.

nisterio de Asuntos Exteriores de España, como fue otorgado el 23 de noviembre de 1978, y en tal fecha ya estaba en vigor para España el citado Convenio internacional por el que se suprime la exigencia de legalización diplomática o consular, entre otros documentos, para los notariales que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado contratante y que deban ser presentados en el territorio de otro Estado Contratante, siendo también signataria Alemania Federal, es de aplicar el citado convenio, por estar formalizado el referido poder y revestido de la correspondiente apostilla identificada con el sello y firma de la autoridad competente designada al efecto por la República Federal Alemana...»⁴⁵. Sin embargo, la jurisprudencia que, podríamos considerar menor, así sigue en esta línea y así, el Auto del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Madrid de 20 de mayo de 1983, no considera que la apostilla en documento público sea suficiente para que el mismo goce de eficacia en España, planteándose la necesidad de comprobar su autenticidad, para lo cual señala como un posible camino que «...para la garantía del propio interesado y, en ese único sentido, se recabe de las autoridades la confirmación de la certeza de la apostilla del poder presentado o, en su defecto, para mayor brevedad, la legalice según las normas comunes...»⁴⁶.

45. Nota a dicha sentencia realizada por MIRALLES SANGRO, P.P. REDI 1983, n.º 2, págs. 499-503.

46. Consideramos de interés transcribir aquí el tenor de dicho Auto por las consideraciones que en el mismo se contienen. Dicho Auto señala que «Considerando que si bien conforme a los términos del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, ratificado por España el 10 de abril de 1978, en los Estados signatarios se eximirá la legalización a los documentos que deban ser presentados en sus territorios, formalizados en otros adheridos igualmente a él, y en tal sentido los términos del artículo 2 no admiten duda, no lo es menos que tal efectividad se subordina, según el art. 3 a que lleven unido el documento de apostilla descrito en el art. 4 cuya comprobación de autenticidad se contempla en el art. 7 como normal, y por lo que se refiere al Reino Unido, al no constar en este Organismo Judicial —ni el de los demás países firmantes de este convenio, algunos tan lejanos cultural y jurídicamente para el instructor como Basoutoland, Islas Caimanes o Swaziland— aconsejan como oportuno —y así se informó categórica y explícitamente a la defensa— que para garantía del propio interesado, y en ese único sentido, se recabe de las autoridades la confirmación de certeza de la apostilla del poder presentado o, en su defecto, por mayor brevedad, la legalice según normas comunes...»

Tratar de sostener que cualquier documento, por llevar un escrito incorporado bajo la expresión de «apostilla», sin más, será definitivo para dejar excluido de la garantía de autenticidad de las firmas, sellos y autoridades a quienes se contrae o alude, por excesivo y peligroso, debe rechazarse de plano, a menos que con tal criterio se dé oportunidad a cualquiera para que, con dicha maniobra pueda eliminar toda seguridad de certeza en cualquier documento relacionado con los países acogidos al Convenio de La Haya».

Este Auto está comentado por ALONSO HORCADA, M.L. y ZAMORA CABOT, F.J., en

No cabe duda de que el Juzgado en esta ocasión está ignorando desde todo punto la voluntad de los negociadores del Convenio y, sobre todo, sus propias disposiciones, las cuales ya hemos tenido ocasión de analizar anteriormente. Baste recordar aquí que la apostilla constituye un máximo y que los documentos susceptibles de apostilla, no lo son de legalización, lo cual quedó muy claro durante el proceso de elaboración del Convenio⁴⁷. Como afirma CALVO CARAVACA, en el Convenio se llega a la existencia de una presunción *iuris tantum* de la autenticidad de la apostilla que, evidentemente favorece al beneficiario del documento en el que aparece, en segundo lugar, la carga de la prueba recae sobre el que impugna la autenticidad y, por último, el mecanismo de comprobación es muy simple: la designación por cada Estado de las autoridades apostillantes y el que éstas lleven un registro o fichero en el que se anoten las apostillas expedidas⁴⁸.

Por último, hemos de referirnos a la posibilidad de exigir que la apostilla esté traducida al idioma oficial del Estado donde el documento haya de surtir efectos. En este sentido, nada establece el Convenio, ya que sólo señala que la apostilla se podrá redactar en la lengua oficial del Estado que la expida; por lo tanto, en opinión del autor citado anteriormente, el Convenio no excluye la posibilidad de exigir su traducción. Sin embargo, nosotros entendemos, a sensu contrario, que el exigir una formalidad no prevista en el Convenio, ya que únicamente se establece en el mismo la obligatoriedad de que el Título «Apostille» se consagre en lengua francesa, pudiendo redactarse ésta en la lengua oficial del Estado que la expida o en una segunda lengua (artículo 4.2), se opone al espíritu del mismo, en tanto en cuanto su finalidad es la de facilitar los trámites que han de llevarse a cabo⁴⁹. Por este motivo, nos parece muy

«Aplicación del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961...», ob. cit., págs. 1.105 y ss.

47. LOUSSOUARN, Y., «Conférence de La Haye de Droit International Privé, Actes et documents de la neuvième session». T. II. La Haye 1961, págs. 96-97, 129-132 y 148-150.

48. CALVO CARAVACA, A.L., Comentario jurisprudencial sobre «El valor en juicio de los documentos otorgados en el extranjero». REDI 1986, n.º 1, págs. 228 y ss.

49. En esta línea ALONSO HORCADA, M.L. y ZAMORA CABOT, F.J., «Aplicación del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961...», ob. cit., pág. 1.108 mantienen que lo que el Convenio pretende es la unificación del modelo de apostilla a un solo formato válido para todos los países miembros, sin embargo, la apostilla no está exenta de la obligación de la traducción de los documentos extranjeros contenida en el art. 601 de la L.E.C. No obstante, los citados autores mantienen que la falta de traducción no debe de suponer el rechazo de oficio de tales documentos, sino que el juez, si conoce el idioma extranjero, ha de admitir el documento como válido, dado que la traducción de la

acertada la actitud del Juez de Instrucción del Juzgado n.º 3 de Madrid, cuya resolución hemos comentado, al remitir de oficio el texto extranjero para su traducción al Ministerio de Asuntos Exteriores, apartándose de la línea jurisprudencial que se limita a rechazar, si falta tal circunstancia, el documento público extranjero.

2.º) Convenio Europeo relativo a la supresión de la legalización de documentos extendidos por agentes diplomáticos o consulares, hecho en Londres el 7 de junio de 1968 y del que España es parte desde el 1 de junio de 1982.

Según este Convenio la supresión de la legalización, que no es más que la formalidad que tiene como fin dar fe de la autenticidad de la firma puesta en un documento, la calidad en que ha actuado el signatario del documento y la identidad del sello o timbre que figure en dicho documento (artículo 1), se aplica a los documentos expedidos por Agentes diplomáticos o consulares de una Parte contratante que ejerzan funciones en el territorio de cualquier Estado y que hayan de presentarse, bien en el territorio de la otra Parte Contratante, o bien a los Agentes diplomáticos o consulares de otra Parte Contratante que ejerzan sus funciones en el territorio de un Estado que no sea parte en el Convenio. Asimismo, se aplicará también a las declaraciones oficiales, extendidas por los Agentes diplomáticos o consulares en determinados documentos (artículo 3).

3.º) Convenio de Atenas sobre dispensa de legalización de ciertos documentos de 15 de septiembre de 1977, ratificado por España el 27 de enero de 1981⁵⁰.

Este Convenio, cuyo concepto de legalización es igual que el del anterior, establece que los Estados Contratantes aceptarán sin legalización o formalidad equivalente los siguientes documentos expedidos por otro Estado Contratante: 1.— Los documentos que se refieran al estado civil, a la capacidad o a la situación familiar de las personas físicas, a su nacionalidad, domicilio o residencia, cualquiera que sea el uso que le vayan a dar sus destinatarios. 2.— Cualquier otro documento que haya sido extendido para la celebración del matrimonio o para la formalización de un acto del estado civil. Los únicos requisitos que serán exigidos

apostilla, redactada en Inglés o francés no supone esfuerzo, y, en su defecto, recabar de oficio la traducción de la misma.

50. B.O.E. de 11 de mayo de 1981, Corrección de Errores B.O.E. de 18 de junio de 1981 y 16 de julio de 1981.

bles entre los Estados contratantes en relación con los mencionados documentos son que en los mismos conste la fecha, la firma y, que en su caso, estén sellados por la autoridad contratante que los haya expedido⁵¹.

5. *La traducción de los documentos redactados en idioma distinto al castellano*

El artículo 601 de la L.E.C. señala el último requisito que han de cumplir los documentos otorgados en el extranjero para que gocen de eficacia en el proceso español. Este precepto señala que «A todo documento redactado en cualquier idioma que no sea el castellano se acompañará la traducción del mismo y copias de aquél y de ésta. Dicha traducción podrá ser hecha privadamente, en cuyo caso, si alguna de las partes la impugna dentro del tercer día manifestando que no la tiene por fiel y exacta, se remitirá el documento a la interpretación de Lenguas para su traducción oficial»⁵². A juicio de MORENO CATENA, es ne-

51. Sobre la interpretación y aplicación de este Convenio existe un Informe de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de agosto de 1981 publicado en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia de 15 y 25 de agosto y de 5 de septiembre de 1981, núms. 1.248 al 1.250.

52. Podemos encontrar en la Real Orden de 7 de octubre de 1783 el antecedente más remoto de este precepto cuando la misma dispuso que el instrumento otorgado en país extranjero sólo podía aceptarse si se presentaba autorizado por certificación del Embajador, cónsul o ministro representante de su Majestad Católica, acompañado de la traducción legalmente autorizada. Asimismo, HERNÁNDEZ DE LA RUA, señala como el Embajador francés dirigió una reclamación al Gobierno español con motivo de la conducta observada por las autoridades de Málaga y Barcelona, relativa a los documentos que presentaban los cónsules franceses residentes en estas provincias, fruto de la cual fue la Real Orden de 30 de junio de 1837, por la que se ordenó que «en adelante los funcionarios públicos dependientes del Ministerio de la Gobernación no rehusasen admitir las reclamaciones o escritos de los agentes extranjeros de cualquier nación que fuesen, aunque se hallaren redactados en el idioma del país de aquéllos, exceptuándose sólo los casos de litigio, en los que debía exigirse que el escrito se acompañase de la traducción legalmente autorizada, y de los documentos que versasen sobre el asunto de que trata». La Real Orden de 24 de septiembre de 1841, siguió en esta misma línea en cuanto a la exigencia de la traducción y la L.E.C. de 1855 reguló este extremo en los artículos 283 y 284, los cuales, refiriéndose a los documentos otorgados en otras naciones establecían: el artículo 283 que «Conviniendo los litigantes sobre su inteligencia, se estará y pasará por la que se dieren» y el art. 284 que «No habiendo conformidad, se remitirán por el Juez a la oficina de la Interpretación de Lenguas para su traducción, sin que ésta pueda hacerse en ninguna otra forma». En opinión del citado autor, estas disposiciones suprimirán la exigencia de traducción en todo caso, de modo que en adelante este requisito se ha limitado al caso de discordia. Vid. HERNÁNDEZ DE LA RUA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. II, Madrid 1856, págs. 302 y ss. En contra de este

cesario poner de relieve que no existe a lo largo de la L.E.C. precepto alguno relativo al idioma que ha de emplearse en el proceso, la oficialidad del castellano sólo puede inferirse de la L.E.C. de sus artículos 601, 657 y 956, si bien, del artículo 3 de la Constitución puede derivarse la exigibilidad de este idioma en el desarrollo del proceso en el ejercicio de la potestad estatal de la jurisdicción atribuida por el artículo 117.3 de la Constitución a los Juzgados y Tribunales⁵³. En este sentido se pronuncia CORTÉS DOMÍNGUEZ al señalar que el conocimiento por el juez «*del idioma extranjero en cuestión no es suficiente para negar la necesidad de la traducción de los actos procesales y extraprocesales en idioma extranjero, porque esa necesidad tiene una raíz constitucional profunda contenida en el art. 3.1 de la Constitución de 1978; y si no queremos hacer estos pronunciamientos tan elevados, baste sólo añadir que el conocimiento del juez del idioma extranjero en cuestión no supone ese conocimiento en las partes, en el funcionario judicial, ni tampoco en los órganos judiciales superiores que posiblemente han de conocer los recursos ordinarios y extraordinarios*»⁵⁴.

De la norma transcrita podemos extraer las siguientes conclusiones: en primer lugar, aunque el artículo 600 se refiere a los documentos otorgados en el extranjero, el artículo 601, modificado por la Ley de 1984, contempla a aquellos documentos que no hayan sido redactados en idioma castellano, aunque hayan sido otorgados en España⁵⁵. A este supuesto se refiere en concreto el artículo 231.4 de la L.O.P.J., desarrollando la previsión contenida en el artículo 601, párrafo segundo de la L.E.C., cuando establece que «*Las actuaciones judiciales realizadas y los documentos en el idioma oficial de una Comunidad Autónoma, tendrán sin necesidad de traducción al castellano, plena validez y eficacia. De oficio*

último razonamiento, CARAVANTES, *Tratado histórico crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*. T. II, Madrid 1856, pág. 160.

53. MORENO CATENA, V. Comentario al artículo 601 de la L.E.C. en el libro colectivo *Comentario a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Dirigidos por V. Cortés Domínguez. Madrid 1985, págs. 528-529.

54. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil Internacional*. Madrid 1981, págs. 183-184.

55. Esta posibilidad ya había sido prevista por algunos autores, entre los que destaca MANRESA NAVARRO, J.M., Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Madrid 1955, séptima Ed. T. III, págs. 468, cuando afirmaba que «*Hasta principios del siglo XIX, en Cataluña, Mallorca, Valencia y otras provincias solían redactarse los documentos públicos en su lengua o dialecto especial y en latín; todos estos documentos, lo mismo que los extranjeros, están comprendidos en la disposición de que tratamos, por existir para unos y otros la misma razón*».

se procederá a su traducción cuando deban surtir efectos fuera de la jurisdicción de los órganos judiciales sitos en la Comunidad Autónoma, salvo en este último caso, si se trata de Comunidades Autónomas con lengua oficial propia coincidente, o por mandato del juez o a instancia de parte que alegue indefensión»⁵⁶. De este modo y, a tenor de estos

56. La sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 1986 (Recurso de Inconst. n.º 169/1983) ha declarado que no es inconstitucional el artículo 9.1 de la Ley Vasca 10/1982 por el que se reconoce el derecho a los justiciables en el País Vasco a utilizar la lengua oficial de su elección en sus relaciones con la Administración de Justicia, sin que se pueda exigir traducción alguna, ya que, a juicio del Tribunal Constitucional, este precepto no impone obligación alguna del uso del euskera a la Administración de Justicia. Desde nuestro punto de vista esta declaración encierra graves problemas, no ya solamente en cuanto al propio juzgador que desconozca el idioma, sino en cuanto a la parte que lo ignore en tanto en cuanto su derecho a la no indefensión queda mermado desde todo punto, ya que no podrá exigir a la parte que presente un documento en idioma vasco su traducción, oponiéndose al artículo 601 de la L.E.C. y al artículo 231.4 de la L.O.P.J., los cuales, a sensu contrario, deberían de haber sido declarados inconstitucionales. Mucho más razonable y correcto jurídicamente, nos parece el artículo 7.1 y 2 de la Ley 3/1983 del Parlamento Gallego, el cual reconoce el derecho de los ciudadanos «a utilizar cualquiera de las dos lenguas oficiales en las relaciones con la Administración de Justicia» y que «Las actuaciones judiciales en Galicia serán válidas y producirán sus efectos cualquiera que sea la lengua oficial empleada», añadiendo que «en todo caso, la parte o interesado tendrá derecho a que se le entere o notifique en la lengua oficial que elija». Este artículo ha sido declarado conforme a la Constitución por sentencia de 26 de junio de 1986 (recurso de inconstit. n.º 678/1983). El artículo 36 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, señala que «1.— *La lengua de los procedimientos tramitados por la Administración Central del Estado será el castellano. No obstante lo anterior, los interesados que se dirijan a los órganos de la Administración General del Estado con sede en el territorio de una Comunidad Autónoma, podrán utilizar también la lengua que sea cooficial en ella. En este caso, el procedimiento se tramitará en la lengua elegida por el interesado. Si concurrieran varios interesados en el procedimiento y existieran discrepancias en cuanto a la lengua, el procedimiento se tramitará en castellano, si bien, los documentos o testimonios que requieran los interesados se expedirán en la lengua elegida por los mismos. 2.— En los procedimientos tramitados por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales, el uso de las lenguas se ajustará a lo previsto en la legislación autonómica correspondiente. En cualquier caso, deberán traducirse al castellano los documentos que deban surtir los efectos fuera del territorio de la Comunidad Autónoma y los dirigidos a los interesados que así lo soliciten expresamente. 3.— Los expedientes o las partes de los mismos redactados en una lengua cooficial distinta del castellano, cuando vayan a surtir efectos fuera del territorio de la Comunidad Autónoma, deberán ser traducidos al castellano por la Administración Pública instructora*». Como podemos comprobar, esta Ley, además de respetar la cooficialidad de las diversas lenguas del Estado español, da primacía a la utilización del idioma castellano, ya que este es el único idioma que los españoles tienen el deber de conocer. Sin embargo y a pesar de esta preeminencia, a juicio de GARCÍA DE ENTE-RRÍA, E. y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. II. 4.ª Ed. Madrid 1993, págs. 501 y ss., no son únicamente los documentos dirigidos a ellos

preceptos, cabe la posibilidad de que el documento esté redactado en una lengua extranjera y, si ha de surtir efecto en el seno de una Comunidad Autónoma española, se proceda a su traducción a uno de sus idiomas cooficiales, que no sea lógicamente el castellano y, posteriormente se realice su traducción al castellano⁵⁷, con todos los inconvenientes que ello puede llevar consigo, fundamentalmente de tipo económico y de falta de celeridad procesal.

El artículo 601 de la L.E.C. distingue diversos modos de realizar la traducción atendiendo a las personas que pueden realizarla y así, señala, en primer lugar, que la traducción se podrá realizar o bien privadamente, o bien, de forma oficial. Por traducción privada, podemos entender aquella que se verifica extraprocesalmente, es decir, sin citación de la parte contraria, ya sea por particulares, ya sea por funcionarios especialmente autorizados para ello⁵⁸, ya que, el que intervengan funcionarios públicos en la traducción extraprocesal de un documento, no convierte a la traducción en oficial y puede impugnarse de igual modo que si la hubiera realizado un particular⁵⁹. Dentro de estos funcionarios podemos distinguir los siguientes:

a) Funcionarios de la interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores.

b) Intérpretes jurados.— Son nombrados por el Ministerio de Asuntos Exteriores para su actuación en provincias, por conducto del Gobernador de la provincia en que vayan a ejercer el cargo. Una vez obtenido el nombramiento, prestarán juramento ante el Gobernador de ejercer fielmente y en conciencia su profesión, no pudiendo cobrar en

los documentos que los interesados tienen derecho a conocer y manejar, ya que el derecho de audiencia y vista, que es fundamental, comprende la totalidad del expediente instruido, por lo que si el interesado lo solicita, debe de procederse a la traducción completa del expediente.

57. En este sentido, COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*. 4.^a Ed. Madrid 1993, pág. 334 señala que el derecho a la utilización de las lenguas cooficiales en las relaciones entre los particulares y la Administración, ha de restringirse únicamente a los ciudadanos en sentido estricto, si bien, el autor admite que la ley no establece ninguna previsión excluyente al respecto.

58. GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. II, Vol. I, Madrid 1947, pág. 577.

59. Vid. Real Decreto de 27 de abril de 1990 por el cual se aprueba el Reglamento de las Carreras de la Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y de intérpretes en el extranjero y las Leyes de 31 de mayo y 24 de julio 1870. Legislación Alcubilla. Apéndice de 1900, págs. 289 y ss.

concepto de derechos por la traducción más de la tarifa señalada por la interpretación de Lenguas⁶⁰.

c) Los Funcionarios Consulares.— El artículo 19 del Convenio entre España y Francia de 7 de enero de 1862 señala que los cónsules, vicecónsules o agentes consulares podrán traducir toda clase de documentos emanados de las autoridades o funcionarios de su país, y estas traducciones tendrán en el de su residencia la misma fuerza y valor que si hubieran sido hechas por los intérpretes jurados del territorio.

De este modo, cualquier particular, funcionarios de la interpretación de Lenguas, intérpretes jurados o funcionarios consulares, podrán realizar la traducción de un documento redactado en un idioma que no sea el castellano de forma privada en el sentido al que antes indicábamos. A esta posibilidad ya se refería la Real Orden de 13 de abril de 1872, comunicada por el Ministerio de Asuntos Exteriores al de Justicia el cual se mandó por circular que no se admitieran en los Tribunales como documentos que hagan fe en juicio más traducciones que las hechas en la Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores o por los intérpretes jurados del Real nombramiento o las extendidas o autorizadas por cónsules acreditados en España de los países con los cuales se hubiesen estipulado esa prerrogativa en virtud de Convenios especiales.

Parece que estos preceptos se oponen a la actual disposición de la L.E.C., sin embargo, nada más lejos de la realidad, ya que, estas personas citadas gozan de la facultad de realizar traducciones y que las mismas sean aportadas en el proceso por la parte interesada a cuya instancia han procedido a la traducción del documento redactado en un idioma distinto al castellano. Puede ocurrir, sin embargo, que la parte a la que perjudique dicha traducción alegue que no la tiene por cierta y, por lo tanto, que no la admite como fehaciente porque manifieste que no la tiene como fiel y exacta. En este supuesto, como así se señala en el artículo 601 de la L.E.C. se remitirá el documento a la Interpretación de Lenguas para su traducción oficial⁶¹. Nos encontramos, por lo tanto, ante

60. Vid. Artículos 80, 81 y 82 del Reglamento para la Carrera de Intérpretes de 1900.

61. Los funcionarios de la Interpretación de Lenguas, traducirán al castellano los documentos que les sean remitidos por los tribunales de justicia, extendiéndolas en papel sellado, al igual que los autos. Existen lenguas cuya traducción es obligatoria por los funcionarios, si bien pueden traducir de modo facultativo otros idiomas siempre que se encuentren en la lista de la oficina. No están obligados a traducir documentos que por su antigüedad o mala forma los hagan inteligibles, en tanto que no sean descifrados pre-

el segundo tipo de traducción que contempla el artículo 601 de la L.E.C., cual es la traducción oficial, debiendo entender por ésta aquella realizada por la Interpretación de Lenguas a instancia del juez, solamente en el caso en que una de las partes haya impugnado la traducción aportada al proceso por la otra parte o, como seguidamente veremos, en el supuesto en que el juez así lo estime conveniente.

El plazo con el que cuenta la parte para impugnar la traducción es de tres días⁶², pasados los cuales se entenderá que la misma la acepta como cierta, de modo que dicha traducción producirá plenos efectos en el proceso. A juicio de Moreno Catena, el plazo de tres días empezará a contar, no desde la presentación del documento, sino desde el momento del traslado de las copias al litigante o litigantes, ya que éstas pueden librarse con posterioridad⁶³. Asimismo, este plazo rige para los documentos presentados en el período probatorio, pero no para los que se aporten con el escrito de demanda o contestación (artículo 504 de la L.E.C.). Así lo admite y entiende el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de octubre de 1985, cuando no admite como motivo del recurso la falta de impugnación de la traducción del documento por la parte a quien el mismo perjudicaba dentro del «Tercer día», afirmando que «Aún sin desconocer que la norma es aplicable también a los documentos privados, no obstante su colocación sistemática, es de resaltar que la actora no se limitó a desconocer la exactitud de la versión castellana del contenido documental, sino que negó categóricamente la autenticidad de los aportados al formular su pretensión reconventional...».

viamente por peritos autorizados o paleógrafos. Todas las traducciones autorizadas por la Interpretación de lenguas que hayan de hacer fe oficialmente deberán ir firmadas por el jefe de dicha oficina o, en su ausencia, por el funcionario que haga sus veces. Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M. Voz «Intérpretes jurados». N.E.J. Seix. t. XIII, págs. 354-357.

62. Sobre este particular, MANRESA NAVARRO, J.M. afirma que si la traducción se hubiera hecho «por la interpretación de Lenguas, o por un intérprete jurado o por el cónsul de la nación respectiva, como estos funcionarios están facultados para hacer tales traducciones, la certificación que libren hará fe en juicio, como documento auténtico, si se halla legalizada en forma. Sin embargo, podrá impugnarla la parte a quien perjudique, pero no precisamente dentro de los tres días, sino en el escrito de contestación o en el que proceda, como puede hacerse de todo documento público. En tal caso, si la citación hubiere sido hecha sin citación contraria, para que sea eficaz en juicio deberá pedir la parte interesada, en el primer período de la prueba, para que se ejecute en el segundo, que se remitan con dicha citación el documento y la traducción al Ministerio de Asuntos Exteriores, a fin de que por la oficina correspondiente de la Interpretación de Lenguas se revise y se compruebe su exactitud o se enmiende en lo necesario». Vid. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Séptima Ed. Madrid 1955. T. III, págs. 469-470.

63. MORENO CATENA, V. Comentario al artículo 601 de la L.E.C. ob. cit., págs. 530 y 531.

Puede ocurrir, sin embargo, que las partes se pongan de acuerdo en la veracidad de una traducción que en realidad no lo sea, en tal caso y, si el juez tiene conocimiento de esta circunstancia, deberá hacer uso de la facultad contenida en el artículo 340 de la L.E.C. y, a través de las diligencias para mejor proveer, ordenar de oficio la remisión del documento a la oficina de Interpretación de Lenguas para su traducción oficial, ya que no está facultado para realizarla él mismo⁶⁴.

El realizar la traducción de los documentos que no estén redactados en castellano, constituye una obligación de la parte que aporta el documento al proceso, ya que en estos términos imperativos se pronuncia el artículo 601 de la L.E.C., al señalar que a todo documento «se acompañará», con lo cual no deja lugar a dudas sobre la posibilidad de eludir el cumplimiento de este requisito. Sobre este particular se ha pronunciado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo señalando que la L.E.C. «dispone en forma preceptiva la presentación simultánea con el escrito de la correspondiente traducción y copias, requisito éste de indispensable observancia para que la parte a quien perjudique pueda impugnar su exactitud y autenticidad y el tribunal apreciarlas en su caso; de donde se infiere que el documento presentado no puede servir de base para el ejercicio del recurso extraordinario de revisión, por cuanto constituye un insuficiente medio probatorio» (Sentencia de 9-octubre-1962) (En el mismo sentido, sentencias del Tribunal Supremo de 2-noviembre-1962, 31-diciembre-1971, 12-marzo-1973, 30-junio-1982 y 13-julio-1990). Tres son las conclusiones fundamentales que podemos deducir de estas resoluciones: en primer lugar, que la traducción se ha de entregar simultáneamente con el documento redactado en idioma distinto al castellano, de donde se infiere que no cabe una posterior subsanación de este defecto. En segundo lugar, que la presentación de la traducción constituye una garantía, tanto para la parte contraria, como para el juez, los cuales pueden ignorar el idioma de que se trate y, por último, que la ausencia de traducción representa un defecto tal que despoja al documento de toda eficacia como medio probatorio susceptible de valoración por el juez a la hora de pronunciar su fallo.

No obstante este último requisito, el Tribunal Supremo cambió de orientación en su sentencia de 24 de diciembre de 1990 señalando que «Aunque es cierto que el art. 601 de la L.E.C. ordena traducir al español todos los documentos en idioma extranjero, norma de necesaria observancia, incluso en documentos de lectura aparentemente simple, como

64. Ibid., pág. 530.

son las facturas, este art. 601 contiene un requisito procesal, pero no una regla valorativa de la prueba. Por ello de la irregularidad formal de la falta de traducción no puede derivarse ciertamente, una prohibición de que surtan efectos de convicción los documentos no traducidos, prohibición que el art. 11.1 de la L.O.P.J. restringe exclusivamente a las pruebas obtenidas violentando los derechos y libertades fundamentales»⁶⁵. De este modo, el Tribunal Supremo admite que la traducción es un requisito procesal, pero, precisamente y, debido a este carácter formal, su falta no puede dar lugar a que el documento otorgado en el extranjero no se tenga en cuenta a efectos de la convicción por el juzgador para dictar su fallo, con lo cual, la falta de traducción no convierte al documento en un insuficiente medio probatorio, sino que su contenido puede ser utilizado por el juzgador para fundamentar su fallo⁶⁶.

A nuestro juicio este pronunciamiento nos parece sumamente arriesgado ya que con el mismo, el Tribunal Supremo posibilita que a los documentos que no estén redactados en castellano no se les acompañe de traducción a este idioma, produciéndose así la inobservancia de los requisitos de forma procesales y, por otra parte, infringiéndose el derecho a la no indefensión del que goza la parte que desconoce el idioma extranjero. No se trata de un caso aislado o especial en el que el Tribunal no exija la constancia de la traducción por la simplicidad del documento

65. Compárese la flexibilidad de este dictum con la rigidez de los anteriores pronunciados por el Tribunal Supremo «...los que son irrelevantes al fin expresados al estar redactados en inglés sin que se haya acompañado como exige el artículo 601 de la LEC, traducción oficial o particular de los mismos, por lo que, cualquiera que sea su contenido, carecen de valor y fuerza alguna para patentizar el error por omisión que se denuncia...». (Sentencia 30 de junio de 1982). «...desestimando la demanda con base en el resultado del examen armónico de los diversos elementos probatorios aportados a los autos y particularmente por el documento al folio 47, que fue aportado en el escrito de contestación a la demanda, redactado en francés sin traducción, ni copia, como determina de manera imperativa el artículo 601 de la LEC, precepto de valor absoluto, cuya inobservancia es originaria de inadmisibilidad de oficio del documento, lo que le priva de validez y de eficacia...». (sentencia de 31 de diciembre de 1971).

66. Anteriormente a este fallo, la jurisprudencia menor no había adoptado una postura unánime en cuanto a la necesidad de la traducción de este tipo de documentos y así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 10 de diciembre de 1976, consideraba innecesaria la transcripción de la factura al idioma español, lo cual estaba justificado por GARAU JUANEDA, L., en el comentario a dicha sentencia realizado en la REDI, vol. XXXII de 1980, n.º 1-3, págs. 241-242. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Palencia, en su sentencia de 22 de diciembre de 1986, afirmó la aplicabilidad del artículo 601 de la LEC a este tipo de documentos, lo cual es criticable, desde el punto de vista de ALONSO HORCADA, M.L. en el comentario a esta sentencia realizado en la REDI, vol. XXXIX, 1987, n.º 1, págs. 188-190.

presentado redactado en idioma extranjero⁶⁷, ya que el propio Tribunal Supremo reconoce que aún cuando el documento goce de simplicidad, ha de ser objeto de traducción y le afecta íntegramente lo preceptuado en el artículo 601 de la L.E.C. Así, el Tribunal Supremo introduce una pauta de conducta general a seguir que no nos parece razonable y que se opone a lo preceptuado en el art. 601 de la L.E.C. en cuanto a la forma que ha de observar un documento otorgado en el extranjero para que sea admitido como un medio de prueba suficiente en el proceso que se está sustanciando ante nuestros tribunales, producido con todas las garantías y que, por lo tanto, pueda gozar de plena eficacia en cuanto a su valoración por el juez español para dictar su fallo. Desde nuestro punto de vista, esta orientación si que se opone al artículo 11.1 de la L.O.P.J. porque surte plenos efectos jurídicos un medio de prueba que se ha erigido en tal violando un derecho fundamental de la otra parte, cual es el derecho a la no indefensión contenido en el artículo 24.2 de la Constitución, al desconocer el contenido del documento por estar redactado en idioma extranjero, y no poder aportar las pruebas pertinentes para defenderse del mismo.

Esta es la línea que hasta este momento el Tribunal Supremo había seguido, señalando en su sentencia de 27 de junio de 1980 que los documentos redactados en idioma extranjero no traducidos «...ni pueden ni deben surtir sus efectos ante los tribunales de justicia, cuyo conocimiento particular de idiomas distintos al castellano ni es exigido por las leyes procesales ni orgánicas ni, en caso de conocerlas, pueden servir para hacer uso de ellas en las actuaciones procesales, porque precisamente ello sería extraprocesal y, en algunos casos, productor de indefensión...»⁶⁸.

67. En este sentido ALONSO HORCADA, M.L. y ZAMORA CABOT, F.J., «Aplicación del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961...», *ob. cit.*, pág. 1.109, entienden, refiriéndose a la apostilla que ha de acompañar a los documentos otorgados en el extranjero en lugar de la legalización, por mor del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, que parece excesivo mantener a rajatabla la exigencia de la traducción cuando el juez conoce el idioma extranjero, de la no traducción del documento no se derivan perjuicios para ninguna de las partes y, además en algo tan ocioso y claro como una apostilla.

68. A sensu contrario, el Reglamento del Registro Civil, establece la posibilidad de que el Encargado haga uso de su conocimiento privado cuando en el artículo 86 establece que «Con los documentos no redactados en castellano ni en ninguna de las demás lenguas oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas, o escritos en letra antigua o poco inteligible, se acompañará traducción o copia suficiente hecha por Notario, Cónsul, Traductor u otro órgano o funcionario competentes.

No será necesaria la traducción si al Encargado le consta su contenido».

V. CALIFICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS OTORGADOS EN EL EXTRANJERO

Como ya indicamos al inicio de este estudio, la clasificación más importante de los documentos es aquella que diferencia entre los documentos públicos y los documentos privados. Esta distinción se contempla prácticamente en la mayoría de los sistemas jurídicos y es aquí donde nos podemos encontrar con algunos problemas debido a calificaciones divergentes realizadas por los diferentes Ordenamientos Jurídicos en relación con las características que lleva implícita la consideración de un documento como público o como privado⁶⁹. En efecto, en Derecho Internacional Privado, la calificación de un documento como público o privado puede venir dada por una ley, la de la autoridad interviniente, o la del lugar de su otorgamiento, etc., pudiendo o no coincidir con la calificación realizada por el foro, produciéndose un conflicto de calificaciones.

Para resolver este conflicto, no basta con acudir a lo preceptuado en el artículo 12.1 del Código Civil y proceder a la calificación según la *lex fori*, ya que la mayoría de la doctrina estima que se llegarían a soluciones demasiado formalistas⁷⁰, en su lugar, la doctrina mayoritaria entiende que se debería de lograr una adaptación entre el derecho del foro y el derecho extranjero⁷¹, por ejemplo, respetando dentro de lo posible, las características que el Ordenamiento jurídico, al amparo del cual se creó el documento les reconocería, o bien, acudiendo al principio de equivalencia de autoridades que desarrollan una misma función. Así, el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de junio de 1977, reconoció la validez de un poder para pleitos otorgado en Cuba en documento privado, si bien nuestra ley exige que éste conste en documento público, en-

69. Así, por ejemplo, el artículo 1.218 del Código Civil señala que «*Los documentos públicos hacen prueba, aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes o sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros*».

70. En este sentido, la sentencia de 13 de octubre de 1980 de la Audiencia de Mahón aceptó la autenticidad y veracidad aneja a los documentos públicos u oficiales aunque sean extranjeros, de un certificado expedido por el Registro Provincial de las Personas de Buenos Aires, asemejándolo al Libro de Familia español, cuando la ley argentina no otorga tal presunción a sus libros de familia. Vid. ALONSO HORCADA, M.L. y ZAMORA CABOT, F.J., «*La aplicación del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961...*», *ob. cit.*, pág. 1.096.

71. MARIN LÓPEZ, A. y otros. *Derecho Internacional Privado. Parte especial. Derecho Civil Internacional*. Vol. II. 6.ª Ed. Granada 1991, pág. 99. El autor entiende que se impone la adaptación entre el derecho del foro, que suministra la categoría en que puede incluirse el acto extranjero y el ordenamiento extranjero que dará las características que tendrá en él el referido acto.

tendiendo que el mismo era válido de acuerdo con la legislación del Estado en el que se creó el documento y, el Auto de la Audiencia Territorial de Barcelona equiparó las certificaciones de un notary public inglés a las realizadas por un notario español, a pesar de las grandes diferencias que existen entre ambas figuras.

Hemos de hacer constar, no obstante, la clara voluntad de los Estados en determinar, a través del derecho convencional, la fuerza ejecutoria de los actos o documentos públicos extranjeros. En este sentido, hemos de destacar el Convenio de España con Francia de 28 de mayo de 1969 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil⁷², el cual determina que ha de entenderse por acta auténtica los documentos que, según la ley del Estado de origen, tienen fuerza ejecutiva (art. 2.6). Convenio entre España e Italia de 10 de octubre de 1983⁷³ sobre intercambio de documentación en cuestión de Registro Civil y dispensa de legalización de ciertos instrumentos, que exige para su reconocimiento que el documento tenga fuerza ejecutiva según la ley del Estado de origen (art. 12.6). Convenio entre España y Austria de 8 de febrero de 1984, y el concluido con la República Federal de Alemania de 14 de noviembre de 1983, ambos sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil⁷⁴, los cuales asimilan los documentos públicos de cada país que tengan fuerza ejecutiva, al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales. El Convenio entre España y Brasil de 13 de abril de 1989, sobre cooperación jurídica en materia civil⁷⁵, establece que los documentos con fuerza ejecutiva, formalizados ante una autoridad de un Estado Contratante, tendrán en el otro Estado la misma fuerza probatoria que los documentos formalizados en dicho Estado. Asimismo, el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil entre España y Méjico de 7 de abril de 1989⁷⁶, establece en su artículo 8 que las sentencias y laudos arbitrales de carácter declarativo dictadas en uno de los Estados Parte, tendrán eficacia y serán reconocidos por el otro Estado Parte sin necesidad de seguir un procedimiento de homologación cuando únicamente vayan a ser utilizados como una prueba ante los tribunales y,

72. B.O.E. de 14-marzo-1970.

73. B.O.E. de 24 de mayo de 1986.

74. B.O.E. de 29-agosto-1985 y B.O.E. de 16-febrero-1988.

75. B.O.E. de 10 de julio de 1991.

76. B.O.E. n.º 85 de 9 de abril de 1991, corrección de errores B.O.E. de 6 de mayo y 20 de septiembre de 1991.

serán suficiente que los mismos cumplan los requisitos necesarios para ser considerados como documentos auténticos⁷⁷, es decir, reúnan los requisitos contemplados en los artículos 600 y 601 de la L.E.C.⁷⁸.

La distinción entre documento público y privado adquiere un especial relieve en relación con lo preceptuado en los artículos 600 y 601 de la L.E.C., ya que, si nos atenemos al tenor literal de la Ley y a la ubicación sistemática de estos preceptos dentro de la misma (parágrafo 2 de la Sección 5 del Título II del Libro II rubricado «documentos públicos»), los requisitos establecidos en esta normativa y, que han de cumplir los documentos otorgados en el extranjero para que gocen de eficacia ante nuestros tribunales, sólo son de aplicación a los documentos públicos y no a los documentos privados. Sin embargo, ante tal interpretación el Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de pronunciarse, en relación con la traducción de un documento privado, la cual no fue impugnada dentro del tercer día, estimando que «...aún sin desconocer que la norma es también aplicable a los documentos privados, no obstante su colocación sistemática, es de resaltar que la actora no se limitó a desconocer la inexactitud de la versión castellana del contenido documental...» (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1985). Así pues, podemos afirmar que los preceptos estudiados son de aplicación, tanto a los documentos públicos, como a los documentos privados otorgados en el extranjero, lo cual nos parece desde todo punto razonable, al evitar las situaciones contradictorias que se podrían derivar, en cuanto a los requisitos legales que han de cumplir los documentos otorgados en el extranjero, de la consideración de un documento extranjero en nuestro Ordenamiento como público, mientras que en el Ordenamiento de origen no tiene tal consideración. Con ello se logra una mayor eficacia de la prueba documental, en tanto en cuanto, la impugnación de este medio probatorio, por la parte a quien no favorece, es mucho más difícil.

77. Esta misma previsión se contempla en el artículo 10 del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la R.F. de Alemania de 14 de noviembre de 1983. En el artículo 12 del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y Austria de 17 de febrero de 1984 y en el artículo 18 del Convenio entre España y Brasil sobre cooperación jurídica en materia civil de 13 de abril de 1989.

78. PÉREZ BEVIA, J.A., «El Convenio entre el Reino de España y el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil de 17 de abril de 1989». Rev. Justicia, 1992, n.º 1, pág. 221.

IV. MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA APORTAR AL PROCESO ESPAÑOL UN DOCUMENTO OTORGADO EN EL EXTRANJERO COMO MEDIO PROBATORIO

En relación con este requisito procesal, hemos de distinguir dos momentos procesales oportunos para aportar al proceso la prueba de un documento otorgado en el extranjero.

1.— Con la demanda o con la contestación a la misma, siempre que la parte interesada funde en el documento su derecho (artículo 504.1 de la L.E.C.). No obstante, si la parte no los tuviere a su disposición, señalará el archivo o lugar en que se encuentren los originales, (artículo 504.2 de la L.E.C.), siendo indiferente, a efectos legales, que el documento se encuentre en España o en el extranjero, ya que la parte únicamente ha de señalar el lugar. Sin embargo, se entenderá que el actor tiene a su disposición los documento y, por este motivo deberá precisamente acompañarlos a la demanda, siempre que existan los originales en un protocolo o archivo público del que pueda pedir y obtener copias fehacientes de ellos (artículo 504.3 de la L.E.C.). Como podemos comprobar, la ley establece una presunción, que pesa sobre la parte que aporta el documento, acerca de una mayor facilidad para obtener el mismo, si el documento consta en un archivo público. Esta presunción es trasladable, con reservas, a los documentos otorgados en el extranjero, ya que, en primer lugar, el mayor acceso a este tipo de documentos al encontrarse en un archivo público, puede quebrar debido, entre otras causas a la distancia y a la diferencia de sistemas burocráticos y, en segundo lugar, puede que los documentos, considerados como públicos en el Ordenamiento español y, por lo tanto contenidos en un archivo público, no tengan tal carácter en el ordenamiento extranjero y por esta causa sea más difícil la obtención de una copia.

Para paliar esta situación, el artículo 505 de la L.E.C. señala que el interesado podrá presentar una copia simple del documento si manifiesta que carece de una fechaciente; sin embargo, esta copia simple no producirá ningún efecto si, durante el término de prueba, no se llevare a los autos una copia del documento con los requisitos necesarios para que haga fe en juicio. De este modo, el interesado podrá presentar con la demanda o con la contestación una copia simple del documento otorgado en el extranjero, pero para que el mismo tenga eficacia en el proceso y pueda surtir efecto como medio probatorio, es necesario que durante el término de prueba reúna los requisitos señalados en los artículos 600 y

601 de la L.E.C., a los cuales ya nos hemos referido a lo largo de este estudio, fundamentalmente, como también ya indicamos, lo requisitos relativos a la legalización y a la traducción, en tanto en cuanto, son los que verdaderamente conforman la eficacia probatoria formal de este medio de prueba.

2.—Durante el término de prueba.— El artículo 506 de la L.E.C. establece que después de la demanda o de la contestación se podrán aportar al proceso documentos a no ser que se hallaren en alguno de los tres casos siguientes: 1.— Que sean de fecha posterior a la demanda o a la contestación. 2.— Que aunque sean posteriores a dichos escritos la parte jure que no ha tenido conocimiento de los mismos. 3.— Que la parte interesada no los haya podido adquirir por causas que no le sean imputables, siempre y cuando, señalare con el escrito de demanda o de contestación el archivo o lugar en que se encuentra el documento. De este modo, cuando el documento se ha otorgado en el extranjero y, siempre que se ajuste a uno de estos tres casos especificados en la ley, se podrá aportar al proceso una vez que se ha recibido el pleito a prueba.

La parte interesada, en proponer la prueba documental, podrá solicitar el término extraordinario de prueba a que alude el artículo 555 de la L.E.C., ya que se trata de un documento otorgado en el extranjero. Este término será de cuatro meses, si el documento se encontrare en Europa y de seis meses si se encuentra en cualquier otra parte del mundo (artículo 556 de la L.E.C.).

Para que el juez pueda otorgar el término extraordinario de prueba se requiere, a tenor del artículo 557 de la L.E.C. lo siguiente:

1.— Que se solicite dentro de los tres días siguientes al que se hubiere notificado la resolución recibiendo el pleito a prueba.

2.— Que los hechos que se quieran probar fuera del territorio nacional hayan ocurrido en el país en el que se intenta hacer la prueba.

3.— Que cuando la prueba sea testifical se indique la residencia de los testigos que hayan de ser examinados.

4.— Que si se pretende la práctica de una prueba documental, se expresen los archivos donde se hallaren los documentos que hayan de testimoniarse y que sean éstos conducentes al pleito.

A la luz de este precepto, cabe señalar, en primer lugar, que es la parte que prevea que la diligencia de prueba por ella solicitada se ha de

realizar en el extranjero, la que ha de solicitar expresamente este período extraordinario de prueba, ya que el juez no podrá otorgarlo aunque de los escritos presentados por las partes, solicitando la admisión de las pruebas aducidas, se deduzca que es necesario practicar alguna en el extranjero, si no ha sido solicitado previamente por las partes.

En segundo lugar, la L.E.C. comete un error al exigir, para conceder el período extraordinario de prueba, que los hechos que se quieran probar hayan sucedido en el extranjero, ya que, en lugar de esta exigencia, la ley se debería de referir en cuanto a su ubicación, no a los hechos, sino a los medios probatorios. Ello es así desde el momento en que puede suceder que los hechos objeto de prueba hayan ocurrido fuera del territorio nacional, pero sin embargo, el medio de prueba se encuentre en España, o, por el contrario, es posible que pueda suceder a la inversa; es decir, que los hechos hayan ocurrido dentro de nuestro país, pero que el medio probatorio se encuentre fuera del territorio nacional, con lo cual, resultaría injusto no conceder el plazo extraordinario de prueba⁷⁹.

De este modo, puede suceder que entre dos personas se celebre un contrato en el extranjero y el documento original en que consta se encuentre en España, con lo cual, sería absurdo conceder un plazo extraordinario de prueba para su presentación. Por el contrario, es posible que entre esas dos personas se celebre un contrato en España y que el documento original en el que consta se halle en el extranjero, sería ilógico, en este segundo supuesto denegar el plazo extraordinario de prueba. La L.E.C. ha tenido recientes ocasiones para modificar este precepto y no lo ha hecho; sin embargo, ello no debe de ser óbice para que no interpretemos el precepto en sus justos términos y consideremos que el plazo extraordinario de prueba lo concederá el juzgador cuando el medio de prueba se encuentre en el extranjero, independientemente de que los hechos acontecieran o no fuera del territorio nacional, lo contrario sería desconocer la verdadera intención del precepto y el porqué del establecimiento y la concesión del plazo extraordinario de prueba.

Esta interpretación se constata si tenemos en cuenta los restantes requisitos a los que se refiere la Ley para poder solicitar y que se conceda el plazo extraordinario de prueba, ya que, los mismos se dirigen a que la

79. En este sentido, Vid. GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., págs. 410-411. MANRESA NAVARRO, J.M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág. 165. MORENO CATENA, V., *Comentario a la Reforma de la L.E.C.* Obra colectiva, cit., págs. 521-522.

parte que lo solicita exprese en qué lugar se encuentran los medios probatorios de los que se intenta hacer valer, cuáles son los testigos y los documentos y, si éstos no se encuentran en el extranjero, lógicamente se comprenderá que el juez deniegue el plazo extraordinario de prueba, aunque los hechos hayan sucedido fuera del territorio nacional.

En este sentido, el artículo 558 de la L.E.C. expresa que también se otorgará el término extraordinario de prueba, aunque los hechos hayan ocurrido en territorio español, si los testigos que sobre ellos deben declarar se encuentran fuera de él. En este caso, la parte que solicite esta práctica probatoria, deberá de indicar los nombres y residencia de los testigos. Este precepto se refiere únicamente a la prueba testifical, de ahí que sólo en parte se palién los defectos del artículo 557 n.º 2; sin embargo, GUASP⁸⁰ considera que se debería de realizar una interpretación extensiva o analógica que, a pesar de la errónea indicación del artículo 557 n.º 2, amplíe el ámbito de aplicación del artículo 558 a otros medios de prueba distintos a la testifical, como, por ejemplo en nuestro caso a la prueba documental, opinión que compartimos plenamente.

Por último, hemos de señalar que, aunque la Ley se refiera exclusivamente a la prueba de los documentos públicos, hemos de entender que estas normas son también extensibles a los documentos privados que se encuentren en el extranjero, extendiendo el concepto de *archivo*, que menciona la Ley a la designación de la persona en cuyo poder se halle el documento privado que se intenta traer a los autos, o, cuanto menos, el lugar en el que el mismo se encuentre⁸¹.

80. GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág. 458. En contra MANRESA NAVARRO, J.M. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág. 768.

81. MORENO CATENA, V. Ibid., pág. 522.

LA FORMACION DE ABOGADOS EN ESPAÑA: LAS ESCUELAS DE PRACTICA JURIDICA *

JOAN PICÓ I JUNOY
Departamento de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Modelos actuales de escuelas de práctica jurídica. — III. Perspectivas de reforma. — IV. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

La Abogacía es una profesión; una profesión difícil y compleja, —destacó el gran maestro florentino CALAMANDREI¹—, llena de obstáculos y luchas que debe constantemente afrontar el abogado con lealtad, rectitud y servicio a la Justicia. Como cualquier otra requiere un adecuado aprendizaje

* Comunicación presentada en las XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en La Plata (Argentina), del 24 al 27 de abril de 1994, dentro de la Primera Ponencia General que, bajo el título «Formación de jueces y abogados», corrió a cargo del Prof. Dr. José Luis Vázquez Sotelo.

1. Esta concepción de la Abogacía se desprende, constantemente, de su obra *Demasiados Abogados* (traducción española de J.R. Xirau), Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1926.

individualizado, y la actual Universidad masificada no es el instrumento más idóneo para ofrecer esta formación profesional². Además, no debemos olvidar que en el mundo jurídico existen otros ámbitos de dedicación profesional que la Universidad no puede desatender como la Judicatura, la Fiscalía, la Notaría, entre otros. En consecuencia, la Universidad sólo puede garantizar una formación jurídica genérica de sus estudiantes. La Licenciatura en Derecho aparece como el primer paso imprescindible para poder desarrollar cualquier profesión jurídica, pero el conocimiento del aspecto dinámico del Derecho debe aprenderse en el Foro, en el «ambiente vital que se respira en el ejercicio real de la profesión»³.

Concluida la carrera universitaria el recién licenciado se mueve, en la mayoría de las ocasiones, dentro de un mar de dudas y las incertidumbres acerca de su futuro le apremian. En España⁴, la facilidad de acceso a la Abogacía⁵ y no la auténtica vocación por esta profesión, comporta que muchos de estos juristas noveles se decanten por el ejercicio de la misma⁶. El incremento del número de abogados llega, en ocasio-

2. En este sentido, VÁZQUEZ SOTELO pone en evidencia como el grave problema de la masificación universitaria ha comportado la desaparición del necesario diálogo entre el Profesor y el estudiante (VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Formación de jueces y abogados*, en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en La Plata del 24 al 27 de abril de 1994, pág. 68). Compartimos su opinión cuando afirma: «Teóricamente sería posible, en efecto, que si se dispone del número adecuado de Profesores competentes, con una buena relación entre Profesor y alumnos, con los necesarios medios materiales y con cursos académicos de duración suficiente, las Facultades de Derecho pudiesen asumir una enseñanza clínica y práctica, es decir, profesional [dentro de la Licenciatura]» (pág. 70). Vid. igualmente el estudio crítico que realiza VÁZQUEZ SOTELO de las dificultades de la enseñanza práctica en la Universidad actual (*ob. cit.*, págs. 79 a 81).

3. MARTÍNEZ VAL, J.M.², *Abogacía y abogados*, 2.ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1990, pág. 56.

4. Ello no obstante, esta preocupación no es exclusiva de nuestro país. Así, las salidas profesionales del recién licenciado en Derecho fue uno de los temas más vivamente debatidos en el *Congreso de la Unión Internacional de Abogados*, celebrado en Barcelona en octubre de 1988, y cuya Ponencia General bajo el título «Petit Cabin et ou intégration» corrió a cargo de ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL (vid. actas del Congreso en los Archivos [O del *Il.lustre Col.legi d'Advocats de Barcelona*]).

5. Para ser abogado en España, como tendremos ocasión de exponer, tan sólo se requiere el pago de la colegiación en un Colegio de Abogados, al margen de los otros requisitos previstos en el art. 15 del Estatuto General de la Abogacía aprobado por Real Decreto 2.090/1982, de 24 de julio (ser mayor de edad, carecer de antecedentes penales que inhabiliten para el ejercicio de la profesión, etc.).

6. En el resto de las profesiones jurídicas (salvo la de procurador) se exigen para su acceso superar difíciles oposiciones que suponen, en la mayoría de los casos, varios años de estudio (*ad exemplum*, en las últimas oposiciones a Secretario Judicial celebradas en febrero de 1994, se presentaron para poco más de las cien plazas convocadas más de cinco mil personas).

nes, a ser preocupante. Así, como dato realmente sorprendente podemos destacar que en el *Il.lustre Col.legi d'Advocats de Barcelona*, de los 12.254 abogados censados a 31 de diciembre de 1993, 2.103 (el 17%) han accedido a la Abogacía en los últimos cuatro años⁷. La escasa formación práctico-jurídica de estos abogados, al margen de poder provocar el desprestigio de la profesión⁸, conlleva un grave riesgo, a saber, abandonar la suerte de la Justicia a personas que no están debidamente preparadas, lo que puede acarrear no tan sólo la pérdida del litigio sino algo mucho más trascendente como es la declaración jurisdiccional de inexistencia del derecho pretendido⁹.

El carácter público de la función del abogado¹⁰ comporta que el Estado deba garantizar su calidad y eficacia. Por ello, en los Estados más avanzados es preceptiva la realización de una pasantía, así como cursos de formación práctico-jurídica, y superar necesariamente, al final de esta formación, un examen-oposición para el acceso al mundo de la Abogacía. Sin embargo, como seguidamente tendremos ocasión de analizar, en nuestro país no se exige nada de esto. Para valorar en sus justos términos la facilidad de acceso a la Abogacía en España, en relación con los Estados Unidos de Norteamérica y al resto de los Estados europeos, creemos oportuno exponer, si bien de forma somera y esquemática, cual es la situación normativa en estos países¹¹:

7. Estos datos han sido extraídos de la *Memòria de l'Il.lustre Col.legi d'Advocats de Barcelona* del año 1993 (en prensa, pág. 12).

8. «La decadencia intelectual y moral de la abogacía —llegó a escribir CALAMANDREI respecto a la situación en Italia— está en íntima relación con el excesivo número de profesionales en ejercicio... las causas inmediatas de la actual decadencia de la abogacía italiana hay que buscarlas, aparte del general decaimiento de la enseñanza media, en la excesiva facilidad con que los jóvenes salidos de las escuelas secundarias logran licenciarse en Derecho y luego ingresan en el ejercicio profesional» (CALAMANDREI, P., *Demasiados abogados*, *ob. cit.*, págs. 299 y 301). En España, vid. GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Abogacía y proceso*, Oviedo, 1988, pág. 110.

9. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Liberalización y socialización del proceso civil», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 2-3/1972, pág. 534 (nota 84).

10. Así, el art. 39 del Estatuto General de la Abogacía, iniciando el capítulo dedicado a los «Derechos y deberes de los Abogados», prescribe: «El deber fundamental del Abogado, como participe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar en ella defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de justicia a que la Abogacía se halla vinculada». Acerca de este carácter público de la función del abogado, vid. CALAMANDREI, P., *ob. cit.*, págs. 3 y ss.

11. Gran parte de los datos expuestos se han extraído de los estudios de VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *ob. cit.*, págs. 86 a 95; MARTÍN BERNAL, J.M., *Abogados y Jueces ante la Comunidad Europea*, Edit. Colex, Madrid, 1990, págs. 141 y ss.; y GONZÁLEZ BILBAO, E., *El acceso a la profesión de abogado en los diferentes países de la Comunidad Euro-*

ESTADO	FORMACION UNIVERSITARIA	FORMACION PROFESIONAL	EXAMEN FINAL	TOTAL AÑOS
ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA	3 años: título de <i>Juris Doctor</i> (previamente se exige otro título académico: en historia, literatura, etc.).	Se debe aprobar el complejo examen del <i>Bar Association</i> que abarca todas las asignaturas de la carrera (2 pruebas: una local, y otra estatal con 200 preguntas sobre 6 temas jurídicos generales). Finalmente, entrevista personal. y en 42 Estados se exige además otro examen sobre responsabilidad profesional ¹² .		4 años
ALEMANIA	6 años (de media); con examen final estatal: prueba escrita (5 horas) y prueba oral (1 hora).	2,5 años: siete etapas de pasantía con una duración mínima de tres meses, y un curso opcional de seis meses al final.	Dos pruebas: una escrita y otra oral.	8,5 años
BELGICA	5 años: 2 para diplomado en derecho 3 para licenciado en derecho	3 años: pasantía con un abogado de más de 10 años de experiencia (en el primer año además hay cursos de formación).	Prueba oral y escrita.	8 años
DINAMARCA	5 años: 3 años de cursos obligatorios 2 años de cursos opcionales	3 años: pasantía con un abogado y cursos de formación (no obligatorios).	No hay prueba final.	8 años
FRANCIA	4 años: 3 años para la diplomatura 1 año para la <i>maitrise</i>	4 años: dos años para acceder y realizar el curso en el centro de formación profesional; y dos más de ejercicio vigilado	Dos pruebas en los primeros años y un examen final (oral, escrito y entrevista).	8 años
GRAN BRETAÑA (<i>solicitor</i>)	3 años.	3 años: 1 año en un <i>College of Law</i> . 2 años de pasantía bajo el control de un abogado con más de cinco años de experiencia.	Examen final tras el primer año compuesto por siete ejercicios.	6 años ¹³

pea, presentado en las XII Jornadas de Escuelas de Práctica Jurídica de España celebradas en Santiago de Compostela (del 27 al 29 de mayo de 1993).

12. De igual modo, en numerosos Estados norteamericanos el abogado se somete a un programa obligatorio de formación continua (*Continuing Legal Education*), que consta de un mínimo de horas al año de participación en cursos profesionales. Al respecto, vid. CODINA, R., «L'advocacia als USA», en *Món Jurídic*, núm. 114, enero/febrero 1994, págs. 35-36; CREMADES, B.M., «La formación legal continuada de abogados», en *La Ley*, IV/1993, pág. 935; o SCHIFFRIN, A., «Advocats Made in USA», en *Món Jurídic*, núm. 85, febrero 1991, págs. 52-53.

13. La formación del *solicitor* británico no concluye aquí pues, desde 1990, debe realizar periódicamente cursos de formación continuada. De este modo, los abogados británicos están sujetos al *compulsory scheme of Continuing Professional Development for solicitors*, consistentes en la asistencia y seguimiento a cursos aprobados por la *Law So-*

ESTADO	FORMACION UNIVERSITARIA	FORMACION PROFESIONAL	EXAMEN FINAL	TOTAL AÑOS
GRECIA	4 años.	18 meses: pasantía con un abogado con más de 5 años de experiencia.	Dos pruebas: una escrita y otra oral.	5,5 años
HOLANDA	4 años (teóricos) 5 años (norma general)	3 años: pasantía con un abogado con más de siete años de experiencia; exigencia de cursos breves de formación.	No obligatorio.	7-8 años
IRLANDA	4 años (en el <i>Trinity College</i>) 3 años (resto de Univ.).	3 años (contrato de aprendizaje con un <i>solicitor</i>): pasantía (pagada) y dos cursos obligatorios de formación con examen.	No hay.	7 años
ITALIA	4 años (teóricos) 6 años (norma general)	2 años: pasantía con un <i>procuratore</i> (o un año si se asiste a cursos de un instituto oficial [ejemplo: <i>Istituto di Applicazione Forense Enrico Redenti</i> de Bolonia], opcionales).	Examen estatal de dos pruebas: una escrita y otra oral (de gran dificultad) ¹⁴ .	6-8 años ¹⁵
LUXEMBURGO	Convalidación de la formación universitaria de Francia y Bélgica. Además se exige superar un breve curso de homologación de Derecho luxemburgués en la Univer. de Luxemburgo.	3 años.	Dos pruebas: un examen escrito, y un test oral.	7-8 años
PORTUGAL	5 años.	18 meses en dos etapas: 3 meses de asistencia a cursos y seminarios; y 15 meses de pasantía con un abogado con más de cinco años de experiencia.	No hay	6,5 años

ciety, debiendo el abogado acreditar su participación en los mismos durante un determinado número de horas anuales: 16 horas durante cada uno de los tres primeros años de ejercicio, y a partir de entonces 48 horas, a acreditar cada tres años, durante el resto de la vida profesional del *solicitor* (CREMADES, B.M., *ob. cit.*, págs. 934-935).

14. Así, por ejemplo, en Milán lo superan sólo el 15-20 % de las personas presentadas.

15. Actualmente se discute en Italia el *Diseño di legge* n. 1230 de 11 de mayo de 1993, que modifica aspectos relevantes para el acceso a la Abogacía, restringiéndose éste todavía más. Así, en sus arts. 68 y siguientes se exige, en primer lugar, realizar un curso de formación profesional, de un año de duración, que concluye en un examen de idoneidad para el ejercicio de la pasantía, a efectuar ante una comisión formada por dos abogados y un magistrado (este examen se compone de una prueba escrita y un coloquio); y, en segundo lugar, tras superarse este examen, se exige una pasantía de dos años.

Frente a esta situación en España nos encontramos con la siguiente realidad:

ESTADO	FORMACION UNIVERSITARIA	FORMACION PROFESIONAL	EXAMEN FINAL	TOTAL AÑOS
ESPAÑA	4 años (en un gran número de Universidades) o 5 años (resto).	No se exige.	No hay.	4-5 años

En conclusión, como se desprende de los reveladores datos expuestos, la formación práctica de los recién licenciados en Derecho constituye un elemento de relevante significación por parte de todos los ordenamientos jurídicos de nuestro en torno socio-cultural. Sin embargo, en España no es preceptiva esta formación. El abogado con vocación, con inquietud e interés por desempeñar bien esta noble y señera profesión, y sin ánimo de lograr un enriquecimiento fácil y rápido, encuentra en la pasantía el complemento ideal para su íntegra formación. Junto a esta pasantía resulta del todo conveniente realizar un curso de prácticas judiciales en el que, además de procurar que el recién licenciado obtenga una formación práctica de las múltiples disciplinas jurídicas, se le enseñan materias básicas para todo abogado, como por ejemplo, expresión escrita, oratoria, organización de despachos o deontología profesional¹⁶. A tal fin existen en España diversas «Escuelas de Práctica Jurídica», a cuyo estudio dedicamos el epígrafe siguiente.

II. MODELOS ACTUALES DE ESCUELAS DE PRÁCTICA JURÍDICA

En la actualidad nos encontramos en España con dos tipos de Escuelas de Práctica Jurídica, unas adscritas a Facultades de Derecho y reguladas en normativa de carácter estatal, y otras creadas y organizadas por los Colegios de Abogados, independientes de dicha normativa. Como modelo de ambos tipos de Escuelas, vamos a centrar nuestro estudio en la Escuela de Práctica Jurídica de Murcia y en la *Escola Professional i de Pràctica Jurídica «Roda Ventura»* de Barcelona, respectivamente.

16. Afortunadamente, ha aumentado el interés de los abogados noveles por efectuar esta formación profesional en Escuelas de Práctica Jurídica. Baste, como botón de muestra, el siguiente dato: de los 213 alumnos inscritos en la *Escola Professional i de Pràctica Jurídica «Roda Ventura»* de Barcelona en el curso 1990/1991, se ha pasado a 288 en el curso 1993/1994, esto es, ha habido en el período de dos años un incremento superior al 34% en el número de alumnos.

1. *Escuelas de Práctica Jurídica adscritas a Facultades de Derecho, reguladas al amparo de la Orden de 28 de septiembre de 1964, y los Decretos de 2 de abril de 1955 y 3311/1970, de 12 de noviembre. La Escuela de Práctica Jurídica de Murcia*

Estas Escuelas se constituyen como Centros de Especialización Profesional de los licenciados por las Facultades de Derecho para el mejor ejercicio de las actividades propias de la Abogacía. Tienen la consideración de organismos incorporados a las Universidades españolas, dependen a efectos administrativos del Ministerio de Justicia, y para el cumplimiento de sus fines mantienen una estrecha vinculación con los Colegios de Abogados y de otras profesiones jurídicas, Corporaciones y Centros de estudio e investigación del Derecho y con los Órganos de la Administración de Justicia.

El curso formativo para Abogados tiene, en principio, una duración de un año y va dirigido a los Licenciados en Derecho por una Facultad española o de algún país hispanoamericano, desarrollándose las siguientes enseñanzas:

- * formativas: organización corporativa y deontología profesionales;
- * profesionales y aplicativas: técnica y práctica judicial civil, penal, administrativa y contencioso-administrativa, laboral y social, tributaria, matrimonial y eclesiástica, notarial y registral, y extrajudicial en Derecho privado;
- * informativas de especialidades, que comprenden aquellas materias jurídicas que ofrezcan destacado interés y se programen para cada curso por la Dirección de la Escuela;
- * asistencia a Juzgados, Tribunales y Oficinas Públicas.

Además tienen lugar múltiples seminarios, reuniones, coloquios y en general cuantas actividades puedan contribuir a mejorar la formación profesional de sus alumnos. En esta labor formativa las Escuelas cuentan con la colaboración de los Juzgados, Tribunales y Oficinas Públicas, las cuales por mandato *ex lege* deben facilitarles el conocimiento de cuantos materiales de archivo les requieran, siempre que por imperativo legal no esté prohibida la publicidad de los mismos.

Estas Escuelas deben contar para el cumplimiento de las funciones docentes con un cuadro de Profesores que, en principio de acuerdo a los arts. 22 y ss. del Decreto 3311/1970, son contratados y remunerados por el Ministerio de Justicia con cargo a las dotaciones presupuestarias ex-

presamente consignadas a este fin por dicho Ministerio, siendo dicha retribución independiente y compatible con la que el Profesor obtenga por su trabajo profesional fuera de la Escuela.

Como claro exponente del funcionamiento de este tipo de Escuelas podemos destacar, entre otras, la Escuela de Práctica Jurídica de Murcia¹⁷. Creada con carácter definitivo por Orden de la Presidencia del Gobierno del 22 de abril de 1964, constituye un centro de especialización para licenciados universitarios, dependiendo de la Universidad y del Colegio de Abogados de Murcia, sin perjuicio de tener vínculos de distinto tipo con otros colegios profesionales, Corporaciones y Centros de estudio e investigación jurídica, así como con los Organismos de la Administración de Justicia.

Esta Escuela surge con la finalidad de dar pleno cumplimiento a la labor formativa de la Facultad de Derecho, proporcionando a sus licenciados una preparación práctica en orden al ejercicio de la Abogacía y, complementariamente, de otras profesiones jurídicas. Para ello organiza y desarrolla, entre otras actividades, un Curso General de formación profesional de Abogados de dos años académicos de duración (quinientas horas). La enseñanza que se ofrece en estos dos años está a su vez dividida, dentro de cada uno de ellos, en diversos ámbitos:

a) En el primer año encontramos una formación dirigida a alcanzar dos objetivos:

— Ilustrar al alumno sobre las técnicas que el Letrado debe emplear cuando ejerce la profesión, tanto en el ámbito judicial (procesal) como en el extrajudicial. Así, se le forma sobre deontología, técnica judicial civil (procesos declarativos), penal (procedimientos ordinario, abreviado y de faltas), administrativa (procedimiento, vía administrativa y expediente administrativo, procedimiento sancionador, derecho urbanístico), laboral (proceso laboral, convenios colectivos, seguridad social), y tributaria (prácticas del impuesto sobre la renta de las personas físicas, sociedades, patrimonio de las personas físicas, y valor añadido). De igual modo, se analiza la técnica extrajudicial general (organización del despacho profesional, relaciones con el cliente, gestiones extrajudiciales amistosas, honorarios profesionales, redacción de dictámenes, contratos y es-

17. Así como también, entre otras, la Escuela de Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, que funciona con sujeción a lo dispuesto en el Decreto de 2 de abril de 1955 (Orden de 30 de septiembre de 1955). Respecto a esta escuela de formación profesional, vid. la obra «Escuela de Práctica Jurídica», *Memoria Cursos 1954-1982*, Universidad Complutense, Madrid, 1982.

critos jurídicos más usuales, etc.), notarial y registral; así como contabilidad;

— Preparar al alumno para el ejercicio profesional ante Juzgados, Tribunales y Oficinas Públicas. Por ello, se efectúan asistencias a los Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de lo Social para el examen y comentario de las diversas actuaciones procesales civiles y laborales, respectivamente; a la Audiencia Provincial para presenciar y comentar la vista en apelaciones civiles; y a otros órganos jurisdiccionales (la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, o el Juzgado de Menores). También se realizan visitas a Notarías, al Registro de la Propiedad, al Registro Mercantil y al Centro Penitenciario de Murcia para conocer su organización y funcionamiento práctico. Por último, durante este primer año, se procede a efectuar múltiples exámenes y comentarios de vídeos de contenido jurídico;

b) Durante el segundo año se mantiene este doble objetivo de formación del alumno, ilustrándole en otras técnicas judiciales y modos de actuación profesional (oratoria y escritura forense, ejecución singular y concursal, etc.), y preparándole para el ejercicio profesional ante los órganos jurisdiccionales y administrativos (así, por ejemplo, asistiendo al Juzgado de Instrucción y al Juzgado de lo Penal, para presenciar y analizar la instrucción y decisión de los procesos penales, respectivamente; a la Audiencia Provincial para observar y comentar el juicio oral en causas penales por delitos graves; a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, a la Audiencia Nacional, al Tribunal Supremo, entre otros).

Por último, resulta de interés destacar los siguientes aspectos de organización y funcionamiento de la Escuela:

— La docencia corre a cargo de Abogados, Profesores de Universidad y Funcionarios técnicos de la Administración de Justicia y de otras profesiones jurídicas;

— La matrícula en el curso 1993/1994 costó cien mil pesetas (primer curso), y noventa y cinco mil pesetas (segundo curso);

— Las clases prácticas sobre técnicas y modo de actuación profesional se imparten durante todas las tardes¹⁸, y las consistentes en la

18. De lunes a jueves (de 19,15 horas a 21,55 horas), desde octubre hasta junio.

asistencia a Juzgados, Tribunales y Oficinas Públicas, se desarrollan por las mañanas desde el comienzo hasta el final del curso;

— Acerca del régimen de evaluación, se exige la asistencia y participación obligatoria del alumno a las clases prácticas y demás actividades al menos en un 80 % del conjunto de aquéllas; y, respecto al control de conocimientos sobre técnicas judiciales y modos de actuación profesional, la Junta de Profesores de la Escuela lleva a cabo durante el curso dos evaluaciones parciales, cada una de las cuales tiene carácter eliminatorio, y una última evaluación global respecto a aquellos alumnos que hayan quedado excluidos en las evaluaciones parciales. La evaluación final favorable a los alumnos de primero les habilita para poder matricularse en el segundo año. Finalmente, a los alumnos de segundo que sean calificados positivamente en la última evaluación de la Escuela se les concede el Diploma del Curso General.

2. Escuelas de Práctica Jurídica independientes adscritas a diversos Colegios de Abogados. La Escola Professional i de Pràctica Jurídica «Roda Ventura» de Barcelona

De igual modo, en España nos encontramos con un gran número de Escuelas de Práctica Jurídica adscritas a distintos Colegios de Abogados, e independientes en el sentido de no estar regulada su organización y funcionamiento por la normativa estatal anteriormente expuesta. En el presente estudio vamos a centrarnos, por su tradición, en la *Escola Professional i de Pràctica Jurídica «Roda Ventura»* de Barcelona, como claro exponente de este tipo de escuelas de formación práctica de los abogados noveles.

La *Escola Professional i de Pràctica Jurídica Roda Ventura* se crea por el Il.lustre Col.legi d'Advocats de Barcelona para facilitar a los colegiados de reciente incorporación la formación específica que el ejercicio de la Abogacía reclama. Los cursos empezaron a funcionar en el período académico 1955-1956, con una duración de un año, según consta en los archivos de la propia Escuela. Desde el curso 1975-1976, y hasta la actualidad, la formación tiene lugar a lo largo de dos cursos académicos, cuya metodología está orientada a lograr el necesario equilibrio entre la formación genérica del abogado y la formación especializada que, a menudo, se le exige.

El primer curso tiene una duración de un año y se desarrolla en torno a las siguientes disciplinas:

— *Derecho procesal* (civil, penal, laboral, administrativo y constitucional). A nadie se le esconde la trascendencia que para todo abogado tiene el derecho procesal, motivo por el cual a su estudio práctico se le dedica más de una tercera parte del tiempo lectivo del primer curso. Al margen de realizar un análisis pormenorizado de los diversos escritos forenses, se examinan otros múltiples aspectos que el profesional debe tener siempre en cuenta ante un proceso: medios para evitarlo, elección del tipo de proceso a seguir, forma de preparación, estrategias respecto al modo más eficaz de plantear una demanda o una contestación a la demanda, organización de la prueba en cada caso particular y planteamiento de los recursos, constituyen, entre otras, materias de ineludible análisis por parte de Profesores y alumnos;

— *Deontología y normativa profesional*. En esta disciplina se expone el marco normativo dentro del cual se sitúa la conducta moralmente exigible al abogado con referencia a la lealtad que, en todo momento, debe mantener en sus relaciones con el cliente, la parte contraria, el resto de los compañeros, así como con los tribunales¹⁹;

— *Expresión oral y escrita*. Sin duda alguna, es ésta otra asignatura de un innegable valor práctico, pues tiene como principales objetivos controlar el denominado «nerviosismo escénico», captar la atención de un auditorio, mantener la emotividad, luchar contra la timidez, y adquirir confianza en sí mismo;

— *Psicología y psiquiatría*. El conocimiento de la personalidad humana, normal y patológica, ayuda al abogado en distintos aspectos como, por ejemplo comprender mejor las inquietudes y sufrimientos de sus clientes (especialmente en causas matrimoniales), o averiguar el alcance de los informes periciales de psicólogos o psiquiatras;

— *Organización y administración de despachos*. Se estudia dentro de este temario algo que a ninguna persona le preocupa hasta el preciso momento en que comienza la actividad profesional, a saber, la organización interna del trabajo de un despacho: registros de expedientes (situación procesal, minutación,...); contabilidad y tributación, documentación jurídica de los diversos instrumentos con los cuales trabaja el abogado

19. Con gran sabiduría COUTURE configuró como quinto mandamiento de todo abogado el de la lealtad. Así escribió: «5.º Sé Leal.- Leal para con tu cliente, al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal para con el adversario, aun cuando él sea desleal contigo. Leal para con el juez, que ignora los hechos y debe confiar en lo que tú le dices; y que, en cuanto al derecho, alguna que otra vez, debe confiar en el que tú le invocas» (COUTURE, E.J., *Los mandamientos del abogado*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1966, págs. 11 y 39).

(informes, jurisprudencia, bibliografía o legislación), etc. Se analizan, de igual modo, los problemas que plantean los distintos tipos de despachos individuales y colectivos;

— *Contabilidad y análisis de balances.* En multitud de ocasiones el abogado, especialmente el que desarrolla su actividad profesional en el mundo del derecho mercantil y tributario, debe afrontar la interpretación y valoración jurídica de los diferentes datos económico-financieros de la contabilidad de sociedades y empresas. Ésta es la razón que justifica la presente asignatura que tiene, entre otros objetivos, estudiar dicha contabilidad, los balances, o las relaciones proporcionales entre las distintas partidas contables (*ratios*);

— *Catalán jurídico.* El abogado-alumno de esta Escuela va a desarrollar, en línea de principio, su actividad profesional en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma catalana, por lo que es necesario que tenga un mínimo dominio de la terminología jurídica de una de las lenguas oficiales de esta Comunidad, el catalán;

— *Técnica negocial.* Se abordan aquí las cuestiones referentes al asesoramiento del abogado en la negociación, redacción y documentación de los contratos;

— *Derecho registral e hipotecario.* Muchas de las relaciones jurídico-patrimoniales documentadas en los contratos requieren, para que tengan plena eficacia, acceso a los Registros de la Propiedad y Mercantil, por lo que se hace necesario el conocimiento del funcionamiento real de los mismos;

— *Técnica jurídico-tributaria.* En esta disciplina se analizan diversos aspectos de derecho tributario que inciden, de un modo especial, en la realidad cotidiana del quehacer del abogado: los impuestos de actividades profesionales, rentas de las personas físicas, sucesiones y donaciones, y valor añadido, entre otros.

A lo largo del segundo año tiene lugar el análisis práctico de distintas instituciones jurídicas del derecho mercantil (contratación mercantil, sociedades, derecho registral, procedimientos concursales), civil (sucesiones, relaciones obligacionales, arrendamientos urbanos y propiedad horizontal, juicio ejecutivo, derechos reales), matrimonial y de familia (crisis matrimoniales, separaciones de mutuo acuerdo y contenciosa, medidas provisionales, propuesta de convenio regulador de las medidas, divorcio, ejecución de la sentencia de separación, disolución y liquidación del régimen matrimonial, jurisdicción canónica, parejas de hecho, filiación: reclamación e impugnación, y la adopción), penal (aspectos conflictivos

tanto de su parte general: autoría y participación en el delito, eximentes, atenuantes y agravantes; como de su parte especial: delitos económicos y contables, fiscales, ecológicos, contra la vida, contra la propiedad, entre otros; y cuestiones de medicina y psiquiatría forense), administrativo (expropiación forzosa, licencias, derecho urbanístico), laboral (derecho sustantivo laboral, la administración laboral, y seguridad social), y fiscal (con especial atención a tres impuestos: renta de las personas físicas, sobre el patrimonio, y sobre sociedades; y a los tributos locales).

Para concluir la exposición referente a la *Escola Professional i de Pràctica Jurídica Roda Ventura*, nos parece de interés destacar las siguientes cuatro cuestiones de orden organizativo:

— La docencia se encomienda, casi de forma exclusiva, a abogados;

— La matrícula para el curso 1993-1994 costó setenta mil pesetas;

— Las clases tienen lugar en horario de tarde²⁰, salvo cuando éstas consisten en la asistencia a Juzgados y Tribunales o Registros Públicos pues, necesariamente en estos supuestos, el horario debe adecuarse al de funcionamientos de tales instituciones públicas;

— Respecto al sistema de evaluación, se planifican para cada año académico dos pruebas de control de conocimientos, superadas las cuales puede accederse al segundo curso. Una vez finalizado el segundo curso existe otro examen que, superado favorablemente, da derecho a la obtención del Diploma de esta *Escola*.

Por último, debemos indicar que si bien la formación continuada de los abogados no tiene un carácter obligatorio en España, como hemos tenido ocasión de analizar, ésta se fomenta desde el Il.lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona a través de su Comisión de Cultura integrada por 4.058 miembros²¹, esto es, cerca de la mitad de los abogados colegiados en Barcelona, y estructurada en torno a 23 secciones especializadas en diversas disciplinas jurídicas²², que han organizado en el año

20. De 19,30 horas a 21,30 horas (de lunes a jueves), desde octubre hasta junio.

21. Dato extraído de la *Memòria de l'Il.lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona* de 1993 (en prensa, pág. 34).

22. Así, cabe mencionar las secciones de Derecho Administrativo, Derecho Aero-náutico y del Espacio, Derechos de Autor y Propiedad Intelectual, Derecho de la Circulación, Derecho Civil, Derecho Comunitario, Derecho Constitucional, Derecho del Deporte, Derecho Laboral, Derecho Marítimo, Derecho Matrimonial y de Familia, Derecho Medioambiental, Derecho Mercantil, Derecho Penal, y la de Derecho Procesal.

1993 veintiséis cursos, de una duración cercana a las cuarenta horas la mayoría de ellos²³, amén de múltiples seminarios y conferencias.

III. PERSPECTIVAS DE REFORMA

Ante la necesidad de armonizar la situación española con la legislación comparada comunitaria, en la actualidad nos encontramos inmersos en un proceso de reforma que modificará, en breve plazo, la presente realidad normativa. De este modo, en el art. 15 del Anteproyecto de Estatuto General de la Abogacía Española²⁴ se establece, como condición necesaria para la incorporación a un Colegio de Abogados, «acreditar la específica formación profesional para dicho ejercicio y superar, en su caso, las condiciones de acceso que a tal efecto estén establecidas en cada momento». En el debate de los máximos responsables de la Abogacía y la Procuraduría se sostiene, de forma unánime, la perentoriedad de arbitrar sistemas institucionalizados de formación práctico-jurídica²⁵.

23. Podemos destacar los cursos de especialización en Derecho Marítimo, Derecho Matrimonial Civil, Derecho Inmobiliario, Derecho Sanitario, Derecho Comunitario, Derecho Hipotecario, Derecho de la Construcción, Derecho Aeronáutico y del Espacio, Derecho Urbanístico, sobre el proceso laboral, la liberalización del control de cambios en España, la responsabilidad por daños al Medio Ambiente, expresión oral en público, documentación de acuerdos sociales y Registro Mercantil, entre otros muchos.

24. Texto aprobado por la Asamblea de Decanos en sus sesiones de 5 y 6 de marzo, 21 y 22 de mayo, y 25 de junio de 1993 (publicado en la revista *Otrosí*, agosto-septiembre 1993, págs. I y ss).

25. En este sentido, podemos traer a colación las palabras de Eugenio Gay, Presidente del Consejo General de la Abogacía, quien destaca «la necesidad de que los recién licenciados superen, antes de ejercer, un período de prácticas cuya duración, contenido y demás características están en estudio» (revista *Procuradores*, núm. 34, noviembre-diciembre 1993, pág. 16); y las de José Granados, Presidente del Consejo General de Procuradores, para quien «con el máximo espíritu autocrítico y constructiva reflexión, parece inevitable que los responsables de las Instituciones oficiales de las profesiones liberales del derecho asumamos la responsabilidad de una situación nueva que exige modelos nuevos, en los que cierta experiencia práctica resulta inevitable para el ejercicio profesional de Abogado ... urgen la institucionalización y oficialidad de un amplio y profundo sistema de prácticas» a realizar durante dos años en la propia Universidad, como complemento de su formación académica, o bien en las Escuelas de Práctica Jurídica, (revista *Procuradores*, *ob. cit.*, págs. 16 y 17). Esta preocupación por establecer mecanismos de formación práctica de los recién licenciados en las Facultades de derecho, se reflejó en las opiniones de distintas personalidades de la Abogacía, Magisterio universitario, Judicatura y de estudiantes pronunciadas en el *Fórum Món Jurídic*, celebrado en Barcelona el 31 de enero de 1994 bajo el tema de «La regulación del acceso a la profesión» (un resumen de estas intervenciones se encuentra publicada en la revista *Món Jurídic*, núm. 114, enero-febrero 1994, págs. 42 a 50).

Por lo que hace referencia al tema objeto de estudio, debemos destacar como en los últimos años han tenido lugar diversas Jornadas de trabajo de las Escuelas de Práctica Jurídica de España²⁶, en las que se han elaborado distintos proyectos de reforma legislativa²⁷, y recientemente se ha creado una Comisión Mixta Consejo General de la Abogacía Española-Ministerio de Justicia en la que se discuten las bases de la regulación del acceso a la profesión. En las XIII Jornadas de Escuelas de Práctica Jurídica, y última de las celebradas, que tuvo lugar en Mérida (Badajoz) los días 25 y 26 de noviembre de 1993, se destacó la imperiosa necesidad de regular el acceso a la profesión de abogado a través de un sistema de formación adecuado, adoptándose las siguientes conclusiones:

a) Para el ejercicio de la profesión de abogado deberá superarse una Prueba Práctica de Aptitud ante una Comisión de Evaluación, previa realización de un período de capacitación profesional. Para poder concurrir a dicha Prueba Práctica, será preciso el cumplimiento de alguno de los siguientes requisitos:

— Obtención del diploma final de una Escuela de Práctica Jurídica debidamente reconocida por el Consejo General de la Abogacía Española,

— Realización de un período de pasantía de al menos dos años de duración debidamente controlada por el correspondiente Colegio de Abogados, o

— El ejercicio efectivo durante un período de cinco años de otra profesión jurídica.

En los dos últimos casos también será necesario acreditar la asistencia a un curso de deontología y normativa profesional desarrollado por el correspondiente Colegio de Abogados;

b) Para poder ser pasante será necesario ser licenciado en derecho, reunir las demás condiciones que exige el Estatuto General de la Abogacía para el ejercicio de la profesión e inscribirse en un Colegio de Abogados.

26. Con el fin de elevar al Consejo General de la Abogacía Española una propuesta de legislación referente al acceso a la profesión de abogado.

27. De este modo, podemos destacar las Jornadas de Escuelas de Práctica Jurídica de España celebradas en Mérida (25 y 26 de noviembre de 1993), Santiago de Compostela (27 al 29 de mayo de 1993), Valladolid (5 y 6 de junio de 1992), o Las Palmas de Gran Canaria (30 de mayo y 2 de junio de 1991), entre otras.

La pasantía tendrá una duración no inferior a dos años y, durante los mismos, el pasante estará sometido a las normas deontológicas y disciplinarias que el Colegio al que esté adscrito establezca, sin que pueda considerarse en ningún caso relación laboral.

El pasante estará sometido al control colegial y deberá efectuar su pasantía bajo la dirección de un abogado tutor que cuente al menos con cinco años de ejercicio profesional y no esté sancionado disciplinariamente;

c) La creación de las Escuelas de Práctica Jurídica corresponderá a los Colegios de Abogados. Estas Escuelas tendrán por finalidad la eficaz formación de los licenciados en derecho en las técnicas y modos de actuación profesional como abogados, y otorgarán un diploma final acreditativo de haber superado al menos 400 horas de enseñanza, el cual será título suficiente para poder acceder a la prueba práctica de capacitación profesional;

La tutela de las Escuelas de Práctica Jurídica quedará confiada a los Colegios de Abogados, sin perjuicio de la colaboración de las Facultades de Derecho, y de la Administración de Justicia. El Poder Judicial y las administraciones públicas deberán prestar a las Escuelas de Práctica Jurídica la ayuda necesaria para el cumplimiento de sus fines dentro de los límites que permita la legislación vigente.

La creación y designación de los órganos de dirección y gestión de las Escuelas corresponderá a cada Colegio de Abogados.

El profesorado de las Escuelas de Práctica Jurídica estará constituido, fundamentalmente, por abogados con amplia experiencia práctica en la materia a impartir.

Sólo podrán ser alumnos de las Escuelas de Práctica Jurídica los licenciados en Derecho.

IV. REFLEXIONES FINALES

A la vista de las consideraciones aquí formuladas, y haciendo un análisis crítico de la formación actual de nuestros abogados, creemos estar en condiciones de mantener las siguientes conclusiones:

I. Es necesario perfilar un sistema de formación práctica de carácter obligatorio. Posiblemente un sistema mixto, de pasantía en despacho de abogados y cursos prácticos, sea el modelo más perfeccionado, pues

aúna las ventajas y contrarresta los inconvenientes de los dos modelos individualizados;

II. La duración de esta formación no puede ser ni excesivamente breve, pues para una preparación profesional eficaz se requiere un espacio de tiempo lo suficientemente amplio como para que el futuro abogado asimile, de forma crítica, dicha formación; ni muy larga pues ello puede desincentivar, de forma injustificada, a las personas con vocación que pretenden acceder a la Abogacía, al margen de que se gravaría excesivamente a aquellas personas con escasos recursos económicos. A nuestro entender, el plazo de dos años, mayoritario en los Estados europeos, resulta plenamente idóneo. El momento adecuado para iniciar esta formación es el de la conclusión de los estudios universitarios pues, precisamente en este momento, es cuando el recién licenciado posee los conocimientos jurídicos genéricos suficientes para acometer eficazmente su formación profesional;

III. Acerca de la pasantía en despachos de abogados, deberían arbitrase sistemas de control que garanticen la correcta formación del pasante, y eviten la indebida utilización de esta institución (o lo que CALAMANDREI denominó «la escandalosa farsa del tirocinio»). Para ello podrían sondearse las opiniones de los pasantes que concluyan este período de formación acerca de su validez en el concreto despacho donde han realizado la pasantía. De igual modo podría crearse una comisión dentro de la institución encargada de organizar esta formación con la finalidad de velar por la efectiva preparación de estos futuros abogados. Es necesario, de igual modo, articular los suficientes mecanismos para incentivar a los abogados a formar a los recién licenciados (así, por ejemplo, podría pensarse en reducir las cuotas a pagar en el Colegio de Abogados, o en beneficios o reducciones fiscales);

IV. En la organización de estas Escuelas de Práctica Jurídica deben participar los Colegios profesionales así como otras instituciones, especialmente la Universidad. Esta formación debe venir dada tanto por abogados como por profesores universitarios y miembros de la Judicatura y Fiscalía, pues sólo de este modo se garantiza una transmisión plena de conocimientos práctico-forenses, así como de las novedades legislativas y jurisprudenciales que, constantemente, se producen en las diversas disciplinas jurídicas;

V. Debería establecerse algún mecanismo para permitir al futuro

abogado una cierta estabilidad económica durante su formación. Así, *ad exemplum*, siguiéndose el modelo irlandés, podría asegurarse el salario mínimo interprofesional a satisfacer por el despacho de abogados en el cual el recién licenciado esté efectuando su pasantía; o podrían subvencionarse los cursos de formación, así como otorgarse becas u otros auxilios económicos para los alumnos con escasos recursos económicos;

VI. Al objeto de garantizar un cierto nivel en la transmisión de estos conocimientos, y de homogeneizarlos respecto al conjunto de las Escuelas de Práctica Jurídica, sería conveniente prever un examen común final para todos los alumnos. Teniendo en cuenta los modelos de evaluación que nos ofrece el derecho comparado, este examen podría dividirse en dos pruebas: una escrita, consistente en contestar preguntas de las distintas disciplinas que han sido objeto de estudio durante la formación, y en redactar un informe, un documento, o un escrito procesal; y otra oral, consistente bien en la simulación de alguno de los trámites orales del procedimiento, o bien en la defensa de un tema jurídico elegido por el Tribunal o Comisión Evaluadora (previo un lapso de tiempo para su preparación).

VII. De igual modo, de acuerdo a las pautas anglosajonas, que empiezan a aplicarse en la Europa continental, debería exigirse al colectivo de abogados una formación continuada de sus conocimientos, con la finalidad de que éstos se perfeccionen y adecúen a las constantes novedades legislativas, doctrinales y jurisprudenciales.

DESPACHO ORDINARIO

LOS TRIBUNALES HAN DICHO

F. MÁLAGA DIEGUEZ
ALEX CAROCCA PÉREZ
B. MORA CAPITÁN
Ch. CATALÀ COMAS
J. SOLÉ RIERA

FALLOS DEL TC QUE IMPLICAN UN PRONUNCIAMIENTO DE FONDO.
LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN DE UN
LETRADO QUE A SU VEZ ES PERIODISTA.

STC 286/1993, de 4 de octubre.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El objeto del presente recurso de amparo, dejando al margen toda una serie de supuestas irregularidades procedimentales de mera legalidad ordinaria y que son introducidas como improcedente ampliación del contenido de la demanda por el escrito de 30 de julio de 1991, es analizar si la sanción disciplinaria de «apercibimiento por escrito» impuesta al recurrente por la Junta de Gobierno del Cole-

gio de Abogados de Las Palmas, cuya licitud fue definitivamente declarada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1990, vulnera su derecho fundamental a comunicar libremente información veraz [art. 20.1.d) CE].

2. La resolución de los problemas jurídicos presentes en este recurso requiere reseñar, con la necesaria brevedad, los antecedentes del pleito constitucional. A tenor de la demanda de amparo, de las alegaciones de las partes y de las actuaciones judiciales remitidas a este Tribunal resulta acreditado que:

a) El recurrente compatibiliza-

ba su condición de Abogado en ejercicio adscrito al Colegio de Las Palmas con su colaboración habitual en el diario «La Provincia», en el que se encargaba de la crónica de Tribunales.

b) Como consecuencia de la queja presentada por varios colegiados, la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Las Palmas inició un expediente disciplinario contra él, que concluyó en la sanción de «apercibimiento por escrito», prevista en el artículo 116.3.a) del Estatuto General de la Abogacía, por entender que algunas de sus colaboraciones en el mencionado diario vulneraban la prohibición estatutaria de realizar publicidad de sus servicios (art. 31) y la de respetar y guardar consideración a los compañeros de profesión [art. 46.c)], sanción disciplinaria que fue confirmada por el Consejo General de la Abogacía.

c) Interpuesto recurso contencioso-administrativo, el recurrente obtiene dos resoluciones de signo contrario en la jurisdicción ordinaria. La discrepancia fundamental entre ambas Sentencias se cifra en la respuesta que obtiene el principal problema jurídico presente en este recurso: si el sometimiento a un *status* profesional distinto al de periodista puede suponer un «plus» en relación a los límites de su libertad de expresión, que recibe una respuesta negativa en el Tribunal de instancia y por el contrario positiva ante el Tribunal Supremo.

3. Así planteado el recurso la misión de este Tribunal es resolver una doble cuestión; en primer lugar si para el recurrente, en su condición de Letrado, se pueden derivar, en abstracto, límites específicos y

más incisivos en su libertad de información de los que competen a los periodistas, o en general al conjunto de los ciudadanos, límites que justificarían una eventual sanción disciplinaria colegial en caso de ser quebrantados, y en segundo lugar, si partiendo de la licitud de dichos condicionantes, puede ser considerada acorde al artículo 20 CE la concreta sanción que le ha sido impuesta, ya que es evidente que en ningún caso esos límites o condicionantes pueden suponer una pérdida de núcleo esencial de libertad de información que como ciudadano le corresponde.

4. Respecto del primero de los problemas planteados es claro que, como afirma el Ministerio Fiscal, la jurisprudencia de este Tribunal ha considerado lícito la limitación en el ejercicio de derechos fundamentales, y singularmente de las libertades de expresión e información, como consecuencia de las relaciones profesionales a las que se encuentra sometido un ciudadano en la esfera de su actividad de su vida privada, y muy especialmente de las derivadas de su ejercicio profesional. De ellas surgen una serie de condicionamientos al ejercicio de esos derechos fundamentales, de forma que, cuando son desbordados, se pueden producir una serie de consecuencias negativas en su ámbito profesional, frente a las cuales no cabe alegar lícitamente el ejercicio de un derecho fundamental como la libertad de expresión, sencillamente porque se trata de algo ajeno al mismo, en cuanto éste ha sido previamente delimitado como una derivación lícita de esa situación en la que voluntariamente se ha situado.

En este sentido este Tribunal ha declarado que «la libertad de expresión no es un derecho ilimitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el artículo 20.4 de la propia Constitución establece... y al mismo tiempo su ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento que el artículo 7 del Código Civil expresa con carácter general, al precisar que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, y que en el supuesto de examen tienen una específica manifestación dentro de la singular relación jurídico-laboral que vincula a las partes, no siendo discutible que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto con otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de dicha relación» (STC 120/1983, fundamento jurídico 2.º), de forma que «la emisión o difusión de opiniones en forma desajustada a lo que constituye una regla de general observancia en el tráfico jurídico convierte en ilícito y abusivo el ejercicio de la libertad de expresión, pudiendo por consiguiente entrar en juego el cuadro de responsabilidades contractuales derivadas del incumplimiento del deber de buena fe». (STC 88/1985, fundamento jurídico 3.º, doctrina reiterada, entre otros, en los AATC 171/1985 y 1.121/1988).

No surge ninguna duda al afirmar que la doctrina expuesta, si bien surgida en el campo laboral, es de posible aplicación *mutatis mutandi* a las relaciones que se crean entre un determinado Colegio Profesional y sus colegiados, de las que surgen un haz de derechos y obligaciones recíprocas y una expresa sumisión por parte de quien libremente decide ejercer la profesión al régimen disciplinario que la regula. Tampoco parece dudoso que entre las obligaciones que como miembro de tal Corporación asume el recurrente para un ejercicio ordenado y adecuado de la profesión se pueden encontrar aquellas cuyo incumplimiento ha generado su sanción.

En definitiva, es claro que el recurrente se encontraba sometido a su estatuto profesional, y que de esa sumisión se derivan, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada, y en contra de las pretensiones del recurrente, una serie de limitaciones o condicionamientos al ejercicio de su libertad de expresión.

5. Lo hasta aquí expuesto no exime, sin embargo, a este Tribunal de analizar el segundo de los aspectos presentes en el recurso: la ilicitud de la concreta sanción disciplinaria interpuesta, problema que se puede plantear, son la STC 6/1988, fundamento jurídico 5.º, en los siguientes términos:

«Esta libertad, sin duda, no podrá invocarse lícitamente para romper el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico-privadas, pero tampoco los principios que informen estas últimas y que preserven el honesto y leal cumplimiento por las partes de sus

obligaciones respectivas, podrán entenderse en términos tales que se impida, más allá de los imperativos propios impuestos por el contrato, el ejercicio de la libertad civil que la Constitución preserva».

Se trata en consecuencia, también en este supuesto de realizar una ponderación de los bienes constitucionales en juego, de forma que, partiendo de la licitud ya definida de los límites de la libertad de información específicamente aplicables a quien como Abogado en ejercicio ejerce en un medio de comunicación su libertad de expresión, es preciso analizar si en el caso concreto el Tribunal Supremo ha realizado una interpretación adecuada de los mismos, ya que evidentemente resultaría constitucionalmente inaceptable la extensión de los citados límites más allá de lo que constituye su ámbito propio de lícita actuación, sometiendo a restricciones indebidas el núcleo esencial de la libertad de información que el recurrente, como cualquier ciudadano, ha de tener garantizado.

Este es precisamente el punto de vista que adopta en su informe el Ministerio Fiscal cuando dice, en el apartado 8.º de sus alegaciones, que «la posición preferente de la libertad de expresión e información frente a sus límites (STC 107/1988, entre otras), y el carácter restrictivo que a éstos debe darse, obligaban al órgano judicial —en este caso el Tribunal Supremo— a efectuar una ponderación de los bienes en pugna (STC 104/1986) que tuviera en cuenta el principio de proporcionalidad de los sacrificios (por todas, STC 37/1989). Ello exigiría una mayor explicita-

ción de las causas concretas por las que la libertad de expresión del solicitante de amparo se veía constreñida por un expediente sancionador, máxime teniendo en cuenta el medio de difusión de tales expresiones, el carácter de periodista de su autor y el interés público de las mismas. Tal valoración no ha existido suficientemente...»; por lo que concluye el Ministerio Fiscal citando la concesión del amparo.

Es evidente, y así lo hemos citado en numerosas ocasiones (por todas, SSTC 105/1990, 171/1990 y 172/1990), que en el conflicto entre las libertades reconocidas en el artículo 20 CE y otros bienes constitucionalmente protegidos, los órganos judiciales deben, habida cuenta de las circunstancias del caso, ponderar si la información se ha llevado a cabo dentro del ámbito de dicha protección constitucional o, por el contrario, si ha transgredido ese ámbito, de forma que siendo inexistente o insuficiente la citada ponderación este Tribunal ha declarado la nulidad de las resoluciones judiciales (entre otras, SSTC 104/1986 y 227/1992).

Una lectura atenta de la Sentencia recurrida lleva a este Tribunal a compartir las conclusiones del Ministerio Fiscal en orden a la estimación del recurso. En efecto, tratándose, como hemos destacado, de un problema de límites a la libertad de información de quien ejerce una profesión colegiada y sometida a un Estatuto, es patente que la decisión judicial hubiera exigido constitucionalmente un razonamiento suficiente en orden a determinar y concretar el exceso o extralimitación en el ejercicio del derecho fundamental del recurrente,

te, que lo convierte en susceptible de sanción colegial, sin vulnerar el principio de proporcionalidad de los sacrificios en el ejercicio de un derecho fundamental, en cuanto desborda el ámbito de la libertad de información para incidir en una conducta sancionable desde la óptica de la disciplina colegial.

Tal valoración exige en primer lugar una referencia concreta a las informaciones susceptibles de sanción disciplinaria, valorando y especificando el reproche de las afirmaciones en ellas contenidas. Una vez determinadas éstas hubiera sido necesario contrastarlas con una serie de principios como el de publicidad de los juicios no solamente en su dimensión personal de «proceso público» del artículo 24.2 CE, sino en cuanto implica (STC 30/1982) que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, siendo los medios de comunicación los intermediarios naturales entre la noticia y la generalidad de los ciudadanos. Es indiscutible que los medios de comunicación institucionalizados contribuyen una forma sustancial no sólo a la plena realización del principio de publicidad de las actuaciones judiciales, sino también a la formación de la opinión pública en torno a los conflictos sociales que son resueltos en sede jurisdiccional. Por ello resulta también evidente que la libertad de información que debe ser constitucionalmente protegida incluye la información crítica de las resoluciones judiciales y de las actuaciones profesionales con ellas relacionadas en materias que son, por su propia definición, de interés general. Parece también adecuado

que quien se ocupe de la información relacionada con los procesos sea un profesional que por su condición de Abogado, en modo alguno incompatible con la de informador, y su conocimiento técnico de la materia está en condiciones de contribuir de forma más adecuada a la formación de una opinión pública libre. Por último, es evidente que la libertad de información, tanto en su dimensión individual como en su dimensión institucional, sería dañada si quien la realizara sufriera una sanción sin que en su imposición hubieran sido adecuadamente ponderadas el conjunto de circunstancias expuestas.

En este contexto, en el que la libertad de información adquiere una clara primacía, no cabe ciertamente excluir que informaciones concretas puedan provocar reacciones por parte de los afectados que merezcan ser protegidas jurídicamente mediante el ejercicio de las acciones oportunas de derecho de rectificación, de protección civil del honor, la intimidad o la propia imagen, o incluso penales. Es también concebible que esas mismas informaciones puedan merecer un reproche colegial y la imposición a su autor de la correspondiente sanción profesional. Sin embargo, desde la óptica de la protección de los derechos fundamentales que debe proteger en última instancia este Tribunal, tales sanciones vulnerarían la libertad de información si su imposición no viene precedida de una adecuada ponderación entre los derechos fundamentales en juego.

Pues bien, siendo el papel del Tribunal Constitucional en estos supuestos el valorar si la ponderación efectuada por los órganos judiciales

ha sido realizada correctamente o no (STC 105/1990), hay que concluir que ello no sucede en términos suficientes en la Sentencia impugnada, en cuanto que no se valora, o no se hace de forma suficiente, la incidencia en la sanción colegial de elementos como el principio de publicidad de los juicios, el papel de los medios de comunicación, el contenido concreto de la información y, en definitiva, el principio de proporcionalidad de los sacrificios, por lo que no cabe sino compartir la apreciación del Ministerio Fiscal en orden a la estimación del recurso de amparo y, en consecuencia, anular la Sentencia impugnada, declarando la firmeza de la dictada en instancia por la Sala de lo Contencioso de la extinta Audiencia Territorial de Las Palmas.

Un breve resumen de los antecedentes de la sentencia registra lo siguiente: el recurrente compatibilizaba su condición de Letrado con la de columnista en un diario, en el que se encargaba de la crónica de Tribunales. Como consecuencia de determinadas afirmaciones vertidas por el mismo en el citado medio, en las que supuestamente hacía publicidad de sus servicios y menospreciaba a varios compañeros, la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados le sanciona con un «apercibimiento por escrito», sanción que confirma posteriormente el Consejo General de la Abogacía. El recurrente interpone recurso contencioso-administrativo contra dicha sanción, viendo estimada su pretensión por la Audiencia y desestimada en apelación por el TS. En amparo, el TC decide declarar la nulidad de la Sentencia del TS y la firmeza de la dictada en instancia.

El litigio plantea dos problemas jurídicos bien diferenciados: el primero es el de dilucidar si la condición de Letrado del recurrente implica unas limitaciones a su derecho a la libertad de información mayores que las que afectan a cualquier otro periodista o a los ciudadanos en general, y si tales limitaciones se han visto conculcadas en el caso concreto. El segundo problema lo constituye el contenido del fallo del TC, similar al de otras sentencias del mismo Tribunal, el cual no se limita a declarar la nulidad de la sentencia del TS, sino que declara igualmente la firmeza de la de la extinta Audiencia Territorial.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española,

Ha decidido

Estimar el presente recurso de amparo y, en consecuencia, declarar la nulidad de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1990, objeto de este recurso, y la firmeza de la dictada en instancia por la Sala de lo Contencioso de la extinta Audiencia Territorial de las Palmas.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

En lo que a la primera cuestión se refiere, el TC considera aplicable al caso su doctrina en materia laboral, según la cual las relaciones profesionales a las que voluntariamente se somete un ciudadano (entre las cuales se incluyen las que se crean entre un Colegio profesional y sus colegiados) dan lugar a limitaciones lícitas al ejercicio de derechos fundamentales, entre ellos la libertad de expresión. Sin embargo, el Tribunal decide estimar el recurso de amparo, por cuanto que considera que la sentencia del TS debería haber valorado «la incidencia en la sanción colegial de elementos como el principio de publicidad de los juicios, el papel de los medios de comunicación, el contenido concreto de la información y, en definitiva, el principio de proporcionalidad de los sacrificios...». Se trata, en suma, de respetar el conocido principio de que toda limitación de un derecho fundamental (v. gr. mediante una sanción) ha de venir precedida «de una adecuada ponderación entre los derechos fundamentales en juego».

Más polémico resulta el segundo problema apuntado. El art. 55.1a) LOTC establece que la sentencia que otorgue el amparo declarará la «nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos». Sin embargo, el TC no se limita en su fallo a anular la sentencia del TS, sino que declara además la firmeza de la sentencia de la Audiencia Territorial. Es decir, que el TC ordena al TS realizar una ponderación de derechos fundamentales; pero el fallo implica que dicha ponderación la lleva a cabo en su lugar el TC para el caso concreto, decidiendo adoptar el criterio de la Audiencia y prohibiéndole a aquél volver a considerar el asunto, y lo hace sin aportar argumentación alguna que lo justifique. Por ello, quizás sea conveniente analizar alguna otra resolución del TC en que sí se lleve a cabo dicha argumentación.

En efecto, como hemos señalado anteriormente, no es ésta la única sentencia del TC en que aparece un fallo en estos términos. Sin perjuicio de otros precedentes similares, la cuestión se ha puesto de actualidad con posterioridad a la resolución que comentamos, con motivo del memorándum enviado al Rey por el pleno de la sala primera del TS el 4 de febrero de 1994, en el que los magistrados expresaban su «malestar e inquietud» por lo que consideraban una invasión de competencias por parte del TC en la Sentencia de 17 de enero de 1994, en un problema sobre paternidad. Esta resolución anulaba la sentencia del TS y declaraba la firmeza de la AP de Madrid, en aras, según el propio Tribunal, del

«derecho a un proceso sin indebidas dilaciones» y del tenor del art. 24.2 CE, el cual «aconseja perfilar el fallo de tal modo que anule sólo aquellas resoluciones judiciales que de forma directa e inequívoca han infringido el derecho fundamental», como ocurría a juicio del TC con la citada resolución del TS (fundam. jco. 8.º). Sin entrar en el cauce escogido por los magistrados del Supremo para expresar su protesta, ésta se resume en un argumento contrario a los del TC: la función jurisdiccional superior en todos los órdenes, de suerte que, si bien es la función del Constitucional anular la sentencia del TS cuando lo considere oportuno, no puede declarar la firmeza de la sentencia de la Audiencia, sino que ha de devolver el asunto a la jurisdicción ordinaria para que se repare el error cometido.

Las consecuencias prácticas de estos pronunciamientos se resumen en que el TC parece estar ejerciendo jurisdicción e incluso, en cierto modo, «degradando» al TS, cuando declara firme la resolución de la Audiencia y zanja el litigio. ¿Constituye dicha declaración una extralimitación respecto de las funciones que le atribuye su Ley Orgánica? ¿Se vulnera con ella el art. 117 de la Constitución, cuyo tenor establece que «la justicia (...) se administra (...) por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial» y 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?». O bien, por el contrario, ¿se justifican estos fallos del TC en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas? Sea como fuere, la polémica doctrinal está servida.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA: EL TS LA ACOGE EN AQUELLOS SUPUESTOS EN QUE EL PLEITO ANTERIOR «INTERFIERE O PREJUJGA EL SEGUNDO PLEITO», PESE A NO EXISTIR LA TRIPLE IDENTIDAD EXIGIDA POR EL ART. 1.252 CC PARA LA COSA JUZGADA

STS 25 noviembre 1993 (A. 9.135).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El litigio del que dimana el presente recurso de casa-

ción se inició por demanda de doña María Dolores M.G., repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santiago de Compostela el 11 noviembre, que dio lugar a los Autos 400/1985 de dicho Juzgado, y en ella se solicitaba la resolución del contrato de arrenda-

miento «que liga a la actora y al demandado don Manuel L.B. en cuanto al citado local de negocio, bajo de la casa núm. 30 de la calle Montero Ríos de esta ciudad de Santiago», por permanecer cerrado por más de seis meses en el curso de un año sin justa causa para ello (art. 62.3.º de la LAU [RCL1964, 2.885; RCL 1965, 86 y NDL 1844]). El demandado alegó que, a virtud de su derecho de retorno, se le había entregado en estructura, carente de instalaciones, e invocando la excepción de litis pendencia, por estar pendiente de apelación la sentencia dictada en los Autos 204/1984 del Juzgado núm. 3 de la propia Capital a los que se habían acumulado los Autos 160/1984 del Juzgado núm. 1 solicitó la absolución.

Es de especial trascendencia señalar, a efectos de la excepción alegada, que: A) los autos 204/1984 don Manuel L.B. solicitó que se declarase: «1.º Que al reedificar, la arrendadora incumplió el compromiso contraído ante el Gobernador Civil, al hacerse entrega del local al arrendatario habiendo transcurrido con exceso los veinte meses concedidos al efecto. 2.º Que el local reedificado, fue entregado al arrendatario con menos servicios de los que existían en el inmueble derruido, y sin que las obras de rectificación en lo que al mismo se refieren estuviesen totalmente terminadas. 3.º Que el arrendatario no viene obligado a pagar otra renta en el inmueble reedificado que la que venía satisfaciendo en el inmueble derruido de cinco mil pesetas mensuales. Y consecuentemente se condene a la demandada a estar y pasar por las

anteriores declaraciones, consinténdolas y ejecutándolas, así como a abonar al actor el importe de las obras de necesaria de realización para un normal aprovechamiento del local objeto de arrendamiento, según tasación pericial o en su defecto a valorar en ejecución de sentencia, condenándole también a las costas del litigio. Con carácter subsidiario y para el improbable supuesto de no estimarse las peticiones anteriores relativas a la renta que debe satisfacer en lo sucesivo el arrendatario, se declare inadecuada por simulación del capital invertido, la que pretende percibir la arrendadora de cincuenta mil seiscientos sesenta y una pesetas mensuales, condenándola también en su caso a las costas del litigio». Y la demandada solicitó su absolución. B) En los Autos 160/1984, acumulados a los anteriores, doña M.ª Dolores M.G. solicitó que se declarase caducado el derecho de retorno de don Manuel L.B. al local, condenándolo al desalojo del mismo, oponiéndose el señor L. y solicitando su absolución. C) El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 dictó Sentencia, en 13-11-1984, cuya parte dispositiva dice literalmente así, «Fallo: Que estimando parcialmente la demanda entablada por el Procurador don Carlos F.R. en nombre y representación de don Manuel L.B. frente a doña M.ª Dolores M.G., representada por su causístico don Manuel P.V. y desestimando íntegramente la acumulada a la anterior formulada por esta última en la misma representación frente al primero, representado por el mismo procurador, debe declarar y declarar: A) Que el local reedificado

a que se refieren las actuaciones presentes fue entregado al arrendatario demandante sin que las obras de reedificación estuvieran totalmente terminadas. B) Que el arrendatario viene obligado a pagar la renta que venía satisfaciendo incrementada en el cinco por ciento del capital invertido en la reedificación en la parte correspondiente al local, a calcular en ejecución de sentencia y consecuentemente debo condenar y condeno a la demandada arrendadora a que abone al actor el importe de las obras de terminación, limitadas a las estrictamente necesarias referidas a los servicios higiénicos, así como pavimento, techo, paredes y cerramiento, exterior, a determinar en trámites de ejecución de sentencia, todo ello sin expresa mención de las costas del juicio. D) Al interponerse la demanda de los autos que nos ocupan y al dictarse sentencia en primera instancia pendía de apelación, cual se ha dicho, la sentencia dictada en los Autos 204/1984 del Juzgado núm. 3.

En los Autos que nos ocupan, 400/1985 del Juzgado núm. 2, se dictó Sentencia por el mismo, en 23-3-1987, acogiendo la excepción de litis pendencia, desestimando la demanda sin entrar en el fondo del asunto.

Apeló doña María Dolores M.G. y la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña, por su S. 28-6-1990, revocó la del Juzgado y estimando la demanda, declaró resuelto el contrato de arrendamiento.

Contra esta última sentencia interpone recurso de casación don Manuel L.B.

Segundo: El primer motivo del recurso se ampara procesalmente

en el núm. 5.º del art. 1.692 de la LECiv y denuncia «infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables al caso y en concreto el art. 533 núm. 5.º de la LECiv en relación con la doctrina jurisprudencial consagrada en las Sentencias de esta Sala Primera de fechas 27-10-1943 (RJ 1943, 1.184), 16-2-1974 (RJ 1974, 579), 17-5-1075 (RJ 1975, 2.186) y 25-5-1982 (RJ 1982, 1.598)». El desarrollo se plantea sobre la base de que, según el desarrollo se plantea sobre la base de que, según la Propia Audiencia, en su fundamento segundo, el supuesto de que un proceso civil sea perjudicial respecto a otro de igual naturaleza se encuentra incluido dentro de la litis pendencia aunque las acciones ejercitadas sean diferentes, por interpretación extensiva que realizan las sentencias citadas, y añade que, aunque no se den las tres identidades subjetiva, objetiva y de causa de pedir contemplados en el art. 1.252 para la cosa juzgada, a la que siempre se equiparó la litis pendencia, este instituto ha de ampliarse a aquellos supuestos en los que un procedimiento vincula y determina las decisiones de otro, pues, cual dice la S. 17-5-1975 (RJ 1975, 2.186), «si no se diera lugar a la excepción de litispendencia, se dividiría la continencia de la causa y podrían reproducirse sentencias contradictorias de imposible ejecución simultánea, que es precisamente lo que trata de evitar dicha excepción», no obstante lo cual considera la Audiencia que lo pedido por el arrendatario en el procedimiento 204/1984 era que se condenase a la arrendadora a abonarle el importe de las obras de

terminación del local para no estimar la prejudicialidad, que, según la sentencia recurrida, hubiera acogido de ser la pretensión que se condenase a la actora a la realización de dichas obras; y en este aspecto jurídico afirma el recurrente que el procedimiento pendiente podía provocar sentencias contradictorias en los supuestos siguientes: A) Si en el procedimiento pendiente se hubiera resuelto estimando la caducidad del derecho de retorno pedida por la arrendadora y en el que nos ocupa se hubiera desestimado la demanda resolutoria, quedando vigente y válido el contrato de arrendamiento. B) Si en el procedimiento pendiente se declarase que el local se entregó en perfectas condiciones de terminación, ello sería prejudicial para el que nos ocupa, en el que la justa causa del cierre sería precisamente la falta de terminación, por lo que de fallarse así se daría una clara contradicción, dado que, incumbiendo al arrendador la obligación de terminar el local, no sería exigible al arrendatario ni la ejecución de la obra, ni la fijación de un plazo para ello. Y C) Si como consideró la Audiencia, lo que se pedía era que se condenase a la arrendadora al pago de las obras y no a que las realizase por sí, aun en este caso habría prejudicialidad, pues el arrendatario tendría dudas sobre si el importe de las obras le sería reembolsado o no por la arrendadora y la no terminación sería causa capaz de enervar la resolución prevista en el art. 62.3.º de la LAU.

Resumido el motivo como antecede, ha de señalarse que, aunque en términos generales, la jurisprudencia

sigue exigiendo para la litis pendencia las tres identidades precisas para la cosa juzgada a que se refiere el art. 1.252 del CC; también la ha apreciado cuando el pleito anterior interfiere o prejuzga el segundo pleito, cual se deduce de las sentencias que cita la Sala de instancia y reproduce el motivo, así como de muchas otras, pudiéndose citar, aunque sólo sea a vía de ejemplo y recogiendo supuestos con fallos no coincidentes (en uno no se acoge y en el otro sí), que la S. 22-6-1987 (RJ 1987, 4.545) señala que para apreciar la situación de exclusión del segundo proceso por pendencia del anterior *se requiere «una semejanza real que produzca contradicción evidente entre lo que se resolvió —se va a resolver— y lo que de nuevo se pretende, de tal manera que no puedan existir en armonía los dos fallos, lo que solamente se pone de manifiesto cuando los litigantes, nuevamente bajo el pretexto de variar los razonamientos, de ocultarlos o dividirlos para alegarlos en otros juicios, promueven otros nuevos»*, y la de 7-11-1992 (RJ 1992, 9.097) que «el examen de los pedidos es revelador de que si bien en su contexto puramente gramatical pudieran parecer distintos a los suplicados en el pleito inicial, en realidad son absolutamente complementarios, de tal modo que que existe interdependencia entre unos y otros... y «cuanto antecede lleva a considerar que *entre uno y otro procedimiento concurre también la identidad objetiva, lo cual conduce, en definitiva, a apreciar una relación de medio a fin entre ellos y a estimar una sustancial semejanza entre las cuestiones de-*

batidas en los mismos, de tal modo que de no aceptarse la existencia de litis pendencia, cabría, como posible, dar lugar a sentencias contradictorias...», que es justamente lo que ocurre en el supuesto que nos ocupa, cual pone de manifiesto con claridad el recurrente, dado que podría darse el supuesto de que los dos fallos no pudieran concurrir en armonía y, de no ser así, que se manifestasen como absolutamente complementarios e interdependientes, o, en todo caso, con el carácter prejudicial o de medio a fin que no estimó la Audiencia, pero que se desprende de cuanto se lleva razonado, precediendo la casación de su sentencia, para anulándola, confirmar íntegramente la del juzgado, lo que impide entrar en el examen del resto

Los hechos que dan lugar a la sentencia pueden sintetizarse del modo siguiente: M.^a Dolores M.G. demanda a Manuel L.B., arrendatario de un local de negocio propiedad de aquélla, por permanecer cerrado dicho local por más de seis meses sin justa causa (art. 62.3.º LAU). Por su parte, el demandado invoca la excepción de litispendencia, por encontrarse pendiente en apelación un proceso anterior en el que el Juez de Primera Instancia había estimado su derecho de retorno frente a M.^a Dolores M.G., así como su reclamación del importe de las obras de necesaria realización para un normal aprovechamiento del local, el cual le había sido supuestamente entregado con menos servicios de los que existían en el inmueble derruido y sin que las obras de rectificación estuviesen terminadas. Esta sentencia apelada había desestimado, por el contrario, la pretensión acumulada al proceso por la arrendadora, quien sostenía que aquel derecho de retorno había caducado.

El Juez de Primera Instancia del segundo litigio acoge la excepción de litispendencia; pero en segunda instancia se revoca su sentencia, estimándose la demanda. En concreto, la Audiencia reconoce que el supuesto de que un proceso civil sea prejudicial respecto a otro de igual naturaleza se encuentra incluido dentro de la litispendencia aunque las acciones sean diferentes (pues de lo contrario se dividiría la continencia

de los motivos, y todo ello a pesar de que el cauce adecuado para denunciar la litispendencia, como cuestión procesal, habría de ser el núm. 3.º del art. 1.692 LECiv, aspecto formal que no puede, en el caso, matar la razón intrínseca de lo alegado, y supuesto que se cumplen las prescripciones del art. 1.693.

Tercero: Al acogerse el recurso, cada parte pagará las costas del mismo causadas a su instancia; las de la primera, cual hace la sentencia del juzgado que se confirma, se le imponen a la actora doña María Dolores M.G.; y no ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las de apelación, siendo razón suficiente para ello el ser contradictorias las sentencias de primera y segunda instancia.

de la causa y podrían producirse sentencias contradictorias); pero estima que tal prejudicialidad no concurría en este caso. Manuel L.B. recurre en casación contra esta sentencia de la Audiencia, amparándose en el antiguo núm. 5.º del art. 1.692 LEC (hoy el 4.º) y demostrando con ejemplos que el proceso pendiente sí podía dar lugar a resoluciones contradictorias.

El Tribunal Supremo estima el recurso —aunque advierte que el motivo para denunciar la litispendencia en casación es el núm. 3.º del art. 1.692 LEC y no el cuarto— y señala, como ya lo había hecho la Audiencia, que ha de apreciarse litispendencia, aunque no se den las tres identidades exigidas por el art. 1.252 CC para la cosa juzgada, en aquellos supuestos en que el pleito anterior «interfiere o prejuzga el segundo pleito», tal y como viene afirmando el mismo Tribunal en algunas sentencias anteriores de las que se hace mención en el texto de la sentencia. La única divergencia entre la Audiencia y el Tribunal Supremo radica, por tanto, en que éste estima que dicha prejudicialidad sí concurre en el caso concreto.

La nueva tendencia jurisprudencial parece obedecer a la necesidad de superar el rigor de la triple identidad, la cual impedía abarcar todos los supuestos en que existe el riesgo de que se dicten dos resoluciones contradictorias. De hecho, la doctrina científica venía denunciando que determinadas sentencias afirmaban, por ejemplo, la identidad de causa de pedir entre dos procesos, cuando ésta no existía en realidad (v. gr. SERRA DOMÍNGUEZ respecto de la Sentencia de 22 de diciembre de 1961), forzadas tal vez por aquel rigor. Si lo que la litispendencia persigue es eliminar la coexistencia de dos procesos cuyo resultado puede ser incompatible, parece razonable flexibilizar los requisitos de identidad entre ambos en aras a dicha finalidad, como ocurre con los supuestos que permiten la acumulación de autos para evitar la división de la continencia de la causa, figura íntimamente ligada a la excepción de litispendencia, pues ambas constituyen al fin y al cabo los dos remedios legales a un mismo problema.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

LITISPENDENCIA: EXIGENCIA DE IDENTIDADES SUBJETIVAS, OBJETIVAS Y DE CAUSA DE PEDIR ENTRE AMBOS PROCESOS. POSIBILIDAD DE APRECIARLA DE OFICIO EN EL JUICIO DE MENOR CUANTÍA

STS 27 diciembre 1993 (A. 10.153).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Guadalajara, de 30-12-1989, se resuelve la demanda interpuesta por la actora «Lerga, SA», contra el demandado don Eduardo G.-V.C., en donde se suplica «se condene al demandado don Eduardo G.-V.C. a pagar a mi representada «Lerga, SA» la cantidad de un millón trescientas sesenta y nueve mil doscientas once pesetas (1.369.211 ptas.), de principal, más los intereses pactados correspondientes al tipo del 20% anual desde que debían haberse abonado las respectivas cantidades que conforman la deuda total o en otro caso, y subsidiariamente, se le condene a pagar la cantidad que quede acreditada en período de prueba o en ejecución de sentencia, más los intereses pactados al tipo del 20% anual, condenándole asimismo al pago de todas las costas del presente proceso con independencia de que sea estimada la petición principal o la subsidiaria», cuya demanda fue contestada por el demandado, que, a su vez, reconvino pidiendo, literalmente, «se dictara sentencia declarando resuelto el contrato de ejecución de obra concertada por las partes, el día 1-9-1986, condenando a la Sociedad «Lerga, SA» a que abone a don Eduardo G.-V.C. en concepto de indemnización

de daños y perjuicios la cantidad que en ejecución de sentencia se determine por la terminación de las que no ha llegado a ejecutar y la subsanación de las que tiene realizadas hasta dejarlas en el ser, estado, condiciones y con los materiales pactados en aquel contrato, cantidad de la que se deducirá a su terminación la diferencia entre los 4.320.395 ptas. inicialmente convenidos más el IVA, correspondiente y los 3.780.000 ptas., que ya tiene percibidos, y expresamente el pago de las cuotas»; tramitado en forma el proceso del Juzgado y en virtud de lo acreditado al alegarse por la actora al contestar a la reconvencción —según el F.1.º—, en base a la existencia de la Sentencia de la Audiencia Territorial de 9-6-1988 —aportada en el acto de la comparecencia— dictada en el rollo de apelación en el Juicio de menor cuantía núm. 195/1987, apreció la excepción de «litispendencia», por lo que, desestimó tanto la demanda como la reconvencción sin entrar a conocer el fondo del asunto, y todo ello, en cuanto a la acción ejercitada, acreditando que la parte dispositiva de esa sentencia fue la siguiente: «Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del demandante don Eduardo G.-V.C., contra la Sentencia de fecha 3-11-1987, dictada por el Ilmo. Magistrado Juez de 1.ª Instancia núm. 2 de Guadalajara y su partido en el procedimiento del que dimana el presente rollo de apelación y en su conse-

cuencia debemos revocar y revocamos dicha sentencia en el sentido de que debemos estimar y estimamos en parte la demanda instada por la representación procesal de don Eduardo G.-V.C. contra la Compañía Mercantil «Lerga, SA» y, debemos condenar y condenamos a ésta a que presente al aludido actor la correspondiente certificación final de obras como liquidación definitiva y a que le entregue la vivienda objeto de esta litis, una vez que éste le haya satisfecho la cantidad de 799.618 ptas., correspondiente a la diferencia entre la cantidad ya entregada y la presupuestada. Sin hacer expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias a ninguna de las partes litigantes» y, que, según la actora, dicha sentencia está pendiente de recurso de casación ante este Tribunal Supremo, aunque según la otra parte esta sentencia ya deviene firme, lo cierto es, que la existencia de la misma, hace que no se entrase a conocer de la pretensión principal que ejercita la actora, puesto que la sentencia de la Excma. Audiencia Territorial de Madrid, ya señala el «quantum» que considera que adeuda a la hoy actora el demandado don Eduardo G.-V.C.; por lo que estimando que estando este punto reclamado hoy por la actora, en todo caso pendiente del recurso de casación, que la misma dice haber interpuesto, procede estimar de oficio la excepción de «litispendencia», y absolver en la instancia al demandado de los pedimentos contenidos en el escrito de demanda; En el Fundamento Jurídico 2.º, en cuanto a la «demanda reconvenccional» en donde por el actor se

pide la resolución del contrato «...cuando el mismo aún pende de resolución definitiva respecto a su estricto cumplimiento, según la demanda presentada por esta parte que se incoó como Juicio de Menor Cuantía 195/1987, origen de la Sentencia en grado de apelación de 19-9-1988 —sic— de la Excma. Audiencia Territorial de Madrid; es obvio de la redacción del transcrito fallo, de esa resolución, que no puede sino puede sino estimarse la excepción de «litispendencia» al concurrir los requisitos establecidos jurisprudencialmente, y ser obvio, que no puede fallarse sobre la misma cuestión de validez o resolución del contrato en el momento presente, vista la existencia de la sentencia de apelación mencionada, y pendiendo el posible recurso de casación contra la misma interpuesto según la parte actora. Igual razonamiento es aplicable a la petición de indemnización que realiza el demandado en su demanda reconvenccional, en relación a los defectos e incumplimientos contractuales observados en la edificación, puesto que insistiendo de nuevo en el contenido del fallo de la sentencia de la Excma. Audiencia Territorial de Madrid, la misma condena a la Sociedad «Lerga, SA», a entregar al hoy demandado reconvenccional la certificación final de obras, base respecto a la que se podría entrar a conocer de la pretensión de indemnización hoy deducida, y que al hallarse en estado de pendencia, en un Tribunal Superior a tenor de lo prevenido en los arts. 533.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes, apreciando la excepción de «litispendencia» opuesta por la actora

procede absolver a ésta en la instancia de la demanda reconvenida planteada de contrario, sin entrar a conocer del fondo del asunto»; por lo que se dicta la decisión indicada, frente a la cual, se interpuso recurso de apelación por la actora, al que se adhirió el demandado, que fue resuelto por Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 27-11-1990, donde, previo rehúse de la excepción de litispendencia apreciada de oficio —así se dice por la Sala «a quo»—, por el Juzgado de Primera Instancia respecto a la demanda por cuanto que —F.1.º—, habida cuenta las características de la acción entablada en el juicio de menor cuantía —195/1987—, y en el Fallo de la Audiencia Territorial de Madrid de 9-6-1988, resulta evidente que —aparte de no poderse apreciar de oficio dicha excepción— están ausentes los presupuestos que deben existir entre el pedimento contenido en el suplico del escrito inicial del presente procedimiento, y lo impetrado en el «petitum» de formalización a la demanda formulada en el anterior juicio, esto por lo que respecta a la pretensión integrada en la demanda, y examinando el fondo de dicha pretensión se dice en el F.2.º, en donde se ejercita una acción con una opción alternativa, de condena específica al pago de un millón trescientas sesenta y nueve mil doscientas once pesetas (1.369.211 ptas.), o bien, a la cantidad que resulte en ejecución de sentencia, se acredita según la Sala del estudio del contrato suscrito entre las partes (de 1-9-1986), así como de las características de las obras consignadas en el presupuesto, por un total de

cuatro millones trescientas veinte mil trescientas noventa y cinco pesetas (4.320.395 ptas.) y de las obras a las que se obligó la actora, teniendo en cuenta que la contratación se efectúa a precios unitarios, por importe del total expresado en el presupuesto, incluyendo el beneficio industrial, y por la prueba practicada —todo ello según se especifica en el F.2.º—, que resulta evidente, que no pudiéndose apreciar los alegatos de la parte actora al respecto sobre exceso en las unidades de obra realizadas según la prueba pericial y negada la suscripción de la certificación final, no cabe acoger la petición principal, y estimar en cambio la formulada con carácter subsidiario al evidenciarse que la cantidad que ha de ser abonada a la entidad postulante, habrá de ser la que resulte entre la cantidad entregada y la presupuestada, más lo atinente al IVA, por un total de setecientos noventa y nueve mil seiscientos dieciocho pesetas (799.618 ptas.) a que se condena al pago, a la parte codemandada; en cuanto a la reconvencción —según su F.3.º—, en primer lugar, se razona, que no acontece la excepción de litispendencia que fue alegada por la parte demandada frente a dicha acción entablada por la parte actora porque en la presente demanda reconvenida se interesó la resolución de un contrato, de 1-9-1986, mientras que en la acción ejercitada en los Autos 195/1987, se solicitó el cumplimiento de ese contrato, pero, que en definitiva, teniendo en cuenta, que, aunque se pidió dicha resolución por las características de la reconvencción, lo que está pidiendo en rigor es el cumpli-

miento del contrato, al instar se condene al pago que resulte de la cantidad precisa para la ejecución de las obras, por lo que no existe tal petición de resolución, y que, asimismo, por lo argumentado, no se dan las incompatibilidades entre las acciones ejercitadas en el primer pleito y en este segundo, por parte del demandado reconviniente, por lo cual, procede rehusar el planteamiento de dicha excepción; en cuanto el fondo del asunto —respecto a esta acción reconvenida—, se subraya en el F.4.º, que por la abundante prueba practicada al respecto, existen numerosos desperfectos graves, en que ha incurrido la actora en la ejecución de la obra encomendada, y se hace constar en el informe pericial que se cita «que existen muchas e importantes deficiencias y pormenorizando que las grietas y fisuras que aparecen en los muros de carga —elemento estructural de capital importancia— parecen ser consecuencia de una mala ejecución de los mismos que determinaría que trabajasen cada lámina, lo que supone obviamente una reducción en consistencia de la vivienda; «que las grietas que aparecen en los muros de un pie parecen consecuencia de un incorrecto apoyo de los elementos estructurales superiores (cargaderos)» —describiendo asimismo las fisuras existentes en otras estructuras del edificio como son los forjados y la tabiquería de la vivienda, por más que éstas sean de menor entidad— y constatando las anomalías expuestas en informe emitido por el técnico don Angel G. que, si bien impugnado en fase ritualia oportuna no deja de desplegar eficacia probatoria a

través de la ratificación de las anomalías en él denunciadas por el Arquitecto judicial, amén de la corroboración que se desprende del testimonio ofrecido por el Arquitecto director de la obra y diligencia de reconocimiento judicial, las que dificultan notoriamente la utilización de la vivienda edificada y, 'ergo', la finalidad para la que fue erigida»; todo lo cual, ha de conducir a la estimación de la demanda reconvenida, y en consecuencia condenar a la entidad «Lerga, SA», por lo cual, procede dictar el Fallo a que se ha hecho mención, esto es, rechazando la pretensión principal ejercitada por la actora, y estimando parcialmente lo suplicado con carácter subsidiario se condene al demandado a que abone a la actora la suma de sentencias noventa y nueve mil seiscientos dieciocho pesetas (799.618 ptas.), y asimismo, acogiendo el recurso planteado adhesivamente por la parte demandada, se revoca la sentencia y se estima plenamente la demanda reconvenida, «condenando a 'Lerga, SA' a que abone al anterior, la cantidad que en ejecución de sentencia se determine para la terminación de las obras irrealizadas y la subsanación de las afectadas hasta dejarlas en el estado y con las condiciones y materiales pactados en el contrato de 1-9-1986, a cuyo efecto se observarán las bases plasmadas en el cuerpo de esta resolución, cantidad de la que se deducirá la diferencia entre las 4.320.395 ptas. presupuestadas y la suma recibida ya por la entidad 'Lerga, SA'», si bien se resalta que por Auto de aclaración de 17-12-1990, se concreta que la cuantía que se deducirá, es, justa-

mente, la de 799.618 ptas., que, según el pronunciamiento anterior, debe satisfacer el demandado a aquél. Frente a cuya decisión, se interpone el presente recurso de casación, exclusivamente por la parte actora, con base a los 4 motivos que son objeto de examen por parte de la Sala.

Segundo: En el primer motivo del recurso, se denuncia por la vía del antiguo núm. 5 del art. 1.692 LECiv, la infracción pro no aplicabilidad del art. 533.5, relativo a la excepción de «litispendencia», al no haber sido estimado en cuanto a la acción reconvenzional planteada por el actor, tal y como lo estimó el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Guadalajara, por cuanto que, en síntesis, se afirma que cualquier pronunciamiento sobre la petición reconvenzional, en donde se pide el cumplimiento del referido contrato y sobre todo la condena a la ejecución de las obras convenidas, deberá previamente partir de la real entrega de la vivienda en cuestión, que fue justamente una de las acciones que se diluyó en el pleito anterior de que se ha hecho mención, esto es, del menor cuantía 195/1987. Rollo de apelación núm. 957/1987, resuelto por la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid. En el segundo motivo, se denuncia, al amparo del núm. 3 del art. 1.692 LECiv, el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, y esto es, por la incongruencia en que ha incurrido la sentencia al estimar la demanda reconvenzional, al alterar el «petitum» formulado en éste, ya que, lo que se pide, es la resolu-

ción del contrato de obra, con la consiguiente indemnización, mientras que en la sentencia no se ha dado lugar a esa resolución, y consiguiente resarcimiento de daños y perjuicios, y se condena, sin embargo, en vez de a la reparación «in natura», como sería una derivación lógica de ese incumplimiento, a una condena de incumplimiento por equivalencia, según la cual, «no se permite a mi representada dicha reparación por sí misma, sino a su costa, por lo que la alteración del 'petitum' con la demanda reconvenzional es evidente, habiéndose pues, infringido el art. 359 LECiv». En el tercer motivo, se denuncia por la misma vía del núm. 5 del art. 1.692 LECiv, la inaplicación del art. 1.124 CC, en lo relativo al incumplimiento por parte del demandado, por cuanto está plenamente probado y reconocido en la sentencia de instancia que el demandado reconvenzionalmente incumplió su obligación de satisfacer el precio de la obra ejecutada, según lo convenido, por lo cual las consecuencias jurídicas inherentes a dicho incumplimiento contractual —a nuestro juicio—, no pueden ser otras que las de impedir la estimación de la demanda reconvenzional, por lo cual, al no haberse llegado a esa conclusión, se ha incurrido en citado desvío. En el cuarto motivo, se denuncia bajo igual vía procesal, la inaplicación del art. 523 LECiv, por cuanto que, en la parte dispositiva de la sentencia, se contiene la estimación plena de la demanda reconvenzional, lo que debía haber llevado a la resolución del contrato, pero, que al no haberse así pronunciado, lo que en realidad acon-

teció, fue una estimación parcial de la reconvenzión, por lo que, no se debería haber impuesto las costas en ninguna de las instancias a esta parte, asimismo, por lo que respecta a la resolución de la prescripción de la demanda, en la sentencia de instancia se estima parcialmente la pretensión solicitada por nuestra parte, aunque, en definitiva a tenor de su parte dispositiva la estimación es total, por lo que, se deberían haber impuesto las costas a la parte contraria.

Tercero: La Sala al examinar dichos motivos, expresa anticipadamente que al margen de que se aprecie de oficio la excepción de cosa juzgada —por cuanto se razona en el último Fundamento Jurídico de esta sentencia— no obstante se compulsa la concurrencia de la litispendencia, dados los términos en que se debatió el litigio y el contenido del primer motivo del recurso, y todo ello, partiendo primeramente de las características de dicha excepción, en los términos que entre otros se fijó en la S. 13-2-1993 que dice «...ha de tenerse en cuenta que la uniforme jurisprudencia de esta Sala exige para la estimación de 'litispendencia' la identidad sin variación alguna entre ambos procesos, que ha de concurrir en cuanto a los sujetos, a las cosas en litigio y a la causa de pedir de suerte que es necesario que entre el pleito pendiente y el promovido después exista perfecta identidad subjetiva, objetiva y causal, siendo ineficaz la defensa en otro caso, como sucederá cuando sean diversas las cosas litigiosas o, distintos los fundamentos de la pretensión, entendiéndose por tales los hechos y su calificación ju-

rídica —SS. 29-5-1963, 13-5-1964, 10-5-1971, 22-6-1987 y 8-3-1991—, asimismo ha declarado esta Sala que la excepción de litispendencia, quinto del art. 533 LECiv, tiende a evitar que sobre un mismo punto sometido con anterioridad a la decisión de otro Tribunal se produzca, al no ser examinado en el litigio posterior en que la pretensión se actúa, resoluciones contradictorias y sólo cabe proponerla cuando en juicio de igual naturaleza está otro Juzgado o Tribunal conociendo de la misma cuestión y en los propios términos que la planteada en el pleito, en que aquélla se deduce, de modo que la sentencia dictada en uno produzca la excepción de cosa juzgada en el otro —SS. 19-10-1954, 30-4-1960 y 22-6-1987—,...»

Cuarto: La litispendencia que se aprecia por la primera sentencia, deriva de una simple compulsa entre las pretensiones ejercitadas en ambos litigios según este contexto de cotejo comparativo: pleito anterior: 1) demanda del cliente al contratista: entregar la vivienda, presentar la certificación final de obras, más indemnización que reclama; oposición demandada contra el demandante —f. 28—. Sentencia Juez, 3-11-1987, desestima; sentencia Audiencia: Fallo —9-6-1988— que presente la certificación final y entregue la vivienda de demandada al actor, y que éste pague a la primera 799.618 ptas. pleito actual: 1) Demanda de la contratista al cliente: Pide condena pago a) bien la suma de 1.369.211 o, b) lo que resulte de ejecución de sentencia, diferencia pendiente (idem sentencia anterior 799.618 ptas.), 2) Reconvenzión: a) Resolución contra-

to, b) pago cantidad para terminar obra y arreglo de deficiencias, deduciendo la diferencia entre lo pagado y lo presupuestado (799.618 ptas.), resulta que 1.º) en el anterior pleito de menor cuantía —núm. 195/1987—, acontece que por parte del hoy demandado, que actuaba como actor, se pidió se dicte sentencia por la que se condene a «Lerga, SA», a entregar la vivienda objeto de esta litis, presentar al demandante la correspondiente certificación de final de obra como liquidación definitiva y a indemnizar al demandante a las cantidades que constan; por la parte hoy actora, entonces demandada, se adujo la consiguiente oposición y todo ello provocó que en definitiva, se dictase la Sentencia a que se hace mención de la Audiencia Territorial, de 9-6-1988, revocatoria de la desestimación de la acción dictada por el Juzgado en 3-11-1987; es evidente, pues, que teniendo en cuenta esta parte dispositiva, en donde no sólo se condena a que pague el entonces actor y hoy demandado, la cantidad que aún adeuda a la hoy actora, y entonces demandada, de 799.618 ptas., sino que, además, se condena a la hoy actora a que entregue la vivienda objeto de esta litis, con la correspondiente certificación final de obras; u según las características de la presente acción, y reconvencción ejercitada, resulta que por la primera, se pide, asimismo, la condena a que el demandado satisfaga a la actora la cantidad que se especifica en su petición principal, o si no, la que se acredita en ejecución de sentencia, a lo que se reconviene, por parte del demandado, que se declare la resolución

del contrato y, asimismo al pago de la cantidad que resulte y sea precisa para la ejecución de las obras; de cuya compulsas se obtiene pues la triple identidad requerida para la «litispendencia» por cuanto que las partes son idénticas, el objeto litigioso, asimismo, es el mismo —la vivienda controvertida—, y la razón de pedir coinciden, porque, en definitiva, la única diferencia que pudiera existir en cuanto a esa «ratio petendi», es irrelevante, ya que, se subraya, que la cantidad justamente a que se condena al hoy demandado a satisfacer a la actora, esto es, la que se especifica en la parte dispositiva de la recurrida de 799.618 ptas., fue justamente la apreciada en la S. 9-6-1988 del pleito anterior; y también por lo que atañe al aspecto económico, queda zanjado entre las partes, con esa resolución precedente, que es lo que de nuevo se debate en el actual pleito; y por lo que respecta a la *petición reconvenccional* de condena a la actora en la resolución del contrato, y, sobre todo, a satisfacer la cantidad resultante en ejecución de la sentencia, para la terminación de las obras, que no se han llegado a ejecutar, y la subsanación de las efectuadas hasta dejarlas en la condición pactada, cantidad de la que se deducirá la diferencia entre los presupuestados y los realmente ejecutados, diferencia que asimismo (según Auto de aclaración de 17-12-1990) coincide con la cifrada de 799.618 ptas., de lo que deviene evidente pues, que, como dice el Juzgado de primera instancia (y al margen de despreñar la literalidad de ese pedimento resolutorio por lo antes razonado por la propia

Sala «a quo» —F. 3.º—), para apreciar la existencia de si se han dado tales deficiencias o anomalías en la ejecución de las obras, es preciso, primero, que esté entregada la vivienda objeto de esta litis (y de cuya observancia de este mandato judicial dependerá si la misma se ha entregado conforme a lo pactado; esto es, en calidad y extensión y sin anomalías o defectos a dilucidar en ejecución de sentencia [cuya reparación en su caso es objeto de citada reconvencción y hasta cabe incluir en la de la demanda referida en la percepción económica por la actora de las diferencias de obras ejecutorias, lo que también pues contendrá en esa certificación]), que es, justamente una de las peticiones principales, del pleito anterior, así como la presentación de la correspondiente certificación final de obra de la que se comprobará, claro es, si existen anomalías o deficiencias en la misma, sin que a esa tesis obste la argumentación que respecto a la litispendencia en punto a las acciones principales haya sido apreciada de oficio por el Juzgado —no así lo relativo a la reconvencción como se expuso, pues esa posibilidad está del todo conforme a la reiterada línea jurisprudencial, según, entre otras, S. 25-2-1992, al decir... «razones de seguridad y de respeto a los derechos de las partes contendientes, junto con la vinculación al órgano que crea el conocimiento del asunto, englobadas bajo el común denominador de los efectos que genera la situación del litigio pendiente, obligan a estimar que en la apreciación de la excepción cuestionada en nuevo proceso que reduzca el estado litigioso pen-

diente de resolución en otro pleito, prevalece sobre los intereses de los particulares el interés público y por ello resulta justificada plenamente la actuación «ex officio» una vez que el Juez comprobó, mediante la denuncia de la parte, la existencia de otro litigio pendiente...»; a lo que se subraya *cabe sostener que análoga razón para apreciar de oficio la excepción de cosa juzgada debe existir en la litispendencia que opera o puede operar como un anticipo de ésta, pues, a su través, en la mayoría de los casos, hasta se impide el riesgo de futuras sentencias*, entre otras, según SS. 19-10-1954, 22-6-1987 y 13-2-1993 (control «ex ante» en la litispendencia y «ex post» en la cosa juzgada) —.

Quinto: Ahora bien, como se anticipó, habiendo venido en conocimiento la Sala que juzga que la Sentencia de la Audiencia Territorial citada de 9-6-1988, recaída en el anterior litigio 195/1987 —Juzgado núm. 2 de Guadalajara— devino firme al desestimarse el Recurso de casación núm. 2.404/1988 de esta Sala en su S. 10-1-1991 —esto es en fecha incluso, anterior a la de la formalización del presente recurso de casación cuyo escrito es de 22-2-1991, pese a lo que se silencia aquella resolución— y que por lo tanto, ante susodicha firmeza de la misma sentencia referida, que sirve para integrar la precedente argumentación sobre la «litis pendiente», ha de abocarse a su consecuente operatividad como integradora de la actual excepción de cosa juzgada (huelga replantear, aunque ya se expuso antes, la interrelación entre ambas, que la finalidad o el designio de la primera, por

lo general, es que resuelto el litigio anterior su decisión ulterior produzca excepción de cosa juzgada en el segundo, en los términos, entre otros, de las SS. 19-10-1954, 30-4-1960 y citada de 13-2-1993), de lo que se deriva, pues, que transformado el obstáculo, en cierto modo provisional, que la «litispendencia» provoca para impedir el nuevo enjuiciamiento de la contienda a manera de un indubitado cierre judicial, en el definitivo propio de la excepción de cosa juzgada, y sobre cuyos presupuestos, ya «nominatim» fijados en el art. 1.252 del CC, se adujeron los argumentos para apreciar su acaecimiento, según se expuso en el fundamento jurídico anterior, y *sin que se plantee duda alguna sobre la estimación de ofi-*

cio de repetida excepción de cosa juzgada, procede, en definitiva, y sin necesidad de examinar todos los motivos del recurso, desestimar el mismo, al acoger de oficio esa excepción, resolviendo conforme a los términos en que está planteado el debate, según prescribe el art. 1.715 LECiv, con la anulación de la sentencia recurrida, y la confirmación implícita en su esencial declaración impeditiva del conocimiento del presente litigio, de la primera instancia, si bien por el juego de la cosa juzgada, con los demás pronunciamientos en cuanto a costas, que no se imponen en ninguna de las instancias ni las de este recurso, en razón de la complejidad del asunto y sentido de la decisión que se pronuncia.

Los hechos relevantes para el presente comentario pueden resumirse del modo siguiente: la sociedad «Lerga S.A.» demanda a Eduardo G.-V.C., reclamando de éste una cantidad de dinero que supuestamente le adeudaba como contraprestación a la ejecución de una obra. Por su parte, el demandado reconviene exigiendo la resolución del contrato de obra y una indemnización de daños y perjuicios, por una también supuesta ejecución defectuosa e incompleta del mismo. En la comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía, la actora presenta una sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 9 junio 1988 recaída en apelación pero pendiente en casación, en la que se declara que Eduardo G.-V.C., a la sazón demandante, debe a «Lerga S.A.» una determinada cantidad de dinero y ésta a aquél la certificación final de obras y la vivienda terminada. A la vista de dicha sentencia, el Juez de Primera Instancia que conoce del segundo proceso dicta a su vez sentencia absolutoria en la instancia apreciando la excepción de litispendencia, al considerar que tanto la demanda como la reconvencción versan sobre idéntico asunto que el que se encuentra pendiente en casación.

Recurrida en apelación por la actora la sentencia de instancia (recurso al que se adhiere el demandado), la AP Guadalajara dicta sentencia y rehúsa la excepción de litispendencia, aduciendo para ello que ésta no puede ser apreciada de oficio y que, por un lado, no se dan los presu-

puestos de la excepción comparando los pedimentos de la representación de «Lerga S.A.» en ambos juicios y, por otro y en lo que a la reconvencción se refiere, que «no se dan las incompatibilidades entre las acciones ejercitadas (por Eduardo G.-V.C.) en el primer pleito y en este segundo». Al mismo tiempo y como consecuencia de lo anterior, la AP resuelve sobre el fondo. Finalmente, esta sentencia de la Audiencia es recurrida en casación por la parte actora, la cual denuncia en su primer motivo la no aplicación por aquélla del art. 533,5.º LEC, sosteniendo que cualquier pronunciamiento sobre la petición reconvenccional había de partir de la real entrega de la vivienda, «que fue justamente una de las acciones que se dilucidó en el pleito anterior».

Con estos antecedentes, el TS estima que en el supuesto concreto puede apreciarse litispendencia (decimos puede porque finalmente se aprecia cosa juzgada por haber recaído ya sentencia en casación en el primer proceso), llevando a cabo dos pronunciamientos que nos han parecido dignos de comentario:

a) En primer término, la Sala suscribe la que denomina «uniforme» jurisprudencia que exige para la estimación de litispendencia «perfecta identidad subjetiva, objetiva y causal», estimando que dicha identidad concurre en el supuesto concreto. Sin embargo, esta afirmación nos parece cuestionable por dos motivos: por un lado, esa exigencia de la triple identidad no puede considerarse en absoluto «uniforme», puesto que existen sentencias del propio TS que no la requieren, apreciando la excepción también en aquellos supuestos en que el pleito anterior «interfiere o prejuzga el segundo pleito» [v.gr. STS 25 noviembre 1993 (A. 9.135)]. Por otro lado, es discutible que en el supuesto concreto concurra la triple identidad mencionada, y ello no únicamente debido a la complejidad que introduce la existencia de una demanda reconvenccional, sino también al hecho de que en ésta se solicita una indemnización que tiene su causa en unas anomalías, para apreciar las cuales es preciso que se entregue la vivienda, entrega que es una de las peticiones del proceso anterior (así lo reconoce la propia sentencia comentada). ¿Existe en este supuesto identidad de causas de pedir o únicamente se «interfiere o prejuzga» el segundo proceso en el sentido antes apuntado?

b) En segundo lugar, el TS ratifica la posibilidad de apreciación de oficio por el Juzgado de la excepción de litispendencia, puesto que las razones de «seguridad y de respeto a los derechos de las partes contendientes», que se verían transgredidos de dictarse sentencias contradictorias, han de prevalecer sobre los intereses de los particulares [sigue el

camino iniciado por la STS 25 febrero 1992 (A. 1.552)]. A ello añade la sentencia que comentamos el argumento de que la configuración de la litispendencia como anticipo de la cosa juzgada, que puede apreciarse de oficio, permite aplicar por analogía el tratamiento procesal de ésta a aquélla. Únicamente cabría preguntarse si el Tribunal se refiere con su afirmación a todos los procedimientos civiles o únicamente al juicio de menor cuantía, para cuya comparecencia ya prevé la LEC esa apreciación de oficio de defectos procesales (art. 693, 3.ª LEC). El hecho de que la resolución recaiga tras un juicio de menor cuantía (al igual que la sentencia de 1992 cuyo criterio suscribe) y el mayor oficialismo que lo inspira nos lleva a dudar que el TS pretenda universalizar la solución que adopta; pero, al mismo tiempo, las razones de «seguridad y respeto a los derechos de las partes contendientes» y la finalidad de evitar sentencias contradictorias son igualmente válidas en cualquier proceso jurisdiccional, en detrimento del principio dispositivo. Sea como fuere, será preciso esperar nuevos pronunciamientos del TS para llegar a una solución unívoca a este respecto.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

MOMENTO INICIAL DE LA LITISPENDENCIA: INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE COMUNEROS QUE NO HACEN CONSTAR EXPRESAMENTE EN LA DEMANDA QUE ACTÚAN EN NOMBRE E INTERÉS DE LA COMUNIDAD

STC 11 diciembre 1993 (A. 9.604).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Doña María de los Angeles y doña Asunción S.P., titulares con su hermano Enrique de la marca «Solán de Cabras», núm. 459.537 del Registro de la Propiedad Industrial, para distinguir aguas minerales, manifestando haberla aportado para su explotación a la Sociedad «Balneario y Aguas de Solán de Cabras SA», por dichos hermanos creada, demanda-

ron, el 19-6-1987, a la «Sociedad Limitada de Aprovechamientos Naturales» en solicitud de que se declarase que esta última carecía de derecho para incluir en la elaboración y venta de agua de mesa mineromedicinal el diseño de «Solán», protegido por su marca, debiendo abstenerse en lo sucesivo de incluir en sus aguas tal diseño e indemnizando a los demandantes de los perjuicios producidos, que se fijarían en ejecución de sentencia.

Opuesta la entidad demandada, el Juzgado de Primera Instancia declaró la falta de legitimación ac-

tiva y, sin entrar en el fondo del asunto, absolvió a dicha demandada, sentencia que confirmó la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña, por la suya de 21-12-1990, sentando para ello: 1) Que al regir el Estatuto de la Propiedad Industrial (RCL 1930, 759 y NDL 25.009), vigente al momento de la presentación de la demanda, la cesión de la marca «Solán de Cabras» había «imperativamente» de ir acompañada de la transmisión de una parte de la empresa a que estuviese adscrita, concretamente el manantial o manantiales del que manan las aguas minero medicinales a las que se aplica la marca cedida (art. 36.2 del Estatuto); 2) Que aunque en la demanda se afirma por las actoras que el distintivo caprichoso «Solán de Cabras» lo aportaron a la «Sociedad Balneario y Aguas de Solán de Cabras SA», que viene fabricando y comercializando en España las mencionadas aguas, no se acredita tal aportación como establece el art. 31 de la LSA de 17-7-1951 (RCL 1951, 811, 945 y NDL 28.531), constando únicamente que las demandantes —en unión de otro hermano— son titulares de la indicada marca ante el Registro de la Propiedad Industrial y para obviar la disparidad entre la titularidad aparente de la marca y la real de las aguas, afirmaron en el trámite del resumen de pruebas y en el recurso que lo único que se había producido era una autorización o cesión del uso de la marca a la Sociedad explotadora del agua, lo que tampoco aparecía debidamente acreditado y aunque ello se hubiere producido, la relación jurídico-procesal estaría defectuosa-

mente constituida por falta de litisconsorcio activo necesario, al ser «inescindible», por imperativo del art. 36.2 EPI, la titularidad o el uso de la marca y la titularidad o el uso del agua mineromedicinal, lo que impedía a las actoras ejercitar ellas solas las acciones de defensa de la marca.

Segundo: Los dos primeros motivos del recurso tratan de combatir la falta de legitimación acogida por la sentencia de instancia y, a dichos efectos, con amparo procesal en el núm. 5.º del art. 1692 de la LECiv, citan como infringidos, el primero, los arts. 1.º, 4.º, 6.º, 7.º, 12, 14 y 123 del Estatuto de la Propiedad Industrial, así como numerosas sentencias del Tribunal Supremo que los interpretan y aclaran, y otros artículos de la Ley de Marcas de 10-11-1988 (RCL 1988, 2267); y el segundo, los arts. 31 y 36.2.º del propio Estatuto y la jurisprudencia que cita.

Ha de significarse que, a virtud de la «perpetuatio iurisdictionis» y dada la fecha de interposición de la demanda, no pueden tomarse en consideración los preceptos de la Ley de Marcas de 1988.

Por otra parte, inadmitido en momento procesal oportuno el motivo que denunciaba error en la apreciación de la prueba y no formulado ningún otro por error en su valoración con cita de la norma de hermenéutica que se considerase infringida, a la base fáctica de la sentencia de la Audiencia ha de atenderse esta Sala de casación, al haberse autolimitado en tal sentido, mientras no se acoja alguno de los motivos formulados, momento en que recobra la facultad para actuar como Sala de Instancia. Mas si la

Audiencia declara que no aparece probado que las demandantes, en unión de su hermano, aportasen su distintivo caprichoso «Solán de Cabras» a la «Sociedad Balneario y Aguas de Solán de Cabras SA», tal como establece el art. 31 de la LSA de 17-7-1951 y que tampoco aparece acreditado que autorizarasen o cediesen el uso de tal marca a la expresada sociedad explotadora del agua, es llano que la afirmación que ha de señorear el pleito y de la que ha de partirse para su resolución es la de que las demandantes y su hermano son los titulares ante el Registro de la Propiedad Industrial de la marca «Solán de Cabras», núm. 459537, para distinguir aguas minerales, y deben gozar en toda su extensión de la protección que la ley les otorga frente a quien la desconozca, es decir, hay que reconocerles las facultades exclusivas y excluyentes que tal Registro les atribuye, pues si bien es cierto que, a tenor del art. 31 del Estatuto, las diversas modalidades de la propiedad industrial son transferibles por todos los medios que el derecho reconoce, no es menos cierto que, según el mismo precepto, dichas transmisiones no surten efecto respecto a tercero mientras no se constaten en el Registro de la Propiedad Industrial mediante documento fehaciente, en el que conste haberse satisfecho el impuesto por transmisión de bienes (art. 32), que nada tiene que ver con los tributos locales de carácter real, ni, concretamente, con la Licencia Fiscal de Actividades Comerciales e Industriales (documento núm. 2 de la demanda); y es que, como establece el art. 7.º de la mencionada normativa, las pa-

tentes, marcas y demás modalidades comprendidas en el Estatuto constituyen un derecho cuyo reconocimiento dimana de la inscripción registral, representada por el certificado que se expide, indispensable, a tenor del art. 14, párr. 2.º, para quedar amparado por dicho Estatuto, comprendiendo tal amparo, según el art. 123, la legitimación, no sólo para oponerse a que se conceda una marca comprendida en las prohibiciones del art. 124, sino también para el ejercicio de las acciones criminales y civiles al objeto de exigir responsabilidades por los ataques a dicha propiedad, porque dichas acciones no son públicas, sino pertenecientes al titular inscrito que se crea perjudicado por actos que lesionen su titularidad (ver S. 30-6-1986 [RJ 1986, 3.830]), siendo así que al entablarse la demanda las únicas titulares inscritas eran las actoras y su hermano, no dándose falta de legitimación en las actoras, aunque no se haya hecho constar en la demanda de manera expresa que actúan en nombre de la comunidad y en interés de la misma, pues plantean una pretensión que, de prosperar, redundará en provecho de la comunidad, de tal manera que la legitimación activa del comunero, en cualquier clase de comunidad, viene determinada por el derecho ejercitado (acción en provecho común) y por el resultado provechoso pretendido, que beneficia a todos los titulares y no sólo a los que actúan, debiendo tenerse en cuenta que se acciona frente a tercero perturbador del derecho inscrito y no frente a la sociedad a quien se dice haber transmitido o cedido la marca, única que podría

oponerse a la titularidad aparente y frente a la cual incluso habrían de responder las actoras por saneamiento, según el art. 31 de la LSA que cita la propia Audiencia. Se trata, en definitiva, de distinguir entre las relaciones «ad intra» y «ad extra». Y nada significa en contra de lo expuesto que el art. 36, párr. 2.º, establezca que la transmisión de una marca destinada a distinguir aguas mineromedicinales no podrá inscribirse como no se acompañe documento público en el que se justifique haberse transferido a la misma persona o entidad la propiedad de dichas aguas, pues ello sólo implica que, como no consta tal transferencia en el Registro, frente a terceros (la sociedad demandada) siguen ostentando la titularidad las actoras (y su hermano comunero), legitimadas para defender los derechos registrados, porque no puede establecerse un espacio vacío en el que, por no haber llegado la transferencia en legal forma al Registro, carezcan de acción el adquirente (al no ser titular inscrito) y las transmitentes, entendiéndose que han perdido su derecho por el acto dispositivo aunque no accedió a dicho Registro, no obstante reconocerse su obligación de responder por saneamiento, siendo abundante la doctrina de ese Tribunal Supremo, que niega ese interregno de absoluta desprotección, máxime si se tiene en cuenta que desde hace tiempo se viene estableciendo que la finalidad protectora del Registro es doble, pues abarca, no sólo el interés particular de quien inscribe, sino también el interés general de los consumidores, que son los auténticos destinatarios y beneficiarios de

las funciones que la marca cumple, en orden a su procedencia, indicación de calidades publicidad y reputación entre el público consumidor del producto, diferenciado precisamente a través de la marca, para evitar que los consumidores puedan adquirir equivocadamente cosas distintas que las que se proponen (SS. 30 octubre y 28 noviembre 1986 [RJ 1986, 6019 y 6787] y 24-7-1992 [RJ 1992, 6456]); y como la protección se consigue en la forma en que se actúa, resulta artificioso crear un litisconsorcio activo necesario entre los titulares registrales y aquel a quien se dice haber transmitido la marca, sin que se pruebe tal transmisión y que, en todo caso, no ha accedido al registro, precisamente por no aparecer cumplido el mandato del art. 36-2 del Estatuto, que requiere para la transmisión de una marca destinada a distinguir aguas minero-medicinales y para su inscripción el acompañamiento del documento público en el que se justifique haber transferido a la misma persona o entidad la propiedad de dichas aguas, de manera que si no se cumple lo mandado en el precepto se mantiene la titularidad registral a todos los efectos frente a terceros, sin que se cree por una simple manifestación un litisconsorcio activo necesario que la norma no contempla y que no hace inútil o infructuosa la relación jurídico procesal, tal como se ha constituido, para resolver la cuestión de fondo planteada, consistente, esencialmente, en la protección de la marca frente a ataques externos.

Ambos motivos, pues, han de ser acogidos, debiendo entrarse en

el fondo de la cuestión, sin necesidad de examinar el tercero.

Tercero: Constando en autos que a don Enrique, doña Asunción y doña María de los Angeles S.P., corresponde la titularidad ante el Registro de la Propiedad Industrial de la marca 459.537, «Solán de Cabras», con prioridad de 17-11-1964, habiendo sido renovada el 2-4-1985, es indudable que a virtud de la protección que les otorga el Estatuto de la Propiedad Industrial (ver singularmente los arts. 4.º y 123) les corresponde un derecho exclusivo y excluyente, un «ius prohibendi» respecto al uso de signos iguales o similares, que subsiste con carácter absoluto mientras su inscripción no haya sido cancelada en forma legal, incluso frente a la denominación social inscrita en el Registro Mercantil (Sentencias de esta Sala de 11-3-1977 [RJ 1977, 1026], 7-7-1980 [RJ 1980, 2930], 31-3-1989 [RJ 1989, 2287] y 24-7-1992 [RJ 1992, 6456]); y constando también que la demandada, hoy recurrida «Sociedad Limitada de Aprovechamientos Naturales», abreviadamente «Solan», se constituyó por escritura pública de 1983 y viene utilizando en el mercado su abreviatura para distinguir incluso productos de la misma clase y número del nomenclátor, produciendo auténtico confusionismo, tanto cuando usa tal palabra idéntica, como cuando sustituye la o por una gota de agua, es obvio que los dos primeros pedimentos de la demanda tienen que ser acogidos.

M.^a de los Angeles y Asunción S.P., titulares junto con su hermano Enrique de la marca «Solán de Cabras», demandan el 19 de junio de 1987 a la «Sociedad Limitada de Aprovechamientos Naturales», solici-

Cuarto: No puede ocurrir lo mismo, por el contrario, respecto a la petición de indemnización de daños y perjuicios que se dicen producidos por la demandada, al vender envases conteniendo agua de mesa con la palabra «Solan», que según el escrito rector habían de determinarse a través de los libros de contabilidad de la demandada, porque, según señala la S. 21-4-1992 (RJ 1992, 3316), si bien es presumible que toda infracción de las modalidades de la propiedad industrial produce perjuicios, ello no basta para darlos por efectivamente probados en su existencia, y la base apuntada resulta a todas luces insuficiente, debiendo aclararse que el art. 123 del EPI, no exime en modo alguno de la prueba de la existencia de los daños, como lo revela su núm. 3.º al señalar que se puede pedir ante los Tribunales la indemnización de daños y perjuicios que le hayan «ocasionado» los que hayan lesionado el derecho del titular inscrito; es decir, se requiere la prueba de que tales daños y perjuicios se han causado, cosa que en el supuesto que no se ocupa ni siquiera se ha intentado.

Quinto: Por imperativo legal (art. 1715.4.º de la LECiv), al haber lugar al recurso, cada parte satisfará sus costas de la casación; y acogiéndose sólo parcialmente la demanda y la apelación (arts. 523 y 710 de la LECiv), igualmente ocurriría con las costas de la primera y segunda instancia; procediendo devolver a la recurrente el depósito constituido.

tando que se declarase que ésta «carecía de derecho para incluir en la elaboración y venta de agua de mesa mineromedicinal el diseño de 'Solán'», protegido por su marca, debiendo abstenerse en lo sucesivo de hacerlo e indemnizando a los demandantes de los perjuicios hasta entonces producidos. Es importante tener en cuenta que las demandantes alegan que habían cedido la citada marca «Solán de Cabras» a una sociedad creada por los tres hermanos; pero dicha cesión no consta en el Registro de la Propiedad Industrial ni resulta suficientemente acreditada en el período de prueba.

El Juzgado de Primera Instancia, y la AP de La Coruña al confirmar la sentencia de aquél, absuelven a la demandada sin entrar en el fondo del asunto, por considerar que no existe legitimación activa con base en el siguiente argumento: el Estatuto de la Propiedad Industrial (EPI), vigente en el momento de presentación de la demanda, exigía que la cesión de la marca fuese acompañada de la de parte de la empresa a la que dicha marca estuviese adscrita, lo cual no había sucedido en el caso concreto. Lo anterior, unido a la mencionada falta de prueba de la cesión, privaría a las demandantes de legitimación; pero incluso en el caso de que dicha cesión se hubiera probado, dice la sentencia del Juzgado, existiría falta de litisconsorcio activo necesario, por estar escindida la titularidad de la marca de la de la empresa, lo cual vulnera el art. 36.2 EPI.

El TS rechaza el argumento anterior, con acierto a nuestro juicio, afirmando que el hecho de que la transmisión de la marca a la sociedad no se haya consolidado con la inscripción registral implica que, frente a terceros, la titularidad de dicha marca la ostentan en comunidad los tres hermanos, tal y como consta en el Registro. En consecuencia, las actoras están legitimadas para defender los derechos registrados, puesto que su pretensión, de prosperar, redundará en provecho de la comunidad, y ello aunque no se haya hecho constar en la demanda de manera expresa que actúan en nombre de la comunidad y en interés de la misma (FD 2.º). Una vez rechazado el supuesto defecto procesal, el TS entra en el fondo y casa y anula la sentencia de la AP, declarando que el uso de la marca «Solan» por la sociedad recurrida produce confusionismo, y rechazando la petición de indemnización de daños y perjuicios, por considerar que éstos no han sido probados.

Sin demérito de lo anterior, encontramos especialmente relevante otro pronunciamiento del TS en la sentencia comentada. En efecto, se dice en el FD 2.º que «a virtud de la *perpetuatio iurisdictionis* (en el

RJA figura «iurisdictionis») y dada la fecha de interposición de la demanda, no pueden tomarse en consideración los preceptos de la Ley de Marcas de 1988». Como es sabido, la *perpetuatio iurisdictionis* es uno de los efectos de la litispendencia *in genere*, entendida como «conjunto de efectos que produce una demanda y que se originan por su mera existencia» (RAMOS MÉNDEZ), existiendo una importante polémica doctrinal en torno al momento inicial de la misma. Pues bien, en algunas resoluciones del TS se viene sosteniendo que dicho momento inicial es el del emplazamiento del demandado; sin embargo, en esta sentencia, y siguiendo el camino iniciado con la de 25 de febrero de 1983, el Tribunal parece inclinarse por la tesis del momento de presentación de la demanda, defendida por un importante sector de la doctrina (SERRA, GUASP, RAMOS y, como momento al que se retrotraen los efectos desde el de admisión de la demanda a trámite, FAIRÉN). En definitiva, puede decirse que la jurisprudencia del TS dista de ser uniforme; pero la sentencia comentada constituye un nuevo paso en la dirección apuntada por los mencionados autores.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

DETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO EN QUE SE ALEGA UN DERECHO REAL PARA LOS EFECTOS DE LA COSA JUZGADA

STC de 11 de octubre de 1993.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: A través del cauce procesal del antiguo núm. 5.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se plantea el presente recurso, en el que se denuncia la infracción, por aplicación indebida, del art. 1252 del Código Civil, al entender la parte recurrente que, si bien ha existido identidad en las personas de los litigantes, no ocurre lo mismo en relación con las cosas y la causa de pedir, que han sido cuestionadas en el juicio precedente y en el actual; circunstan-

cias necesarias para que pueda tener aplicación la presunción de cosa juzgada, admitida en la resolución recurrida.

La doctrina científica y la jurisprudencia de esta Sala han venido sosteniendo, que ha de entenderse como «cosa» el bien jurídico cuya protección o concesión se solicita del Juzgador, y por «causa de pedir» el hecho jurídico o título que sirve de base al derecho reclamado, es decir, el fundamento o razón de pedir (SS. 11-5-1976 [RJ 1976, 2037], 27-6-1977 [RJ 1977, 3051]; 9 y 27 mayo 1980 [RJ 1980, 1790 y 2722], etc.). Cuando de acciones reales se trate, la distinción entre el «petitum» y la

«causa pretendi» se sobrepone, y aparece como el perfil de una misma institución, y en consecuencia basta con la alegación del derecho sobre una determinada cosa, para que se integre el objeto del proceso, sin que sea necesaria la alegación de los hechos de los que se deriva dicho derecho absoluto. La Sentencia de fecha 20-4-1968 (RJ 1968, 2530), aclaraba que «terminado un proceso en el que se haya ejercitado un derecho absoluto, no puede formularse otro proceso en reclamación de la tutela del mismo derecho, aunque se funde en hechos diversos de los aducidos en el primer proceso. Desestimada la demanda en que se ha solicitado la propiedad de una finca que se afirma fue adquirida por compraventa, la cosa juzgada se produce no sólo respecto a la propiedad derivada de esa compraventa alegada, sino de cualquier otro tipo adquisitivo de la propiedad, incluso no alegado en el proceso, como puede ser la usucapión».

Con esta base jurisprudencial, vamos a estudiar el problema que se plantea en el presente recurso. En el suplico de la primera demanda el recurrente solicitaba (Procedimiento 97/1981, folio 87): «que en su día se dicte sentencia por la que se declaren inexistentes, por carencia de causa o ilicitud de la misma, la inexistencia jurídica de los contratos que recogen los documentos públicos y privados que se reseñan en el hecho tercero de la demanda (escrituras de venta de las fincas objeto de la litis y de las edificaciones construidas sobre ellos), mandando se otorgue escritura pública reconociendo la propiedad de los dos inmuebles a que

se refieren, en favor de la sociedad conyugal de mi representado». En este procedimiento a instancias del recurrente, recayó Sentencia firme absolutoria con fecha 4-7-1982.

En el suplico de la presente demanda se postulaba (Procedimiento 154/1987, folio 2): «dictar en su día sentencia en virtud de la cual se condene a la demandada a la devolución a mi representado de los inmuebles de los que ha sido desposeído injustamente (los mismos del pleito anterior), o al pago de una cantidad monetaria equivalente al valor de los mismos».

La simple lectura comparativa de ambas peticiones evidencian la identidad de las mismas, pues si en el primer procedimiento se reivindicaba la propiedad de las fincas cuestionadas, alegando que el recurrente señor Tenorio V. las había adquirido de don José Antonio V., siendo inexistentes y nulas las escrituras obrantes a favor del demandado don Antonio G.J. (esposo de la aquí demandada), resulta claro que en esta segunda litis se reproduce la primitiva petición, pidiendo otra vez la devolución de las cuestionadas fincas, siendo inoperante que esta segunda petición se funde en hechos diversos, ni que de forma subsidiaria se solicite la entrega del valor de tales bienes, pues como antes veíamos al examinar la jurisprudencia, la cosa juzgada se produce en estos casos, dada la identidad del «petitum» y de la «causa petendi», que en las acciones reales aparecen confundidos, al contrario de lo que sucede en las acciones personales.

Por las razones expuestas procede rechazar el único motivo del recurso, lo que produce el decaí-

miento del recurso en su dena en costas del recurrente, si integridad, con la preceptiva con- viniera a mejor fortuna.

Se trata de una sentencia del Tribunal Supremo que se pronuncia sobre la concurrencia de la excepción de cosa juzgada. En un primer proceso se ejerció la acción reivindicatoria, fundada en la inexistencia jurídica de los contratos en virtud de los cuales el demandado detenta unos inmuebles, acción rechazada por sentencia firme absolutoria de fecha 4 de julio de 1982. En el segundo juicio, iniciado en 1987, se pidió que se condenara al mismo demandado a la «devolución de los inmuebles, o al pago de una cantidad monetaria equivalente al valor de los mismos».

La resolución incide en el complejo problema de la determinación del objeto del proceso, y ha sido dictada reproduciendo la doctrina sentada por una clásica sentencia en la materia, de fecha 20 de abril de 1968, por la que se introdujo como categoría a los efectos de la configuración del objeto del proceso, la de los derechos absolutos. Como se sabe, éstos son los que pueden ejercitarse y hacerse efectivos frente a todos y cuyo prototipo son los derechos reales, por contraposición a los derechos de obligación, que sólo pueden hacerse efectivos sobre la persona del deudor.

Los autores han destacado la utilidad de esta distinción en la materia, por cuanto permite hallar soluciones prácticas para delimitar un proceso respecto a otro, que es lo que justifica el interés que presenta la determinación del objeto del proceso, a fin de poder establecer sus límites y la prelación entre las diversas resoluciones jurisdiccionales posibles.

Efectivamente, en este caso la caracterización de la propiedad sobre unos bienes como derecho pretendido en ambos procesos ha sido suficiente como determinación del objeto litigioso. Constatado que en el primer juicio el actor y recurrente de casación pedía el reconocimiento de su derecho de propiedad sobre las fincas (acción reivindicatoria), la sentencia firme absolutoria recaída en ese proceso le impedía el ejercicio de una nueva acción que también tuviera por finalidad la declaración de su derecho de dominio sobre los mismos inmuebles (acción que perseguía su devolución o el pago de su valor), por mucho que esta segunda petición se basara en hechos distintos o pretendiera en forma alternativa la entrega de su valor.

La petición de entrega de las fincas, en base a ser o considerarse el actor propietario de las mismas, fijó los elementos esenciales del objeto

litigioso. La propiedad (o cualquier otro derecho absoluto) acota todas las posibles relaciones que el demandante guarda con el bien reclamado, siendo indiferente el motivo de la adquisición (compraventa, donación, *usucapion*, etc.) que para estos efectos no pasa a formar parte del factor causal del proceso (Vid. BERZOSA FRANCO, «Demanda, 'causa petendi' y objeto del proceso», Córdoba, 1984, p. 33 y ss.).

Esta circunstancia se produce porque la pretensión actora en un derecho absoluto al ejercerse frente a todos, queda identificada sin necesidad de narrar el hecho constitutivo de que deriva. Alegado el derecho de propiedad, si existía, se pudo conceder por cualquier causa y, denegado por una, quedó excluido por todas las demás posibles.

ALEX CAROCCA PÉREZ

CONSECUENCIAS PARA LA «LLAMADA EN GARANTÍA» DE LA NEGATIVA DEL TERCERO CITADO A ASUMIR RESPONSABILIDAD

STC 26 de junio de 1993.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Con motivo de los daños producidos en el negocio de bar (denominado «Pub Dickens»), instalado en el local comercial núm. 1, sito en el bajo de la casa núm. 1 de la calle Hernani, de San Sebastián, como consecuencia de inundación de aguas procedentes de la rotura de una tubería en la clínica dental instalada en el piso primero, letra B, de la misma casa, don Joaquín F.R. (propietario del expresado local comercial y del «Pub» instalado en el mismo) promovió contra don Guillermo G.G. (propietario del referido piso primero, letra B, y titular, como médico odontólogo, de la clínica dental instalada en el mismo) el proceso de que este recurso dimanara, en el que, ejercitando acción de responsabilidad por culpa

extracontractual, postuló se condene al referido demandado a indemnizarle en la cantidad total de cuatro millones doscientas cincuenta mil cuatrocientas diecinueve (4.250.419) ptas., en concepto de daños y perjuicios; el demandado señor G.G., antes de contestar a la demanda y alegando que la Comunidad de Propietarios del citado edificio tenía concertado con la entidad «Unión Ibero Americana Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros» una póliza de seguro que cubría el expresado riesgo, pidió que se pusiera en conocimiento de las referidas Comunidad de Propietarios y entidad aseguradora la existencia del proceso («llamada en garantía») por si querían personarse en el mismo y asumir las responsabilidades reclamadas o hacer las alegaciones que tuvieran por conveniente; denegada dicha petición por el Juzgado mediante la providencia correspondiente, el de-

mandado señor G.G. interpuesto contra ella recurso de reposición, a cuya estimación se opuso el demandante señor F.R., no obstante, lo cual el Juzgado (por Auto de fecha 28-10-1988), estimó el referido recurso de reposición y acordó que se notificara la existencia del proceso a dichos terceros extraños al mismo (las referidas Comunidades de Propietarios y entidad aseguradora) a los efectos procedentes, pero sin que ello implicara modificación de los elementos subjetivos entre los que estaba entablado el proceso. A virtud del expresado «llamamiento en garantía», se personaron las expresadas Comunidad de Propietarios y entidad aseguradora; la primera de ellas, después de reconocer las certezas de la existencia de la póliza, se opuso a la demanda, alegando que no estaba probada la certeza de los daños; la segunda de ellas («Unión Iberoamericana Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros») reconociendo la certeza de los daños, se negó a asumir responsabilidad alguna en el proceso en que no había sido demandada, alegando que el expresado siniestro quedaba excluido de la póliza de seguro que tenía concertada con la Comunidad de Propietarios del edificio; por su parte, el único demandado en el proceso, don Guillermo G.G., contestó a la demanda y se opuso a la misma, alegando que a él no le correspondía responder de los daños reclamados, por existir la mencionada póliza de seguro. La sentencia de primera instancia condenó al demandado don Guillermo G.G. «a abonar al actor la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia, cantidad que podrá reclamar en los

procedimientos correspondientes a la Comunidad de Propietarios y a la 'Compañía de Seguros Unión Iberoamericana SA'». En el correspondiente recurso de apelación, interpuesto por el demandante y al que se adhirió el demandado señor G.G. y las «llamadas al proceso» Comunidad de Propietarios y entidad aseguradora, recayó sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián, con el siguiente fallo: «debemos revocar y revocamos dicha resolución, absolviendo a los demandados de todas las pretensiones de la demanda e imponiendo al actor las costas de ambas instancias». Contra la referida sentencia de la Audiencia, el actor don Joaquín F.R. interpuso el presente recurso de casación con cinco motivos, de los cuales quedan subsistentes solamente el primero, el tercero y el cuarto, pues los números segundo y quinto fueron inadmitidos por esta Sala, en su momento.

Segundo: Por el primero de dichos motivos, con sede procesal en el inciso segundo del ordinal tercero del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurrente acusa a la sentencia recurrida de que, al haber admitido en el proceso a unos terceros (la Comunidad de Propietarios del Edificio y la entidad aseguradora «Unión Iberoamericana»), que no habían sido demandados, ha quebrantado las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, con producción de indefensión, por lo que postula que se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso (en sus dos instancias), a partir del Auto del Juzgado (de fe-

cha 28-10-1988) por el que admitió la entrada en el proceso de los referidos terceros, extraños al mismo, que no habían sido demandados. La prosperabilidad de un motivo como el aquí utilizado (inciso segundo del ordinal tercero) se halla inexcusablemente condicionada por la concurrencia de los dos siguientes requisitos: a) que se haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia en que se hubiere cometido y que, de haberlo sido en la primera instancia, se reproduzca en la segunda (art. 1693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y b) que ese supuesto quebrantamiento de forma haya producido indefensión a la parte que lo alega (inciso segundo del propio ordinal tercero del art. 1692 de la citada Ley Procesal). Ninguno de los dos mencionados requisitos concurren en el presente caso, pues el expresado Auto de fecha 28-10-1988, por el que el Juzgado acordó la llamada al proceso de esos dos terceros extraños al mismo (Comunidad de Propietarios y entidad aseguradora), a pesar de no haber sido demandadas, fue consentido (no recurrido) por el demandante señor F.R. quien, además, no pidió la subsanación de esa supuesta falta o transgresión en ningún momento posterior de la primera instancia, ni tampoco en la segunda, y, por otro lado, la entrada en el proceso de los dos referidos terceros extraños al mismo tampoco produjo indefensión alguna al demandante, pues éste contestó (en el acto de la comparecencia; arts. 691 a 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) cuanto tuvo por conveniente a las alegaciones que dichos terceros hicieron en sus respectivos es-

critos. Por todo lo expuesto, el presente motivo, en los términos y con la finalidad (declaración de nulidad de actuaciones) con que el mismo aparece articulado, ha de ser desestimado, aunque ello sin perjuicio de las consideraciones que, al examinar el motivo tercero, seguidamente se harán, acerca del alcance y vinculación procesal de la «llamada en garantía».

Tercero: A diferencia de la voluntaria o adhesiva, la intervención obligada o coactiva en el proceso tiene lugar a través de la institución conocida por «llamada en causa» o «llamada en garantía» («litis denuntiatio»), carente en absoluto de regulación en la Ley Rituaria Civil y admitida en supuestos muy específicos de nuestro ordenamiento jurídico sustantivo (arts. 1084, 1481, 1482, 1553, 1830 y 1832 del Código Civil) y se produce, generalmente del lado pasivo de la relación jurídico-procesal, cuando el que se ve demandado en el proceso y tiene, o cree tener, a virtud de una precedente relación negocial (lo que hace difícilmente concebible su aplicabilidad a los supuestos de responsabilidad por culpa extracontractual), ciertos derechos frente a un tercero, que pueden verse afectados por la sentencia que recaiga en dicho proceso, pide al órgano jurisdiccional que llame a dicho tercero al expresado proceso para dejar así salvaguardados los expresados derechos que al demandado (garantizado) le puedan corresponder contra el mencionado tercero (llamado garante), ante cuya llamada el tercero puede personarse en el proceso y asumir las responsabilidades reclamadas al único demanda-

do en el proceso, en cuyo supuesto pasará a convertirse también en demandado, o puede negar toda relación con el asunto reclamado al demandado principal, en cuyo caso las controversias existentes entre el tercero (llamado como garante) y dicho demandado principal habrán de ventilarse en otro proceso distinto, por lo que la sentencia que recaiga en el ya en curso habrá de referirse únicamente al demandado principal y único, pero no al tercero (llamado) que niega toda relación con el asunto litigioso debatido y contra el que el demandante no ha ejercitado acción alguna. Esto último (y recordando, de nuevo, la inconcebible aplicabilidad de la «llamada en garantía» a los casos de responsabilidad por culpa extracontractual) es lo ocurrido en el supuesto que nos ocupa, en el que habiendo sido demandada exclusivamente una sola persona (en este caso, don Guillermo G.G.), como supuesto responsable directo y único de unos daños por culpa extracontractual, en cuanto propietario del piso en que se produjo la rotura de la tubería, cuyas aguas inundaron y causaron daños en el negocio del demandante (art. 1910 del Código Civil), si dicho demandado único y exclusivo, valiéndose hábilmente de una institución («litis denuntiation») de difícil aplicabilidad al caso, llama al proceso a unos terceros por considerar que son los responsables de los referidos daños y dichos terceros niegan su relación con los hechos y subsiguiente responsabilidad por los mismos, la sentencia que recaiga en el proceso no puede pronunciarse (para absolverlos o condenarlos) sobre dichos

terceros que no han sido demandados y que niegan su responsabilidad, sino que ha de limitar su pronunciamiento al único demandado (en este caso don Guillermo G.G.) que lo fue, y podía serlo, como responsable único y directo de los daños producidos por la inundación, al ser el dueño de la vivienda de donde provino la caída de las aguas («cabeza de familia» le llama el art. 1910 del Código Civil, que es el único al que dicho precepto responsabiliza y, por tanto, el único al que el actor tenía que demandar, como así lo hizo correctamente), ello sin perjuicio de que si dicho demandado único (después de atender la responsabilidad que le incumbe) entiende que el expresado siniestro (inundación del negocio del demandante) se hallaba cubierto por la póliza de seguro suscrita entre la Comunidad de Propietarios del edificio y la entidad aseguradora «Unión Iberoamericana», extremo que ésta niega, y acerca de lo cual es completamente ajeno el demandante perjudicado, puedan ventilarlo a través del proceso correspondiente, pero no en el que aquí nos ocupa, en el que el actor solamente ha demandado al que considera responsable directo de los daños, en cuanto dueño del piso del que cayeron las aguas causantes de la inundación. Con base en lo anteriormente expuesto, ha de ser estimado el motivo tercero (el segundo, como ya se dijo, fue inadmitido por esta Sala), con sede procesal en el ordinal quinto del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la hoy vigente) y por el que, denunciando infracción de los arts. 260 de la Ley de En-

juiciamiento Civil, 270 de la ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375) y 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), el recurrente viene, en esencia, a sostener que él dirigió su demanda única y exclusivamente contra el dueño del piso desde el que se produjo la caída del agua, que causó los daños en el negocio de su propiedad, y no contra los terceros a los que dicho demandado ha querido traer al proceso mediante esta anómala «llamada en garantía» y a los que la sentencia recurrida absuelve, sin haber sido demandados. La estimación del expresado motivo, según se desprende de todo lo anteriormente dicho, ha de entenderse, hecha en el sentido de que, al haber negado los terceros traídos al proceso por decisión unilateral del demandado (Comunidad de Propietarios del edificio y entidad aseguradora «Unión Iberoamericana») toda responsabilidad por los daños causados y habiendo sido demandado únicamente, como responsable directo de dichos daños, el dueño del piso del que provino la caída del agua (único al que responsabiliza el art. 1910 del Código Civil), sólo respecto de éste debió pronunciarse la sentencia recurrida (para absolverlo o condenarlo) y no respecto a unos terceros que no habían sido demandados y que fueron introducidos en el proceso a través de una sedicente y extraña «llamada en garantía», y ello sin perjuicio de las acciones, se repite, que a dicho demandado único le puedan corresponder contra los referidos terceros, las que habrá de ejercitar en el juicio correspondiente.

Cuarto: Antes de entrar en el examen del motivo cuarto (último de los admitidos) ha de dejarse constancia de que la sentencia recurrida, a través de una confusa motivación, contenida en su Fundamento Jurídico Segundo, después de considerar probada la certeza y realidad de los daños producidos en el local y negocio del demandante (dice literalmente al respecto: «Se aprecia, en esta línea y en un primer término, como quedó constatado, el hecho originario de la reclamación, cual fue la inundación padecida en la finca, número Uno, de la calle Hernani, de esta ciudad, derivada de la rotura de una tubería en la clínica dental del hoy demandado y adherido a la apelación don Guillermo G., que provocó diversos daños en el establecimiento del ahora recurrente. La rotura de la tubería e inundación que se recogen están plenamente acreditados tanto por el recurrente-demandado señor G. como por el conjunto de las pruebas»), sin embargo desestima la demandad y absuelve al demandado único señor G.G. (también a los dos terceros no demandados) porque considera que no se ha probado «la extensión cuantitativa de dichos daños».

Quinto: Por el motivo cuarto, con la misma sede procesal que el anterior, y denunciando infracción de los arts. 1215, 1228 y 1242 del Código Civil y del art. 359 (aunque erróneamente dice el art. 395, según ha rectificado el Letrado de la parte recurrente en el acto de la vista) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurrente viene, en esencia, a sostener, por un lado, que por los medios de prueba utilizados en el proceso ha quedado acre-

ditada la cuantía de los daños sufridos y, por otro lado, que aunque dicha cuantía se considera no acreditada, como aparece plenamente probada la certeza de la producción de los daños, la sentencia recurrida, dice el recurrente, debió estimar la demanda a reserva de fijar la cuantía de dichos daños en fase de ejecución de sentencia. El motivo ha de ser estimado, pues apareciendo probada la realidad y certeza de la producción de los daños, como consecuencia de la caída de las aguas desde el piso (clínica dental) del demandado señor G.G. al negocio del demandante señor F.R., como así lo declara expresamente la sentencia recurrida (al igual que antes había hecho la del Juez), ha de hacerse un pronunciamiento estimatorio de la demanda, sin que a ello sea obstáculo el que no se considere probada la cuantía de tales daños, pues la cuantificación de los mismos puede relegarse para la fase de ejecución de sentencia, según establece expresamente el art. 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y tiene reiteradamente declarado esta Sala (SS. 31-10-1988 [RJ 1988, 7782], 10-7-1989 [RJ 1989, 5417], 17-10-1990 [RJ 1990, 7977], 7-5-1991 [RJ 1991, 3584], por citar algunas), y ello en el supuesto de que en el proceso no aparezca prueba suficiente acerca de la referida cuantificación de los daños, de lo que habremos de ocuparnos seguidamente cuando, actuando ya esta Sala como órgano de instancia, haya de dictar la resolución que sea procedente.

Sexto: El acogimiento de los motivos tercero y cuarto, con las consiguientes estimación del recur-

so y casación y anulación de la sentencia recurrida, obliga a esta Sala, conforme preceptúa el núm. 3.º del art. 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, lo que ha de hacerse en los términos que se desprenden de lo que a continuación se expone. Aparece probado en el proceso que el día 7-8-1987, como consecuencia de la rotura de una tubería horizontal perteneciente al piso 1.º B de la casa número uno de la calle Hernani, de San Sebastián, propiedad dicho piso del demandado don Guillermo G.G. (en donde tiene una clínica dental), se produjo una caída de agua desde dicho piso al local comercial, propiedad del demandante señor F.R., que tiene allí instalado un negocio de bar-pub (denominado «Pub Dickens»), en que se produjeron daños como consecuencia de la inundación de las aguas, de la reparación de cuyos daños debe responder el demandado señor G.G., conforme establece el art. 1910 del Código Civil que, ofreciendo una clara muestra de la denominada «responsabilidad objetiva» o «por riesgo» responsabiliza al dueño u ocupante por cualquier título («cabeza de familia» le denomina) de una casa o vivienda de los daños causados «por las cosas que se arrojaran o cayeren de la misma», dentro de cuya expresión, al no tener la misma carácter de «*numerus clausus*» (Sentencias de esta Sala de 12-4-1984 [RJ 1984, 1958] y 20-4-1993 [RJ 1993, 3103]), han de incluirse tanto las cosas sólidas, como los líquidos que, de una forma u otra, caigan de la expresada vivienda y

causen daños a tercero en su persona o en sus cosas. Asimismo aparece plenamente probado en el proceso lo siguiente: 1.º Que el demandante don Joaquín F.R. tuvo que abonar por la reparación de los expresados daños la cantidad total de dos millones quinientas sesenta y dos mil doscientas cuarenta y dos (2.562.242) pesetas, según consta en las facturas aportadas, las cuales han sido adveradas (en la prueba testifical practicada en el trámite de apelación) por los diversos industriales que realizaron los trabajos de reparación a que las mismas se refieren, todos los cuales manifiestan que los daños reparados habían sido producidos por la inundación de las aguas. No obstante ser el ya dicho el importe de las facturas, el demandante solamente reclama indemnización por importe de dos millones cuatrocientas sesenta y cinco mil diez (2.465.010) pesetas, por ser ésa la cantidad en que inicialmente un perito tasó los daños, por lo que a esta última cantidad menor es a la que habrá de estarse, por ser la que reclama el demandante. 2.º Que el establecimiento del demandado hubo de permanecer cerrado al público por tiempo de un mes para poder llevar a efecto la reparación de los daños, durante cuyo período de tiempo el demandante dejó de obtener un beneficio líquido de trescientas sesenta y siete mil novecientas sesenta y siete (367.967) pesetas, según ha quedado acreditado en la prueba pericial

practicada sobre dicho extremo. Por tanto, al aparecer probada en el proceso la cuantía de los perjuicios sufridos por el demandante (por daño emergente y lucro cesante), como consecuencia de los hechos aquí enjuiciados, por un importe total de dos millones ochocientos treinta y dos mil novecientas setenta y siete (2.832.977) pesetas, procede fijar en dicha cantidad la indemnización que el demandado debe satisfacer al demandante, sin que haya necesidad de relegar para ejecución de sentencia la cuantificación de dichos perjuicios, al aparecer los mismos plenamente acreditados en el proceso. No procede hacer declaración alguna respecto a los terceros (Comunidad de Propietarios del edificio número uno de la calle Hernani, de San Sebastián, y entidad aseguradora «Unión Iberoamericana, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros») que, sin haber sido demandados por el actor, fueron llamados al proceso por la iniciativa del demandado único don Guillermo G.G., y ello sin perjuicio de las acciones que a éste puedan corresponderle contra los referidos terceros, que deberá ejercitar en el proceso correspondiente; no procede hacer expresa imposición de las costas de ninguna de las instancias, ni de las del presente recurso y sin que haya lugar a acordar la devolución del depósito, al no haber sido constituido el mismo, por no ser las sentencias de la instancia conformes de toda conformidad.

El origen del principal problema que resuelve la sentencia fue la petición que en su contestación a la demanda —de responsabilidad extracontractual por daños— hizo el demandado: que se notificara a la comunidad de copropieta-

rios del edificio a través de la cual pagaba un seguro y a la propia compañía de seguros, para que fueran ellas las que asumieran la indemnización.

Acogida la petición, se originó un problema de intervención provocada de terceros en juicio, materia sobre la que, como es sabido, existe un serio vacío legal, que se ahonda por las diferentes concepciones de las mismas instituciones en Derecho comparado.

En efecto, el T.S. calificó esta solicitud como «llamada en garantía» o «litis denunciatio», determinando en definitiva que no concurrían los requisitos para que tal intervención pudiera prosperar, esencialmente porque ambos terceros, al comparecer, se negaron a asumir las responsabilidades que pretendía el demandado. La consecuencia que se puede extraer del fallo, y nos parece que es el principal elemento perturbador que introduce, es que, ante una «llamada en garantía», quedaría entregada a los terceros notificados la facultad de aceptar o no intervenir como demandados en el procedimiento, sin que en caso de negativa vayan a verse afectados en manera alguna por la sentencia que finalmente habrá de recaer en el proceso («el tercero puede personarse en el proceso y asumir las responsabilidades reclamadas (...) en cuyo supuesto *pasará a convertirse en demandado, o puede negar toda relación con el asunto, en cuyo caso las controversias existentes entre el tercero y dicho demandado principal habrán de ventilarse en otro proceso distinto*»).

Esta configuración no responde a las concepciones más acordes con los principios generales del Derecho español ni de la «llamada en garantía», ni tampoco de la *litisdenunciatio* (términos que para la mejor doctrina no son sinónimos), de la primera de las cuáles la figura por antonomasia y prácticamente la única regulada, es la citación de evicción (arts. 1480 a 1482 C.C.), caracterizada porque debidamente emplazado el vendedor, comparezca o no, le afectará la sentencia que ponga fin al proceso en que fue citado (art. 1481 C.C.). Más aún, se ha establecido que aunque ese vendedor alegara ser totalmente ajeno al juicio en que se le cita de evicción, sólo esa sentencia podría establecerlo (Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, «Intervención del vendedor en el proceso de evicción», en Estudios de Derecho Procesal, Barcelona, 1967, p. 251 y ss.).

De otro modo, muy escasa podría ser la utilidad de la «llamada en garantía», si su existencia dependiera de la mera voluntad del propio tercero. De ahí que en los casos en que se contempla, en todos los ordenamientos, la citación al garante constituye un verdadero emplazamiento, debiendo verse en cada caso si da lugar a un fenómeno de litisconsorcio (propriadamente de pluralidad de partes) o de acumulación de pretensiones.

Sin embargo, en este caso concreto es difícil concebir una propia «llamada en garantía», sino que más bien nos parece hallarnos ante un «supuesto general de intervención provocada», hasta el momento no contemplado en España, aunque sí en Italia, y cuya justificación es la mera economía procesal, pues «aquí se añade a la causa originaria otra causa conexa, que se inicia entre una de las partes y el tercero» (MONTERO AROCA, «La intervención adhesiva simple», Barcelona, 1972, p. 39 y ss.).

En la especie, cabía examinar la procedencia de esta intervención provocada en virtud de los vínculos contractuales derivados del contrato de seguro (poco tenía que ver para todos estos efectos que se demandara responsabilidad extracontractual). Lo que está claro es que una vez practicada la citación y habiendo comparecido los terceros —con lo que dejaron de serlo y automáticamente se transformaron en parte— también se debía haber tramitado y puesto fin a este litigio acumulado, pero no pretender que sus meras negativas a asumir responsabilidades (pues no se anularon sus citaciones) bastaron para apartarlos del proceso.

ALEX CAROCCA PÉREZ

POSIBILIDAD DE ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES INDETERMINADAS EN LA PIEZA DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO RECURRIDO

Auto TS de 2 de noviembre de 1993 (Sala 3.^a).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Se somete, a través del presente recurso de súplica, a la consideración de la sala si la potestad jurisdiccional de suspender la ejecutividad de un acto administrativo (en este caso la declaración de urgencia de la ocupación de los bienes y derechos afectados por la expropiación forzosa para la realización de las obras de infraestructura de un aeropuerto) comprende la adopción de medidas provisiona-

lísimas a fin de preservar la efectividad de la resolución que recaiga en el propio incidente de suspensión, regulado en la sección segunda del capítulo V del título IV (artículos 122 a 125) de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Hemos de convenir con la representación procesal de la Administración autora del acto que la ley de esta jurisdicción no contempla tales medidas, pero ha de admitir dicha representación que tampoco las excluye o prohíbe, por lo que es necesario, para decidir la cuestión, acudir a los principios que rigen el ejercicio de la potestad ju-

risdiccional y a las normas que integran el sistema procesal, a través del cual los jueces y tribunales ejercen sus competencias de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículos 117.3 de la Constitución y 2.1 de la LOPJ), ya que el sistema jurídico no admite vacíos y los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 CC).

Segundo: Entre los principios que configuran el significado natural y propio de la jurisdicción destaca el de la efectividad de sus decisiones. Nuestra vigente Constitución lo ha sancionado al declarar, entre los derechos fundamentales, el de obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales (artículo 24.1 de la Constitución). La potestad jurisdiccional no se agota con la declaración del derecho sino que se consuma en la consecución del derecho declarado, lo que presupone la facultad de adoptar medidas, garantías o cautelas precisas a fin de preservar la eficacia de lo resuelto. De aquí que el Pleno del TC, al decidir en su sentencia 238/1992, de 17 de diciembre, la cuestión de inconstitucionalidad, planteada por la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres, en relación con el art. 6.2 de la Ley 34/1979, de 16 de noviembre, de Fincas Manifiestamente Mejorables, que establecía que «no se suspenderá en ningún caso la ejecución del decreto impugnado», declarase la inconstitucionalidad del mismo con base en la doctrina ya establecida en sus sentencias 66/1984, 115/1987 y 14/1992, se-

gún la cual «la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso», y precisando que «ciertamente el art. 24.1 CE no hace referencia alguna a las medidas cautelares ni a la potestad de suspensión. Pero de ello no puede inferirse que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no medidas de aquel género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno. La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, «efectiva» y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demanda».

No parece necesario abundar en más razones o argumentos, que, desde el ámbito de los principios, justifiquen la adopción de medidas o cautelas para salvaguardar el derecho del que promueve el incidente de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo a que la medida que legítimamente postula sea eficaz, pues de lo contrario, carecería de significado el propio proceso incidental de suspensión.

Tercero: El sistema procesal, al que hemos de acudir por defecto de disposición expresa en el específico ordenamiento del proceso contencioso-administrativo, viene señalando por este mismo ordenamiento, al remitirnos la disposición adicional sexta de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa a las normas de la LEC, la cual acoge un sistema mixto de medi-

das cautelares, al establecerlas concretas y singulares junto con otras innominadas, previstas estas por el art. 1428 de dicha ley, que permite al juez adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recaiga.

Este precepto, por imperativo de la indicada disposición adicional sexta de la Ley de esta jurisdicción, tiene carácter supletorio en el proceso contencioso-administrativo, sin que esta sala, en contra de lo afirmado por el Abogado del Estado, haya declarado lo contrario en su auto de fecha 17 de marzo de 1993 (recurso de apelación n.º 1166/91). En esta resolución el Tribunal se limita a considerar improcedente la aplicación al supuesto debatido del mentado precepto de la LEC por estimar que la consignación del justiprecio en los procedimientos de expropiación forzosa, cuando existiese litigio entre los interesados, así como la percepción por el expropiado de la indemnización hasta el límite en que exista conformidad en las partes, está regulada en el art. 50 de la Ley de expropiación forzosa, por lo que, al tratarse de una normativa singular, reguladora de la materia, excluye la exigencia de garantías o aseguramientos procesales no concretados en la legislación expropiatoria.

El representante procesal de la Administración, al extraer de su contexto la declaración, contenida en el citado auto, desfigura su alcance puesto que la supletoriedad de la LEC viene establecida con carácter general por la mentada

disposición adicional sexta; sin que la adopción de medidas provisionales, que garanticen la efectividad de la decisión que resuelva el incidente de suspensión, esté prevista (según expusimos anteriormente y admite el propio Abogado del Estado) en la Ley jurisdiccional, de manera que no cabe impugnar su adopción argumentando que sólo cabe ordenar la específica medida cautelar establecida al efecto por la ley porque, al fin de asegurar la efectividad de la suspensión que pudiera acordarse, la ley no contempla una singular medida «*ad hoc*», lo que impone ante la necesidad de dar contenido a la tutela cautelar, acudir al sistema de medidas innominadas admitidas por la LEC, a la que, como norma supletoria, se remite la Ley de esta jurisdicción.

Cuarto: Justificada desde el ámbito de los principios y contemplada por el ordenamiento procesal la posibilidad de adopción de medidas cautelares inespecíficas tendentes a salvaguardar la efectividad de la resolución que se dicte en el proceso de que se trate, debemos examinar el significado y alcance de las que, con carácter provisionalísimo, pueden acordarse para preservar la eficacia de la decisión de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo impugnado.

No puede la medida cautelar constituir una resolución anticipada de la cuestión sometida a la decisión del Tribunal una vez tramitado el proceso incidental (lo mismo que la decisión de ésta no prejuzga la sentencia definitiva), de manera que no cabe acordar, de modo general, la suspensión de la ejecutividad del acto, que es el objeto de

dicho proceso incidental, sino que ha de limitarse a garantizar que aquella resolución judicial sea eficaz, y así se deben concretar los actos materiales que la Administración ha de llevar a cabo o abstenerse de ejecutar para evitar que se frustre el fin del proceso cautelar, y, en consecuencia, hemos de estimar en parte el recurso de súplica en cuanto la resolución combatida se limita a ordenar a la Administración que se abstenga de adoptar medidas ejecutivas sin fijar los actos concretos que no debe ejecutar.

Tampoco es admisible el automatismo de tales medidas provisionales, de manera que la mera petición de las mismas, al solicitar la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, no conlleva su adopción sino que el solicitante debe justificar su pretensión y el Tribunal, previa audiencia, si el caso lo permitiese sin menoscabo de la propia medida, de los representantes procesales de la Administración autora del acto y de los demás demandados si hubiesen comparecido, habrá de ponderar los intereses en conflicto para decidir en consecuencia.

Quinto: El automatismo de las medidas cautelares sólo tiene cabida cuando la Ley así lo dispone para singulares medidas regladas bien por los títulos que las conllevan bien por las pretensiones que las legitiman, pero no es admisible en las innominadas, que obligan a valorar los hechos en que se funda la solicitud y las consecuencias de la decisión sobre los derechos que se dirimen, razón que exige adoptarlas mediante resolución motivada en cumplimiento de lo dispuesto concordadamente por los

artículos 245.1 de la LOPJ y 369 de la LEC, pues, si bien es cierto, como apunta el representante procesal de los solicitantes de la medida, que la ley, en alguna ocasión, contempla su adopción por una simple providencia (caso de la anotación preventiva de demanda o del interdicto de obra nueva), no es menos cierto que se trata de cautelas expresamente reguladas, que tienen su régimen propio al que ha de ajustarse su solicitud y decisión. A pesar de que, en contra de lo expuesto, la medida impugnada se acordó por providencia, ha de estimarse subsanado el defecto con la presente resolución.

Sexto: El principio de contradicción es consustancial al proceso judicial y su desconocimiento supone un atentado al citado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido por el mencionado artículo 24.1 de la Constitución. Ahora bien, la contradicción no desaparece por adoptarse una medida cautelar «*inaudita parte*» cuando la eficacia de la medida así lo exige, siempre que se permita al afectado por ella oponerse a la misma. Este es el caso, entre otros, de la mentada anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad, regulada por la Ley Hipotecaria y su Reglamento, el del interdicto de obra nueva, contemplado por la LEC, e incluso el de las medidas cautelares innominadas previstas por el citado artículo 1428 de la LEC. Sin embargo, antes de adoptar cualquier medida cautelar en el incidente de suspensión, salvo que la eficacia de aquélla lo impida, debe darse audiencia a la Administración autora del acto y a las demás partes personadas

para que, bien por escrito en un breve plazo común bien en una inmediata comparecencia, puedan alegar lo que a su derecho convenga. Aunque en este caso se prescindió de la indicada audiencia, ha de considerarse también subsanado el posible defecto con la interposición de súplica, en el que el representante procesal de la Administración autora del acto ha tenido oportunidad de alegar los motivos de oposición a la medida ordenada.

Séptimo: Examinada la procedencia de acordar medidas provisionales que garanticen la efectividad de la decisión judicial de suspender la ejecutividad del acto administrativo impugnado y el alcance de aquéllas pueden tener así como las consecuencias que de éste se derivan para la sustanciación y decisión de las mismas, debemos analizar si, en este caso, procede su adopción ponderado los intereses en conflicto.

Los solicitantes de la suspensión de la ejecutividad de la declaración de urgencia de la ocupación de los bienes y derechos, afectados por la expropiación, esgrimen, en apoyo de su pretensión, que, dado el procedimiento previsto por el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, se llevará a cabo de inmediato el levantamiento del acta previa a la ocupación, de manera que, si éste no se suspende, la decisión que se adopte sobre la suspensión de la ejecutividad del acuerdo impugnado carecerá de efectividad por haber consumado su eficacia el acuerdo del Consejo de Ministros, a pesar de que, entre los bienes afectados por la expropiación, declarada urgente, se encuentran viviendas que constituyen

su residencia habitual e industrias en funcionamiento.

El Abogado del Estado, al impugnar la decisión de la Sala, no cuestiona la autenticidad de esta última alegación de los recurrentes sobre el uso y destino de los bienes expropiados sino que centra su recurso en los argumentos jurídicos que, a su entender, impiden a la Sala adoptar la medida provisional acordada, sin concretar tampoco los perjuicios que se derivan para los intereses generales con la posposición de la íntegra ejecución de acto hasta que se resuelva el incidente de suspensión.

La Sala, sin embargo, debe tener en cuenta que, aunque dicho incidente se tramitase con puntual cumplimiento de los plazos fijados por la ley, la celeridad del procedimiento, previsto por el mentado artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, permite a la Administración ocupar materialmente las viviendas y las industrias antes de resolverse aquél, de manera que, desde esta perspectiva temporal, está justificada la adopción de la medida tendente a evitar que la ocupación material de los bienes, propiedad de los demandantes, convierta en ineficaz la ulterior resolución judicial acerca de la suspensión pedida.

Ponderando el interés de los recurrentes a conservar sus viviendas e industrias, si la sala decidiese suspender la ejecutividad del acto impugnado, y el interés público de proceder a la ocupación material e inmediata de aquéllas antes de resolver sobre la suspensión solicitada, no ofrece duda a este tribunal que el simple retraso hasta que se resuelva aquel incidente no es sus-

ceptible de causar daños o perjuicios concretos (no aducidos por el representante procesal de la Administración) a los intereses públicos o de tercero, ya que con la medida solicitada no se trata de suspender la eficacia de la actuación administrativa, reconocida por los artículos 103 de la Constitución, 122.1 de la Ley de esta jurisdicción, 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 94 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (suspensión que se pretende en el incidente cautelar), sino de demorar su plena materialización en aras del derecho fundamental a obtener una legítima tutela judicial al resolver el incidente de suspensión que se tramita.

Como consecuencia de esta contrastada valoración de intereses, la sala considera que el único acto de ejecución que la Administración debe abstenerse de llevar a cabo, hasta tanto decida el incidente de suspensión de la ejecutividad del acuerdo impugnado, es la ocupación material de las viviendas e industrias de los recurrentes, cuya momentánea proposición no ha aducido el abogado del Estado que sea susceptible de causar daños o perjuicios concretos a los intereses generales ínsitos en la expropiación que se recurre. Con tal alcance debe estimarse, como ya adelantamos, el presente recurso de súplica interpuesto por aquél.

Octavo: Las acciones posesorias que a los interesados otorga el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa, y que el Abogado del Estado invoca como argumento para negar a los recurrentes la facultad de pedir la medida cautelar que nos ocupa y a la sala la competencia para acordarla, carecen de

relevancia al fin aducido por quien lo alega porque, en primer lugar, el propio artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, ante cuyo procedimiento nos encontramos, excluye expresamente, en su consecuencia sexta, el empleo por los poseedores de los interdictos de retener y recobrar y, en segundo lugar, porque no se ha planteado en este proceso la posible existencia de una vía de hecho de la Administración que, además de con los interdictos, puede ser combatida, según establece el artículo citado por el Abogado del Estado, por los demás medios legales procedentes, sino que, como se ha expuesto, nos encontramos ante la posibilidad de adoptar medidas que garanticen la efectividad de la resolución judicial sobre la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, a cuya cuestión consideramos haber dado cumplida respuesta en los precedentes fundamentos jurídicos.

Noveno: Al no apreciarse temeridad ni dolo en las partes al interponer y sustanciarse el presente recurso de súplica, no procede hacer expresa condena respecto de las costas procesales causadas, según establece el artículo 131.1 de la Ley de esta jurisdicción».

Voto particular, que formulan los Magistrados Excmos. Sres. Don Francisco José Hernando Santiago, Don Juan Manuel Sanz Bayón y Don Manuel Goded Miranda.

«*Primero:* Respetamos la opinión mayoritaria, pero discrepamos de ella, entendiendo que los artículos 122 a 125 de la Ley de Jurisdicción, que regulan la suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto del recurso (sec-

ción segunda del capítulo V del título IV) no habilitan trámite alguno que faculte al tribunal para adoptar una suspensión de la ejecución, o de parte de la ejecución, del acto recurrido, con carácter de medida precauteladora o provisionalísima, antes de que se hayan cumplido los trámites del artículo 123 de la Ley. Esta consideración se reafirma si tomamos en cuenta que los preceptos antes aludidos no han sido objeto de modificación por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

La ejecutorialidad de los actos administrativos está fundada en la presunción de que la Administración actúa conforme a derecho y en la necesidad de no paralizar las actividades que los intereses públicos demandan con carácter inmediato por la interposición de los recursos promovidos contra las decisiones en que se fundamentan. Esta ejecutoriedad se encuentra establecida en el artículo 94 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A ella responde lo prevenido en el art. 122.1 de la Ley de Jurisdicción, según el cual, la interposición del recurso contencioso-administrativo no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición objeto del mismo, salvo que el Tribunal acordase, a instancia del actor, la suspensión. El TC ha declarado que no es contraria a la Constitución, siempre que respete los derechos fundamentales de los afectados, la potestad de autotutela o de autoejecución de sus propios actos y

resoluciones, practicable genéricamente por cualquier Administración Pública (cfr. sentencia 22/1984, de 17 de febrero).

En el ámbito del derecho administrativo continúa siendo la regla la ejecutoriedad de los actos administrativos.

La suspensión de la ejecución constituye la excepción, lo que conduce a una interpretación que, cuando menos, no puede tener carácter extensivo respecto a los supuestos previstos en la Ley.

Ello nos conduce a disentir del criterio de la Sala, entendiendo que, por regla general, no es posible acordar la suspensión de la ejecución del acto administrativo, en todo o en parte, sin cumplir previamente los trámites del art. 123 de la Ley de la Jurisdicción.

No entendemos que pueda en este caso aplicarse supletoriamente como lo hace la Sala, el art. 1428 de la LEC. Este precepto tiene por objeto hacer posible la adopción de medidas cautelares respecto a obligaciones de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas y específicas, obligaciones en las que acreedor y deudor son personas particulares, sujetas al derecho privado. Tales obligaciones no guardan analogía con la actividad expropiatoria de la Administración, basada en un título de derecho público, representativa de un interés general y protegida por una potestad de autoejecución. Ello sin hacer referencia a que el mencionado artículo 1428 exige la prestación de fianza por parte del solicitante de las medidas de garantía y permite la oposición del demandado cuando éste se comprometa a indemnizar los daños y perjuicios

que puedan ocasionarse al actor (párrafos 2.º y 5.º del artículo 1428), compromiso de indemnizar que se encuentra implícito en toda actividad expropiatoria.

Debemos añadir que, en todo caso, a nuestro juicio, tal medida precauteladora no podría adoptarse «*inaudita parte*», esto es, sin haber oído a la representación de la Administración, que, además, tiene la facultad de fundar su oposición en que de la suspensión de la ejecución del acto puede seguirse grave perturbación a concretos intereses públicos, lo que obliga al tribunal a solicitar el informe del Ministerio o autoridad de que procediese el acto con carácter previo a la adopción de una decisión al respecto (artículo 123.2).

Con ser los expresados argumentos suficientes, a nuestro parecer, para disentir del criterio de la sala, no son los que estimamos fundamentales para servir de base a una resolución del recurso de súplica que anule en parte la providencia impugnada, por lo que pasamos a continuación a exponer la razón que valoramos como esencia al dicho fin.

Segundo: Se ha repetido en numerosas ocasiones, al resolver sobre la petición de suspensión de la ejecución de las decisiones administrativas, lo manifestado en el apartado 7 de la exposición de motivos de la ley jurisdiccional, a cuyo tenor, al juzgar sobre la procedencia de la suspensión se debe ponderar, «ante todo», la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión con mayor o menor amplitud según el grado en que el interés público esté en juego. Son nume-

rosas las resoluciones pronunciadas por este TS subrayando la necesidad de valorar los intereses públicos comprometidos frente a los intereses particulares afectados, que también son acreedores a ser protegidos y garantizados (citaremos, entre otros muchos, los autos de 21 de marzo de 1988, 6 de junio y 28 de septiembre de 1990).

Naturalmente, si el tribunal debe ponderar el interés público que resulta afectado para decidir la suspensión de la ejecución de un acto administrativo, con mayor razón debe hacerlo para adoptar un acuerdo de suspensión, aun cuando sea parcial, que ha de calificarse como precautelador o provisionalísimo, esto es, acordado con anterioridad a la completa tramitación de la pieza separada de suspensión.

En los hechos sometidos ahora al enjuiciamiento de la Sala han de valorarse dos intereses diferentes: el interés público en realizar o concluir en el más breve plazo posible las obras de ampliación del Aeropuerto de Madrid-Barajas; el interés particular de que la urgente ocupación de las fincas afectadas por la expropiación iniciada para realizar aquellas obras no produzca perjuicios graves a personas que viven en edificios situados en los terrenos que han de expropiarse, o a industrias que funcionan en ellos, interés sin duda de importancia, ya que la ocupación puede obligar a desalojar las viviendas y a paralizar las industrias.

No es éste el momento de formular un juicio definitivo sobre si la ponderación justa de los intereses en juego debe determinar la suspensión de la ejecución de los actos recurridos, que lleva consigo

la paralización de la actividad expropiatoria de la Administración. Este pronunciamiento tendrá lugar cuando se decida el incidente de suspensión, después de cumplidos los trámites del artículo 123 de la Ley Jurisdiccional.

Pero entendemos que, en esta fase precauteladora, el interés público representado por la ampliación del aeropuerto de Madrid-Barajas (desarrollo de nueva zona del aeropuerto), esencial para el desenvolvimiento normal del tráfico aéreo nacional o internacional y, por tanto, para cubrir necesidades económicas de primer orden del país; entendemos —repetimos— que este interés prevalece sobre el de los particulares afectados, aun a pesar de su importancia. Tomamos en cuenta que la Administración, conforme a la Ley de Expropiación Forzosa, ha declarado urgente la expropiación, lo que implica que ha valorado como prevalente la rapidez en la ejecución del proyecto y puesta en funcionamiento de las nuevas instalaciones. Por otra parte, los afectados tienen derecho a ser indemnizados en todos los daños y perjuicios que sufran como consecuencia de la actividad de la Administración, existiendo todo un cuerpo de legislación y jurisprudencia cuyo objeto es proveer al expropiado de un equivalente económico que le permita sustituir los bienes de que se le priva y resarcirle de los perjuicios causados por la rápida ocupación, como establece la regla 5.ª del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, que cita especialmente los derivados de las «mudanzas» y otros igualmente justificados.

Lógicamente —no parece nece-

sario insistir en ello— si la expropiación de los terrenos se declarase improcedente, la Administración habría de indemnizar todos los daños y perjuicios causados y, formando parte de los mismos, los derivados de la rápida ocupación, en su caso, en los términos de la regla 5.ª del citado artículo 52 de la Ley Expropiatoria General.

En esta fase precauteladora pues, estimamos que el interés público prevalece sobre el interés privado, por lo que no procede adoptar medidas previas de paralización, aunque sean parciales, de la actividad administrativa de expropiación, sin que ello suponga prejuzgar en absoluto lo que la sala haya de decidir, una vez ultimada la tramitación de la pieza de suspensión, a la vista de lo alegado por ambas partes, confirmando esta opinión la obligación legal que la Administración tendría, en cualquier caso, de indemnizar los perjuicios derivados de una rápida ocupación de los terrenos.

Ahora bien, como la ejecución de los actos de ocupación de las fincas y posterior realización de las obras puede generar responsabilidades patrimoniales de importancia en el supuesto sometido a examen de la Sala, consideramos que la petición de suspensión de la ejecución debería ponerse en conocimiento de los órganos de la Administración, a los efectos procedentes. Lo que, por otra parte, ya ocurre en las actuaciones a que el presente recurso de súplica se refiere.

En consecuencia, la parte dispositiva del auto que decidiese el recurso de súplica formulado por el Abogado del Estado sería el siguiente:

«Estimar el recurso de súplica interpuesto por el señor Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, contra la providencia de fecha 16 de septiembre de 1993, y anular y dejar sin efecto la referida providencia, en cuanto ordena al Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente no adoptar medida ejecutiva en tanto no recayese resolución de la pieza de suspensión; sin costas.»

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la declaración de urgencia de la ocupación de los bienes y derechos afectados por una expropiación forzosa (art. 52 LEF), los demandantes instan la suspensión de este acuerdo a través del trámite previsto en los arts. 122 y ss. LJCA. Con la finalidad de asegurar la eficacia de la resolución que recaiga en esta pieza separada, se solicita la suspensión del acto recurrido como medida cautelar. Contra la providencia que concede la cautela, la Administración interpone recurso de súplica alegando la improcedencia de la adopción de medidas cautelares en este incidente.

El TS resuelve el mencionado recurso mediante el auto comentado; pero va más allá del caso concreto, puesto que su argumentación en orden a hacer posible la adopción de medidas cautelares no sólo alcanza con carácter general a la pieza de suspensión del proceso contencioso-administrativo, sino también a cualquier proceso en el que la tutela cautelar no se halle expresamente prevista.

La argumentación esgrimida por el TS podría resumirse en los siguientes puntos:

1.º La LJCA, al regular la suspensión de la ejecución del acto recurrido, no prevé, pero tampoco excluye, la posibilidad de adoptar medidas cautelares que garanticen la efectividad de la resolución que en este incidente recaiga.

2.º En línea de principios y siguiendo la doctrina del TC, las medidas cautelares configuran los conceptos de tutela efectiva y de potestad jurisdiccional puesto que aseguran la efectividad de las resoluciones judiciales.

3.º La Disposición Adicional 6.ª de la LJCA señala como normativa supletoria la contenida en la LEC. Atendida la falta de previsión de la LJCA y ante la necesidad de dotar de contenido a la tutela cautelar, hay que acudir al art. 1428 LEC, esto es, a las medidas cautelares indeterminadas.

4.º La medida cautelar debe limitarse a garantizar que la resolución judicial sea eficaz. En consecuencia, no puede implicar, de modo general, la suspensión de la ejecución del acto impugnado, sino que de-

ben especificarse las actuaciones concretas que la Administración puede o no llevar a cabo.

5.º La concesión de la medida cautelar no es automática: el Juez debe ponderar los intereses en conflicto y las consecuencias de su decisión sobre los derechos que se dirimen.

6.º Como consecuencia del punto anterior y salvo norma expresa en contra, la resolución judicial sobre la adopción de medidas cautelares debe ser motivada.

7.º La medida cautelar podrá concederse *inaudita parte* siempre que así lo exija la eficacia de la medida y siempre que la contradicción quede garantizada mediante un trámite posterior de oposición a la misma.

BELÉN MORA CAPITÁN

MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS:

- 1) INTERPRETACIÓN DEL TÉRMINO «DEMANDA» CONTENIDO EN EL ART. 1428.III LEC;
- 2) APTITUD PARA ASEGURAR INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Auto AP Barcelona, de 12 de septiembre de 1990 (Secc. 12.ª).

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero: La pretensión impugnatoria que es objeto del presente recurso de apelación y que ha sido formulada por la entidad «P. y G.E., S.A.» se dirige a obtener la revocación del Auto, ya relacionado en la exposición de los hechos de la presente resolución y, por tanto, a mantener la procedencia y efectividad de las medidas cautelares que había sido acordada por el Juzgado de Instancia en otro anterior Auto en fecha 9 de septiembre de 1989, a petición de la expresada parte frente a la compañía «B., S.A.», ahora parte apelada, y consistentes en decretar el depósito judicial en el B.E. de C., con expre-

sa prohibición de su transmisión a terceros o gravamen hasta tanto no quedara resuelta la cuestión litigiosa planteada entre las mencionadas partes, de una serie de acciones y derechos de suscripción de otras, correspondientes a diversas compañías que se dicen integrantes del «grupo C.», en cuanto hayan sido adquiridas por la citada «B., S.A.», y cuyas medidas fueron dejadas sin efecto por el Auto apelado, condenando a la entidad actora al pago de indemnización de los daños y perjuicios causados a la demandada, en méritos de oposición formulada por ésta considerando improcedente las cautelares a tenor del artículo 1.528 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es el precepto en el que se apoyaban tanto la solicitud de la medida como la impugnación de la misma. Por consiguiente, la principal cuestión a

enjuiciar en este acto es la atinente a la determinación de si realmente concurren en el caso litigioso los requisitos que previstos en el citado precepto, se tienen por incumplidos a criterio del Juzgado de Instancia o aquellos otros que hayan de tenerse también en cuenta según tal norma, para decidir en consecuencia si es improcedente o no el depósito judicial de las acciones afectadas y el requerimiento de indisponibilidad, referidos a las relacionadas en la resolución de 9 de noviembre de 1989. Consecuentemente y tratándose de la adopción o no de unas medidas cautelares, obvio es decir que es ajena a la presente resolución toda otra cuestión relativa a la viabilidad de la acción ejercitada por medio de la demanda principal interpuesta por la apelante frente a la apelada, cuya eventual estimación judicial se pretende garantizar con la medida controvertida.

Segundo: Como elementos y circunstancias fácticos resultantes de las actuaciones y a tener en cuenta para el análisis de la cuestión propuesta, han de remarcarse los siguientes:

1.º Por la mencionada entidad «P. y G., S.A.» se solicitaron las medidas de referencia, antes de la presentación de toda demanda judicial, alegando que «B., S.A.» había adquirido con ausencia de buena fe las acciones y derechos de suscripción representativos de participaciones sociales en una serie de compañías anónimas, a través de las cuales los hermanos don J., don J. y don A.C.P. desarrollaban un negocio de fabricación de productos para lavado y limpieza y que aseguraban el efectivo dominio

y control de tales sociedades, y en definitiva del negocio industrial aludido; habiendo realizado tal adquisición a título de compraventa, pese a que la misma era posterior a otra perfeccionada sobre los mismos títulos o valores en favor de «P. y G., S.A.». De estas sociedades, al decir de la parte solicitante, las operativas son «S.A., C., F. de J.» y su asociada «S.A. y E. de P., S.A. (SAEP, S.A.)», así como las filiales de la primera «T. y D.I., S.A. (TENDESA)», «S.O. de M., S.A. (SIS-MAR)», «S., S.A.», «C.F., S.A.R.L.» y «C.P., S.R.C.»; pero a su vez la práctica totalidad de las acciones de la operativa principal «S.A., C., F. de J.», y de otra asociada «N., S.A.» correspondían a la sociedad «H.» «C.V., S.A.», pero ésta también era controlada por otras instrumentales «P.I., S.A.», «Q.S., S.A.», «L.T., S.A.», «WTR, S.A.», «B., S.A.» y «M., S.A.». Sosteniendo también la solicitante ahora recurrente que la compraventa perfeccionada a su favor nacía del contrato privado de fecha de 16 de junio de 1989 que tuvo por objeto la transmisión a «P. y G., S.A.» de acciones de la entidad «C.V., S.A.» y de derechos de suscripción de acciones de las tres instrumentales primeramente relacionadas, todo lo cual aseguraba el control directo por parte de la compradora de todas las otras sociedades directa o indirectamente dependientes de la mencionada «H.» «C.V., S.A.» y cuyo contrato fue suscrito por representantes de los mencionados Sres. C.P. y otro (en cuanto titulares de los aludidos derechos de suscripción) así como de las compañías «WTR, S.A.», «M.,

S.A.» y «B., S.A.» (en cuanto titulares éstas de las acciones de la indicada sociedad «H.») juntamente con la representación de la propia adquirente. Y aduciendo finalmente que la parte vendedora en 29 de julio de 1989, después de la compraventa otorgada en favor de «B., S.A.» en 15 de los mismos mes y año requirió a «P. y G., S.A.» para someter a arbitraje la determinación de la naturaleza del documento de 16 de junio de aquel año, lo que fue aceptado por la requerida, que añadió, para someter también a arbitraje, la cuestión de si las partes perfeccionaron un contrato de compraventa a la vista de los actos coetáneos y posteriores a la firma de dicho documento que culminaron a las 24 horas del 14 de julio; por lo cual argumentaba esta última entidad, o sea, la solicitante de las medidas, que tenía fundadas esperanzas en que la decisión final de los árbitros y de otro recurso administrativo de alzada, en trámite contra la concesión de las verificaciones positivas por el organismo competente de la Administración Pública española (Dirección General de Transacciones Exteriores) para la inversión de «B., S.A.», sería favorable a la posición de que «P. y G., S.A.» había comprado las acciones y derechos del G.C. antes de las 24 horas del día 14 de julio ya señalado, y que por ello y con el fin de asegurar la efectividad de la decisión arbitral y/o judicial que en su día recaiga, solicitaba del Juzgado *a quo* las medidas cautelares ya referidas, comprensivas de todas las acciones de dicho G. que hubiere adquirido su oponente.

2.º A la solicitud de las medidas se unieron numerosos docu-

mentos, entre ellos el aludido contrato controvertido y sin previa audiencia de la contraparte, el Juzgado dio lugar a lo solicitado, condicionando su acuerdo a la prestación previa por la actora de una fianza por importe de tres mil millones de pesetas (3.000.000.000 de pesetas) acordando igualmente requerir a la demandada para que diera cumplimiento a lo acordado y pudiera, en su caso formular oposición en los términos del artículo 1.428 de la Ley Procesal Civil.

3.º Prestada que fue la fianza, este requerimiento a la parte demandada fue practicado en fecha 19 de septiembre de 1989, y en respuesta al mismo la entidad requerida presentó escrito al Juzgado manifestando su oposición a las medidas cautelares acordadas, por entender que habían devenido nulas o ser en todo caso improcedentes; y además manifestando que procedía al depósito en el B.E. de C., no de todos los títulos y derechos de suscripción de acciones que el Juzgado había indicado, sino tan sólo de 21.000 acciones de «C.V., S.A.» y 150.000 acciones de «SAEP, S.A.» adquiridas por «B., S.A.», y alegando diversos motivos en justificación de esta omisión.

4.º Por la misma solicitante «P. y G., S.A.» se presentó seguidamente y en plazo legal, demanda contra «B., S.A.» de juicio declarativo, en petición, como resulta del Auto apelado no impugnado en este punto por ninguna de las partes, de que se declare que esta última no ha tomado posesión de buena fe de las acciones y derechos del G.C. que aparecen especificadas en tal Auto, así como que

la demandada no ha actuado de buena fe al no llevar a cabo un comportamiento honrado y leal en el ejercicio de su derecho a comprar las acciones del G.C., y ha abusado de tal derecho y ha realizado un acto de competencia desleal al comprar las acciones y derechos de tal grupo interfiriéndose maliciosamente en la compra de «P. y G., S.A.» y en los esfuerzos antes realizados por ésta; y de que se condene a la demandada «B., S.A.» a indemnizar a la demandante los daños y perjuicios que le ha ocasionado con su comportamiento contrario a la buena fe, abusivo y desleal, indemnización que debe comprender el daño tanto económico como moral realmente ocasionado a la actora, así como el lucro cesante, en una cuantía a determinar en ejecución de sentencia.

5.º La oposición a las medidas adoptadas se sustanció por el Juzgado en la forma prevista por el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, convocándose a las partes a una comparecencia que tuvo lugar en 5 de octubre de 1989, alegándose por ambas lo que a su derecho convino y practicándose su prueba.

6.º Paralelamente a la descrita actuación procesal judicial, la misma entidad «P. y G., S.A.» en 21 de julio de 1989 interpuso recurso de alzada contra el acto administrativo de la concesión de verificaciones positivas hecha por la Dirección General en favor del Sr. B. y empresas de su grupo para la adquisición de acciones y derechos que permiten obtener el control de «S.A., C., F. de J.» y de otras sociedades con ella relacionadas; y por otro lado en 25 de los mismos

mes y año, don A. y don J.C.P. en su propio nombre y además en representación de las compañías de su grupo «B., S.A.» y «M., S.A.» formularon requerimiento notarial a «P. y G., S.A.» en propuesta de sometimiento a arbitraje, que decían previsto en el documento de 16 de junio de aquel año, de varias cuestiones, entre ellas la determinación de la naturaleza jurídica de tal documento y del pacto que contiene y de si inexistió un acuerdo final sobre el eventual contrato de compraventa a suscribir por las partes siendo imposible proceder a su firma por falta de acuerdo definitivo entre ellas; arbitraje que en términos análogos fue solicitado también por la entidad «WTR, S.A.» y por don F.F.S., y conformado igualmente por la propia «P. y G., S.A.», ésta en 8 de agosto siguiente, solicitando, como se ha dicho, la inclusión de otros puntos que habían de someterse a la decisión arbitral, y entre ellos la cuestión que se deja antes indicada, sobre el perfeccionamiento de venta en favor de dicha entidad de los títulos y derechos de referencia, así como la de si hubo incumplimiento por la parte vendedora de la obligación contraída en el acuerdo contenido en dicho contrato de no negociar dicha parte con terceros durante la vigencia de la relación contractual referida, para resolver, caso de estimarse los incumplimientos denunciados por «P. y G., S.A.» o de que las transmisiones previstas para ésta fueran imposibles, que, entre otras consecuencias, lo vendedores habían de satisfacer a la citada compradora los daños y perjuicios causados con el incumplimiento contractual.

Tercero: Supuestos los anteriores

antecedentes de hecho, preciso es dejar constancia de determinados requisitos que para la procedencia de las medidas cautelares indeterminadas que prevé y regula, resultan establecidos por el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En primer lugar ha de destacarse el requisito de procedibilidad de la presentación de demanda principal sobre la que hubiera de recaer la sentencia cuya efectividad se trate de asegurar con la medida o las medidas a que el precepto se refiere. Esta presentación puede preceder a la petición de las medidas, ser coetánea a la misma, o posterior, como se desprende de los términos del párrafo tercero del precepto mencionado del que se infiere también que caso de ser posterior a la solicitud de las medidas, la formulación de la demanda se ha de hacer dentro de los ocho días siguientes a la concesión de aquéllas. A propósito de este requisito y perfilando los rasgos y caracteres o las exigencias que el mismo requiere y conlleva para estimarse concurrente y cumplido, ha de precisarse: a) Ha de tratarse de una verdadera demanda, o sea de un acto procesal iniciador de un proceso jurisdiccional civil, y no de un proceso cualquiera, sino precisamente de un «juicio» cuya pretensión se dirija a la obtención de una «sentencia», o sea, de una resolución de este tipo en la que eventualmente pudiera actuarse tal pretensión (pues evidentemente el precepto se refiere a medidas para asegurar, mediando demanda, la efectividad de una sentencia que en el juicio recayere) con lo cual queda excluida la procedencia de adoptar medidas de este tipo susti-

tuyendo la demanda en el estricto sentido mencionado por la formulación de recursos administrativos o propuesta o formalización de compromisos de arbitraje, entre otros casos. b) Por otra parte, siendo las medidas del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil disposiciones de carácter instrumental, cautelar y de aseguramiento del resultado de un juicio eventualmente favorable a quien las solicita y de la efectividad de la sentencia que produzca ese resultado, y debiendo ser congruente tal sentencia (artículo 359 de la misma Ley) con la pretensión objeto del juicio que es precisamente introducida y formulada en la demanda, no cabe duda de que esta última y la pretensión dicha han de tener por objeto pronunciamientos (declaraciones o condenas) cuya efectividad quede de suyo, directamente y de modo inequívoco asegurada con las medidas solicitadas o acordadas, es decir, con las que sean aptas legalmente de por sí para el aseguramiento de que se trate; pues de no ser así la demanda, las cautelas podrían ser estériles o, lo que es igualmente rechazable, abocadas a distorsiones y fraudes procesales, produciendo efectos totalmente ajenos a sus estrictas finalidades. De modo que el cumplimiento del requisito procedimental de que ahora se trata no se obtiene con la presentación de cualquier demanda, sino precisamente con la de aquellas cuyos pedimentos, para el caso de estimarse judicialmente pueden estar, al par que la efectividad de la sentencia que los acogiera, directa y eficazmente garantizados por las medidas cautelares que a la formulación de

tal demanda se solicitaren, se hubieran ya solicitado o bien se hallaran ya acordadas. Siendo otro de los requisitos para la procedencia de las medidas, el de que la relación jurídica entre las partes de donde pudiera nacer el derecho o acción ejercitados, sea determinante de una obligación de hacer, no hacer o de entregar cosas específicas y determinadas, como explícitamente establece el párrafo primero del precepto de referencia. Obligaciones estas que pueden identificarse con los tipos previstos por la ley, al regular la ejecución de las respectivas sentencias (artículos 924 a 926 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por lo que propiamente las obligaciones de resarcimiento, o sea, de indemnizar daños y perjuicios no pueden encuadrarse entre las que pueden dar lugar procedentemente a medidas indeterminadas de las que son objeto de examen en este acto, sino que el aseguramiento de tales obligaciones tiene su previsión legal especial en la institución (o medida cautelar) del embargo preventivo regulado por los artículos 1.397 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que está precisamente establecido para prevenirse el actor contra la insolvencia del deudor, el daño de sus bienes y la indisponibilidad de los mismos, en los casos en incumplimiento de deudas de pago dinerario.

Cuarto: Con arreglo a lo que se deja razonado y a los antecedentes fácticos del caso, resulta: Por un lado, que aun prescindiendo del tema de que la medida pudiera ser inviable si se hubiera mantenido fundada tan sólo en propuesta o compromiso de arbitraje, o en la

existencia de recurso administrativo de alzada contra la resolución por la que la Dirección General de Transacciones Exteriores concedió las verificaciones positivas para la inversión de «B., S.A.», puesto que en definitiva y dentro del plazo legal se formuló por la solicitante demanda civil de juicio declarativo ordinario, lo que condujo la solicitud de medidas a términos más acordes con el precepto en que se apoyaba, eludiendo la posibilidad de que se impugnara por falta total de ese acto procesal, la cuestión fundamental planteada en la instancia y reproducida en la impugnación objeto del presente recurso de apelación, es la atinente a si la expresada demanda cumple con las exigencias legales para producir los efectos de la procedibilidad de las medidas cautelares de que se trata. Y en este punto preciso es sostener el criterio negativo, teniendo en cuenta los razonamientos que se dejan expuestos sobre el particular y los de la sentencia de instancia en la parte que vienen a ser corroborados por aquéllos, ya que las medidas acordadas en principio por el Juzgado y dejadas sin efecto posteriormente por éste no garantizan por su propia naturaleza, directa, inequívoca y suficientemente la efectividad del fallo indemnizatorio de daños y perjuicios perseguido por la solicitante con su demanda, siendo más propias para el aseguramiento de una acción reivindicatoria, con inherente reclamación de entrega de títulos, que no se ha ejercitado con la demanda presentada, que de las acciones, por una parte meramente declarativas y por otra de condena a pago de dinero, efectivamente in-

terpuestas en tal demanda. Por lo cual y por este solo motivo, ya ha de apreciarse que es fundada la petición de la parte demandada de que se alcen las medidas que fueron acordadas por el Juzgado, y ello por improcedentes, con arreglo al párrafo quinto del artículo 1.428, puesto que el apuntado defecto de conexión entre los pedidos de la necesaria demanda y el sentido y naturaleza de las medidas de referencia, que hace ineficaz a la demanda presentada para mantenerlas, equivale a la falta del presupuesto de procedibilidad consistente en la formulación correcta de tal demanda. Y a mayor abundamiento, a igual conclusión se llega por la consideración, que afecta también al principio de legalidad del procedimiento, de que en el caso de autos tampoco se cumple el requisito de que las medidas controvertidas vayan dirigidas a la efectividad, a través de la sentencia correspondiente, de obligaciones de hacer o no hacer o de entregar cosas determinadas o específicas, como exige el precepto de constante alusión que regula la adopción de medidas cautelares indeterminadas y en el que se apoya la parte demandante.

Quinto: A seguido ha de resolverse otra cuestión sobre la que versa el recurso y es la referente a la procedencia o no de la condena subsiguiente al alzamiento de las medidas, y que en el Auto recurrido se impone a la misma entidad actora, de pago a la demandada de daños y perjuicios y al de las costas de la sustanciación de la petición de las medidas y de la oposi-

ción a las mismas. Al efecto indicado, es de ver que el artículo 1.428 expresa que la adopción de las medidas cautelares que autoriza, se efectúa en su caso, bajo la responsabilidad del demandante y además que éste deberá prestar fianza previa y bastante para responder de la indemnización por los daños y perjuicios que pudiera causar; de ello se sigue que la declaración de improcedencia de las medidas que hubieran sido acordadas conlleva el efecto de hacerse exigible tal responsabilidad, sin que pudiera interpretarse el precepto en el sentido de que la imposición de esa responsabilidad haya de dejarse para otro procedimiento declarativo separado, pues de seguirse este criterio resultaría difícilmente sostenible la permanencia de la necesaria fianza tras el alzamiento de las medidas y consiguientemente podría ser de hecho estéril la prestación de aquélla. Esta reflexión lleva a interpretar el precepto, eludiendo conclusiones absurdas, en el sentido de que el alzamiento de las medidas cautelares por improcedentes ha de llevar aparejada la condena a indemnizar los daños y perjuicios que pudieran haberse causado, cuya prueba no está prevista en el trámite de la oposición y cuya producción puede extenderse más allá del mismo (mientras perduran las medidas acordadas) la existencia y liquidación de los cuales pueden determinarse en fase ejecutoria. Y este mismo razonamiento, subsidiariamente justifica también la aplicación analógica del artículo 1.413 de la Ley Procesal Civil.

En fecha 16.06.89 se suscribió un contrato privado de compraventa

de determinadas acciones (y de derechos de suscripción) entre sus titulares y el ahora apelante. Un mes más tarde, aquéllos celebraron un nuevo contrato de compraventa sobre las mismas acciones con la parte apelada. Tras la segunda transmisión, las partes del primer contrato aceptaron someter a arbitraje la determinación de la naturaleza del mismo y su perfeccionamiento. Posteriormente, el apelante solicitó y obtuvo la adopción de medidas cautelares indeterminadas consistentes en el depósito de los títulos en cuestión «con el fin de asegurar la efectividad de la decisión arbitral y/o judicial» que en su día recayere; a continuación, incoó un juicio declarativo ordinario en reclamación de daños y perjuicios contra el segundo adquirente, esto es, el apelado. Mediante el presente auto se resuelve el recurso de apelación dirigido a la revocación del auto de alzamiento del depósito judicial antes mencionado.

Los argumentos expuestos por la Audiencia Provincial en orden a mantener el levantamiento del depósito judicial son dos. En primer lugar, en cuanto al requisito de interposición de la «demanda» dentro de los ocho días siguientes a la concesión de la medida cautelar (art. 1428.3 LEC), la Audiencia considera que en el término «demanda» no tiene cabida «la propuesta o formalización de compromisos de arbitraje». Esta interpretación es injustificadamente restrictiva y ya está superado por la propia AP de Barcelona. Vid. Auto AP Barcelona de 24 mayo 1991, JUSTICIA 91, p. 915.

En segundo lugar, se aprecia un «defecto de conexión entre los peditos de la necesaria demanda y el sentido y naturaleza de las medidas de referencia»; es decir, según el tribunal el depósito judicial «no garantiza por su propia naturaleza, directa, inequívoca y suficientemente la efectividad del fallo indemnizatorio». Esta consideración se halla estrechamente ligada a aquélla otra más general, también sostenida en el auto, en virtud de la cual solamente procede acordar medidas indeterminadas para el aseguramiento de obligaciones o condenas de hacer, no hacer o entregar cosa específica, y para el caso de obligaciones de resarcimiento la medida cautelar apropiada es el embargo preventivo. Además, en el razonamiento jurídico 3.º se identifican expresamente las situaciones jurídicas cautelables mediante el art. 1428 LEC con las condenas cuya ejecución se regula en los arts. 924 a 926 LEC. En consecuencia, según el criterio de la AP de Barcelona, en el caso de obligaciones ilíquidas, la medida cautelar pertinente es el embargo preventivo.

Si bien este último argumento es válido a nivel general o de principios, existen supuestos en los que esta distinción no aparece tan nítida.

Así, por ejemplo, se ha cuestionado la negación con carácter general de la posibilidad de adoptar medidas innominadas en el caso de que la prestación pecuniaria se halle ligada a una obligación de hacer, no hacer o de entregar cosa específica (vid. RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, JUSTICIA, 1985, I, pág. 84).

Por último, cabe destacar el pronunciamiento relativo a la condena en costas e indemnización por los daños y perjuicios producidos por las medidas posteriormente declaradas improcedentes. Con buen criterio, la Audiencia considera que la imposición de esta responsabilidad no debe dilucidarse en un proceso declarativo posterior, sino que la propia resolución en que se declare la improcedencia de la cautela lleva aparejada la condena a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, cuya existencia y cuantía deberá determinarse en fase de ejecución.

BELÉN MORA CAPITÁN

EFFECTS OF THE TREATY OF THE EUROPEAN COMMUNITY IN MATTER OF PROCESAL: PROHIBITION OF DISCRIMINATION FOR REASON OF NATIONALITY

Sentencia TJCE de 10 de febrero de 1994. dans le litige pendant devant cette juridiction entre

Firma Mund & Fester

ARRET DE LA COUR
(sixième chambre)

et

10 février 1994

Firma Hatrex Internationaal Transport,

«Saisie conservatoire — Motif suffisant: exécution d'un jugement dans un autre État contractant de la convention de Bruxelles — interdiction de discrimination».

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 7 du traité CEE, lu en combinaison avec l'article 220 du même traité et la convention, du 27 septembre 1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 1972, L 299, p. 32), telle que modifiée ultérieurement,

Dans l'affaire C-298/92,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 177 du traité CEE, par le Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (République fédérale d'Allemagne), et tendant à obtenir,

LA COUR (sixième chambre),

composée de MM. G.F. Mancini, président de chambre, C.N. Nakouris (rapporteur), F. Schockweiler, P.J.G. Kapteyn et J.L. Murray, juges,

avocat général: M.G. Tesauero,
greffier: M.J.-G. Giraud,

considérant les observations écrites présentées:

- pour Firma Mund & Fester, par M^e Jürgen Kröger, avocat à Hambourg,
- pour le gouvernement allemand, par MM. Ernst Röder, Ministerialrat au ministère fédéral de l'Économie, et Alfred Dittrich, Regierungsdirektor au ministère fédéral de la Justice, en qualité d'agents.
- pour la Commission des Communautés européennes, par MM. Bernd Langeheine et Pieter van Nuffel, membres du services juridique, en qualité d'agents,

vu le rapport du juge rapporteur,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 16 décembre 1993,

rend le présent

Arrêt

1. Par ordonnance du 16 novembre 1992, parvenue à la Cour le 23 du même mois, le Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, une question préjudicielle relative à l'interprétation de l'article 7 du traité CEE, lu en

combinaison avec l'article 220 du même traité et la convention, du 27 septembre 1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 1972, L 299, p. 32), telle que modifiée ultérieurement (ci-après la «convention de Bruxelles»).

2. Cette question a été soulevée dans le cadre d'une procédure introduite par la société allemande Mund & Fester contre la société Hatrex Internationaal Transport (ci-après «Hatrex»), commissionnaire de transport international ayant son siège aux Pays-Bas, et tendant à ce que soit ordonnée une saisie conservatoire portant sur les biens de Hatrex se trouvant en Allemagne.

3. Hatrex a transporté de Carsamba (Turquie) à Hambourg des noisettes qui, pendant le transport, ont été endommagées par l'humidité résultant du défaut d'étanchéité du camion qui les transportait.

4. Mund & Fester, subrogée dans les droits du commenttant par l'effet d'une cession de créance, a réclamé des dommages-intérêts et, afin d'assurer le recouvrement de cette créance, introduit, le 23 juin 1992, une requête auprès du Landgericht Hamburg, conformément à l'article 917 de la Zivilprozessordnung (code de procédure civile, ci-après la «ZPO»), en vue d'obtenir la saisie conservatoire du camion de Hatrex utilisé pour le transport des noisettes et se trouvant encore en Allemagne.

5. L'article 917 de la ZPO prévoit:

«1. La saisie conservatoire sur les biens, a lieu quand il est à craindre que, sans une telle ordonnance, l'exécution du jugement se-

rait rendue impossible ou fondamentalement plus difficile.

2. Comme motif suffisant pour une saisie conservatoire est à considérer le fait que le jugement devra être exécuté à l'étranger».

6. Le Landgericht Hamburg a refusé l'autorisation de la saisie conservatoire par ordonnance du même jour. Il a en effet estimé que, puisqu'il s'agissait d'exécuter un jugement dans un État contractant de la convention de Bruxelles, le motif prévu, à l'article 917, paragraphe 2, de la ZPO n'existait pas.

7. Mund & Fester a fait opposition à l'ordonnance du Landgericht Hamburg auprès du Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, en faisant valoir, entre autres, que l'interprétation de l'article 917, paragraphe 2, de la ZPO n'était pas affectée par la convention de Bruxelles.

8. Estimant que la décision sur la requête tendant à l'autorisation de la saisie conservatoire dépendait de la question de savoir si le motif de saisie prévu à l'article 917, paragraphe 2, de la ZPO existe lorsqu'un jugement doit être exécuté aux Pays-Bas, le Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«La nécessité de procéder à une saisie à l'étranger (article 917, paragraphe 2, de la Zivilprozessordnung) constitue-t-elle également un motif de saisie lorsqu'il s'agit de l'exécution dans un pays qui a adhéré à la convention CEE concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (la con-

vention de Bruxelles) du 27 septembre 1968?».

9. Par sa question, la juridiction nationale vise en substance à savoir si l'article 7 du traité CEE, lu en combinaison avec l'article 220 du même traité et la convention de Bruxelles, s'oppose à une disposition nationale de procédure civile qui, pour un jugement devant être exécuté sur le territoire national, n'autorise la saisie conservatoire qu'au motif qu'il est probable que, à défaut, cette exécution sera rendue impossible ou fondamentalement plus difficile, alors que, pour un jugement devant être exécuté dans un autre État membre, elle l'autorise au seul motif que l'exécution devra avoir lieu à l'étranger.

10. En vue de répondre à cette question, il y a lieu d'abord d'examiner si cette disposition rentre dans le champ d'application du traité CEE.

11. L'article 220, quatrième tiret, de ce traité, en prévoyant que les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants, la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires, bien qu'il n'ait pas pour objet de poser une règle juridique opérante comme telle mais se borne à tracer le cadre d'une négociation entre les États membres (voir arrêt du 11 juillet 1985, Mutsch, 137/84, Rec. p. 2681, point 11), a pour objectif de faciliter le fonctionnement du marché commun par l'adoption de règles de compétence pour les litiges y afférents et la suppression,

dans toute la mesure du possible, des difficultés relatives à la reconnaissance et à l'exécution es jugements sur le territoire des États contractants.

12. C'est sur le fondement de cet article et dans le cadre qu'il définit que les États membres ont conclu la convention de Bruxelles. Par conséquent, les dispositions de cette convention ayant trait à la compétence judiciaire et à la simplification des formalités relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements ainsi que les dispositions nationales auxquelles elle renvoie sont liées au traité CEE.

13. En l'espèce, il y a lieu d'examiner si la disposition nationale en cause au principal, introduit une discrimination en raison de la nationalité prohibée par l'article 7 du traité.

14. Selon une jurisprudence constante, cette disposition interdit toute discrimination en raison de la nationalité dans le domaine d'application du traité. Cette disposition pronibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par l'application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat (voir arrêt du 29 octobre 1980, Boussac, 22/80, Rep. p. 3427, point 9).

15. La disposition en cause au principal comporte une forme dissimulée de discrimination.

16. En effet, si l'examen de l'article 917, paragraphe 2, de la ZPO ne révèle pas de discrimination manifeste fondée sur la nationalité, puisqu'il s'applique à tous les cas dans lesquels un jugement doit être exécuté à l'étranger, et ce

même si les biens faisant l'objet de la saisie appartiennent à un ressortissant allemand, il n'en reste pas moins que, comme l'observe à juste titre la Commission, cette dernière hypothèse est rare, une grande majorité des exécutions à l'étranger visant des personnes qui n'ont pas la nationalité allemande ou des personnes morales qui ne sont pas établies en République fédérale d'Allemagne. Il s'ensuit que la disposition nationale en cause aboutit en fait au même résultat qu'une discrimination fondée sur la nationalité.

17. Toutefois, cette constatation ne suffit pas pour conclure à l'incompatibilité d'une disposition telle que celle qui est en cause dans le litige au principal avec l'article 7 du traité. Encore faut-il pour cela que la disposition en question ne se justifie pas par des circonstances objectives.

18. A cet égard, il convient de rappeler que la saisie conservatoire garantit au créancier la possibilité de faire exécuter effectivement et en temps utile un jugement ultérieur condamnant le débiteur. Selon l'article 917, paragraphe 1, de la ZPO, cette mesure conservatoire doit être autorisée lorsqu'il est raisonnable de craindre, au vu des circonstances de l'espèce, que, sans une telle mesure, l'exécution du jugement ultérieur serait rendue impossible ou fondamentalement plus difficile. En application du paragraphe 2 du même article, ces difficultés sont présumées du seul fait que l'exécution doit avoir lieu dans un État autre que la République fédérale d'Allemagne.

19. Si une telle présomption est justifiée lorsque l'exécution du jugement postérieur doit être effec-

tuée sur le territoire d'un État tiers, elle ne l'est pas lorsqu'il s'agit de l'exécuter sur le territoire des États membres de la Communauté. Tous ces États sont en effet des parties contractantes à la convention de Bruxelles, dont les territoires, ainsi qu'il est indiqué dans le rapport sur la convention de Bruxelles (JO 1979, C 59, p. 1, spéc. p. 13), peuvent être considérés comme constituant une entité.

20. Par conséquent, bien que les conditions d'exécution des décisions et les risques liés aux difficultés qu'elle suscite soient les mêmes dans tous les États membres, la disposition du paragraphe 2 de l'article 917 de la ZPO considère, en substance, que ces risques ou difficultés sont sûrs et certains du seul fait que l'exécution aura lieu sur le territoire d'un État membre autre que le territoire allemand.

21. Il s'ensuit que la disposition nationale n'est pas justifiée par des circonstances objectives.

22. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de répondre à la question posée que l'article 7 du traité CEE, lu en combinaison avec l'article 220 du même traité et la convention de Bruxelles, s'oppose à une disposition nationale de procédure civile qui, pour un jugement devant être exécuté sur le territoire national, n'autorise la saisie conservatoire qu'au motif qu'il est probable que, à défaut, cette exécution sera rendue impossible ou fondamentalement plus difficile, alors que, pour un jugement devant être exécuté dans un autre État membre, elle l'autorise au seul motif que l'exécution devra avoir lieu à l'étranger.

23. Les frais exposés par le gouvernement allemand et par la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Par ces motifs,

LA COUR (sixième chambre),

statuant sur la question à elle soumise par le Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, par ordonnance du 16 novembre 1992, dit pour droit:

L'article 7 du traité CEE, lu en combinaison avec l'article 220 du même traité et la convention de Bruxelles, du 27 septembre 1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, s'oppose à une disposition nationale de procédure civile qui, pour un jugement devant être exécuté sur le territoire national, n'autorise la saisie conservatoire qu'au motif qu'il est probable que, à défaut, cette exécution sera rendue impossible ou fondamentalement plus difficile, alors que, pour un jugement devant être exécuté dans un autre État membre, elle l'autorise au seul motif que l'exécution devra avoir lieu à l'étranger.

Mancini Kakouris Schockweiler

Kapteyn Murray

Sur les dépens.

Aisni prononcé en audience publique à Luxembourg, le 10 février 1994.

Le greffier

R. Grass

Le président de la sixième chambre
G.F. Mancini

La cuestión prejudicial de interpretación resuelta por esta sentencia se planteó en el ámbito de un proceso desarrollado ante la jurisdicción alemana. Para asegurar la eficacia de una futura sentencia de condena pecuniaria, la demandante solicitó la adopción de un embargo preventivo sobre el único bien que la sociedad demandada, con sede en los Países Bajos, tenía en esos momentos en territorio alemán, alegando que la sentencia debería ejecutarse en el extranjero.

En efecto, cuando la sentencia deba ejecutarse en Alemania, según se dispone en el art. 917.1 ZPO, el embargo preventivo puede acordarse si el juez considera que, en su defecto, la ejecución de la sentencia será imposible o fundamentalmente más difícil. Ahora bien, también podrá adoptarse esta medida por el mero hecho de que la sentencia deba ejecutarse en el extranjero (art. 917.2 ZPO).

Si bien se cumplieran los presupuestos establecidos por la ley procesal alemana para la adopción de la mencionada medida cautelar, el juez desestimó la solicitud considerando que no cabe apreciar la concurrencia de *periculum in mora* cuando la sentencia debe ejecutarse en un estado contratante del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Ante la oposición del demandante, se decidió plantear al TJCE, como cuestión prejudicial, si el art. 7 TCE (actualmente art. 6) que establece la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación del TCE, en relación con el art. 220 TCE y con el Convenio de Bruselas, se oponen a una disposición procesal nacional como la contenida en el art. 917.2 ZPO.

El TJCE estima que la norma procesal civil alemana cuestionada implica una forma disimulada de discriminación. Puesto que la mayoría de ejecuciones que deben practicarse en el extranjero se llevan a cabo contra personas que no tienen la nacionalidad alemana, el art. 917.2 ZPO consigue el mismo efecto que una discriminación no se halla justificada por circunstancias objetivas teniendo en cuenta que todos los miembros de la Comunidad son partes del Convenio de Bruselas.

Esta sentencia no va a producir efectos directos en España, es decir, no vincula a nuestros órganos jurisdiccionales. No obstante, da pie para reflexionar sobre nuestra legislación procesal y especialmente, dado el

paralelismo con el caso planteado, sobre el art. 1400.2.º LEC, donde se tipifica como supuesto de *periculum in mora* el hecho de que el deudor sea extranjero no naturalizado en España. A tenor de los argumentos esgrimidos por el TJCE en la sentencia comentada, podría entenderse que dicho precepto incurre en un supuesto de discriminación manifiesta y que carece, al igual que el precepto alemán, de justificación por razones objetivas.

BELÉN MORA CAPITÁN

PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

ATC, de 21 de julio de 1992 (Sala 2.ª).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

«*Primero*: Las circunstancias a las que nuestra Ley Orgánica vincula la suspensión de la ejecución del acto del poder público por razón del cual se reclama el amparo constitucional se reducen, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 56.1 LOTC, a que «la ejecución hubiera de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad». Como en reiteradas ocasiones se ha dejado dicho que este Tribunal, no basta la existencia de cualquier tipo de perjuicio, molestia o dificultad, sino que ha de ser de tal naturaleza que haga perder al amparo constitucional su finalidad, en el sentido de que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida definitivamente que tal restauración sea efectiva (ATC 51/1989). Es la concurrencia de la circunstancia apuntada, la única que justifica la perturbación

del interés general, o, en su caso, también la de los derechos fundamentales de un tercero, que toda suspensión de resoluciones judiciales firmes comporta y que obliga a considerar ésta siempre como una medida excepcional que sólo procede si se da la condición referida, lo que en modo alguno ocurre en el presente caso, como ya hemos dicho en el auto que ahora se recurre en súplica.

Es cierto que, como afirman las recurrentes, la ejecución de las medidas cautelares acordadas y confirmadas por las resoluciones judiciales impugnadas les pueden ocasionar unos perjuicios en cuanto suponen una restricción a su actividad comercial en el mercado español en relación con determinado producto, perjuicios que, como aquéllas expresamente reconocen en su escrito de súplica, son resarcibles y, por tanto, susceptibles de reparación en su caso, sin que el simple transcurso del tiempo los convierta por fuerza en irreparables. Pero esta consecuencia derivada de la prolongación en el tiempo de la situación lesiva o pre-

suntamente lesiva que se denuncia no implica en modo alguno que haga desaparecer la finalidad del recurso de amparo puesto que el pronunciamiento que se dicte en este ámbito constitucional no afectará en ningún caso al fondo de la cuestión litigiosa, sino que a lo sumo supondrá la emisión de un nuevo fallo judicial que respete los derechos supuestamente vulnerados. Pues, en efecto, si las ulteriores resoluciones judiciales se pronuncian en el fondo de manera análoga a las impugnadas desaparece todo perjuicio seguido de la ejecución y, en caso contrario, si el fallo difiere del anterior, tampoco derivan de él tales perjuicios irreparables al ser económicamente resarcibles. Así pues, el presente recurso de amparo no se ve privado de finalidad por la ejecución de las resoluciones judiciales impugnadas, como de nuevo se pone de manifiesto en el recurso de súplica, es obtener del Tribunal Constitucional y por vía del trámite incidental del art. 56 LOTC la satisfacción de la pretensión que les fue desestimada en las instancias judiciales ordinarias. Una decisión como la que en este caso se pretende de nosotros supondría de *facto* dejar sin efecto en este momento procesal lo decidido por los órganos judiciales competentes en respuesta a las pretensiones planteadas por las partes, invirtiendo además el sentido de la decisión adoptada en el proceso judicial *a quo* respecto de las medidas cautelares acordadas.

En efecto el enervamiento por este Tribunal de tales medidas, caso de accederse a la súplica y

acordar la suspensión solicitada, equivaldría a dar satisfacción a los recurrentes precisamente en aquello que pretendían en la vía judicial ordinaria, con lo que el Tribunal Constitucional vendría a sustituir, por la suya propia, la decisión de los Jueces y Tribunales, a quienes compete en exclusiva la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado seleccionado e interpretando la legalidad aplicable al caso controvertido (art. 117.3 C.E.), con evidente desbordamiento de los límites propios de la justicia constitucional, que no puede transformarse en una nueva instancia revisoria.

Por otra parte, es claro que en el supuesto ahora contemplado el otorgamiento de la suspensión solicitada entraña algo más que una simple suspensión de la ejecución e implica de hecho un otorgamiento, siquiera sea provisional del amparo, a la vez que una resolución, también provisional y favorable a las recurrentes, del litigio sometido a instancias judiciales, respecto del cual, en una eventual concesión del amparo, habrán de pronunciarse de nuevo los órganos judiciales ordinarios. Así la medida cautelar que de nosotros se insta se transformaría en una estimación anticipada de la pretensión de amparo y, durante la tramitación de este recurso, de las pretensiones de las recurrentes en el proceso *a quo*, en lugar del designio que es propio de una tal pretensión incidental, consistente en evitar un perjuicio que haga perder al recurso de amparo su finalidad (AATC 503/1983, 811/1985).»

En el ámbito de un proceso de nulidad de marca se adoptaron medi-

das cautelares en virtud de las cuales se limitaba la actividad comercial en España de la sociedad demandada (art. 40 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de marcas, en relación con los arts. 133 y ss. de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes). Una vez agotados los recursos pertinentes en la vía judicial contra las resoluciones que acordaban y confirmaban estas medidas (art. 44.1.a LOTC), la demandada, hoy recurrente, interpuso recurso de amparo ante el TC y solicitó, como medida cautelar, la suspensión de las mencionadas resoluciones (art. 56 LOTC). En el presente auto el TC desestima el recurso de súplica interpuesto contra la resolución del mismo Tribunal, denegatoria de la suspensión.

La única medida cautelar prevista expresamente en la LOTC en relación con los recursos de amparo es la suspensión, de oficio o a instancia de parte, de «la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclame el amparo constitucional» (art. 56.1 LOTC). La concesión de esta suspensión requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos: 1) *Fumus boni iuris*: Si bien la LOTC no exige expresamente como presupuesto la apariencia de buen derecho, el TC ha declarado reiteradamente la necesidad de su concurrencia y acreditación por parte del recurrente. 2) *Periculum in mora*: La concesión de la suspensión viene condicionada por la existencia no de cualquier perjuicio que pudiera derivarse de la duración del proceso, sino de aquél, derivado de la ejecución del acto, que haría perder al amparo constitucional su finalidad. 3) Que la suspensión de la ejecución no perturbe gravemente los intereses generales, o los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero. Es necesario puntualizar que, en caso de que la suspensión ocasione una perturbación de esta índole, la denegación de la medida cautelar no será automática, sino que el juez deberá ponderar y decidir a qué intereses otorga preferencia. 4) Eventualmente, la suspensión de la ejecución puede subordinarse a la prestación de una caución por parte del recurrente en amparo. 5) Pendencia en la ejecución de los actos de los poderes públicos por razón de los cuales se solicite el amparo constitucional. (Sobre los presupuestos de la suspensión cautelar de la ejecución de acto objeto de recurso de amparo *vid.*, por todos, VECINA CIFUENTES J., *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Ed. Colex, Madrid, 1993, págs. 212 y ss.).

En el presente caso, el TC desestima el recurso de súplica por entender que no concurre el presupuesto del *periculum in mora* y atendiendo a la perturbación del interés general, o de los derechos fundamentales de un tercero, que conlleva la suspensión de resoluciones judiciales fir-

mes. En relación con el *periculum in mora*, se aprecia tanto la interpretación estricta de dicho presupuesto («que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida definitivamente que tal restauración sea efectiva»), cuanto la extensión del mismo a los supuestos en los que la eficacia del amparo se vería mermada a causa de los perjuicios irreparables que la ejecución pudiese ocasionar al recurrente, aunque no afecten directamente a derechos fundamentales. Suponiendo que el recurso de amparo fuese estimado, la consecuencia sería la emisión de un nuevo fallo judicial sobre las medidas cautelares adoptadas en el proceso de nulidad de marca: Si la nueva resolución judicial confirma las impugnadas, la ejecución de éstas ningún perjuicio habrá ocasionado al recurrente; si, por el contrario, se acuerda el alzamiento de las medidas cautelares del proceso *a quo*, ningún perjuicio irreparable habrá sufrido el recurrente teniendo en cuenta, como admite el mismo, que son económicamente resarcibles.

De otro lado, se reitera el carácter excepcional de la suspensión de resoluciones judiciales firmes atendiendo a la perturbación del interés general que ello comporta. Además, en el presente caso, el TC entiende que la concesión de la suspensión implicaría desbordar los límites de la justicia constitucional, puesto que en tal caso la consecuencia sería el alzamiento de las medidas cautelares acordadas en el proceso *a quo*, con lo que se invertiría el sentido de la decisión judicial.

BELÉN MORA CAPITÁN

DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 1.428 LEC
RESPECTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES TÍPICAS

Juzgado de Primera Instancia de
Barcelona n.º 24
Auto de 19 de marzo de 1992.

HECHOS

Primero: Se tramita en este juzgado bajo el cardinal 1580/91 autos sobre adopción de medidas cautelares innominadas del artículo 1428 de la L.E.C. instadas por Sociedad de Responsabilidad Limita-

da (en lo sucesivo B.) representada por el procurador Sr. J. y dirigida por el letrado Sr. P. contra H.V.O. S.A. (por anagrama y en adelante H.) representada por el procurador Sr. Q. y B.I.E., S.A. (en adelante B.I.) representada por el procurador Sr. R.O. y dirigidas respectivamente por los letrados Sres. J.T.F. y S.S. iniciadas en virtud de solicitud que en lo menester se da aquí por reproducida formulada por la actora B. quien en su suplico peti-

cionaba se procediera al embargo de bienes de las demandas H. y B.I. en cantidad no inferior a 500.000.000 si en el acto no presentaban la oportuna fianza al objeto de asegurar la obligación de hacer pago de lo adecuado y asegurar indemnización, daños y perjuicios basando su pretensión esencialmente en la existencia de un contrato de obra a realizar por B.I. en el denominado Hotel que H. construye en la Villa Olímpica consistentes en la ejecución de obras diferenciadas entre sí, relativas al muro seco protección de fuego interna y protección de fuego externa realizándose diversos contratos entre H. y B. y tras diversas incidencias se rompieron las relaciones contractuales siendo en aquel momento acreditado por B. más que considerables por lo que presentó las correspondientes facturas o aplicaciones para pago que en el factor de fuego interno y con fecha 30 de agosto de 1991 ascendió a 30.651.134, según documento núm. 1 que acompañaba en inglés con la demanda debidamente traducido, presentando en el ámbito de la protección de fuego externo otra factura por importe de 81.469.539 que producía de documento núm. 2 también traducido y en lo relativo al muro seco o tabiquería factura final de fecha 28 de octubre de 1991 numerada de 3 con la demanda y visada su traducción por importe de 194.202.496 lo que totalizaban 306.323.168 reflejadas documentalmente, a lo que debía añadirse los perjuicios causados que se estimaban en torno a los 200.000.000 llevándose a cabo una pericial a fin de evaluar con meridiania precisión el importe de di-

chos daños y perjuicios causados y entendiendo que B.I. actuó como ejecutora y directora de la obra. H. es una sociedad de carácter comercial sin patrimonio alguno con capital extranjero y cuya solvencia es más que dudosa en el momento en que pierde el apoyo momentáneo de H. cuya situación tampoco es boyante puesto que la misma se ha endeudado por encima de sus posibilidades y dada la absoluta seguridad de que el hotel que se construye no podrá abrir sus puertas de manera decente en julio del 92, atendido que el único patrimonio con el que cuenta es ese inmueble con el que se edifica el hotel devían precedentes las medidas cautelares interesadas para asegurar las resultas del juicio declarativo de mayor cuantía que por aproximadamente 500.000.000.— Ptas. formularía la demandante.

Segundo: Por auto de este juzgado de fecha 8 de enero de 1992 que en lo menester se da aquí por reproducida este juzgado adoptó como medida cautelar a instancia y bajo la responsabilidad de B. la medida consistente en requerir a los legales representantes de las demandas H.Y.B.I. para que afianzaren la suma de 500.000.000 y en caso de no hacerlo en el término del tercero día proceder al embargo de bienes suficientes propiedad de dichos codemandados si bien se condiciona tal medida a que por la solicitante se prestare fianza en cualquiera de las clases admitidas en derecho a excepción de lo personal o aval bancario por importe de 225.000.000 a efectos de responder los daños y perjuicios que en su caso pudieran originarse y prestada la indicada fianza debía

requerirse a los legales representantes de los codemandados para que depositen en el juzgado la aludida cantidad de 500.000.000 y no haciéndolo procederse al embargo de sus bienes. Con fecha 11 de febrero de 1992 en nombre de la demandante presentó ante el juzgado aval por el exigido importe de 225.000.000 librado por el Banco N. S.A. y llenado el requisito garantista exigido, este juzgado dictó proveído de fecha 12 de febrero pasado declarándolo suficiente y ajustado a derecho y en cumplimiento de lo acordado en la anterior resolución (Auto de Adopción de Medidas Cautelares de 8 de enero) se requirió a los legales representantes de los codemandados para que afianzaren la suma de 500.000.000. Así las cosas compareció en las actuaciones el procurador Sr. R.O. en representación de B.I. por escrito de fecha 20 de febrero de 1992 que igualmente se da por reproducido solicitando el alzamiento de las medidas cautelares acordadas mientras que por Otrosí ofreció fianza o aval bancario suficiente para responder de la indicada suma lo que efectivamente realizó mediante aval del Banco N.E. S.A. de fecha 27 de febrero de 1992 y congruentemente se dictó auto de fecha 28 de febrero en el que se estimó suficiente y ajustado a derecho el afianzamiento que por medio de aval bancario librado por banco N.E. S.A. de fecha 27 de febrero del 92 y por importe de 400.000.000 aportó el procurador R.O. alzándose las medidas acordadas. Paralelamente y por cuanto dicho procurador compareció en las actuaciones a efectos de oponerse a las mismas se

señaló a comparecencia que se celebró el pasado 10 de marzo de 1992 con el resultado que es de ver en el acta levantada al efecto y que igualmente se da aquí por reproducido.

Tercero: En dicha comparecencia se personó el letrado Sr. Quemada Ruiz en representación de H. La demandante B. se afirmó y ratificó en su solicitud de medidas cautelares reiterando las argumentaciones de su demanda de solicitud de tales medidas insistiendo en que el principio de prueba por escrito a que se refiere el artículo 1428 se deduce de la facturación presentada por B.I. significando que tal principio de prueba consiste en la aportación de algún elemento que sin servir de manera plena a la convicción del juez sobre los hechos normalmente constitutivos del derecho que se reclama induzca a una creencia racional sobre su certeza protestando que en el presente caso se cumple el llamado *Periculum in mora* que junto al *Fumus Boni Iuris* integran los presupuestos necesarios de toda medida cautelar insistiendo que el único bien de H. es precisamente el hotel cuyo único objetivo son los próximos juegos olímpicos sin que su hotel sepa todavía si podrá abrir sus puertas para tal evento mientras que en cuanto a B.I. como empresa de servicios no se le conocen bienes con los que pueda en su día garantizar tanto las deudas como los perjuicios ocasionados a B. y significando su oposición a la excepción dilatoria alegada de contrario de que no había sido formulada la demanda en el momento procesal oportuno que la misma se había producido ante

este Juzgado con fecha 28 de febrero manifestando su oposición a la fianza de 400.000.000.— Ptas. exigida por el Juzgador por entender que la misma debió aumentarse hasta la cifra de 500.000.000. La demandada se opuso a la adopción de medidas solicitadas alegando en síntesis las siguientes excepciones: 1) La caducidad de la acción por falta de interposición de la demanda principal como dilatoria puesto que comunicado el auto en que las mismas se decretaban a B. no consta que se interpusiera la demanda por todo el día 22 de enero de 1992. 2) Improcedencia de la acción como perentoria puesto que en su caso la autora debía haber acudido al procedimiento del embargo preventivo de los artículos 1399-1400 de la L.E.C. 3) Inexistencia del *Periculum in mora* al menos relevante por cuanto la demandada H. luce un inmovilizado material por más de 5.711 millones de comprensivo de las obras en curso y de los terrenos que se adquirieron en su día por 2.313 millones, aumentado del 31 de diciembre del 91 a 23.748.413.063 mientras que la demandante B. es una sociedad de responsabilidad limitada constituida con un exiguo capital de 500.000 y que no ha presentado su depósito de cuentas en el registro mercantil a fines de septiembre de 1991 todo ello según se desprendía de los documentos que se producían de núm. uno y dos. 4) Alegaba la inexistencia de apariencia de crédito por cuanto si ciertamente B. ha trabajado en las 3 controvertidas áreas del complejo de la Villa Olímpica con poco fortuna para H. por cuanto los tres contratos que le fueron en-

comendados sólo terminó uno de ellos y resolvió unilateralmente los otros dos abandonando la obra el 3 de julio de 1991 y dejando un cúmulo de problemas, la emisión de facturas es unilateral sin que de ellas quepa desprender una aceptación por H. como entidad demandada de tales aceptaciones de liquidación, denunciándose expresamente las mismas por no haber sido presentadas en fecha próxima a su emisión y si creadas a exproceso para soportar la litis significando que tras el abandono de B. de la obra el único documento emitido fue una aplicación de pagos que se aportaba de documento núm. 7 emitida por la empresa inglesa D. Ltd. al parecer vinculada a la matriz de la B.A. señalándose de documento núm. 3, significándose que no se aportaba el contrato del que se desprendía aquellas obligaciones. 5) Alegaba la temeridad y mala fe de la parte actora que trataba de sorprender al juzgado tergiversando los hechos reales con una actuación de clara temeridad procesal efectuándose reserva expresa y formal de los daños y perjuicios y terminaba suplicando que se dictara resolución por la que se decretara la improcedencia de las medidas cautelares con devolución de la fianza prestada por B.I. y se obligue a la actora a mantener la fianza prestada para responder de los daños y perjuicios causados a la demandante que se acreditarán en la ejecución de la resolución que ponga fin a estas piezas separadas.

Cuarto: Igualmente mostró su oposición B.I. representada por el procurador Sr. R.T.O. según es de ver en el escrito de alegaciones

que en aras a la brevedad procesal se unió al acta de comparecencia antes reservada alegando en síntesis las mismas excepciones que su consorte procesal es decir en lo formal la caducidad de la acción y en lo material de improcedencia por cuanto debía haberse acudido al procedimiento del embargo preventivo en su caso y en lo relativo al fondo de la cuestión entendía que no se daban los dos presupuestos del *Fumus Boni Iuris* y del *Periculum in mora* que exige el artículo 1428 de la L.E.C., siendo de destacar la argumentación cargo de B.I. contra la que se habían adoptado las medidas cautelares por cuanto la actora B. no ha tenido ni tiene relación contractual alguna con B.I. de las que se deriven prestaciones que la actora puede exigir pues sin entrar a que si existen facturas a cargo de H. ninguna relación obligacional vincula a B.I. con B. tal y como se desprende de la fotocopia del contrato original debidamente traducida al castellano que se acompañaba de documento 1 y 2 por lo que en el fondo alegaba la falta de legitimación pasiva y acreditando en el acto de visita de obras que se acompaña núm. 3 que B. nunca fue contratista general como solapadamente deja querer B.S. sino que asumió la función de gerente de construcción, es decir, coordinadora de los aspectos técnicos y económicos de las obras con facultades de la propiedad H. para que a tales fines pueda representarla y debía entenderse su figura dentro del espectro del comisionista mercantil a que se refiere nuestro Código de Comercio; igualmente negaba la existencia de *Periculum in*

mora aludiendo a que la solvencia de B.I. está por encima de toda duda puesto que tiene unos beneficios acumulados por más 800.000.000, inversiones en otras sociedades de 300.000.000 y activos reales por más de 500.000.000 según se desprendía de los documentos 4 y 5 consistente en cuentas anuales auditadas debidamente. De la Sociedad Inglesa integrada en el Holding P. y O. cuyos folletos de presentación se adjuntaban como documentos núm. 9 significándose como B.I. está por encima de toda empresa nacional salvo la de Repsol. Tras protestar los daños y perjuicios que le ocasionaba la actuación de la demandante B. terminaba suplicando que se dictare resolución acordando devolver la fianza prestada por importe de 400.000.000 y obligar a la actora a mantener la fianza por ella prestada para responder de los daños y perjuicios causados a la demandada B.I. que acreditará en la ejecución de la resolución que se dicte poniendo término a la pieza separada en tanto subsidiariamente se solicitaba que se redujera el límite de la fianza prestada hasta 200.000.000 obligando en su caso a H. a cubrir el resto.

Quinto: A petición concorde de los litigantes se recibió el presente incidente a prueba articulándose por la demandante B. la de confesión en juicio a fin de que por el legal representante de las entidades demandadas, se absolvieran los pliegos de posiciones que se presentaron; documental dando por reproducidas las ya aportadas consistentes en las tres facturas o aplicaciones para pago libradas por B. con su pertinente traducción y

más documental a fin de que por el Secretario de este juzgado se certifique que en fecha 28 de febrero pasado se presentó por su representación procesal juicio declarativo de Mayor Cuantía contra los codemandados H.Y.B.I. admitiéndose la prueba y articulándose con el resultado que es de ver en las actuaciones y que en lo menester se da aquí por reproducido. H. propuso como medios de prueba la de confesión en juicio del legal representante de la actora y la code mandada, documental privada dando por reproducidos los documentos acompañados a la comparecencia más documental privada a fin de que oficiare a las entidades bancarias pertinentes para que certificaren sobre el grado de solvencia y normal desenvolvimiento en su giro y tráfico bancario a H. en tanto por la code mandada se articuló la de confesión en juicio de contrario y de la code mandada Hotel V.O., S.A. documental privada a fin de traer por reproducidos los documentos acompañados con el escrito de alegaciones y más documental privada consistente en que se requiera a H. a fin de que aporte el original del documento que se acompañaba de n.º 3 además de la testifical de los Sres. A.P. y J.A. este último para que acredite que las cantidades satisfechas por las obras realizadas por B.I. además oficio de N. Banc para que certifique el grado de solvencia de B.I. así como los matrices a que pertenece dicha compañía B.I. INTERNACIONAL LTO y al grupo P. y O., admitiéndose la totalidad de la prueba y gestionándose con el resultado que es de ver en las actuaciones y que en lo

menester se da aquí por reproducido estándose en el caso de resolver sobre el incidente de oposición a las medidas cautelares en su día adoptadas.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero: Cumple enfatizar *prima facie* la naturaleza cautelar y sumario de este procedimiento de adopción de medidas cautelares innominadas del artículo 1428 de L.E.C. Su esencia consiste en que en base a un principio de prueba por escrito el juez adopte medidas concebidas en un amplio sentido a efectos de asegurar el futuro cumplimiento de la sentencia que corone una litis que se anuncia y a la que este procedimiento sirve anticipadamente. De por fuerza el conocimiento del núcleo tanto fáctico como jurídico de esa pretensión principal es a la hora de la adopción de las medidas cautelares hartamente limitado. El *Bonus Fumus Iuris* que se exige para la adopción de estas medidas ahora y condiciona todo su desarrollo y la resolución de las mismas: el conocimiento es parcial y bien puede decirse que el juzgador debe resolver a voz de pronto y en base no sólo de un principio de base por escrito sino también a unas pruebas que vienen coartadas por la propia limitación temporal que conlleva la urgencia de su adopción. Ciertamente y en la dialéctica de los principios de justicia y seguridad, en el presente caso se inclina el legislador por un afán de seguridad que conlleva a que las cosas se hagan pronto para posibilitar que después se hagan bien ya que sería inútil que la bondad final

de la resolución no pudiera completarse con su exacta ejecución. A efectos de ponderar debidamente la cuestión debatida se dará respuesta en primer lugar a las excepciones de tipo formal planteados por los codemandados consistentes en primer lugar en la caducidad de la acción cautelar ejecutada y en segundo lugar en la improcedencia de esta vía de las medidas cautelares del artículo 1428 de la L.E.C. para la consecución de los fines de la actora. Después cabrá pronunciarse sobre el fondo de la cuestión si no prosperan aquellas excepciones.

Segundo: Se objeta por ambos codemandados H. y B.I. la inadecuación del procedimiento de las medidas cautelares innominadas del artículo 1428 de la L.E.C. para asegurar o garantizar la obligación de la actora. Ello conlleva una interpretación histórica y lógica de tal precepto. Al respecto cabe significar como la Ley 34/84 dio nueva redacción al artículo 1428 puesto que en aquel entonces se condicionaba su adopción a la presentación en juicio de algún documento de los comprendidos en los tres primeros números del artículo siguiente, obviamente el 1429 referido a los títulos que tienen aparejada ejecución y entre estos a las escrituras públicas documento o confesión ante el juez para despachar la ejecución. Es decir eran unas medidas complementarias indudablemente del embargo preventivo (ex-artículo 1399 y 1400 de la L.E.C.) si a todo título que tuviera aparejada ejecución se le dotara de una cobertura garantista cautelar, no podría dejarse desprotegidos a los denominados títulos ejecutivos

a integrar con diligencias preparatorias.

Ello conllevó en la práctica a una inanición de este precepto hasta el extremo de que jurisprudencia menor forzó su interpretación en el sentido de o hacer caso omiso del requisito del título ejecutivo o no exigir el estricto encuadre de los títulos en el artículo 1429 estándose a que se presentara simplemente un principio de prueba por escrito. Sin embargo la modificación introducida por la Ley 34 va más lejos puesto que si bien parte del requisito previo del principio de prueba por escrito, abarca un espectro de posibilidades muy amplio tanto respecto a las hipótesis a las que es aplicable como a las medidas cautelares que pueden adoptarse constituyéndose según constante doctrina en norma procesal en blanco a integrarse por el Juez, con antecedentes en el Provvedimenti di Urgenza italiano o en las Ordonances Sur Requete Galo. Obviamente y cabe aquí dar por repetido lo que ya se dijo en el auto de este mismo juzgado de fecha 8 de enero de 1992, un actor que como le ocurre a B. Sociedad de Responsabilidad Limitada se reclama titular de un derecho crediticio reflejado en forma líquida en un documento (principio de prueba por escrito) pero también se entiende acreedor a una indemnización de daños y perjuicios obviamente no liquidada puede acudir a uno de estos dos procedimientos: formular pretensión de embargo preventivo si se cumple los requisitos del artículo 1400 de la L.E.C. en la parte en que su deuda está acreditada documentalmente al menos en principio y respecto al resto

acudir al procedimiento de las medidas innominadas del artículo 1428 de la L.E.C. Claro es que también podría pensarse que siempre que pueda acudir a uno de esos procedimientos le queda vedado el otro. Pero ello no es cierto puesto que estas medidas deben proteger al acreedor de cantidad ilíquida puesto que al no acudir al embargo preventivo por vedársele el artículo 1399 ni al juicio ejecutivo por impedirlo al artículo 1435 no puede parecer dudoso que si posee dicho principio de prueba puede acudir a las medidas cautelares del artículo 1428 conclusión que queda reforzada si se tiene en cuenta la equiparación que el artículo 923 hace las condenas de entregar cantidad ilíquida a las de hacer, no hacer o entregar alguna cosa, pues realizar tal equiparación en sede ejecutiva y negarla al interpretar la el artículo 1428 en relación con los demás preceptos citados sería ilícito y entrañaría dejar sin protección a los titulares de un derecho tan digno de ella como los demás mencionados (auto de 8 de febrero del 68 de la Audiencia Territorial de Barcelona Sala 1.^a). Objetan los codemandados que dado el principio de que Lex-specialis deroga Lex-generalis la demandante debió acudir al embargo preventivo y no echar mano de este procedimiento de medidas innominadas del artículo 1428. Pero no entiende este juzgador que aquí se trate de una Lex-specialis respecto a un caso a una lex-generalis sino que son dos normas complementarias y de honda concomitancia pero que proveen a necesidades distintas. Al existir un principio de prueba del que se deriva la exis-

tencia de una deuda pudo el actor acudir al embargo preventivo pero como quiera que debía ser objeto de su futura pretensión y el resultado de ello trataba de garantizar una cantidad ilíquida consistente en los daños y perjuicios que se derivan del incumplimiento contractual que se reflejaba en la documental que aportaba, por no escindir su petición, lo que sería contrario a toda lógica y economía procesales, se vale del procedimiento de las medidas innominadas del artículo 1428 que se considera procesalmente correcto. Esta diferenciación entre el embargo preventivo y las medidas cautelares del concomitancia antes referida pues como veremos si en este primer momento del discurso lógico de esta resolución se separan, posteriormente vuelven a confluir.

Tercero: Se objeta la caducidad de la acción por cuanto no se han formulado demanda dentro de el término exigido por el artículo 1428 de la L.E.C. conforme al cual de solicitarse las medidas antes de interponer la demanda habrá de interponerse ésta dentro de los 8 días siguientes a su concesión. Ni que decir tiene que el caballo de batalla se centra en el alcance que se otorgue al vocablo «concesión» una interpretación absolutamente formalista conllevaría a que notificado el auto en que se acuerdan las medidas, comienza a correr el plazo la actora para formular la demanda. Tal es la tesis que parecen sostener los demandados pero una interpretación más conforme con el principio del *favor actumis* sentado constantemente por nuestro Tribunal Constitucional y más atento al principio de la tutela

efectiva y en especial a la obligación de elección de la interpretación más favorable a tal tutela efectiva (STC 50/90 de 26 de marzo en relación a las SSTC 164/86 de 17 de febrero, 21/89 de 31 de enero y 216/89 de 29 de diciembre) conlleva a inclinarse por una interpretación extensiva y tutelar como ya tuvo ocasión de proclamar el Tribunal Constitucional en la fundamental sentencia 202/87 de 17 de diciembre. Por conceder debe entenderse no sólo la mera manifestación de la voluntad del Juez tendente acordar las medidas solicitadas, sino la efectiva y real adopción de las mismas lo que conlleva tanto a que a partir del momento en que se ha prestado la fianza y el Juez ha acordado el embargo comience a correr el plazo concedido para aquella presentación. Piénsese que en caso contrario a partir de la notificación del auto comenzaría a correr el plazo para formalizar la demanda. Ello sería así sino se exigiera fianza alguna pero al adoptar el juzgador tales medidas condicionadas a la prestación de la fianza, es a partir del momento en que se llena este requisito y el Juez ordena la traba patrimonial sobre los bienes de los deudores cuando comienza para estos la posibilidad de oponerse a las medidas adoptadas y para el demandante el cómputo del plazo para formular su demanda. Ha quedado acreditado por certificación del Sr. Secretario de este juzgado que la demanda del juicio ordinario de Mayor Cuantía anunciado se interpuso el 28 de febrero de 1992. Cabe entender que se realizó dentro del plazo puesto que una vez prestada la fianza exigida a B.S. y

acordado el requerimiento de pago a los deudores debe iniciarse aquel cómputo. Cumple pues desechar esta excepción dilatoria que se formula de contrario.

Cuarto: Salvada las objeciones de tipo preciso es entrar en el fondo del asunto. Tomando el hilo argumental base sobre la naturaleza de tales medidas cautelares hay que volver a poner en concomitancia el artículo 1428 con las exigencias del artículo 1400 para el embargo preventivo. Piénsese que aunque prevista para hipotéticos distintos, en el presente caso y si bien parte de la deuda que será objeto de futura reclamación se contiene en documento y parte no, es lo cierto que en el caso típico de la medida innominada de asegurar un *facere* o un *no facere* o realización de una conducta positiva o negativa. No es así. La cuestión se centra en otorgar embargo preventivo para asegurar el pago de una suma dineraria. Y por tanto y con una interpretación armónica de estos supuestos en que se trata de garantizar el pago, hay que remitirse a la teoría general que sobre medidas cautelares emerge del artículo 1400 de nuestra L.E.C. que exige de una parte el principio de prueba por escrito como requisito objeto formal y de otra y como cuestión de fondo el *Bonus Fumus Iuris* y el *Periculum in mora*. El principio de prueba por escrito se presentó por la demandante quien acompañó a su solicitud sendas facturas que se giraban contra B.I. y con cargo final para H. por un montante superior a los 300.000.000.— Ptas. Este juzgador estimó tal principio suficiente a efectos de adoptar las medidas in-

tereadas si bien condicionó a la misma a la prestación de una fuerte fianza de más de 200.000.000. Se objeta por los codemandados que tal principio de prueba ni es exacto ni sobre todo está integrado. Y ello es cierto. Pero también es característico del procedimiento cautelar. Si el proponente de las medidas se viera obligado a realizar una prueba completa y a integrar su relación jurídica en lo que se refiere a su reflejo documental en forma absoluta ya ni siquiera sería oportuno acudir a ningún juicio declarativo ya en su modalidad de ordinario ya en la de ejecutivo. Basta un principio de prueba es decir un elemento que sin servir de manera plena a convicción del Juez sobre los hechos normalmente constitutivos del derecho que se reclama induzcan a una querencia racional sobre su certeza sin que prejuzgue la cuestión del fondo del litigio siendo suficientes tales elementos para constituir el efecto de principio de prueba eficaz, sin perjuicio de la posterior prueba del pleito (STS 28 de febrero de 1972 y 20 de enero de 1977). Tal requisito fue plenamente llenado por la actora con lo que cumplió con el principio del *Onus Probandi* que incluso en estos procedimientos de tipo cautelar le afecta (ex-artículo 1214 del Código Civil).

Quinto: Se analiza a continuación la exigencia del *Bonus Fumus Iuris*. Se caracteriza éste en lo esencial una especie de apreciación siquiera intuitiva por parte del juzgador de que efectivamente existe una relación jurídica digna de protección cautelar. En términos vulgares este *Bonus Fumus* se equivale a la expresión «huela bien». Si

el juzgador entiende que la deuda es ficticia o se ha producido una apariencia de la misma para conseguir las medidas cautelares que deben otorgarse por lo demás con harta prudencia, debe proceder a su concesión. Descendiendo al caso de lo concreto ciertamente B. aporta un principio de prueba por escrito del que resultan relaciones comerciales de importancia con las codemandadas. Difícilmente puede tratarse de una deuda cuando con tanta claridad se especifican los conceptos a los que se refieren las facturas o aplicaciones de pago. En principio intuyó el juzgador la existencia de una relación jurídica que podría afectar a los codemandados y que era suficiente para previo afianzamiento, atender al otorgamiento de las medidas. En tramitación de Audiencia bilateral, ha suscitado la codemandada B.I. una cuestión harto interesante: a pesar de la apariencia que se desprende de aquellas facturas alega su falta de legitimación pasiva. Dicho de otra forma: cualesquiera que sean las relaciones existentes entre B. y H. a ella no le pueden alcanzar puesto que su función se ha limitado a la de ser Constructor Manager o gerente de construcción de HOVISA Y. y tal condición era perfectamente conocida por B.I. es mandatario que actúa en nombre y representación de H. por lo que cabe entender tal actuación dentro del ámbito del comisionista que contrata en nombre del comitente por lo cual el contrato y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el comitente que es H. y la persona B. que contratan con el comisionista (ex-artículo 247 del Código de Comer-

cio que se derivan con los mandatos 1709 y siguientes del Código Civil). Ciertamente es que la figura del gerente de construcción no cabe encuadrarla estrictamente en los estrechos márgenes del mandatario o comisionista mercantil puesto que se trata mucho más de un gestor de negocios que aúne la dirección de la empresa cuyo titular y cuyos beneficios repercutirán finalmente en el mandante. Ciertamente es que el amparo de que si bien el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato, no queda obligado el mandante en lo que el mandatario se haya excedido a no ser que lo ratifique expresa o tácitamente (ex-artículo 1.727 del Código Civil). Ello justificaría que B. se dirija a H. como obligada principal y de otra contra B.I. como mandataria de la misma y por si se hubiera excedido en los términos del mandato. Pero ello sería de poner la carreta delante de bueyes y tratar de garantizar una responsabilidad que sólo puntualmente podrá ser exigida puesto que lo normal es que el mandatario haya actuado dentro de los límites del mandato sin exceso en los mismos o al menos no se efectuó protesta alguna en este sentido. Así las cosas lo que cabe preguntarse es si falta legitimación a B.I. porque en todo momento ha actuado como gerente de construcción de H. y se extralimitó en sus pretensiones la demandante B. al dirigirse contra la tal B.I. Y esta conclusión llega el juzgador en base a la prueba practicada y fundamentalmente al contrato de ejecución de obras núm. 3/11 suscrito entre H. y B. acompañado de documento

núm. 2 por las codemandadas y en cuyos pactos preliminares, en el numerado de 5.º referido a los representantes, el contratista entiende y acepta expresamente que el presente contrato se formalice exclusivamente entre él mismo y la propiedad (H.) además el contratista también entiende y acepta expresamente que dado que no existe ningún vínculo contractual entre él mismo y los demás miembros del equipo del proyecto que figura en la Sección 1.ª-3.ª del anexo núm. 1 cualquier acción del contratista en el supuesto caso de cualquier reclamación, conflicto o litigio, se dirigirá únicamente contra la propiedad según la disposición de los anexos a excepción de cualquier supuesto caso de negligencia o conducta dolosa. Quedó pues expresamente pactado que cualesquiera que fueran los mandatarios intermediarios nuncios gestores representantes o auxiliares de H. las relaciones con B. se reconducirían en todo caso con las dos partes contratantes: H. y B. En el anexo núm. 1, Sección primera en el punto 1.1 VI y en el apartado gerente de la obra se advierte que B. I. es gerente de la obra, la cual actuará como representante de la propiedad en todos los temas de construcción relacionados con el proyecto. A mayor abundamiento y en la nota final de este inciso se dice que siempre y cuando se requiera según los términos disposiciones y condiciones y cláusulas de este contrato el consentimiento o aprobación de la propiedad, surtirá el mismo efecto que el consentimiento o aprobación sea otorgado por el gerente de obra como si lo hubiera otorgado la misma propie-

dad. En definitiva de los términos del contrato queda claro que B.I. no es más que el gerente de construcción, el alter ego de H. pero en definitiva la obligada es H. salvo en los casos de que medie dolo o fraude que en ningún momento se ha reclamado respecto de B.I. Pero además de la prueba documental hartamente contundente debe tenerse en cuenta que al absolver posiciones el legal representante de B. Sr. R. I. S. quien absuelve posiciones con el auxilio de la intérprete Sra. I. al absolver la décimo primera entendiendo que B. I. es un gerente de construcción en el proyecto y sus responsabilidades de cara a H. y todas las subcontratas están claramente definidas en el contrato entre H. y B. y al responder a la décimo segunda dice que entiende que el papel de B.I. se extiende a la dirección del proyecto tal y como se establece en el contrato y que esto incluye coordinación de plano y subcontratistas. En el mismo sentido y absolver la cuarta posición manifiesta que B. entendió que el propietario del edificio era H. y que su agente era B.I. y que ellos recibían instrucciones en todos los aspectos del contrato por parte de H. y reconoce a esta al absolver la posición quinta como los dueños del hotel y que su contrato era precisamente con H. Así y apreciando conjuntamente la prueba practicada cabe llegar a la conclusión de que en todo momento la aquí actora fue consciente de que B. actuaba como gerente en los asuntos de H., era manager de construcción, y con independencia del contrato de cobertura o razón de ser de las relaciones de mandato entre H. y B.I., las relaciones

entre B. y H. no podían trascender nunca a B. I. que actuaba a un nivel muy superior al del mero nuncio o gestor ocasional de negocio puesto que se constituía en auténtico gerente de la empresa pero siempre en nombre y representación de H. Ello conlleva el alzamiento de la medida acordada contra B.I. puesto que el *FUMUS BONIS IURIS* que parecía desprenderse del hecho que parecía desprenderse *prima facie* del hecho de que las facturas en que se apoyaba la pretensión de medidas cautelares pedida por B. y giradas contra B. I. queda diluida al demostrarse la condición de manager de construcción o mero gerente empresarial de esta sociedad B.I.

Segundo: Cabe entrar en el problema del *Periculum in mora*. Las medidas cautelares necesitan además del principio de prueba por escrito antes referido del *Bonus Fumus Iuris*, el *Periculum mora* o lo que es igual fundado temor de que no adoptarse las medidas devenga inocua la futura sentencia favorable a las pretensiones del que insta tales medidas. Ello equivale a decir que debe quedar acreditado siquiera los alcances coyunturales de esta fase cautelar que la actividad comercial de la demandada no se desenvuelve dentro de la normalidad y que existen problemas de solvencia (sentencia 22 de mayo de 1985 de la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Barcelona). Es decir debe llevarse a la convicción del juez y regularidades patrimoniales por parte de la demandada que hagan peligrar su principio de responsabilidad patrimonial universal exigido por la ley (ex-artículo 1911 y concordantes

del Código Civil). Hay que admitir y justificar que todo acreedor trate de asegurar al máximo sus pretensiones y conseguir un puesto privilegiado en la prelación de responsabilidad patrimonial contra el deudor. Pero también hay que exigirle que tal posibilidad de *Periculum mora* en que forma tan descriptiva analiza el punto segundo del artículo 1400 de la L.E.C. exista realmente. En el presente caso B. fundamenta su demanda en los problemas financieros de H. por cuanto entiende que el hotel no estará acabado al tiempo de la Olimpiada y que se le echarán encima los proveedores a los que no responde con lo que duda de que ella pueda cobrar su crédito. Es más, en la demanda originaria tilda a B. I. de empresa de pocos posibles ya que depende del apoyo financiero de Hotel S.A. Acreditada la posible insolvencia debería tomarse las medidas sino contra B. I., sí al menos contra HOTEL S.A. Pero este juzgador y a la vista de la prueba practicada no puede entender que exista *Periculum mora* porque en tan breve tiempo se ha asistido a un auténtico rodigón de solvencias. Efectivamente a pesar de la importancia económica de las fianzas exigidas fueron prestadas con relativa celeridad por B. y de forma automáticamente por B. I. La solvencia de ésta como tributaria del grupo internacional a que pertenece y sobre todo del holding P. and O. no ofrece duda alguna puesto que se barajan cifras de NOVECIENTOS OCHENTA MIL MILLONES por lo que el patrimonio de la misma debe alcanzar cifras absolutamente escalofriantes. Pero claro no es momento ya de

hablar que B. I. que ha quedado exonerada en el presente caso y que según se desprende del Banco N. su solvencia raya una salud que para si quisiera cualquier tipo de empresas. Hay que resolver tal solvencia a H. y según el certificado del Banco S. de fecha 13 de marzo pasado que se unió a las actuaciones resulta un capital social de 3.200 millones de ptas., se acompaña relación de 10 contratos de préstamo subordinado otorgado por la sociedad matriz de H. que es la sociedad Y. B.V. por un importe total de más de CINCO MIL MILLONES DE pts., ingresado en la cuenta que H. tiene abierta en dicha entidad a la que se le ha concedido un contrato de crédito por valor de 15.000 M.M. quien por lo demás ha visto financiar un proyecto inmobiliario llamado PARC de grandes dimensiones. En definitiva tampoco la solvencia de H. ofrece a este juzgador duda alguna. Bien podríamos decir en conclusión que en el presente caso todo el mundo es rico y solvente y no hay peligro de mora en el pago de las obligaciones. O al menos no se ha llevado al convencimiento de este juzgador. Ello conlleva el levantamiento de las medidas cautelares adoptadas. Cabe entender que la parte demandante pretendió asegurar a toda costa un crédito que desde luego entendido como consecuencia de una relación contractual existe y para ello desplegó una argumentación de la que se derivaba la posibilidad de insolvencia tanto de H. como de B.I. y de la prueba posteriormente practicada resulta que ambas empresas demandadas gozan de unos activos patrimoniales hartos suficientes. No existe

pues *Periculum in mora*. En definitiva, de los tres requisitos exigidos del principio de prueba por escrito, *Bonus Fumus Iuris* y *Periculum in mora* tan solo se ha llenado el primero. El *Bonus Fumus Iuris* puede mantenerse respecto a H. no respecto a B.I. El *Periculum in mora* no puede sostenerse respecto de ninguna de las partes y por lo tanto deben alzarse las medidas cautelares adoptadas sin que tal variación suponga contradicción con el anterior auto puesto que en las medidas cautelares debe compaginarse el principio de celeridad y de eficacia que es característico de un primer momento para asegurar patrimonialmente las resultas de un futuro juicio con un posterior mayor siquiera sea limitado conocimiento que se produce una vez oída la contraparte como ha ocurrido en el presente caso.

Séptimo: Cabe pronunciarse sobre la indemnización de daños y perjuicios que se derivan de la adopción de medidas cautelares también como en tantos otros aspectos aquí la regulación legal es de lo más deficiente. La mejor doctrina entiende que es en ejecución de este auto cuando debe llevarse a cabo la solución de este problema de indemnización de daños y perjuicios para lo que en fase de ejecución debe el Juez dictar nuevamente a comparecencia a las partes a fin de perfilar el alcance de los daños y perjuicios sufridos. Vaya por delante las líneas maestras de tal ejecución: han protestado los codemandados los enormes perjuicios que han irrogado a su prestigio empresarial la interposición de la demanda. Ello no será

objeto de análisis en el presente incidente que se limitará exclusivamente a resolver sobre los daños y perjuicios económicos que se derivan de la adopción de estas medidas sin entrar desde luego en los ataques al prestigio patrimonial de las empresas demandadas quienes deberán accionar por el oportuno juicio declarativo bien al amparo del artículo 1902 o bien en base a cualquier acción que crean por conveniente pero que obviamente y dado lo limitado del alcance de estos procedimientos no podrá dilucidarse en ese sub-incidente de ejecución de sentencia. Por otra parte cabe adelantar que se fijará como base para tal indemnización el costo del aval y los gastos habidos para su realización. No obstante y para ello deberá estarse a que gane firmeza el presente auto si es objeto de apelación puesto que si este recurso se admite en un solo efecto debe entenderse a los alcances de las medidas acordadas por el Juez pero no en lo relativo a la indemnización puesto que si así se procediere nos encontraríamos con que habría que proceder a una ejecución provisional y volver a exigir fianza para garantizar los perjuicios de esa sub-ejecución adentrándonos en los laberintos procesales de los recursos cruzados en diversos efectos por más que en el presente caso no parece que las partes, afortunadamente para ellas, tengan mayores problemas para la consecución de los avales o garantías que se les exige.

En base a los preceptos legales citados, los invocados por las partes y demás de pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

DECRETO EL ALZAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES del artículo 1428 de la L.E.C. acordadas en los presentes autos 1580/92 contra H. y B.I. a instancia y bajo la responsabilidad de la demandante dejando sin efecto alguno tales medidas y sin que deba proceder al embargo o cualquier tipo de constricción cautelar patrimonial contra dichos demandados H. y B.I. En su consecuencia procédase a la devolución para su posterior cancelación del aval que por importe de 400.000.000 de ptas. prestó B.I. Se condena a la demandante B. a que en ejecución de esta resolución y una vez que sea firme abone los daños y perjuicios que de la adopción de tales medidas

cautelares se han seguido a las codemandadas H. y B.I. y a tal efecto se mantiene la exigencia del aval que en su día prestó por importe de 225.000.000 ptas.

Notifíquese esta resolución a los procuradores comparecidos enterándoles que contra la misma cabe interponerse recurso de apelación en un efecto en término de quinto día siguiente a su notificación que se formalizará ante este juzgado y sustanciará por la Audiencia Provincial de Barcelona. Llévase nota de referencia de auto al juicio ordinario declarativo de mayor cuantía que se tramita entre las mismas partes. Consentida o firme la presente resolución se acordará sobre la citación o comparecencia de los litigantes para una exacta determinación de los daños y perjuicios a que ahora es condenada B.

La sociedad demandante, afirmándose acreedora de una obligación pecuniaria y de una indemnización de daños y perjuicios derivada de un incumplimiento contractual, solicitó por vía del art. 1.428 LEC, con anterioridad a la interposición de la correspondiente demanda, el embargo preventivo de bienes de las codemandadas con el objeto de asegurar su crédito. Atendiendo al principio de prueba por escrito aportado y a las alegaciones acerca de la falta de solvencia, el juez concedió *inaudita parte* una medida cautelar consistente en requerir a las demandadas para afianzar una suma determinada y, en su defecto, proceder al embargo de sus bienes. La concesión de la medida se subordinó a la prestación previa de una contracautela para responder de una eventual indemnización por los daños y perjuicios que la medida pudiese ocasionar. Una vez prestada la contracautela, una de las sociedades demandadas se personó solicitando el alzamiento y prestando la fianza requerida. Siguiendo el procedimiento establecido en el art. 1.428 LEC, se convocó a las partes a una comparecencia y, tras formular éstas sus correspondientes alegaciones y habiéndose practicado las pruebas solicitadas, se dictó el presente auto de alzamiento de medidas cautelares. A continuación exponemos algunas de las cuestiones que suscita dicha resolución:

1.º Delimitación del ámbito de aplicación del art. 1.428 LEC respecto de las medidas cautelares típicas: El problema se centra en la debatida cuestión de la procedencia del embargo preventivo cuando la cantidad debida es ilícida (*vid.* ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, págs. 82 a 84). El juez, tras considerar que en estos supuestos no procede el embargo sino las medidas cautelares atípicas del art. 1.428 LEC, se encuentra ante la situación de tener que asegurar dos eventuales condenas pecuniarias: una líquida y documentada y otra ilícida (y no liquidable) e indocumentada. Para evitar una duplicidad de procedimientos cautelares, en aras del principio de economía procesal, acordó garantizar ambos créditos mediante las medidas innominadas, poniéndose de manifiesto la flexibilidad de la tutela cautelar y, en concreto, del art. 1.428 LEC.

2.º Cómputo del plazo para la interposición de la demanda en el caso de que la solicitud de la medida cautelar se haya realizado con anterioridad a dicho acto: Según una interpretación literal del art. 1.428, el plazo de ocho días para la interposición de la demanda debería contarse desde la notificación del auto en que se acuerdan las medidas. En la resolución objeto de reflexión, si bien el juez adopta un criterio más amplio, no queda absolutamente claro si el cómputo debe iniciarse una vez prestada la contracautela y acordado el requerimiento para la prestación de fianza o si el *dies a quo* viene determinado por el momento en que la cautela es efectiva (*vid.* CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 280 y 281).

3.º Indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por las medidas cautelares: para determinar el alcance de esta indemnización, con buen criterio, el juez remite a la comparecencia que tendrá lugar en fase de ejecución del propio auto una vez adquiera firmeza, señalando como criterios a tener en cuenta el costo del aval y los gastos habidos para su realización. Sin embargo, en lo relativo a los perjuicios causados al «prestigio empresarial» el juez remite a las demandadas a un juicio declarativo posterior.

BELÉN MORA CAPITÁN

ANTIFORMALISMO Y FLEXIBILIDAD EN LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES.
EFECTOS SANADORES DEL ALLANAMIENTO

STC de 14 de octubre de 1993 (R.A. 7519).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El único motivo del recurso se ampara en el art. 1692.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y acusa infracción de los arts. 153 y 156 de la misma en cuanto la Sala de instancia declaró mal acumuladas las acciones ejercitadas en la demanda, que versan esencialmente sobre: a) Existencia de una sociedad, para la explotación de un negocio de hostelería, entre don Domingo, doña Luciana y doña Elena S.C. y don Alfonso E. G-U., quien actuó como gestor de la sociedad en constitución «Hostal El Vallés S.A.»; b) Disolución de la sociedad irregular establecida y liquidación y división del haber social; c) Cancelación por «Hostal El Vallés, S.A.» de hipoteca a su exclusivo cargo; c) Abono por dicha sociedad anónima a los señores S.C. del importe de un crédito satisfecho por éstos como avalistas; y e) División de una finca entre sus copropietarios don Domingo S., don David A. y don Alfonso E.

La acumulación de acciones realizada en la demanda debe calificarse de subjetiva y, por tanto, ha de regirse por lo dispuesto en el art. 156 sin que le sea aplicable el art. 153, que hace referencia a supuestos de acumulación meramente objetiva que no requiere conexidad entre las acciones; consecuentemente ha de afirmarse que la acumulación de que se trata requería

que las acciones «nazcan de un mismo título de pedir o se funden en una misma causa de pedir» y lo cierto es que, si bien las pretensiones antes enunciadas en los aps. a) y b) se hallan íntimamente relacionadas, e incluso las reseñadas como c) y d) mantienen una suficiente conexidad con las anteriores, por lo que cabe insertarlas, con un criterio amplio, en la relación societaria, no así la comprendida en el ap. e), que constituye una operación separada cuya acumulación no fue, en principio, correcta, dados los términos del art. 156. Lo expuesto conduciría al rechazo del motivo si no concurriera una circunstancia que debe considerarse decisiva, cual es que, en la contestación a la demanda (f. 112) se manifiesta «que no nos oponemos al derecho que los actores tienen (tres solamente de ellos) de cobrar los 4.821.453 ptas. que éstos abonaron por el aval» y también que, en cuanto a la división del terreno, «no se pone objeción alguna a tal división», quiere decirse que, aun no habiéndose producido un riguroso allanamiento, en realidad el objeto del debate procesal quedó reducido a lo fundamentalmente planteado, o sea, las pretensiones antes descritas como a), b) y c). Siendo así, sucede que la acumulación inicialmente defectuosa ha devenido intrascendente pues, obviamente, no ha producido ruptura de la unidad del proceso ni ha dado lugar a una artificiosa complejidad de éste que deba ser evitada. Si a ello se añade que la solución contraria, mantenida por el Tribunal

«a quo», pugna con la flexibilidad que, para el régimen de la acumulación de acciones, viene admitiendo la doctrina jurisprudencial, y, en alguna medida, implica una cierta denegación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 [RCL 1978, 2836 y ApNDL 2.875], que debe eludir cualquier formalismo estéril, ha de concluirse estimando el recurso, con la consecuencia de que esta Sala debe resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate (art. 1715.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Segundo: La sentencia dictada en primera que resuelve con acierto, en líneas generales y con las salvedades que se harán, el litigio y así se tiene que: a) En cuanto a la excepción opuesta por falta de jurisdicción, fue correcta su desestimación por cuanto la negativa a considerar laboral la relación pactada en el documento privado de fecha 9-7-1957 constituye una acertada interpretación de su contenido (dedicación total de los señores S. —hermanos— y A. al Hostal El Vallés sin poder intervenir en otro similar; compromiso del señor E. de que «no intervenga en el negocio ningún otro socio industrial en sustitución de ellos»; retribución que, si bien se remite a la «que corresponde según la legislación laboral», excluye las horas extraordinarias, «puesto que éstas y cualquier otro trabajo extraordinario, se retribuirán con la participación de beneficios», que se fija en un 40% de los líquidos que se ob-

tengan en la explotación del negocio; previsión, para el caso de liquidación de éste, de que los señores S. y A. «participarán en un 40% en la plusvalía que pudiera obtenerse»; y lo establecido en la cláusula quinta del contrato sobre líneas generales de la sociedad anónima en constitución), que revela claramente su carácter mercantil y dio lugar a una sociedad irregular (arts. 1665 y 1669 del Código Civil, 117 del Código de Comercio y S. 21-6-1983 [RJ 1983, 3647]) cuya naturaleza no se ve desvirtuada por la apariencia laboral de la relación; b) Es también aceptable lo decidido en la sentencia del Juzgado sobre disolución y liquidación de la sociedad irregular, sin que sea necesario pronunciamiento alguno sobre la división del haber social y si sólo precisar que habrá de tenerse en cuenta lo pactado en el documento de fecha 9-7-1957 (estipulación cuarta); y c) Respecto a la cancelación de hipoteca constituida por «Hostal El Vallés, S.A.» ha de advertirse que la pretensión de que se cancele a su exclusivo cargo debe ser desestimada porque implica consecuencias que sólo pueden ser determinadas en el ámbito de la liquidación de la sociedad irregular sin que sea pertinente su tratamiento separado.

Tercero: En cuanto a costas, ha de estarse, respecto a las causadas en primera instancia, a lo resuelto en la sentencia del Juzgado, sin especial declaración tampoco sobre las de apelación y de este recurso de casación (arts. 432 y 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El Juzgado de 1.ª Instancia de Briviesca estimó parcialmente una

demanda sobre disolución de sociedad irregular y otros cuatro pedimentos. Apelada la sentencia por los demandados, la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Burgos la revocó dejando imprejuizada la acción por inadecuada acumulación de acciones. El Tribunal Supremo consideró que la acumulación inicialmente defectuosa había devenido intrascendente; y, declarando haber lugar al recurso de casación interpuesto por los actores, acordó estar a lo resuelto en la sentencia de 1.ª instancia, si bien con alguna matización.

Cinco son las acciones que se ejercitaban en la demanda. Su acumulación tiene que ampararse en el artículo 156 LEC en tanto falta la coincidencia de sujetos; es decir, se trata de una acumulación subjetiva de acciones que, por tanto, requiere que «nazcan de un mismo título o se funden en una misma causa de pedir».

Este requisito se cumple en las dos primeras acciones, (a) declaración de la existencia de una sociedad para la explotación de un negocio de hostelería y (b) disolución, liquidación y división de su haber social; ambas se hallan íntimamente relacionadas y su acumulación no presenta problemas. Respecto a la tercera y cuarta, (c) cancelación por la sociedad de una hipoteca a su exclusivo cargo y (d) abono por la misma a parte de los actores del importe satisfecho por estos como avalistas, puede admitirse a través de un criterio flexible y amplio; el Tribunal Supremo considera que existe suficiente conexidad con las anteriores para insertarlas en la relación societaria. Pero, el ejercicio de una acción de división de una finca entre sus propietarios, dos actores y un codemandado, es una operación separada y distinta, y su acumulación en este caso no es correcta.

Ahora bien, consciente el TS de que la acumulación inicial es defectuosa, hace una interpretación finalista y antiformalista y la subsana. *Ha devenido intrascendente*. ¿Por qué? Porque el objeto del debate procesal quedó reducido a las pretensiones enumeradas como a), b) y c) tras la manifestación en la contestación a la demanda de que no se oponían ni mostraban objeción a las pretensiones de repetición de los avalistas y división de la finca. Sin tratarse de riguroso allanamiento parcial, como reconoce el TS, le atribuye los mismos efectos.

Son tres las explicaciones que se nos ofrecen.

La finalidad de los requisitos que el art. 156 LEC exige para permitir la acumulación subjetiva de acciones es, según se deduce de la sentencia casacional, evitar la ruptura de la unidad del proceso y la artificiosa complejidad del mismo. La reducción de los términos del debate a

aspectos conexos operada por la manifestación de no oposición de la parte demandada impide la contravención de la finalidad perseguida.

Con la solución dada se ratifica la flexibilidad que para el régimen de acumulación de acciones viene admitiendo la doctrina jurisprudencial.

Un ulterior argumento conecta con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE en tanto se esgrime para eludir cualquier formalismo estéril. No permitir la acumulación, absolviendo en consecuencia en la instancia, implicaría *una cierta denegación* de ese derecho constitucional.

El Tribunal Supremo, en consecuencia, realiza una interpretación amplia, flexible y finalista del allanamiento y de la acumulación subjetiva de acciones, en una aplicación antiformalista del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Finalmente comentaremos que, entrando a resolver el litigio, el TS ratifica el acierto del juzgador de instancia al considerarse con jurisdicción para entender de la relación a pesar de su apariencia laboral. Según se interpreta el documento privado, la aportación de trabajo de parte de los socios tiene carácter mercantil por ser, entre otras, exclusiva e insustituible y reconocérseles el derecho a participar en beneficios y, en caso de liquidación, en plusvalías. Igualmente, considera que la cancelación de la hipoteca debe determinarse en el ámbito de la liquidación de la sociedad irregular y no por separado.

CHANTAL CATALÁ COMAS

OBLIGATORIEDAD DE PONER EN CONOCIMIENTO DEL ACUSADO, DURANTE LA INSTRUCCIÓN, DE SU CONDICIÓN DE IMPUTADO. VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS Y A LA DEFENSA

STC 23/1993, de 20 de septiembre de 1993.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: La cuestión planteada en el presente recurso de amparo consiste en determinar si en la tramitación del procedimiento abreviado núm. 61/1991, incoado por el JI San Sebastián núm. 5, que

dictó A 13 Feb. 1991 decretando la apertura del juicio oral, se ha infringido el derecho constitucional de defensa (art. 24.1 CE). Por tanto, aun cuando el recurso de amparo se dirige formalmente frente al Auto de la AP, ha de entenderse que el recurso se dirige también contra los Autos del JI por ser los que dan origen a las infracciones denunciadas en este proceso constitucional.

Ante todo, es menester delimitar el alcance y significado de la infracción denunciada. En este sentido, la recurrente considera que el Auto impugnado vulnera el derecho constitucional de defensa, pues, a su juicio, dicha lesión constitucional se produce al omitir el Juzgado informarle de su condición de imputada y los derechos que por ello le asistían, así como al no permitírsele, antes de dictarse dicha resolución que disponía la apertura del juicio oral, alegar lo que estimara pertinente en relación con la acusación con olvido de los principios de igualdad, contradicción y bilateralidad.

Segundo: Es doctrina consolidada de este Tribunal (SSTC 135/1989 y 186/1990) la de que la vigencia del derecho constitucional de defensa en el ámbito del proceso penal abreviado conlleva una triple exigencia: a) en primer lugar, y a fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se les haya otorgado posibilidad de participación alguna en la fase instructora, la de que nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado, de tal suerte que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 LECrim.), para lo cual ha de regir también en este proceso una correlación exclusivamente subjetiva entre la imputación judicial y el acto de acusación; b) en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las

diligencias previas, garantía que ha de realizarse en este proceso penal como consecuencia de la supresión del Auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, que el Juez adopte una resolución de archivo o de sobreseimiento) al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de Abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación en la «primera comparecencia» prevista en el art. 789.4 LECrim., y c) no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando, de las diligencias practicadas, pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal (art. 118.1 y 2 LECrim.), ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECrim.), se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente la puesta en conocimiento de la imputación, razón por la cual dicha actuación procesal habría de estimarse contraria al art. 24 CE y, por ende, acreedora de la sanción

procesal de la «prueba prohibida» (art. 11.1 LOPJ).

La fase instructora exige como ineludible presupuesto la existencia de una *notitia criminis* que en ella ha de ser investigada (arts. 299 y 300 LECrim.), sin que pueda el Juez de instrucción, mediante el retraso de la puesta de conocimiento de la imputación, eludir que el sujeto pasivo asuma el *status* de parte procesal tan pronto como exista dicha imputación en la instrucción efectuando una investigación sumarial a sus espaldas, todo ello, naturalmente, sin perjuicio de la obligación del Juez de garantizar los fines de la instrucción mediante la adopción, en los casos que los legitiman, del secreto sumarial o de la incomunicación del procesado (SSTC 128/1993, 129/1993 y 152/1993).

Todo ello no es más que consecuencia de que, entre las garantías que incluye el art. 24 CE para todo proceso penal, destacan, por ser consustanciales al mismo, los principios de contradicción y de igualdad de armas procesales. Según constante y reiterada doctrina de este Tribunal (entre otras muchas, SSTC 76/1982, 188/1984, 27/1985, 109/1985, 47/1987, 155/1988 y 66/1989), el art. 24 CE, en cuanto reconoce los derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, los citados principios de contradicción e igualdad garantizando el libre acceso de las partes al proceso en defensa de sus derechos e intereses legítimos. Ello impone la necesidad, en primer término, de que se garantice el acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya, más o me-

nos fundadamente, un acto punible y que dicho acceso lo sea en condición de imputada, para garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa, y evitar que puedan producirse contra ella, aun en la fase de instrucción judicial, situaciones materiales de indefensión (SSTC 44/1985 y 135/1989).

Tercero: La aplicación de la doctrina anterior al caso ahora contemplado ha de llevarnos a la estimación del presente recurso de amparo. En efecto, de la lectura de las actuaciones se desprende que éstas se iniciaron mediante atestado de la Guardia Municipal de San Sebastián, que comunicó al Juzgado el derrumbamiento parcial del antiguo edificio de la Escuela de Ingenieros, que se encontraba en obras de rehabilitación, y a consecuencia del cual falleció un trabajador y resultaron con diversas lesiones otros tres, incoándose las diligencias previas núm. 276/1990 por el JI San Sebastián núm. 5. Concluida esta fase procesal, el Juzgado dicta A 11 May. 1990 dando traslado de las actuaciones al MF y a las acusaciones particulares. El 21 May. 1990 el MF formula acusación contra diversas personas, entre ellas la actora; ésta, el 24 May. 1990, se persona en las diligencias previas solicitando se le tenga como parte, así como la nulidad de las actuaciones desde el momento anterior al A 11 May. 1990. El Juzgado dicta providencia el 4 Jul. 1990 teniendo por personada y parte a la actora. Los Autos posteriores del Juzgado y de la Audiencia, reseñados en los antecedentes de esta sentencia, coinciden en denegar la nulidad de actuaciones, dictándose finalmente el

13 Feb. 1991 Auto por el que se acordaba la apertura del juicio oral.

De esta manera, y como resalta el Fiscal ante el TC, la actora se encuentra con una acusación de la que no ha tenido oportunidad de defenderse con anterioridad en calidad de imputada. Es claro pues, que al omitirse por el órgano judicial trámite procesal de tanta relevancia, como es el de que la hoy recurrente adquiriera la condición de imputada, y clausurar la instrucción, sin haberle oído en dicha condición, se ha producido la indefensión alegada por la actora y, en consecuencia, se ha vulnerado el art. 24 CE.

Cuarto: En definitiva, el JI infringió el derecho fundamental de defensa, lo que ha de originar una declaración del TC reconociendo la vulneración de dicho derecho constitucional. Pero este reconocimiento no es suficiente para restablecer el derecho de defensa, porque esta vulneración forma parte integrante de una situación más compleja de indefensión creada por el órgano judicial al incumplir las prescripciones legales en la fase preparatoria del proceso penal y esta situación de indefensión sólo puede

Constituye jurisprudencia reiterada y uniforme la que reconoce que el artículo 24 CE integra los derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa, garantizando el libre acceso de las partes al proceso en defensa de sus derechos e intereses legítimos. Consecuencia de todo ello lo es la necesidad de que se garantice el acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya un acto punible, y además, que dicho acceso lo sea en condición de imputada, para, de esta forma, garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra ella, aún en la fase de instrucción judicial, situaciones materiales de indefensión.

restaurarse declarando la nulidad de todo lo actuado a partir del momento anterior al Auto de conclusión de las diligencias previas, a fin de que por el Juez si procede se cite de comparecencia a la recurrente en calidad de imputada en la forma legal y con los efectos consecuentes.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el TC por la autoridad que le confiere la CE,

Ha decidido

1.º Reconocer la recurrente el derecho constitucional de defensa.

2.º Anular los AA 11 May. 1990 y posteriores dictados por el JI San Sebastián núm. 5, así como el dictado por la AP de dicha ciudad el 1 Mar. 1991.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictarse el Auto de conclusión de las diligencias previas a fin de que por el Juez, si lo estima procedente, se cite la comparecencia a la recurrente, en calidad de imputada, y se le ilustre de sus derechos constitucionales.

Madrid, 20 Sep. 1993.

Como ha puesto de relieve la doctrina (vid., por todos, RAMOS, *El proceso penal*: Tercera lectura constitucional. Barcelona, 1993), sea cual sea la forma de incoación del proceso penal, el imputado tiene derecho a ser informado de tal evento y de los motivos de la incoación de la instrucción; pero además, la citación debe hacerse advirtiendo a la persona citada de la calidad con que se le cita, por cuanto no es lo mismo la citación de un testigo que la de un imputado, ni son iguales sus derechos o expectativas.

Son garantías inherentes a un proceso penal respetuoso con los principios de contradicción e igualdad tanto el hecho de que nadie puede ser acusado sin haber sido declarado judicialmente imputado y oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, como que no puede someterse al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando, de la instrucción, pueda inferirse que contra él existe sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible. En la medida en que el surgimiento del derecho de defensa está ligado a la formulación de la imputación, constituye una vulneración de aquél, con relevancia constitucional, si el Juez de instrucción retrasa de forma arbitraria la puesta en conocimiento de la imputación, ya que, no sólo esta actuación es contraria al artículo 24 CE, sino que además, puede reputarse prueba prohibida.

La presente sentencia del Tribunal Constitucional otorga el amparo y reconoce a la recurrente el derecho constitucional de defensa, ya que la actora se encontró con una acusación de la que no tuvo ocasión de defenderse con anterioridad en calidad de imputada. El órgano judicial omitió el trámite procesal que confería a la actora la calidad de imputada, clausurando la instrucción sin previamente haberle ilustrado de sus derechos, y ni siquiera haberla oído en dicha condición, produciéndose, en definitiva, indefensión por vulneración del artículo 24 CE.

J. SOLÉ RIERA

LA PROBLEMATICA INCIDENCIA DEL PROCESO
EJECUTIVO EN LA REALIDAD ECONOMICA*

ANGELO BONSIGNORI
Catedrático de Derecho Procesal Civil
de la Universidad de Bolonia

SUMARIO:

I. Las carencias de la disciplina del libro III del codice di procedura civile italiano. — II. La determinación de los bienes embargables y una reciente ley francesa. — III. Insuficiencia práctica. — IV. El principio del *favor debitoris*. — V. Las innovaciones referentes al título ejecutivo. — VI. La eliminación del escándalo de la conversión del embargo. — VII. La resurrección de la pequeña expropiación mobiliaria y una aclaración en el tema de ejecución sobre bienes embargados. — VIII. Conclusiones y propuestas.

I. LAS CARENCIAS DE LA DISCIPLINA DEL LIBRO III DEL CODICE DI
PROCEDURA CIVILE ITALIANO

En casi todas las legislaciones europeas y americanas el derecho de crédito, en caso de simple incumplimiento y no ya en el caso más grave

* Ponencia presentada en las V Jornadas Procesales del Colegio de Procuradores de Barcelona, celebradas en Barcelona los días 13 y 14 de noviembre de 1992, sobre el tema «Perfeccionamiento y eficacia de la ejecución procesal (España - C.E.E.)».

Traducción realizada por Belén Mora Capitán y Joan Picó Junoy de los Departamentos de Derecho Procesal de la Universitat Pompeu y de la Universitat de Barcelona.

de insolvencia, se realiza transformando en dinero los bienes del deudor y repartiendo el producto obtenido entre los acreedores.

Por consiguiente, frente a la obligación asumida por el deudor se halla la legítima expectativa del acreedor en relación a la realización de su crédito, expectativa que, al menos en el ordenamiento jurídico italiano, está falta de una tutela jurisdiccional satisfactoria, bien por lo complicado del proceso ejecutivo según la disciplina del Libro III del codice di procedura civile (cod. proc. civ.) de 1942, o bien por las crónicas deficiencias de recursos humanos y materiales de las oficinas establecidas para el desarrollo de tal proceso. La ineficacia de la ejecución forzosa, que a la luz de concepciones populistas que fueron avanzadas por estudiosos y prácticos de los últimos malogrados decenios, respondería a precisas exigencias sociales como instrumento de sostenimiento de la economía débil, ha ocasionado como reacción en la práctica comercial el nacimiento y desarrollo de garantías patrimoniales atípicas, frecuentemente al límite de la violación de la ley, garantías encaminadas a constituir una tutela preventiva del derecho de crédito, incluso en correlación con la intensidad alcanzada en nuestro sistema económico por las operaciones corrientes entre instituciones de crédito y operadores económicos; por ejemplo: *fidejussione omnibus*, *contratto di garanzia a prima richiesta*, *antireisi mobiliare*, etc.

Desafortunadamente, en la ley de reforma de 26 de noviembre de 1990, n. 353, que todavía padece la hibernación legislativa**, no se ha podido actuar a fondo para eliminar estos excesos por evidentes razones de incompetencia material, pero tampoco se ha intentado armonizar el libro III cod. proc. civ. con el r.d.l. de 16 de marzo de 1942, n. 267, (denominado *legge fallimentare*), eliminando al menos uno de los defectos estructurales de la ejecución forzosa dineraria (*espropriazione*) italiana, que desde esta perspectiva deriva de la del codice di procedura civile napoleónico de 1805.

En efecto, el defecto fundamental de la ejecución del libro III del cod. proc. civ. italiano es el de estar inspirado en dos principios contradictorios, el de especialidad en cuanto al objeto, que comprende no todo el patrimonio sino bienes singulares del deudor; y el de universalidad o de inclusiones, esto es, refiriéndose a todos los acreedores, y conduciendo la ejecución a favor de todos ellos. Una consecuencia resulta de rele-

** Nota del trad.: La Ley de 26 de noviembre de 1990, n. 353, entró parcialmente en vigor el 1 de enero de 1993 (Ley de 4 de diciembre de 1992, n. 477, Gazzetta Ufficiale n. 292, de 12 de diciembre).

vante gravedad: admitiendo a todos los acreedores personados tempestivamente a concurrir con iguales derechos sobre cada parte singular del patrimonio, se crea un estado artificial de insuficiencia del objeto a liquidar y repartir. Como consecuencia ulterior se obliga a los acreedores a multiplicar los procedimientos ejecutivos, comprendiendo en cada uno cuantos bienes sea posible para asegurarse la satisfacción integral, incluso en caso de concurso de otros acreedores, con derroche de actividad y de gastos. Finalmente, en caso de insolvencia del patrimonio del deudor civil los inconvenientes son todavía más graves, bien porque falta el presupuesto indispensable del concurso de los acreedores, esto es, el conocimiento legal y efectivo de la apertura del procedimiento, bien porque el sistema revocativo ordinario es ineficaz, debiendo el acreedor probar la existencia de fraude, daño y nexo causal entre estos dos elementos y, además, teniendo la sentencia eficacia subjetivamente limitada al acreedor particular. No se puede olvidar la cuidadosa coordinación entre ejecución singular y concursal realizada en las legislaciones germánicas: la primera a base de exclusiones, confiriendo al embargante una prelación procesal (*Pfandungspfandrecht*), la segunda, que se abre en presencia de un estado de insolvencia, sea el deudor empresario mercantil o no. Probablemente las razones de tal inmovilismo fueron debidas a las dramáticas circunstancias de la época en la que el legislador de 1942 estaba constreñido a operar, pero ciertamente no se puede rechazar la sospecha de que detrás de la conservación del viejo sistema estuviese la intervención del régimen fascista, dirigido a reequilibrar las repetidas intervenciones a favor del capitalismo industrial sustrayendo a la todavía fortísima clase agraria y a la vigorosa clase de los profesionales de una penetrante y profunda represión del estado de insolvencia, aunque no derivara del ejercicio de una empresa comercial.

II. LA DETERMINACIÓN DE LOS BIENES EMBARGABLES Y UNA RECIENTE LEY FRANCESA

Las insuficiencias normativas hasta aquí denunciadas son todavía más relevantes si se considera la ejecución mobiliaria en cuanto concierne a la fase de individualización de los bienes a embargar, dado que, como ha puesto de manifiesto L.P. COMOGLIO, las dificultades y los inconvenientes que caracterizan la localización espacial y física de los bienes que constituyen el objeto del embargo, inciden de forma preminente en la efectividad de la tutela ejecutiva. Es superfluo añadir que en la no-

vela del 26 de noviembre de 1990, n. 353, no se configuran soluciones idóneas para mejorar la funcionalidad del propio proceso ejecutivo, a diferencia de lo que se ha hecho en el sistema legislativo francés mediante la ley de 9 de julio de 1991, como se dirá seguidamente. En efecto, tanto la incoación del proceso ejecutivo, como la elección de las diversas formas de ejecución dependen exclusivamente de la iniciativa del acreedor ejecutante, el cual debe además proveer al secretario judicial, según los arts. 513 y 517 cod. proc. civ., de todas las indicaciones útiles para la individualización de los bienes a embargar, y las coordinadas necesarias para la identificación espacial del lugar en el que dicho embargo deberá efectuarse. Frecuentemente, sin embargo, la rapidez con que el acreedor logra adquirir dicha información no es suficiente, y el deudor puede en el mismo tiempo hacer desaparecer las garantías de la propia responsabilidad. Además, la situación se agrava por la carencia de tutela penal en orden al hecho de distracción de los bienes embargables por obra del deudor, carencia justificada por la menor relevancia social de los delitos conexos al procedimiento ejecutivo. A las dificultades del acreedor para la individualización de los bienes se suman las limitaciones relativas a las funciones y poderes del secretario judicial, que reducen más la ya escasa potencialidad de la actividad misma de investigación.

El secretario judicial, en la mayoría de los casos procederá sobre la base de las indicaciones suministradas por el acreedor, y en caso de que la investigación sumaria en estos lugares no hubiera dado los frutos esperados, concluyen las operaciones con la redacción de un Acta de embargo «negativo». Ha sido también observado por L.P. COMOGLIO que el acreedor que no hubiera individualizado tempestivamente la existencia de bienes muebles registrados o de un crédito cierto del deudor difícilmente intentará un embargo a ciegas, sino que estudiará el modo constreñir al deudor al cumplimiento mediante métodos indirectos, como la solicitud de quiebra, naturalmente si se trata de empresarios mercantiles, que a menudo conduce a un resultado positivo en un menor lapso de tiempo.

Probablemente una reforma dirigida a la superación de estos obstáculos debería permitir al acreedor y a los órganos ejecutivos una adquisición de información tempestiva, tanto en relación con la existencia como a la localización de los bienes embargables, y además consentir al juez y a sus auxiliares realizar investigaciones cognitivas de mayor alcance.

A tal fin es interesante ver como en el sistema legislativo francés, mediante la ya mencionada ley n. 91-650 de 9 de julio de 1991, se han modificado precisamente estos aspectos de la ejecución mobiliaria. Dicha

ley, en efecto, establece que las administraciones estatales y los entes públicos tienen el deber de satisfacer las solicitudes de información del acreedor sin la posibilidad de oponer el secreto profesional. Además se confiere al Procurador de la República (Ministerio Fiscal) tales poderes de vigilancia, de investigación y de *récherches des informations*, que se prescinde de la colaboración del deudor.

Debe tenerse presente que la ley mencionada ha intentado por todos los medios salvaguardar la privacidad del deudor, estableciendo que las informaciones pueden ser obtenidas sólo por el acreedor provisto de título ejecutivo y exclusivamente para la ejecución de dicho título; además se limitan a la individualización de las cuentas corrientes bancarias, la dirección del deudor y la de su lugar de trabajo. Finalmente, normas penales aseguran que dichas informaciones no sean comunicadas a terceros ni devengan parte de ficheros de informaciones nominativas. No obstante esta cautela, la implícita derogación del secreto profesional y bancario constituirá seguramente objeto de discusiones entre los operadores del sector; sin duda este sistema otorga al acreedor alguna posibilidad de individualizar los bienes que forman parte del patrimonio del deudor, patrimonio que ha perdido ostensibilidad respecto al pasado estando hoy frecuentemente formado por bienes más o menos inmateriales, como cuentas corrientes bancarias, cuotas o acciones de sociedades, títulos del Estado, obligaciones societarias, títulos al portador, etc.

Finalmente, el aspecto más censurable de la normativa del libro III del cod. proc. civ. es la venta forzosa, sobre todo bajo el perfil de las farragosas formalidades y del escaso rendimiento económico que la subasta proporciona: esta última constituye la lógica manifestación del principio económico de la oferta rígida, que comporta necesariamente la contracción de la demanda. El único tímido intento de resolver este problema milenar ha sido conferir al juez de la ejecución inmobiliaria el poder de suspender la venta forzosa cuando las ofertas son inferiores al precio justo, poder que ya el art. 108 de la ley concursal de 1942 atribuía al juez delegado en la quiebra (ley 12 de julio de 1991, n. 162, que convirtió el d.l. de 13 de mayo de 1991, n. 110).

Después de las molestias que la venta en subasta acarrea a la oficina ejecutiva, me limito a mencionar la obligación de realizar el depósito del precio de la venta inmobiliaria coactiva en el término de sesenta días impuesto por el art. 586 del cod. proc. civ., que si bien impide una mayor dilación en el pago del efectivo, convierte todavía más bajo el resultado de la alienación. Se explican entonces los intentos de los jueces de la ejecución o de los jueces delegados más valientes y perspicaces para

evitar la prescripción ahora citada, recurriendo a la venta sin subasta respecto de la cual se sostiene, con o sin razón, que no subsiste la obligación de dictar el auto de transferencia del pago del efectivo en los sesenta días siguientes a la adjudicación.

III. INSUFICIENCIA PRÁCTICA

Respecto al perfil práctico del problema de la incidencia de la ejecución sobre la realidad económica actual, puede observarse que raramente se desarrolla en concreto la función, asignada en el Libro III del cod. proc. civ. al proceso ejecutivo, de técnica dirigida a la actuación del derecho de crédito y por tanto sustitutiva del cumplimiento, sino que tal función degrada al máximo la categoría de estímulo del cumplimiento para el deudor.

La justificación de esta consideración se halla en el hecho de la proporción comparativa entre embargo y venta forzosa, cuantificable aproximadamente, según datos estadísticos, en una relación de diez a uno. Tal proporción lleva a suponer que en las fases siguientes al embargo el deudor acabe por cumplir su propia obligación, de modo que la venta coactiva no venga efectuada y el proceso ejecutivo se extinga.

Probablemente esto dependa de la desesperante duración de los procesos ejecutivos, de modo que el deudor especula sobre el retraso con el que se procederá a la liquidación de los bienes que le han sido embargados, para cumplir tardíamente y lucrándose sobre los intereses legales respecto a los bancarios y a la devaluación.

Un ulterior análisis de los más significativos datos estadísticos ofrece, además, impresionantes elementos de reflexión acerca de la ineficacia del sistema italiano de ejecución forzosa. En efecto en el período 1968-1976 se ha registrado un incremento de las ventas mobiliarias respecto al precedente período 1961-1967 de 12.454 unidades, mientras que las ventas inmobiliarias aumentan en 3.014, con una deuda global de 158.731,5 millones de liras, y con una producto de 45.903,9 millones de liras, y, por tanto, con una satisfacción media del 28,9%. En el mismo período se produjeron 23.866 ventas inmobiliarias por una deuda total de 535.708 millones de liras y un producto de 241.343,4 millones de liras con una satisfacción media del 45%, y por tanto, netamente más alto. Los pasivos insinuados han aumentado en el período 1968-1976 respecto al de 1961-1967, para las ventas mobiliarias en 30.779,5 millones de liras y para las inmobiliarias en 303.785,2 millones de liras. En cambio,

el producto de las ventas inmobiliarias ha aumentado en 117.279 millones de liras. El desarrollo de las ventas empeora en los últimos años del modo siguiente: en 1987 se registraron para los bienes muebles 26.443 ventas correspondientes a una deuda de 769.383 millones de liras, ventas que dieron un resultado de 47.822 millones de liras; mientras que las 1.750 ventas inmobiliarias, que debían afrontar una deuda de 814.840 millones de liras, generaron una recaudación de 301.777 millones de liras.

En 1988 se han producido 25.908 ventas mobiliarias, que han dado una recaudación de 228.102 millones de liras sobre una deuda de 969.472 millones de liras, mientras que las ventas inmobiliarias han sido 2.636, generando un producto de 423.867 millones de liras sobre una posición deudora de 852.678.

En 1989 la tendencia permanece inalterada, con 23.473 ventas mobiliarias, correspondientes a una recaudación de 156.207 millones de liras sobre una deuda de 549.908 millones de liras y 3.464 ventas inmobiliarias para una recaudación de 472.194 millones sobre una deuda de 1.001.660 millones de liras. Por tanto las ventas mobiliarias ofrecen porcentualmente una recaudación menor que las inmobiliarias, si bien una disgregación de los datos demuestra que en la mayor parte de los procedimientos inmobiliarios la satisfacción beneficia a los acreedores hipotecarios.

La situación se agrava por la lentitud con que se tramita el procedimiento ejecutivo: se piensa que la duración media de los procedimientos ejecutivos inmobiliarios, por ejemplo, según un reciente estudio estadístico, es de seis años, con duración máxima de más de siete años para la venta efectuada en los tribunales de Roma, Palermo y Nápoles.

IV. EL PRINCIPIO DEL FAVOR DEBITORIS

Frente a esta falta de tutela de hecho del crédito, encontramos en el cod. proc. civ. un sistema de proceso ejecutivo, en el cual desde 1942 ha sido acogido el principio del *favor debitoris*, sin que se haya modificado en la novela de 1990, excepto en el art. 495, en el cual se intenta remediar los perjuicios de la Ley 10 mayo 1976, n. 358, a la cual haré referencia más adelante. Este principio viene entendido por la doctrina en el sentido de que la realización del bien debido al acreedor, o en general al poseedor del derecho, no debe ocasionar al sujeto pasivo de la ejecución forzosa un perjuicio superior al importe de las dos décimas

partes del crédito. Esto se deduce de la disposición del art. 494, párr. 3.º, cod. proc. civ. (texto antiguo) que regula la medida del pago a efectuar personalmente al secretario judicial para reemplazar con dinero el bien todavía a embargar. Y lo que es peor: las modificaciones del objeto del proceso ejecutivo pueden efectuarse solamente en el sentido de reducir la excesiva carga del deudor, en virtud de los arts. 483, 486, 504 y 532, párr. 2.º, cod. proc. civ., a los cuales puede añadirse la disposición de carácter general del art. 2.911 codice civile (cod. civ.), que impone al acreedor embargante, hipotecario o privilegiado, la obligación de no someter a embargo otros bienes, distintos de aquellos ya gravados con un privilegio especial, prenda o hipoteca, si antes no se han embargado también estos últimos.

La citada norma se agrava posteriormente con la limitación impuesta en el art. 558 cod. proc. civ., según el cual si un acreedor hipotecario extiende un embargo sobre inmuebles no hipotecados a su favor, el juez de la ejecución puede proceder a la reducción del art. 496 cod. proc. civ., o bien suspender la venta hasta la realización de la relativa a los inmuebles hipotecados. Finalmente, mencionar el art. 2.912 cod. civ. que, disponiendo que el embargo comprende los accesorios, las pertenencias y los frutos de la cosa embargada, podría interpretarse en el sentido de contribuir a establecer la máxima dimensión del objeto del proceso. En este punto nos podemos preguntar si frente a los datos estadísticos anteriormente expuestos podemos contentarnos con una estructura procedimental que si bien, por un lado, es plenamente garantista para el deudor (no debe olvidarse que además de la oposición a la ejecución y a los actos ejecutivos, el deudor puede presentar oposición en sede de reparto y puede obtener un limitado contradictorio según el art. 485), por otro resulta inadecuado para realizar la tutela del acreedor por las razones teóricas y prácticas que seguidamente expongo.

V. LAS INNOVACIONES REFERENTES AL TÍTULO EJECUTIVO

Como se ha apuntado, la Ley de 26 de noviembre de 1990, n. 353, solamente ha reformado un par de normas del proceso ejecutivo, mientras se ha incidido más profundamente sobre el título ejecutivo.

Empezando por este último aspecto, una innovación de poca relevancia la encontramos en el art. 423, párr. 1.º, cod. proc. civ., introducido en el proceso laboral en 1973. En virtud del párrafo primero, el juez instructor, a instancia de parte, puede disponer, hasta el momento de

precisar las conclusiones, el pago de las sumas no discutidas (*non contestate*) por las partes personadas. Esta resolución constituye un título ejecutivo y conserva su eficacia en caso de conclusión del proceso (párrafo segundo). Es igualmente modificable y revocable en cualquier momento bien por el juez instructor o bien por el *collegio* (F.p. LUISO). La doctrina reconduce tal procedimiento a la búsqueda de la predominante función ejecutiva (D. BORGUESI), o a la tutela interina o provisional, que legitima al acreedor a la ejecución forzosa, anticipando los efectos de la tutela cognitiva ordinaria para evitar los perjuicios de la duración del proceso, sin prejuzgarse la decisión en la sede de cognición plena (A. PROTO PISANI, L. MONTESANO, C. MANDRIOLI, L. LANFRANCHI, F. CARPI).

Debemos recordar, además, que en virtud del art. 186. ter. cod. prov. civ., también de nueva redacción, puede requerirse al juez instructor la orden de pago o depósito, cuando concurren los presupuestos de los arts. 633 y 634 cod. proc. civ.: la utilidad práctica de esta norma ha sido destacada por G. RAMPAZZI GONNET en la admisibilidad de dicha disposición incluso cuando debe ser notificada al extranjero; ello incluso como adecuación a la Convención de Bruselas, según ya ha puesto de relieve C. CONSOLO. La resolución es también revocable y modificable, pervive a la conclusión del proceso y se convierte ejecutiva si no lo era.

Sin embargo, la innovación más importante se recoge en el nuevo texto del art. 282 cod. prov. civ., según el cual la sentencia de primer grado es ejecutiva provisionalmente entre las partes, siguiéndose así la línea manifestada en los arts. 431 y 447 cod. proc. civ. (redacción de 1973) y en art. 15 de la Ley de 9 de diciembre de 1977, n. 903 referente a la igualdad de tratamiento entre hombre y mujer en materia laboral.

En la nueva norma la ejecución provisional de la sentencia no viene limitada expresamente sólo a las resoluciones de condena; sin embargo, a pesar de la opinión autorizada que intenta extenderla a todas las sentencias (A. PROTO PISANI), o al menos a aquellas constitutivas (G. TAZIA), según la «*communis opinio*» la eficacia declarativa y la eficacia constitutiva operan tras la firmeza (*passagio in iudicatio*) de la sentencia.

Para equilibrar el alcance de la generalización de la inmediata ejecutoriedad de la sentencia de primera instancia se ha permitido al juez de la apelación, cuando concurren graves motivos, suspender en todo o en parte la eficacia ejecutiva o la ejecución de la sentencia (art. 283 cod. prov. civ. del nuevo texto). La gravedad de los motivos resulta de una ponderada valoración entre la consistencia de los motivos de la impugna-

ción y la entidad del daño que la ejecución forzosa podría ocasionar al perdedor en primera instancia (S. CHIARLONI). Ejecución inmediata y facultad de suspensión que según dos párrafos añadidos al texto del art. 431 cod. proc. civ., según resulta de la novela de 1973, se extienden también a las sentencias de condena a favor del empresario.

VI. LA ELIMINACIÓN DEL ESCÁNDALO DE LA CONVERSIÓN DEL EMBARGO

La conversión del embargo estaba ya prevista en el art. 495 cod. proc. civ., en la redacción ordinaria de 1942. La solicitud de conversión se admitía incluso antes del vencimiento del término para los intervinientes tempestivos; en cuanto hace referencia a los acreedores intervinientes debe considerarse a todos aquellos que hayan intervenido hasta la audiencia en la cual, oídas las partes, el juez de la ejecución determina la cantidad que deberá sustituir al bien embargado. Respecto a la determinación del momento final de la propia conversión, con especial consideración a la ejecución inmobiliaria, atendiendo a la distinción entre la *ordinanza* de adjudicación y el *decreto* traspaso, fue individualizado en la primera, mientras la conversión se admite posteriormente sólo en caso de incumplimiento del adquirente de la venta sin subasta y del adjudicatario en la venta en subasta.

Dicha conversión después viene dividida en dos momentos: el primero, en el cual el juez fija la suma a restituir y el plazo para el pago; y el segundo, en el cual, constatado el pago, el juez provee a la liberación de los bienes sujetos.

Dejo al margen un problema ulterior porque constituye una de las cuestiones actualmente más debatidas, el relativo a la posibilidad o no de una cognición plena, aunque incidental o sumaria, del juez de la ejecución sobre la determinación de la suma a pagar con la posterior consecuencia de determinar el régimen de los «recursos», en la alternativa entre la oposición a los actos ejecutivos y la controversia ex art. 512 cod. proc. civ., que produciría, por tanto, el efecto de paralizar la conversión, con el corolario de la admisibilidad o no de las intervenciones y de los embargos posteriores a la *ordinanza* que admite la conversión.

La Ley de 10 de mayo de 1976, n. 358, se limitó a añadir cuatro párrafos al art. 495 cod. proc. civ., estableciendo que con la propia *ordinanza* de conversión el juez de la ejecución puede disponer, si concurren motivos que lo justifiquen, que el deudor pague la suma a plazos mensuales, previo el depósito de un cuarto de la cantidad en el plazo de diez

días; los bienes son liberados del embargo solamente con el pago de la suma entera, perdiendo el deudor este beneficio si deja de ingresar alguna mensualidad en la cuenta bancaria del acreedor, o no es depositada en la propia *cancelleria* dentro del mencionado plazo. En este caso las sumas entregadas pasan a formar parte de los bienes embargados.

El fraccionamiento del pago constituye fuente de abusos de todo género, bien por la posibilidad de reiterar hasta el infinito la instancia de conversión, bien por la línea jurisprudencial que frecuentemente interpretó la norma en el sentido de que la simple prestación de la solicitud comporta la suspensión de la venta; sólo recientemente la casación, en la sentencia de 19 de julio de 1990, n. 7378, ha reaccionado frente a este negativo estado de la cuestión, sosteniendo que la suspensión es únicamente facultativa. Acertadamente, la Ley de 30 de noviembre de 1990, n. 353, ha reaccionado frente a este escándalo; más allá de abolir el fraccionamiento del pago, establece que junto a la solicitud debe pagarse un quinto del importe del crédito del ejecutante y de los intervinientes, sopena de inadmitirse; que la suma sea depositada por el secretario judicial en el instituto de crédito señalado por el juez; que la suma a sustituir el bien embargado sea determinada con resolución motivada del juez de la ejecución oídas las partes; que en la propia resolución se disponga la liberación de las cosas embargadas; que en caso de falta de pago del importe determinado por el juez de la ejecución la suma ya entregada viene a formar parte del dinero a distribuir; y, en fin, que siempre bajo la pena de inadmisibilidad la solicitud de conversión del embargo pueda ser presentada una sola vez. Esto no sucede, como bien ha advertido ATTARDI, si la solicitud de la conversión ha sido rechazada, por ejemplo, por falta del mencionado depósito.

VII. LA RESURRECCIÓN DE LA PEQUEÑA EJECUCIÓN MOBILIARIA Y ESCLARECIMIENTO EN TEMA DE EJECUCIÓN SOBRE BIENES EMBARGADOS

Como solía escribir el gran profesor Enrico REDENTI, a propósito de instituciones en desuso que después eran rescatadas por el legislador, citando un verso de Q. Orazio Flacco, «*multa renascentur quae iam caecidere*».

Así sucede con la pequeña ejecución mobiliaria introducida en el vigente ordenamiento en el art. 48 de la Ley de 14 de julio de 1950, n. 581, que modifica el normal curso del proceso ejecutivo, en el que el

pretore no puede nunca dictar resolución de asignación y de venta sin proceder a una audiencia prefijada para oír a las partes. Sin embargo, cuando el valor de los bienes embargados, determinado por el secretario judicial embargante, no superase la cantidad de 50.000 liras fue establecido que la intervención de los otros acreedores debería tener lugar no más allá de la fecha de presentación del *ricorso*; si no intervenían tales acreedores, el *pretore* tenía que proveer mediante *decreto* (auto); en caso contrario se desarrollaría la audiencia para oír a las partes, pero con la sola comparecencia de los acreedores intervinientes antes de la presentación de dicha solicitud. Después de 1950 la suma de las 50.000 liras no fue modificada, así que dicha institución, poco a poco fue desapareciendo en la práctica de la pretura, y con ello la desaparición del contradictorio y la creación de un privilegio de carácter procesal a favor del acreedor embargante, en el caso que los otros acreedores intervengan después de la petición de la venta.

Hoy, en virtud del art. 72 de la Ley 26 de noviembre de 1990, n. 353, se eleva el valor de los bienes embargados a 10 millones de liras, volviéndose así a dar vida a la desusada institución.

En consecuencia, se hace necesario formular alguna breve referencia sobre los aspectos más controvertidos de la institución, y en primer lugar respecto de la oposición a los actos ejecutivos, que en el art. 530, párr. 2.º, se señala el de la comparecencia de autorización de la venta, la cual falta en la pequeña expropiación mobiliaria.

Para resolver el problema es necesario valorar la norma general del art. 617 cod. proc. civ., con la consecuencia de que incluso después de la resolución de autorización de venta puede proponerse oposición a los actos ejecutivos concluidos antes de dicha resolución, a condición que no haya transcurrido el plazo perentorio de cinco días. Si después han sido efectuadas intervenciones antes de la presentación del *ricorso*, estos últimos acreedores deben ser postergados a los otros, bien porque de otro modo también ellos deberían haber sido oídos, bien porque el art. 525 párr. 3.º, está redactado para conservar sus efectos independientemente del desarrollo del denominado *parlamentario* entre los acreedores para la autorización de la venta.

En conclusión, si antes de la presentación del *ricorso* para la autorización de la venta, existiera un embargo posterior de otros bienes, de forma que el valor total del proceso ejecutivo fuese superior a diez millones de liras, como el acta del embargo posterior se incluye en el expediente formado en relación al primer embargo, habrá un procedimiento del todo normal, sin aplicarse el último párrafo del art. 530. Por el con-

trario, si el embargo sucesivo se efectúa después de la presentación del *ricorso* produce el efecto de una intervención tardía, mientras la pequeña expropiación mobiliaria prosigue. Soluciones éstas todas elaboradas por mi llorado Maestro, Tito CARNACINI, en brillante artículo de hace más de cuarenta años, y que conserva todavía plena actualidad.

Vale la pena recordar, para finalizar el examen de las normas sobre ejecución forzosa introducidas en la novela de 26 de noviembre de 1990, n. 353, que también la conversión del embargo preventivo en ejecutivo ha sufrido un importante cambio; no ha sido modificado el art. 686 cod. proc. civ., que liga dicha conversión a la obtención de una sentencia ejecutiva de condena y establece la igualdad de tratamiento entre acreedores ejecutantes y acreedores embargantes. Sin embargo, ha sido modificado el primer párrafo del art. 156 de las disposiciones de actuación del cod. proc. civ., en el sentido de que, habiendo sido radicalmente modificado el sistema de controles sobre las medidas cautelares y, por tanto, no estando ya prevista una sentencia de ratificación, no se exige a los fines de la conversión el depósito de una resolución que no existe.

VIII. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Las conclusiones son desalentadoras: la evidente insuficiencia actual de la tutela de los créditos por sumas de dinero no se debe solamente a la crónica carencia de recursos materiales y humanos mediante los cuales opera la justicia italiana, sino también a la existencia de normas superadas porque, como reminiscencias de estructuras legislativas decimonónicas, ofrecen en general un planteamiento del proceso ejecutivo desigual y no unitario. Al respecto, no puede dejar de lamentar que los trabajos de la comisión Liebman de 1981, relativos a la reforma de la ejecución forzosa no hayan prosperado.

Las directrices de este proyecto, a fin de la promulgación de una ley delegada, siguen todavía de actualidad:

a) puntual caracterización e individualización de los títulos que legitiman la ejecución forzosa en sus tres formas fundamentales de la ejecución para la realización de los créditos pecuniarios, de la consignación de bienes muebles y de la entrega de bienes inmuebles, para la actuación de las obligaciones de hacer y no hacer;

b) introducción en el cod. proc. civ. de toda la disciplina de la ejecución forzosa ahora contenida en el capítulo II del título IV del libro VI del codice civile, a excepción del art. 2.932;

c) notificación del título ejecutivo y del emplazamiento como etapa preliminar respecto a la ejecución con reconocimiento al juez de la ejecución o, si todavía no ha sido determinado al juez indicado por la parte procedente, del poder de resolver mediante *ordinanza* las dificultades surgidas antes y/o en el curso de todo tipo de ejecución, relativas a la determinación de las partes legítimas o de los bienes objeto de la ejecución, a la interpretación del título ejecutivo y, en general, a las modalidades de la ejecución.

— La disciplina del proceso de expropiación forzosa, en los tipos que se determinan, debería inspirarse en los siguientes principios:

a) dirección de la expropiación por el juez del lugar en el que se hallen las cosas, con la posibilidad de reunir por razones de conexión más procedimientos contra el mismo ejecutado, y de ordenar la sustitución del bien embargado por una suma de dinero a pagar incluso a plazos, en términos perentorios; prosecución de oficio de la expropiación después de la venta;

b) simplificación de las formas del embargo, acto inicial de la expropiación forzosa, salvo para los bienes muebles dados en prenda, con la posibilidad de embargar además las empresas y las universalidades de bienes; inembargabilidad de los bienes destinados a actividad laboral cuando el embargo la impida o comprometa gravemente;

c) expropiabilidad bien de los créditos pecuniarios o de otras cosas fungibles inherentes a relaciones o situaciones con terceros, bien de la cuota ideal del deudor en caso de copropiedad o de cotitularidad de bienes y derechos, salvo eventuales supuestos específicos que excluyan la división;

e) admisibilidad de la intervención de acreedores, también en la forma de embargo sucesivo y si el crédito está fundamentado sólo mediante prueba documental de la que resulte el importe; irrelevancia del tiempo de la intervención a los fines de la distribución, pero postergación en todo tipo de procedimiento expropiatorio de los intervinientes que no se hayan preocupado de embargar los bienes indicados por el ejecutante: verificación, con efectos limitados al proceso en curso, de la admisibilidad de los intervinientes por parte del juez de la ejecución en la comparecencia en la cual dispone la venta o la asignación;

f) ineficacia respecto al acreedor embargante y a los intervinientes de los actos relativos al bien ejecutado, y esto es según las líneas funda-

mentales vigentes, con los correctivos necesarios fruto de la experiencia adquirida;

g) determinación de las modalidades de las ventas mobiliarias, atribuidas a instituciones de crédito u otras entidades, incluso en los casos de concentración de más bienes provenientes de varias ejecuciones, y correlativo reparto proporcional de lo conseguido; posibilidad en la venta inmobiliaria, que normalmente se desarrolla en subasta pública, de presentar ofertas con posterioridad a la misma;

h) distinción entre la adjudicación propiamente dicha y la adjudicación-venta al acreedor; es una carga de los acreedores la adjudicación de los bienes embargados después de una doble subasta desierta;

i) determinación de los efectos del obligatorio traspaso al adjudicatario y de la adjudicación de los derechos que inicialmente han sido objeto del embargo, con extensión a los mismos de la ineficacia indicada en el apartado f); disciplina de los derechos de los terceros, de las consecuencias derivadas de los vicios de la cosa, y de las garantías por evicción según los principios hoy vigentes y a los correctivos necesarios fruto de la experiencia adquirida;

j) determinación de la etapa de distribución de lo obtenido, previo eventual proyecto de reparto.

— La disciplina de la ejecución en las modalidades de consignación de bienes muebles y de la entrega de bienes inmuebles: cumplimiento por parte del secretario judicial, sin obligación de preaviso tras la notificación.

— La disciplina de la ejecución de las resoluciones que contienen condenas de hacer, modificar o destruir obras determinadas: atribución al juez de la ejecución del poder de designar la persona que efectuará la obra con la asistencia del secretario judicial y de condenar al ejecutado, incluso por anticipado, al pago de los gastos de la obra, mediante auto inmediate ejecutable, o bien de liquidar mediante análoga resolución los pagos anticipados por el ejecutante.

Articulación de un sistema de oposición para todas las modalidades de ejecución, con competencia siempre del juez de la ejecución tal y como se ha indicado anteriormente; previsión de una oposición a la ejecución a proponer dentro de plazos razonables; admisibilidad de oposición a los actos ejecutivos, también para impugnar el exceso de los bienes embargados y de los medios de expropiación, a proponer dentro de plazos igualmente breves, por cualquier interesado y contra cualquier acto que no sea impugnado de otro modo, y que se resuelve mediante

sentencia no impugnada; admisión de la oposición de terceros titulares de situaciones jurídicas prevalentes a la ejecución.

Determinación de las hipótesis de suspensión de la ejecución por graves motivos, valorables por el juez, surgidos durante la oposición a la ejecución, del ejecutante o de terceros, y en caso de prejudicialidad de un proceso de cognición relativo al bien sujeto a la ejecución; eficacia suspensiva de la oposición, únicamente sobre la distribución, cuando se refiera a subsistencia de créditos o a la admisibilidad de las intervenciones de otros acreedores.

— La disciplina de la extinción: por inobservancia de un término perentorio o por renuncia del ejecutante o de todos los acreedores intervinientes y admitidos en la expropiación.

Poder del juez que verifique el incumplimiento de obligaciones de hacer o de no hacer infungibles pero que no requieran particular destreza profesional y que no afecten a derechos de la personalidad, obligaciones estas a determinar por la ley, para condenar al obligado, a instancia de parte, al pago de cantidades dinerarias a favor del titular del derecho, por cada día de retraso en el cumplimiento, dentro de unos límites mínimos y máximos prefijados legalmente.

Cabe destacar que en la anterior legislatura, finalizada anticipadamente a finales de invierno, el Gobierno había presentado un proyecto de ley (n. 1.288/S/X), en el que figuraba una disposición de especial interés sistemático, el art. 42, que habría modificado el art. 499 cod. proc. civ., que indica los requisitos para el concurso de los acreedores requiriendo solamente la indicación del crédito y la del correspondiente título. Se pretendía, de hecho, que además de los acreedores indicados en el artículo precedente (art. 498, que regula la notificación a los acreedores inscritos), pudiesen intervenir en la ejecución los demás acreedores, aunque no fuesen privilegiados, a condición de que estén en posesión de una prueba escrita de su crédito. Objetivo de la innovación, extraído del proyecto de ley para la reforma general del código presentado a las Cámaras en la VIII y IX legislaturas, era el de limitar los incidentes de cognición y de ejecución ante el juez, y sobre todo de corregir la ilimitada entrada de acreedores en la expropiación forzosa (CAPPONI), evitando al menos en parte los ya lamentados inconvenientes.

Contra esta propuesta se alzan numerosas críticas, sobre todo por la violación que comportaría al principio de la *par condicio creditorum* (COSTANTINO, LUISO, CARPI), para lo cual se orientan hacia un verdadero aplazamiento de la reforma del proceso de ejecución forzosa, que ha quedado fuera de las reformas urgentes de la X legislatura. Séame consentido pues la cita de otro verso latino, esta vez de Virgilio: *sunt lacrimae rerum*.

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS

REVISTA DE REVISTAS Y OBRAS COLECTIVAS 1988 – II

ARTURO ALVAREZ ALARCÓN
Prof. Titular de la U. de Cádiz

JESÚS SÁEZ GONZÁLEZ
Prof. Asociado de la U. de Cádiz

A) PARTE GENERAL Y ORGÁNICA

1. España

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *El Juez del Título Preliminar (la Justicia del Estado de Derecho en la crisis del Estado social)*; Justicia 88, I, pág. 139.

APRELL LASAGABASTER, M. C., *Libre prestación de servicios por los abogados. Reglas de exclusividad territorial. (Comentario a la sentencia del TCJE. de 25 de febrero de 1988, causa 427/85)*; Revista de Instituciones Europeas, 1988, núm. 2, pág. 501.

AROZAMENA LASO, A., *La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de Justicia: El supuesto de prisión preventiva*; Actualidad Penal, 1988, núm. 34, pág. 1.773.

CABAÑAS GARCÍA, J. C., *Un obstáculo al ejercicio del recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia de la hipótesis de*

- conurrencia entre normas de derecho autonómico y normas de derecho común; *La Ley*, 1988-3, pág. 867.
- CARRIO, G., *Sobre la administración de justicia y el derecho de la jurisdicción*; Anuario de Derechos Humanos 1988-1989, núm. 5, pág. 41.
- CHINCHILLA MARÍN, C., *La ejecución de sentencias en el derecho italiano: Il Giudizio ottemperanza*; Revista española de derecho administrativo, julio, septiembre 1988, núm. 59.
- DE MARINO, R., *La independencia de los tribunales, garantía de su función*; Revista de Derecho Procesal, 1988-II, pág. 431.
- DOMÍNGUEZ JUAN, M., *El jurado como garantía del funcionamiento democrático de la justicia*; Anuario de Derechos Humanos 1988-1989, núm. 5, pág. 53.
- ESPUNY TOMÁS, J., SARRIÓN GUALDA, J., *El Tribunal de las Alzadas o Apelaciones del Consulado de Comercio de Barcelona; sus reformas (1763-1813)*; Pedralbes. Revista d'Història Moderna 1988, vol. 8, núm. 2, pág. 161.
- ESTEVEZ, J.L., *La unidad del método científico*; Justicia 88, III, pág. 519.
- FAIREN GUILLÉN, V., *De nuevo sobre el concepto de acción y el de pretensión*; Revista de Derecho Procesal, 1988-I, pág. 7.
- FAIREN GUILLÉN, V., *Los recursos de «greuges» «firmas de derecho» y «manifestación de personal», del «writ» de «habeas corpus», el «recurso de amparo» y el «mandato de segurança», garantías históricas y actuales de los derechos fundamentales de la libertad de locomoción*; Revista de Derecho Procesal, 1988-III, pág. 619.
- FROWEIN, J., *La protección Europea de los Derechos Humanos como inicio de una jurisprudencia constitucional europea*; Justicia 88, IV, pág. 967.
- GARCÍA SÁNCHEZ, J., *Un proyecto de código deontológico en el siglo XVIII*; Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1988, núm. 4, pág. 41.
- GIMENO SENDRA, V., *La casación y el derecho a los recursos (notas para una nueva ordenación del sistema penal de recursos)*; Justicia 88, III, pág. 547.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., *Breve comentario sobre el anteproyecto de ley de demarcación y de planta judicial (de 4 de septiembre de 1978)*; Justicia 88, III, pág. 689.
- GUI MORI, T., *La intercambialidad de las técnicas jurídicas: los principios de proporcionalidad, conservación y subsanación como emanación de la tutela efectiva*; *La Ley*, 1988-3, pág. 496.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F., *Algunas consideraciones sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*; *La Ley*, 1988-2, pág. 1.161.
- LECUMBERRY I MARTI, E., *Mecanisme d'accés a la carrera judicial en les categories de Jutge, Magistrat y Secretari*; Revista Jurídica de Catalunya, 1988, pág. 1.101.
- LINZ SILVA, P., *La orden de los abogados de Brasil. Historia, formación estatutaria, importancia político-social en el contexto nacional*; Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1988, núm. 4, pág. 45.
- LORCA NAVARRETE, A., *El Tribunal Superior de Justicia Vasco*; *La Ley*, 1988-4, pág. 881.
- LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Cambio social, socialización y privatización de la justicia*; Justicia 88, III, pág. 565.
- MUÑOZ ROJAS, T., *Sobre la importancia del procedimiento jurídico*; Actualidad Civil, 1988, núm. 10, pág. 577.
- MARTÍN OSTOS, J., *Los Plinio de Cádiz*; Justicia 88, I, pág. 29.
- MARTÍN OSTOS, J., *La ruleta de la justicia*; Justicia 88, III, pág. 533.
- MARTÍN POSTIGO, M.S., *La Cancillería real castellana en el siglo XVII*; Cuadernos de Historia de España. Tomo LXIX, pág. 123.
- MARTÍNEZ VAL, J.M., *Algo más sobre la abogacía brasileña*; Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1988, núm. 4, pág. 55.
- MORENO CATENA, V., *Causas históricas de la ineficacia de la justicia*; Justicia 88, I, pág. 33.
- MORENO CATENA, V., *Algunas notas sobre la abstención del juez*; Justicia 88, III, pág. 561.
- MORES ROS, C., *La actividad del Tribunal de la Inquisición en Barcelona entre 1759-1786: las proposiciones erróneas*; Pedralbes. Revista d'Història Moderna, 1988, vol. 8, núm. 2, pág. 161.
- MOVILLA ALVAREZ, C., *Notas sobre la responsabilidad de Jueces y Magistrados*; Justicia 88, II, pág. 411.
- MUÑOZ CAMPOS, J., *El abogado y su colegio*; *La Ley*, 1988-1, pág. 987.
- MUÑOZ SABATE, L., *La autoridad de los jueces*; Justicia 88, III, pág. 543.
- MUÑOZ SABATE, L., *Consideraciones psicológicas sobre los audiovisuales como medio de prueba*; Revista Jurídica de Cataluña, 1988, pág. 231.
- ONECHEA SANTAMARÍA, C., *La sociabilidad del Juez*; Revista General de Legislación y Jurisprudencia, octubre 1988, núm. 4, pág. 745.
- PALOMINO MARÍN, V., *El concepto de legitimación*; Revista de Derecho Procesal, 1988-I, pág. 115.

- PÉREZ MOLINA, I., *Dona i Legislació a la Catalunya del segle XVIII. Processos i separació matrimonial*; Pedralbes. Revista d'Història Moderna 1988, vol. 8, núm. 1, pág. 259.
- PRAT, C., *La situació actual de «l'exequatur» a Espanya*; Revista Jurídica de Catalunya, 1988, pág. 981.
- QUERALT, J.J., *Derecho a la profesión, derecho del ciudadano*; Justicia 88, I, pág. 25.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *El convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil (balance de diez años de licencia)*; Justicia 88 I, pág. 57.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *La Justicia es un cachondeo: epílogo judicial*; Justicia 88, II, pág. 277.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *El mito de Sísifo y la Ciencia Procesal*; Justicia 88, II, pág. 263.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *De cómo hacer las Reformas Procesales (manual del aprendiz del legislador)*; Justicia 88, IV, pág. 791.
- RIBA TREPAT, C., *La eficacia del recurso de casación*; Justicia 88, IV, pág. 775.
- RODRÍGUEZ ALIQUE, M.AA., *La responsabilidad de jueces y magistrados*; Justicia 88, III, pág. 613.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., *La imparcialidad judicial. Comentario a las SS TC 145/1988 de 12 de julio y 164/1988 de 26 de septiembre*; La Ley, 1988-4, pág. 89.
- ROXIN, C., *Observaciones sobre la «actio in libera causa»*; Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1988, núm. 1, pág. 21.
- SEOANE CACHARRON, J., *El Secretario Judicial y las Garantías Constitucionales del Derecho a un proceso debido*; Revista de Derecho Procesal, 1988-I, pág. 69.
- SEOANE IGLESIAS, J., *Algunas reflexiones sobre la organización del turno de oficio por los colegios de abogados*; La Ley, 1988-4, pág. 848.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Los plazos procesales tras las últimas reformas de la LERC y de la LOPJ*; Justicia 88, II, pág. 293.
- TENORIO SÁNCHEZ, P.J., *Reflexión sobre el órgano de control de los acuerdos del Consejo General del Poder Judicial*; La Ley, 1988-2, pág. 971.
- VILLAGÓMEZ, *Régimen vigente de licencias y permisos de magistrados y jueces*; Actualidad Penal, 1988, núm. 3, pág. 121.
- ARABACAS GARCÍA-ALOS, L., *Reflexión sobre el órgano de control de*

los acuerdos del Consejo General del Poder Judicial; La Ley, 1988-2, pág. 971.

VERGE GRAU, J., *En defensa de la defensa*; Justicia 88, I, pág. 21.

2. Extranjero

- ALMAGRO NOSETE, J., *La reforma del proceso español (Cara al año 2000)*; Rivista Brasileira di Direito Processual 1988, núm. 58, pág. 113.
- BARTHELEMY, D., *Diversité des ordalies medievales*; Revue historique (PUF) juillet-septembre 1988, núm. 567, pág. 3.
- BAZEX, M., *L'implosion dualisme de juridiction*; Pouvoirs. Revue française d'Etudes constitutionnelles et politiques, núm. 46, pág. 35.
- BUZUID, A., *O prazo para impetrar mandado de segurança*; Revista Brasileira di Direito Processual, 1988, 1.058, pág. 13.
- CARTOCCI, R., *Il referendum sulla responsabilità civile dei magistrati*; Rivista italiana di scienza politica, aprile 1988, núm. 1, pág. 41.
- CRETIN, T., *Considerations et propositions à propos de l'expertise en écriture judiciaire*; Revue de science criminelle et de droit penal compare 1988, núm. 3, pág. 474.
- CIARLONI, S., *Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti*; Processuale, 1988, pág. 755.
- DITTRICH, L., *Dalla tutela cautelare anticipatoria alla tutela sommaria definitiva*; Rivista di diritto processuale, 1988, pág. 672.
- FAZZALARI, E., *Il camino della sentenza e della cosa giudicata*; Rivista di diritto processuale, 1988, pág. 589.
- FRANCO, G., *Sul gratuito patrocinio in Italia*; Rivista di Diritto processuale, 1988, pág. 788.
- GIULIANI, A., *L'ordo iudicarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonómico)*; Rivista di diritto processuale, 1988, pág. 598.
- JOUHAUD, C., *Histoire et histoire littéraire: naissance de l'écrivain (note critique)*; Annales, 1988, núm. 4, pág. 849.
- KOZYRIS, P.J., *Choice of Law in the American Courts in 1987: An Overview*; The American Journal of Comparative Law, summer 1988, núm. 3, pág. 547.
- LEIGH, M., *Judicial Decisions*; American Journal of International Law July, 1988, núm. 3, pág. 580.

- NORMAN, J., *I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle petese controverse*; Rivista di diritto processuale, 1988, pág. 722.
- PEIRIS, G.L., *Judicial Control of Semi-goverment bodies: english and south assian trends compared*; International and Comparative Law Quarterly October 1988, vol. 37, parte 4, pág. 844.
- PICARDI, N., *La Riforma Giudiziaria in Italia fra el XIX e il XX secolo*; Rivista di diritto processuale, 1988, pág. 943.
- QUINIO, L., *De L'esprit de defense*; La revue administrative juillet-aout 1988, núm. 244, pág. 347.
- RAITERI, M., *Giustizia distributiva e funzione giudiziaria; Qualche osservazione nella prospettiva della analisi economica del diritto*; Materiali per una storia della cultura giuridica. Num. 1, giugno 1988, pág. 209.
- REZENDE SALGADO, M., *Ofensa a literal disposiçao de lei material e instrumental-parecer*; Revista brasileira di direito processual.
- RIGGS, R.E., *Legitimate expectation and procedural fairness in english law*; The American Journal of comparative Law, summer 1988, núm. 3, pág. 395.
- ROSELI, F., *Clausole generali: l'uso giudiziario*; Politica del Diritto, dicembre 1988, núm. 4, pág. 667.
- SERR, B.J., Maney, M., *Racism, Peremptory Challengers, and the democratic juri: the jurisprudence of a delicate balance*; The Journal of Criminal Law & Criminology volume 79/number 1/spring 1988, pág. 1.
- TARZIA, C., *Rigetto e Riproponibilità della domanda cautelare*; Rivista di diritto processuale, 1988, pág. 932.
- TORCKE, N., *I limiti suggesttivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale ganzie di difesa processuale (perfil dell'esperienza giuridica tedesca)*; Rivista di diritto processuale, 1988, 932 págs. Rivista di diritto processuale, 1988, pág. 35.
- ZANCHETTA, R.M., *In tema di accertamento negativo dell'efficacia disenza straniera*; Rivista di diritto internazionale privato e processuale.
- ZHENG, H.R., *The evolving role of Lawyers and legal practice in China*; The American Journal of comparative Law, summer 1988, núm. 3, pág. 473.

B) DERECHO PROCESAL CIVIL

1. España

- ALBANES, A., *El arbitraje y el contrato de seguro*; Revista española de seguros 1988, núm. 5, pág. 63.
- ARROYO ZAPATERO, L., *Problemas jurídicos de la esterilización de menores e incapaces*; La Ley, 1988-4, pág. 898.
- CONDE MARTIN DE HIJAS, P.F., *Actas de notoriedad y declaración de herederos ab intestato*; Actualidad Civil, 1988, núm. 22, pág. 1.353.
- CABALLERO GONZÁLEZ, J.M., *La tutela de menores en situación de desamparo*; La Ley, 1988-2, pág. 1.055.
- CUTILLAS TORNOS, J.M., *Consideraciones sobre el internamiento de presuntos incapaces*; La Ley, 1988-1, pág. 875.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *En defensa del título ejecutivo, en defensa del derecho*; Revista de Derecho Procesal, 1988-II, pág. 371.
- DE LA OLIVA SANTOS, *Tratamiento procesal de la letra, el cheque y el pagaré*; Revista de Derecho Procesal, 1988-I, pág. 37.
- GIMENO SENDRA, V., *Algunas sugerencias sobre la atribución al M.F. de la investigación oficial*; Justicia 88, IV, pág. 829.
- GINER PARREÑO, C., *La acción casatoria y la medida cautelar de cesación en el Derecho de Marcas español. Reflexiones al hilo de la Ley de Patentes y del proyecto de Ley de Marcas*; Justicia 88, IV, pág. 933.
- GONZÁLEZ POVEDA, P., *Normas procesales en la Ley de Patentes*; La Ley, 1988-4, pág. 1.006.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ y CONRADI, F., *Libertad de información y derechos de la personalidad*; Justicia 88, IV, pág. 801.
- HINOJOSA SEGOVIA, R., *La oposición al título ejecutivo cambiario*; Revista General de Legislación y Jurisprudencia, mayo de 1988, pág. 685.
- JUFRESSA, F., MARTELL, C., *La protección judicial y extrajudicial de los derechos de autor*; Revista Jurídica de Cataluña, 1988, pág. 409.
- LÓPEZ SIMO, F., *Sobre la condena en costas y la rebeldía. A propósito de la SAT Palma de Mallorca de 18 de julio de 1987*; La Ley, 1988-4, pág. 888.
- LORCA NAVARRETE, A., *El saneamiento en el proceso civil español*; Justicia 88, IV, pág. 877.
- LORCA NAVARRETE, A.M., *Aspectos procesales de la nueva Ley de adopción*; La Ley, 1988-2, pág. 944.

- MARÍN PAGEO, E., *Notas sobre la concentración en el proceso civil, como manifestación del derecho a la tutela efectiva. Su presunta colisión con el artículo 14 de la Constitución*; La Ley, 1988-3, pág. 855.
- MARTÍN OSTOS, J., *Los juzgados de menores en la nueva organización judicial*; Justicia 88, IV, pág. 859.
- MORERA PÉREZ, Jorge, *El procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en relación con el beneficio de justicia gratuita*; La Ley, 1988-3, pág. 839.
- ORTELLS RAMOS, M., *La competencia judicial en la Ley de Reforma de la Adopción*; Justicia 88, IV, pág. 835.
- PELEGRINI GRINOVER, A., *Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores (la ley brasileña número 7.347, de 24 de julio de 1985)*; Revista de Derecho Procesal, 1988-III, pág. 705.
- RAMOS CHAPARRO, E., *El internamiento de incapaces presuntos*; Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Septiembre de 1988, pág. 479.
- RICO PÉREZ, F., *Protección civil de la dignidad personal*; Revista General de Legislación y Jurisprudencia, septiembre de 1988, pág. 383.
- ROMERO COLOMA, A.M., *La prueba de testigos en el proceso civil español: diferencias y similitudes con el proceso penal*; Actualidad Civil, 1988, núm. 26, pág. 1.621.
- ROMERO COLOMA, A.M., *Problemática procesal de los juicios matrimoniales. (I, II, III y IV)*; Actualidad Civil, 1988, núms. 9, 12, 41 y 42, págs. 457, 897, 2.537 y ss., respectivamente.
- RAMOS MÉNEDEZ, F., *La jurisdicción de equidad es exclusiva de los árbitros y no puede ser revisada por el Tribunal Supremo*; Justicia 88, IV, pág. 949.
- SERRANO GARCÍA, J., *El reconocimiento testamentario de la filiación no matrimonial no exige aprobación judicial*; Actualidad Civil, 1988, núm. 13, pág. 745.
- SAMANES ARA, C., *Comentario al artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con la protección procesal de los derechos de los consumidores*; La Ley, 1988-2, pág. 1.157.
- SÁNCHEZ PRIETO, A., *La audiencia del menor en las causas matrimoniales. A propósito de la STS (Sala 1) de 14 de mayo de 1987*; La ley, 1988-1, pág. 960.
- VALLS GOMBAU, J.F., *Las competencias civiles de los Tribunales Superiores de Justicia. Especial referencia a la revisión y los recursos de casación autonómicos*; Justicia 88, II, pág. 319.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIEAGA, L., *El levantamiento de la carga alimenticia de los hijos después de la mayoría de edad en los procesos matrimoniales*; La Ley, 1988-3, pág. 776.

2. Extranjero

- AGNOLI, F.M., *Il giudizio di ammissibilità nell'azione risarcitoria de errore giudiziario nel testo trasmesso dalla Camera dei deputati del Senato*; Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile 198, núm. 2, pág. 567.
- APICE, U., *La tipologia delle imprese e le procedure concorsuali*; Il Diritto Fallimentare... 1988, núm. 3, pág. 450.
- BONGIORNO, G., *Profili sistematici e prospettive della esecuzione forzata in autotutela*; Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura civile.
- CARBONE, M., *La nuova disciplina comunitaria relativa all'esercizio della giurisdizione e il trasporto marittimo*; Rivista di Diritto internazionale privato e processuale italiano, 1988, pág. 633.
- CARELLA, G., *Il Divorzio nel diritto internazionale privato e processuale italiano*; Rivista de Diritto internazionale privato e processuale, 1988, pág. 427.
- CARPI, F., *L'esecutorità della sentenza arbitrale secondo la convenzione di New York*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 386.
- CAVALLONE, B., *«Preferisco il cattivo processo attuale» (Chivovenda, Mortara e il progetto Orlando)*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 1.048.
- CIPRIANI, F., *La riforma dei processi di divorzio e di separazione*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 398.
- CHRISTIANOS, V., *Les Codes de procedure Civile francais et hellenique face à l'accès du consommateur à la justice*; Revue International de Droit Comapre 1988, núm. 2, pág. 403.
- DELVOLVE, J.L., *Le droit de l'arbitrage: Les solutions contractuelles: La clause d'arbitrage multipartite*; Revue de l'arbitrage 1988, núm. 3, juillet-septembre, pág. 501.
- DI GRAVIO, D., *La Corte costituzionale el le procedure concorsuali*; Il Diritto Fallimentare... 1988, núm. 3, pág. 428.
- FAZZALARI, E., *Chivenda e il sistema di diritto processuale civile*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 287.
- FERNÁNDEZ PACHECO MARTÍNEZ, M.T., *La ejecución de laudos arbitrales con arreglo a Convención de Nueva York. Análisis de la juris-*

- prudencia estadounidense (y II)*; Revista de Derecho Privado julio-agosto 1988, pág. 667.
- GAFFURI, G., *Le nuove competenze giudiziali e il nuovo rito delle controversie valutarie*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 1.078.
- GAVOTTI PELLERANO, M., *Titolarità della legittimazione nei confronti del vettore in caso di perdita od avaria della merce*; Il Diritto Marittimo 1988, núm. 3, pág. 786.
- IRTI, N., *L'interpretazione del lodo arbitrale*; Rivista delle Società 1988, núm. 1, pág. 45.
- JODLOWSKI, J., *Gli orientamenti della riforma della procedura civil polacca*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 474.
- KINIG, B., *La ZPO austriaca dopo la Novella del 1983*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 712.
- LA CHINA, S., *Procedure concorsuali, divieto di azioni esecutive individuali, difetto di giurisdizione del giudice ordinario a causa dei poteri attribuiti alla P.A.: breve raffronto tra la disciplina italiana e un'esperienza nordamericana*; Il Diritto Marittimo 1988, núm. 3, pág. 876.
- LANFRANCHI, L., *I remedi endofallimentari (in particolare la vicenda giurisprudenziale, costituzionale e ordinaria, degli artt. 23 e 26 legge fallimentare)*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 1.066.
- MONTELEONE, G., *Effectti «ultra partes» delle misure patrimoniali anti-mafia, Profili di diritto processuale civile e fallimentare*; Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile 1988, núm. 2, pág. 574.
- MONTESANO, L., *Questionie cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del codice di procedura civile*; Rivista de Diritto Processuale, 1988, pág. 299.
- OLIVIERI, G., *I providimenti cautelari e urgenti nel disegno di legge per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile*; Rivista de Diritto Processuale, 1988, pág. 146.
- PAJARDI, PIERO, *Processo al processo civile: analisi esperienziale*; Il Diritto Fallimentare...(?) 1988, núm. 3, pág. 329.
- PIOMBINO, E., *Un interessante caso in tema di decorrenza dei termini per la denuncia del danno alle merci nello sbarco di amministrazione*; El Diritto Marittimo 1988, núm. 3, pág. 737.
- PROTO PISANI, A., *Chioyenda e la tutela cautelare*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 16.
- PUNZI, C., *Clausole contrattuali in previsione di future controversie e innovazione finanziaria*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 1.
- RIGHI, I., *L'efficacia probatoria del comportamento delle parti nel processo civile brasiliano*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 137.
- ROSARIO, I., *Liquidazione coatta dell'assicuratore, indennizzo e legittimazione passiva sostanziale e processuale: una disciplina ibrida*; Assicurazioni, 1988, núm. 2-3, pág. 160.
- RUBELLIN-DEVICHI, J., *Les solutions jurisdictionnelles*; Revue de l'arbitrage 1988, núm. 3, juillet-septembre, pág. 515.
- SALETTI, A., *Riforme urgenti del processo civile ed esecuzione forzata*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 146.
- SCHLESINGER, P., *L'esecuzione del lodo arbitrale rituale*; Rivista di Diritto processuale, 1988, pág. 751.
- SILVA JARDIM, A., *O principio dispositivo e a intervenção do Ministerio Publico no processo civil moderno*; Revista Brasileira de Direito Processual 1988, núm. 58, pág. 43.
- TARZIA, G., *Connessione di cause e processo simultaneo*; Rivista Trimestra de Diritto et Procedura Civile 1988, núm. 2, pág. 374.
- TARZI, G., *Pendenza del termine per impugnare e litispendenza*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 706.
- DE CARVALHO RAMOS MAGALHÃES, H., *A ação de alimentos cumulada com a investiación de paternidade promovida por filho adulterino na vigência da sociedade conjugal*; Revista Brasileira de Direito Processual 1988, núm. 58, pág. 59.

C) DERECHO PROCESAL PENAL

1. España

- APARICIO CALVO-RUBIO, J., *Dimensión constitucional de la reformatio in peius/en el proceso penal. (I y II)*; Actualidad Penal, 1988, núms. 14 y 15, págs. 713 y 753, respectivamente.
- ARAGONESES MARTÍN, S., *El laberinto de los juicios penales*; Actualidad Penal, 1988, núm. 4, pág. 217.
- ALARCÓN, L., *Las resoluciones de tercer grado desde la publicación de la L.O.G.P.*; Revista de Estudios Penitenciarios 1988, núm. 240, pág. 15.
- ALONSO ESCAMILLA, A., *Tratamiento penitenciario del llamado arresto sustitutorio*; Actualidad Penal, 1988, núm. 36, pág. 1.869.
- ASENCIO MELLADO, J.M., *Hacia la reforma de la prisión provisional*; Justicia 88, I, pág. 67.

- BACIGALUPO, E., *Presunción de inocencia, «in dubio pro reo», y recurso de casación*; Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1988, II, pág. 305.
- BUENO ARÚS, F., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia penitenciaria*; Actualidad Penal 1988, núm. 25, pág. 1.285.
- BERGAMINI MIOTTO, A., *Tratamiento de los presos provisionales*; Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1988, núm. 3, pág. 777.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., *Práctica ilegal de detención por funcionario público. Comentario a la SAT, Granada de 22 de diciembre de 1987*; La Ley 1988/2, pág. 269.
- DE DIEGO DíEZ, L.A., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: los principios acusatorio y de contradicción*; Justicia 88, I, pág. 103.
- DIGES JUNCO, M. y MIRA SOLVES, J.J., *La identificación de personas por parte de testigos y víctimas: medidas de imparcialidad*; Justicia 88, III, pág. 661.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *La prisión provisional*; Actualidad Penal 1988, núm. 9, pág. 453.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., *Para una reforma de leyes de tribunales y procesales*; Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1988, núm. 4, pág. 23.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *Medidas privativas de la libertad del enfermo mental en el proceso penal*; La Ley 1988-2, pág. 998.
- FONT SERRA, E., *Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el proceso penal*; Revista Jurídica de Cataluña, 1988, pág. 939.
- FRANCO ARIAS, J., *La entrada en lugar cerrado*; Justicia 88, III, pág. 581.
- GARCÍA ARÁN, M., *Culpabilidad, legitimación y proceso*; Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1988, núm. 1, pág. 71.
- GARCÍA PÉREZ, J., *La competencia objetiva y funcional en el enjuiciamiento penal de los gobernadores civiles*; Justicia 88, II, pág. 379.
- GARCÍA RAMOS, J.I., *Principales Actuaciones del Gobierno Vasco en el ámbito penitenciario*; Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, 1988, núm. 2, pág. 11.
- GIL MEANA, M.L., *El sobreseimiento y su problemática*; Actualidad Penal, 1988, núm. 40, pág. 2.073.
- GIMENO SENDRA, V., *La naturaleza de la defensa penal a la luz de la Constitución Española y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*; La Ley, 1988-3, pág. 787.
- GONZÁLVIZ VICENTE, P., *El derecho a la tutela efectiva en el procedi-*

- miento sancionador penitenciario*; Revista de Estudios Penitenciarios 1988, núm. 239, pág. 45.
- LARRAÑAGA MÚGICA, P., *La Indemnización a las víctimas. Sentencias dictadas en la Audiencia de Guipúzcoa el año 1986*; Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología 1988, núm. 2, pág. 139.
- LATORRE LÓPEZ, A., *Especial problemática del toxicómano en cuanto a la aplicación de la prisión provisional: una solución alternativa*; Actualidad Penal 1988, núm. 39, pág. 2.029.
- LUZÓN CUESTA, J.M., *La presunción de inocencia ante la casación*; La Ley 1988-4, pág. 969.
- LUZÓN PEÑA, D.M., *Protección penal de la intimidad y derecho a la información*; Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1988, núm. 1, pág. 39.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Apuntes sobre la prescripción del delito y la casación penal. Alegación «ex novo», apreciación de oficio y posible incidencia durante la tramitación del recurso*; Actualidad Penal 1988, núm. 4, pág. 169.
- MARTÍN BERNAL, J.M., *Acción popular y la tutela de los grupos*; Actualidad Penal, núm. 16, pág. 809.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., *Las garantías del proceso penal según el Convenio Europeo de Derechos Humanos. (I y II)*; Actualidad Penal, núms. 7 y 8, págs. 325 y 389, respectivamente.
- MAQUEDA ABREU, M.L., *La causación de muerte con el fin de obtener una confesión: el caso. Ruedal. correctionel à Paris*; La Ley 1988-3, pág. 769.
- DAGA, L., *El régimen abierto en Italia: aspectos generales tendencias e indicaciones de la experiencia italiana*; Revista de Estudios Penitenciarios 1988, núm. 240, pág. 27.
- FERNÁNDEZ AREAL, J.R., *La excepción militar a la abolición de la pena de muerte*; Revista General del Derecho septiembre de 1988, núm. 528, pág. 5.219.
- GARCÍA VALDÉS, C., *Un modelo penitenciario latinoamericano en transición: Colombia*; Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1988, núm. 1, pág. 181.
- GARCÍA-PABLOS, A., *Régimen abierto y ejecución penal*; Revista de Estudios Penitenciarios 1988, núm. 240, pág. 39.
- MINVIELLE, B., *La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el enjuiciamiento penal*; Doctrina Penal Enero-marzo de 1988, núm. 41.
- RAMOS GANCEDO, D., *El recurso de casación militar en la doctrina del*

- Tribunal Constitucional*; Revista General del Derecho, septiembre de 1988, núm. 528, pág. 5.191.
- RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L., *Evolución actual de la justicia militar y el Derecho penal militar en la República Argentina*; Revista General del Derecho septiembre 1988, núm. 528, pág. 5.233.
- RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L., *Evolución actual de la justicia militar y el Derecho Penal Militar en la República Argentina*; Revista Española de Derecho Militar 1988, núm. 51, pág. 181.
- MARCHENA GÓMEZ, M., *La gravosa condición militar en la condena condicional*; La Ley, 1988-3, pág. 805.
- MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, J.L., *Prisión preventiva y obligación de indemnizar*; La Ley, 1988-1, pág. 972.
- MASCARELL NAVARRO, M.J., *El sobreseimiento libre, como alternativa a la apertura del juicio oral, en el proceso penal ordinario por delitos más graves*; Justicia 88, IV, pág. 885.
- MORENO CATENA, V., *La justicia penal y su reforma*; Justicia 88, II, pág. 313.
- PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., *La medida de prisión provisional: privación de libertad sin condena*; Actualidad Penal, 1988, núm. 26, pág. 1.341.
- PETERS, T., *Consideraciones teóricas sobre la victimología*; Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología 1988, núm. 2, pág. 107.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Detención, incomunicación y derecho de defensa*; Actualidad Penal, 1988, núm. 10, pág. 521.
- RENAU I MANEN, M.D., *Hacia una nueva justicia para los menores*; Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología 1988, núm. 2, pág. 37.
- RIVACOBA Y RIVACOBA, M., *Poder, derecho y justicia en el marco de la reforma penal*; Doctrina Penal Enero-marzo 1988, núm. 41.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., *¿Prisión por penas deudas al Estado?*; La Ley, 1988-3, pág. 983.
- SÁINZ SÁNCHEZ, J.M., *La estructura de la «actio libera in causa» en los delitos cometidos bajo un síndrome de abstinencia de drogas (Una visión crítica de la última doctrina jurisprudencial)*; La Ley, 1988-1, pág. 910.
- TOME GARCÍA, J.A., *Recursos contra las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria*; Actualidad Penal, 1988, núm. 19, pág. 953.
- VARELA CASTRO, L., *El plazo razonable como derecho fundamental en los procesos penales por delitos de escasa gravedad o flagrantes*; Justicia 88, II, pág. 361.

2. Extranjero

- BERNAT DE CELIS, J., *La difficulté de faire exécuter les peines d'emprisonnement*; Revue de Sciences Criminelle et de Droit Penal compare 1988, núm. 3, pág. 469.
- BONGIORNO, G., *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema delle leggi antimafia*; Rivista di Diritto Processuale, 198, pág. 443.
- BUCHANAN BIENEN, L., *Nakell & Hardy: The Arbitrariness of the Death Penalty*; The Journal of Criminal Law & Criminology, vol. 79/number 1/spring 1988, pág. 242.
- CENDON, P., *La motivazione della sentenza e le divagazioni del giudice: il caso dei fatti illeciti*; Quadrimestri 1988, núm. 1, pág. 38.
- DI CHIARA, G., *Il nuovo processo penale alla luce dell'esperienza statunitense*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 509.
- ENTIN, J.L., *Psychiatry, Insanity, and the Death Penalty: A Note on Implementing Supreme Court Decisions*; The Journal of Criminal Law & Criminology. vol. 79/number 1/spring 1988, pág. 218.
- FANCHIOTTI, V., *Il ruolo della persona offesa nel processo penale statunitense: ambiguità e limiti*; L'Indice Penale, 1988, pág. 378.
- GAMBINI MUSSO, R., *Discrezionalità del giudice penale e tutela della vittima nei «compensation orders»*; L'Indice Penale, 1988, pág. 699.
- GARABEDIAN, D., *Un condamné fugitif peut-il se pourvoir en cassation?*; Revue de Droit Penal et de Criminologie, 1988, núm. 8-9-10, pág. 925.
- GERAGHTY, D., *Death Penalty for Juveniles*; The Journal of Criminal Law & Criminology volume 79/number 1/spring 1988, pág. 240.
- LUNCH, J.P., *A Comparison of Prison Use in England, Canada, West Germany, and the United States: A Limited Test of the Punitive Hypothesis*; The Journal of Criminal Law & Criminology volume 79/number 1/spring 1988.
- MARAFIOTTI, L., *Aspetti del processo penale cumulativo: l'esperienza tedesca, francese e inglese*; L'Indice Penale, 1988, pág. 407.
- MOLARI, *Prove penali e accertamento tributario*; L'Indice Penale, 1988, pág. 355.
- MOLARI, A., *Lineamenti e problemi dell'udienza preliminare*; L'Indice Penale, 1988, pág. 485.
- MOSCONI, F., *Estradizione e pena di morte nel progetto Mancini del 1882 e nel nuovo codice di procedura penale*; Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale ottobre-dicembre 1988, pág. 649.
- MUCCIARELLI, F., *Qualche osservazione sulla legge di depenalizzazione*

- dei reati valutari*; Rivista Italiana di Diritto di Procedura Penale 1988, núm. 4, pág. 142.
- PALAZZO, F., *La riforma penitenziaria del 1986: contenuto, scopi e prospettive di un ulteriore provvedimento di decarcerazione*; Politica del Diritto núm. 2, guigno 1988, pág. 225.
- PATERNOSTER, R., *Examining Three-Wave Deterrence Models: A Question of Temporal Order and Specification*; The Journal of Criminal Law & Criminology volume 79/number 1/spring 1988, pág. 135.
- PONTI, G., *Criminologia e processo penale*; L'Indice Penale, 1988, pág. 223.
- ROTTOLA, A., *La competenza a valutare le garanzie di non applicazione della pena capitale ai fini dell concessione dellestradizione*; Rivista di Diritto internazionale privato e processuale, 1988, pág. 465.
- RUGGIERI, F., *Recenti Riforme del Codice di Procedura Penale nella Repubblica Federale di Germania*; L'Indice Penale, 1988, pág. 146.
- SAEZ CAPEL, J., *¿Se puede estimar razonable consecuencia del plenario «Costas, H.» La prueba de la capacidad funcional de las municiones?*; Doctrina Penal Enero-marzo 1988, núm. 41.
- SCOTTI, L., *Riforma del processo penale e politica delle strutture*; L'Indice Penale, 1988, pág. 134.
- SGROI, V. ZUCCONI GALLI, FONSECA, F., *Riflessioni della Corte di Cassazione sul nuovo progetto preliminare (1988) del Codice di Procedura Penale*; L'Indice Penale, 1988, pág. 343.
- TURLEY, J., *The Not-So Noble Lie: The Nonincorporation of State Consensual Surveillance Standards in Federal Court*; The Journal of Criminal Law & Criminology volume 79/number 1/spring 1988, núm., pág. 66.
- UBERTIS, G., *Sul progetto preliminare del codice di procedura penale*; Rivista Italiana di Diritto di Procedura Penale 1988, núm. 4, pág. 1.285.
- (Red.); *Autorizzazione a procedere e fumus persecutionis*; L'Indice Penale, 1988, pág. 677.
- (Red.); *La crisi della cassazione penale*; L'Indice Penale, 1988, pág. 352.

D) DERECHO PROCESAL, CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. España

- LÓPEZ RAMÓN, F., *Límites constitucionales de la autotutela administrativo*; Revista de Administración Pública, enero-abril 1988, núm. 115, pág. 57.
- NIETO, A., *Impugnación jurisdiccional de actos y acuerdos de las Entidades locales*; Revista de Administración Pública, enero-abril 1988, núm. 115, pág. 7.
- SAINZ MORENO, F., *Actos parlamentarios y jurisdicción contencioso administrativa*; Revista de Administración Pública, enero-abril 1988, núm. 115, pág. 233.

2. Extranjero

- BAZEX, M., *L'implosion du dualisme de juridiction*; Pouvoirs, 1988, núm. 46, pág. 35.
- BARLETT, R.T., *The Tax Tribunals: A Post-Keith Appraisal-Part I*; British Tax Review 1988, núm. 9, pág. 371.
- COHEN TANUGI, L., *L'avenir de la justice administrative*; Pouvoirs, 1988, núm. 46, pág. 13.
- COUSSIRAT-COUSTERE, V., *Le juge administratif et le droit communautaire*; Pouvoirs, 1988, núm. 46, pág. 85.
- COHEN TANUGI, L., *L'avenir de la justice administrative*; Pouvoirs Revue Francaise D'Etudes Constitutionnelles et Politiques, núm. 46, pág. 13.
- CUSSON, M., *L'execution des peines face à la montee du crime*; Criminologie et de Police Technique, 1988, núm. 3, pág. 275.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La crisis del contencioso-administrativo francés: el fin de un paradigma*; Revista Española de Derecho Administrativo abril-junio 1988, núm. 58.
- MARION, A., *Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et quelques moyens d'y remedier*; Pouvoirs. Revue Francaise D'Etudes Constitutionnelles et Politiques, num. 46, pág. 21.
- MESCHERIAKOFF, A.S., *L'arrêt du «Bac d'Eloka», legende et realite d'une gestion privée de la puissance publique*; Revue de Droit Public 1988, núm. 4, pág. 1.059.

E) DERECHO PROCESAL LABORAL

1. España

- BLANCO MARTÍN, J.M., *Los órganos y competencias en el orden jurisdiccional social*; Revista de Seguridad Social, 1988, núm. 37, pág. 31.
- CAMPOS ALONSO, M.A., *Ley de Bases de procedimiento laboral. Algunos puntos salientes de la reforma*; Actualidad Laboral, 1988, núm. 10, pág. 509.
- LÓPEZ GARCÍA, J., *La ejecución provisional de sentencia de despido nulo radical: El problema del cambio de calificación por el Tribunal Superior*; Actualidad laboral, 1988, núm. 3, pág. 93.
- MOLERO MANGLANO, C., *La oposición a la demanda en los procedimientos de despido. (I y II)*; Actualidad Laboral, 1988, núms. 26 y 27, págs. 1.465 y 1.521, respectivamente.
- MUÑOZ CAMPOS, *La Justicia en lo laboral a través del Convenio Colectivo*; Revista Española de Derecho del Trabajo, abril-junio, 1988, núm. 34.
- OJEDA AVILÉS, A., *Flexibilidad judicial y contractualismo. (I y II)*; Actualidad Laboral, 1988, núms. 11 y 12, págs. 557 y 613, respectivamente.
- VICENTE DÍAZ, M., *Cuestiones sustitutivas y procesales de los bienes gananciales en la crisis matrimonial*; Actualidad Civil, 1988, núm. 5, pág. 265.
- VEGAS TORRES, J., *La inmunidad de ejecución. Especial referencia al Derecho Español*; Revista española de Derecho del Trabajo, julio-septiembre 1988, núm. 35.

2. Extranjero

- ARBIA, S., *Licenziamento per giusta causa e pregiudiziale penale*; Il Diritto del Lavoro 1988, núm. 6, pág. 481.
- BASILICO, G., *Sui «nova» del giudizio di rinvio nel processo del lavoro*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 96.
- CECHELLA, C., *L'arbitrato del lavoro sportivo*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 958.
- CERRETA, M., *Incostituzionalità di norme del sistema di previdenza fo-*

rense sul supplemento e sulla riduzione della pensione di vecchiaia. (Nota a sentencia); Il Diritto del Lavoro 1988, núm. 6, pág. 510.

- MOLTO DARNER, J.M., *Personación y postulación de las entidades locales en lo contencioso administrativo*; Revista Jurídica de Cataluña, 1988, pág. 9.
- NAPOLETANO, G., *Processo del lavoro suggestioni regressive e tendenze defunzionalizzanti*; Rivista Italiana dei Diritto del Lavoro 1988, núm. 3, pág. 291.
- SARAVALLE, A., *Limiti alla giurisdizione in tema in responsabilità del produttore (limite to jurisdiction and product liability)*; Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale 1988, núm. 2, pág. 239.
- SARAVALLE, A., *Limiti alla giurisdizione in tema di responsabilità del produttore*; Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale 1988, pág. 239.
- VULLO, E., *Sulla fase introduttiva del giudizio di gravame nel rito del lavoro*; Rivista Italiana di Diritto del Lavoro 1988, núm. 3, pág. 324.

F) DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. España

- BERNÁLDEZ BALAO, J.A., *Análisis Empírico del recurso de amparo constitucional*; Justicia 88, I, pág. 7.
- CANO MATO, A., *Posibilidad de anulación por la jurisdicción ordinaria de sentencia penal condenatoria, definitiva y firme, que infringe la Constitución, sin necesidad de acudir al recurso extraordinario de revisión o de amparo. Sentencia del TC 110/1988, de 8 de junio*; Revista de Derecho Procesal 1988, III, pág. 725.
- GARBERI LLOBREGAT, J., *La invocación formal del derecho vulnerado y el recurso de amparo constitucional*; Revista de Derecho Procesal 1988, II, pág. 459.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., *La ejecución de la sentencia estimatoria del amparo constitucional. Comentario a la STC 159/1987 de 26 de octubre*; La Ley 1988-2, pág. 16.
- MUERZA ESPARZA, J., *El mínimo probatorio de la jurisprudencia constitucional*; Revista General de Legislación y Jurisprudencia, junio de 1988, pág. 845.
- RUBIO LLORENTE, F., *El trámite de admisión del recurso de amparo (co-*

mentario de urgencia a la Ley Orgánica 6/1988); Actualidad Laboral, 1988, pág. 2.053.

ARMENGOL FERRER, R., *Organos judiciales legitimados para plantear cuestiones prejudiciales en aplicación del artículo 177 del Tratado constitutivo de la CEE*; Revista Jurídica de Cataluña, 1988, pág. 149.

2. Extranjero

CARBONE, S.M., *La nuova disciplina comunitaria relativa all'esercizio della giurisdizione e il trasporto marittimo*; Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, ottobre-dicembre 1988, núm. 4, pág. 633.

COUSSIRAT-COUSTÈRE, V., *Le juge administratif et le droit communautaire. Difficultés anciennes et resistances nouvelles*; Pouvoirs. Revue Française D'Etudes Constitutionnelles et politiques núm. 46, pág. 85.

GAMBINO, S., *La giustizia costituzionale in Francia. Il «Conseil constitutionnel» da regolatore dell'attività dei pubblici poteri a garante delle libertà pubbliche*; Politica del Diritto dicembre 1988, núm. 4, pág. 575.

GARLICKI, L., *Un nuovo organo giurisdizionale in Polonia; la Corte costituzionale*; Politica del Diritto, núm. 2, giugno 1988, pág. 201.

GÓMEZ COLOMER, J.L., *La exclusión del abogado defensor en el proceso penal alemán*; Justicia 88, I, pág. 199.

LA CHINA, S., *La connessione nel diritto processuale internazionale*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 344.

NELSON, M., *The President and the Court: Reinterpreting the Court-packing Episode of 1937*; Political Science Quarterly, núm. 2, summer 1988, pág. 344.

SCHERMERS, H.G., *The European Court of First Instance*; Common Market Law Review 1988, núm. 3, pág. 541.

FAZZALARI, E., *Procedimiento camerale e tutela dei diritti*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 909.

IANNIRUBERTO, G., *Natura giuridica e parti del processo d'interdizione e d'inabilitazione*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 1.022.

LOTTI, A., *Sull'impugnabilità del lodo rituale non reso esecutivo*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 646.

MANDRIOLI, C., *Procedimenti camerale su dirittile ricorso straordinario per cassazione*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 921.

SALETTI, A., *Un convegno sull'evoluzione del contenzioso del tribunale di stanza*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 180.

TAVORMINA, V., *Alcune riflessioni sulle vendite forzate nelle procedure concorsuali amministrative*; Rivista di Diritto Processuale, 1988, pág. 615.